

ISSN 2718-6628

FORUM

11

AÑO 2021

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



FORUM

**REVISTA DEL
CENTRO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL**

**Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica Argentina**



Junio 2021

FORUM

REVISTA DEL CENTRO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

**Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica Argentina**

Número 11

Junio 2021

ORLANDO JUAN GALLO

Director del Centro de Derecho Constitucional

ROBERTO ANTONIO PUNTE

Director de la revista

SOFÍA CALDERONE

Secretaria de redacción

FACUNDO MENEM

Asistente editorial



Editorial de la Pontificia Universidad Católica Argentina

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

UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA

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

ISSN: 2718-6628 (web)

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

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

Rector

Dr. Miguel Ángel Schiavone

Vicerrectora de Investigación e Innovación Académica

Dra. María Clara Zamora

Vicerrector de Integración

Pbro. Gustavo Boquín

Secretario Académico

Dr. Gabriel Limodio

Administrador General

Dr. Horacio Rodríguez Penelas

FACULTAD DE DERECHO

Decano

Dr. Pablo María Garat

Director de la Carrera

Dr. Daniel A. Herrera

Secretario Académico

Dr. Carlos Muñiz

Director de Investigación Jurídica Aplicada

Dr. Jorge N. Lafferriere

Director de Posgrado
Dr. Gustavo Costa Aguilar

Director del Doctorado en Ciencias Jurídicas
Dr. Fernando Ubiría

Director de Relaciones Institucionales
Dr. Néstor Raymundo

Centro de Derecho Constitucional

Director
Orlando J. Gallo

Revista FORUM

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

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

Asistente Editorial
Facundo Menem

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Miguel Ayuso
(Universidad Pontificia Comillas, Madrid, España)

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

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

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

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

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

FORUM

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

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

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

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

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

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

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

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

FORUM

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

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

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

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

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

SUMARIO

Editorial: Acerca de la situación institucional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (About the institutional status of the Autonomous City of Buenos Aires), por ROBERTO ANTONIO PUNTE	17
---	----

Parte I - Artículos de investigación

ENRIQUE H. DEL CARRIL El derecho a la extimidad (la protección constitucional en época de redes sociales) [The right to extimacy (constitutional protection in the age of social media)]	27
CARLOS MANUEL ROMERO BERDULLAS La crisis de identidad del Ministerio Público Fiscal (The identity crisis of the Prosecutor Public Ministry)	69
TOBÍAS ALICINO ¿Justicia o azar? Un enfrentamiento sobre la oponibilidad de la franquicia entre la Corte Suprema y los tribunales inferiores, a la luz de la doctrina del precedente (Justice or chance? A conflict of precedents between Argentinian Supreme Court and inferior courts in relation with transport insurance).....	147

Parte II - Notas o comentarios

JORGE OCANTOS

Diferentes etapas en la conformación del actual Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Different stages in the conformation of current International Human Rights Law)..... 181

Parte III - Ensayos, crónicas y resecciones

NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS

Recensión: Lafferriere, Jorge Nicolás, *Ley de aborto comentada. Análisis crítico de la Ley N° 27.610*, Buenos Aires, Centro de Bioética, Persona y Familia, 2021..... 223

KATERINE MUÑOZ SUBÍA

Recensión: Portela, Jorge G. y Medina Peña, Rolando (coordinadores), *El Derecho Ambiental a la luz del Derecho Natural*, Guayaquil, Grupo Gráfico Enaja, 2020 229

ALEJANDRO PÉREZ HUALDE

Recensión: Hernández, Antonio María, *Emergencias, orden constitucional y COVID-19*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2020.... 235

ALEJANDRO TORRES GUTIÉRREZ

Recensión: Martínez-Torrón, Javier y Rodrigo Lara, Belén (coordinadores), *COVID-19 y libertad religiosa*, Madrid, Iustel, 2021 239

OCTAVIO LO PRETE

Recensión: Navarro Floria, Juan G., *Régimen jurídico de los ministros religiosos*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2020 251

MARÍA LUCRECIA CUCCHIARO

Recensión: Cianciardo, Juan, *La cultura de los derechos humanos. Razón, voluntad, diálogo*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2020..... 259

Parte IV - Documentos

EDUARDO A. SAMBRIZZI

Ponencia "La objeción de conciencia en la Ley N° 27.610 de aborto", presentada ante la reunión plenaria de la Academia del Plata.. 267

LUIS MARÍA BANDIERI

Disertación en la primera reunión del Centro de Derecho Constitucional (2021): "Investigación y derecho constitucional" 283

Normas de publicación 301

EDITORIAL

ACERCA DE LA SITUACIÓN INSTITUCIONAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

ABOUT THE INSTITUTIONAL STATUS OF THE AUTONOMOUS CITY OF BUENOS AIRES

ROBERTO A. PUNTE¹

La Ciudad ha sido la cabeza del gobierno virreinal y luego de la Provincia originaria de Buenos Aires, realidades históricas irrebatibles; como también lo es que en 1880 fue federalizada como Capital de la Nación y designada sede de sus autoridades federales. Asimismo, cabe recordar que, en ocasión de la promulgación de una ley de mudanza del Gobierno en 1987², se proyectó convertirla en una provincia independiente y que su actual autonomía se encontraba ya predispuesta al citarse la Convención Reformadora de la Constitución por la Ley N° 24.309³.

En dicha reforma de 1994, se la constituyó Ciudad Autónoma descentralizada por el actual artículo 129 de la Constitución Nacio-

1. Abogado (UCA). Traductor público nacional (UBA). Profesor Emérito de Derecho Constitucional (UCA). Director de *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina* y del Suplemento de Derecho Constitucional de *elDial.com*. Correo electrónico: punte@bscp.com.ar.

2. Ley N° 23.512, BO 12/6/1987.

3. BO 31/12/1993.

nal⁴, ubicado dentro del Capítulo de Gobiernos de Provincia, con un régimen análogo, pero no exactamente igual, al de las provincias, aunque –cabe decir– está a la par de ellas representada en el Senado. Su limitación surge de que todavía es sede del Gobierno Federal, por lo que la progresiva asunción de sus competencias ha quedado sujeta a las leyes del Congreso Nacional, dictadas a fin de la conciliación de estos cambios con los intereses de la residencia de las autoridades federales.

Esto parece haberse “consolidado” por la definición de la Corte Suprema, con la presencia y el voto de dos integrantes de la Convención Reformadora de 1994. Es que, en el reciente *Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*, los jueces han expresado que se trata de una “ciudad constitucional federada”⁵.

Ahora bien, es previsible que este doble carácter de autonomía y asiento del Gobierno Federal sea su situación para siempre, pues ya se ha generado una tradición, que resulta una de las fuentes más sólidas de tal carácter institucional, como descentralización del estado federal, en un régimen de convivencia que a la vez limita dicha autonomía⁶.

Como es sabido, en los estados federalizados como descentralización de previos estados unitarios, la regla sobre los poderes residuales o no expresamente delegados es la inversa a la de nuestro artículo 121 de la Constitución Nacional; o sea, permanecen en el Es-

4. Constitución de la Nación Argentina, publicada según Ley N° 24.430 (BO 10/1/1995).

5. Sentencia del 4/5/2021 en el expediente CSJ 567/2021. Ver cons. 9° y cc del Voto de los Jueces Horacio D. Rosatti y Juan C. Maqueda. En el original, la expresión aparece subrayada. Así, continúan el camino marcado en *Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Córdoba, Provincia de s/ ejecución fiscal*, sentencia del 4/4/2019, Fallos: 342:533 (cons. 12) y *Bazán, Fernando s/ amenazas*, sentencia del 4/4/2019, Fallos: 342:509 (cons. 3°).

6. Cabe expresar que la experiencia, también, ha ayudado a consolidar cuestiones no del todo definidas en los debates en el seno de la Convención Reformadora. Cfr. Gullco, Hernán, “La autonomía de la Ciudad de Buenos Aires. La ley Cafiero es inconstitucional”, publicado en *La Ley* 22/4/2010, 1; *La Ley* 2010-C, 80. Cita online: AR/DOC/1579/2010, ver citas 14 y 20.

tado central que delega. Este principio fue plasmado en la llamada Ley Cafiero N° 24.588, cuando indica: “(...) la Nación conserva todo el poder no atribuido por la constitución al gobierno autónomo de la Ciudad de Buenos Aires”, o sea, todo lo que expresamente no haya sido delegado⁷.

Se trata, pues, de una autonomía en principio amplia, que sólo tiene un límite funcional: el que legisle el Congreso –a su vez, acotado por la regla de razonabilidad del artículo 28 de la Constitución Nacional– para garantizar “los intereses del Estado nacional, mientras la Ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación”. La Corte Suprema, en la primera oportunidad en que tuvo que tratar estas cuestiones, en los autos *Gauna* expresó:

“[N]inguna de las normas de la ley fundamental puede ser interpretada en forma aislada, desconectándola del todo que compone, y la interpretación debe hacerse, al contrario, integrando las normas en la unidad sistemática de la Constitución, comparándolas, coordinándolas y armonizándolas, de forma tal que haya congruencia y relación entre ellas (*Fallos*: 312:2192, entre otros). Por lo demás, la obra genuina de los intérpretes, y en particular de los jueces, es permitir el avance de los principios constitucionales, que es de natural desarrollo y no de contradicción, consagrando la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para los que fue dictada la Constitución Nacional”⁸.

7. Artículo 2°, de la Ley N° 24.588, BO 30/11/1995. En ese sentido, en el sistema de la Constitución de Brasil, luego de las competencias exclusivas del estado federal, artículo 22, las comunes y concurrentes de los artículos 23 y 24, se establece como reservado a los estados locales todas aquellas competencias que no les sean expresamente vedadas por la constitución. (Cfr. Bidegain, Carlos M., *Curso de Derecho Constitucional*, T. III, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, Números 488/491).

8. *Gauna*, Juan Octavio s/ acto comicial 29-3-97, sentencia del 7/5/1997, *Fallos*: 320:875 (cons. 14).

Este criterio ha sido ahora ratificado de un modo muy claro, en el fallo de la Corte antes referido⁹, al calificar al federalismo como un “modo de convivencia”, donde las competencias deben ser ponderadas evitando la confrontación, coordinando esfuerzos para el bien común, por medio del “diálogo”, con “buena fe” y “lealtad”.

Cabe agregar, por otra parte, que tal regla de interpretación armónica determina que la protección de esos intereses se valore razonablemente según el criterio de “no interferencia” del artículo 75, inciso 30, de la Constitución Nacional. Por ejemplo, en orden al establecimiento pleno de la Justicia Ordinaria de la Ciudad. Si se sigue la regla básica del análisis de una fuente, esto es su sentido literal y el uso de la misma expresión dentro del mismo cuerpo que debe examinarse, no cabe duda de que el otorgamiento de “facultades propias de jurisdicción” deberá interpretarse en armonía con los otros pasajes, en los que esta palabra es usada dentro del texto constitucional. Precisamente, en el artículo 75, inciso 12, de la Constitución, la palabra jurisdicción aparece en el mismo sentido, en dos oportunidades. Una es la facultad federal de dictar códigos de fondo sin alterar “las jurisdicciones locales” a las que corresponde intervenir “según las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones”. En este caso, la palabra jurisdicción es claramente coherente con los usos que le da el diccionario de la Real Academia Española¹⁰.

Por un lado, el poder o autoridad de ejecutar y aplicar las leyes en juicio, que es lo que implica la regla de distribución del mencionado inciso; esto es, la jurisdicción federal o la local según corresponda a la naturaleza de las personas –federales o locales– o la ubicación de

9. Es decir, en *Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*. Sentencia del 4/5/2021 en el expediente CSJ 567/2021.

10. Según la Real Academia Española: “jurisdicción, del lat. *iurisdictio*, - nis. 1. f. Poder o autoridad que tiene alguien para gobernar. 2. f. Poder que tienen los jueces y tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. 3. f. Término de un lugar o provincia. 4. f. Territorio en que un juez ejerce sus facultades de tal. 5. f. Autoridad, poder o dominio sobre otro. 6. f. Territorio al que se extiende una jurisdicción (autoridad, poder sobre otro) (...)” La consulta se extrajo de: <https://dle.rae.es/jurisdicci%C3%B3n> (fecha de consulta: 11/5/2021).

las cosas en el territorio federal o local. En el primer caso, no necesariamente coincide con el ámbito territorial, puesto que la jurisdicción nacional se puede extender siguiendo a la persona federal a cualquier lugar del país. En cambio, la local, en principio, está circunscripta al territorio de la provincia o, en este caso, en el mismo razonamiento, de la Ciudad Autónoma. Esta, a su vez, tiene facultades de jurisdicción claramente sobre su propio territorio en el tercer sentido de la palabra. La raíz latina de dicho término, precisamente, se vincula a la declaración del derecho *–juris dicere–* e implica la función de resolver en justicia los casos sometidos.

El cruce de estos conceptos permite afirmar que la Ciudad podrá tener jurisdicción, desde ahora y para siempre, respecto de los conflictos que se susciten dentro de su territorio, según corresponda al carácter de las “cosas o las personas”, o sea, entre sus habitantes, entre estos y cualquier vecino de alguna provincia o de estos con el gobierno autónomo, y debe investigarse sólo en cada caso si hay algún razonable interés federal que constituya un obstáculo. Este criterio está reforzado por la cláusula transitoria Décima del texto constitucional, en cuanto estableció que los nuevos jueces que se designaran seguirían las reglas de los artículos 114 y 115 para el nombramiento y remoción de los jueces del Poder Judicial de la Nación, mientras el Estatuto organizativo de la Ciudad no resuelve sobre la materia¹¹.

Por lo tanto, su carácter de asiento relativamente “transitorio” de la Capital Federal hace que el análisis de los intereses del Estado Federal, que deben conciliarse con los propios de la autonomía, haya de realizarse con un criterio finalista y de concordancia. Ello, además, debe hacerse de acuerdo con la nueva redacción del artículo 75, inciso 30, de la Constitución Nacional, que introduce estos dos conceptos elaborados jurisprudencialmente a lo largo de años de debates judiciales.

Ambos criterios –el finalista y el de no interferencia– aplicados a los numerosos establecimientos de utilidad pública nacional, que corresponden a la presencia del Gobierno Federal en la Ciudad Autóno-

11. Es decir, la llamada Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, aprobada en esa Ciudad, el 1/10/1996.

ma, nos permiten adoptar una pauta interpretativa para los potenciales conflictos entre la autonomía y los intereses nacionales. En efecto, según las mencionadas reglas, la Ciudad tiene, como las provincias, poderes de policía e imposición sobre los establecimientos federales, siempre que no interfieran con el cumplimiento de sus fines propios.

Considero, pues, que, si se parte de la base de que en la delegación constituyente se incluye la capacidad de “jurisdicción” y que esta se encuentra parcialmente truncada por la ley protectora, cabe trasladar el mismo argumento para concluir que tales poderes de jurisdicción también podrán ser empleados del mismo modo, esto es, mientras no choquen contra los intereses del gobierno federal.

Una objeción sostiene una presunta incompatibilidad con el texto del mismo artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional. Es que allí no se incluye expresamente entre los tribunales a aplicar los códigos de fondo a los de la Ciudad, porque se ha mantenido el antiguo texto sobre “tribunales federales o provinciales” y, consecuentemente, no se menciona a la Ciudad de Buenos Aires como se ha hecho en otros tramos modificados en la última reforma¹².

Empero, me atrevo a decir que la lectura completa del artículo aventa esta dificultad: como he dicho, debe mirarse “según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones” y, sin duda, “las facultades propias de jurisdicción” constitucionalmente asignadas a la Ciudad de Buenos Aires hacen que una interpretación teológica o finalista de la norma permita comprender, sin agravio constitucional, que la Ciudad se encuentra en este punto equiparada a las provincias, y la omisión de nombrarla no tiene consecuencias de incompatibilidad, sobre todo, ante el expreso texto del artículo 129 sobre tal capacidad de jurisdicción. Otras omisiones constitucionales han sido debidamente salvadas por la doctrina y la interpretación, como puede haber ocurrido en su momento con la regla que hacía al Presidente jefe de “las fuerzas de mar y tierra” sin mencionar las aéreas. Lo mismo ocurre con el artículo 87 de la Constitución Nacional, que se refiere al título de “presidente” sin admitir su uso en femeni-

12. Dromi, Roberto y Menem, Eduardo, *La constitución reformada*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1994, p. 422.

no, no obstante lo cual nadie tiene por inconstitucionales los decretos que emitiera la anterior titular, firmando como “presidenta”.

Puede, entonces, afirmarse sin error que la definitiva institucionalización con plenitud de competencias y una debida coparticipación federal es materia de leyes y de razonables y prudentes decisiones políticas consensuadas por el Estado Nacional en sus tres Poderes, y además necesariamente objeto de convenios, no cabe ninguna duda. Así lo indicó la Corte Suprema, ya en 1997, expresando que “la delimitación concreta de competencias (...) no fue realizada por el constituyente de 1994, circunstancia demostrativa de que las relaciones entre ambas en este proceso de transición no surgen de la Constitución (...) por el contrario se delegó tal delimitación a los Poderes Ejecutivo y Legislativo federales en la convención estatuyente de la Ciudad”. En el mismo fallo, avaló la tesis de la asunción gradual de la competencia asignada, pues calificó que la Ley N° 24.588 procuraba conjurar “una situación excepcional y transitoria dando una solución acorde a las exigencias del proceso de transición iniciado con la reforma de 1994”¹³.

Todas estas son cuestiones prácticas –propias de la prudencia política–, cuya instrumentación es precisamente de la esencia del buen gobierno. Dicho de otro modo, quienes ejercen las funciones públicas tienen por encargo asumido cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes que en su consecuencia se dicten, habilitando los medios prudenciales para que esto sea del modo más eficaz y sin tergiversar su espíritu durante su aplicación o por la emisión de reglamentos.

I. BIBLIOGRAFÍA

Bidegain, Carlos M., *Curso de Derecho Constitucional*, T. III, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.

13. Cfr. *Gauna*, supra, cons. 16. *N. N. y otros s/ averiguación de delito - Damnificado: Nisman, Alberto y otros*, sentencia del 20/9/2016, Fallos: 339:1342; *Corrales, Guillermo Gustavo y otro s/ hábeas corpus*, sentencia del 9/12/2015. Fallos: 338:1517.

Dromi, Roberto y Menem, Eduardo, *La constitución reformada*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1994.

Gulco, Hernán, “La autonomía de la Ciudad de Buenos Aires. La ley Cafiero es inconstitucional”, publicado en *La Ley* 22/04/2010, 1; *La Ley* 2010-C, 80. Cita online: AR/DOC/1579/2010.

II. JURISPRUDENCIA

CSJN, *Gauna, Juan Octavio s/ acto comicial 29-3-97*, sentencia del 7/5/1997. Fallos: 320:875.- CSJN, *Corrales, Guillermo Gustavo y otro s/ hábeas corpus*, sentencia del 9/12/2015. Fallos: 338:1517.

CSJN, *N. N. y otros s/ averiguación de delito - Damnificado: Nisman, Alberto y otros*, sentencia del 20/9/2016. Fallos: 339:1342.- CSJN, *Bazán, Fernando s/ amenazas*, sentencia del 4/4/2019. Fallos: 342:509.- CSJN, *Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Córdoba, Provincia de s/ ejecución fiscal*, sentencia del 4/4/2019, Fallos: 342:533.

CSJN, *Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*, sentencia del 4/5/2021 en el expediente CSJ 567/2021.

III. NORMATIVA

Constitución de la Nación Argentina, publicada según Ley N° 24.430 (BO 10/1/1995).

Ley N° 23.512, BO 12/6/1987.

Ley N° 24.309, BO 31/12/1993.

Ley N° 24.588, BO 30/11/1995.

Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, del 1/10/1996.

PARTE I

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

EL DERECHO A LA EXTIMIDAD (LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL EN ÉPOCA DE REDES SOCIALES)

THE RIGHT TO EXTIMACY (CONSTITUTIONAL PROTECTION IN THE AGE OF SOCIAL MEDIA)

ENRIQUE H. DEL CARRIL¹

Recibido: 28 de abril de 2021
Aprobado: 14 de mayo de 2021

RESUMEN

La tesis que se sostiene en este trabajo es que el derecho a la privacidad es insuficiente para proteger la actividad de las personas en los entornos digitales de la Sociedad de la Información; en especial, en las redes sociales.

En estos entornos, tal como se desenvuelven en la actualidad, las personas publican información personal, privada e íntima con pleno conocimiento de las consecuencias posibles de sus actos: la viraliza-

1. Abogado (UCA), Magíster en Derecho y Magistratura Judicial (Austral), Profesor de Derecho Constitucional (UCA), Derechos y garantías (UCA), Argumentación jurídica (UCA, Austral) y Derechos Humanos (UFASTA). Correo electrónico: enrique-del@uca.edu.ar.

ción. Para proteger estos casos, la práctica judicial suele recurrir al derecho a la privacidad y al análisis del consentimiento de la persona.

Pero la configuración tradicional de la protección constitucional al derecho a la privacidad cesa con el consentimiento del individuo, cuando éste accede a que su información, imágenes o voz grabada se publiquen; el Derecho considera que no existe privacidad a proteger.

En consecuencia, los operadores del Derecho recurren a ficciones sobre vicios en el consentimiento o, simplemente, a negar que haya habido tal. Pero esto no es más que una falacia forzada para encontrar una solución justa al caso.

Es preciso, entonces, reconfigurar este derecho para que pueda abarcar los casos en que el consentimiento existe, pero la viralización de la información provoca un daño en la persona.

Se recurre para ello al concepto lacanianiano de “extimidad” como un supuesto distinto a la privacidad y que abarca la realidad del fenómeno de las redes sociales.

Por último, se proponen algunas pautas mínimas que deberían caracterizar el derecho a la extimidad.

PALABRAS CLAVE

Derecho a la privacidad; Derecho y tecnología; Extimidad; Sociedad de la Información; Redes sociales.

ABSTRACT

The thesis of this paper is that the right to privacy is inadequate to protect people’s activity in the digital world, mainly in social networks.

In these environments people use to publish personal and private information knowing the consequences of their actions: viralisation. To protect these cases, judges refer to the right to privacy and the scrutiny of the individual’s consent.

But the constitutional protection of the right to privacy ceases when the person agrees to have his or her information, images or re-

corded voice published. Under this standard, the law considers that there is no privacy to protect.

Legal practitioners use lack of consent, or simply deny that there has been such consent in social media environment. But this is just a forced fallacy to find a righteous solution to the cases.

It is necessary a reconfiguration of the right to privacy to cover cases where the person consent the publication, but the viralisation causes harm.

In this work and for this purpose, Lacan's concept of "extimacy" is used as another right, different from privacy. In this way, the right to extimacy covers the phenomenon of social media.

Finally, this work proposes some guidelines to typify the right to extimacy and the right to privacy.

KEYWORDS

Privacy rights, Law and Technology; Extimacy; Information Society; Social Media.

PARA CITAR ESTE TEXTO:

Del Carril, Enrique H. "El derecho a la extimidad (la protección constitucional en época de redes sociales)", *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, N° 11, 2021, pp. 27-68.

1. DERECHOS, Y NUEVOS DERECHOS

Es un lugar común señalar los enormes impactos que la llamada Sociedad de la Información² tiene sobre la configuración de los derechos fundamentales. Según se afirma, asistimos a la aparición de nue-

2. Castells, Manuel, *La era de la información: Economía, sociedad y cultura, fin del milenio*, vol. 3, México DF, Siglo XXI, 2002.

vos derechos vinculados con la digitalidad. Pero en mi opinión, estamos presenciando un cambio mucho más radical que aquellos que fueron conformando las denominadas “generaciones de derechos”³.

Si observamos la cronología de aquellas generaciones y los derechos que las fueron conformando, podemos advertir que cada generación aportó nuevos, sin descartar los anteriores.

Así, sucesivamente, el constitucionalismo liberal centró la protección de los derechos que tienen por objeto al individuo aislado y se erigen, en algún punto, contra el Estado; luego, el surgimiento de la cuestión social demostró que esos derechos eran insuficientes para la nueva configuración de la realidad, pero no derogó esos derechos sino que agregó otros: los derechos-prestación que demandaban acciones positivas del Estado; y algo similar ocurrió con la tercera oleada de derechos, aquellos identificados con la protección de bienes colectivos, como el ambiente o la cultura.

El proceso de cambio que fue sufriendo el constitucionalismo de los derechos con los avatares de la sociedad respondió, como se ve, a un criterio acumulativo. Por ejemplo, a pesar de que los derechos de primera generación, es decir, los civiles y políticos, desde su cristalización en los tiempos de las constituciones de corte liberal individualista han sufrido algunas reconfiguraciones encaramadas en los cambios de la sociedad moderna, lo cierto es que, en su estructura básica, estos derechos mantuvieron su identidad originaria.

Este proceso de sedimentación de derechos provocó algunas disonancias “intergeneracionales” e, incluso, verdaderas anomalías⁴. Esto, por supuesto, no es un problema menor: la distinta configuración política e ideológica de las generaciones de derechos originan, probablemente, la mayoría de los conflictos que hoy son parte de la reflexión sobre los Derechos Humanos. Conflictos ya clásicos, como la difícil compatibilidad entre el derecho a huelga y la libertad de cir-

3. Martínez de Pisón, José, “Las generaciones de derechos”, en Betegón, J. *et alii* (Coords.), *Constitución y Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 409-435.

4. Del Carril, Enrique H., “Los derechos sociales como anomalías. Reflexiones en torno a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano”, *Revista de Derecho*, Piura, Vol. 8, n° 8, 2007, pp. 227-247.

culación, los derechos laborales y la libertad de contratación, la protección cultural de los pueblos originarios o del ambiente y el derecho de propiedad individual son tan solo una muestra de estas colisiones que hoy nos ocupan y preocupan.

El problema central consiste, en definitiva, en lo que se ha dado en llamar la integralidad e interrelación de los derechos fundamentales: partiendo de la base de que todos estos derechos son manifestaciones finales de la dignidad humana, el trabajo del intérprete del Derecho es compatibilizarlos.

2. LOS DERECHOS EN LA SOCIEDAD DIGITAL

Esta explicación que se ha esbozado en el punto anterior, para algunos, puede ser directamente aplicada a los derechos que parecen emerger de la sociedad digital.

En definitiva, se dice, los derechos que empiezan a aparecer en el horizonte de la sociedad-red, para utilizar la conocida expresión de Castells⁵, conforman una nueva generación (¿la cuarta?) o son derechos que se suman y culminan la última generación de derechos y, en cualquiera de estas dos perspectivas, estos nuevos derechos vendrían a conformar otro estrato sedimentario que se acumularía a los anteriores.

Desde esta perspectiva, la configuración del derecho a la conectividad o el derecho al olvido, por citar algunos ejemplos, encontrará finalmente su cauce en el concierto de los derechos fundamentales luego de pasar por un proceso histórico (todos los derechos lo hicieron) que comienza con su rechazo, luego la aceptación desganada, para culminar en su consagración y aceptación.

Pero en mi opinión, estamos ante una perspectiva distinta. Estoy convencido de que las alteraciones que está produciendo la sociedad digital tienen un impacto aún más profundo que las coyunturas políticas y sociales que dieron origen a las anteriores generaciones de

5. Castells, Manuel, *La era de la información*, Vol. I: "La Sociedad Red", México DF, Siglo XXI, 2002.

derechos, y que implicará una reconfiguración del sistema jurídico en su totalidad.

Es que la sociedad digital, condensada en aquello que –con bastante imprecisión– identificamos con el nombre de “internet”, implicó un cambio en el contexto vital y los ámbitos de vida mucho más fundamental que los procesos históricos que dieron origen a las generaciones previas de derechos.

El nacimiento de la realidad digital, del universo de lo virtual, implicó la creación de nuevos espacios, en el sentido más preciso y tangible de esta expresión. La geografía en la cual cada individuo despliega su vida y sus proyectos se ha expandido exponencialmente y ha roto no solo con las barreras políticas que demarcan los Estados sino con la misma realidad de la naturaleza física. La digitalidad, desde esta perspectiva, ha dejado de ser un instrumento de trabajo y comunicación para identificarse, más bien, con un lugar.

Esta es, quizás, la marca referencial de la sociedad digital y, por ello, el indicio más claro de que los derechos que “se vienen” no son solamente sedimentarios de los anteriores, nuevos agregados a los que ya conocemos.

Si analizamos los procesos históricos en los que surgieron las demás generaciones de derechos y las comparamos con la actual, veremos que también en este aspecto las condiciones son profundamente distintas.

En primer lugar, tanto los derechos de primera generación como los de segunda surgieron del cambio en las condiciones sociales y políticas de la sociedad. Los derechos del pensamiento liberal fueron una reacción a los absolutismos de la época impulsados por las revoluciones burguesas, y los derechos de segunda generación, los derechos sociales, lo hicieron en el marco de la revolución industrial.

Por su parte, los derechos de tercera generación, si bien no formaron parte de un proceso político especialmente conflictivo (en el sentido de revolucionario), aparecen al ritmo de una nueva percepción de la realidad, al advertirse problemas en los que antes no se había reparado: la protección del medio ambiente o de los bienes culturales responden a esta nueva sensibilidad; en rigor, la violación o afectación de estos bienes siempre existió, pero no parecía ser un asunto de derechos.

En el caso de la sociedad digital, la cuestión cambia. Por un lado, esta nueva realidad trae (y traerá) nuevos derechos, como el derecho a la conectividad, al olvido y a la protección de datos, pero como se dijo, a diferencia de las otras generaciones de derechos, la nueva realidad de lo digital implicará una reconfiguración profunda en todo el elenco de los ya existentes.

Los ejemplos abundan. Podemos pensar en el profundo cambio que viene sufriendo el derecho de propiedad en su aplicación a los bienes digitales y, en un futuro, también a los bienes materiales con la extensión de la *blockchain*⁶; en la crisis de la propiedad intelectual con la socialización de la música y el cine digital; o la crisis del Derecho Laboral con la nueva realidad del trabajo por plataformas, el teletrabajo y las nuevas formas de contratación dislocada.

Pero quizás los desafíos que más se señalan y preocupan⁷ son los temas que se refieren a la intimidad y la privacidad⁸.

Las amenazas que, señalan, se ciernen sobre estos derechos son muchas y urgentes: nuestros datos y nuestra intimidad están siendo objeto del comercio y somos víctimas de una sociedad vigilada en la que nadie está realmente solo; y todo ello sin ni siquiera vernos for-

6. Tapscott, Don y Tapscott, Alex, *La Revolución Blockchain*, Barcelona, Planeta, 2017.

7. La bibliografía es abundante; podemos citar, por ejemplo, Mender Bini, Susana Eloísa, "Privacidad y protección de datos personales. Tratamiento de sus vulnerabilidades en los Estados Unidos, Argentina y la Unión Europea (Sesgos, fortalezas y similitudes en su legislación y jurisprudencia)", *El Derecho Diario*, Buenos Aires, Tomo 288, 2020, ED-CMXXI-637; Grover Dorado, John, "Derecho a la privacidad y protección de datos personales en las condiciones de uso y políticas de privacidad de las redes sociales", *El Derecho Diario*, Buenos Aires, Tomo 268, 609, 2016, ED-DCCLXXVI-59; Ferreyra, Eduardo, "Reconocimiento facial en el espacio público de CABA y los peligros para los derechos humanos", *La Ley CABA*, Buenos Aires, 2020 (febrero), AR/DOC/317/2020; Luzza, Yamila Y., "El derecho a la privacidad frente a injerencias estatales en la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos", *La Ley Sup. Penal*, Buenos Aires, 2019-E, 930, AR/DOC/342/2019.

8. Aunque en rigor, según la mayoría de los autores, las dos expresiones no significan exactamente lo mismo, así se lo considerará, a los efectos de la tesis que se intenta argumentar en este trabajo; en consecuencia, se usarán ambos términos indistintamente.

zados: si queremos “pertenecer” a una red social debemos pagar ese precio.

Más allá de estas alarmas a las que nos estamos acostumbrando, una cosa es evidente: la nueva lógica comunitaria de las redes sociales y su masivo uso por la humanidad entera ha desestabilizado completamente este derecho.

Por un lado, desvela a los operadores del Derecho y académicos este abandono consciente y voluntario de la intimidad: las personas vuelcan en las redes información personal y detalles de su intimidad y los exponen públicamente, buscando la aceptación y el aplauso. Por el otro, la monetización de nuestros datos personales no termina de encontrar cauce jurídico adecuado. Por último, la definitiva instalación de una sociedad controlada en aras de la seguridad pública y el avance de las tecnologías de vigilancia en la vía pública nos interroga sobre los límites del control estatal.

En este trabajo me centraré en la cuestión del derecho a la intimidad y la privacidad y su protección. La tesis que habré de sostener es que la configuración tradicional de este derecho no puede, por su propia naturaleza, servir de resguardo ante la nueva realidad de la vida en las redes sociales y que, en consecuencia, es preciso conservar ese derecho en su cauce tradicional y pensar en una nueva protección que se ajuste mejor al problema actual.

Es que, por un lado, el derecho a la privacidad tiene su límite en el consentimiento que el individuo presta a exponer su vida íntima y sólo negando la forma en que nos comportamos en las redes sociales podemos afirmar que no existe tal consentimiento; pero por otro lado, los abusos que se cometen con la información que compartimos en las redes no pueden quedar impunes. Nos encontramos, entonces, ante un horizonte paradójico: el Derecho que tradicionalmente sirvió de garantía de protección no encaja en la nueva realidad digital.

Existen muchos trabajos académicos sobre la privacidad y la sociedad digital; de hecho, la correlación entre ambas es quizás el tema más abordado cuando se habla de la relación entre Derecho y tecnología.

En general, la reflexión académica sobre el tema oscila entre dos posturas. Por un lado, se postula la expansión de la privacidad en términos absolutos a cualquier situación, aún a aquellas que tradicional-

mente estaban fuera de su foco de influencia, para proteger a los individuos de este Leviatán Digital⁹; por otro, se advierte una percepción de pérdida, de retroceso; se dice que la intimidad ha muerto; que este derecho no tiene cabida en el mundo de lo digital.

2.1. El espesor de la intimidad

Mucho ha cambiado la medida y extensión del derecho a la privacidad desde la publicación, en el año 1890, del conocido artículo de Warren y Brandeis¹⁰.

En aquella oportunidad en que se estableció el perfil del derecho a la privacidad o, en la expresión de Coley, del derecho a “ser dejado a solas” (*the right to be let alone*), la preocupación de los autores estaba impulsada porque “las fotografías instantáneas y las empresas periodísticas han invadido los sagrados recintos de la vida privada y doméstica; y numerosos artefactos mecánicos amenazan con hacer realidad la predicción de que «lo que se susurra en los armarios se vociferará en los techos de las casas»”¹¹.

Estos avances y peligros de la tecnología de aquella época tienen claras resonancias en lo que ocurre en la actualidad, pero lo verdaderamente peculiar del artículo de Warren y Brandeis es que advirtieron tempranamente que las respuestas que el orden jurídico (el *common law*, en su caso) podía ofrecer eran insuficientes para abarcar la complejidad de las tecnológicas emergentes y, en especial, de sus consecuencias y malos usos.

El conocido artículo recorre las distintas respuestas que daban los tribunales ante violaciones a la exposición involuntaria de la inti-

9. Faliero, Johanna C., *El derecho al anonimato: revolucionando el paradigma de protección en tiempos de la posprivacidad*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2019.

10. Warren, Samuel y Brandeis, Louis, “The Right to Privacy”, 4 *Harvard L.R.* 193, Dec. 15, 1890.

11. “Instantaneous photographs and newspaper enterprise have invaded the sacred precincts of private and domestic life; and numerous mechanical devices threaten to make good the prediction that «what is whispered in the closet shall be proclaimed from the house-tops»”, ob. cit., p. 195.

midad de las personas comunes, y las descarta por insuficientes para cubrir la novedad que estaban transitando. Estas respuestas, se dice allí, se fundamentaban en dos derechos fundamentales: la protección de la vida y de la propiedad. Pero la privacidad, afirman, pertenece un poco a ambas si tomamos estas nociones en un sentido amplio; es decir, siempre que se considere dentro del concepto “vida” no solo la existencia biológica sino todo lo que hace a las condiciones de un buen vivir (*the right to enjoy life*) y, dentro de “propiedad”, las posesiones tanto materiales como inmateriales sin referencia a su valor económico¹². Los autores, como es sabido, concluyen que el derecho a la privacidad debería desprenderse de estos dos orígenes para aportar una adecuada protección y constituir un derecho nuevo que contemple en toda su dimensión el fenómeno.

La Constitución argentina tiene una temprana tradición en materia de protección de la intimidad y la privacidad.

Impresiona el énfasis que el propio texto constitucional tiene en este punto. A excepción del Preámbulo, que tiene la fuerza expresiva de un programa de presentación “política”, nuestra Constitución suele ser mesurada en las palabras que emplea. Sin embargo, el artículo 19 escapa a este rasgo y tiene una fuerza expresiva inusitada: “(...) las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exenta de la autoridad de los magistrados”. La reserva de los actos que constituyen la intimidad únicamente para la relación con Dios y que, por ello, escapan a toda autoridad terrenal es, en el lenguaje constitucional, uno de los pocos espacios en los que se rechaza absoluta y totalmente la injerencia del Estado.

El alcance, tan amplio, de la protección de las “acciones privadas” obligó a determinar con precisión el significado de esta expresión y los supuestos que engloba.

12. “Gradually the scope of these legal rights broadened; and now the right to life has come to mean the right to enjoy life –the right to be let alone; the right to liberty secures the exercise of extensive civil privileges; and the term «property» has grown to comprise every form of possession– intangible, as well as tangible”, ob. cit., p. 193.

La interpretación de este artículo y de su extensión ha sido objeto de innumerables comentarios. Sin embargo, la divergencia de opiniones podría resumirse esquemáticamente en dos fallos de la Corte Suprema. Por un lado, la que se describe en *Viñas Ibarra*¹³, que confina la protección solo a aquellas acciones que quedan retenidas en la conciencia de las personas; se dice allí que “el artículo 19 de la Constitución Nacional limita su ámbito específico a las acciones privadas de los hombres que no ofendan la moral o el orden público ni perjudiquen a terceros, es decir, no se concreten en actos exteriores que puedan incidir en los derechos de otros o afectar la convivencia social, el orden o la moral públicos y las instituciones básicas en que ellos se apoyan”¹⁴. Según esta postura, cualquier acción que tenga algún atisbo de exterioridad puede ser objeto de –parafraseando la Constitución– la autoridad de los magistrados.

Por otra parte, la postura opuesta es la que establece la Corte Suprema en el conocido caso *Ponzetti de Balbín*¹⁵ y que el ministro Petracchi desarrolla en detalle en su voto concurrente. En este punto de vista, más allá del fuero íntimo de las personas, “se halla el derecho genérico al aseguramiento –incluso en lo material– de un área de exclusión solo reservada a cada persona y solo penetrable por su libre voluntad”¹⁶.

En síntesis, la discusión se centra en las características de las manifestaciones externas de la persona; en la primera postura, esta externalidad excluye de por sí la protección del artículo 19 y, en la segunda, dependerá de otras circunstancias y, por ello, algunos actos externos merecerán amparo constitucional.

Pero no es mi intención ingresar en esta cuestión sino resaltar lo que tienen ambas posturas en común y cómo el derecho a la privacidad en cualquiera de sus dos versiones no alcanza a abarcar la realidad de lo digital.

13. Fallos: 296:15.

14. Considerando 4°.

15. Fallos: 306:1892.

16. Considerando 20 del voto del ministro Petracchi.

2.2. *Intimidación y consentimiento*

Cuando Brandeis y Warren perfilaron la idiosincrasia de aquel “nuevo” derecho a la privacidad establecieron, entre sus características, que uno de sus límites es la voluntad del titular del derecho de dar a publicidad algún acto privado o cuando esta publicación se realiza con su consentimiento¹⁷. La protección constitucional, en el análisis de estos autores, cesa cuando la persona asiente libremente a que sus actos tomen estado público.

La exclusión de la protección constitucional cuando media consentimiento también está presente en la jurisprudencia constitucional argentina: en *Viñas Ibarra*, como es obvio, puesto que en esta postura cualquier exteriorización de un acto privado o íntimo escapa al ámbito de protección del artículo 19 de la Constitución Nacional, pero también se encuentra en *Ponzetti de Balbín*, tanto en el voto de la mayoría¹⁸ como en el del ministro Petracchi¹⁹; esta posición se repite también en los todos los precedentes de la Corte Suprema sobre el tema.

Esta parece una consecuencia obvia y necesaria, puesto que la misma idea de privacidad implica la intención, la voluntad subjetiva, de excluir los actos o pensamientos propios del conocimiento de terceros. Lo íntimo, lo privado, es por definición aquello que cada persona desea excluir del ámbito de lo público.

17. “*The right to privacy ceases upon the publication of the facts by the individual, or with his consent. This is but another application of the rule which has become familiar in the law of literary and artistic property. The cases there decided establish also what should be deemed a publication, the important principle in this connection being that a private communication of circulation for a restricted purpose is not a publication within the meaning of the law*” (p. 218).

18. “En consecuencia, la presencia *no autorizada ni consentida* de un fotógrafo en una situación límite de carácter privado que furtivamente toma una fotografía (...) no admite justificación y su publicación configura una violación del derecho a la intimidad” (del considerando 10, el destacado me pertenece).

19. “(...) aseguramiento –incluso en lo material– de un área de exclusión solo reservada a cada persona y *solo penetrable por su libre voluntad*” (del considerando 20, el destacado me pertenece).

Esto es así en el entendimiento común de la palabra y en sus consecuencias jurídicas. La fuerza de este consentimiento es tal, que incluso hace caer la protección constitucional de la privacidad en sus atributos más materiales o, utilizando la expresión de Legarre, espaciales²⁰. Podemos citar como ejemplo el caso *Florentino*²¹, en el que se admitió la validez del ingreso policial a un domicilio particular sin orden de un juez porque su titular lo consintió²², o *Zambrana Daza*²³, que confirmó una condena por tráfico de estupefacientes de una mujer que concurrió al hospital y confesó a los médicos que tenía en el interior de su estómago envoltorios de látex con cocaína.

Ahora bien, la cuestión del consentimiento ocupa la jurisprudencia constitucional, pero siempre en su faz negativa; esto es, cuando es preciso determinar si ese consentimiento no existió o estuvo viciado, o cuando, a pesar de que existe una negativa a exponer aspectos de la persona que se consideran privados o íntimos, esta voluntad es inoponible por motivos de interés público.

El primer supuesto, la determinación de la existencia del consentimiento, puede verse, por ejemplo, en *B.R.E. c/ Policía Federal*²⁴, en que se analizaba la potestad del Estado para someter a personal policial a un examen obligatorio de detección de Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y en el cual la Corte Suprema concluyó que ese consentimiento está implícito en el sometimiento al régimen policial. El segundo supuesto, el análisis del vicio en el consentimiento, en el conocido caso *Fiscal c/ Fernández*²⁵, en el que se declaró la validez de la autorización otorgada a un policía encubierto para ingresar a un domicilio. Por último, la oposición al accionar estatal alegando violación de la privacidad puede verse en *Vázquez Ferrá*²⁶

20. Legarre, Santiago, "Una teoría espacial de la privacidad constitucional", en Julio César Rivera (h.) *et alí*, *Tratado de los Derechos Constitucionales*, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014.

21. Fallos: 306:1752.

22. Fallos: 313:612.

23. Fallos: 320:1717.

24. Fallos: 319:3040.

25. Fallos: 313:1305.

26. Fallos: 326:3758.

y *Gualtieri de Rugnone*²⁷, los dos casos correlativos (y opuestos en sus conclusiones) sobre la posibilidad de extraer muestras de ADN de una persona que se opone a ello.

Es más difícil, en cambio, encontrar casos en los que un consentimiento libre y no viciado de exponer imágenes privadas, aun así, excluya sus efectos jurídicos naturales en el ámbito del Derecho²⁸.

En síntesis, el consentimiento como criterio de determinación de la frontera entre lo privado (o íntimo) y lo público es el estándar general y aceptado.

Basta recorrer la jurisprudencia de la Corte Suprema que se relaciona con el artículo 19 para advertirlo: el consentimiento, en el sentido de voluntad de exclusión de la injerencia de terceros, siempre forma parte del concepto de privacidad. Así, se ha considerado, por ejemplo, en *Lambrechi*²⁹, *Lucas Aón*³⁰ y *Roviralta*³¹, entre otros.

2.3. Consentimiento y redes sociales

Pero si el consentimiento forma parte constitutiva del límite a la esfera de protección de la privacidad y la intimidad, es evidente que su aplicación en las redes sociales resulta bastante problemática.

27. *Fallos*: 332:1835 y 1769.

28. Pablo Palazzi expone el caso (CNCrim., sala VI, 2-6-15, *A., F. s/ nulidad*) de una persona que fue identificada como autora de un delito por sus fotos en las redes sociales; cfr. Palazzi, Pablo, "Difusión no autorizada de imágenes íntimas (*revenge porn*)", *El Derecho Diario*, Buenos Aires, Tomo 266-837, ED-DCCLXXV-838.

29. "No puede afirmarse que una filmación con fines eminentemente comerciales encierre un interés general social que justifique una indebida utilización de imágenes sin el consentimiento de las interesadas", *Fallos*: 311:1171, considerando 5°.

30. "Autorizada la utilización de una cámara Gesell por los juzgados dedicados a asuntos de familia, el derecho a la intimidad será debidamente resguardado si ella no puede utilizarse sin la expresa conformidad de todos los participantes", *Fallos*: 313:626, considerando 4°.

31. "Todo lo relativo a la concreta vida privada aun de personajes ampliamente conocidos por el público sólo es susceptible de ser divulgado mediando el consentimiento del sujeto en cuestión" (disidencia del Dr. Carlos S. Fayt, considerando 9°), *Fallos*: 327:789.

No es preciso ahondar mucho en la afirmación –que conocemos por experiencia personal y simple observación– de que los usuarios de redes sociales vuelcan enormes porciones de “la esfera doméstica y [e]l círculo familiar y de amistad, [y] otros aspectos de la personalidad espiritual o física (...) como la integridad corporal o la imagen”³² en sus perfiles digitales. Estas acciones se realizan con el fin consciente y consentido (y, en general, buscado) de lograr la mayor repercusión posible de esos contenidos; se anhela obtener notoriedad dentro de los círculos de relaciones (amigos, seguidores).

Tampoco es posible negar que, para cualquier usuario de las redes sociales, es una consecuencia previsible y potencialmente esperable que esa imagen, ese texto o esa voz se extienda mucho más allá del círculo originario al que alcanzaba la publicación en sus orígenes.

Esta es una parte inherente a la lógica propia de las redes sociales, donde lo que llama la atención, lo que sale del cauce de lo que usualmente se ve, adquiere inmediatamente esta condición de propagación que tan bien se ha descrito con la expresión “viralización”: al igual que el “agente cero” de una enfermedad contagiosa, el dato digital comienza a propagarse en círculos concéntricos, desde aquellos que lo recibieron originalmente, a sus allegados y conocidos, y así sucesivamente, en un efecto de crecimiento geométrico difícil de prever.

32. “Que en cuanto al derecho a la privacidad e intimidad su fundamento se encuentra en el art. 19 de la Constitución Nacional. En relación directa con la libertad individual protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse su intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbre o la persecución del crimen”, *Fallos*: 306:1892, considerando 8°.

Pero si, de un lado, este consentimiento pareciera suficiente para excluir la protección del derecho constitucional a la privacidad, del otro, no parece justo sostener el aniquilamiento liso y llano de la esfera de privacidad de la persona por esta nueva socialización en entornos digitales.

Lo que se intenta señalar es que sólo recurriendo a ficciones más o menos forzadas y no muy ajustadas a una realidad, a esta altura del avance de las redes sociales, el derecho a la privacidad y la intimidad pueden dar una respuesta adecuada a esta cuestión.

Basta recorrer estas respuestas, ensayadas en la doctrina y la jurisprudencia, para advertir esa sensación de “irrealidad argumentativa”.

Es evidente y encomiable que, en los esfuerzos de los operadores del Derecho, se advierte la búsqueda de una solución justa para casos que merecen reproche y/o una respuesta jurídica acorde; pero afirmar que existe una intención tácita o presunta de excluir la viralización puede sostenerse sólo con el precio de negar la evidencia de la realidad; se sostiene solo en el afán de encontrar respuestas acordes en institutos jurídicos conocidos a realidades novísimas que no están contempladas por ellos en toda su dimensión.

Esta distorsión bienintencionada puede verse en todos los espacios de intersección entre el uso de las redes sociales y el Derecho. Se niega el discernimiento o la validez del consentimiento en el caso de adolescentes³³, en el ámbito de las relaciones de trabajo³⁴, en el uso de información en fuentes abiertas con fines fiscales³⁵ o penales³⁶; y, en general, en todos aquellos casos en que no pueda constatarse un

33. Astelarra, Belén María, “Adolescentes y redes sociales: consideraciones jurídicas sobre la disposición de la propia imagen”, *El Derecho - Diario*, Buenos Aires, Tomo 278, ED-DCCLXXVII-352.

34. Macoretta, Cora S., “Las redes sociales y la incidencia en el ámbito laboral”, *El Derecho - Diario*, Buenos Aires, Tomo 266, 793, ED-DCCLXXV-805.

35. Calderón Carrero, José Manuel, “Algoritmos de inteligencia artificial con fines de control fiscal: ¿puede el Derecho embridar a las nuevas tecnologías?”, *El Derecho Tributario*, Buenos Aires, marzo 2020, n° 1, ED-CMXIII-759.

36. Riquert, Marcelo A., “Las redes sociales como nuevo medio orientador de pesquisas criminales”, *La Ley*, Buenos Aires, 2015-E, 432.

consentimiento expreso y formalizado para la (re)publicación de imágenes, voces o textos fuera de su “lugar” original de publicación³⁷.

Pero es imposible negar que cualquier usuario de redes sociales, más allá de aquello que acuerde en el contrato *click-and-wrap*³⁸ que celebra con la plataforma, se representa con toda claridad que lo que publica tiene una vocación innata a la viralización.

El problema principal en la sociedad-red es que, al compartir nuestra vida en las redes, se tiene pleno conocimiento de la potencialidad de su viralización, y la consentimos incondicionalmente. En rigor, la cuestión litigiosa no se produce porque la persona se vea sorprendida en su buena fe por la propagación de la imagen o la voz más allá del receptor concreto. La sorpresa (y la afectación) suele darse cuando la replicación del archivo adquiere unas dimensiones mayores de la que se estaba dispuesta a aceptar.

Los ejemplos abundan en los periódicos y aparecen regularmente: una foto, un video, un audio dirigido a un número indeterminado de “amigos” (en el sentido amplio que le dan a la expresión las redes sociales), que corre por las redes y se cuela a los medios de comunicación para sorpresa y consternación de su autor.

El problema principal es que la protección de la privacidad y la intimidad están diseñados para la realidad analógica, para el ámbito de lo físico. Es por eso que la misma noción de privacidad e intimidad incluyen, en la delimitación de sus fronteras específicas, la referencia al consentimiento de quien es el “autor” o el “protagonista” de las imágenes o registros de voz. En la realidad analógica esta frontera es clara, la exclusión de la mirada ajena es, también, un acto físico: la restricción del acceso a terceros a espacios o situaciones que se consideran privados.

Nos encontramos, entonces, ante un escenario paradójico: intentamos proteger la vida privada de personas que han consentido su exposición, y para hacerlo recurrimos a un derecho, el de la privacidad, que cesa, precisamente, por el libre consentimiento de la persona.

37. Navarro Floria, Juan G., “Derechos de la integridad espiritual”, en *El Derecho*, Buenos Aires, ED-CMXXIII-833.

38. Grover Dorado, John (h.), “Los contratos electrónicos de consumo en el Derecho argentino”, *El Derecho Diario*, Buenos Aires, Tomo 270, 641, ED-DCCLXXVI-347.

En consecuencia, parecería necesario construir un concepto que combine, a la vez, la publicidad de actos privados e íntimos y alguna limitación a esta publicidad.

3. EL CONCEPTO DE EXTIMIDAD

Recurrir a un concepto de una ciencia para trasvasarlo a otra implica siempre traicionar un poco (o mucho) su significado original. Éste, sin embargo, es el precio de los análisis interdisciplinarios que, como contrapartida, aportan una mirada diferente a los problemas.

Propongo y pretendo hacer precisamente esto con el término “extimidad”; además, cuento con el aval (o la excusa) de que ya se ha utilizado en relación con el mundo digital³⁹ y, también, en el Derecho⁴⁰.

Usualmente se atribuye a Lacan la construcción de este neologismo, a pesar de que sólo es posible encontrar un par de referencias aisladas en su obra⁴¹. En rigor, el término acuñado por Lacan para describir la “exterioridad íntima” fue retomado por Miller, quien dedicó un curso entero al desarrollo del concepto⁴².

Según este último autor, el “término extimidad se construye sobre intimidad. No es su contrario, porque lo éxtimo es precisamente lo íntimo, incluso lo más íntimo –puesto que *intimus* ya es en latín un superlativo– (...) indica, sin embargo, que lo más íntimo está en el

39. Cfr. Tello, Lucía, “Intimidad y «extimidad» en las redes sociales. Las demarcaciones éticas de Facebook”, *Comunicar*, Madrid, v. XXI, n° 41, 2013, pp. 205-213.

40. García Fernández, Dora, “El derecho a la intimidad y el fenómeno de la extimidad”, *Dereito*, Santiago de Compostela, Vol. 19, n° 2: 269-284, 2010, pp. 269-284.

41. “Quizás lo que describimos como ese lugar central, esa exterioridad íntima, esa extimidad”; Lacan, Jacques, *Libro 7. La ética del psicoanálisis*, Buenos Aires, Paidós, 1990, p. 171; “Esta distribución, su límite íntimo, condiciona justamente lo que en su tiempo, y con más palabras, por supuesto, más ilustraciones de las que puedo hacer aquí, designé como la vacuola, esta interdicción en el centro, que constituye, en suma, lo que nos es más cercano sin dejar de sernos exterior. Habría que inventar la palabra *éxtimo* para designar lo que está en juego”. Lacan, Jaques, *De un Otro al otro, El Seminario, libro 16*, Buenos Aires, Paidós, 2008, p. 206.

42. Miller, Jacques-Alain, *Extimidad*, Buenos Aires, Paidós, 2010.

exterior, que es como un cuerpo extraño”⁴³. En su concepción, la extimidad es un rótulo que busca, principalmente, disolver la separación entre lo interior y lo exterior del hombre, es un concepto que hace referencia a esa continuidad⁴⁴ y que quiere conjugarlo⁴⁵.

Más allá de la pertinencia del término en el uso psicológico y, si las hay, las eventuales discusiones sobre su adecuación (o, llanamente, su existencia) en los espacios de la psiquis, el término extimidad nos remite al ámbito de la interioridad (en algunos pasajes Miller llega a identificar al inconsciente como un potencial éxtimo) que se devela, que sale de lo íntimo para hacerse ajeno al sujeto; para hacerse objeto.

Tanto Lacan como Miller exploraban este concepto en 1960 y 1986, respectivamente, por lo que no es posible asumir una aplicación expresa de la idea de extimidad, una noción referida al inconsciente humano, a la irrupción de las redes sociales, una realidad de índole sociológica. Esto no estaba, queda claro, en la intención de sus autores, ni tampoco el concepto está estructurado con precisión para describir fenómenos sociales.

Pero la idea de extimidad representa con bastante exactitud la situación a la que se viene haciendo referencia: una intimidad que se hace pública por voluntad o acción de quien es su “propietario” sin que deje de ser, a la vez, parte de su intimidad.

La aplicabilidad de este concepto se hace patente en el mundo de las redes, donde la construcción de exhibiciones de la intimidad es constitutiva a la propia dinámica del ecosistema digital. Desde los primarios *blogs* que tenían la estructura de un diario íntimo *on line*, pasando por Facebook, como paradigma de la conjunción de ese mismo estilo de diario que incorporaba imágenes, hasta llegar, por ejemplo, a Instagram y TikTok, donde la presencia de lo visual en forma de imagen o filmación es casi excluyente.

43. Ob. cit., p. 14.

44. “Si subrayamos el término extimidad, es para marcar que no hay ninguna complementariedad, ningún ajuste entre el adentro y el afuera, y que hay precisamente un afuera en el interior. Esto es lo que se trata de construir, de tornar pensable”, ob. cit., p. 31.

45. Ob. cit., p. 87.

La separación conceptual que permite el concepto de extimidad entre lo íntimo y privado, por un lado, y lo público, por el otro, puede emplearse en el Derecho. Ese espacio intermedio que deja entre ambos y al que se nombra como extimidad, pone en evidencia –en clave jurídica– que puede existir una porción de la realidad que merezca un tratamiento diferenciado. La frontera establecida por el Derecho entre lo público y lo privado puede transformarse en un espacio gradual, y la extimidad apunta a esa continuidad.

Se viene señalando con insistencia en la reflexión sobre la irrupción tecnológica en el individuo un corrimiento (o, incluso, la aniquilación) del espacio de la privacidad: “(...) el mundo occidental atraviesa serias transformaciones que afectan los modos en que los individuos configuran sus experiencias subjetivas. El *homo privatus* se disuelve al proyectar su intimidad en la visibilidad de las pantallas, y las subjetividades introducidas se extinguen para ceder el paso a las nuevas configuraciones alterdirigidas”⁴⁶.

No es objeto de este trabajo entrar en la interesante discusión sobre la antropología en las redes y si estas implicarán el fin de la privacidad o su reducción a espacios cada vez más ínfimos, pero lo cierto es que la protección constitucional de la privacidad tal como está estructurada no da cuenta de lo que hemos identificado como extimidad.

Si se recorren los casos en que la Corte Suprema ha delineado el espacio de protección del derecho a la privacidad, no parece que puedan incluirse estas nuevas realidades.

En sucesivos fallos ha abarcado dentro del foco de la privacidad a “la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad (...) (y) otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas, tales como la integridad corporal o la imagen”. Esta frase, que se repite en *Sciammaro*⁴⁷,

46. Sibia, Paula, *La intimidad como espectáculo*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2013, p. 127.

47. “El derecho a la privacidad comprende no sólo el círculo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas, tales como la integridad corporal o la imagen, de modo que nadie pueda inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, y siempre que medie un interés superior en

EL DERECHO A LA EXTIMIDAD (LA PROTECCIÓN...)

*Menem*⁴⁸, *Ganora*⁴⁹, *Gutheim*⁵⁰ y, recientemente, en *Pando de Mercado*⁵¹, apunta a dos espacios relacionales concretos del individuo: su esfera de relaciones cercanas (doméstica, familiar y de amistad) y su propia individualidad física (la integridad corporal y la imagen).

El espacio, también relacional, de las redes sociales, en que el individuo comparte voluntariamente su intimidad y privacidad con personas indeterminadas (aunque determinables), parece quedar vacante de protección.

Cuando la Corte Suprema enumera estos aspectos de la privacidad, enfatiza que nadie puede inmiscuirse en ellos y que al Estado le está reservada esta posibilidad sólo cuando medie un interés superior, como se dice en *Franco*⁵² o, más estrictamente, cuando esa posibilidad de injerencia esté justificada por ley, como se precisa, por ejemplo, en *R.S.J.*⁵³ y *S.V.*⁵⁴.

resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen” (voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni, considerando 21), *Fallos*: 330:3685.

48. “El derecho a la privacidad comprende no sólo la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen”, *Fallos*: 324:2895, considerando 12.

49. La cita es textualmente idéntica a la que se encuentra en la nota que antecede, *Fallos*: 322:2139 (voto del ministro Boggiano, considerando 11).

50. Ídem nota anterior, *Fallos*: 316:703, considerando 8°.

51. Ídem nota anterior, *Fallos*: 343:2211, considerando 8°.

52. “(...) [N]adie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona, sin violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello, y salvo que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución de un crimen”, *Fallos*: 330:4615 (punto III del dictamen del Procurador General, que la Corte compartió e hizo suyo).

53. “Nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen” (disidencia del ministro Vázquez), *Fallos*: 326:4165, considerando 15.

54. La cita es textualmente idéntica a la que se encuentra en la nota anterior, *Fallos*: 324:975 (voto de los ministros Moliné O’Connor y López, considerando 20).

Pero siempre, sin excepción, en estos precedentes los espacios de privacidad excluidos de la intromisión ajena son aquellos “no destinados a ser difundidos, sin [el] consentimiento [de su titular] o el de sus familiares autorizados para ello”. Cabe preguntarse, entonces, si la información que se comparte en las redes puede incluirse dentro de esta delimitación. Y no sólo por el consentimiento del titular: ni siquiera parecería, por usar la expresión de esta jurisprudencia, que esa información, esa imagen, esa voz “no están destinadas a ser difundidas”. Más bien resultaría todo lo contrario: su propia naturaleza es la difusión.

4. ¿PUEDE LA EXTIMIDAD SER UN “NUEVO” DERECHO?

La extimidad es, como se vio, un aspecto tanto de la interioridad como de la exterioridad del hombre que merece una atención específica del ordenamiento jurídico. Pero para que se pueda considerar al derecho a la extimidad merecedor de la condición de derecho fundamental, de derecho humano, es preciso comprobar ciertos aspectos fundamentales porque “no toda aspiración, por razonable que sea, es un «derecho», sino sólo aquélla que tiene en cuenta el imprescindible «ajustamiento» con las aspiraciones ajenas en la convivencia social”⁵⁵.

En consecuencia, en primer lugar, cabe preguntarse si es posible inferir un derecho humano distinto de los que integran el elenco de los conocidos y reconocidos. En segundo lugar, si esto es así, debemos definir si el derecho a la extimidad tiene la estructura de un derecho fundamental; es decir, si este derecho subjetivo tiene su título en las bases estructurales de la naturaleza humana⁵⁶.

Desde una visión estrictamente formalista, la respuesta a estos interrogantes sería una sola: en el momento en que este derecho sea positivizado obtendrá toda su validez y vigencia. Sin embargo, una perspectiva más ajustada a la naturaleza de las cosas sostiene que la

55. Ollero, Andrés, “Para una teoría «jurídica» de los Derechos Humanos”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n° 35, 1983, p. 105.

56. Massini Correas, Carlos I., *Filosofía del Derecho (el Derecho y los Derechos Humanos)*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, p. 88.

vigencia histórica de los derechos humanos es autónoma a su reconocimiento por las leyes positivas y es posible inferir una obligación jurídica de algún aspecto de la naturaleza humana sin que precise ser reconocido por la ley positiva: el imperativo deóntico surge de la propia naturaleza humana.

La pregunta sobre la posibilidad de derivar “nuevos” derechos, distintos a los que ya están definidos, listados o reconocidos, tiene una importancia fundamental.

De un lado, proponer derechos “nuevos” parecería conspirar contra la misma noción de derechos humanos: si estos cambian, varían o se multiplican, parecería que están sujetos a las vicisitudes del tiempo y, en consecuencia, no son derechos universales, inalienables e indivisibles. Por otro lado, afirmar la posibilidad de ampliar libremente el catálogo de derechos trae la amenaza de su crecimiento descontrolado y el surgimiento de meros intereses particulares con ropaje jurídico que suelen quedar en meras declamaciones ideológicas.

La cuestión, inscripta entre uno de los tópicos más interesantes de la Filosofía del Derecho y la Teoría de los Derechos Humanos, necesitaría una fundamentación que excede por mucho las intenciones, mucho más modestas, de este trabajo.

El profesor Javier Hervada se hace la pregunta sobre la variabilidad de los derechos y concluye, debido a su fundamento en la naturaleza humana, que “representa un criterio constante y permanente”, que éstos no están sujetos al cambio *per se*; sin embargo, da cuenta de la variación fáctica, de que “cualquier tabla actual de los derechos naturales llamados «fundamentales» o «humanos» contienen derechos o aspectos de ellos, apenas mencionados en tiempos anteriores”⁵⁷.

La razón de esto, refiere, no se funda en que los derechos sean variables, sino que lo es su “enumeración concreta”. Esto se debe a varias causas, entre las que señala que: a) es posible profundizar y enriquecer el conocimiento de la naturaleza humana, lo que conduce a un más depurado conocimiento de los derechos correlativos; b) puede existir una variación histórica de los bienes o de los hechos que

57. Hervada, Javier, *Introducción crítica al Derecho Natural*, Buenos Aires, Ábaco, 2008, p. 117.

son el presupuesto de los derechos y c) los diferentes criterios científicos utilizados para la sistematización de los derechos pueden llevar a que algunos aspectos de esta normatividad sean considerados por algunos como derechos autónomos y por otros como incluidos en otros derechos.

Como se ve, a partir de estos criterios, puede encontrarse para el derecho a la intimidad su marco y fundamento.

Una hipótesis con fuertes argumentos es que la sociedad digital ha producido ciertos cambios antropológicos que influyen en la constitución del hombre en su dimensión histórica⁵⁸ y, por ende, en la dimensión de los derechos correlativos⁵⁹; en consecuencia, la profundización en el conocimiento de ese “tipo humano digital” y de su estatuto puede traer como consecuencia nuevos derechos ajustados a ese entorno digital.

Esta nueva tipificación antropológica, por su parte, proviene de la novedad cultural que se identifica con la conectividad. El nuevo bien cultural que implica el mundo virtual (y que hoy es casi indispensable) genera nuevas relaciones, no solo interpersonales, sino con la propia “cosa” que es la digitalidad. Y, como sostiene Hervada, nuevos hechos son presupuesto de nuevos derechos.

Estos dos puntos justifican la posibilidad (solo la posibilidad) de que pueda originarse este nuevo derecho, el derecho a la intimidad. Si la constitución antropológica del hombre ha variado por causa de la sociedad digital, si la sociedad-red ha producido nuevos artefactos⁶⁰ cul-

58. Escobar, Arturo, “Bienvenido a Cyberia: notas para una antropología de la cibercultura”, *Revista de Estudios Sociales* n° 22, Bogotá, 2005, pp. 15-35; Durán, Ronald, “Ética de la tecnología: acerca de la moralidad de los artefactos técnicos”, *Unisinos Journal of Philosophy*, Rio Grande do Sul, 21(1), 2020, pp. 47-55.

59. El propio Hervada sostiene esta posibilidad siempre que no estemos hablando de la naturaleza propia del hombre, pero sí, para usar la frase orteguiana, “de sus circunstancias”; así, en la obra citada refiere que “[l]a condición histórica puede afectar a la medida de los Derechos Naturales respecto del (...) estado de la persona (...) el tipo humano resultante de la evolución histórica mediante el proceso cultural y civilizador” (ob. cit., p. 124).

60. Sobre la noción de “artefactos” y su influencia, cfr. Monterroza-Ríos, Álvaro David, “El papel retroalimentador de los artefactos en el desarrollo de las técnicas humanas”, *Trilogía Ciencia Tecnología Sociedad*, 11(20), Medellín, pp. 49-65.

turales, es inevitable que surjan nuevos derechos que den cuenta de esta nueva realidad. Si coincidimos en que los derechos humanos surgen de la exigencia de la naturaleza (humana y de las cosas), es razonable que asistamos al nacimiento de nuevos derechos que se deriven de ella.

La tesis que se acaba de despachar en breves párrafos exigiría también una fundamentación mucho más profunda y acabada, que no puede hacerse en las dimensiones escuetas de este trabajo. Empero, aun cuando se dudara de ella, es posible sostener igualmente que el derecho a la extimidad es un aspecto, un desprendimiento del derecho a la privacidad.

Si se repara que el derecho a la privacidad tal como está estructurado, por un lado, no alcanza a cubrir todos los aspectos de la privacidad digital y, por el otro, no es consistente en las respuestas que propone para los conflictos que caen dentro de su ámbito de incumbencia, se impone (siguiendo nuevamente a Hervada) una nueva “sistematización de los derechos”, con diferentes criterios científicos, que dé cuenta y postule ámbitos de protección que se ajusten mejor al marco de la digitalidad.

Los derechos humanos no son nada más (ni nada menos) que “el medio técnico-jurídico, el motor y la armadura, para promover y proteger de manera cualificada los bienes esenciales de la persona”⁶¹. De ello se sigue que postular la existencia de un derecho a la extimidad diferente a la privacidad tiene, al menos, ese objetivo primordial: proteger mejor ciertos aspectos de la persona que no acaban de encontrar una tutela mejor en otras categorías jurídicas.

5. LA EXTIMIDAD COMO DERECHO DISTINTO A LA INTIMIDAD

Los Derechos Humanos son algo más que el simple ropaje jurídico de intereses de individuos aislados; precisan tener una dimensión

61. Toller, Fernando M., “El carisma universitario en la promoción de los derechos fundamentales de la persona”, *Auctoritas Prudentium*, Guatemala, n° 5, 2011, p. 6.

social⁶² para constituirse en derechos y no en mero reclamos egoístas. En consecuencia, la apertura al bien común y a la convivencia social son parte constitutiva de su naturaleza⁶³.

Es, quizás, por la ausencia de esta condición que los estándares del derecho a la privacidad no terminan de ajustarse a las acciones de los individuos en el ecosistema de las redes sociales.

Como se vio, la defensa de la privacidad parte del presupuesto de que el individuo no presta su consentimiento para que hechos de su vida privada o íntima sean puestos a la luz pública; se vio, también, que invocar esta supuesta falta de consentimiento es, cuando menos, una distorsión de los hechos en el contexto de la digitalidad. Pero por otro lado, tampoco parece posible afirmarse que este consentimiento excluye absolutamente la responsabilidad de terceros y deja inermes a las personas contra los abusos que pueden darse en la viralización descontrolada de su información.

Asimismo, el problema es que, con el prisma del derecho a la privacidad, estas dos opciones se presentan como irreductibles: o se utiliza la ficción de un vicio o defecto del consentimiento (y en ese caso constituirá una violación a la privacidad cualquier hecho tan solo porque el afectado objete esa viralización), o se considera pleno el consentimiento y no habrá espacio para reclamo alguno en ninguna circunstancia. Se estará, en consecuencia, atrapado entre la arbitrariedad del sujeto y su desprotección. El derecho a la extimidad, por el contrario, puede aportar soluciones útiles ante esta dicotomía.

5.1. *El consentimiento*

En primer lugar, la demarcación entre el derecho a la privacidad y el derecho a la extimidad puede contemplar y modalizar este consentimiento.

62. Prado D., Maximiliano, "Limitación de los derechos humanos. Algunas consideraciones teóricas", *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, vol. 34, n° 1, 2007, pp. 61-90.

63. Poole, Diego, "Bien Común y Derechos Humanos", *Persona y Derecho*, Navarra, n° 59, dic. 2008, pp. 97-133.

En las redes sociales existen dos niveles de consentimiento. El primero lo constituye el contrato que se celebra en el momento de la creación del perfil en la red social con el propietario de la aplicación (o de la página, o del algoritmo). En este supuesto se aplican las reglas tradicionales sobre la manifestación de la voluntad contractual⁶⁴, y es plenamente válida la discusión sobre la naturaleza y efectividad de estos actos jurídicos. El segundo consentimiento está integrado por el comportamiento de la persona en la red social; para este supuesto son inoponibles las cláusulas contractuales (salvo la violación de las pautas de comportamiento), y las reglas aplicables serán extra-contractuales.

A partir de este deslinde, se pueden establecer ciertas pautas.

Todo lo que corresponde al aspecto contractual de la relación con la red social no cabe dentro de las fronteras específicas del derecho a la extimidad; en los supuestos que correspondan (la utilización de imágenes de la persona por parte de la red social, por ejemplo), estará en juego el derecho a la privacidad.

Por el contrario, en su actividad en las redes estará protegido y enmarcado por el derecho a la extimidad. Dentro de ese marco, el consentimiento cambia de significación.

Como se vio, no es posible afirmar que las personas desconocen la capacidad expansiva de las redes y lo que implica subir a ellas información personal. En consecuencia, el consentimiento a la viralización de lo que se publique allí será, en principio, la regla y, por ello, constituirá una cuestión de prueba acreditar la ausencia o vicio del consentimiento.

La prueba del consentimiento se extiende a varios aspectos, por ejemplo, cuándo la acción expansiva de una imagen constituye un uso ilegítimo de ella. Una persona puede haber compartido una imagen con un círculo más o menos amplio de amistades, conocidos o allegados, sin intención de que esa información se extendiera más allá de esa "frontera" que mentalmente ha fijado; esa delimitación constituye su extimidad y es razonable que el Derecho provea garantías

64. Tomeo, Fernando, "Las redes sociales y su régimen de responsabilidad civil", *La Ley*, Buenos Aires, 2010-C, 1025, AR/DOC/3469/2010.

para su protección, aunque ese límite debería ser objeto de prueba en el contexto de las capacidades y modalidades de la red social de que se trate y del comportamiento del propio sujeto. De allí que el contenido mismo de lo que se ha viralizado no tenga, en estas condiciones, entidad suficiente para constituir el único criterio para determinar si se han afectado los derechos de la persona.

5.2. *Público, privado e íntimo*

El derecho a la intimidad deberá redimensionar el significado propio de lo íntimo y lo privado. En este punto, las reglas se hacen más difusas y precisan de una elaboración concienzuda. Lo cierto es que una determinación con criterios estáticos y prefijados de lo que es íntimo, privado y público, no es acorde con la sociedad red.

En la reflexión académica y la jurisprudencia tradicional del derecho a la privacidad, las pautas de delimitación son suficientemente claras ya que están enfocadas en la libertad de prensa y sus posibilidades de inmiscuirse en la vida privada de las personas con el objeto de informar a la sociedad.

No vamos a extendernos sobre este tema. Basta con referir que, según estos estándares, la privacidad se ve disminuida frente al derecho de prensa debido a la condición de personalidad pública (o la participación en un suceso de interés) de las personas que alega la violación de su privacidad⁶⁵.

Este criterio de delimitación del derecho a la privacidad apunta a la condición de la persona, es decir, se vincula fuertemente con la acción del individuo que, de algún modo, consiente la exposición pública. Ya sea porque pertenece a ámbitos públicos⁶⁶ o porque su condición de funcionario público exige que debe estar sometida al escrutinio público⁶⁷, la jurisprudencia asume que esa decisión personal

65. Cfr., entre otros, Basterra, Marcela I., *Derecho a la información vs. Derecho a la intimidad*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2012.

66. Cfr., por ejemplo, "Boston Medical Group", *Fallos*: 340:1111.

67. Cfr. "Patitó", *Fallos*: 331:1530.

implica de por sí el consentimiento para que se reduzca el ámbito de lo privado.

Sin embargo, en la lógica de las redes sociales, esta potencialidad de convertirse en una persona pública se ha extendido de tal manera que, también, este criterio se ha diluido. En la actualidad, no es necesario asumir una actitud ni cumplir una función específica para obtener esa notoriedad, cualquier acción que se realice en las redes puede colocar a la persona, a veces sorpresivamente, en esa posición⁶⁸.

En síntesis, resultan inaplicables esos criterios según los cuales la condición de privado o público de los actos está referenciado a la condición de la persona. En la actualidad, cualquier acto pueden ser potencialmente público o privado sin importar su contenido ni quién lo emita.

Existe un único límite claro: la obtención de imágenes, grabaciones o filmaciones que se realiza subrepticamente es siempre una intromisión ilegítima. Más allá, corresponderá determinar en cada caso cuándo un contenido es público o privado. Observamos con asiduidad viralizaciones de imágenes en las que se advierte, por su contenido, que la persona tiene conocimiento de que está siendo registrada. Sin embargo, a pesar de que el registro digital muestra este consentimiento, es necesario analizar el caso puesto que en algunas ocasiones no puede extraerse de él que también consintió su publicación en las redes o, si la consintió, si contempló la viralización⁶⁹. Para fijar este límite, el propio contenido del archivo no puede ser el único criterio; ni para admitir ni excluir el consentimiento.

68. Marhaba, Débora y Barocelli, Sergio Sebastián, “Los influencers como nueva forma de publicidad y la protección de los consumidores”, *La Ley*, Buenos Aires, 13/07/2020, 10, AR/DOC/1926/2020.

69. Un ejemplo claro de estos casos son los supuestos denominados de “porno-venganza” (cfr. Vaninetti, Hugo A., “Difusión no consentida de imágenes íntimas en Internet y las TIC. Acerca del revenge porn”, *La Ley*, Buenos Aires, 2019-B, 777). Por eso, consecuente con lo que aquí se sostiene, me parece incorrecta la denominación, que hoy se postula, de estas acciones como “publicación no consentida de imágenes íntimas” (cfr. Bochatay, Patricio, “La mal llamada «porno-venganza» desde las normas y la justicia”, *La Ley*, CABA, Buenos Aires, 2020 - julio).

Dejemos de lado el rechazo o repulsa que nos provoque una sociedad que no tiene empacho en mostrar y publicar actos que ocurren en la privacidad de las alcobas y los hogares: puede parecernos un retroceso, o la misma decadencia de la sociedad, pero no por ello debemos concluir que esas acciones caen bajo el paraguas de la protección constitucional de la privacidad y deben protegerse en toda ocasión. El Derecho no puede proteger lo que las personas voluntariamente exponen.

Es más, cumpliría el Derecho más acabadamente con su función pedagógica y ejemplar si, en lugar de que la protección constitucional dependa exclusivamente de la voluntad caprichosa del individuo, existieran reglas objetivas sobre los actos que merecen protección y los que no lo merecen. De esa manera, el individuo tendrá conciencia de que sus actos tienen consecuencias y que no le será posible reclamar la reparación o la indemnización sólo porque la voluntaria exposición de su intimidad se expande más de lo que hubiera deseado o porque produjo efectos secundarios que no esperaba. En estas condiciones jurídicas, la decisión del individuo de producir y publicar esas escenas será más meditada.

6. ¿QUÉ QUEDA DEL DERECHO A LA PRIVACIDAD?

Esta pregunta constituye una reflexión final necesaria ante la alternativa de postular un derecho a la extimidad con la extensión que aquí se propone. El derecho a la extimidad, podría objetarse, se solapa con el ámbito de aplicación del derecho a la privacidad.

Sin embargo, considero que, por el contrario, la delimitación precisa de ambos derechos puede ser beneficiosa también para el derecho de privacidad.

Esta delimitación merecería un análisis de ambos derechos y de su ámbito de incumbencia que (nuevamente) excede las posibilidades de este trabajo. Sin embargo, en lo que sigue se esbozarán algunas pautas al respecto.

Dentro del marco del derecho a la privacidad se mantendría el principio general de que la publicación de actos íntimos está reservada al consentimiento de la persona. En consecuencia, cuando de

las imágenes o los archivos en discusión pueda determinarse que la persona ignoraba que estaba siendo grabada, no hará falta la prueba sobre la condición de “privado” del acto, tal como se postuló respecto del derecho a la extimidad; todos aquellos actos que por su naturaleza puedan ser considerados tales, lo serán.

También, el derecho a la privacidad servirá como garantía contra el uso económico de la imagen ajena. Estos casos tendrían las mismas consecuencias: el consentimiento no se presume y la condición “objetiva” de íntimos o privados de los actos se presume, salvo prueba en contrario.

Una última consideración. Si bien no forma parte de la tesis de este trabajo y, por lo tanto, no me he detenido en la cuestión, a la luz de la jurisprudencia citada, el lector habrá advertido que los contornos del derecho a la privacidad son en la actualidad bastante dilatados.

Separar el derecho a la extimidad del derecho a la privacidad puede traer, como consecuencia colateral, que el segundo encuentre sus dimensiones adecuadas. La teoría ya citada del profesor Legarre postula el retorno a una “teoría espacial de la privacidad” que vuelva las cosas a su cauce.

Esto parecería una solución adecuada si tenemos en cuenta que, fuera de los casos que ocurren en la virtualidad, hoy se intenta oponer el derecho a la privacidad contra actos que suceden en ámbitos claramente públicos. La impugnación, bajo el paraguas de la privacidad, del uso de video para el control de la seguridad, incluso, en la propia vía pública, es un buen ejemplo de ello. No quiero, en estas últimas líneas, arriesgar una postura: sólo dejar asentado que esa discusión tiene bastante más vetas para explorar que una simple dicotomía entre privacidad y seguridad.

7. EXCURSUS: LA EXTIMIDAD EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL

La Constitución Nacional parece dejarnos fácil la respuesta a la creación de nuevos derechos fundamentales: la afirmación del artículo 33, según el cual las “declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados pero que nacen del principio de

la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”, parecería ser un aval para predicar cualquier nuevo derecho que pueda inferirse de la naturaleza social del hombre.

Pero este gran aporte de nuestra Carta Magna merece, si queremos ser prudentes, una reflexión superadora que traspase el argumento sofístico de solo acudir a la “habilitación” constitucional del artículo.

Se propuso aquí la existencia de un derecho, el de la extimidad, que reúne las condiciones para ser considerado un derecho fundamental, un derecho humano. Si esto es así, su recepción legislativa suena como insuficiente, y una reforma constitucional, como desmesurada.

Pero esta no es la única manera en que el texto constitucional se ha desplegado para reconocer derechos fundamentales. La acción de los jueces (y, en especial, de los jueces constitucionales) ha rendido largos y benéficos frutos en este sentido.

Un lugar común sería recordar el nacimiento del amparo, nacido mucho antes que su recepción constitucional en los conocidos fallos *Siri*⁷⁰ y *Kot*⁷¹ o el de las acciones de clase a partir de *Halabi*⁷². Pero en rigor, en estos casos la Corte Suprema no reconoció nuevos derechos, sino que ideó nuevas formas para su protección.

Sin embargo, más allá de estos ejemplos notorios, la jurisprudencia constitucional, con la paulatina sedimentación que es esperable de ella, ha extraído en numerosas ocasiones derechos no reconocidos de forma expresa de la Constitución.

Es el caso, por ejemplo, del derecho al honor. Éste no tiene una recepción explícita en nuestra Constitución, salvo por algunas referencias en otros contextos⁷³. Sin embargo, la jurisprudencia constitu-

70. Fallos: 239:459.

71. Fallos: 241:291.

72. Fallos: 332:111.

73. Cfr., por ejemplo, el artículo 29: “El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el *honor* o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insalvable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria”.

cional terminó por incluirlo en el elenco de sus derechos, aunque no fue así en un principio. En el caso *Riu*⁷⁴, por ejemplo, se dijo que “el derecho a la libre expresión no confiere inmunidad frente a la admitida existencia de un hecho que agravia al honor, interés humano legítimamente protegido por el Código Penal”⁷⁵. La Corte no consideró, como puede verse, que existía un conflicto de derechos constitucionales sino de un derecho, el de prensa, con un interés legítimo protegido por normas infraconstitucionales.

Esta postura fue confirmada posteriormente en *Fernández Valdéz*⁷⁶, tanto por la mayoría⁷⁷, como por la disidencia, quien, lisa y llanamente, consideró que un interés no podía contraponerse a un derecho (el de prensa) directamente contemplado en la Constitución⁷⁸.

Sin embargo, en el conocido caso *Campillay c/ La Razón*⁷⁹, la recepción constitucional es plena; de hecho, la Corte la admite con una escueta referencia: “(...) la función primordial que en toda sociedad moderna cumple el periodismo supone que ha de actuar con la más amplia libertad, pero el ejercicio del derecho de informar no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restante Derechos Constitucionales, entre los que se encuentran el de la integri-

74. Fallos: 265:186.

75. Considerando 4°.

76. Fallos: 284:345.

77. “Que el honor de las personas es un interés humano que la ley penal protege (Fallos: 265:186, cons. 4°), y por virtud de las normas que resguardan la personalidad y la libertad, todo ofendido tiene derecho a la reparación oportuna. Conceder y hacer efectiva esa reparación es función de los jueces. Acatar sus decisiones y colaborar con ellos para realizar la justicia, es deber de todos los ciudadanos, que no puede soslayarse merced a la invocación, no razonablemente motivada, de los derechos incorporados a la Constitución Nacional, ya que la tutela de estos últimos ha de armonizar con las medidas legales pertinentes para la eficaz represión de los delitos” (considerando 13).

78. “Que sin duda es legítimo el interés del ofendido en obtener la difusión del pronunciamiento que deja a salvo su honor. Pero en caso de colisión con el derecho de los editores de publicaciones periódicas de seleccionar libremente el material de ellas, corresponde acordar primacía a este último dado que está directamente garantizado por la Constitución Nacional en su art. 14”, del considerando 6° del voto en disidencia de los ministros Ortiz Basualdo y Cabral.

79. Fallos: 308:789.

dad moral y el honor de las personas (arts. 14 y 33 de la Constitución Nacional)”⁸⁰.

A partir de allí, la recepción es plena, como puede verse en fallos subsiguientes: *Schoklender*⁸¹, *Abad*⁸², *Zurita*⁸³, *Cancela*⁸⁴, entre muchos otros. Recientemente, en el ya citado *Pando de Mercado*, la Corte Suprema explicita: “(...) el reconocimiento y la protección del derecho al honor –derecho fundamental, inherente a la persona humana, en tanto importa la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona– encuentran fundamento constitucional en el art. 33 de la Ley Fundamental y en los tratados internacionales que cuentan con jerarquía constitucional desde su reforma en 1994”⁸⁵.

Como el honor, otros derechos que hoy gozan de indiscutible estatuto constitucional han sido extraídos por la Corte Suprema a partir de interpretaciones que superan el simple texto.

Si bien el honor no se identifica exactamente con el derecho a la extimidad, tienen muchos puntos en común. En el precedente *Martínez de Sucre*⁸⁶, la Corte Suprema lo define como la “estimación que cada persona hace de sí misma como del reconocimiento que los demás hacen de su dignidad”, y agrega que “el ataque al honor se proyecta tanto en el marco interno de la propia persona afectada, e incluso de su familia, como en el ámbito social, y –por lo tanto– profesional y laboral en el que cada individuo desarrolla su actividad”⁸⁷. Además, en la situación actual⁸⁸ tiene importantes esferas de

80. Considerando 5°.

81. Fallos: 311:1438, considerando 8°.

82. Fallos: 315:632, considerando 5°.

83. Fallos: 316:3191, considerando 4°.

84. Fallos: 321:2637, considerando 8°.

85. Del considerando 7°.

86. Fallos: 342:1777.

87. Del considerando 7° del voto concurrente del ministro Rosatti.

88. “En las sociedades contemporáneas el carácter masivo de los medios de comunicación potencia la trascendencia de la libertad de expresión y el rol que cumple para el ejercicio de autogobierno colectivo pero también implica mucha mayor aptitud para causar daños, especialmente al honor y a la intimidad de terceros” (considerando 4°, Fallos: 340:1364).

vinculación con las cuestiones que rodean la protección de la información, tal como surge de los precedentes vinculado con el hábeas data⁸⁹.

En consecuencia, el derecho a la extimidad, al fundamentarse sobre las mismas bases de la naturaleza humana que permiten inferir la existencia del honor como un derecho protegido constitucionalmente, tiene allí también su origen. No es, en definitiva, necesaria una recepción en la legislación positiva lo que se precisa, sino el despliegue de estos valores mediante la interpretación constitucional en el contexto fáctico de la sociedad-red.

Tengo en claro que la fundamentación propuesta es deficiente. La estructura básica del argumento que acabo de exponer, es decir, que si es posible extraer el derecho al honor del artículo 33 sin que tenga una recepción constitucional explícita también será viable extraer el derecho a la extimidad puesto que ambos se derivan de los mismos aspectos de la naturaleza humana, merecería una mayor fundamentación.

Es que este razonamiento es endeble y sólo se sostiene si se asume que el derecho al honor tiene la condición de derecho fundamental. Pero para sostener esta afirmación pueden invocarse un par de argumentos. El primero es el de autoridad, según el cual el derecho al honor es un derecho fundamental porque la Corte Suprema así lo ha afirmado y tiene recepción positiva en importantes instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; el segundo precisaría demostrar las razones por las cuales el derecho al honor forma parte de los imperativos deónticos que se desprenden de la naturaleza humana.

Pero extenderme sobre el tema resultaría excesivo para este *excursus*, cuyo modesto objetivo es dejar asentado que la posibilidad de derivar el derecho a la extimidad de la Constitución Nacional sólo precisa de su desarrollo en la interpretación constitucional.

89. Cfr., en este sentido, *Fallos*: 322:259, 322:2023, 328:797, 339:827, entre otros.

CONCLUSIÓN

La extimidad, como puro hecho de la realidad, existe. La conducta social en los entornos virtuales navega entre esa aspiración a que los contenidos propios se viralicen y el miedo a que esa misma viralización se descontrole.

Alegar la protección del derecho a la privacidad ante una mayor viralización que la deseada constituye un uso abusivo del derecho, puesto que la eficiencia de la protección depende exclusivamente de la voluntad de quien realizó la publicación; en estas condiciones es una afectación a la privacidad todo aquello que la persona considere tal. En las variables actuales, no siempre se está protegiendo un derecho sino, muchas veces, las consecuencias no deseadas (aunque contempladas como posibles) de un acto propio, voluntario y consentido.

El derecho a la extimidad puede ser un instrumento conceptual útil para que los meros intereses y la irresponsabilidad no encuentren una garantía jurídica que, en una teoría de los derechos fundamentales consistente y sólida, debe estar al servicio de derechos humanos que protejan aspectos integrales de la persona, ajustados a la convivencia social. El ordenamiento jurídico debe defender los derechos de las personas, no sus egoísmos.

El derecho a la extimidad, tal como se lo propone, permite recurrir a una redefinición del concepto de consentimiento en el contexto de las redes sociales y, en especial, la naturaleza de los actos privados aplicada a la información digital. Una imagen o una voz no tienen, en ese contexto, condición de privados *per se*, sino dependientes de las circunstancias de su producción y publicación.

Toda información puede ser protegida por el derecho a la extimidad... o ninguna.

Dependerá de la conjunción del consentimiento del sujeto y el contenido publicado. O, como explica Miller: "Éxtimo, el seno. Éxtimas, las heces. Éxtima, la mirada. Éxtima, la voz. Basta con esto para indicar que no se trata, en su estatuto introducido por la frustración, de su materialidad"⁹⁰.

90. Miller, ob. cit., p. 38.

BIBLIOGRAFÍA

- Astelarra, Belén María, "Adolescentes y redes sociales: consideraciones jurídicas sobre la disposición de la propia imagen", *El Derecho - Diario*, Tomo 278, ED-DCCLXXVII-352.
- Basterra, Marcela I., *Derecho a la información vs. Derecho a la intimidad*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2012.
- Bochatay, Patricio, "La mal llamada «pornoenganza» desde las normas y la justicia", *LLCABA* 2020 (julio).
- Calderón Carrero, José Manuel, "Algoritmos de inteligencia artificial con fines de control fiscal: ¿puede el Derecho embridar a las nuevas tecnologías?", *El Derecho Tributario*, marzo 2020 n° 1, ED-CMXIII-759.
- Castells, Manuel, *La era de la información: Economía, sociedad y cultura, fin del milenio*, vol. 3, México, Siglo XXI, 2002.
- , *La era de la información*, Vol. I: "La Sociedad Red", México, Siglo XXI, 2002.
- Del Carril, Enrique H., "Los derechos sociales como anomalías. Reflexiones en torno a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano", *Revista de Derecho*, Vol. 8, n° 8, 2007, pp. 227-247.
- Durán, Ronald, "Ética de la tecnología: acerca de la moralidad de los artefactos técnicos", *Unisinos Journal of Philosophy* 21(1), Santiago de Chile, 2020, pp. 47-55. - Escobar, Arturo, "Bienvenido a Cyberia: notas para una antropología de la cibercultura", *Revista de Estudios Sociales* n° 22, 2005, pp. 15.35.
- Faliero, Johanna C., *El derecho al anonimato: revolucionando el paradigma de protección en tiempos de la posprivacidad*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2019.
- Ferreyra, Eduardo, "Reconocimiento facial en el espacio público de CABA y los peligros para los derechos humanos", *LLCABA* 2020 (febrero), AR/DOC/317/2020..
- García Fernández, Dora, "El derecho a la intimidad y el fenómeno de la extimidad", *Dereito*, Vol. 19, n° 2: 269-284, Santiago de Compostela, 2010, pp. 269-284.
- Grover Dorado, John (h.), "Los contratos electrónicos de consumo en el Derecho argentino", *El Derecho Diario*, Tomo 270, 641, ED-DCCLXXVI-347.
- , "Derecho a la privacidad y protección de datos personales en las condiciones de uso y políticas de privacidad de las redes sociales", *El Derecho Diario*, Tomo 268, 609, 2016, ED-DCCLXXVI-59.
- Hervada, Javier, *Introducción crítica al Derecho Natural*, Buenos Aires, Ábaco, 2008, p. 117.

- Lacan, Jaques, *De un Otro al otro. Libro 16*, Buenos Aires, Paidós, 2008, p. 206.
----, *La ética del psicoanálisis. Libro 7*, Buenos Aires, Paidós, 1990,
- Legarre, Santiago, “Una teoría espacial de la privacidad constitucional”, en Julio César Rivera (h.) *et allí, Tratado de los Derechos Constitucionales*, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014.
- Luzza, Yamila Y., “El derecho a la privacidad frente a injerencias estatales en la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos”, *La Ley Sup. Penal*, 2019 (octubre), 2019-E, 930, AR/DOC/342/2019.
- Macoretta, Cora S., “Las redes sociales y la incidencia en el ámbito laboral”, *El Derecho - Diario*, Tomo 266, 793, ED-DCCLXXV-805.
- Marhaba, Débora y Barocelli, Sergio Sebastián, “Los influencers como nueva forma de publicidad y la protección de los consumidores”, *La Ley*, Buenos Aires, 13/07/2020, 10, AR/DOC/1926/2020.
- Martínez de Pisón, José, “Las generaciones de derechos”, en Betegón, J. *et alii* (coords.), *Constitución y Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 409-435.
- Massini Correas, Carlos I., *Filosofía del Derecho (el Derecho y los Derechos Humanos)*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001.
- Mender Bini, Susana Eloísa, “Privacidad y protección de datos personales. Tratamiento de sus vulnerabilidades en los Estados Unidos, Argentina y la Unión Europea (Sesgos, fortalezas y similitudes en su legislación y jurisprudencia)”, *El Derecho Diario*, Tomo 288, 2020, ED-CMXXI-637.
- Miller, Jacques-Alain, *Extimidad*, Buenos Aires, Paidós, 2010.
- Monterroza-Ríos, A. D., “El papel retroalimentador de los artefactos en el desarrollo de las técnicas humanas”, en *Trilogía Ciencia Tecnología Sociedad*, 11(20), pp. 49-65.
- Navarro Floria, Juan G., “Derechos de la integridad espiritual”, en *El Derecho*, ED-CMXXIII-833.
- Ollero, Andrés, “Para una teoría «jurídica» de los Derechos Humanos”, *Revista de Estudios Políticos* n° 35, 1983.
- Palazzi, Pablo, “Difusión no autorizada de imágenes íntimas (revenge porn)”, *El Derecho Diario*, Tomo 266-837, ED-DCCLXXV-838.
- Poole, Diego, “Bien Común y Derechos Humanos”, *Persona y Derecho*, Navarra, n° 59, dic. 2008, pp. 97-133.
- Riquert, Marcelo A., “Las redes sociales como nuevo medio orientador de pesquisas criminales”, *LL* 2015-E, 432.
- Sibilia, Paula, *La intimidación como espectáculo*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2013, p. 127.
- Tapscott, Don y Tapscott, Alex *La Revolución Blockchain*, Barcelona, Planeta, 2017.

EL DERECHO A LA EXTIMIDAD (LA PROTECCIÓN...)

- Tello, Lucía, "Intimidad y «extimidad» en las redes sociales. Las demarcaciones éticas de Facebook", *Comunicar* n° 41, v. XXI, Madrid, 2013, pp. 205-213.
- Toller, Fernando M., "El carisma universitario en la promoción de los derechos fundamentales de la persona", *Auctoritas Prudentium* n° 5, Guatemala, 2011, pp. 5-29.
- Tomeo, Fernando, "Las redes sociales y su régimen de responsabilidad civil", *La Ley*, Buenos Aires, 2010-C, 1025, AR/DOC/3469/2010.
- Vaninetti, Hugo A., "Difusión no consentida de imágenes íntimas en Internet y las TIC. Acerca del revenge porn", *LL* 2019-B, 777.
- Warren, Samuel y Brandeis, Louis, "The Right to Privacy", 4 *Harvard Law Review*, 193, Dec. 15, 1890.

Jurisprudencia

- Abad, Manuel Eduardo y otros s/ calumnias e injurias* (1992), 7 de abril de 1992, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 315:632.
- Boston Medical Group S.A. c/ Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. y otros s/ daños y perjuicios* (2017), 29 de agosto de 2017, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 340:1111.
- B.R.E. c/ Policía Federal Argentina s/ amparo* (1996), 17 de diciembre de 1996, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 319:3040.
- Campillay, Julio César c/ La Razón y otros* (1986), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15 de mayo de 1986, *Fallos*: 308:789.
- Cancela, Omar Jesús c/ Artear SAI y otros* (1998), 29 de septiembre de 1998, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 321:2637.
- Fernández Valdéz, Manuel Guillermo s/ amparo* (1972), 11 de diciembre de 1972, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 284:345.
- Ferrer, Florentino Clemente s/ inf. art. 189 bis del Código Penal, incs. 3° y 5°* (1990), 10 de julio de 1990, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 313:612.
- Fiscal c/ Fernández, Víctor Hugo s/ av. infracción Ley N° 20.771* (1990), 11 de diciembre de 1990, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 313:1305.
- Florentino, Diego Enrique* (1984), 27 de noviembre de 1984, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 306:1752.
- Franco, Julio César c/ Diario La Mañana y/u otros s/ daños y perjuicios* (2007), 30 de octubre de 2007, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 330:4615.

- Ganora, Mario Fernando y otra s/ hábeas corpus* (1999), 16 de septiembre de 1999, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 322:2139.
- Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años - Inc. de apel. de Prieto Guillermo Gabriel* (2009), 11 de agosto de 2009, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 332:1769.
- Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años - Causa n° 46/85* (2009), 11 de agosto de 2009, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 332:1835.
- Gutheim, Federico c/ Alemann, Juan* (1993), 15 de abril de 1993, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 316:703.
- Halabi Ernesto c/ PEN – Ley N° 25.873 – Decreto N° 1.563/2004 s/ amparo Ley N° 16.986* (2009), 24 de febrero de 2009, *Fallos*: 332:111.
- Lucas, Aon y Cárdenas, Eduardo José (Jueces Nac.) s/ avocación (Instalación de una “cámara gesell” –asuntos de familia–)* (1990), 10 de julio de 1990, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 313:626.
- Martínez de Sucre, Virgilio Juan c/ Martínez, José Carlos s/ daños y perjuicios* (2019), 29 de octubre de 2019, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 342:1777.
- Martín, Edgardo Héctor c/ Telearte S.A. y otros s/ daños y perjuicios* (2017), 3 de octubre de 2017, *Fallos*: 340:1364.
- Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil y otros s/ daños y perjuicios* (2001), 25 de septiembre de 2001, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 324:2895.
- Pando de Mercado, María Cecilia c/ Gente Grossa S.R.L. s/ daños y perjuicios* (2020), 22 de diciembre de 2020, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 343:2211.
- Patitó, José Ángel y otro c/ Diario La Nación y otros s/ daños y perjuicios* (2008), 24 de junio de 2008, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 331:1530.
- Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A.* (1984), 11 de diciembre de 1984, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 306:1892.
- R., S. J. c/ Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. y otra* (2003), 14 de octubre de 2003, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 326:4165.
- Riú, Carlos Pedro s/ injurias* (1966), 5 de agosto de 1966, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 265:186.
- Roviralta, Huberto c/ Editorial Tres Puntos S.A. s/ daños y perjuicios* (2004), 30 de marzo de 2004, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 327:789.
- Samuel Kot S.R.L.* (1958), 5 de septiembre de 1958, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 241:291.
- Schoklender, Sergio Mauricio s/ causa N° 19.889* (1988), 11 de agosto de 1988, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 311:1438.

EL DERECHO A LA EXTIMIDAD (LA PROTECCIÓN...)

- Sciammaro, Liliana c/ Diario El Sol s/ daños y perjuicios* (2007), 28 de agosto de 2007, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 330:3685.
- Siri, Ángel* (1957), 27 de diciembre de 1957, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 239:459.
- S.V. c/ M.D.A. s/ medidas precautorias* (2001), 3 de abril de 2001, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 324:975.
- Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/ retención de documento y prueba hemática (incidente de apelación en autos s/ sustracción de menores de 10 años)* (2003), 30 de septiembre de 2003, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 326:3758.
- Viñas Ibarra, Elvira A. c/ Sánchez Loria, Raúl* (1976), 5 de octubre de 1976, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 296:15.- *Zambrana Daza, Norma Beatriz s/ infracción a la Ley N° 23.737* (1997), 12 de agosto de 1997, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 320:1717.
- Zurita, Carlos R. c/ Editorial El Liberal S.R.L. s/ daños y perjuicios* (1993), 22 de diciembre de 1993, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 316:3191.

Normativa

Constitución de la Nación Argentina, publicada según Ley N° 24.430 (BO 10/1/1995).

LA CRISIS DE IDENTIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

THE IDENTITY CRISIS OF THE PROSECUTOR PUBLIC MINISTRY

CARLOS MANUEL ROMERO BERDULLAS¹

Recibido: 26 de marzo de 2021
Aprobado: 17 de mayo de 2021

RESUMEN

El trabajo afrontado procura precisar si el Ministerio Público Fiscal ha logrado finalmente redescubrir su *ethos*, pues si bien la implementación del proceso acusatorio concedió a los fiscales un papel más acorde a sus rasgos definatorios, otras innovaciones legislativas de especial actualidad propiciaron una privatización del Derecho Penal y una apertura a un principio de oportunidad, que podrían desviar a los guardianes de la legalidad de la elevada misión confiada por la Constitución Nacional.

1. Doctor en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad del Salvador (USAL). Especialista en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA). Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Integrante del Centro de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA). Correo electrónico: romeroberdullascm@yahoo.com.ar.

Así pues, en traza de alcanzar una mejor comprensión de quién es el fiscal, qué es, dónde y por qué surge, se analiza cómo se desarrolló esta figura a través de los tiempos y cuáles son sus elementos definitorios, para luego determinar su auténtico rol desde una perspectiva realista. De modo tal que, una vez delimitados los deberes posicionales de los representantes del Ministerio Público Fiscal, se evalúa si las recientes reformas se ajustan o no a la medida de razonabilidad de la actuación fiscal en un ámbito penal, donde inexorablemente se proyecta la expresión constitucional.

A la par, se indagan los peligros de un nuevo dialecto jurídico penal impulsado por el garanto-abolicionismo que, amalgamado a otras herramientas normativas, no sólo pueden decantar en una crisis de identidad de los titulares de la acción penal pública, sino además convertir al fiscal en un anti-fiscal; o, en otras palabras, en un fiscal garanto-abolicionista, desde ya contrario a la valiosa prenda de afianzar la justicia, en desmedro de la víctima comunidad política y el bien común.

PALABRAS CLAVE

Fiscal; Identidad; Persecución; Constitucional; Delito; Abolicionismo.

ABSTRACT

The work undertaken seeks to clarify whether the Public Prosecutor's Office has finally managed to rediscover its ethos, because although the implementation of the accusatory process granted prosecutors a role more in line with its defining features, other legislative innovations of particular relevance led to a privatization of criminal law and an opening to a discretionary power, which could divert the guardians of the legality of the high mission entrusted by the National Constitution.

Thus, in order to achieve a better understanding of who the prosecutor is, what he is, where and why he arises, it is analyzed how this figure developed over time and what its defining elements are,

to then determine its true role. from a realistic perspective. In such a way that, once the positional duties of the representatives of the Public Prosecutor's Office have been delimited, it is evaluated whether the recent reforms are adjusted or not to the reasonableness of the fiscal action in a criminal environment, where the constitutional expression is inexorably projected.

At the same time, the dangers of a new criminal legal dialect driven by guarantee-abolitionism are investigated, which, combined with other normative tools, can not only lead to an identity crisis of the holders of public criminal action, but also turn the prosecutor into an anti-fiscal; or in other words in a guarantee-abolitionist prosecutor, already contrary to the valuable pledge of securing justice, to the detriment of the victim, the political community and the common good.

KEYWORDS

Prosecutor; Identity; Persecution; Constitutional; Crime; Abolitionism.

PARA CITAR ESTE TEXTO:

Romero Berdullas, Carlos M., "La crisis de identidad del Ministerio Público Fiscal", *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, N° 11, 2021, pp. 69-146.

1. INTRODUCCIÓN

Al inicio de este siglo, Don Julio B. J. Maier caracterizó al Ministerio Público Fiscal² como un "adolescente"³. Las zozobras históricas

2. En adelante, MPF.

3. Cfr. Maier, Julio B. J., "El Ministerio Público: ¿un adolescente?", en AA. VV., *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003.

que esta institución ha atravesado a lo largo del tiempo para redescubrir su identidad no son exiguas y justifican esa caracterización metafórica. Pues si posamos nuestra mirada en la figura del fiscal, nos toparemos con un sujeto procesal colmado de tornasoles en las condiciones históricas de su desarrollo, que además careció de una definición nítida de su rol; y encontró no pocos escollos a la hora de asumir un lugar protagónico en el proceso penal.

Ahora bien, luego de sortear diferentes vicisitudes, vale preguntarse si ese MPF ha alcanzado o no esa mayoría de edad tan añorada. Si bien la implementación del proceso acusatorio concedió a los fiscales un papel más acorde a sus rasgos definitorios, a la par otras innovaciones legislativas abrieron el grifo a una privatización del Derecho Penal y un principio de oportunidad⁴, que podrían decantar en una crisis de identidad.

De modo que no es en vano interrogarse si el MPF y los fiscales han encontrado definitivamente su identidad durante esa adolescencia retratada por Don Julio B. J. Maier; o esa etapa signada por la confusión de roles aún no pudo superarse.

Por tanto, las reminiscencias de lo que fue, anheló ser y definitivamente hoy es el acusador público nos exigen precisar las razones de su origen, no solo a fin de comprender el íntimo potencial del fiscal del tiempo presente, sino también en aras de prevenir posibles desviaciones de la misión confiada al MPF en la Constitución Nacional⁵. Es que solo si comprendemos quién es el fiscal, qué es, dónde y por qué surge, podremos proyectar a partir de una identidad sólida los ejes definitorios de su actuación en el ámbito penal, o afrontar adecuadamente los desafíos institucionales venideros.

4. Pasible de conceptualizarse como aquella facultad conferida al fiscal para que dentro de un margen de discrecionalidad y por razones político-criminales o pragmáticas, pueda prescindir de la acción penal total o parcialmente ante la perpetración de delitos de acción pública. En otras palabras, se trata de aquella facultad conferida al fiscal para no promover la acción pública, suspender provisionalmente la acción ya iniciada, limitarla en su extensión objetiva y subjetiva; o hacerla cesar definitivamente *ex ante* la sentencia, aunque concurrieran condiciones ordinarias para solicitar la aplicación de una condena.

5. Publicada según Ley N° 24.430 (BO 10/1/1995). En adelante, CN.

En consecuencia, en miras de alcanzar el designio propuesto, primero analizaremos cómo se desarrolló la figura del acusador público a lo largo de la historia, tramo en donde escrutaremos los elementos distintivos de este sujeto procesal; y tras el cual delimitaremos cuál es la misión del fiscal desde una perspectiva realista, aspecto de por sí novedoso, en tanto aún no fue tratado en este prisma por la literatura científica.

Concretados esos dos peldaños de la investigación, nada parece más conveniente que precisar si la introducción de ciertas modificaciones legislativas de especial actualidad se ajustan o no a la medida de razonabilidad de esos deberes posicionales de los representantes del MPF, aspecto nada nimio, si lo pretendido es indagar si esa institución ha encontrado el faro para ajustar la conducta de sus funcionarios al *ethos* del fiscal.

2. UNA BREVÍSIMA REMISIÓN HISTÓRICA

2.a. *Tiempos primigenios, Egipto e Israel*

Como bien explica Tejedor, la sociedad no es consecuencia de un contrato social (lógica pactista), pues tal cual lo enseña el *Génesis*, ésta existe porque es bueno para el hombre no hallarse solo⁶. De ahí que ya desde la antigüedad el Filósofo caracterizó al hombre como un animal político y gregario por naturaleza, en tanto éste no puede vivir sin una sociedad. Pues de hacerlo, se emparentaría más a una bestia o una deidad dotada de autosuficiencia⁷.

En efecto, si abrevamos en el fecundo magisterio del Dr. Félix A. Lamas, podemos comprobar que: “[l]os hombres han vivido desde que se tiene noticia en estado social, integrando grupos de con-

6. Tejedor, Carlos, *Curso de Derecho Criminal*, Primera Parte, 2ª ed., Buenos Aires, Librería de CL. M. Joly, p. 7.

7. Cfr. Aristóteles, *Política*, Buenos Aires, Alianza, 2014, L. I, cap. 2, 1253 a, lo cual es ratificado en Bidart Campos, Germán J., *Lecciones elementales de Política*, Buenos Aires, Ediar, 2005, Lección tercera.

vivencia –familias, tribus, aldeas, ciudades, diversas formas de comunidades políticas (reinos, imperios, pólis, civitas, Estado), etc.– o asociaciones con propósitos que no abarcan sino un aspecto muy determinado de la vida –sociedades comerciales, escuelas y academias, partidos políticos, entidades deportivas o recreativas, etc.)⁸. Es éste un dato empírico que la historia, la arqueología y nuestra propia observación verifican constantemente”⁹.

Sin embargo, aquí importa destacar que “[t]ambién es un hecho empírico que en todas esas vivencias sociales la conducta de los miembros ha guardado una relación con los fines y normas de grupo y ha estado sometida, en consecuencia, a estimaciones colectivas respecto a su rectitud o falta de rectitud, no sólo en su calidad de miembro de un grupo determinado, en su propia condición de persona. Así, si alguien viola la fe social y defrauda a sus socios, no sólo es considerado un mal socio, sino también –y principalmente– alguien digno de reproche y sujeto quizás a una sanción. Lo mismo el que traiciona a la patria, roba, mata, desatiende a su familia, comete adulterio, etc. Es decir, el dato empírico no incluye sólo la existencia de la vida social sino también la dignificación ética, política y jurídica de ésta”¹⁰.

Por consiguiente, si bien en etapas incipientes de la historia no se advierte una figura semejante a la del fiscal, es posible afirmar que en los diversos grupos de convivencia y comunidades políticas las conductas de los hombres se ajustaron a normas fundamentales, que de horadarse no sólo conducían a la reprochabilidad grupal, sino también a la probable punibilidad del infractor¹¹, pues la venganza

8. Lamas, Félix A., *El hombre y su conducta*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos “Santo Tomás de Aquino”, 2013, pp. 22-23.

9. *Ídem*.

10. *Ídem*.

11. Incluso, esta circunstancia también se verifica en América Latina antes de la conquista española. De hecho, en estas tierras era un imperativo inviolable aplicar determinadas sanciones (entre las cuales destaca la pena capital) ante actos considerados sumamente graves dentro de grupos de convivencia signados por el animismo mágico, los tabúes y formas irracionales de imputación, lo que condujo tanto a venganzas como guerras colectivas [cfr. Soler, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, T. I, 2ª

de sangre y la responsabilidad colectiva, a las cuales alude Von Hentig (al tiempo de caracterizar las formas primitivas de la pena¹²), enseñan el interés público en esta clase de reacciones aprontadas para preservar la sociedad¹³. De ahí que puede entreeverse la existencia de ciertos actores dotados de una potestad para ejercer la persecución de hechos sumamente lesivos del todo social.

De hecho, incluso si colocamos nuestra atención en las venganzas en apariencia privadas, podría conjeturarse que, ante la orfandad de un funcionario, quien hacía las veces de fiscal eran la víctima directa o indirecta, pues como explica Sancinetti, estas respuestas "(...) eran la forma primitiva de pueblos en los que, a falta de policía que pusiera orden, se debía ejercer venganza para imponer, justamente, un orden general. No hay por qué entender que eso fuese pura venganza privada, sino más bien un «asunto público», sólo que el funcionario que ejercía la retribución era la víctima; y debía ejercer la venganza –aunque tuviese miedo de hacerlo– porque ese era también su deber frente a los demás: si no, ¿quién podría sentirse seguro? Y que esto es así lo muestra la incorporación de la Ley del Talión. Moisés da esta ley al pueblo de Israel, precisamente como parámetro de proporcionalidad. Dicho de otro modo: si tu hermano te ha sacado un

ed., Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina (TEA) 1951, pp. 88-91]. De ahí que pueda aludirse a un Derecho Penal fuertemente vindicativo, pero en donde incluso la venganza privada no se basó en un mero sentimiento individual, sino más bien encontró un sustento como institución socio-jurídica en una conducta moral (cfr. Soler, Sebastián, ob. cit., p. 95). Aunque tampoco se observa en aquel tiempo una figura como la del fiscal, sí se comprueba la existencia de determinados integrantes de esos grupos sociales con potestad para ejercer la persecución e investigación de hechos gravemente perjudiciales y formular la acusación, entre los cuales se encuentran los nigromantes o "*machis*", los médicos-hechiceros o "*piaimanes*", los hombres "*kanaima*" y los armadores de pleitos o "*witramm denu*" que representaban al acusador (cfr. Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, T. I, 3ª ed. act., Buenos Aires, Losada, 1964, pp. 920-921, 944-947).

12. Cfr. Von Hentig, Hans, *La pena, formas primitivas y conexiones histórico culturales*, Madrid, Editorial Espasa Calpe S.A., vol. 1, 1967.

13. Ejemplos de estas reacciones son la expulsión de la tribu, que respondía a una conducta disvaliosa contra la comunidad de paz o sus integrantes; y la vindicta colectiva ejercida contra el extranjero al perturbar la vida pacífica del grupo social constituido (Jiménez de Asúa, Luis, ob. cit., T. I, p. 242).

ojo, no le quites los dos (...) ¿Por qué podría haber normas de proporcionalidad válidas en general, respecto de un acto que fuera pura venganza privada?"¹⁴.

Cabe añadir, en sustento de esta apreciación, un pasaje del *Deuteronomio* en donde se demuestra el carácter público de la pena y la indrogable necesidad de la persecución de determinados hechos gravísimos, en tanto se estatuye: "(...) si hubiere alguno que aborreciere a su prójimo y lo acechare, y se levantara contra él y lo hiriere de muerte, y muriere; si huyere a alguna de estas ciudades, entonces los ancianos de su ciudad enviarán y lo sacarán de allí, y lo entregarán en mano del vengador de la sangre para que muera. No le compadecerás; y quitarás de Israel la sangre inocente, y te irá bien" (cap. 19:11-13).

Esta admonición (léase, extraerás "Israel la sangre inocente, y te irá bien") denota el interés público en la persecución de estos sucesos particularmente nocivos –tal cual lo explica Sancinetti–, por cuanto los ancianos de la ciudad imperan aprehender al autor y entregarlo al vengador de sangre, o sea, a un representante de la cosa pública (hoy encarnado en la figura del fiscal), prescripción que también mantendría su vigencia ante la ausencia de víctima supérstite o pariente conocido¹⁵, en tanto únicamente puede irle bien a la comunidad si, ante cada hecho idéntico, se ofrece una reacción justa e igual¹⁶.

Por cierto, esta circunstancia se replica en aquel don del Nilo llamado Egipto, que en edad temprana cobijara al Patriarca Moisés. Nótese que en esa tierra de funcionarios se conjugaba un proceso acusatorio signado por la escritura, formalidad y una nota peculiar, por cuanto el acusador vencido en la *litis* debía cargar con la sanción que hubiera correspondido al acusado (entre las cuales se hallaba la pena capital)¹⁷. Sin embargo, ese posible y trágico destino no cohibió a los

14. Cfr. Sancinetti, M., "Avenimiento y mediación: ¿la pena como objeto de negocios jurídicos?", p. 5, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina38164.pdf> (fecha de consulta: 10/05/2019).

15. Cfr. *ibidem*, p. 5.

16. Cfr. *ibidem*, p. 6.

17. Cfr. Gutiérrez Fernández, Benito, *Examen histórico del Derecho Penal*, Madrid, Analecta, 1866, p. 14; y Du Bois, Albert, *Historia del Derecho Criminal, de los pueblos antiguos hasta el establecimiento del Cristianismo*, Madrid, C. Bailly - Bailliere, 1850.

egipcios de impulsar la acción penal y la acusación, dado que su ejercicio era un imperativo legal, cuyo incumplimiento se traducía en la imposición de la pena de azotes¹⁸.

De modo que aquí se observa nuevamente la imbricación entre el interés público, el principio de legalidad procesal¹⁹ y la certeza de la actuación de un acusador ante esos acontecimientos perjudiciales en grado sumo para la sociedad. Pues no podemos obviar que en muchos casos el delito constituía una afrenta contra el interés divino y el social²⁰.

Todavía más, estas aristas son reafirmadas con la institución en Egipto de los *magiái*, quienes podrían constituir un primer antepasado de los fiscales, por cuanto desarrollaban las investigaciones preparatorias, formalizaban las acusaciones y oficiaban de ojo avizor del Horus o faraón, deidad de prosapia divina, que ejercía la administración del servicio de justicia²¹.

2.b. Grecia y Roma

A su vez, este patrón se repite en Grecia, pues la facultad de todo ciudadano de perseguir delitos públicos coexistió con una persecución oficial de carácter subsidiario promovida por los *Thesmotetas* ante violaciones normativas que jaqueaban la tranquila convivencia

18. Cfr. Ayarragaray, Carlos A., *El Ministerio Público*, Buenos Aires, J. Lajouane & Cía. Editores, 1928, p. 12; y Gutiérrez Fernández, Benito, ob. cit., p. 13.

19. Deber de los fiscales de ejercer de oficio la acción penal ante la noticia de la comisión de un delito de acción pública, imperativo además comprensivo de la imposibilidad de suspender, interrumpir (irretractibilidad) o desistir (indisponibilidad) de la persecución, salvo en las excepciones expresamente determinadas por la ley.

20. Cfr. Ayarragaray, Carlos A., ob. cit., p. 11; y Du Bois, Albert, ob. cit., pp. 5-6.

21. Cfr. Trillo Navarro, Jesús P., "Ministerio Fiscal: Diacronía de una vinculación política" y "El Fiscal: Acusar o instruir en la CE de Roma a la Reforma de la LECrim.", en *Saberes, Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, Madrid, Universidad de Alfonso X el Sabio, Facultad de Estudios Sociales Villanueva de la Cañada, v. VI, 2008, p. 12; y v. III, 2005, p. 10, respectivamente (disponible en <https://revistas.uax.es/index.php/saberes/article/view/790/746>, como así también en el sitio <https://revistas.uax.es/index.php/saberes/article/view/755/711>, fecha de consulta: 14/01/2010).

de la ciudad²². Efectivamente, de configurarse un hecho de especial gravedad, los magistrados formulaban la denuncia ante la Asamblea del Pueblo o el Senado, tras lo cual se designaba un ciudadano como acusador, quien debía intervenir para que el tribunal de los Heliastas o el de los Efectas resolviera en justicia²³.

Por su parte, el Areópago también realizaba acusaciones de oficio, el *Arconte* denunciaba delitos en las causas con víctimas carentes de parentela o representadas por familiares negligentes²⁴; y la reforma de Solón (594 a. C.) concedió a los griegos la acusación popular frente a delitos públicos²⁵; promoviendo así la responsabilidad social ante tales males.

Análogas consideraciones cabe efectuar sobre la “Ciudad Eterna”, pues la *provocatio ad populum* introducida por las leyes Valerias²⁶, el despertar de la República y la implementación de una justicia centuria propiciaron una popular administración del servicio de justicia, que intervendría primigeniamente en crímenes capitales o *per provocationem* en delitos comunes, a partir de la promoción de los ciudadanos romanos, varones y libres²⁷.

Destáquese que en el ocaso de la República las leyes Cornelias extenderían la legitimación activa para perseguir penalmente a todos los integrantes de la comunidad, a través de un sistema de acusación popular²⁸. Por tanto, en este contexto es relevante poner de relieve la

22. Cfr. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, 2ª ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, pp. 269-270; y Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, T. I, 2ª ed., Buenos Aires, Lerner, 1969, p. 27.

23. Ídem.

24. Ayarragaray, Carlos A., ob. cit., p. 14.

25. Cfr. Gutiérrez Fernández, Benito, ob. cit., p. 30; Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I...*, ob. cit., pp. 269-270; y Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., T. I, p. 27.

26. Es decir, la facultad otorgada a la ciudadanía para instar la congregación de la Asamblea popular, en traza de confirmar o anular el decisorio del rey o sus delegados.

27. Cfr. Maier, J. B. J., *Derecho Procesal Penal, I...*, ob. cit., p. 276.

28. Si bien en parte de la República se sujetó la intervención del Estado al impulso inicial de los particulares, los delitos perpetrados en banda o la perturbación manifiesta del orden público originaban la actuación directa del magistrado para impedir que delitos alarmantes resultaran impunes en desmedro de la comunidad política.

especial dignidad revestida por el cargo de acusador, lo que explica las riñas generadas entre diversos denunciante para dirimir en la fase procesal de la *divinatio*²⁹ quién debía representar el interés de la cosa pública³⁰, amén de los peligros inherentes al ejercicio de ese rol, pues quien fuera designado como titular de la *accusatio* corría el riesgo de responder moral y penalmente ante un deficitario desempeño³¹.

Explica Mommsen, que los premios de los acusadores se ligaron más bien a cuestiones políticas y la posibilidad de mejorar la posición cívica³². En efecto, la lectura de las “Verrinas” confirman esta afirmación del premio Nobel de Literatura en 1902, pues si bien al iniciar Cicerón su primer discurso expresa que tras defender a tantos en cuantiosos juicios públicos se ve obligado por diversos motivos a descender como acusador³³, indudablemente apela a esa manifestación para hacer gala de un giro retórico. Así pues, su anterior cuestura en Sicilia, su amor por la República y el reconocimiento público de asumir ese rol con éxito, junto a su proyección política en ascenso, fueron razones de entidad para afrontar esa labor frente a un corrupto Verrres, que no solo era respaldado por Metelos y Escipiones, sino también defendido por un Hortencio, cuyo arte de perorar en el senado le valió el calificativo de campeón.

Para mayor ilustración puede verse Ayarragaray, Carlos A., ob. cit., p. 15; Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., T. I, p. 38; Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I...*, ob. cit., pp. 278-279 y 281; y Mommsen, Theodor, *Derecho Penal Romano*, Santiago de Chile, Olejnik, 2019, L. III, cap. X, pp. 257-258.

29. De existir más de un denunciante, se sustanciaba la *divinatio*, a través de la cual el magistrado adivinaba quién se encontraba con mejor derecho para llevar a cabo la acusación principal o señeramente, a partir de los argumentos expuestos. A modo de ej., esta fase se desarrolló en las “Verrinas”, donde Quinto Cecilio Nigro fue doblegado por el buen genio de Cicerón.

30. Cfr. Ayarragaray, Carlos A., ob. cit., p. 15; Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., T. I, p. 38; y Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I...*, ob. cit., T. I, pp. 278-79 y 281.

31. Cf. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I...*, ob. cit., T. I, p. 281; y Ayarragaray, Carlos A., ob. cit., p. 16.

32. Cfr. Mommsen, Theodor, ob. cit., L. III, cap. X, pp. 257-258.

33. Cfr. Cicerón, Marco T., “Verrinas”, en *Discursos I*, Madrid, Gredos, traducción de José Ma. Requejo Prieto, 2009, Discurso contra Quinto Cecilio, p. 41.

Empero, como consecuencia de una gradual decadencia se anidó un desinterés por la cosa pública, que condujo a la pasividad de la ciudadanía a la hora de formular acusaciones e impunidad frente a la comisión de los hechos penales. A raíz de ello, se procedió a adoptar dos medidas tendentes a revertir esa situación: a) remplazar a los acusadores populares por promotores de la acción penal motivados por la avidez de recompensas³⁴; y b) inaplicar sanciones en caso de calumnias e infamia.

La cuestión es que estas modificaciones volvieron a la delación en una moneda corriente, pero motivada en un ánimo de lucro decantador de excesos. Tanto es así, que luego se dictó un decreto con el propósito de imponer las mismas medidas cautelares, tanto a acusadores como acusados. Por consiguiente, una vez más la acusación se tornó en un hecho exótico; y precisamente esta razón fue la que movió a suplir progresivamente la acusación popular por la actuación oficiosa de funcionarios públicos, en aras de perseguir la consumación de los delitos³⁵.

En fin, nuevamente se advierte el interés público en garantizar la persecución de penal de determinados hechos especialmente nocivos para la concordia de la comunidad política y su subsistencia, pues esa necesidad de resguardar a la sociedad frente a la pasividad de la ciudadanía³⁶, aspecto ya avizorado en la justicia centurial³⁷, se reitera en la *República*; y finalmente se actualiza en el Imperio de Augusto, con el establecimiento de la *cognitio extra ordinem*³⁸.

Esto explica la aparición de los *quaestores* o *duoviri perduellionis parricidii, tribunos y ediles*, funcionarios que desempeñaron el papel de acusadores públicos para evitar la impassividad cívica e imprudencia de dejar librada la persecución penal a la iniciativa individual³⁹. Actores que luego en la justicia imperial abrieron paso a los prefectos

34. Ayarragaray, Carlos A., ob. cit., p. 17.

35. Cfr. Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., T. I, pp. 48-49.

36. Cfr. ibídem, T. I, p. 48.

37. Cfr. ibídem, T. I, pp. 36-37.

38. Cfr. Jiménez de Asúa, Luis, ob. cit., T. I, p. 283; Mommsen, Theodor, ob. cit., Libro III, cap. I; y Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I...*, ob. cit., T. I, p. 285.

39. Cfr. Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., T. I, pp. 36-37.

del pretorio⁴⁰, los *irenarchi*, *curiosii* y *stationarii*⁴¹ hasta la institución del abogado del fisco, remoto antecedente del MPF propiciado por Adriano⁴².

2.c. Edad Media

En el derecho germano de la Alta Edad Media (siglos V-XII) nos encontramos con esa distinción entre delitos de acción pública y privada (según Vélez Mariconde, originada en Grecia⁴³ a partir de la reforma de Solón), de modo que la persecución/acusación de los primeros correspondía al clan⁴⁴; en tanto la de los segundos dependía del impulso del ofendido o sus congéneres, quienes podían ejercer la venganza privada o aplicar la composición⁴⁵. De ahí que vuelve a hacerse presente la nota de imperatividad de la persecución oficiosa frente a ciertos hechos, dado el carácter dañino de esas conductas para la comunidad.

Aclarado esto, no es ocioso atizar un poco más el bracero para escrutar cómo surgió en Europa ese funcionario encargado de llevar a cabo la persecución penal, pues según Vélez Mariconde, el Ministerio Público⁴⁶ habría emergido “de las cenizas de la Edad Media”⁴⁷.

En traza de alcanzar ese cometido, conviene aguzar la mirada sobre Francia, donde en el año 1302 se instituyeron los procuradores generales del rey en calidad de guardianes de los intereses de la

40. Ayarragaray, Carlos A., ob. cit., pp. 18-19.

41. Ídem.

42. Ídem.

43. Cfr. Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., T. I, p. 27.

44. El precedente romano de los *procuratores caesaris* y los *advocati fisci* halló eco en los bávaros, sajones, francos, godos y carolingios de la época medieval, quienes también introdujeron funcionarios destinados a custodiar los derechos feudales e impositivos, entre los cuales pueden nombrarse a los *schulcete*, *saions*, *graffions* (también denominados vengadores públicos), *gastaldi* y *missi dominici* (cfr. Ayarragaray, Carlos A., ob. cit., pp. 23-25).

45. Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., T. I, p. 64.

46. En adelante, MP.

47. Cfr. Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., T. I, p. 241.

corona⁴⁸, quienes eran designados por el monarca para intervenir en procesos reales y perseguir la sanción de delitos⁴⁹, además de administrar e integrar el *parquet*⁵⁰, participando así de la dignidad real.

De modo que aquí nos hallamos en condiciones de rastrear el germen de la unidad de actuación del MPF, por cuanto el dictamen o la conclusión de cualquiera de sus integrantes eran emitidos en nombre del *parquet*, cuyo uniforme desempeño adquiriría análoga impronta, en el cumplimiento de las reglas de cortesía. Al punto tal que, si en una audiencia se incorporaba alguno de estos funcionarios, el resto se ponía de pie, en tanto en la Corte los magistrados del *parquet* se adelantaban y al son de "*Sire, ce sont vos gens*", saludaban al unísono a su rey⁵¹.

Maier explica que la progresiva extensión jurisdiccional del rey sobre la señorial demandó el establecimiento de procuradores con pluma y abogados dotados de verba, quienes debieron actuar en representación del monarca. Por este motivo, durante los siglos XI-II-XIV, los *procureurs du roi* oficiaron de escribas de la corona; mientras los *advocats du roi* representaron al rey y litigaron oralmente ante los tribunales, aunque la definición de un MP a cargo del ejercicio de la acción penal pública, devenido luego en acusador estatal, recién sería alcanzada como consecuencia de la crítica política desarrollada por el orden napoleónico contra al *statu quo* antes instaurado por la Revolución francesa⁵². Por ello, si bien algunos consideran que este organismo posee carta de ciudadanía francesa⁵³, Maier impugna la

48. Ayarragaray, Carlos A., ob. cit., p. 44.

49. Ídem.

50. Con esta denominación solía llamarse a los integrantes del Ministerio Público, dado que en las audiencias se ubicaban al pie del estrado y por encima del suelo. Es decir, guardaban los intereses de la corona desde la posición en donde se administraba justicia. Cfr. Ayarragaray, Carlos A., ob. cit., pp. 44-46.

51. Ídem.

52. Cfr. Maier, Julio B. J., "El Ministerio Público...", ob. cit., p. 29.

53. Goldschmidt, James, *Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei in Frankreich* (t. 67, pp. 180 y sigs.), según cita de Maier, Julio B. J. en "El Ministerio Público...", ob. cit., p. 29.

caracterización metafórica del fiscal moderno como un “hijo de la revolución”⁵⁴.

Un sendero similar atravesó el acusador en Alemania, donde los *fiskalat* ocuparon el lugar de los *procureurs du roi*⁵⁵. Amén de que promediando el siglo XV nos topamos con un fiscal prusiano abocado estrictamente a la materia civil, en el siglo XVI extendería su intervención como carácter de mandatario del príncipe para participar en una inquisición general, mas no en carácter de juez inquisidor⁵⁶; y ya entre los siglos XVIII-XIX, adquiriría la fisonomía de custodio de la ley (*Wächter der Gesetze*); que luego complementaría con la de acusador penal, a partir de la revolución liberal-burguesa en el *Land* de Hessen⁵⁷.

Un *iter* semejante también se aprecia en la Madre Patria, que en “*Las Partidas*” de Alfonso el Sabio ya definiría la misión del fiscal (*patronus fisci*), como un “(...) razonar y defender en juicio todas las cosas y derechos que pertenecen a la cámara del Rey” (partida IV, tit. XVIII, ley XII)⁵⁸.

Nos encontramos entonces con un fiscal ligado al control del gasto concedido al rey en las Cortes de Briviesca (1387), mas luego reconvertido en las Cortes de Madrid (1433) y la Novísima Recopilación, no solo como perseguidor de maleficios, sino también a partir de la asignación de un rol orientado a evitar la impunidad ante la comisión de delitos, en caso de defecto de un acusador⁵⁹. Por tanto, el esquema vigente hasta el siglo XIX nos ofrece indicios de un fiscal guiado por el designio de proteger los intereses reales ante los tribunales; y, a la vez, transformarse en acusador cuando la Corona lo precisara para preservar la paz del reino, dentro de un proceso penal

54. Véase Günther, Hans, *Staatsanwaltschaft, Kind der Revolution*, según cita de Maier, Julio B. J., en “El Ministerio Público...”, ob. cit., p. 29; y lo referido por éste.

55. Aquí los hombres de la pluma fueron los *advocatus fisci* y, los hombres de la palabra, los *procurator fisci fiscal*.

56. Cfr. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, II. Parte General, Sujetos Procesales*, 1ª ed., 2ª reimp., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, p. 298.

57. Cfr. *in extenso* Maier, Julio B. J., “El Ministerio Público...”, ob. cit.

58. Cfr. Trillo Navarro, Jesús P., “Ministerio Fiscal...”, ob. cit.

59. *Ibidem*, pp. 46-49.

de cuño inquisitivo, en donde su actuación se hallaba limitada por un juez (v. gr., corregidor, alcalde)⁶⁰. Hasta que finalmente, las reformas de 1834-1835⁶¹ reconfigurarían las funciones de este funcionario, quien asumiría la acusación de todos los delitos de acción pública.

Huelga poner de relieve que este particular interés público de persecución oficiosa ante determinados hechos que atentaban contra la vida pacífica y la necesidad de concretar la justicia penal a través de la actuación de un integrante de la sociedad, se reprodujo durante los diversos sistemas inquisitivos aplicados en Europa⁶², pero que no serán aquí tratados, por cuanto cada arquetipo presenta características diversas⁶³; y de afrontar esa labor excederíamos el objeto de este trabajo, como así también traspasaríamos los límites convenientes de su extensión.

Basta aquí con resaltar dos aspectos, uno es la existencia de una autoridad encargada de desarrollar las persecuciones penales (inquisidor); y el otro, que la conjunción de funciones acusatorias-decisionarias en un mismo sujeto fue una de las causas a partir de las cuales probablemente se gestó la paradoja de un fiscal, luego concebido como representante de la acción pública *sui generis* y relegado a un papel secundario. Nótese, por ejemplo, que si bien constituyó una novedad significativa el advenimiento de una figura del fiscal en el modelo inquisitivo español, este novel actor fue concebido desde su nacimiento como un asistente del inquisidor en algunas de sus tareas; y cuando éste contaba con firmes indicios de la existencia de una infracción, or-

60. *Ibidem*, p. 50.

61. Fundamentalmente el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia del 26-09-1935 (cfr. Trillo Navarro, Jesús P., ob. cit. *ut supra*, p. 51).

62. Cada sistema inquisitivo presenta diferencias notables. Si se desea profundizar esta cuestión puede verse *in extenso* Iturralde, Cristián R., *La Inquisición*, Buenos Aires, Vórtice, 2011.

63. De hecho, estas diferencias incluso se observan en tierras Castellanas durante el siglo XVI, entre dos moldes procesales coexistentes, como lo eran el aplicado por el Santo Oficio y el secular, tal cual se puede corroborar en el riguroso estudio de Gacto Fernández. Cfr. *in extenso* Gacto Fernández, Enrique, "Observaciones Jurídicas sobre el proceso inquisitorial", en AA. VV., *La Inquisición en Hispanoamérica*, Buenos Aires, coedición Ciudad Argentina y Universidad del Museo Social Argentino, 1997.

denaba al primero a formalizar la denuncia correspondiente⁶⁴. Más aún, en algunas circunstancias el inquisidor también era designado fiscal, lo que demuestra dificultades al tiempo de establecer una nítida diferenciación de roles y la identidad de cada actor⁶⁵.

2.d. Inglaterra y Estados Unidos

Si colocamos nuestra atención en Inglaterra, podemos observar, de la mano de la tesis de Tinoco Pastrana –quien se apoya en citas de Díez-Picazo Giménez–, que allí: “(...) siempre existió un proceso penal acusatorio concebido como un litigio entre particulares, y, en definitiva, la centralización del poder político no requería un Ministerio Fiscal, ya que la preservación por la Corona del orden público estaba encomendada a los hombres libres (*yeomen*), que eran los encargados de ejercitar la acción penal”⁶⁶.

Sin embargo, añade el citado: “[e]llo no implicó que ésta no se preocupara de la persecución penal, ni que el enjuiciamiento criminal se considerara como algo exclusivamente privado. Desde el siglo XII el ejercicio de la acción penal se empezó a considerar como «una función pública difusa», «para cuya realización se solicita la colaboración de los particulares». De acuerdo con ello, la iniciación e instrucción del proceso penal, hasta finales de la Edad Media, correspondió al Gran Jury (o jurado de acusación), que será luego el órgano encargado de controlar previamente la consistencia de la acusación, hasta su desaparición definitiva en 1937 (...). Con la transformación del Gran Jury, la iniciación, investigación y acopio de pruebas fueron atribuidas a los Justice of Peace (Jueces de Paz), que fácticamente se con-

64. Cfr. Iturralde, Cristián R., ob. cit., pp. 256, 259 y 262.

65. *Ídem*.

66. Apoyado en citas de Díez-Picazo Giménez, Luis M., *La acusación penal en Inglaterra*, pp. 1097-1099, cfr. Tinoco Pastrana, Ángel, *El sistema judicial penal en el Common Law y el principio de oportunidad*, tesis doctoral del Departamento de Derecho Penal y Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, Sevilla, mayo de 1999, p. 63, disponible en <https://idus.us.es/handle/11441/24008> (fecha de consulta: 14/01/2021).

virtieron en acusadores públicos (si bien no actuaban en régimen de monopolio) (...) Con la evolución social, dichas funciones en el siglo XIX fueron atribuidas a la policía⁶⁷.

Tal como se afirma en *Derecho Penal Líquido. Inconstitucionalidad del principio de oportunidad*, podemos decir que, “si bien en ese país rigió un proceso penal de cuño acusatorio material, en donde el resguardo por la Corona del orden público y ejercicio de la acción penal se hallaba encomendado a los hombres libres, esto no implicó un desentendimiento de la autoridad real respecto de la persecución penal, ni la ponderación del enjuiciamiento criminal como una cuestión meramente privada, tal como lo demuestra la posibilidad de iniciar la prosecución a través de la *information* ante transgresiones conspiratorias contra el orden social, la paz o el gobierno”, “(...) la instrucción del *Gran Jury* y los *justice of peace*, órganos signados en cierto período por un rol oficioso e inquisitivo para investigar la verdad⁶⁸.

Súmese a esto que la creación de la oficina de Director de Persecución Pública en 1879 procuró responder a un reclamo social originado por la orfandad de actividad de los particulares ante el delito⁶⁹. Por lo tanto, se vuelve a advertir la existencia de un interés público, pero en este caso, concretado con el ejercicio de un derecho-deber de administrar justicia en nombre de la Corona. Al punto tal, que la importancia pública de la realización de este interés incardinado en alcanzar el buen vivir se hace patente, en tanto el ejercicio de la acción penal corresponde a la policía, *the Attorney General, the Director of Public Prosecutions, the Crown Prosecutors Service*, los agentes de las administraciones, la víctima y todos los ciudadanos⁷⁰; aunque, por lo

67. *Ídem*.

68. Romero Berdullas, Carlos M., *Derecho Penal Líquido. Inconstitucionalidad del principio de oportunidad*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2020, pp. 99-100.

69. Cfr. Anitua, Gabriel I.; Borinsky, Mariano H., “Principio de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales europeos”, en AA. VV., *Sistemas Procesales Penales comparados*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pp. 472-473.

70. Cfr. Tinoco Pastrana, Ángel, o. cit., p. 68 y Romero Berdullas, Carlos M., *Derecho Penal Líquido...*, ob. cit., pp. 49-57.

general, las causas se inician mayoritariamente a partir de la actividad policial, o la desarrollada por los acusadores de la Corona⁷¹.

Un proceso histórico análogo se observa en Estados Unidos, donde la persecución penal privada imperante hasta el siglo XVIII ingresó en una etapa terminal, dado su carácter vengativo e ineficaz. Así pues, el incremento de la tasa de criminalidad –originado en buena medida por el mayor asentamiento de la población en áreas urbanas–, los elevados costos irrogados a las víctimas que decidían llevar a término las persecuciones penales, junto al desorden e ineficiencia de ese sistema, inexorablemente generaron “una discusión acerca de la necesidad de buscar una solución de carácter público al fenómeno delictivo”⁷². Por consiguiente, a pesar de no poder afirmar con certeza apodíctica cómo surgió la figura del fiscal en aquel país⁷³, sí se evidencia una necesidad histórica de asegurar que ciertos funcionarios públicos desarrollaran la persecución e investigación de ciertos hechos penales, en pos del bien común.

2.e. *Derecho Patrio*

Durante la época hispánica en América, los procedimientos penales aplicaron la matriz recogida en las Partidas⁷⁴; y las investiga-

71. Cfr. Bovino, Alberto, “La persecución penal pública en el Derecho anglosajón”, en *Lecciones y Ensayos*, n° 49, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires*, 1988, p. 23, disponible en http://www.icjsinaloa.gob.mx/medios/publicaciones/persecucion_penal.pdf (fecha de consulta: 27/04/2016); y Anitua, Gabriel I.; Borinsky, Mariano H., ob. cit., p. 3).

72. Cfr. Bovino, Alberto, ob. cit., p. 3.

73. Parte de la doctrina vincula el nacimiento de la figura del fiscal al juez de paz inglés; y otros al *schout* holandés o el procurador del rey francés; mientras otra sección relaciona su aparición a una síntesis de elementos ingleses con prácticas de países europeos fincados en la tradición continental (cfr. Bovino, Alberto, ob. cit., p. 34).

74. Cfr. Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., T. I, p. 161; y Vázquez Rossi, Jorge E., *Tratado de Derecho Procesal Penal (la realización penal)*, T. I, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1995, p. 143.

ciones fueron confiadas a pesquisadores⁷⁵. El influjo de ese cuerpo normativo de literatura sapiencial en la época hispánica y tras la independencia es resaltada por Jiménez de Asúa, Soler, Cabral, Jofré, Vélez Mariconde, Maier y Marchisio⁷⁶.

La obra de Alfonso el nono también expone ese interés público (ya evidenciado en diferentes tiempos y latitudes) de asegurar que sobre ciertas conductas disvaliosas no prime la impunidad para alcanzar el buen vivir. Pues si bien no existe una enunciación expresa del principio de legalidad procesal, sí se hace patente la intención de compeler al juez a indagar la verdad a toda costa (*vide* ley XII, de la Tercera Partida); junto a la ausencia de necesidad de requerir demandante o acusación ante ciertos crímenes (dada su especial gravedad) o yerros (*vide* leyes X, XI y XXVIII de la Setena Partida)⁷⁷.

Por consiguiente, el procedimiento español posibilitó la persecución penal de oficio⁷⁸; e instauró un principio de legalidad procesal⁷⁹, que luego sería ratificado por la manda de perseguir todos los delitos rubricada en el artículo 180 del Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica para la Provincias Unidas del Río de la Plata en la América del Sur de 1813, en donde se prescribe, con claridad, la obligación de establecer "(...) en todas las ciudades un acusador e Ire-

75. Cfr. Díaz López, Laurentino, *El Derecho en América en el Período Hispánico*, Panamá, Editorial de la Universidad Santa María La Antigua, Panamá, 1989, p. 348.

76. Jiménez de Asúa, Luis, ob. cit. T. I, pp. 965 y 1001; Soler, Sebastián, ob. cit., T. I, p. 102; Cabral, Luis M., *Compendio de Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, en cap. XII, titulado "La Constitución y las cárceles de la Nación", p. 294; Jofré, Tomás, *Manual de Procedimiento*, T. I, 5ª ed., Buenos Aires, La Ley, 1941, p. 51; Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., T. I, p. 161; Struensee, E. - Maier, Julio B. J., *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, p. 21; Marchisio, Adrián, *Principio de oportunidad, Ministerio Público y política criminal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, p. 50.

77. Cfr. *Las Siete Partidas del sabio rey don Alfonso el nono*, nuevamente glosadas por el licenciado Gregorio López del Consejo Real de Indias de su Majestad, Salamanca, 1555, edición de Gregorio López en reproducción anastática del Boletín Oficial de Estado, 1974.

78. Cfr. Maier, Julio. B. J., *Derecho Procesal Penal, I...*, ob. cit., p. 333; Vázquez Rossi, Jorge E., ob. cit., T. I, p. 143.

79. Marchisio, Adrián, ob. cit., pp. 52-53.

marca (...)" ; cuyo deber principal consistía en "(...) descubrir y acusar los delitos que no tuviesen acusador (...)"⁸⁰.

En cuanto a la figura de los fiscales, puede observarse su participación en el Consejo de Indias, suprema y última instancia tribunálica con sede cerca de la Corte de Madrid⁸¹. A éstos les correspondía defender la jurisdicción, el patrimonio real y guardar a los nativos junto a todo lo prescripto para una buena gobernación de las tierras vírgenes⁸², a lo que se le añadiría el ministerio de no acusar sin delator, salvo hecho notorio o cuando fuera efectuada la investigación⁸³ (a través de la ordenanza dictada en 1786 para el gobierno de la Audiencia y Chancillería Real de la Ciudad de Trinidad, Puerto de Buenos Aires⁸⁴, primer gen de nuestra organización judicial aplicada hasta la Revolución de Mayo).

Hasta 1813 el rol del fiscal no varió significativamente⁸⁵; pero hacia 1817 se produce la división de funciones dentro del MP, junto a una bifurcación de tareas⁸⁶ hoy profundizada con la creación de Procuraciones y Unidades Fiscales Especializadas (cfr. Ley N° 27.148,

80. Cfr. Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica para la Provincias Unidas del Río de la Plata en la América del Sur de 1813 (cf. http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/proyecto-de-constitucion-de-la-sociedad-patriotica/html/6d95c592-cdc6-439c-bbf6-6cfd2752428f_2.html, fecha de consulta: 21/02/2017); y Sampay, Arturo E., *Las Constituciones de la Argentina (1810-1972)*, Buenos Aires, Eudeba, 1975, p. 188.

81. Cfr. Ayarragaray, Carlos A., ob. cit., p. 108.

82. Cfr. Ayarragaray, Carlos A., ob. cit., p. 110; y las Nuevas leyes de 1542 (en Iturralde, Cristián R., *1492, Fin de la Barbarie, Comienzo de la Civilización en América*, Buenos Aires, Buen Combate, 2014, pp. 238-239).

83. Cfr. Ayarragaray, Carlos A., ob. cit., pp. 110-116; y Jofré, Tomás, ob. cit., T. I, p. 71.

84. Suprimida en 1671 y reestablecida en 1783 (cfr. Ayarragaray, Carlos A., ob. cit., pp. 110-116).

85. Únicamente presentó modificaciones respecto a su denominación, a lo que se suma la determinación de la doble instancia en 1835 (cfr. Avellaneda Huergo, Alfredo, *El Ministerio Público Fiscal*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1924, pp. 12-13).

86. El Congreso Nacional determinó que el despacho fiscal debía expedirse por dos agentes distintos, uno en materia civil y otro en criminal (cfr. Avellaneda Huergo, Alfredo, ob. cit., pp. 12-13).

arts. 22-29 y 32⁸⁷); en tanto el 27 de enero de 1829 se dictó un decreto que originó una histórica disputa en torno a cuál era la ubicación institucional del Ministerio Público⁸⁸, polémica luego superada con la reforma constitucional de 1994⁸⁹. Es que previo a ello, la CN obviaba aludir al MP y no se advertía en la distribución del poder estatal su autonomía e independencia⁹⁰, aspecto revertido con el artículo 120 de la Constitución Política, cuando se incorpora a este organismo en una sección normativa especial (segunda parte orgánica), como “(...) un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República (...)”.

Entre 1810-1853⁹¹ los modelos procesales no enseñaron modificaciones importantes con relación al arquetipo procesal hispano⁹²; y frente a la orfandad de una ley nacional sobre la materia procesal⁹³

87. BO 18/6/2015.

88. Cfr. Avellaneda Huergo, Alfredo, ob. cit., pp. 12-13.

89. Si se desea profundizar sobre el alcance de ese debate y solución, puede verse Garavano, Germán C.; Romero Berdullas, Carlos M., “El rol del Ministerio Público Fiscal de la CABA”, en AA. VV., *Derecho de la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, El Derecho, 2014; y Gamboa, Agustín C.; Romero Berdullas, Carlos M., *Proceso Constitucional Acusatorio*, Buenos Aires, Ah- Hoc, 2014.

90. Cfr. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., T. II, pp. 313-314; y Rusconi, Maximiliano A., “Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del Ministerio Público”, en AA. VV., *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003.

91. La CN de 1853 sentó la organización política federal de la República Argentina, y la regla mediante la cual las provincias se reservaban todas las facultades no delegadas a la Nación. De modo que los gobiernos provinciales se reservaron el dictado de los códigos procesales y las leyes de organización de los sistemas de administración del servicio de justicia locales; en tanto se delegó en la Nación el dictado de los códigos de fondo (cfr. art. 67, inc. 11 de la CN de 1853, hoy art. 75, inc. 12, de la CN, tras la reforma de 1994).

92. Cfr. Jofré, Tomás, *Manual de Procedimiento*, T. II, 5ª ed., Buenos Aires, La Ley, 1941, p. 16.

93. Orfandad suplida con la aplicación de leyes de procedimiento del orden provincial.

comenzó a regir en 1889 el Código Obarrio⁹⁴, caracterizado por Vélez Mariconde como un cuerpo nacido provento⁹⁵ “no sólo con referencia a las demás legislaciones extranjeras y a la doctrina francesa e italiana que ejercieron directa influencia en España, sino con relación a la propia legislación de la Madre Patria, donde ya estaba en vigor el Código de 1882 (...)”⁹⁶.

Interesa notar aquí que, en este proceso de cuño inquisitivo⁹⁷, la acción penal pública debía ser ejercida por el Ministerio Público Fiscal (art. 14); y los procuradores fiscales debían promover la averiguación y enjuiciamiento de los delitos de los cuales tomaran conocimiento (art. 118), a lo que se sumaba el imperativo de la policía de poner en conocimiento de la autoridad judicial la comisión de un delito de acción pública cuando llegara a su conocimiento; el deber de investigar los delitos cometidos en su jurisdicción; de consuno a la obligación de todo funcionario público de dar a conocer a la autoridad judicial, todo delito del cual tomaran conocimiento con motivo o en ocasión del ejercicio de sus funciones (arts. 164-165 y 183-184).

94. Aprobado por Ley N° 2.372 (4/10/1888, publicada en RN N° 1.887/1988, p. 772). En lo concerniente a la organización del MPF, el Código Obarrio regulaba la actuación: a) en el ámbito federal, del Procurador General de la Corte Suprema ante los Tribunales Federales, seguida por los procuradores fiscales titulares; b) en la esfera capitalina, la del Fiscal de la Cámara de Apelaciones y los fiscales ante las judicaturas inferiores; y c) la del Procurador General en todas las causas de jurisdicción originaria de la Suprema Corte. Por su parte, la Ley N° 23.183 introdujo en ese cuerpo normativo la facultad del Procurador General de impartir instrucciones de carácter general a los fiscales de primera instancia, a fin de dotar de unidad y coherencia a la actuación del MPF (cfr. Bertoni, Eduardo A., “La Organización del Ministerio Público”, en AA. VV., *El Ministerio Público en el proceso penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003, p. 220).

95. Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., T. I, p. 197.

96. Ídem.

97. Maier enseña que el juez podía iniciar de oficio el sumario o recibir las denuncias, como así también cumplir todos los actos investigativos. De ahí que habría cierta incongruencia entre el recortado rol del fiscal (más asociado al contralor de la función jurisdiccional) y el reconocimiento del MPF como titular de la persecución penal pública (cfr. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., T. I, pp. 409-410).

Por su parte, el Código Procesal Penal de la Nación vigente desde 1992⁹⁸, elaborado sobre el proyecto de Levene (h), e inspirado en el ya reformado Código Procesal Penal de Córdoba (1940)⁹⁹ y el Código de Instrucción Criminal de Francia de 1808 (primer precedente de un proceso inquisitivo mixto¹⁰⁰, que a nivel nacional se tradujo en un protagonismo acotado de un fiscal, moldeado con una figura de contornos difusos¹⁰¹), también reafirmó el principio de legalidad procesal, en línea con el Código Penal (en vigor a partir de 1921)¹⁰², que establecía en el artículo 71 el deber de iniciar "(...) de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes: 1) [l]as que dependieren de instancia privada; 2) [l]as acciones privadas", y fijaba en el artículo 274 la obligación de los órganos de persecución penal de promover el enjuiciamiento de los culpables de un hecho punible, so pena de incurrir en delito.

Es importante destacar, entonces, que esa regla dorada y de interés público, consistente en la pragmática de perseguir aquellas conductas de tal nocividad, sin cuya prohibición y sanción la sociedad no podría conservarse (ya observada en Egipto, Israel, Grecia, Roma, la Edad Media, Inglaterra y Estados Unidos), encontró eco en nuestra

98. Aprobado en virtud del art. 1° de la Ley N° 23.984 (BO 09/9/1991), abrogada la Ley N° 27.063 BO 10/12/2014, art. 2°.

99. Esto evidencia la paradoja de un legislador nacional, que codificó una vez más a la luz de moldes procesales caducos, pues el Código Obarrio receptó en 1889 un modelo descartado por la misma España con la ley de enjuiciamiento criminal; y el Código Levene hizo lo propio al adoptar como faro un Código Procesal de Córdoba de 1940 reformado en 1991.

100. Luego emulado en Austria (1873), Alemania (1877), España (1882), Noruega (1887), Hungría (1896) e Italia (1913). Cfr. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., T. I, p. 363.

101. La instrucción en cabeza del juez (salvo que leyes especiales encomienden tal tarea al fiscal); la posibilidad de que el órgano decisor pueda iniciar cualquier investigación de oficio, el papel secundario de un fiscal vuelto en mero dictaminador u órgano de contralor de la intervención de los jueces, son algunas de las cuestiones destacadas por la doctrina, al tiempo de plantear un desplazamiento material del verdadero rol de acusador de representante del MPF en el Código Levene (cfr. arts. 356, 357, 370, 378, 383, 384, 388, 391 y 392 del Código Procesal Penal de la Nación objeto de estudio).

102. Aprobado por Ley N° 11.179 (BO 3/11/1921; T.O. 1984 actualizado).

rica tradición histórica, como así también hizo lo propio la necesidad de instituir una autoridad llamada a cumplimentar esa elevada misión en procura del bien común. Esto se puede apreciar en el Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica para las Provincias Unidas del Río de la Plata en la América del Sur de 1813 (art. 180), los Códigos Procesales Nacionales (Obarrio y Levene) y el Código Penal de 1921, donde se peralta el principio de legalidad procesal y oficialidad, al modificarse la fórmula “pueden”¹⁰³ por “deben” en el artículo 71, aspecto otrora encomiado por Tomás Jofré, en tanto así se sorteaba la venganza privada, se evitaba la pasividad de los perjudicados y se alcanzaban las supremas exigencias de la conservación social¹⁰⁴.

Esto permite comprender, como bien explica Jofré, tomando como lazarillo la exposición de motivos del Proyecto de Código de Procedimiento Penal uruguayo de 1895: “(...) la perpetración de ciertos atentados que conmueven a la sociedad, que ponen en peligro sus más caras instituciones, no son ni pueden ser sino de su resorte; la acción privada se extingue allí donde la justicia tiene que resolver, no una contienda entre particulares, sino el desempeño del más alto privilegio, el poder absoluto de castigar y corregir en nombre de las supremas exigencias de la conservación social. Debe, pues, someterse la apreciación del caso al funcionario encargado de representar a la comunidad en las funciones relativas al ejercicio de tales acciones, no a título de acusador público, no a título de vindicta pública, sino en el nombre augusto de la ley y bajo los impulsos de la razón fría y serena”¹⁰⁵.

En lo que hace a ese MPF caracterizado por Roxin como un “fruto tardío”¹⁰⁶, han de destacarse dificultades a la hora de delimitar en

103. Consignada en Piñero, Norberto; Rivarola, Rodolfo; Matienzo, José Nicolás, *Proyecto de Código Penal para la República Argentina*, 2ª ed., Buenos Aires, Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional, 1898, pp. 118-119 y 319-323.

104. Cfr. Jofré, Tomás, *El Código Penal de 1922*, Buenos Aires, Valerio Abeledo - Librería jurídica, 1922, pp. 148-149.

105. Proyecto de Código de Procedimiento Penal uruguayo de los Dres. Acevedo, De María, etc., Montevideo, 1895, según cita de Jofré, Tomás, *El Código...*, ob. cit., p. 149.

106. Roxin, Claus, “Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público”, en AA. VV., *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003.

concreto su misión en el orden nacional. Es que la primera “Ley Orgánica del Ministerio Público” (Ley N° 24.946¹⁰⁷) no escapó a la definición abstracta y ambigua esbozada en la CN (art. 120)¹⁰⁸. De hecho, la promoción oficiosa de la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y el ejercicio de la acción pública en causas criminales/correccionales (arts. 25, incs. a y c; y 29 de la ley citada) fueron funciones determinadas en las normas generales del MP, sin individualizar en concreto a cuál de las dos ramas concernían (es decir, el MPF o el Ministerio Público de la Defensa¹⁰⁹).

No obstante, una lectura de los artículos 33 a 50 de la ley citada ofrecía la pauta de que los representantes del MPF eran los titulares de la acción penal pública, que debían promover la actuación de la justicia, procurar la satisfacción del interés social y provocar la actividad jurisdiccional, además de mantenerla en los procesos, de corresponder.

En fin, aunque la ley orgánica definió al MP como un órgano independiente integrado por dos ramas¹¹⁰ (art. 2°), con una autonomía funcional reforzada y autarquía financiera (arts. 1° y 27), determinó ciertas facultades tendentes a propiciar el ejercicio eficaz de la acción penal ante la noticia de un hecho delictivo (art. 26); y precisó el carácter vertical, jerárquico, monocrático de una institución regida por un principio de unidad e indivisibilidad de oficio, fortalecido con la potestad de sus titulares de dictar instrucciones generales (arts. 33, inc. d; y 51, inc. m); hubiese convenido no tratar en secciones comunes actividades específicas de cada organismo, a fin de demarcar con

107. Sancionada el 11 de marzo de 1998, BO 23/3/1998.

108. En el orden local acontece algo análogo, tal cual puede corroborarse en Garavano, Germán C.; Romero Berdullas, Carlos M., ob. cit.

109. En adelante, el MPD.

110. Parte de la doctrina estimaba que la estructura del MP era bicéfala, pues el Procurador General de la Nación se encuentra a cargo del MPF; mientras el Defensor General de la Nación, del MPD. En tanto Bidart Campos sostenía la existencia de una única cabeza del organismo, que sería el Procurador General de la Nación, de quien dependería el Defensor General, amén de hallarse diferenciados los ámbitos funcionales de ambos (cfr. Bidart Campos, Germán, J., *Compendio de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2004, cap. XLIV).

mayor exactitud el rol del MPF; y no añadir más confusiones a las ya generadas por el proceso mixto, en torno a la identidad del fiscal.

Esta circunstancia fue corregida, el 10 de junio de 2015, con la sanción de la Ley N° 27.148, pues esta es la primera ley orgánica que establece específicamente las funciones/principios generales del MPF, su misión, dinámica, organización, relaciones e integración; mientras la Ley N° 27.149 hizo lo propio con el MPD¹¹¹.

Si bien, la ley citada reitera la definición del MPF como “órgano encargado de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad” (art. 1°), a la cual añade la misión de velar por la efectiva vigencia de la CN e “instrumentos internacionales de Derechos Humanos en los que la República sea parte y procurar el acceso a la justicia de todos los habitantes” (*ídem*), paulatinamente precisa las funciones penales de “(...) fijar la política de persecución penal y ejercer la acción penal pública, conforme lo establece el Código Procesal Penal de la Nación y las leyes complementarias, en todos los delitos federales y en aquellos delitos ordinarios cometidos en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires mientras su competencia no haya sido transferida a la jurisdicción local” (art. 3°).

Asimismo, un avance parcial en cuanto al redescubrimiento de la identidad del fiscal fue la sanción de un novel Código Procesal Penal de la Nación de corte acusatorio formal el 4 de diciembre de 2014 (Ley N° 27.063), cuya implementación fue suspendida mediante el Decreto PEN N° 257/2015¹¹²; pero alcanzó cierta concreción con el Código Procesal Penal Federal de la Nación, que fuera aprobado el 7 de febrero de 2019 por Decreto PEN N° 118/2019¹¹³.

Tal cual se explicó oportunamente, si como afirma Roxin, “el Derecho Procesal Penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado”¹¹⁴, o Derecho Constitucional reformulado¹¹⁵, la instauración de un proceso

111. BO 18/6/2015.

112. Del 24/12/2015, publicado en BO el 29/12/2015.

113. BO 8/2/2019.

114. Roxin, Claus, *Derecho Procesal Penal*, 1ª ed. en castellano de la 25ª ed. alemana, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, p. 10.

115. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal I*, ob. cit., p. 163.

acusatorio se imponía, por cuanto este arquetipo constituye el *hashtag* más representativo de los valores preseleccionados como deseables por la CN¹¹⁶ y la tradición¹¹⁷, independientemente de los mitos contruidos en derredor a este molde procesal¹¹⁸.

La división de poderes proyectada al proceso, el paradigma de no autocontrol, el sistema de frenos y contrapesos, junto a la imparcialidad del órgano decisor (antes implícita en el art. 18 de la CN, mas luego expresada en los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional¹¹⁹), no solo presentan al proceso acusatorio formal como el sistema que mejor armoniza con nuestra Constitución Política¹²⁰, sino también como el contexto más adecuado para que el fiscal pueda redescubrir su identidad, al demarcarse con claridad: “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 (...)”¹²¹.

De esta forma, pareciera que las últimas reformas propendieron a una definición nítida del rol del fiscal, antes dificultada en gran medida por un crecimiento retardado de esta figura frente a un juez de instrucción prevalente y una matriz procesal mixta, en donde no lograba adquirir esa mayoría de edad tan anhelada para ejercer su verdadera misión de acusador.

Sin embargo, vale preguntarse si todas estas modificaciones legislativas se ajustan o no a la medida de razonabilidad de esos de-

116. Cfr. Romero Berdullas, Carlos M., “#Proceso Acusatorio: ¿Hashtag Constitucional?”, *Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional*, n° 3, 2015, pp. 57-107.

117. Una concepción de un ejercicio equilibrado del poder ya se observa en Aristóteles, ob. cit.; Cicerón, Marco T., “Sobre la República”, en *Obras Políticas*, Madrid, Gredos, 1982; y Santo Tomás de Aquino, *El Gobernante Cristiano (De regimine principum ad regem Cypri)*, Córdoba, Athanasius, 2016; y la recepción del proceso acusatorio también se advierte en Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, II-II, q. 67 a.3, 3ª. ed., Madrid, BAC, 1998.

118. Mitos desarrollados en Romero Berdullas, Carlos M., “Mitos y realidades del proceso acusatorio”, *Prudentia Iuris*, N. 86, Buenos Aires, Educa, 2018, pp. 133-167.

119. Cfr. arts. 14.1 de la PIDCP y 8.1 de la CADH.

120. Para mayor ilustración, véase Romero Berdullas, Carlos M., “#Proceso Acusatorio: ¿Hashtag Constitucional?”, ob. cit.

121. Art. 9° del Código Procesal Penal Federal de la Nación.

beres constitucionales y al designio de los fiscales consagrado en la CN, cuyo respeto traduce un desempeño fiel a su identidad. Y este interrogante se plantea porque las recientes innovaciones de los códigos procesales y la Ley Orgánica del MPF no sólo facilitaron una delimitación más diáfana de las funciones persecutorias/acusatorias y las decisorias en órganos disímiles; a la par, estos cambios también franquearon el camino a otras novedades no ligadas al proceso acusatorio, que fueron introducidas mediante alteraciones al Código Penal y la recepción de institutos ajenos a nuestra rica tradición histórica, cuya medida de constitucionalidad ha sido puesta en tela de juicio¹²².

Dentro de este escenario destaca la modificación del artículo 59 del Código Penal, que en la actualidad contempla la extinción de la acción penal, entre otras causales, por aplicación de un criterio de oportunidad y la conciliación o reparación integral del perjuicio, todo ello “de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes”.

A esto se suman las reformas de los artículos 71 y 73 del Código Penal, donde se fija, respectivamente, que sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal, deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las dependientes de instancia privada y las acciones privadas, las cuales son definidas como aquellas “que, de conformidad con lo dispuesto por las leyes procesales correspondientes, surgen de la conversión de la acción pública en privada o de la prosecución de la acción penal por parte de la víctima”¹²³.

Por cierto, la ruptura del principio de legalidad procesal, faro de actuación del MPF en donde se expresa la identidad del fiscal, la incorporación de una insignificancia procesal que abre paso a la aplicación de un principio de oportunidad libre, la apertura hacia la

122. Cfr. *in extenso* Romero Berdullas, Carlos Manuel, *Derecho Penal Líquido...*, ob. cit.

123. A su vez, se estableció la aplicación subsidiaria de las normas del código de fondo en lo referente a la suspensión del juicio a prueba, ante la ausencia de regulación total o parcial en las leyes procesales correspondientes, por cuanto la materia mencionada se regirá de conformidad con éstas (art. 4° de Ley N° 27.147, que reemplazó el art. 76 del código sustantivo).

conversión de la acción pública en privada en determinadas circunstancias, y la nueva idea de acusadores públicos devenidos en gestores de los denominados “conflictos” (inspirada en un dialecto jurídico penal garanto-abolicionista¹²⁴) inexorablemente interpelan a interrogarse si finalmente el fiscal alcanzó esa postergada mayoría de edad; o, por el contrario, su misión no resulta desnaturalizada mediante reformas legislativas que colocan en crisis su identidad.

3. LA MISIÓN DEL FISCAL A LA LUZ DE UNA PERSPECTIVA REALISTA

La natural inclinación del hombre a vivir en sociedad no se funda en el propósito de evitar un mal o enmendar un defecto, sino que es uno de los presupuestos para alcanzar la felicidad, pues, en palabras de Aristóteles: “La ciudad es la comunidad, procedente de varias aldeas, perfecta, ya que posee, para decirlo de una vez, la conclusión de la autosuficiencia total, y que tiene su origen en la urgencia del vivir, pero subsiste para vivir bien. Así que toda ciudad existe por naturaleza, del mismo modo que las comunidades originarias. Ella es la finalidad. Lo que cada ser es, después de cumplirse el desarrollo, eso decimos que es su naturaleza (...) Además, la causa final y la perfección es lo mejor. Y la autosuficiencia es la perfección, y óptima”¹²⁵.

De hecho, la politicidad natural del hombre se encuentra fincada en la necesidad de alcanzar un *bonum commune* político no sólo supra ordenador respecto de cualquier otro bien en un plano mundanal¹²⁶, sino también constituido como medida y principio de racionalidad de la vida política, jurídica y moral.

Podemos inferir, entonces, que el Estado no es un ente artificial, un potencial enemigo de la libertad de cada hombre o un expropiador de los denominados “conflictos” llamado a ejercer la

124. Ello es demostrado en Romero Berdullas, Carlos M., “De los delitos y los conflictos”, *Prudentia Iuris*, N. 88, Buenos Aires, Educa 2019, pp. 203-232.

125. *Vide* Aristóteles, ob. cit., L. I, cap. 2, 1252 b; y Santo Tomás de Aquino, *El Gobernante Cristiano*, L I, cap. I.

126. Castaño, Sergio R., *Lecturas críticas sobre el Poder Político*, México, Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.

“violencia”¹²⁷; pues *contrario sensu*, es natural al hombre. Es que esa socio-politicidad propia de los seres humanos conduce a éstos a la formación de esa comunidad política llamada a concretar el bien común político, entre cuyos “elementos principales (...) se encuentran: la ciencia, la justicia, el orden, la seguridad”¹²⁸; y de “su realización resulta la paz”¹²⁹, pues la “tranquila convivencia en el orden (...) es el signo que manifiesta la efectiva realización del bien en una sociedad determinada (...)”¹³⁰.

Por otra parte, debemos notar que el derecho y la ley penal no son un instrumento de control social mediante sanciones, pues ambos se inscriben en la naturaleza humana (tanto por su procedencia, como por su fin perfectivo)¹³¹. Efectivamente, la ley penal (regla de prudencia determinada por la razón) determina lo justo a realizar para conservar la sociedad humana y lograr el bien común; mientras el derecho constituye objeto de la justicia¹³², medida que al dar a cada uno lo suyo y establecer o restituir el orden entre las personas (como partes de un todo) procura así la consecución de ese fin superior o *bonum commune*.

En definitiva, lógicamente nos hallamos en condiciones de afirmar que, dado el bien común político, surge naturalmente una comunidad política convocada a alcanzar ese fin, cuya existencia, a su vez,

127. Una refutación a la denominada “expropiación del conflicto”; una respuesta a la incorrecta asimilación de la palabra “delito” por “conflicto”; y una explicación de por qué el Estado aplica el ejercicio legítimo de la fuerza, mas no la violencia, pueden hallarse en Romero Berdullas, Carlos M., “De los delitos y los conflictos”; y Romero Berdullas, Carlos M., *Derecho Penal Líquido...*, ob. cit.

128. Sacheri, Carlos A., *El orden natural*, 6ª ed., Buenos Aires, Vórtice, 2007, p. 190.

129. Ídem.

130. Ídem.

131. Cfr. Lamas, Félix A., “Percepción e inteligencia jurídicas. Los principios y los límites de la dialéctica”, en AA. VV., *Los principios y el Derecho Natural en la metodología de las ciencias prácticas*, Buenos Aires, Educa, 2002, p. 12; y Repetto, Alfredo, “Otras precisiones sobre el Derecho Penal Realista (hecho, valor y norma)”, en *Diario de Política Criminal*, n° 11.910, Buenos Aires, El Derecho, 21 de diciembre de 2007, 6.6.

132. Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, Buenos Aires, Colihue, 2015, B 2015, L. V, cap. I, 1129ª y 1129b 1-5, 2015; y Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, II-II, q. 57, a.1 y q. 58, a.1.

constituye el sustrato de la potestad política que producirá el derecho concreto¹³³, pues en palabras de Castaño, al haber “fin común político hay comunidad política; y porque hay comunidad política hay autoridad política”¹³⁴.

Por tanto, en este contexto, la potestad pública de los órganos de conducción, legislación, persecución penal (léase la desarrollada por los fiscales o el MPF) y jurisdicción es de Derecho Natural, indispensable e inderogable, en la medida en que sin el cumplimiento de su función directiva o la coactiva (ya sea tuitiva o punitiva) no podría preservarse la sociedad, ni cumplirse con las justas exigencias del bien común político¹³⁵. En consecuencia, si bien ha de destacarse “la prelación de la faz directiva por sobre la imprescindible faz punitiva en el seno de la potestad política (...) No obstante, señalamos desde ya a la facultad punitiva como una de las propiedades del poder político, tal como el que existe en un mundo signado por la defectividad espiritual del hombre”¹³⁶.

De ahí la importancia de la misión ejercida por aquel sujeto que en representación del interés público y la víctima comunidad política –siempre comprometida ante la comisión de un delito de acción pública– provoque el ejercicio de la jurisdicción ante la noticia del hecho penal, en pos de administrar justicia e impedir la defensa por mano propia, constante ya comprobada al analizar la persecución penal en tiempos primigenios: en Egipto, Israel, Grecia, Roma, la Edad Media, Inglaterra, Estados Unidos; e, incluso, en nuestro Derecho Patrio.

No podemos obviar que, cuando aludimos a un delito, no nos referimos a una problemática o mero conflicto. El hecho penal es un

133. Cfr. Castaño, Sergio R., *Lecturas críticas...*, ob. cit., p. 111.

134. Castaño, Sergio R., *El Poder Constituyente entre mito y realidad*, San Luis, Instituto de Filosofía del Derecho y Ciencias Afines, Universidad Católica de Cuyo, 2012, p. 27.

135. En efecto, la comunidad necesita una autoridad que disponga sus partes hacia la concreción del bien común; en tanto: a) es inviable que todos sus integrantes puedan regirla en simultáneo; b) sucede, a veces, que los intereses particulares de alguna parte contradicen el propósito común; y c) algunas acciones indispensables para la conquista del *bonum commune* pueden no resultar de incumbencia al particular (cfr. Castaño, Sergio Raúl, *Lecturas críticas...*, ob. cit., pp. 82, 93 y 111-114).

136. *Ídem*.

acto humano (acción u omisión) culpable que lesiona o pone en peligro determinados bienes protegidos por las normas jurídicas y, además, presenta una doble razón de demérito y gravamen, pues no sólo hiere en múltiples ocasiones a la persona singular (o parte ordenada al todo) en su bien, sino también de modo prevalente daña siempre a toda la comunidad política¹³⁷. En definitiva, el motivo que mueve al legislador a introducir en el Código Penal determinadas conductas en calidad de delitos es su especial gravedad y trascendencia en orden a la afectación del interés público.

Simplificando, cuando nos topamos con los “delitos”, nos posicionamos frente a los hechos más graves y antijurídicos, sin cuya prohibición, persecución y sanción la sociedad no podría preservarse, pues la ley penal no prohíbe todos los vicios, sino únicamente aquellos actos humanos exteriores revestidos de tal nocividad social, que de no prohibirse la ciudad no podría preservarse¹³⁸. Por ello, la obligatoriedad de perseguir penalmente determinadas conductas “es un aspecto relacionado históricamente a la trascendencia de la conducta disvaliosa cometida contra la comunidad política, el interés público en su sanción y la necesidad de no dejar librada la respuesta penal a la iniciativa individual de los ciudadanos o la incorrectamente denominada justicia por mano propia”¹³⁹.

Puede afirmarse, entonces, que existe un interés de la comunidad política para prever esas acciones en el Código Penal, anunciar la imposición de una pena al potencial infractor, perseguir a quienes delinquen y sancionar, luego de sustanciado un debido juicio previo,

137. Cfr. Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, I-II, q. 21, a.3, 1ª ed., Madrid, BAC, 1990; y Repetto, Alfredo, “La importancia del Derecho y del Derecho Penal”, en *Diario de Política Criminal*, n° 11.780, *El Derecho*, Buenos Aires, 15 de junio de 2007, acápite nros. 3.4 y 4.2.

138. Cfr. Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, I-II, q. 96, a.2; y II-II, q. 77, a.1, resp. a obj. 1. En línea con ello, Carnelutti enseña que el Código Penal se hace “para conseguir que los ciudadanos se abstengan de ciertos actos que se consideran gravemente nocivos al bien común y realicen ciertos actos que son necesarios para ese mismo bien común” (Carnelutti, Francesco, *Cómo nace el Derecho*, Buenos Aires, Librería El Foro Rodamillans, 2006, p. 12).

139. Romero Berdullas, Carlos M., “Mitos y realidades del proceso acusatorio”, ob. cit., p. 159.

a quien decidió cometer esa conducta sumamente perjudicial para el orden de convivencia.

Vale precisar, también, que la obligación jurídica debida al otro y contemplada por el legislador es una necesidad de fin¹⁴⁰, en tanto se instituye el medio particularmente más apto para realizar el bien común. Ergo, su vulneración exige la coacción jurídica indispensable para concretar su cumplimiento, por cuanto el orden jurídico no puede tolerar su quebrantamiento; pues, de lo contrario, su existencia en tanto orden a fin resultaría comprometida¹⁴¹.

En consecuencia, dada la necesidad de fin del orden jurídico, ante el incumplimiento deliberado de la ley penal y de lo justo, la amenaza de la pena debe concretarse –en tanto la respuesta penal no perjudique gravemente el bien común¹⁴²– para restablecer el orden de justicia alterado por el ofensor; evitar la vindicta privada; y salvaguardar la vigencia real de las prescripciones imperadas tanto para no dañar al otro, como respetar la vida tranquila, imperativos de justicia general orientados a resguardar el bien común político. Esto explica la necesidad de la persecución penal y la coacción jurídica, que “(...) introduce la fuerza en la noción de Derecho”¹⁴³, hace a su eficacia; e induce a la virtud, sin cuya concreción se volvería inconquistable el culmen de abrazar el bien común, por cuanto los ciudadanos (o las partes) no se encontrarían proporcionados al *bonum commune* de la ciudad (o el todo).

Se comprende por lo recién expresado que, si la comunidad política no consiguió prevenir el delito, nace el deber de restaurar el

140. Una necesidad de fin se da cuando no es posible alcanzar un determinado fin sin un medio (Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, I, q. 82, a.1, 4ª ed., Madrid, BAC, 2001).

141. Cfr. Repetto, Alfredo, “La importancia del Derecho y del Derecho Penal”, en *Diario de Política Criminal*, n° 11.780, cit., n° 3.3.4; y Lamas, Félix A., *La Experiencia Jurídica*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 1991, pp. 349-350.

142. Así pues, se admite la posibilidad de que en algún caso prudencial pueda justificarse la no retribución de un hecho penal si esto perjudicara gravemente el bien común, como por ejemplo acontece en el supuesto de la amnistía o el indulto.

143. Carnelutti, Francesco, ob. cit., p. 25.

orden jurídico conculcado mediante una justa retribución, junto a la necesidad de igualar de algún modo esa desigualdad provocada por el hecho penal. De ahí que la imperatividad de la persecución penal en los delitos de acción pública finca en la manda de “afianzar la justicia” que hace al orden político¹⁴⁴ y se encuentra consagrada en el Preámbulo de la Constitución Nacional de la República Argentina.

Se trata de un propósito de “afianzar la justicia” que comprende la necesidad de concretar la “primera garantía de la justicia penal”¹⁴⁵ (dar a quien delinque su pena, mas no al inocente) en defensa del

144. Cfr. lo expresado en Sampay, Arturo E., *La Filosofía Jurídica del Artículo 19 de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975, p. 38, donde se sigue el magisterio del Filósofo.

145. Es preciso no incurrir en una mirada reduccionista como la ofrecida por el garante-abolicionismo, que al obviar la bondad de “lo justo penal” y el bien ético jurídico implícito en el Derecho Penal, construye las garantías tanto en contra de la comunidad política, como en favor de quien delinque. Por ello es fundamental no recortar el verdadero significado de la palabra garantía, término que refiere a aquella “cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad”; y la “seguridad o certeza que se tiene sobre algo” (cfr. Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Edición del Tricentenario, 23^o ed. electrónica, disponible en: <http://lema.rae.es/drae2001/srv/search?id=ningOSAUIDXX2pK1oGwO>, fecha de consulta: 23/03/2020). Esto es esencial destacarlo, pues una actitud realista no puede menospreciar una garantía de la ciudadanía que radica precisamente en la concreción de la justicia penal, dado que los integrantes de la comunidad deben gozar de ese Derecho Subjetivo y garantía real a la seguridad. Es decir, una seguridad gnoseológica y redituable en la tranquilidad psicológica de que dado el delito no prevalecerá la impunidad sobre el *ius puniendi* estatal. Por tanto, debe actualizarse la certeza de que el sistema penal, dada su función pública orientada al bien común político, actuará en procura de la materialización de los disímiles fines de las penas.

Cabe añadir la relevancia de superar falaces antinomias, pues el Derecho Penal y las garantías no ofician de contrapunto, tal cual se demuestra en Romero Berdullas, Carlos M., “#Proceso Acusatorio: ¿Hashtag Constitucional?”, ob. cit., donde se refuta cualquier “contradicción entre las garantías individuales de un imputado y 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 sólo 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 *condictio sine qua non* para aplicar la pena a quien corresponde y no sancionar penalmente a un inocente” (ob. cit., pp. 72-73).

bien común, en beneficio de la víctima comunidad política y en miras de restablecer la paz social.

Un deber de “afianzar la justicia ante un delito” correspondiente con un Derecho Subjetivo Natural de ejercicio imperativo receptado en la Constitución Nacional de la República Argentina (e incluso sobreentendido, en tanto se trata de una prescripción iusnatural evidente¹⁴⁶), al establecer que el Congreso Nacional debe dictar el Código Penal (art. 75, inc. 12, CN) en representación de la víctima comunidad política, para poder vivir bien.

146. De hecho, esta premisa es tan evidente que, partiendo de otros presupuestos ideológicos, Isensee arriba a la misma conclusión. Pues el citado plantea: “(...) La pretensión de que la justicia garantice los derechos es un derecho fundamental del *status positivus libertatis*. A diferencia de lo que sucede con el derecho fundamental a la tutela jurídica frente a la coacción estatal, el derecho fundamental a la tutela jurídica frente a particulares no está expresamente reconocido en el texto de la Constitución. Pero tampoco es necesario, puesto que la garantía de justicia es algo que se sobreentiende. Es la compensación del Estado de Derecho a cambio de la renuncia a la venganza privada que exige a sus ciudadanos. Forma parte de los pilares de la paz estatal” (Isensee, Josef, *El Derecho Constitucional a la seguridad: sobre los deberes de protección del Estado Constitucional liberal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 67).

Todavía más, cuando la CADH estipula una obligación del Estado orientada a respetar los derechos, garantías y libertades del hombre ante la conducta estatal; y otra precisada por exigencias concernientes a asegurar el libre y pleno goce de los Derechos Humanos (Corte IDH en el Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, párrafos nros. 166 y 167), permite inferir el deber del Estado de contener, refrenar y sancionar el delito con la mayor eficacia posible, a fin de garantizar la seguridad de los ciudadanos. Tanto es así que la Corte Suprema de Justicia de la Nación recogió el art. 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde se establece: “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 (...)” (la negrita me pertenece); además de poner de relieve: “[l]a Constitución es una estructura coherente y, por lo tanto, ha de cuidarse en la inteligencia de sus cláusulas, de no alterar el delicado equilibrio entre la libertad y **la seguridad**” (la negrita me pertenece). Cfr. CSJN, *Alonso, Jorge F. y otros s/ contrabando de estupefacientes y otros delitos - causa n° 3161*, sentencia del 26/12/1995, Fallos: 318:2611 y *Portillo, Alfredo s/ infr. art. 44 Ley N° 17.531. P. 391. XX*, sentencia del 18/04/1989, Fallos: 312:496, respectivamente.

En efecto, este deber de “afianzar la justicia ante la comisión de un hecho penal”¹⁴⁷ que se proyecta en la obligación del Ministerio Público Fiscal de ejercer de oficio la acción penal ante la noticia de la consumación de un delito de acción pública, y la prohibición de suspender, interrumpir o desistir de la persecución penal, salvo en las excepciones expresamente determinadas por la ley, además se conjugan armónicamente con la previsión de la amnistía¹⁴⁸ e indulto¹⁴⁹. Es que al contemplar el constituyente estos supuestos de excepción, pareciera haber rubricado como regla general la de regular la necesidad de persecución penal ante la perpetración de aquel grave mal denominado delito¹⁵⁰. Por consiguiente, podría inferirse que en las mismas bases de nuestra Constitución Política se encuentra receptado el principio de legalidad procesal; pues caso contrario, los fiscales

147. Directriz evidente, que se encuentra prevista en el art. 18 de la Constitución Nacional, pues al sentar la imposibilidad de aplicar pena alguna sin juicio previo, se presupone el principio del Derecho Penal de dar a quien delinque su pena y no al inocente. Por ello, tal cual lo explica Hernández, es tan evidente esta prescripción iusnatural, que el Derecho de la Nación da por sobreentendida la integración de este derecho de dar a quien delinque su pena (lo justo penal), en el cual se proyecta el principio de dar a cada uno lo suyo (Hernández, Héctor H., *El garantismo abolicionista*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2013, pp. 167-168).

148. Cfr. art. 75, inc. 20 de la Constitución Nacional.

149. Cfr. art. 99, inc. 5° de la Constitución Nacional.

150. Es importante no equiparar incorrectamente como dos males el mal procedente del delito y el mal originado por la pena, pues mientras el delito es un mal empírico y moral, la pena es un bien ético-jurídico, ya que al imponerse se hace justicia. De ahí que si bien la pena es un mal desde una perspectiva óptica (al privar al hombre de un bien particular), desde el punto de vista axiológico constituye un “bien”, al compensar en justicia ese primer mal llamado “delito” y equilibrar el desorden provocado por el hecho penal [cfr. Tale, Camilo, “Los legítimos fines de la pena jurídica”, en AA. VV., *Fines de la pena. Abolicionismo. Impunidad*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2010, pp. 136, 140-141, 289-290].

Si se desea profundizar sobre el bien del Derecho Penal, se sugiere leer Romero Berdullas, Carlos M., *Derecho Penal Líquido...*, ob. cit.; y del mismo autor, “Delitos de acción pública, privada e instancia privada. Una indagación acerca de su razonabilidad”, en *Prudentia Iuris*, N. 90, Buenos Aires, Educa, 2020, pp. 159-188; “Inepcias de la conciliación anti-penal”, Buenos Aires, *elDial.com* - DC2646, 20/11/2018; y Repetto, Alfredo, “El Derecho Penal realista y una aproximación al bien común”, en *Diario de Política Criminal*, n° 235-1246, Buenos Aires, *El Derecho*, acápite 9.9, 2009.

podrían ser ungidos con una suerte de poder dispositivo de perdón o indulto¹⁵¹, en desmedro claro de la expresión constitucional.

Lo expuesto permite inferir que, “ante el conocimiento de un hecho aparentemente delictivo caracterizado como de acción pública, dada la especial gravedad y nocividad del presunto acontecimiento penal para el todo social, nace en cabeza de la víctima (que es tanto la comunidad política como el particular afectado) un derecho subjetivo natural o derecho humano a investigar si se cometió un delito”¹⁵². Se hace referencia a “un derecho que es ejercido mediante el Ministerio Público Fiscal, organismo que en representación de la comunidad política debe promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad (art. 120, CN)”¹⁵³.

Aquí se puede advertir, como bien enseña Vélez Mariconde, que la acción penal ejercida por el Ministerio Público, más que un derecho, constituye un deber. *Stricto sensu*, se trata de un poder de ejercicio imperativo, en tanto la pretensión jurídica que se procura hacer valer posee su basamento en el Derecho Público; y, por lo tanto, no puede disponerse de ésta, tal cual acontece en el Derecho Privado¹⁵⁴. No es en vano resaltar esto pues, tal cual lo explica Frister, “el Derecho Penal no regula una relación jurídica entre personas privadas, sino una injerencia de la autoridad del Estado en los derechos del individuo, que sucede en interés público”¹⁵⁵.

Es que tal como lo manifiesta el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, abrevando en el magisterio de Welzel, la “«misión general del Derecho Penal» es «proteger los valores elementales de la

151. La posibilidad de propender hacia la unción de los fiscales con un poder de perdón o indulto ya fue otrora criticada con fundamentos sólidos en Vélez Mariconde, Alfredo A., ob. cit., T. II, p. 180.

152. Cfr. solución a artículo disputado 1 en Romero Berdullas, Carlos M., “De la inconstitucional regulación de la acción penal. Inconsecuencias de reformas contradictorias”, Buenos Aires, *Dial.com* - DC2735, 23/04/2019.

153. *Ídem*.

154. Vélez Mariconde, Alfredo A., ob. cit., T. II, p. 260.

155. Cf. Frister, Helmut, *Derecho Penal, Parte General*, 1ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2011, p. 38.

vida comunitaria»; y «(...) la meta suprema de la pena» es preservar a la sociedad de los comportamientos que le son nocivos y proteger los valores elementales de la convivencia¹⁵⁶.

Lo desarrollado nos conduce a afirmar la correspondencia entre ese deber o poder de ejercicio obligatorio –al cual aludía Vélez Mariconde– y el Derecho Subjetivo de la comunidad política a que se investigue, para luego de sustanciado el debido proceso, sancionar o absolver a quien fuera acusado.

A partir de lo vertido, entonces:

“[P]odemos considerar que el ejercicio de la acción es un derecho subjetivo público de toda la comunidad política y sus partes. Un derecho subjetivo natural que es ejercido a través de los fiscales para obtener de los órganos competentes el esclarecimiento de los hechos aparentemente delictivos y las responsabilidades correspondientes, mediante la investigación y un debido juzgamiento (premisas ínsitas en los arts. 16, 18 y 33 de la Constitución Nacional, y a su vez receptadas en los arts. 8° y 25 del Pacto de San José de Costa Rica y el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos tratados con jerarquía constitucional). De modo que puede inferirse, sin dificultad, la relación de este Derecho Subjetivo Natural con el acceso concreto y efectivo a la justicia”¹⁵⁷.

No obstante, tal como se anticipó, “no se trata de un derecho subjetivo de ejercicio facultativo, pues es un derecho - deber fundado en nuestra Constitución Política y la razonabilidad del Derecho Natural que se concreta a través de la acción. En pocas palabras, *la acción es un derecho, deber y poder de ejercicio imperativo*, precisamente basado en el carácter público e indisponible del Derecho Penal, que es una necesidad de fin para preservar la comunidad política, en miras del bien común de todos”¹⁵⁸. Naturalmente, “sin ejercicio de la acción penal, no existe investigación, ni esclarecimiento de los presuntos hechos penales, como

156. Kaufmann, Armin, “La Misión del Derecho Penal”, en *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*, en Colección Grandes Maestros del Derecho Penal, n° 40, Montevideo-Buenos Aires, B de f, 2018, pp. 29-30.

157. Cfr. solución a artículo disputado 1 en Romero Berdullas, Carlos M., “De la inconstitucional...”, ob. cit.

158. *Ídem*.

así tampoco debido proceso y juicio¹⁵⁹, lo que no solo torna “a la ley penal en un conjunto de mandas incumplidas e inermes¹⁶⁰, sino también demuestra la relevancia de la misión conferida por la Constitución Política al MPF en materia penal. Pues su actuación se convierte en una necesidad de fin, en tanto sin el ejercicio de la persecución penal no puede sustanciarse un debido proceso tendente a promover la actuación de la justicia y preservar la concordia en pos del bien común ante el acto de iniciativa “delito”. A tal punto, que si los representantes del MPF se desentendieran de su verdadera misión¹⁶¹ o la desnaturalizaran, ineluctablemente se horadaría la piedra angular de aquello “que en la ciudad se llama concordia, vínculo de bienestar seguro y óptimo para toda república, pues ésta no puede subsistir sin la justicia¹⁶²”.

Ahora bien, sin pretender ingresar aquí en una posible disputa –en tanto excedería el objeto formal de este trabajo–, únicamente cabe acotar que esta necesidad de afianzar esa justicia configuradora del orden político, también se encuentra abierta hacia otros fines valiosos (léase preventivos o resocializadores¹⁶³), también fincados en el bien

159. Cfr. solución a artículo disputado 2 en Romero Berdullas, Carlos M., “De la inconstitucional...”, ob. cit.

160. *Ídem*.

161. Claro que la misión de los fiscales de custodiar la legalidad y la Constitución Política de la Nación se encuentra engarzada al propósito de procurar una justicia acorde a la realidad. De ahí la importancia del principio de objetividad, que remite a la necesidad de indagar la verdad si uno se propone ser justo con la víctima comunidad política, las víctimas particulares (de haberlas) y los imputados. Así pues, el desempeño del fiscal debe hallarse guiado por “la medida de lo real” y el respeto irrestricto de las garantías individuales reconocidas constitucionalmente en un juicio justo.

162. Cicerón, Marco T., *Sobre la República*, L. II, 42, 69, p. 93.

163. Si bien parte de la doctrina efectúa una lectura crítica del sentido retribucionista de la pena, en base al art. 18 de la Constitución Nacional, no puede soslayarse la perspectiva de Cabral, quien plantea que la idea de castigo no es ajena a los antecedentes constitucionales (cfr. Disposiciones Generales sobre Seguridad Individual del 23 de noviembre de 1811), ni al actual art. 60, donde se alude a la sujeción a la acusación, juicio y castigo ante los tribunales ordinarios de quienes fueran condenados por el Senado en juicio político. En efecto, Cabral explica que el artículo citado refiere a las cárceles de retención (o sea, a las destinadas a la guarda de los procesados); y añade: “(...) que la declaración de que «las cárceles son para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas» nunca podrían suponer una concepción general váli-

común político, los cuales no necesariamente se oponen a un sentido retributivo de la pena¹⁶⁴ llamado a integrarse con la pauta de resocialización del delincuente acuñada en el artículo 5º, inc. 6º, del Pacto de San José de Costa Rica, en tanto allí se establece cómo debe llevarse a término la privación de libertad al tiempo de ejecutarla, mas no especifica cuál es la justificación del castigo, respuesta susceptible de alcanzarse en un estadio anterior¹⁶⁵, es decir, en lo justo debido¹⁶⁶.

da para todas las especies de pena legítimamente posibles; a nadie se le ha ocurrido pensar –que sepamos– que las penas de multa e inhabilitación previstas en el art. 5º del Código Penal tengan por objeto el aseguramiento y no el castigo de la persona del condenado” (cfr. Cabral, Luis M., *Compendio de Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, en cap. XII, titulado “La Constitución y las cárceles de la Nación”, pp. 293-298).

164. Tal cual se explica en Tale, Camilo, “Los legítimos fines de la pena jurídica”, en AA. VV., *Fines de la Pena. Abolicionismo, impunidad* (dirigido por Hernández, Héctor H.), Buenos Aires, Cathedra jurídica, 2010, pp. 138-139.

165. Así pues, como explica Sancinetti, “[e]n la conminación penal sigue prevaleciendo la prevención general; en la imposición de la pena, la idea de que sólo la pena justa puede brindar un parámetro; en la ejecución de la pena tienen que prevalecer los fines de prevención especial. Por ello, cuando el art. 5º, párr. 6º, de la CADH dice que las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados, sólo dice eso, es decir, que una vez impuesta la pena, debe perseguirse ese fin, pero por sí solo, ese precepto no aporta la justificación del castigo, que se halla en un paso previo” (cf. Sancinetti, Marcelo, ob. cit., p. 10).

166. No puede obviarse, como explica Jacobucci, que la “(...) aplicación de las leyes penales debe seguir criterios naturalmente proporcionales, en cierta medida retributivos, ya que, sin estos, la medida de la intervención y de la sanción carece de una referencia más o menos racional, esto es, justa” (Jacobucci, Guillermo, *El sentido de los principios penales: su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, 1ª ed., Buenos Aires, Ábaco, 2002, pp. 200-201). Más aún, el citado alude a una “tendencia contemporánea, que (...) busca negar el carácter retributivo del Derecho Penal –ocultándolo inútilmente en la noción de proporcionalidad (...)”; tendencia objetada en tanto “(...) lleva el germen de una racionalidad instrumental que construye la respuesta penal de cara al mero utilitarismo o la técnica” (*ídem*).

Por consiguiente, dentro de este contexto no puede soslayarse lo afirmado por un finalista de la talla de Armin Kaufmann, quien tras explicar la imposibilidad de prescindir de la idea de la retribución justa de la compensación del injusto y de la culpabilidad, añade que “(...) desde hace cien años –y especialmente ahora– con la palabra retribución no se pretende tanto designar una posición como estigmatizarla a ella y a quien la defiende” (Kaufmann, Armin, “La misión del Derecho Penal”, en

4. ANÁLISIS DE LOS DEBERES POSICIONALES DEL FISCAL, A PARTIR DE LAS RECIENTES REFORMAS

Expuesta la misión del fiscal desde una perspectiva realista, ahora nos hallamos en condiciones de analizar cómo inciden las recientes modificaciones legislativas en su actuación, pues en la medida en que los representantes del MPF sean fieles a sus deberes posicionales reafirmarán su identidad¹⁶⁷. De lo contrario, de no cumplimentar con ciertas obligaciones incondicionales que hacen a su integridad, su identidad ingresará nuevamente en crisis; y aquella mayoría de edad tan procurada se evanecerá una vez más.

4.a. *La insignificancia procesal u oportunidad libre*

Si bien actualmente se advierte una tendencia legislativa y doctrinal a receptar ciertas manifestaciones del principio de oportunidad, no es menos cierto que ya reconocidas voces del ámbito académico han atendido posibles objeciones al estudiar su medida de razonabilidad, tales como, por ejemplo, Hassemer, Albrecht y Armenta Deu¹⁶⁸, entre otros. Por lo tanto, se advierte la relevancia de analizar cómo

Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, en Colección Grandes Maestros del Derecho Penal, n° 40, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2018, pp. 30-31).

167. Cfr. Romero Berdullas, Carlos M., "Proceso Penal en clave republicana: Salvaguarda constitucional contra los analogados del cesarismo", *Prudentia Iuris*, N. 82, Buenos Aires, Educa, 2016, p. 91.

168. Cfr. *in extenso* Hassemer, Winfried, "La persecución penal: legalidad y oportunidad", *Lecciones y Ensayos*, n° 50, Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho, 1988, pp. 13-21 Disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/50/la-persecucion-penal-legalidad-y-oportunidad.pdf> (fecha de consulta: 29/04/2016); Albrecht, Peter-Alexis, "Coordenadas de una legalidad penal en el Estado de Derecho: Principio de la proporcionalidad, principio de la legalidad, principio de oficialidad", en AA. VV., *Revista de Derecho Procesal Penal* (Dir. Donna, Edgardo A.), *La Investigación penal preparatoria: Función de las policías*, T. II, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2013; y Armenta Deu, Teresa, *Estudios sobre el Proceso Penal*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2008.

pueden incidir en el desempeño de los fiscales determinadas proyecciones de una oportunidad ajena a nuestra rica tradición histórica.

Veamos ahora cómo gravita la denominada insignificancia procesal receptada en diversos códigos procesales¹⁶⁹ y el Código Procesal Penal Federal¹⁷⁰ en el ámbito de actuación del MPF, como así también si esa facultad otorgada al fiscal de disponer de la acción penal pública cuando, a su entender, se tratase de “hechos que por su insignificancia no afectasen gravemente el interés público”, reafirma o no la identidad de este actor.

Una primera aclaración propedéutica que debemos dejar sentada es que la insignificancia procesal constituye un concepto relativo fundado en razones político-criminales de relocalización o eficiencia¹⁷¹ destinadas a concentrar la capacidad operativa del MPF; de modo tal de dar prevalencia a la persecución de hechos socialmente más cuantificables, respecto a otros de menor relevancia¹⁷². Por consiguiente, debe distinguirse la insignificancia procesal de la insignificancia material, pues ésta deriva del adagio “el tribunal no trata con pequeñeces”¹⁷³, y se basa en categorías dogmáticas, a través de las cuales se ponderan como atípicas determinadas afectaciones de bienes jurídicos dada su nimiedad.

Y otra nota aclaratoria que no debemos soslayar es que la insignificancia procesal es un modo de disponibilidad de la acción penal, mediante el cual se solapa la introducción de un principio de opor-

169. Cfr. Ciudad Autónoma Buenos Aires (art. 199, inc. e, CPPCABA), provincia de Buenos Aires (art. 56 bis, CPP), la Pampa (art. 15, inc. 1º, CPP), la Rioja (art. 204 bis, inc. 1º, CPP), Río Negro (art. 180 ter, inc. 1º, CPP), Santa Fe (art. 19, CPP), Mendoza (art. 26, CPP), Chubut (art. 44, CPP), el Chaco (art. 6º bis, inc. 1º, CPP), Entre Ríos (art. 5º, CPP), Jujuy (art. 101, inc. 1º, CPP), Neuquén (art. 106, inc. 1º, CPP), Misiones (art. 60, inc. b, CPP) y Santiago del Estero (art. 2º, CPP).

170. Cfr. arts. 30 y 31 del Código Procesal Penal Federal.

171. Cfr. Binder, Alberto M., *Derecho Procesal Penal*, T. II, Buenos Aires, Ad Hoc, 2014, pp. 436-437.

172. Cfr. Binder, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2ª ed. act. y amp., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, p. 221; y Solimine, Marcelo A., *Bases del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación, Ley Nº 27.063*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015, p. 127.

173. Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, T. I, Madrid, Civitas, 1997, pp. 292-296.

tunidad libre¹⁷⁴ con el rótulo de un supuesto principio de oportunidad reglado¹⁷⁵, pues la facultad conferida al fiscal busca sustento en fórmulas vagas, abstractas e indeterminadas (léase “hechos de menor significación” o que “no afectaren gravemente el interés público”), mediante las cuales el representante del MPF puede prescindir arbitrariamente de la persecución por razones de política criminal, relocalización, eficiencia o pragmatismo.

Al tiempo de evaluar el influjo de esta herramienta en la labor de los fiscales, no podemos obviar que las genéricas condiciones de aplicabilidad de la insignificancia procesal no solo dificultan la posibilidad de objetivar estos conceptos, sino también, paradójicamente, abren “un resquicio para que los fiscales decidan, arbitraria y veladamente, si se impulsa o no la acción penal, degenerando en un activismo judicial ilimitado de los custodios de la legalidad”¹⁷⁶. Al punto tal que el mero voluntarismo del fiscal se vuelve en el criterio delimitador en estos supuestos¹⁷⁷. Por tanto, esta imprecisión de cánones

174. La oportunidad libre responde al Derecho anglosajón o el imperante en Estados Unidos, donde el fiscal goza de una vasta libertad para disponer de la acción penal; mientras en el esquema signado por la oportunidad reglada, la selectividad de los fiscales en orden de ejercer la acción penal se hallaría condicionada expresamente por la ley, tal como acontece, por ejemplo, en Alemania. No obstante, vale dejar sentado que solo tiene sentido hablar de oportunidad cuando aludimos a “oportunidad libre”, pues como explica Pastor, la variable reglada no es más la posibilidad de determinación (en abstracto) propia y normal del parlamento representativo, mas no de decisión (en concreto) de no perseguir penalmente, dispuesta por un fiscal de modo autónomo (cfr. Pastor, Daniel R., *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, p. 47).

175. Para mayor ilustración, léase *in extenso* Romero Berdullas, Carlos M., *Criterios de oportunidad en el Proceso Penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2020; Romero Berdullas, Carlos M., *Derecho Penal Líquido...*, ob. cit. y Romero Berdullas, Carlos M., “Alcance del principio de oportunidad”, en AA. VV., *Comentarios al Proyecto de Código Penal*, Buenos Aires, Thomson Reuters - La Ley, junio 2019.

176. Romero Berdullas, Carlos M., “Alcance del principio...”, ob. cit., pp. 283-284.

177. Otra manifestación de insignificancia procesal, que origina análogas críticas, es la intervención de menor relevancia, exigua contribución con el hecho o escasa culpabilidad receptada en algunos códigos procesales, donde el criterio de selección es la orfandad de interés en la persecución en base a principios de economía procesal, prioridades político-criminales y la capacidad persecutoria del Estado, pero en este

objetivos, inexorablemente, conduce al anonadamiento de la primera garantía de justicia (dar a quien delinque su pena) y a otras garantías individuales (léase, la legalidad material, la igualdad, etc.)¹⁷⁸, en la medida en que, so pretexto de razones pragmáticas o político-criminales, el fiscal puede veleidosamente determinar si impulsa o no la acción penal, sin controles republicanos y resortes constitucionales aptos, e incluso señeramente en estadios iniciales de los procesos, caracterizados por una nimia visibilidad.

En definitiva, mediante la aplicación de conceptos subjetivos e indeterminados, los fiscales podrían resolver de modo diferente a hechos circunstanciados por iguales condiciones, lesionando el principio de igualdad ante la ley¹⁷⁹, a través de una persecución penal selectiva¹⁸⁰ y arbitraria. De este modo, una persecución penal signada por estas características obvia que, como explica Albrecht:

caso relacionados a la participación, culpabilidad y/o responsabilidad. Así pues, surgen inexorablemente dificultades para discernir a partir de parámetros objetivos qué debe considerarse como intervención de menor relevancia, exigua contribución con el hecho o escasa culpabilidad-responsabilidad (cfr. *in extenso* Romero Berdullas, Carlos M., “Manifestaciones del principio de oportunidad”, *Prudentia Iuris*, N. 83, Buenos Aires, Educa, junio 2017).

178. Para mayor ilustración puede verse *in extenso* Romero Berdullas, Carlos M., *Derecho Penal Líquido...*, ob. cit.

179. No puede soslayarse que la garantía de la igualdad se da respecto de otra persona. En el caso concreto aquí analizado, ante quienes en las mismas circunstancias no podrán acceder a tales mecanismos de resolución, debido a la aplicación arbitraria de la ley penal por parte de los fiscales.

180. Sobre las contradicciones axiológicas en las cuales incurren quienes intentan fundar la aplicación del principio de oportunidad en la selectividad, se sugiere leer Romero Berdullas, Carlos M., *Derecho Penal Líquido*, ob. cit., pp. 268-271. Por lo pronto, aquí solo basta con afirmar que una actuación fiscal regida por este principio no se ajusta a la identidad del acusador público y contradice sus deberes posicionales, en tanto: “La oficialidad del Derecho Penal exige que, siendo delito la no represión de un delito, ello no justifique otro delito de incumplimiento” (Hernández, Héctor, H., *El garantismo abolicionista*, ob. cit., pp. 116), pues “(...) el hecho de que en el sistema haya desigualdades cometidas por otros no autoriza a ningún juez ni policía ni operador en general a cometer las suyas y aumentar, por así decir, el patrimonio de la injusticia fundándose en aquéllas (...) el hecho (...) no autoriza (...) a incurrir en la misma conducta objetada so pretexto de incurrir en la misma crítica que sirve de base al razonamiento de la selectividad: no hay que castigar porque los demás no castigan” (ob. cit., p. 115).

“[A]nte la ley penal todos los ciudadanos deben ser iguales, la aplicación de la ley penal debe ser previsible y proteger al ciudadano ante la arbitrariedad estatal. El principio de la legalidad sigue dichos principios. Respeta el principio del trato igualitario, a los fines de garantizar que las mismas infracciones de la ley sean tratadas de la misma manera. Excluye la arbitrariedad estatal y garantiza la seguridad jurídica. Si se respeta el principio, se cumple con el requisito de la aplicación controlada y previsible del poder estatal”¹⁸¹.

A esto se suman no pocas dificultades a la hora de intentar conjugar una actuación fiscal regida por el principio de oportunidad con el principio de legalidad material, pues, como explican autores de la talla de Wolfgang Naucke, la legalidad procesal es uno de los principios más importantes, por cuanto por intermedio suyo la legalidad material obtiene sustento en el proceso penal¹⁸². Es que, ciertamente, la ciudadanía mece aspiraciones y deposita esperanzas en la aplicación de la ley penal. Y una persecución penal irradiada por el principio de oportunidad no puede garantizar ni la seguridad jurídica ni la previsibilidad, ya sea tanto a las víctimas, como a los imputados de los delitos. De ahí que también un desempeño fiscal guiado por el principio de oportunidad, inexorablemente, coloca en crisis el fin de prevención, profilaxis e intimidación del Derecho Penal, en tanto ese propósito únicamente puede asegurarse mediante una justicia penal articulada con una legalidad procesal antagónica a decisiones arbitrarias¹⁸³.

Es que como explican De la Fuente y Salduna: “(...) [L]a discrecionalidad atribuida a los fiscales, acordándoles, por ejemplo, la po-

181. Albrecht, Peter - Alexis, “Coordenadas de una legalidad penal en el Estado de Derecho: Principio de la proporcionalidad, principio de la legalidad, principio de oficialidad”, en *Revista de Derecho Procesal Penal* (dirigida por Donna, Edgardo A.), AA. VV., *La investigación penal preparatoria: Función de las policías*, T. II, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2013, p. 17.

182. Cfr. Naucke, Wolfgang, “La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado”, en Casabona, Romeo, *La insostenible situación del Derecho Penal. Estudios de Derecho Penal*, pp. 534-535, según cita de Donna, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte General*, T. I, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2006, pp. 340-341.

183. Cfr. Naucke, Wolfgang, *Derecho Penal, una introducción*, traducción de la 10ª ed. alemana, Buenos Aires, Astrea, 2006, pp. 213-214.

sibilidad de no llevar adelante la persecución penal respecto de determinados hechos, impediría al ciudadano prever las consecuencias jurídicas de su conducta contra la seguridad jurídica y contra el fin preventivo-general de la pena”¹⁸⁴.

Añádase a esto que, al adoptar el fiscal un temperamento no persecutorio en estos casos, apelando a términos abstractos tales como la “no afectación del interés público, menor significación e insignificancia (procesal) de la conducta”, evidentemente se contradice la decisión adoptada por el legislador al tipificar ese hecho como delito de acción pública. En efecto, de no revestir especial gravedad o afectar el interés público, esos hechos penales sometidos a la subjetiva valoración del acusador público no habrían sido introducidos por el legislador al Código Penal mediante la ley, que se sabe, es regla y medida de los actos humanos ordenada por la razón al bien común¹⁸⁵.

De modo que, a partir de esa actuación fiscal fundada dogmáticamente en fórmulas genéricas, se opondría abiertamente a la regla de prudencia determinada por la razón, a través de la cual el legislador definió lo justo a realizar en la conducta exterior en aras del bien común político¹⁸⁶.

184. Cfr. De la Fuente, Javier E.; Salduna, Mariana, “Principio de oportunidad y sistemas alternativos de solución del conflicto penal. La inconstitucionalidad de su regulación provincial”, en AA. VV., *La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal, Revista de Derecho Procesal Penal*, 1ª ed., T. III, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009, pp. 93-94.

185. Cfr. Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, I-II, q. 90, a.1 y a.2.

186. Vale resaltar que en la actuación político-criminal del legislador abreva la indelegabilidad de la facultad legislativa de precisar la ley penal, dentro de un sistema regido por la división de poderes y el paradigma de no autocontrol. Por tanto, la “oportunidad libre no puede salvarse mediante una ley susceptible de destruir o pervertir todo el ordenamiento penal de fondo. Pues el legislador no debe sujetar a juicio del fiscal la apreciación política de la defensa de los intereses de la sociedad. En efecto, no puede entronizarlo con la facultad de evaluar la conveniencia o mérito respecto de qué hechos deben ser perseguidos y resultan merecedores de reproche penal; en tanto esta es una facultad legislativa conferida constitucionalmente al legislador, quien no puede delegarla en el fiscal sin conculcar la división de poderes y el sistema representativo de la República” (Romero Berdullas, Carlos M., *Criterios de oportunidad en el...*, ob. cit., p. 127). De hecho, de acontecer esta irregularidad, vale interrogarse cómo armonizaría con el art. 29 de la Constitución Nacional y el art. 227 del Código

De esta manera, “el fiscal, con solo invocar el principio de oportunidad, podría dispensar la persecución penal y conculcar los valores democráticos e igualitarios de la ley penal a fuer de ponderar la conveniencia, oportunidad o los intereses generales de la sociedad afectados por determinadas conductas”¹⁸⁷.

Todavía más, “pareciera también que estos conceptos indeterminados implícitos a la insignificancia procesal, pueden convertir esta herramienta en instrumental a la denominada «cifra dorada» de los delitos, pues dentro de este contexto el fiscal contará con un mayor margen para sumir los casos en la orfandad investigativa y privilegiar en numerosos casos con un trato diferenciado a determinados imputados por motivos de venalidad en la función, tráfico de influencias y dádivas o prebendas económicas, afectándose, así, en mayor grado, al interés comunitario y a los justos reclamos ciudadanos”¹⁸⁸.

A la par, al no perseguir los fiscales estos hechos penales mediante la aplicación de esta herramienta, se obsta, así, tanto a su juicio, como su sanción. De este modo, se pierde la finalidad pedagógica del Derecho Penal, pues es probable que al no perseguirse ciertos delitos por aparentes razones de practicidad o racionalización de recursos se produzca una relajación del juicio ético social sobre actos exteriores, nocivos y opuestos a la virtud de justicia.

Probablemente, esto degenera en un eclipse del juicio social y una carestía de resortes contra la comisión de hechos tipificados como delitos por su especial afectación a terceros, por cuanto la sociedad podría anidar la convicción de que si el MPF no persigue determinados delitos es porque esa conducta en definitiva no es tan grave y no amerita desaprobación alguna.

Así las cosas, el juicio de indiferencia emitido por el MPF sobre determinados delitos como no tan ilícitos o graves, gradualmente puede decantar en un oscurecimiento en la razón de los ciudadanos,

Penal (aspecto estudiado en Romero Berdullas, Carlos M., *Derecho Penal Líquido...*, ob. cit., pp. 249 y 396).

187. Exposición de Carlos M. Romero Berdullas ante la Comisión de Justicia y Asuntos Penales del Honorable Senado de la Nación del 8 de octubre de 2019. Cfr. Versión taquigráfica, pp. 22-27.

188. *Idem*.

contrariando así la intención del legislador de hacer buenos a los hombres e inducirlos al ejercicio de la virtud para lograr una vida pacífica entre los integrantes de la sociedad¹⁸⁹. Esto, en suma, traduce un desempeño que no se ajusta a la función del MPF; conspira contra actos definitorios de la identidad del legislador; y atenta contra la idea de ajustar las partes al todo en procura del bien común.

Más aún, una actuación fiscal de ese tenor impediría igualar esa desigualdad generada por aquel grave mal llamado delito (acto injusto), mediante la cual su autor obtuvo una ventaja, en tanto ese dar a quien delinquirió lo suyo o lo que le es debido¹⁹⁰ no se cumpliría, al no concretarse la persecución, investigación y acusación de los hechos delictivos ponderados por los fiscales como de menor significación. De ahí que, ante la inactividad fiscal, no podría materializarse esa función derivada del principio del bien común político, entre cuyos elementos principales destacan la justicia, el orden y la seguridad, pues el juez (es decir, la autoridad pública encargada de dar a cada uno lo suyo) no podría aplicar la sanción penal frente a la consumación de un delito para alcanzar la paz o tranquilidad de la ciudad¹⁹¹.

Es que tal, cual enseña el Aquinate, “el juez no debe condenar sin que haya acusador (...)”¹⁹². En consecuencia, como el juez no puede juzgar ni sentenciar sin acusador ni promoción de la acción penal, se observa cómo de esta manera el fiscal neutralizaría la posibilidad de que el órgano decisor pudiera cumplir con su deber posicional.

Esto permite inferir que una actuación fiscal regida por el principio de oportunidad se torna antagónica al imperativo de acusar en busca del castigo del crimen de los delincuentes para alcanzar el bien de la comunidad política¹⁹³, obviando, así, que “(...) si el crimen fuese tal que redundara en detrimento del Estado, el hombre está obligado a la acusación (...)”¹⁹⁴, pues sólo de este modo se hace efectivo el

189. Cfr. Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, L. I, C. 1; y Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, I-II, q. 92, a.1 y 95, a.1.

190. Conforme el título del otro y una cierta igualdad de proporción.

191. Romero Berdullas, Carlos M., *Derecho Penal Líquido...*, ob. cit., pp. 364-366.

192. Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, II-II (a), q. 67, a.3.

193. Cfr. Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, II-II (a), q. 68, a.1.

194. Ídem.

cumplimiento eficaz del derecho frente al acto injusto, se restablece bajo criterios de justicia la armónica convivencia afectada por el hecho penal y se evita la administración de la incorrectamente llamada justicia por mano propia¹⁹⁵.

Por ello, un desempeño del MPF marcado con ese cariz no se ajusta a la misión de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, ni traduce verdaderas respuestas de calidad, en tanto al vaciar de contenido lo “justo debido” no proyecta una administración eficaz del servicio de justicia.

De hecho, la posibilidad de que los representantes del MPF puedan renunciar a perseguir determinados delitos –o hechos sumamente lesivos del todo social y por ello tipificados penalmente–, para investigar otras conductas delictivas a entender de los fiscales de turno más graves, desnuda una constante de ineficacia y una manera de intentar legitimar o excusar de un modo “legal” el incumplimiento de las funciones asumidas.

Vale agregar que, además, esta proyección del principio de oportunidad conduce a un avasallamiento del fiscal sobre la misión confiada a los jueces y su identidad, potenciado todavía más al horadarse el proceso acusatorio. Es que si, como explica la Corte Suprema de la Nación en *Llerena*¹⁹⁶ y *Quiroga*¹⁹⁷, “las características definitorias del proceso acusatorio son la división de funciones persecutorias y decisorias en órganos diversos, e imparcialidad del juez, y el principio de oportunidad concede al fiscal la posibilidad de disponer el archivo de los casos, con independencia de la acreditación de los hechos punibles, conduciendo así a la ineludible confusión de estas funciones en un mismo órgano, luego, parece que el denominado principio

195. Un distingo de la venganza puede verse a partir de la lectura de Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, II-II (a), q. 108, a.1; e *in extenso* Repetto, Alfredo, “El Derecho Penal y Santo Tomás de Aquino”, *El Derecho*, Buenos Aires, t. 180-1239, 1999.

196. CSJN, *Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones - arts. 104 y 89 del Código Penal -causa N° 3221*. Sentencia de 17/05/2005. Fallos: 328:1491.

197. CSJN, *Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa N° 4302*. Sentencia del 23/12/2014. Fallos: 327:5863.

de oportunidad riñe con el sistema procesal de cariz acusatorio¹⁹⁸, arquetipo definido por la literatura reformista como el *hashtag* más representativo de los valores preseleccionados como deseables en las constituciones modernas¹⁹⁹. De modo tal que así se otorgaría al fiscal un poder no acorde a su rol e identidad.

A su vez, por lo afirmado en *Quiroga*, el fiscal no puede ser “imperado a desarrollar la persecución penal o acusación por el Poder Ejecutivo, Legislativo o Judicial, en orden a preservar la independencia de poderes, autonomía del Ministerio Público Fiscal, e imparcialidad del órgano juzgador, y solo se prevé la ocasional posibilidad de que las decisiones desestimatorias sean revisables por un fiscal del mismo organismo, cuya organización vertical y monocrática es conducida por autoridades caracterizadas con la peculiar nota de no emanar del sufragio de la soberanía popular”²⁰⁰ –calificada por Bidart Campos como un mito o ficción–²⁰¹. Luego, cabe inferir, que al reemplazarse “el firme control intrínseco a un principio de legalidad procesal –que impera al fiscal a perseguir todos los hechos penales– por un autocontrol de una misma sección de poder, inexorablemente se lesionan el paradigma de no-autocontrol y el sistema de frenos-contrapesos, ambos presentes en las constituciones modernas”²⁰².

Si bien las posibles falencias de este contralor endogámico²⁰³ intentan superarse con la viabilidad de convertir la acción pública en

198. Romero Berdullas, Carlos M., “Alcance del principio...”, ob. cit. p. 284.

199. Ídem.

200. Romero Berdullas, Carlos M., “Alcance del principio...”, ob. cit., p. 284.

201. Cfr. Bidart Campos, Germán J., *Lecciones Elementales de...*, ob. cit., 2005, pp. 236-237; Castaño, Sergio R., *La realidad del poder constituyente, entre el mito liberal y el cuestionamiento contrarrevolucionario*, España, Instituto Filosófico de Balmesiana, 2014, pp. 141-169.

202. Romero Berdullas, Carlos M., “Alcance del principio...”, ob. cit., p. 284.

203. No es en vano realizar dos observaciones. Una de ellas es que se incurriría en un error si trazáramos una comparación entre ese control endogámico y el realizado a través de los recursos por el tribunal *ad quem* respecto a lo decidido por el tribunal *a quo*. Por cierto, no sería afortunada tal comparación, por cuanto el esquema organizativo interno del MPF diverge de las reglas que gobiernan por principio a los jueces, su ideal de distribución de competencia legal y la independencia con la cual ejercen sus funciones en una organización horizontal. No podemos soslayar que el

privada y la creación del cargo de defensor público de la víctima en la jurisdicción federal y nacional en la órbita de la Defensoría General de la Nación²⁰⁴, el designio propuesto se ve truncado, en tanto ese control exógeno circunscribe su actuación al patrocinio de las víctimas en razón de su especial vulnerabilidad, precariedad económica y/o gravedad de los hechos. Por consiguiente, la actuación del defensor público de las víctimas no abarca un contralor externo del gravamen causado a toda la sociedad por la perpetración de un delito de acción pública²⁰⁵.

Como la afectación a la seguridad y el interés público es el móvil que determina al legislador a introducir ciertos hechos en el Código Penal; luego, cabe concluir la imposibilidad de la víctima particular

MPF se rige por los principios de unidad e indivisibilidad de oficio, dentro de una organización jerárquica y monocrática, donde el Fiscal General puede dictar instrucciones generales o particulares, que deben ser observadas por los fiscales; e incluso, puede reemplazar a un funcionario inferior por otro (cfr. Romero Berdullas, Carlos M., *Derecho Penal Líquido...*, ob. cit., pp. 253-254).

La otra consideración por efectuar es que si bien es otro sujeto quien en determinados casos puede ejercer el control (léase un fiscal jerárquicamente superior) si la víctima solicitó una revisión, ciertamente nos hallamos ante un contralor endogámico dentro de una misma sección de poder monocrática y jerárquica. Por tanto, necesariamente debemos evaluar esta circunstancia desde una perspectiva realista, donde se considere la defectuosidad del hombre, su factible corrupción y las posibilidades de que los abusos se incrementen cuando los sujetos de un mismo organismo son quienes deciden si impulsan o no la acción, además de ejercer el contralor de estas decisiones. En consecuencia, naturalmente vale preguntarse cómo funcionarían los controles internos ante una hipotética venalidad en la función, un potencial tráfico de influencias, un posible cohecho, o una potencial complicidad entre fiscales de una misma zona con sus superiores jerárquicos para no ejercer la acción penal en determinados supuestos (cf. Romero Berdullas, Carlos M., *Derecho Penal Líquido...*, ob. cit., pp. 253-254).

204. Cfr. Ley N° 27.372 (BO 13/7/2017, cfr. arts. 5°, inc. m; 21; 15; 17; capítulos V y VI).

205. Súmese a esto la viabilidad de que, frente a la vulneración de bienes jurídicos difusos, probablemente se configure una dispersión o pasividad del todo social para solicitar la conversión de la acción o revisión de archivos en estos casos. Si bien esta arista neurálgica podría subsanarse con revisiones automáticas dentro del MPF, nuevamente nos topamos con el escollo del antirrepublicano control ejercido endogámicamente por una misma sección de poder.

de disponer de algo que no le pertenece (léase gravamen público originado por el delito y seguridad de la comunidad), ni gobernar entonces todo el proceso; pues “el contralor exógeno implementado exclusivamente a su favor no resulta suficiente para impedir potenciales abusos o arbitrariedades, por cuanto ningún otro organismo efectiviza un control similar y externo respecto al interés público de la comunidad política en la persecución de los delitos, como sí lo haría naturalmente el principio de legalidad procesal”²⁰⁶.

En rigor de verdad, la creación del cargo de defensor de la víctima particular es producto de esa desvirtuación del papel confiado por la Constitución Nacional al fiscal, quien al aplicar el principio de oportunidad libre se desentiende de su misión y genera la necesidad de convocar a otro actor llamado a suplir esa orfandad de un promotor de la acción penal que impulse la persecución penal.

Claro que la instauración de este nuevo sujeto procesal parte del gran error inicial de la desnaturalización del rol constitucional del fiscal; y, por ende, no conduce a una respuesta superadora, pues no solo no existe un contralor externo del daño causado a toda la sociedad por el delito de acción pública (en tanto su actuación es limitada a ciertos hechos); sino que resulta un contrasentido su implementación en la órbita del Ministerio Público de la Defensa²⁰⁷.

Esta última inepticia se hace todavía más evidente, en tanto el MPD tendría a su cargo la defensa de: a) las personas imputadas en causas penales²⁰⁸ y b) las víctimas de “delitos en procesos penales, en atención a la especial gravedad de los hechos investigados y siempre que la limitación de recursos económicos o situación de vulnerabilidad hicieran necesaria la intervención”²⁰⁹. Es decir, dentro de un mismo organismo convergerían funciones antagónicas y regidas por un marcado conflicto de intereses.

206. Romero Berdullas, Carlos M., *Derecho Penal Líquido...*, ob. cit., p. 389.

207. MPD.

208. Cfr. art. 42 de la Ley N° 27.149.

209. Cfr. art. 37 ter de la Ley N° 27.372.

4.b. *Conversión de la acción pública en privada*

La posibilidad de convertir la acción pública en privada, supuesto de disponibilidad de la acción regulado recientemente en el Código Procesal Penal Federal (arts. 30, inc. b, 33 y 252)²¹⁰ y otros códigos procesales provinciales²¹¹, en clave con la reforma de los Artículos 59 y 73 del Código Penal, que fuera propiciada mediante la Ley N° 27.147, también interpela a preguntarse cómo se conjuga este novedoso instituto con la identidad del fiscal.

Fundamentalmente, plantea interrogantes cuando allana el camino para que el fiscal, a requerimiento de la víctima particular, pueda convertir la acción pública en privada ante ciertos delitos, en tanto no exista un interés público gravemente comprometido²¹².

Tal como ya se explicó en *Criterios de oportunidad en el proceso penal*²¹³, las condiciones delimitantes de esta alternativa varían según cada caso²¹⁴, pues dependen de decisiones político-criminales orientadas a alcanzar mayor eficacia o eficiencia en uno o en un grupo de causas²¹⁵ y a racionalizar los recursos del MPF²¹⁶.

Lo cierto es que en este supuesto se torna arduo hallar una medida de razonabilidad a esta alternativa, pues “si el legislador tipifica

210. Aprobado por Ley N° 27.063, el 7 de febrero de 2019.

211. Por ejemplo, los arts. 45, CPP de Chubut y 180, ter., inc. 1°, CPP de Río Negro, también contemplan la extinción de la acción penal ante la aplicación de criterios de oportunidad, salvo que proceda la conversión de la acción penal pública en privada.

212. Es decir, se alude a la variable de la conversión de la acción penal ligada al principio de oportunidad y no a la vinculada al querellante autónomo, supuesto donde ante el sobreseimiento solicitado por el fiscal o el archivo dispuesto por aplicación de un criterio de oportunidad (art. 33, incs. a y b del Código Procesal Penal Federal), la víctima solicita la transformación en cuestión.

213. Romero Berdullas, Carlos M., *Criterios de oportunidad en el proceso penal*, ob. cit., p. 123.

214. A modo de ejemplo, el Código Procesal Penal Federal de la Nación prevé la conversión con el consentimiento del fiscal, cuando es un delito que requiera instancia de parte, o se trata de lesiones culposas y no existiera un interés público gravemente comprometido (cfr. art. 33, inc. c del código citado).

215. Cfr. Binder, Alberto M., *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., T. II, pp. 440-441.

216. Cfr. Solimine, Marcelo A., *Bases del Nuevo...*, ob. cit., p. 131.

como delitos de acción pública los actos más gravosos para el todo social y anuncia la imposición de la pena en orden a retraer a quienes se encuentren dispuestos a cometer esas clase de hechos ostensiblemente conspiratorios contra el bien común político, resulta sumamente contradictorio dotar al fiscal de un margen de discrecionalidad en pos de evaluar si se halla gravemente comprometido el interés público²¹⁷.

Justamente, “si la significación, especial trascendencia y afectación del interés público de las conductas en cuestión es lo que movió al legislador a introducirlas en el Código Penal con el carácter de delitos de acción pública para preservar las relaciones sociales y conservar la paz social; luego, cabe concluir que la conversión de esas figuras delictivas en delitos de persecución privada denota una contradicción axiológica²¹⁸.”

Es necesario preguntarse cómo se compagina la chance de que discrecionalmente el fiscal pueda convertir la acción pública en privada con aquella identidad demarcada por la misión de “promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República (...)” (art. 120 de la CN), la división de poderes y la competencia atribuida por la Constitución Política al legislador.

Es que el encargado de precisar qué conductas son merecedoras de reproche penal por su especial gravedad no es el fiscal, sino el legislador, quien en representación de la ciudadanía determina, a partir de un juicio prudencial, cuáles son los hechos meritorios de una respuesta penal, sin cuya prohibición y sanción la sociedad no podría preservarse.

Por tanto, no es ocioso interrogarse si de este modo el fiscal no troca en legislador; y en definitiva no deroga la voluntad legislativa e invade la esfera de competencia de quien debe legiferar. Pues, al dotar de esta carta blanca al fiscal pareciera que el acusador absorbe o sustituye la indelegable facultad de determinar la ley penal, función confiada en nuestra Constitución en el legislador, a quien compete definir los intereses por amparar mediante la amenaza penal, en

217. Romero Berdullas, C. M., *Criterios de oportunidad...*, ob. cit., pp. 123-124.

218. Romero Berdullas, C. M., “Delitos de acción pública...”, ob. cit., p. 181.

aras del bien común²¹⁹. Es que en base a conceptos indeterminados (tal como lo es la llamada inexistencia de interés público gravemente comprometido), el fiscal podría escoger a su arbitrio, conveniencia u oportunidad el alcance de la protección penal; paradójicamente, sobre conductas primigeniamente tipificadas como delitos de acción pública por el legislador, quien introdujo en el Código Penal esas conductas de esa forma por su afectación al interés público y particular gravedad.

De este modo, al desligarse el fiscal de la persecución penal de ciertos hechos que, vale reiterar, fueron tipificados como delitos de acción pública en tanto tendrían entidad suficiente para ultrajar la tranquila convivencia y despiertan la necesidad de perfeccionar el Derecho Penal en defensa de los intereses generales de la sociedad; luego, cabe inferir cómo la conversión de la acción conduce a un desentendimiento de la idea guía de promover la actuación de la justicia, eje definitorio de la identidad de los representantes del MPF.

Así, al convertir la acción penal²²⁰ y librar su promoción en cabeza de las víctimas particulares, el fiscal no solo se aparta de su misión constitucional, sino que además obvia la doble razón de demérito y gravamen del delito de acción pública. Es que, tal cual enseña Santo Tomás de Aquino, el delito no sólo hiere en ciertas circunstancias a la persona singular (o parte ordenada al todo) en su bien, sino también de modo prevalente lesiona a toda la comunidad política, pues:

“El mérito y demérito se dicen por orden a la retribución que se hace según justicia. Pero se le hace a uno retribución según justicia porque obra en provecho o en perjuicio de otro. Ahora bien, hay que tener en cuenta que cualquiera que viva en una sociedad es en cierta medida parte y miembro de toda la sociedad. Luego quienquiera que hace algo para bien o para mal de alguien que vive en sociedad, esto

219. Cfr. Romero Berdullas, Carlos M., *Derecho Penal Líquido...*, ob. cit., pp. 240-249.

220. También Pastor reprueba la conversión de la acción pública en privada, pues según su parecer, si el Estado demuestra desinterés respecto de esas conductas, en realidad no debería tipificarlas como delitos de acción pública. Todavía más, a su entender correspondería su derogación (cfr. Pastor, Daniel R., *Recodificación penal...*, ob. cit., pp. 222-224).

redunda a toda la sociedad; como quien hiere una mano, consiguientemente hiere al hombre. Luego, cuando uno obra para bien o para mal de otra persona singular, le corresponde de dos modos razón de mérito o de demérito. Uno, porque le debe retribuir la persona singular a la que ayuda u ofende. Otro, porque le debe retribución todo el colectivo. Además, cuando uno ordena su acto directamente para bien o para mal de todo el colectivo, le debe retribución primero y principalmente todo el colectivo, en efecto, pero secundariamente todas las partes del colectivo”²²¹.

No resulta sobreabundante enfatizar esto, en tanto ante el cumplimiento de la ley penal el principal interesado es el Estado, por cuanto el fin del Derecho Penal es en lo inmediato el bien de una víctima particular (o sea, restablecer la igualdad de justicia particular quebrantada), pero también su finalidad inmediata o mediata (según cuál sea el delito cometido²²²) será siempre el bien común político, por cuanto en todo delito de acción pública existe una afectación prevalente de la víctima comunidad política.

Es importante resaltar, entonces, que esta víctima comunidad política no es una mera abstracción. De hecho, desde otra atalaya, Jiménez de Asúa también señalaba que el Estado es siempre titular del interés ofendido por el delito, aunque puede resultar sujeto pasivo inmediato o mediato. Ciertamente, ante la consumación de un delito el Estado es víctima. Víctima o sujeto pasivo inmediato ante conductas como la traición, la rebelión, la sedición u otros actos disvaliosos que comprometen la paz; o víctima o sujeto pasivo mediato, cuando el delito lesiona un interés propio particular como, por ejemplo, acontece en el caso del homicidio, el aborto, el robo, etcétera²²³.

Por esta razón, con buen tino Vélez Mariconde resaltaba el carácter público de la acción penal como principio general y concebía a ésta

221. Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, I-II, q. 21, a.3.

222. Si es un delito contra la seguridad pública se advierte claramente que la comunidad política es víctima inmediata del hecho penal. En cambio, si se comete el delito de homicidio prenatal o aborto, la víctima inmediata es el niño por nacer al cual se le dio muerte, pero el Estado o comunidad política son víctimas mediatas.

223. Cfr. Jiménez de Asúa, L., *Tratado de Derecho Penal. El delito*, 3ª ed. actualizada, T. III, Buenos Aires, Losada, 1965, pp. 92-93.

como pública, dado su objeto y el propósito perseguido, por cuanto el Estado ha reivindicado el derecho de acusar en miras de concretar sus fines, conservar su propia vida y preservar el orden jurídico social. Pues “[I]a acción penal, en tanto instrumento para aplicar las sanciones penales necesarias a la defensa, el mantenimiento del orden social y la pacífica convivencia de los ciudadanos, incumbe al Estado, por cuanto el delito que lesiona estos intereses exige la actividad estatal”²²⁴.

4.c. El fiscal como gestor de la paz y promotor de la resolución de conflictos

Un fenómeno actual con notable proyección en la normativa²²⁵ y práctica tribunalicia²²⁶ es la sustitución de la palabra “delito” por “conflicto” en el dialecto jurídico penal, lo que supone privatizar el Derecho Penal, por intermedio de la instrumentación de respuestas no penales (ej., la extinción de la acción penal e inaplicabilidad de la pena ante la reparación del daño u otras vías consensuales como la mediación “antipenal”²²⁷).

224. Cfr. Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., T. I, pp. 278 y 282-283 y T. II, p. 180.

225. Cfr. la normativa procesal penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (cfr. arts. 91, 204, inc. 2°, 199, inc. h; 206), la provincia de Buenos Aires (art. 2°, CPP), La Pampa (art. 15, inc. 4°, CPP), La Rioja (art. 204 bis, inc. 2°, CPP), Río Negro (art. 180, CPP), Santa Fe (art. 19, CPP), Mendoza (art. 26, inc. 2°, CPP), Chubut (art. 44, inc. 5°, CPP), Chaco (art. 6° bis, inc. 3°, CPP), Santiago del Estero (art. 103, CPP), Jujuy (arts. 101, inc. 5°, 104 y 105, CPP), Neuquén (art. 106, inc. 5°, CPP), Misiones (art. 60, incs. e y f, CPP) y Entre Ríos (art. 5°, CPP). Cfr. también los arts. 12, 22, 48, del Código Procesal Penal Federal y los arts. 9°, inc. e) y 21 de la Ley N° 27.148.

226. Cfr. el voto del Juez Adrián Martín en causa n° 4889, *D. J. A. s/ robo agravado en grado de tentativa*, Tribunal Oral en lo Criminal n° 26 de la Capital Federal, sentencia del 11/10/2016, disponible en [https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/ADJ%20\(causa%20N%C2%BA%2026772\).pdf](https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/ADJ%20(causa%20N%C2%BA%2026772).pdf) (fecha de consulta: 12/03/2021). En similar sentido, véase lo resuelto por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 26 de la Capital Federal en la causa n° 4902/2016, 13/10/2016. Allí se podrá observar que el citado plantea la necesidad de sustituir el término delito por conflicto y avanzar hacia una justicia restaurativa tendente a componer los conflictos, a través de su pacificación.

227. Redefinir el “conflicto” –según Rusconi, quien sigue a Zaffaroni– redundaría en una alternativa al modelo punitivo, por cuanto que minimizaría la violencia y

Tal como ya se ha demostrado en “De los delitos y los conflictos” (trabajo al cual me remito para no exceder los confines de esta publicación), la redefinición del conflicto es propuesta por un movimiento garanto-abolicionista que no comprende el bien ético jurídico del Derecho Penal; y ha ejercido una influencia prevalente en la República Argentina²²⁸.

Esta corriente parte de la inexistencia óptica del delito, pues entiende que sólo existen conflictos seleccionados arbitrariamente para edificar un programa de criminalización orientado a ejercer la violencia sobre los sectores más depauperados; y pivotea sobre la idea de un Estado expropiador de un conflicto perteneciente a las víctimas particulares²²⁹.

Así, al “(...) estudiar estrategias para la abolición de la justicia penal”; y en miras de “(...) contribuir al desarrollo de otro lenguaje que permita discutir las cuestiones de la justicia penal (...)”²³⁰, Hulsman exhorta “a renovar completamente el discurso global sobre lo que se llama el fenómeno criminal y sobre la reacción que suscita”²³¹,

el ejercicio de un poder selectivo e irracional. Por ello, resultaría más apropiado no llamar a la mediación penal, sino que anti-penal (cfr. Rusconi, M., *Nuevo proceso penal, garantías constitucionales y mínima intervención*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, p. 27, donde cita textualmente a Zaffaroni, E. R., “Prólogo”, en Obarrio, M. C. y Quintana, M., *Mediación penal: Una resolución alternativa*, Buenos Aires, Quórum, 2004, p. XII).

228. Cfr. *in extenso* Romero Berdullas, Carlos M., “De los delitos y los conflictos”. De hecho, Anitua también advierte esta influencia en muchos pensadores que participaron de proyectos de justicia restaurativa en nuestro país (cfr. Anitua, Gabriel I., “Fundamentos para la construcción de una teoría de la no pena”, pp. 13-14, en AA. VV., *El abolicionismo penal en América Latina. Imaginación no punitiva y militancia*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2012).

229. Cf. Zaffaroni, Eugenio R., *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 2005, pp. 30-31, 253; Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2005, pp. 7, 9, 18-20, 44-46; Hulsman, Louk, “La criminología crítica y el concepto de delito”, en AA. VV., *Abolicionismo penal*, Buenos Aires, Ediar, 1989, p. 97; y Hulsman, Louk; Bernat de Celis, Jackelin, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 52 y 90. Una refutación a estos presupuestos se puede ver *in extenso* en Romero Berdullas, Carlos M., “De los delitos y...”, ob. cit.

230. Hulsman, L., “La criminología crítica...”, ob. cit., pp. 106-107.

231. Hulsman, L.; Bernat de Celis, J., *Sistema penal...*, ob. cit., p. 84.

por cuanto “[n]o se podría superar la lógica del sistema penal si no se rechaza el vocabulario que sirve de base a esta lógica. Las palabras crimen, criminal, criminalidad, política criminal, etc., pertenecen al dialecto penal. Ellas reflejan los *a priori* del sistema punitivo estatal (...)”²³².

Por tanto, la propuesta ofrecida por el abolicionismo consiste en “(...) habituarse a un lenguaje nuevo, apto para expresar una visión no estigmatizadora sobre las personas y sobre las situaciones vividas. Así, hablar de «actos lamentables», de «comportamientos no deseables», de «personas implicadas», de «situaciones-problemas», fomenta ya una mentalidad nueva”²³³.

Sencillamente, como se cree que “[e]l sistema penal roba el conflicto a las personas directamente implicadas en él”²³⁴; se concluye la necesidad de “(...) abolir el sistema penal (...) [pues] Tal sistema es un mal social, y los problemas que está llamado a resolver (...) deben ser abordados de otra manera”²³⁵. Por esta razón es que se pugna por “(...) devolver a las personas implicadas el manejo de los conflictos (...)”²³⁶ y no dejar siquiera un lugar al concepto de infracción²³⁷, en tanto “(...) el enfoque civil es siempre capaz (...) de ser una clave adecuada, cualquiera sea el conflicto”²³⁸.

De ahí que se procura deslegitimar el Derecho Penal; e introducir un nuevo esquema discursivo en traza de demoler por implosión el sistema punitivo, por intermedio de la redefinición de sus categorías

232. *Ibidem*, pp. 84-85.

233. *Ibidem*, p. 85.

234. *Ibidem*, p. 71.

235. *Ibidem*, pp. 80-81.

236. *Ibidem*, p. 91.

237. *Ibidem*, p. 127.

238. *Ibidem*, p. 121. En sentido análogo a la propuesta de Hulsman se encuentra la de Baratta. Cfr. Baratta, Alessandro, *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*, Buenos Aires, B de F, 2004; Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, Buenos Aires, Siglo XXI editores Argentina, 2004; y Christie, Nils, “Conflicts as Property”, en *The British Journal of Criminology*, vol. 17, n° 1, Sheffield, Foundation Lecture of the Centre for Criminological Studies, University of Sheffield, 1977, pp. 1-15.

dogmáticas²³⁹, marco en el cual adquiere singular relevancia el reemplazo de la palabra “delito” por “conflicto” en vías de propender a sustituir gradualmente el Derecho Penal por un sistema transaccional y desandar así el camino hacia un progresivo abolicionismo.

En esa línea de pensamiento, parecen transitar autores como Binder, quien manifiesta que el hecho de subsumir con el nombre de delito a un hecho, “no quita que se trate de un conflicto”²⁴⁰, pues, en “última instancia, el robo no es más que un conflicto entre dos personas que quieren usar las mismas cosas al mismo tiempo, y así podríamos definir el delito si, independientemente de la legitimidad, comprendemos que cada uno de estos hechos está marcando un conflicto social”²⁴¹.

Dentro de ese contexto explicativo, añade entonces el citado que “[e]l concepto de acción pública es un concepto totalmente artificial. El único concepto de acción real y conforme a la teoría procesal, es el concepto de acción privada. El concepto de acción pública es solamente el modo de manifestar con una apropiación terminológica que ha hecho mucho daño (...)”²⁴²; y, por lo tanto, se interpela a reformularlo²⁴³ sobre la convicción de que únicamente constituye acción lo denominado en el Derecho Penal como “acción privada”²⁴⁴.

De esta manera, esta redefinición de la acción penal provoca un inexorable *décalage*, que resignifica el rol de un MPF, cuyos representantes son llamados a convertirse en “gestores de la paz”, a fin de aportar a la construcción de una sociedad menos violenta y evitar el castigo siempre que sea posible, en clave con el principio de *ultima ratio* de un “Estado de Derecho” de una sociedad democrática²⁴⁵.

239. Cfr. Zaffaroni, Eugenio R., *En busca de...*, ob. cit., pp. 107, 166-169 y 177-182; y Folter, Rolf S. de, “Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault”, en AA. VV., *Abolicionismo penal*, Buenos Aires, Ediar, 1989, p. 77.

240. Cfr. Binder, Alberto M., *Ideas y materiales para la Reforma de la Justicia Penal*, 1ª ed., Buenos Aires, Ad Hoc, 2000, p. 116.

241. Ídem.

242. Cfr. Binder, Alberto M., *Ideas y...*, ob. cit., p. 254.

243. Binder, Alberto M., *Derecho Procesal...*, ob. cit., T. II, p. 373.

244. Cfr. Binder, Alberto M., *Introducción al...*, ob. cit., pp. 213-218; y Binder, Alberto M., *Derecho Procesal...*, ob. cit., T. II, pp. 345-349.

245. Cfr. Binder, A. M., *Ideas y...*, ob. cit., pp. 115-116.

Tal como ya se explicó oportunamente²⁴⁶, es incorrecto intercambiar las palabras delito por conflicto, pues no sólo no existe sinonimia alguna entre ambos términos²⁴⁷, sino que así se soslaya el desdoro ético jurídico siempre existente en el hecho penal²⁴⁸; se coloca en una situación de paridad a la víctima e imputado como si tuvieran una culpa concurrente en lo acontecido; y además se obvia la posible existencia de conflictos sin delitos²⁴⁹.

246. Cfr. Romero Berdullas, Carlos M., *Derecho Penal Líquido...*, ob. cit., pp. 294-295.

247. El término delito procede del lat. *delictum* (d. propiamente participio de *delinquere* “faltar”, “cometer una falta”, deriv. de *linquere* “dejar”. Deriv. Delictivo. Delictuoso, Delinquir, 1423, de dicho *delinquere*, delincuente, 1449, del participio activo del mismo verbo; delincuencia. *Deliqui* “desmayo, desfallecimiento”, 1616, tom. del lat. *deliquium* “falta, ausencia”, deriv. de *delinquere* (el significado se ha alterado recientemente por influjo de delicia) (cfr. Corominas, Joan, *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*, en Biblioteca Románica Hispánica, 3ª ed. revisada y mejorada, Madrid, Gredos, 1973, reimp. de 1987, p. 204. Análoga definición se observa en Corominas, Joan, *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, en Biblioteca Románica Hispánica, Madrid, Gredos, 1980, reimp. de 1984, tomo CE – F, pp. 440-442).

Por su parte, el Diccionario de la Real Academia Española brinda las siguientes acepciones del término *delito*: culpa, quebrantamiento de la ley; acción o cosa reproble; y (der) acción u omisión voluntaria e imprudente penada por la ley [Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Edición del Tricentenario, 23ª ed. electrónica, recuperado de: <http://www.rae.es/> (fecha de consulta: 05/09/2017)].

A su vez, si estudiamos la palabra *conflicto*, observaremos que proviene de *affligere*, 1403, tom. del lat. *affligere* “golpear contra algo”, “abatir”, deriv. de *fligere* “golpear”. Deriv. de *afligente*, *aflictivo*; *aflicción*, 1ª mitad s. XIII. De otros deriv. de *fligere*: *Conflicto*, 1438, del lat. *conflictus*, üs. Íd., deriv. de *confligere* “chocar” (Corominas, J., *Breve Diccionario...*, ob. cit., p. 30); mientras el Diccionario de la Real Academia Española sitúa su prosapia en el lat. *conflictus*; e incluso, suministra las siguientes acepciones: combate, lucha, pelea; enfrentamiento armado; apuro, situación desgraciada y de difícil salida; problema, cuestión materia de discusión; conflicto de competencia, de jurisdicción; coexistencia de tendencias contradictorias en el individuo, capaces de generar angustia y trastornos neuróticos; y momento en el cual la batalla es más dura y violenta (cfr. Real Academia Española, *Diccionario de...*, ob. cit.).

248. Tale, Camilo, “Los legítimos fines de la pena jurídica”, ob. cit., p. 188.

249. Cfr. Hernández, Héctor H., *El garantismo abolicionista*, ob. cit., pp. 428-429; y Hernández, Héctor H., *Inseguridad y garantismo abolicionista: Bases para la reconstrucción de la justicia penal*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2017, p. 91.

Se puede comprobar, entonces, invocando la voz del Dr. Sancinetti, que al reemplazarse la palabra delito por conflicto, “(...) terminología «sociologizante», que está de moda, (...) se pierde de vista aquello de lo que se trata jurídicamente: de la comisión de un delito, esto es: del quebrantamiento de una norma fundamental para la convivencia social (si no fuera fundamental, su infracción no debería constituir delito, sino ser rebajada a contravención o pasar a integrar lisa y llanamente la «libertad de obrar»)”²⁵⁰.

En efecto, de este modo se tiende a olvidar que el Derecho Penal es “una rama del Derecho Público que, en líneas generales, procura el bien de la comunidad y sólo secundariamente el bien individual. Lo ilícito penal comprende un número restringido de acciones que atentan contra la sociedad haciendo peligrar su digna subsistencia (...)”²⁵¹; mientras que los “actos ilícitos civiles son innumerables, pues ellos pueden resultar de cualquier contravención al ordenamiento legal; los delitos criminales están taxativamente determinados en el Código Penal (...) Los actos ilícitos civiles requieren indispensablemente la producción de un daño a un particular, los delitos criminales, no (...). Los actos ilícitos civiles dan lugar a sanciones resarcitorias que restablecen el precedente equilibrio de intereses; los delitos criminales originan sanciones represivas más variadas e intensas (...) La terminología de delitos y cuasidelitos es propia del Derecho Civil. Para el Derecho Penal no hay nada más que delitos, que son las acciones (dolosos o culposos) incriminadas por el Código Penal”²⁵².

Esto es fundamental retenerlo, pues como enseña Llambías: “(...) siendo los actos ilícitos civiles o los delitos penales categorías conceptuales diferentes, pueden corresponder a un mismo acto del hombre, y así ocurre con relativa frecuencia. Ejemplo: A dispara un arma de fuego contra B, y lo hiere. El mismo acto configura un delito civil (si A tenía intención de herir) y un delito penal; dará, por tanto, lugar a una sanción resarcitoria, que se regula por las disposiciones del Código Ci-

250. Sancinetti, Marcelo, *Avenimiento y mediación...*, ob. cit., p. 17.

251. Cfr. Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil Parte General*, 17ª ed. actualizada, T. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, pp. 277-278.

252. Ídem.

vil, y a una sanción represiva, que se rige por el Código Penal. Pero aún cuando, por razones de economía procesal, pueda ser el mismo magistrado quien imponga ambas sanciones (cfr. art. 29, CP), no por ello sufrirá confusión la independencia de ambos órdenes jurídicos, el civil y el penal, con su respectiva teoría de la responsabilidad²⁵³.

En consecuencia, de ajustar su actuación los representantes del MPF hacia la concreción de presuntas “pseudoreparaciones penales” orientadas a actualizar la indemnización civil ya contemplada en el artículo 29 del Código Penal junto a la pena²⁵⁴, a través de lo que la literatura garanto-abolicionista denomina “resolución pacífica de los conflictos”, la fuerza reveladora del interés público siempre presente en la palabra delito se disipará en desmedro del derecho de la víctima comunidad política a recibir lo suyo o lo que le corresponde, en aras del bien común.

Efectivamente, este proceder obviaría que “(...) en el comienzo de la justicia penal está el delito (...)”, o sea, la “causa meritoria de la pena” y que “[d]ado el delito debe darse en justicia, la pena al delincuente²⁵⁵; por cuanto “[s]i se reacciona contra el delito cometido porque es un mal social grave, se está aplicando el principio moral primero (...) que es «hacer el bien y evitar el mal»²⁵⁶, cuya concreción en el campo jurídico se expresa en ese “dar a cada uno lo suyo”, comprensivo de lo suyo de las víctimas, lo suyo de la comunidad política y lo suyo de quien delinquirió.

Por tanto, difícilmente pueda sostenerse la idea de un fiscal “gestor de la paz”, pero que no promueve la persecución penal, pues, como ya explicamos, el ejercicio de la acción penal es un presupuesto de la justa imposición de la pena, sin cuya concreción la sociedad y la

253. Ídem.

254. El art. 29 del CP establece: “La sentencia condenatoria podrá ordenar: 1. La reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias. 2. La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba. 3. El pago de las costas” (art. sustituido por el art. 27 de la Ley N° 25.188, BO 01/11/1999).

255. Cfr. Hernández, H. H., *Inseguridad...*, ob. cit., pp. 252, 271, 278 y cap. 33.

256. *Ibidem*, p. 278.

concordia no pueden preservarse ante la comisión de aquel grave mal llamado delito²⁵⁷.

Así, pues, de infiltrarse en los encargados de promover la acción penal pública ese discurso jurídico anti-penal barnizado con visos de Derecho Penal por el garanto-abolicionismo, el desempeño de los acusadores públicos contrariará la doble razón de demérito existente ante la comisión de todo delito y los intereses generales de la sociedad²⁵⁸; tanto al no efectivizar la reciprocidad de los cambios (que se sabe es una exigencia ético-jurídica de justicia), como al frustrar el posible cumplimiento de otros fines legítimos de la pena.

A modo de ejemplo, este proceder en vez de disuadir la consumación de hechos penales o propender a internalizar valores positivos en pos del buen vivir, probablemente motivará la perpetración de otros delitos. Es que quienes delinquen ya sabrán de antemano que los llamados “gestores de la paz” pondrán todos los medios para “pacificar” y resolver el conflicto mediante un método alternativo (léase conciliación, entrega de una suma dineraria o disculpas del ofendido), lo que en definitiva traducirá cierta seguridad sobre una impunidad anticipada.

Por otra parte, cabe preguntarse cómo se amalgamará el desempeño de los fiscales con su misión de custodios de la legalidad, cuando de esta forma se mueve a promover una intervención francamente contraventora de la imposibilidad de realizar transacciones o negocios jurídicos sobre la acción penal (antes receptada en el art. 842

257. Si abrevamos en las enseñanzas de Repetto (quien sigue el magisterio del Aquinate), podemos entrever que, ante la realización de un delito, la imposición de la pena: “(...) tiene razón de bien, cuando el que castiga lo hace por justicia” (Q.D. de malo, q. 1, a.4., 9 obj.); en tanto “aquello que es necesario para la conservación del bien no puede ser de suyo malo. Y para la conservación de la concordia entre los hombres es necesario (...)” aplicar penas a quienes delinquen (cfr. Repetto, A., “El Derecho Penal realista...”, ob. cit., acápite 9.9).

258. Al ponerse el foco exclusivamente en la afectación de la víctima particular se soslaya que nadie puede disponer de aquello que no le pertenece. Por tanto, la víctima particular no puede disponer del interés y el gravamen público de la víctima comunidad política, como así tampoco de la lesión generada a la convivencia social por el delito.

del Código Civil de Vélez Sarsfield y actualmente prevista en los arts. 279, 958, 1004 y 1644 del Código Civil y Comercial de la Nación²⁵⁹).

En fin, si la acción penal es un “instrumento para aplicar las sanciones penales necesarias a la defensa, el mantenimiento del orden social y la pacífica convivencia de los ciudadanos”²⁶⁰, luego cabe preguntarse cuál es la medida de razonabilidad para denominar como “gestores de la paz” a quienes en lugar de poner todos los medios para promover la persecución penal de los delitos de acción pública, que se sabe es una necesidad de fin para afianzar la justicia y pacificar la sociedad, obrarían guiados por el designio de reemplazar la pena por reparaciones pecuniarias, en detrimento del derecho de la víctima comunidad política a recibir lo justo debido.

5. CONCLUSIONES

A partir del camino transitado pudimos comprobar que esa necesidad de fin resumida en la pragmática de perseguir aquellas conductas revestidas de tal dañosidad social, sin cuya prohibición, persecución y sanción penal la comunidad política no podría conservarse, es una regla de oro replicada desde tiempos primigenios en Egipto, Israel, Grecia, Roma, la Edad Media, Inglaterra y Estados Unidos.

Más aún, el *iter* desandado también demostró que desde otrora se ha expuesto sin solución de continuidad la importancia de instituir una autoridad convocada a cumplimentar esa elevada misión en procura del bien común, patrón con proyección en nuestra rica tradición histórica, tal como se enseñó al revisar el influjo de Las Partidas, el Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica para las Provincias Unidas del Río de la Plata en la América del Sur de 1813 (art. 180), los Códigos Procesales Nacionales (Obarrio y Levene) y el Código Penal de 1921, donde se peralta el principio de legalidad procesal junto al de oficialidad, a fin de sortear la venganza privada y evitar la pasividad de las víctimas particulares ante ese grave mal denominado “de-

259. Aprobado por Ley N° 26.994 (BO 8/10/2014).

260. Cfr. Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., T. I, pp. 278 y 282-283 y T. II, p. 180.

lito”; para alcanzar, así, las supremas exigencias de la conservación social.

Esto reafirma, entonces, que “(...) la perpetración de ciertos atentados que conmueven a la sociedad, que ponen en peligro sus más caras instituciones, no son ni pueden ser sino de su resorte”²⁶¹, de ahí la trascendencia de la actuación de los fiscales ante la comisión de los delitos de acción pública, pues ellos son los funcionarios en quienes nuestra Constitución Nacional confía la misión de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad.

Al mismo tiempo, a través de un gradual ascenso a los primeros principios se logró precisar que la potestad pública de los órganos de persecución penal (léase la de los fiscales) es de Derecho Natural, indispensable e inderogable, en la medida en que sin el cumplimiento de su función no podría afianzarse la justicia, preservarse la sociedad, ni cumplirse con las justas exigencias del bien común político, pues sin el ejercicio de la acción penal, no existiría investigación, ni esclarecimiento de los presuntos delitos, como así tampoco debido proceso, juicio y sanción –de corresponder– de aquellos actos gravemente nocivos.

Ahora bien, al repasar los diversos vaivenes atravesados por el fiscal para superar esa adolescencia retratada por Don Julio Maier, se advirtió que, si bien este sujeto procesal halló en el proceso acusatorio una redefinición de su rol más acorde a su identidad, ciertamente a este modelo procesal se plegaron una serie de reformas legislativas discordantes con los deberes posicionales del MPF y ese poder de ejercicio imperativo definitorio de su *ethos*. Pues la insignificancia procesal u oportunidad libre, la conversión de la acción pública en privada y otras alternativas fincadas en la privatización del Derecho Penal, propulsadas con estas modificaciones, no sólo habilitaron a los acusadores públicos a desentenderse de su misión constitucional, sino también a incumplir ciertas obligaciones incondicionales y definitorias de lo que en esencia es un fiscal. Al punto tal que, ante este propender hacia una

261. Proyecto de Código de Procedimiento Penal uruguayo de los Dres. Acevedo, De María, etc., Montevideo, 1895, según cita de Jofré, Tomás, *El Código...*, ob. cit., p. 149.

actuación contraria a la manda de “afianzar la justicia penal”, el ideal institucional de alcanzar esa mayoría de edad tan postergada se ha vuelto una vez más en una desiderata incumplida.

Ante el panorama descrito, se torna arduo hallar una medida de razonabilidad para definir a un fiscal como guardián de la legalidad, si su actuación es regida por un principio de oportunidad libre que mengua “las garantías constitucionales de legalidad (en sus dos formulaciones), la soberanía popular, el proceso de cuño acusatorio, la razonabilidad republicana contenida en la división de poderes y la premisa de no autocontrol, junto a la manda de justicia de «dar a cada uno lo suyo», riñendo también así con el *bonum commune*, al obstaculizar que la coacción jurídica se efectivice para preservar la existencia de la ley penal en tanto orden a fin”²⁶².

En definitiva, resulta dificultoso aferrar un criterio de racionalidad republicana frente a un fiscal que al absorber con su accionar funciones inherentes a la identidad de los representantes de otros poderes, se emparenta más bien a un analogado de cesarismo con aspiraciones de todo poderoso.

Sinceramente, no es fácil escudriñar una razón justificante si un voluntarismo huero de medida racional se convierte en vector de conducta del acusador público y vuelve a la acción penal en un juguete de la fortuna en manos de un fiscal empoderado con una carta blanca o comodín particularmente apto para sumir a la concreción de la justicia penal en una precariedad latente.

En este marco, si la *forma mentis* de los encargados de promover la acción frente a la comisión de los delitos de acción pública respondiera al agnosticismo penal profesado por el garanto-abolicionismo²⁶³ y su *leitmotiv* estribara en limitar, contradecir y reducir a su mínima expresi-

262. Romero Berdullas, Carlos M., *Derecho Penal Líquido...*, ob. cit., p. 409.

263. Nótese que una de las tácticas abolicionistas consiste en introducir un esquema discursivo diferente en las usinas donde se gesta la ideología del sistema penal (léase universidades y centros de nivel terciario), a fin de construir un nuevo discurso jurídico-penal destinado a pautar las decisiones de las agencias judiciales para reducir la violencia (cfr. Zaffaroni, Eugenio R., *En busca de...*, ob. cit., pp. 166-169, 177-182 y 245; Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, *Derecho Penal...*, ob. cit., pp. 5-6 y 51-52).

sión al poder punitivo, no es difícil divisar el posible alcance de estas reformas, que claramente antagonizan con la identidad del fiscal.

De hecho, sin incurrir en un análisis tremendista, podemos advertir cómo una postura agnóstica ya ha logrado inculturar con éxito un nuevo dialecto jurídico anti-penal con visos de Derecho Penal en derredor a la pacificación de los llamados “conflictos”²⁶⁴; y a la par ha instaurado un principio de oportunidad, que posibilitaría la intervención mínima como táctica, en ese transitar progresivo hacia el abolicionismo²⁶⁵, pues, según Zaffaroni, es: “(...) obvio que la disminución de la intervención penal por la vía de (...) el principio de oportunidad procesal es uno de los caminos que posibilitan la disminución de la violencia del sistema penal (...)”²⁶⁶.

En fin, lo aquí desarrollado es suficiente para comprender que el MPF no ha alcanzado aún esa madurez anhelada. Por el contrario, pareciera que actualmente se encuentra inmerso en una crisis de identidad nada exigua, en tanto de primar esta nueva lógica, el fiscal no será fiscal; y la víctima comunidad política se hallará inerme frente a ese gravísimo mal denominado delito. So riesgo de simplificar, podemos concluir que estos vientos de cambio entrañan el peligro de convertir al fiscal en un anti-fiscal; o, en otras palabras, y vaya paradoja, en un fiscal garanto-abolicionista.

Por consiguiente, en esta hora perentoria, el mayor desafío del MPF consiste en resignificar aquello que hace al fiscal y lo distingue del resto de los actores. Así pues, este magistrado recobrará su identidad, si desarrolla una actuación ajustada a aquello a lo que el acusador público se halla llamado a ser por nuestra Constitución Nacional. De lo contrario, el abolicionismo habrá logrado dar un paso más en ese desandar hacia lo inacabado, pues indudablemente, un recurso táctico inmejorable sería alcanzar la conversión de los fiscales al agnosticismo penal. Dependerá del obrar de cada cual cómo se dirima esta delicada cuestión, pues la concreción del bien común corre por

264. Tal como se pudo comprobar en la normativa y jurisprudencia citada oportunamente.

265. Cfr. Zaffaroni, Eugenio R., *En busca de...*, ob. cit., pp. 110-111 y 182-183.

266. *Ibidem*, pp. 182-183.

cuerda de la necesidad de que los fiscales sean fieles a su profunda vocación y a ese designio constitucional amalgamado a la valiosa prenda de afianzar la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- Albrecht, Peter - Alexis, "Coordenadas de una legalidad penal en el Estado de Derecho: Principio de la proporcionalidad, principio de la legalidad, principio de oficialidad", en *Revista de Derecho Procesal Penal* (dirigida por Donna, Edgardo A.), AA. VV., *La Investigación penal preparatoria: Función de las policías*, T. II, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2013, pp. 11-28.
- Alfonso el Sabio, *Las Siete Partidas del sabio rey don Alfonso el nono*, nuevamente glosadas por el licenciado Gregorio López del Consejo Real de Indias de su Majestad, Salamanca, 1555, edición de Gregorio López en reproducción anastática del Boletín Oficial de Estado, 1974.
- Anitua, Gabriel I., "Fundamentos para la construcción de una teoría de la no pena", en AA. VV., *El abolicionismo penal en América Latina. Imaginación no punitiva y militancia*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2012, pp. 1-17.
- Anitua, Gabriel I.; Borinsky, Mariano H., "Principio de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales europeos", en AA. VV., *Sistemas Procesales Penales Comparados*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pp. 447-484.
- Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, Buenos Aires, Colihue, 2015.
- Aristóteles, *Política*, Buenos Aires, Alianza, 2014.
- Armenta Deu, Teresa, *Estudios sobre el Proceso Penal*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2008.
- Avellaneda Huergo, Alfredo, *El Ministerio Público Fiscal*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1924.
- Ayarragaray, Carlos A., *El Ministerio Público*, Buenos Aires, J. Lajouane & Cía. Editores, 1928.
- Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, Buenos Aires, Siglo XXI editores, Argentina, 2004.
- Baratta, Alessandro, *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*, Buenos Aires, B de F, 2004.
- Bidart Campos, Germán, J., *Compendio de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2004.
- Bidart Campos, Germán J., *Lecciones Elementales de Política*, Buenos Aires, Ediar, 2005.

LA CRISIS DE IDENTIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

- Binder, Alberto M., *Derecho Procesal Penal*, T. II, Buenos Aires, Ad Hoc, 2014.
- Binder, Alberto M., *Ideas y materiales para la Reforma de la Justicia Penal*, 1ª ed., Buenos Aires, Ad Hoc, 2000.
- Binder, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2ª ed. act. y amp., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009.
- Bovino, Alberto, “La persecución penal pública en el Derecho anglosajón”, en *Lecciones y Ensayos*, N° 49, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires*, 1988 disponible en http://www.icjsinaloa.gob.mx/medios/publicaciones/persecucion_penal.pdf (fecha de consulta: 27/04/2016).
- Cabral, Luis M., *Compendio de Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997.
- Carnelutti, Francesco, *Cómo nace el Derecho*, Buenos Aires, Librería El Foro Rodamillans, 2006.
- Castaño, Sergio R., *El Poder Constituyente entre mito y realidad*, San Luis, Instituto de Filosofía del Derecho y Ciencias Afines, Universidad Católica de Cuyo, 2012.
- Castaño, Sergio R., *La realidad del poder constituyente, entre el mito liberal y el cuestionamiento contrarrevolucionario*, España, Instituto Filosófico de Balmesiana, 2014.
- Castaño, Sergio R., *Lecturas críticas sobre el Poder Político*, México, Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- Christie, Nils, “Conflicts as Property”, en *The British Journal of Criminology*, vol. 17, n° 1, Sheffield, Foundation Lecture of the Centre for Criminological Studies, University of Sheffield, 1977.
- Cicerón, Marco T., “Sobre la República”, en *Obras Políticas*, Madrid, Gredos, 1982.
- Cicerón, Marco T., “Verrinas”, en *Discursos I*, Madrid, Gredos, traducción de José Ma. Requejo Prieto, 2009.
- Corominas, Joan, *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*, en Biblioteca Románica Hispánica, 3ª ed. revisada y mejorada, Gredos, Madrid, 1973, reimp. de 1987.
- Corominas, Joan, *Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico*, en Biblioteca Románica Hispánica, Madrid, Gredos, 1980, reimp. de 1984, tomo CE – F.
- De la Fuente, Javier E.; Salduna, Mariana, “Principio de oportunidad y sistemas alternativos de solución del conflicto penal. La inconstitucionalidad de su regulación provincial”, en AA. VV., *La actividad procesal del*

- Ministerio Público Fiscal*, T. III, Revista de Derecho Procesal Penal, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009, pp. 69-122.
- Díaz López, Laurentino, *El Derecho en América en el Período Hispánico*, Panamá, Editorial de la Universidad Santa María La Antigua, Panamá, 1989.
- Donna, Edgardo A., *Derecho Penal, Parte General*, T. I, Santa Fe, Rubizal Culzoni, 2006.
- Du Bois, Albert, *Historia del Derecho Criminal, de los pueblos antiguos hasta el establecimiento del Cristianismo*, Madrid, C. Bailly – Bailliere, 1850.
- Folter, Rolf S. de, “Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault”, en AA. VV., *Abolicionismo Penal*, Buenos Aires, Ediar, 1989, pp. 57-86.
- Frister, Helmut, *Derecho Penal, Parte General*, 1ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2011.
- Gacto Fernández, Enrique, “Observaciones Jurídicas sobre el proceso inquisitorial”, en AA. VV., *La Inquisición en Hispanoamérica*, Buenos Aires, coedición Ciudad Argentina y Universidad del Museo Social Argentino, 1997, pp. 13-41.
- Gamboa, Agustín C.; Romero Berdullas, Carlos M., *Proceso Constitucional Acusatorio*, Buenos Aires, Ah- Hoc, 2014.
- Garavano, Germán C; Romero Berdullas, Carlos. M., “El rol del Ministerio Público Fiscal de la CABA”, en AA. VV., *Derecho de la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, El Derecho, 2014.
- Gutiérrez Fernández, Benito, *Examen histórico del Derecho Penal*, Madrid, Analecta, 1866.
- Hassemer, Winfried, “La persecución penal: legalidad y oportunidad”, *Lecciones y Ensayos*, no. 50, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, 1988, pp. 13-21. Disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/50/la-persecucion-penal-legalidad-y-opor-tunidad.pdf> (fecha de consulta: 29/4/2016).
- Hernández, Héctor H., *El garantismo abolicionista*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2013.
- Hernández, Héctor H., *Inseguridad y garantismo abolicionista. Bases para la reconstrucción de la justicia penal*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2017.
- Hulsman, Louk, “La Criminología Crítica y el concepto de delito”, en AA. VV., *Abolicionismo Penal*, Buenos Aires, Ediar, 1989, pp. 87-108.
- Hulsman, Louk; Bernat de Celis, Jackelin, *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una alternativa*, Barcelona, Ariel, 1984.
- Iturralde, Cristián R., *1492, Fin de la Barbarie, comienzo de la Civilización en América*, Buenos Aires, Buen Combate, 2014.

LA CRISIS DE IDENTIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

- Iturralde, Cristián R., *La Inquisición*, Buenos Aires, Vórtice, 2011.
- Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, T. I, 3ª ed. act., Buenos Aires, Losada, 1964.
- Jiménez de Asúa, L., *Tratado de Derecho Penal, El delito*, T. III, 3ª ed. actualizada, Buenos Aires, Losada, 1965.
- Jofré, Tomás, *El Código Penal de 1922*, Buenos Aires, Valerio Abeledo – Librería jurídica, 1922.
- Jofré, Tomás, *Manual de Procedimiento*, T. I y T. II, 5ª ed., Buenos Aires, La Ley, 1941. - Kaufmann, Armin, *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*, en Colección Grandes Maestros del Derecho Penal, N° 40, Montevideo-Buenos Aires, B de f, 2018.
- Kaufmann, Armin, “La misión del Derecho Penal”, en *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*, en Colección Grandes Maestros del Derecho Penal, n° 40, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2018.
- Lamas, Félix A., *El hombre y su conducta*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos “Santo Tomás de Aquino”, 2013.
- Lamas, Félix A., *La Experiencia Jurídica*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 1991.
- Lamas, Félix A., “Percepción e inteligencia jurídicas. Los principios y los límites de la dialéctica”, en AA. VV., *Los principios y el Derecho Natural en la metodología de las ciencias prácticas*, Buenos Aires, EDUCA, 2002, pp. 11-56.
- Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil Parte General*, T. II, 17ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997. - Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, 2ª ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.
- Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, II. Parte General, Sujetos Procesales*, 1ª ed., 2ª reimp., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011.
- Maier, Julio B. J., “El Ministerio Público: ¿un adolescente?”, en AA. VV., *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003, pp. 17-36.
- Marchisio, Adrián, *Principio de oportunidad, Ministerio Público y política criminal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008.
- Mommsen, Theodor, *Derecho Penal romano*, Santiago de Chile, Olejnik, 2019.
- Naucke, Wolfgang, *Derecho Penal. Una introducción*, traducción de la 10ª ed. alemana, Buenos Aires, Astrea, 2006.
- Pastor, Daniel R., *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.
- Piñero, Norberto; Rivarola, Rodolfo; Matienzo, José Nicolás, *Proyecto de Código Penal para la República Argentina*, 2ª ed., Buenos Aires, Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional, 1898.

- Repetto, Alfredo, "El Derecho Penal y Santo Tomás de Aquino", *El Derecho*, Buenos Aires, T. 180-1239, 1999.
- Repetto, Alfredo, "El Derecho Penal realista y una aproximación al bien común", en *Diario de Política Criminal, El Derecho*, N° 235-1246.
- Repetto, Alfredo, "La importancia del Derecho y del Derecho Penal", en *Diario de Política Criminal, El Derecho*, N° 11.780, 2007.
- Repetto, Alfredo, "Otras precisiones sobre el Derecho Penal Realista (hecho, valor y norma)", en *Diario de Política Criminal, El Derecho*, N° 11.910, Buenos Aires, 21 de diciembre de 2007.
- Romero Berdullas, Carlos M., "Alcance del principio de oportunidad", en AA. VV., *Comentarios al Proyecto de Código Penal*, Buenos Aires, Thomson Reuters - La Ley, 2019, pp. 277-294.
- Romero Berdullas, Carlos M., *Criterios de oportunidad en el Proceso Penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2020.
- Romero Berdullas, Carlos M., "De la inconstitucional regulación de la acción penal. Inconsecuencias de reformas contradictorias", Buenos Aires, *Dial.com* - DC2735, 23/04/2019.
- Romero Berdullas, Carlos M., "Delitos de acción pública, privada e instancia privada. Una indagación acerca de su razonabilidad", en *Prudentia Iuris*, N. 90, 2020, pp. 159-188.
- Romero Berdullas, Carlos M., "De los delitos y los conflictos", *Prudentia Iuris*, N. 88, 2019, pp. 203-232.
- Romero Berdullas, Carlos M., *Derecho Penal Líquido. Inconstitucionalidad del principio de oportunidad*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2020.
- Romero Berdullas, Carlos M., "Inepcias de la conciliación anti-penal", *elDial.com* - DC2646, 20/11/2018.
- Romero Berdullas, Carlos M., "Manifestaciones del principio de oportunidad", en *Prudentia Iuris*, N. 83, 2017, pp. 219-248.
- Romero Berdullas, Carlos M., "Mitos y realidades del proceso acusatorio", *Prudentia Iuris* N. 86, 2018, pp. 133-167.
- Romero Berdullas, Carlos M., "#Proceso Acusatorio: ¿Hashtag Constitucional?", *Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional* N. 3. 2015, pp. 57-107.
- Romero Berdullas, Carlos M., "Proceso Penal en clave republicana: Salvaguarda constitucional contra los analogados del cesarismo", en *Prudentia Iuris* N. 82, 2016, pp. 79-106.
- Roxin, Claus, *Derecho Penal -Parte General-*, T. I, Madrid, Civitas, 1997.
- Roxin, Claus, *Derecho Procesal Penal*, 1ª ed. en castellano de la 25ª ed. alemana, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.

- Roxin, Claus, "Posición Jurídica y tareas futuras del Ministerio Público", en AA. VV., *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003, pp. 37-60.
- Rusconi, M., *Nuevo proceso penal, garantías constitucionales y mínima intervención*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008.
- Rusconi, Maximiliano A., "Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del ministerio público", en AA. VV., *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003, pp. 61-81.
- Sacheri, Carlos A., *El orden natural*, 6ª ed., Buenos Aires, Vórtice, 2007.
- Sampay, Arturo E., *Las Constituciones de la Argentina (1810-1972)*, Buenos Aires, Eudeba, 1975.
- Sampay, Arturo E., *La Filosofía Jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975.
- Sancinetti, M., "Avenimiento y mediación: ¿la pena como objeto de negocios jurídicos?", Buenos Aires, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina38164.pdf> (fecha de consulta: 10/05/2019).
- Santo Tomás de Aquino, *El Gobernante Cristiano (De regimine principum ad regem Cypri)*, Córdoba, Athanasius.
- Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, I, 4ª ed., Madrid, BAC, 2001.
- Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, II-II, 3ª ed., Madrid, BAC, 1998.
- Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, T. I, 2ª ed., Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina (TEA), 1951.- Solimine, Marcelo A., *Bases del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación, Ley N° 27.063*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015.
- Struensee, E.; Maier, Julio B. J., "Introducción", en AA. VV., *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, pp. 17-32.
- Tale, Camilo, "Los legítimos fines de la pena jurídica", en AA. VV., *Fines de la pena. Abolicionismo. Impunidad*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2010, pp. 5-425.
- Tejedor, Carlos, *Curso de Derecho Criminal*, Primera Parte, 2ª ed., Buenos Aires, Librería de CL. M. Joly.
- Tinoco Pastrana, Ángel, *El sistema judicial penal en el Common Law y el principio de oportunidad*, tesis doctoral del Departamento de Derecho Penal y Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, Sevilla, mayo de 1999, disponible en <https://idus.us.es/handle/11441/24008> (fecha de consulta: 14-01-2021).
- Trillo Navarro, Jesús P., "El Fiscal: Acusar o Instruir en la CE de Roma a la Reforma de la LECrim.", en *Saberes, Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, Madrid, Universidad de Alfonso X el Sabio, Facultad de

- Estudios Sociales Villanueva de la Cañada, v. III, 2005, disponible en <https://revistas.uax.es/index.php/saberes/article/view/755/711> (fecha de consulta: 14/01/2021).
- Trillo Navarro, Jesús P., "Ministerio Fiscal: Diacronía de una vinculación política" en *Saberes, Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, Madrid, Universidad de Alfonso X el Sabio, Facultad de Estudios Sociales Villanueva de la Cañada, v. VI, 2008, disponible en <https://revistas.uax.es/index.php/saberes/article/view/790/746> (fecha de consulta: 14/01/2021).
- Vázquez Rossi, Jorge E., *Tratado de Derecho Procesal Penal (la realización penal)*, T. I, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1995.
- Vélez Mariconde, A., *Derecho Procesal Penal*, T. I, 2ª ed., Buenos Aires, Lerner, 1969.
- Von Hentig, Hans, *La pena, formas primitivas y conexiones histórico culturales*, Madrid, Editorial Espasa Calpe S.A., vol. 1, 1967.
- Yacobucci, Guillermo, *El sentido de los principios penales: su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, 1ª ed., Buenos Aires, Ábaco, 2002.
- Zaffaroni, Eugenio R., *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 2005.
- Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2005.

Jurisprudencia citada

Corte Suprema de Justicia de la Nación

- Alonso, Jorge F. y otros s/ contrabando de estupefacientes y otros delitos, causa n° 3161, sentencia del 26/12/1995, Fallos: 318:2611.
- Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones - arts. 104 y 89 del Código Penal, causa N° 3221, sentencia del 17/05/2005, Fallos: 328:1491.
- Portillo, Alfredo s/ infr. art. 44 Ley N° 17.531. P. 391. XX, sentencia del 18/04/1989, Fallos: 312:496.
- Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa N° 4302, sentencia del 23/12/2014, Fallos: 327:5863.

Tribunal Oral en lo Criminal N° 26 de la Capital Federal

- D. J. A. s/ robo agravado en grado de tentativa (causa n° 4889). Sentencia del 11/10/2016, disponible en: <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Juris->

LA CRISIS DE IDENTIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

prudencia/ADJ%20(causa%20N%C2%BA%2026772).pdf (fecha de consulta:12/03/2021).

J. D. G. *s/robo* (causa n° 4902). Sentencia del 13/10/2016, disponible en: [https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/GJD%20\(causa%20N%C2%BA%2019190\).pdf](https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/GJD%20(causa%20N%C2%BA%2019190).pdf) (fecha de consulta: 24/05/2021).

Normativa citada

Ley N° 2.372 (04/10/1888, publicada en RN N° 1.887/88, p. 772).

Código Penal, aprobado por Ley N° 11.179 (BO 03/11/1921; T.O. 1984 actualizado).

Código Procesal Penal, aprobado por Ley N° 23.984 (BO 09/09/1991), abrogado la Ley N° 27.063 BO 10/12/2014, art. 2°.

Código Procesal Penal Federal (T.O. 2019, según Decreto PEN N° 118/2019, BO 08/02/2019).

Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por Ley N° 26.994 (BO 08/10/2014).

Ley N° 24.946 (BO 23/03/1998).

Ley N° 25.188 (BO 01/11/1999).

Ley N° 27.063 (BO 10/12/2014).

Ley N° 27.147, (BO 18/06/ 2015).

Ley N° 27.148, (BO 18/06/2015).

Ley N° 27.149 (BO 18/06/2015).

Ley N° 27.372 (BO 13/07/2017).

Decreto PEN N° 257/2015 (BO 29/12/2015).

**¿JUSTICIA O AZAR? UN ENFRENTAMIENTO
SOBRE LA OPONIBILIDAD DE LA
FRANQUICIA ENTRE LA CORTE SUPREMA
Y LOS TRIBUNALES INFERIORES,
A LA LUZ DE LA DOCTRINA DEL PRECEDENTE**

**JUSTICE OR CHANCE? A CONFLICT OF PRECEDENTS
BETWEEN ARGENTINIAN SUPREME COURT AND INFERIOR
COURTS IN RELATION WITH TRANSPORT INSURANCE**

TOBÍAS ALICINO¹

Recibido: 16 de abril de 2021
Aprobado: 28 de abril de 2021

RESUMEN

El objeto de este trabajo es el análisis de la divergencia jurisprudencial que existe, en Argentina, respecto de la inoponibilidad de la

1. Abogado, graduado en la Pontificia Universidad Católica Argentina (2021). Este trabajo corresponde al Proyecto IUS (PIP 800 201901 00018 CT): “El precedente judicial en América Latina: análisis comparado”, llevado adelante en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, con la dirección de la Dra. Florencia Ratti. Correo electrónico: tobiasalicino@gmail.com.

Agradezco a la Dra. Florencia Ratti Mendaña, por su constante guía y motivación a lo largo de esta aventura.

franquicia en el seguro de transporte. El conflicto principal se configura entre un fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y distintos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. No obstante, también existen posturas disímiles entre las propias salas que integran la referida Cámara. A su vez, participan de la contradicción jurisprudencial los juzgados de primera instancia que, muchas veces, se ven en la encrucijada entre aplicar el plenario o seguir el criterio del máximo tribunal. A fin de explicitar esta problemática, se analizarán algunas sentencias de los tribunales referidos que reflejan la postura que cada uno de ellos ha asumido respecto de la oponibilidad de la franquicia. Se abordará, además, el interrogante de si es posible preservar la seguridad jurídica, a la luz de la doctrina del precedente, en el marco de tal contradicción jurisprudencial.

PALABRAS CLAVE

Franquicia; Oponibilidad; Precedente; Corte Suprema; Cámara de Apelaciones; Fallo plenario; Contradicción jurisprudencial.

ABSTRACT

This paper analyzes the conflict of precedents regarding the unforceability of the deductible or amount the insurance company does not have to pay. The main conflict involves an *en banc* from the Argentinian Civil Court of Appeals and different decisions of the Supreme Court. But contradiction also appears within panels of the Court of Appeals and all these leads to conflict in courts of first instance. In order to delve with this, a set of decisions from the mentioned courts will be examined. They will show which are different criteria judges developed around the deductible. Finally, an attempt will be made to ascertain whether it is possible to preserve legal certainty within the framework of such a conflict.

KEYWORDS

Unenforceability; *En banc*; Precedent; Court of Appeal; Supreme Court; Conflict; Deductible.

PARA CITAR ESTE TEXTO:

Alicino, Tobías, “¿Justicia o azar? Un enfrentamiento sobre la oponibilidad de la franquicia entre la Corte Suprema y los tribunales inferiores, a la luz de la doctrina del precedente”, *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, N° 11, 2021, pp. 147-178.

1. INTRODUCCIÓN

En el marco genérico del análisis de la doctrina del precedente en Argentina –que ha sido abordada por autores como Garay² o Legarre³– existe un conflicto jurisprudencial puntual que servirá de muestra acerca de cómo se aplica el precedente en Argentina. Me refiero a la controversia suscitada en el ámbito del contrato de seguros –particularmente dentro del seguro de responsabilidad civil, en el área de los siniestros viales–, específicamente con relación a dos cuestiones principales: la oponibilidad o no de las franquicias y de los topes de cobertura respecto de terceros damnificados. Aquí, en el arduo camino para la definición del criterio jurisprudencial aplicable, se encuentran involucrados la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y los órganos judiciales inferiores del fuero con competencia ordinaria dentro de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Se ha escrito en abundancia sobre esta cuestión en concreto⁴; recientemente, de hecho, se ha publicado una valiosa investigación que

2. Garay, Alberto, *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

3. Legarre, Santiago, *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Ábaco, 2016.

4. Véase, entre otros: Garat, Pablo María, “La obligatoriedad de los plenarios y la normativa que regula la franquicia en materia de seguro para el transporte público de pasajeros. Aspectos constitucionales”, *Doctrina Judicial*, tomo 2007-III, número 749. López Saavedra, Domingo, “La franquicia deducible en el contrato de seguros y su oponibilidad a los terceros: ¿El final de una historia?”, *La Ley*, Tomo 2008-B, p. 403,

aborda con prestancia la temática⁵. Sin embargo, este trabajo tendrá por fin hacer un examen concreto de la postura de los juzgados y tribunales inferiores a la CSJN en torno al problema, a partir del análisis de sentencias específicas que reflejan las posiciones que han tomado las distintas salas de la Cámara Nacional en lo Civil y los juzgados del fuero en estos últimos años.

Para ello, de modo propedéutico, me referiré a algunos conceptos dentro del contrato de seguros y, seguidamente, al conflicto presentado entre las sentencias de Cámara y de Corte. Luego, me abocaré al estudio de las distintas sentencias de las salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y de los juzgados nacionales de primera instancia, para constatar cuáles son los criterios que aplican unos y otros. Por último, formularé algunas reflexiones emergentes del asunto.

2. NOCIONES BÁSICAS SOBRE EL CONTRATO DE SEGURO Y LA FRANQUICIA

Dada su especificidad, el estudio del tema exige algunas definiciones en torno del contrato de seguro, que tiene una regulación especial dentro del ordenamiento argentino y que posee ciertas aristas propias.

El contrato de seguro es definido por la Ley General de Seguros (N° 17.418)⁶, de la siguiente manera: “(...) hay contrato de seguro cuando el asegurador se obliga mediante una prima o cotización a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto”. Si se sigue un criterio clásico, podemos decir que el contrato de seguro posee los siguientes caracteres: es consensual, bilateral, oneroso y aleatorio⁷.

Dentro del marco genérico de los contratos de seguro, me concentraré, en esta ocasión, en el seguro de responsabilidad civil. La ley

cita online AR/DOC/852/2008. Schiavo, Carlos y Castro Sammartino, Mario, “Nuevamente sobre la «oponibilidad» de la franquicia. La doctrina de la Corte y el plenario «Obarrio»”, *La Ley*, 16/4/2007, tomo 2007-B, p. 676, cita online: AR/DOC/1464/2007.

5. Imperiale, Nazareth Azul e Ylarri, Juan Santiago, “Sobre la obligatoriedad de los precedentes de la Corte Suprema”, *Revista de Derecho Público*, 2020, pp. 715-755.

6. BO 06/09/1967.

7. Cfr. Halperin, Isaac, *Lecciones de seguros*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1997, p. 9.

mencionada lo describe, en el artículo 109, como aquel seguro en el que “el asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en virtud de la responsabilidad prevista en el contrato, a consecuencia de un hecho acaecido en el plazo convenido”. A la vez, la Ley Nacional de Tránsito (N° 24.449⁸), en su artículo 68, obliga a la contratación de este tipo de seguro para todo automotor, acoplado o semiacoplado, de manera que queden cubiertos eventuales daños hacia terceros. Por lo tanto, se ve una clara disposición protectoria legal para con los particulares que puedan resultar lesionados por cualquiera de los vehículos mencionados.

El artículo 118 de la Ley N° 17.418 prevé, asimismo, la posibilidad de que el tercero, víctima de un hecho ilícito, como sucede con los accidentes de tránsito, pueda traer al proceso al asegurador del responsable, lo que se denomina “citación en garantía”. De esta manera, podría decirse que la norma conlleva a la formación de un litisconsorcio impropio, pasivo y necesario⁹.

El ente encargado de regular todas las cuestiones relativas al contrato de seguros es la Superintendencia de Seguros de la Nación; este organismo dicta distintas disposiciones que tienen incidencia directa en los contratos particulares que las empresas aseguradoras celebran con los asegurados. Tales disposiciones versan, en cuanto aquí interesa, sobre los montos de las franquicias y los topes máximos que se disponen en los contratos, y generan, de esta manera, un marco limitativo a la autonomía de la voluntad de las partes en miras al interés público.

Antes de adentrarnos en el análisis específico de las distintas corrientes jurisprudenciales y legislativas que se han ido produciendo en relación con el tema, corresponde hacer una pequeña referencia al instituto de la franquicia. La franquicia (o descubierto) es la parte del seguro que no cubre el contrato o, en otras palabras, la parte que estará a cargo del asegurado en caso de ocurrir el hecho dañoso. Es un instituto ampliamente regulado y que nace con intenciones de lograr un beneficio para las distintas partes. Por un lado, la aseguradora se beneficia

8. BO 10/02/1995.

9. Daray, Hernán, *Accidentes de tránsito*, 2ª edición, Tomo 2, Buenos Aires, Astrea, p. 421.

puesto que, acaecido el siniestro, no se vería obligada a satisfacer la totalidad de la prestación: una parte de ella estaría en cabeza del asegurado. Al mismo tiempo, presenta un beneficio para el asegurado, quien al asumir una parte de la suma asegurada recibe una disminución en la prima que debe abonar como contraprestación al seguro. Por último, puede argumentarse que la franquicia constituye un beneficio para la sociedad en general, pues compelerá al asegurado a ser más diligente y evitar a toda costa el hecho dañoso, al estar también comprometido su propio patrimonio. Algo similar sucede al poner un tope al monto de la cobertura, situación también ampliamente regulada por distintas disposiciones de la Superintendencia de Seguros de la Nación. Ambos institutos han generado enormes discusiones, a raíz de las cuales se han dictado un sinnúmero de sentencias judiciales contradictorias en torno a si dichas cláusulas resultan o no oponibles¹⁰ a los terceros damnificados. Si se las considera inoponibles, el damnificado podría reclamar la totalidad a la compañía de seguros; en caso contrario, solo podría reclamar el excedente de la franquicia o hasta el tope de cobertura.

3. EL PUNTO DE CONFLICTO ENTRE LA CÁMARA DE APELACIONES Y LA CORTE: LA OponIBILIDAD

En el año 1997, la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN) dictó la Resolución N° 25.429/1997¹¹. En virtud de la crisis económica y financiera que padecía el sector asegurador, se dispuso una franquicia o descubierto obligatorio de \$40.000 (cuarenta mil Pesos Argentinos) en los contratos de seguro con automotores destinados al transporte público de pasajeros.

10. "La inoponibilidad es un supuesto de ineficacia establecido por la ley, que priva a un negocio jurídico válido y eficaz, entre las partes, de sus efectos respecto de determinados terceros a quienes la ley dirige su protección, permitiéndoles ignorar la existencia del negocio e impidiendo a las partes ejercitar pretensiones jurídicas dirigidas contra un tercero" (cfr. Rivera, J. C. y Medina, G., *Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, p. 852).

11. BO 11/11/1997.

A partir de esta Resolución surgieron, a nivel jurisprudencial, distintas posturas en torno a si la franquicia era oponible o no al tercero damnificado. El primer antecedente jurisprudencial que habría traído una respuesta al problema fue un fallo plenario dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en el año 2006, a raíz de las causas *Obarrio, María Pía c/ Microómnibus S.A. s/ daños y perjuicios*” y *Gauna, Agustín c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro s/ daños y perjuicios*¹².

La Cámara en pleno, por mayoría, decidió la inoponibilidad del descubierto de la siguiente manera:

“En los contratos de seguro de responsabilidad civil de vehículos automotores destinados al transporte público de pasajeros, la franquicia como límite de cobertura –fijada en forma obligatoria por la autoridad de control de la actividad aseguradora conforme a la Resolución N° 25.429/1997– no es oponible al damnificado (sea transportado o no)”¹³.

La cuestión, lejos de quedar resuelta en forma definitiva, dio un giro con la intervención de la CSJN, que, en 2008, pronunciamientos mediante, reabrió la discusión (a pesar de sus intenciones de cerrarla). Ciertamente, sus decisiones en estos casos desataron un escenario incierto, con interrogantes que aún hoy no tienen respuesta, lo que repercute, en última instancia, en los individuos.

Las causas a las que refiero llegaron a la CSJN a partir de los respectivos recursos de hecho interpuestos por las partes demandadas. En ambas, el máximo tribunal remitió a las causas *Cuello*¹⁴, *Nieto*¹⁵ y

12. *Obarrio, María Pía c/ Microómnibus Norte S.A. y otro s/ daños y perjuicios (acc. tran. c/ les. o muerte) - Sumario y Gauna, Agustín c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro s/ daños y perjuicios*: CNCiv., sentencia del 13/12/2006. Expedientes Nros. 50449/1999 y 469961/2000, respectivamente. En las próximas páginas me referiré al plenario como *Obarrio y Gauna*.

13. La cuestión está claramente explicada en el artículo: “La obligatoriedad de los plenarios y la normativa que regula la franquicia en materia de seguro para el transporte público de pasajeros. Aspectos constitucionales”, de Garat, ob. cit.

14. *Cuello, Patricia Dorotea c/ Lucena, Pedro Antonio y Otro s/ Daños y Perjuicios*: CSJN, 07/08/2007, Fallos: 330:3483.

15. *Nieto, Nicolasa del Valle c/ La Cabaña S.A. y otros*: CSJN, 08/08/2006, Fallos: 329:3054.

*Villarreal*¹⁶ –las dos últimas son previas al fallo plenario–, en las que se habían resuelto cuestiones análogas. Con los fundamentos allí expresados¹⁷, declaró oponible al damnificado la franquicia y estableció que solo se podía ejecutar la sentencia en los límites de la contratación. De ese modo, tanto en *Obarrio*¹⁸ como en *Gauna*¹⁹, por una mayoría conformada por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Maqueda (la Dra. Argibay se remitió a su disidencia en la causa *Villarreal*), la Corte revocó las sentencias recurridas. En ninguno de los dos casos se declaró expresamente inconstitucional la inoponibilidad de la franquicia, aunque se descalificó el plenario por arbitrariedad²⁰.

La Corte volvió a intervenir en la materia a partir de un recurso de queja deducido contra la sentencia dictada por la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en *Buffoni, Osvaldo Omar y otro c/ Castro, Ramiro Martín y otros s/ daños y perjuicios*²¹. En esta cau-

16. *Recurso de hecho deducido por La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales en la causa Villarreal, Daniel Alberto c/ Fernández, Andrés Alejandro y otros*: CSJN, 29/08/2006, Fallos: 329:3488. En esta causa la Corte intervino nuevamente el 4 de marzo de 2008, ya que al enviar los autos para que se dicte sentencia otra vez conforme a lo decidido por ella, la Sala C resolvió conforme al plenario dictado entre el intervalo de ambas actuaciones. La CSJN entendió que la cámara no había aportado nuevos argumentos que justificaran apartarse de los precedentes dictados por aquella y por este motivo dejó sin efecto la sentencia de cámara y declaró oponible la franquicia.

17. En la causa *Nieto*, la Corte se remitió a lo expuesto por el Procurador subrogante, que había dictaminado que la sentencia recurrida resultaba arbitraria por basarse en una aseveración dogmática que no traslucía más que una simple convicción personal. Ver nota al pie 16.

18. *Obarrio, María Pía c/ Microómnibus Norte S.A. y otros s/ Daños y perjuicios*: CSJN, 04/03/2008, causa CSJ 166/2007 (43-O)/CS1.

19. *Gauna, Agustín y su acumulado c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro s/ Daños y perjuicios*: CSJN, 04/03/2008, causa CSJ 327/2007 (43-G)/CS1.

20. El primer fallo en el que la Corte trató la cuestión es *Nieto*, a raíz de un recurso contra una sentencia de la Sala M de la Cámara Nacional en lo Civil, en el que remitió al dictamen del Procurador General de la Nación. Los fallos posteriores suelen remitir a lo allí expresado, por lo que lo dispuesto por el procurador resulta ser la parte argumentativa de todos ellos. Allí, el procurador sostuvo: "(...) el decisorio en crisis no satisface la exigencia de constituir una derivación razonada del Derecho vigente, con aplicación a los hechos concretos de la causa, particularidad que impone su descalificación como acto jurisdiccional válido con apoyo en la doctrina de la arbitrariedad (...)".

21. Fallos: 337:329; sentencia del 08/04/2014.

sa, dicha Sala había declarado nuevamente inoponible la franquicia al tercero damnificado, con fundamento, por un lado, en la sanción de la Ley N° 26.361²², que modificó la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240²³ y, por el otro, en el fallo plenario *Obarrio y Gauna*.

La CSJN sostuvo –por mayoría de cinco jueces (Highton de Nolasco, Maqueda, Lorenzetti, Fayt, Zaffaroni)– que el criterio que debía seguirse era el de la oponibilidad, criterio que la misma Corte ya había establecido en los distintos fallos mencionados, y que no obstaba a ello las modificaciones introducidas a la Ley de Defensa del Consumidor por la Ley N° 26.361²⁴.

En el fallo *Flores*²⁵, la Corte nuevamente se expidió a favor de la oponibilidad del límite de cobertura estipulado en el contrato frente al tercero damnificado. Consideró que los terceros que invocan un contrato en el que no han intervenido deben someterse a sus términos conforme a los artículos 957, 959, 1021 y 1022 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC). Un dato no menor de este fallo es que no hay una mayoría argumentativa²⁶: solo Lorenzetti y Highton de Nolasco suscribieron el voto, Rosenkrantz votó concurrentemente y los Dres. Maqueda y Rosatti votaron en disidencia, aplicando el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN)²⁷.

22. BO 07/04/2008.

23. BO 15/10/1993.

24. Fallos: 337:329.

25. *Flores, Lorena Romina c/ Giménez, Marcelino Osvaldo y Otro s/ daños y perjuicios (acc. tran. c/ les. o muerte)*: CSJN, 06/06/2017, Fallos: 340:765.

26. Cfr. Legarre, Santiago y Rivera (h), Julio César, “Quórum y mayoría en la Corte Suprema”, *Jurisprudencia Argentina, La Ley* cita online: 0003/014196.

En Fallos: 340:549; en el marco de la causa *Recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña en la causa Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/ recurso extraordinario*, en la que la Corte analizó la aplicación del dos por uno en materia penal; consideró que no había una doctrina establecida previamente por no haber una mayoría argumentativa en casos resueltos precedentemente que presentaban situaciones análogas a las que debía resolver.

27. Art. 280: “Llamamiento de autos. Rechazo del recurso extraordinario. Memoriales en el recurso ordinario. Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el

El conflicto resulta evidente: por un lado, existe una doctrina plenaria, de seguimiento obligatorio para la Cámara y todos aquellos jueces de primera instancia respecto de los cuales dicha Cámara resulte tribunal de alzada, por lo dispuesto en el artículo 303 del CPCCN²⁸. Por otro lado, existe un criterio de la CSJN, que fue repetido en distintas sentencias (incluidas *Obarrio* y *Gauna*), en las cuales descalificó por arbitrariedad al plenario aplicado y resolvió en sentido contrario.

1. Aspectos normativos que influyen en el punto de conflicto

Sin adelantar una conclusión, corresponde tener en cuenta algunos aspectos al momento de dilucidar sobre la prevalencia de una u otra postura:

a) No hay una norma de rango constitucional ni legal que le otorgue obligatoriedad de seguimiento a las sentencias de la CSJN. De todas maneras, el Máximo Tribunal argentino fue reconociendo cierta obligatoriedad a sus sentencias para casos análogos (con algunos matices respecto del sistema del *common law*). Uno de los fallos centrales fue *Cerámica San Lorenzo*²⁹, en el que dispuso: “(...) no obstante que la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllas (...). De esa doctrina (...) emana la consecuencia de que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el tribunal,

recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia (...).”

28. Dicha disposición legal sostiene: “La interpretación de la ley establecida en una sentencia plenaria será obligatoria para la misma cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales sea aquella tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces dejen a salvo su opinión personal. Sólo podrá modificarse dicha doctrina por medio de una nueva sentencia plenaria”.

29. *Incidente de prescripción Cerámica San Lorenzo*: CJSN, 04/07/1985, Fallos: 307:1094.

en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (...)"'. Concordantemente, en el fallo *Viñas*³⁰, de 2018, la Corte expresó: "(...) con arreglo a lo establecido por este Tribunal en un pronunciamiento reciente, no obstante que sus decisiones se circunscriben a los procesos concretos que son sometidos a su conocimiento, la autoridad institucional de sus precedentes, fundada en la condición del Tribunal de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, da lugar a que en oportunidad de fallar en casos sustancialmente análogos sus conclusiones sean debidamente consideradas y consecuentemente seguidas tanto por esta misma Corte como por los tribunales inferiores". Lo que podríamos agregar es que existen autores, como Bianchi³¹, que entienden que la Corte ha adoptado y ejerce –sin decirlo expresamente– el sistema de *stare decisis*, similar al del *common law*. En una postura un tanto disímil, autores como Legarre y Rivera consideran que existen diferencias sustanciales entre el sistema argentino y el americano, en donde "los jueces inferiores no se libran de su obligación de seguir el precedente (...) por más que encuentren nuevos fundamentos"³². Recientemente, en la causa *Farina*³³, la Corte sostuvo: "(...) es inherente a la función constitucional propia de este Tribunal que, cuando ejerce la jurisdicción que la Constitución y las leyes le confieren, imponga a todos los tribunales, nacionales y provinciales, la obligación de respetar y acatar la doctrina constitucional plasmada en sus decisiones (cfr. arg. Fallos: 332:2425)". La CSJN tomó una decisión "sin precedente", valga la metáfora, en su historia jurisprudencial: a raíz de los distintos pronunciamientos de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires que sistemáticamente contrariaban una doctrina uniforme y sostenida en el tiempo por la Corte Suprema, la interpretación realizada por ella del artículo 67, inciso e, del Código Penal,

30. Fallos: 341:570.

31. Bianchi, Alberto, "De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema (una reflexión sobre la aplicación del *stare decisis*)", ED.CO. 2002/2001-335, 2001.

32. Legarre, Santiago y Rivera (h), Julio César, "La obligatoriedad atenuada de los fallos de la Corte Suprema y el *stare decisis* vertical", 20/08/2009, *La Ley* 2009-E, 820.

33. *Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa Farina, Haydée Susana s/ homicidio culposo*: CSJN, 26/12/2019, Fallos: 342:2344.

es de seguimiento obligatorio para todos los tribunales inferiores del territorio nacional³⁴.

b) Por su parte, el artículo 303 del CPCCN no solo contempla la obligatoriedad de la interpretación de la ley establecida por las sentencias plenarias, sino que también, en su última parte, dispone que únicamente podrán ser modificadas por una nueva sentencia plenaria. Cabe también hacer mención del artículo 288³⁵, que podría plantear el interrogante de si los fallos plenarios solo gozan de una efímera vigencia de diez años, por lo que el plenario podría haber perdido vigencia en el año 2016. Sin embargo, sostener tal doctrina sería contrario a lo establecido por la Cámara Nacional en lo Civil en el plenario *Kartopapel*³⁶, en el cual se estableció que los fallos plenarios no pierden vigencia por el mero transcurso del tiempo.

c) En el año 2013, en el marco de un proceso de reforma judicial, se dictó la Ley N° 26.853³⁷, que derogó los artículos 302 y 303 del CPCCN y que modificó todo el régimen del recurso de inaplicabilidad de ley, sustituyéndolo por los recursos de casación, inconstitu-

34. Excede el objeto de este trabajo analizar si hay similitudes entre la situación dada en *Farina* y la que aquí hemos estudiado. Empero, es interesante tener en cuenta el contenido de esta sentencia, ya que la Corte pretendió dotar de obligatoriedad a una doctrina que había aplicado repetidamente.

35. Art. 288: "El recurso de inaplicabilidad de la ley sólo será admisible contra la sentencia definitiva que contradiga la doctrina establecida por alguna de las salas de la cámara en los diez (10) años anteriores a la fecha del fallo recurrido, y siempre que el precedente se hubiere invocado con anterioridad a su pronunciamiento. Si se tratare de una cámara federal, que estuviere formada por más de una (1) sala, el recurso será admisible cuando la contradicción exista entre sentencias pronunciadas por las salas que son la alzada propia de los juzgados civiles federales o de los juzgados en lo contencioso administrativo federal", <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/45325/norma.htm>.

36. *Kartopapel, S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*: CNCiv. en pleno: 15 de julio de 1977, ED T° 74, p. 322, LL 1977-C-366.

37. BO 27/05/2013.

cionalidad y revisión. La ley dispuso la creación de las cámaras de casación y la derogación de los artículos que prevenían el dictado de fallos plenarios; en síntesis, dio paso al nacimiento de un nuevo régimen. Sin embargo, nunca se pudo aplicar efectivamente porque las cámaras de casación nunca se crearon, lo que dejó al sistema hundido en un mar de incertidumbre.

A partir de la disposición legal surgieron enormes discusiones relativas a si los plenarios seguían vigentes o no y si el recurso de inaplicabilidad estaba disponible para las partes, ya que el remedio procesal que se había dispuesto para reemplazarlo nunca existió efectivamente. Ante esta situación se dictaron algunos fallos en los cuales se pudieron apreciar distintas posturas: algunos aplicaron las doctrinas de los fallos plenarios (no por considerarlos obligatorios, sino por compartir sus fundamentos); algunas salas de la cámara se inclinaron por considerar obligatorias las sentencias plenarias, por entender que el artículo 12 de la Ley N° 26.853 (según el art. 15) no entraría en vigor sino hasta la efectiva creación de las cámaras de casación³⁸; otros camaristas aplicaban los plenarios sin indicar si eran obligatorios o no. Siguiendo esta última postura, la Sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil dictó un fallo en el que expresamente aplicó la doctrina establecida en el plenario *Obarrio y Gauna*^{39,40}.

38. F., *Javier Hernán y otro c/ M., Jorge Daniel y otros s/ Daños y perjuicios*: CNCiv., Sala A, 3-6-2013, Expte. n° 111.664/07.

Aldariz, Jorge c/ Compañía de Transportes Río de la Plata S.A. y otro s/ Daños y perjuicios: CNCiv., Sala A, 04/09/2013, "D. B., S. J. M. c/ Z., C. D. y otros s/ Daños y perjuicios": CNCiv., sala A, 28-11-2013, *elDial* AA845C.

39. A., A. F. c/ J., D. s/ *Daños y perjuicios*: CNCiv., Sala L, 14-8-2013, Expte. n° 66.351/08, voto de la doctora Flah, al cual adhirió la doctora Pérez Pardo –el doctor Liberman no firmó por encontrarse recusado–, *elDial* AA828B.

40. Leguisamón, Héctor, E., "La acertada reinstalación del recurso de inaplicabilidad de la ley y de la obligatoriedad de los fallos plenarios", *elDial.com*, 08/02/2019, DC26D2.

A principios de 2019, entró en vigencia la Ley N° 27.500⁴¹, que derogó todos los artículos de la Ley N° 26.853 (salvo el art. 13, que contiene algunas disposiciones en torno a la conformación de la CSJN). De esta manera, se reestablecieron el recurso de inaplicabilidad de ley y los fallos plenarios, con los artículos del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que lo regulaban. A su vez, la Ley N° 27.500 dispuso, en su artículo 6° que “las sentencias plenarias dictadas durante la vigencia de la Ley N° 26.853 conservarán su obligatoriedad en los términos del artículo 303 del CPCCN”, dando respuesta a la situación generada a partir del dictado de algunos fallos plenarios durante este período de incertidumbre⁴².

d) El 14 de julio del año 2016 se dictó la Resolución de la Superintendencia de Seguros de la Nación N° 39.927/2016⁴³. En la cláusula segunda del Anexo II, titulado “Condiciones Generales del Seguro de Responsabilidad Civil de Vehículos Automotores Destinados al Transporte Público de Pasajeros”, se incluyeron regulaciones con influencia directa en el problema objeto de análisis: en primer lugar, se elevó la suma del descubierto a \$120.000; en segundo lugar, se dispuso que “la Aseguradora asumirá el pago de la indemnización y el asegurado le reembolsará el importe del Descubierto Obligatorio a su cargo dentro de los diez (10) días de efectuado el pago”. De esta manera, se impuso a la aseguradora la obligación de pagar al damnificado la totalidad del monto indemnizatorio y luego repetir el importe del descubierto al asegurado. Es claro que la Resolución establece la inoponibilidad de la franquicia al tercero víctima del siniestro, en concordancia con la doctrina plenaria establecida en *Obarrio y Gauna*.

41. BO 10/01/2019.

42. A modo de ejemplo, podemos mencionar el plenario dictado en la causa *Inversiones Rifer S.L. c/ Fruticon S.A. s/ Incidente civil*: Cámara Nacional en lo Civil en pleno, 23/12/2013.

43. BO 18/07/2016.

Existe también una postura que sostiene que, en virtud de que las víctimas de siniestros de automotores son legalmente consideradas dentro de la protección otorgada por el derecho de los consumidores, el artículo 7° del Código Civil y Comercial de la Nación hace aplicable de manera retroactiva la inoponibilidad de la franquicia, por lo que debe aplicarse a los juicios en trámite⁴⁴.

2. Las respuestas de los juzgados y tribunales inferiores ante el conflicto jurisprudencial

De todo lo expuesto hasta aquí puede extraerse una conclusión preliminar: existen dos criterios divergentes en la jurisprudencia; de un lado, se ha sostenido que la franquicia presente en los contratos de seguro de responsabilidad civil en el transporte de pasajeros es inoponible al tercero damnificado, criterio que encuentra apoyo en un plenario, cuya obligatoriedad se encuentra fijada por el CPCCN y en una Resolución de la Superintendencia de Seguros de la Nación del año 2016. Del otro, encontramos una postura contraria, que consideró a la franquicia totalmente oponible al tercero damnificado, por lo que la aseguradora solo debería responder por el monto subsecuente a la franquicia, criterio que encuentra apoyo en una corriente jurisprudencial de la Corte Suprema, que, en una de sus sentencias, descalificó por arbitrariedad al fallo plenario de Cámara que sustenta el criterio opuesto.

En este punto realizaré, entonces, un estudio de distintas sentencias del fuero donde se originó el debate, a fin de observar cuál es la respuesta que dan los tribunales inferiores frente a los criterios coexistentes.

44. Sobrino, Waldo Augusto, "Regreso con gloria del fallo plenario «Obarrio» respecto a la inoponibilidad de la franquicia de acuerdo con la Resolución N° 39.927 de la SSN (julio de 2016)". Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/waldo-augusto-sobrino-regreso-gloria-fallo-plenario-obarrio-respecto-inoponibilidad-franquicia-acuerdo-resolucion-39927-ssn-julio-2016-dacf170270-2017-06-19/123456789-0abc-defg0720-71fcarnirtcod?&o=7&f=Total%7CFecha/2017%5B20%2C1%5D%20> (fecha de consulta: 10/10/2020).

a) Sentencias de juzgados de primera instancia

La primera sentencia que analizaré será la emitida por un juzgado de primera instancia en los autos *Haboba, Alejandra Gisele y otro c/ Transporte Avenida Bernardo Ader S.A. y otro s/ daños y perjuicios*⁴⁵, el día 9 de marzo de 2020. En el punto 7, el juez se refirió a la oponibilidad de la franquicia y sostuvo que “debe prevalecer la interpretación realizada por la CSJN respecto al alcance del artículo 118 de la Ley de seguros y de la franquicia contemplada en la Resolución N° 25.429/1997 de la SSN”, por lo que sostuvo que la franquicia era oponible a la parte actora. Como fundamento de su decisión, citó la sentencia publicada en *Fallos: 327:2842*⁴⁶. Reconoció también que el criterio que adoptaba era el mismo que utilizaba cuando regía la Ley N° 26.853 (esto es, cuando los plenarios habían “dejado de existir”), pero aunque al momento del dictado de la sentencia ya se encontraba vigente la Ley N° 27.500 (que reestablecía la vigencia de los plenarios), su posición continuaba siendo la misma. En apoyo de esto último, puso énfasis en que el plenario fue “descalificado por la Corte por arbitrariedad normativa, reemplazando la doctrina allí establecida con la propia (caso *Gauna*). También la CSJN descalificó la aplicación del plenario en la sentencia *Obarrio* y fijó la doctrina legal aplicable”. En concordancia con lo dicho anteriormente y citando al juez Dr. Fernando Racimo⁴⁷, entendió que la doctrina del fallo plenario era “insubsistente, o sea, falta de fundamento o razón”. Por último, el juez comentó que no desconocía la Resolución N° 39.927/2016 de

45. Expediente N° 72067/2016.

46. En ese fallo la Corte se remite al dictamen del Procurador General de la Nación que sostuvo que los jueces tienen el deber de conformar sus decisiones a lo decidido por aquella (la CSJN) y, por tal razón, “(...) carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar las posiciones sustentadas en ellos”. Es que la doctrina contenida en dichos fallos tiene un valor moral intrínseco, atendiendo a su carácter de intérprete final de la Constitución y las leyes.

47. *Del Aguila, Sonia Karen y otro c/ Expreso Gral. Sarmiento S.A.T. y otro*: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, del 26/05/2008. Publicado en: *La Ley* 07/07/2008, 9, cita online: AR/JUR/3162/2008.

la SSN ni el contenido de la Cláusula segunda del Anexo II, pero no la consideró aplicable porque “dicha norma resulta obligatoria para todos los seguros de transporte público de pasajeros, pero a partir del 01/09/2016 (conforme Resolución N° 4.006/2016 de la SSN)”. Cabe tener en cuenta que el hecho dañoso, objeto del litigio, había sucedido el 23 de octubre de 2014.

Seguidamente, examinaré un grupo de sentencias dictadas por otro juzgado de primera instancia en cuatro causas distintas, a saber: *Zegarra Fernández, Delia c/ Nudo SA. Línea de Colectivo 50 y otros s/ daños y perjuicios*⁴⁸, de 2016; *Saldívar Penayo, Adelaida c/ M.O.D.O. S.A. de transporte automotor y otros s/ daños y perjuicios (Acc. Tran. c/Les. o muerte)*⁴⁹, del 17 de marzo de 2017; *Espinoza, Ladislada c/ Águila Dorada bis SA y otros s/ daños y perjuicios (acc. tran. c/les. o muerte)*⁵⁰, de mayo de 2015 y *Mestre, Mónica Raquel c/ empresa 501 SA y otros s/ daños y perjuicios (acc. tran. c/les. o muerte)*⁵¹. En todas estas sentencias se siguió el criterio de la inoponibilidad (contrariamente a lo decidido en el pronunciamiento anterior).

En los cuatro pronunciamientos, se utilizó una fórmula sustancialmente idéntica: en primer lugar, se citó la sentencia plenaria aplicada en las causas *Obarrio* y *Gauna*, por considerar la situación análoga a la decidida por el plenario. El juez sostuvo, a su vez, que no desconocía que la CSJN había resuelto que la franquicia era oponible al damnificado y que, incluso, había declarado procedente el recurso extraordinario en el caso resuelto por ese plenario. Sin embargo, continuó diciendo: “(...) comparto la opinión de numerosa jurisprudencia que entiende, no obstante, que la decisión del alto tribunal no puede hacerse extensiva a otros casos, aunque se trate de análoga cuestión, pues la obligación de aplicar el fallo plenario referido en el párrafo precedente se mantiene en tanto la doctrina en él sentada no sea modificada por una nueva sentencia plenaria de la cámara – art. 303, CPCCN– (conf. CNCiv., Sala A, *Acevedo, Eduardo Agustín c/*

48. Expediente N° 55327/2012.

49. Expediente N° 77301/2007.

50. Expediente N° 109631/2009.

51. Expediente N° 21068/2013.

Expreso San Isidro S.A.T.C.I.F.I. y otros s/ daños y perjuicios, Libre N° 594.442, del 09/05/2012; id. *Id. García, Josefina c/ Transporte Escalada S.A.T. y otro s/ daños y perjuicios*, Libre N° 598.408, del 19/06/2012)". A su vez, aclaró que no desconoce que el artículo 303 del CPCCN había sido derogado por la Ley N° 26853; pero sostuvo que en virtud del artículo 15 de dicha ley, "recién resultará operativa a partir de la efectiva integración y puesta en funcionamiento de los tribunales que allí se crean", lo cual, como sabemos, nunca sucedió.

b) Sentencias de las Salas que integran la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

En los autos *Saldívar Penayo, Adelaida c/ M.O.D.O. S.A. de Transporte Automotor y otros s/ daños y perjuicios (acc. tran. c/les. o muerte)*⁵², la Sala B de la Cámara se pronunció con motivo del recurso de apelación interpuesto por las partes. La demandada y la citada en garantía criticaron que en primera instancia se hubiere declarado inoponible la franquicia al tercero damnificado. Ante tal crítica, el tribunal se inclinó por la oponibilidad. Modificó, consecuentemente, lo resuelto en primera instancia, con el argumento de "que la Corte Federal se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que la franquicia prevista en el contrato de seguro es oponible al tercero damnificado, y que la sentencia no podrá ser ejecutada contra la aseguradora sino en los límites de la contratación (cfr. precedentes *Nieto, Villarreal y Cuello*, Fallos: 329:3054 y 3488; 331:379 y 330:3483 y 0.166. XLIII. *Obarrio, María Pía c/ Microómnibus Norte S.A. y otros y G.327*. XLIII. *Gauna, Agustín y su acumulado c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro*, sentencias del 4 de marzo de 2008; *in re, Buffoni, Osvaldo Omar c/ Castro, Ramiro Martín s/ daños y perjuicios*, del 8-4-2014 - Expediente Letra B Nro. 915, Año 2011, Tomo 47, Tipo RHE, *in re, Sixto, Juan Manuel c/ General Tomás Guido S.A.C.I.F. y otros s/ daños y perjuicios*, del 06/03/2014, entre muchas otros)". Sostuvo, además, que debe seguirse este criterio en tanto la doctrina de la propia Corte en *Cerámica*

52. Expediente N° 77301/2007.

*San Lorenzo*⁵³ es que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se aparten de los precedentes de la Corte, sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el máximo tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia. Además, señaló que, por razones de economía procesal, es aconsejable no hacer transitar a las partes por una vía recursiva extraordinaria que, sobre la base de la jurisprudencia referida previamente, culminará inexorablemente declarando oponible a los actores la franquicia. Solo dos jueces suscribieron el voto, mientras que la vocalía restante se encontraba vacante.

En los autos *Mestre Mónica, Raquel c/ Empresa 501 S.A. y Otros s/ daños y perjuicios (acc. tran. c/les. o muerte)*⁵⁴, la Sala G de la Cámara se expidió y por mayoría de 2 a 1 modificó el criterio asentado en primera instancia. Sostuvo la oponibilidad de la franquicia, ya que entendió que los fallos plenarios eran una norma jurídica y que el plenario aplicable había sido descalificado por la Corte Suprema por arbitrario o inconstitucional, y que dicha descalificación produce que no se aplique al caso. La jueza disidente lo fue únicamente en el punto acerca de la franquicia, en el que sostuvo que, si bien solía adherir al criterio sostenido por el juez preopinante, la Resolución N° 39.297/2016 de la SSN estableció nuevas pautas de regulación al contrato de seguro de responsabilidad civil de vehículos automotores destinados al transporte público de pasajeros y que, aunque la directiva establecida en la Cláusula segunda del Anexo II es de aplicación inmediata a partir del 1° de septiembre de 2016 (según art. 7° del Código Civil y Comercial), “es innegable que se trata de una ley en sentido material, que procura dar pautas generales más claras para poner fin a la tan debatida cuestión que suscitaba la aplicación de la Resolución N° 25.429/1997 (...)”. Si bien entonces no la consideró aplicable temporalmente, entendió que ignorar las pautas fijadas por la autoridad de aplicación (la SSN) no era saludable en este contexto de diversidad de opiniones en el punto.

53. Fallos: 307:1094.

54. Expediente N° 21068/2013.

Con fundamentos prácticamente idénticos a los expresados por la jueza disidente en el fallo anterior y la aclaración expresa de que no adhieren (más allá de lo resuelto) a la tesis de inoponibilidad, la Sala M, en los autos *Granda Taboada, Ricardo c/ Modo S.A. De Transporte Automotor y Otros s/ daños y perjuicios (acc. tran. c/les. o muerte)*⁵⁵, confirmó la sentencia del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 46 que declaró inoponible la franquicia al tercero damnificado. Cabe mencionar que la Corte revocó esta decisión el 10 de septiembre de 2019, declarando la oponibilidad de la franquicia⁵⁶; para ello, se remitió nuevamente a lo decidido por ella en las causas *Cuello, Nieto, Villarreal, Obarrio y Gauna*.

En la causa *Bertrand, Oscar Alberto y otro c/ Ehgartner, Claudio Gerardo y otros s/ daños y perjuicios*⁵⁷, la Sala K, en julio de 2019, se expidió por la inoponibilidad de la franquicia, por lo que revocó, en este punto, lo que había decidido el Juzgado de primera instancia. Para arribar a esa conclusión, combatió los argumentos esgrimidos por la Corte en sus precedentes y mencionó la posibilidad de apartarse de ellos si proponía nuevos argumentos. Al mismo tiempo, señaló que “la doctrina que emana del Plenario *Obarrio y Gauna* se refuerza con el criterio adoptado por la Superintendencia de Seguros de la Nación al sancionar la nueva normativa, la que más allá del comienzo de su vigencia en los términos que indica (1° de septiembre de 2016), al encontrarse comprendida la cuestión dentro de las normas de dere-

55. Expediente N° 56715/2012.

56. CSJN, *Bin, Stella Maris c/ Transporte Automotor Plaza SACI s/ daños y perjuicios (acc. trán. sin lesiones)*; CIV 56715/2012/CS1 *Granda Taboada, Ricardo c/ Modo S.A. de Transporte Automotor y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte)*; CIV 7036/2009/CS1 *Amado, Manuel Eugenio c/ Diana, Jorge Bruno y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. sin lesiones)*; CIV 69188/2014/CS1 *Bautista, Candelaria Blanca c/ Empresa de Transportes Mariano Moreno S.A. s/ daños y perjuicios*; CIV 25384/2012/CS1 *Lamanna, Jorge Rodolfo c/ Transportes Automotor Plaza S.A.C.I. y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte)*; CIV 86645/2011/CS1 *De Sousa Dias, José y otros c/ Expreso General Sarmiento S.A. y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte)*; CIV 51731/2006/CS1 *Tonini, Carlos Eugenio y otros c/ Alarcon, Miguel Ángel y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte)*; sentencia del 10/09/2019.

57. Expediente N° 18661/2008.

cho del consumidor y en virtud de lo dispuesto por el artículo 7° del CCCN, tal disposición resulta de aplicación retroactiva”.

En *Aguilar, Yamila, c/ Almafuerte S.A.T.A.C.I., y Otros, s/ daños y perjuicios*⁵⁸, la Sala F, el 25 de junio de 2020, se manifestó a favor de la inoponibilidad de la franquicia. Consideró de seguimiento obligatorio el plenario *Obarrio y Gauna*: “(...) la aplicación de la doctrina legal es obligatoria para los tribunales del fuero, sin que los fallos de la Excm. Corte Suprema obsten a ello, pues el Alto Tribunal no es competente para dejar sin efecto con carácter general la doctrina legal, aun cuando pueda revocar un fallo particular dictado en acatamiento a la doctrina plenaria”. Además, apoyó su decisión en la Resolución N° 39.297/2016 de la SSN, sin expedirse respecto de si resultaba temporalmente aplicable al caso.

La Sala A, en el caso *S., Fernando Luis c/ Transporte Automotor Plaza S. A. C. I. y otros s/ daños y perjuicios*⁵⁹, confirmó lo dispuesto por el juez de primera instancia, y acogió la doctrina del plenario *Obarrio y Gauna*, por lo que sostuvo la inoponibilidad de la franquicia al tercero damnificado. También hizo mención de la posición de la CSJN, pero entendió que “(...) la decisión del alto tribunal no puede hacerse extensiva a otros casos, aunque se trate de análoga cuestión, pues la obligación de aplicar el fallo plenario referido en el párrafo precedente se mantiene en tanto la doctrina en él sentada no sea modificada por una nueva sentencia plenaria de la Cámara (art. 303, Código Procesal)”.

En la causa “*Martínez, Mónica B. c/ Goyenechea, Bernardo L. y otros s/ daños y perjuicios*”⁶⁰, la Sala D se expidió por la inoponibilidad de la franquicia. Se sostuvo que el artículo 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación dispone que la doctrina sentada en un fallo plenario solo podrá modificarse por medio de una nueva sentencia plenaria. Por ende, entendió que no puede considerarse que la Corte haya dejado sin efecto la doctrina plenaria de *Obarrio y Gauna*.

58. Expediente N° 80491/2015.

59. Expediente N° 91680/2011.

60. Expediente N° 62469/2009. *La Ley*, cita online: AR/JUR/42624/2017.

La Sala E, en octubre de 2018, en *R. M. c/ Microómnibus Sur S.A. Línea 160 s/ daños y perjuicios*⁶¹, señaló que las decisiones de la Corte Suprema en las causas *Obarrio* y *Gauna* habían hecho caer la obligatoriedad del plenario dictado por la Cámara. De esta manera, revocó la decisión de primera instancia y declaró que la franquicia resultaba oponible al tercero damnificado.

En el año 2020, la sentencia de la Sala L, en los autos *M., N. A. c/ T. L. P. S.A. s/ daños y perjuicios*⁶², confirmó en el punto lo dispuesto por el Juzgado Civil N° 16, en tanto declaró la inoponibilidad de la franquicia de manera unánime. El juez votante se mostró muy crítico con la doctrina sentada por la Corte y realizó un largo recorrido por los distintos fundamentos –cuyo tratamiento resultaría sobreabundante al objeto de este trabajo–.

La Sala J, en la causa *Morton, Aníbal Abel y Otros c/ La Independencia S.A. De Transportes y Otros s/ daños y perjuicios (acc. tran. c/les. o muerte)*⁶³, del 9 de octubre de 2018, consideró inoponible la franquicia al damnificado, de modo que confirmó lo resuelto en primera instancia. En el fallo se comentó que, si bien previamente la Sala había entendido que debía seguirse lo dispuesto por la CSJN –aun dejando a salvo su propio criterio–, el hecho de la existencia de la Resolución N° 39.927/2016 de la SSN permitía sostener que el régimen legal vigente establece que sin perjuicio de mantener la validez de la franquicia pactada entre las partes, los terceros damnificados se encuentran legitimados para reclamar a la aseguradora el pago completo del resarcimiento que les corresponda.

También en 2020, en la causa *Suárez, Blanca Yolanda c/ Microómnibus Mitre S.A. Línea 318 y Otros s/ daños y perjuicios*⁶⁴, la Sala C se manifestó en favor de la inoponibilidad de la franquicia por una mayoría de 2 a 1. Mientras que el juez disidente, el Dr. Converset, sostuvo la obligatoriedad de seguimiento de las sentencias de la CSJN y la inaplicabilidad de la doctrina plenaria al haber sido descalificada por

61. Expediente N° 30482/2016.

62. Expediente N° 3693/2014.

63. Expediente N° 5617/2008.

64. Expediente N° 57546/2010.

arbitrariedad, sus pares sostuvieron lo contrario. Así, dijeron que “no es descalificable la sentencia fundada en un plenario cuya doctrina es contradictoria a la jurisprudencia de la Corte en la materia. A pesar de la autoridad de que están investidos y el respeto que merecen los precedentes de la Corte, en cuanto tribunal supremo de la Nación, y las razones de economía procesal, certeza y seguridad jurídica que aconsejan la conveniencia de tender a la uniformidad de la jurisprudencia (...) ha de reconocerse que los precedentes de la Corte carecen de fuerza general legalmente vinculante para los tribunales locales. El hecho de que dichos tribunales y los nacionales de la Capital Federal puedan apartarse fundadamente de aquellos precedentes no es, pues, a pesar de algunos inconvenientes que de ello pudieran derivar, sino una consecuencia necesaria del sistema federal adoptado en la Carta Magna, es precisamente en virtud de la superior autoridad de que la Corte está institucionalmente investida que le compete el deber de reconocer y hacer respetar el poder jurisdiccional que la misma Constitución ha otorgado a los tribunales inferiores, en tanto lo ejerzan razonablemente y dentro de la esfera de sus respectivas competencias, aunque sus decisiones en materias que le son propias no concuerden con precedentes de la Corte (...)”.

La Sala I se expidió sobre el asunto el 30 de octubre de 2020 en el caso *Ramírez Argaña, Juana Mercedes y otro c/ La Cabaña S.A. y otro s/ daños y perjuicios*⁶⁵. En esta oportunidad, los 3 jueces confirmaron la inoponibilidad de la franquicia al tercero, que había sido dispuesta por el juez de primera instancia. Sin embargo, la jueza que redactó el voto (la Dra. Castro) dejó a salvo su criterio en favor de la oponibilidad de la franquicia.

Interesante decisión tomó la Sala H en la causa *Autopistas Urbanas S.A. y otro c/ Transportes Santa Fe S.A.C.I. s/ daños y perjuicios*⁶⁶, el 13 de agosto de 2019, ya que si bien el criterio adoptado podría traer consecuencias similares a la inoponibilidad, es sustancialmente distinto. De manera unánime, los jueces que la integran sostuvieron que

65. Expediente N° 34142/2017.

66. Expediente N° 56619/2015.

la franquicia resultaba nula⁶⁷. Para arribar a esa decisión, compartieron distintos fundamentos que apoyaban su postura y recordaron la doctrina de la propia Corte que permite apartarse de sus pronunciamientos siempre que se aporten nuevos argumentos.

En síntesis, podría decirse, a raíz de las sentencias analizadas precedentemente, que existen tres criterios en aplicación dentro de la misma cámara:

- a) A favor de la tesis de oponibilidad, de conformidad con lo expresado por la CSJN, se manifestaron las salas B, E y G.
- b) A favor de la tesis de inoponibilidad, de conformidad con lo dispuesto con el plenario (aunque a veces no se lo aplicó de manera directa), se pronunciaron las salas A, C, D, F, I, J, K, L y M.
- c) La Sala H parece haber creado un tercer criterio: el de la nulidad de la franquicia establecida en el marco de la Resolución N° 25.429/1997 de la SSN.

3. Algunas reflexiones e interrogantes respecto de la situación planteada

En primer lugar, considero que el escenario descrito en relación con los diferentes criterios constituye un problema de gravedad institucional, pues ataca directamente a la seguridad jurídica. Quienes padecen las consecuencias son, en última instancia, los particulares. Además, la labor de los abogados se ve totalmente desnaturalizada: deja de ser argumentativa, para convertirse en un mero análisis de probabilidades.

También creo que corresponde analizar si existe en algún punto afectación a la garantía de igualdad ante la ley, prevista en el artículo

67. "Tanto la nulidad como la inoponibilidad configuran supuestos de ineficacia; vale decir, importan la privación o disminución de los efectos del negocio jurídico. Pero la nulidad propaga una ineficacia estructural y absoluta, mientras que la inoponibilidad es un supuesto de ineficacia funcional y relativa". (Rivera, J. C. y Medina, G., *Derecho Civil, Parte General*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, p. 854).

16 de la Constitución Nacional y en diversos tratados internacionales que Argentina ha ratificado⁶⁸. Es cierto que la CSJN ha dicho en la causa *Carrera* que “no cabe alegar violación de la igualdad con fundamento en que la sentencia apelada no se ajusta a la doctrina establecida en otras, aunque emanen del mismo tribunal”⁶⁹. Como ha señalado Mosmann⁷⁰, “el derecho de ser iguales no aparece protegido ante las dispares decisiones que pueden adoptarse al aplicarse la ley en el caso concreto de modo diverso o con alcances disímiles”⁷¹. A su vez, podría citarse, para apoyar esta postura, lo que la Corte expresó en el caso *Bussi*: “(...) un precedente (...) debe ser respetado por la garantía de igualdad ante la ley, que obliga a dar igual solución a casos análogos, como la seguridad al generar una interpretación única jurídica, que favorece la certeza y estabilidad del Derecho”⁷².

Respecto de la obligatoriedad de los fallos de la CSJN (en general), ya hemos visto que la Corte no admite que los tribunales inferiores se aparten de sus precedentes sin aportar nuevos fundamentos. Ahora bien, la Corte ha aplicado este criterio tanto en materia federal como de Derecho común⁷³. Asimismo, en *Farina* expresamente, en la

68. Art. 7° de la “Declaración Universal de DDHH”; art. 26 del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”; art. 2° del “Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales”; art. 24 de la “Convención Americana de Derechos Humanos”; que, entre otros, gozan de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 Constitución Nacional).

69. *Héctor Francisco Carrera c/ Carlos Juan Blacek y/u Otros*: CSJN Fallos: 301:917 (1979).

70. Mosmann, Victoria, “El precedente judicial en Argentina”, en *Revista de Derecho Público*, Rubinzal Culzoni, vol. 1, 2, 2016, p. 16.

71. En idéntico sentido se pronuncia Ratti Mendaña, Florencia, “La garantía de igualdad frente a la inexistencia de una doctrina del precedente en el Derecho argentino”. Presentado en Duodécima Jornadas Internacionales de Derecho Natural: Ley Natural y Dignidad Humana, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/garantia-igualdad-frente-inexistencia-ratti.pdf> (fecha de consulta: 10/10/2020).

72. *Bussi, Antonio Domingo c/ Congreso de la Nación - Cámara de Diputados*: CSJN, Fallos: 330:3160. Cons. 4°.

73. Legarre, Santiago y Rivera (h), Julio César, “La obligatoriedad atenuada de los fallos de la Corte Suprema y el *stare decisis* vertical”, 28/08/2009, *La Ley* 2009-E, 820.

parte resolutive, conminó a los tribunales inferiores a acatar su interpretación de un artículo del Código Penal⁷⁴ referido a la prescripción. Habría que ver si estaría dispuesta a tomar una acción similar con la franquicia.

En lo que concierne a la mirada de los tribunales inferiores en cuanto a si se encuentran obligados por los precedentes de la CSJN, Legarre y Rivera habían concluido previamente, luego de un extenso análisis de sentencias, que “los fallos de la Corte Suprema de la Nación no constituyen una regla de derecho obligatoria para casos análogos”⁷⁵. Considero que los resultados de la investigación expuesta en el punto anterior confirman esta visión, pues la mayor parte de las Salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil se han inclinado por adoptar un criterio distinto al establecido por la CSJN.

Sobre la obligatoriedad de los fallos dictados por la Corte Suprema es necesario plantearse el siguiente interrogante: ¿puede considerarse obligatoria la doctrina sentada por la CSJN en esta materia? Para responder a ello hay que tener en cuenta que nos encontramos ante casos que se rigen por el derecho común, cuya interpretación y aplicación está reservada a los tribunales locales en virtud del artículo 75, inc. 12, de la Constitución Nacional. Es decir, la pregunta es cuando la Corte interpreta cuestiones de derecho común, haciendo uso de la doctrina de arbitrariedad, ¿tiene la misma fuerza vinculante que cuando interpreta derecho federal?

Ibarlucía⁷⁶, a partir de la clasificación realizada por Sagüés⁷⁷, que distingue entre arbitrariedad fáctica y arbitrariedad en la interpretación del derecho, sostuvo que, en el caso, por tratarse del segundo supuesto, corresponde otorgarle a la doctrina emanada de los fallos

74. Ley Nacional N° 11.179 y sus modificatorias, BO 03/11/1921.

75. Legarre, Santiago y Rivera (h), Julio César, “La obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde la perspectiva de los tribunales inferiores”, *Jurisprudencia Argentina*, cita online: 0003/012959.

76. Ibarlucía, Emilio, “Efectos de la descalificación por arbitrariedad de la doctrina de un fallo plenario por la Corte Suprema”, *La Ley*, 20/09/2007, tomo 2007-E, p. 1165, cita online: AR/DOC/2715/2007.

77. Ver Sagüés, Néstor, *Recurso Extraordinario*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 230 y sigs.

de la Corte el mismo tratamiento que a los dictados en cuestiones federales típicas.

Imperiale e Ylarri, luego de un extenso análisis, concluyeron que “resulta urgente que la Cámara Civil modifique su postura, pues de lo contrario se estaría desconociendo el carácter de la Corte de intérprete supremo de la Constitución Nacional, en un supuesto en que su jurisprudencia ha sido constante”⁷⁸; además, entendieron que así lo aconsejaban razones de economía procesal, motivos de certeza y seguridad jurídica, y la necesidad de evitar un dispendio jurisdiccional.

Por último, si bien pareciere que la cuestión podría haber quedado zanjada con la Resolución N° 39.927/2016 de la SSN –y ojalá así sea–, lo cierto es que un enorme número de causas se encuentran en trámite y están totalmente expuestas al problema analizado precedentemente. Asimismo, habría que ver qué sucedería si la Corte resolviera declarar la inconstitucionalidad de la Resolución, por cuanto convierte en inoponible la franquicia.

En mi opinión, corresponde a los tribunales inferiores seguir el precedente de la Corte, toda vez que, a pesar de que no cuenta –a mi entender– con funciones de unificación de jurisprudencia⁷⁹, el hecho de que existan dos (o tres) doctrinas totalmente contradictorias en aplicación constante dentro de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, es inconveniente: las partes deberán realizar un exorbitante gasto que, indefectiblemente, terminará en una sentencia de Corte que continúe con el criterio que fue sostenido por ella a lo largo de los últimos años.

En suma, no resulta sencillo dar una respuesta al asunto: por un lado, existen doctrinas plenarios de expreso seguimiento obligatorio por disposición legal; por el otro, una doctrina uniforme del Máximo Tribunal argentino, que ha resuelto en sentido totalmente contrario. Creo que es aconsejable seguir la doctrina de la CSJN, por las razones ya expuestas en el párrafo precedente. De esta manera, triunfan la

78. Imperiale, Nazareth Azul e Ylarri, Juan Santiago, “Sobre la obligatoriedad de los precedentes de la Corte Suprema”, ob. cit., pp. 753 y sigs.

79. En este punto, coincidí con Bianchi, Alberto, “Una meditación acerca de la función institucional de la Corte Suprema”, *La Ley*, 1997-B- 994, 2001.

seguridad jurídica y la lógica del sistema judicial argentino, en cuya cúspide se encuentra la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

4. CONCLUSIÓN

La tensión es clara y los tribunales involucrados no parecen hallar solución. Por un lado, un fallo plenario –de seguimiento obligatorio para los jueces de Cámara y de primera instancia a quienes la Cámara les resulte tribunal de alzada– sostiene la inoponibilidad de la franquicia. Por otra parte, la CSJN entiende que la franquicia debe ser oponible y así lo ha expresado en un sinnúmero de sentencias. Del trabajo de campo realizado surge que, de las trece salas que integran la Cámara, solo tres son respetuosas de la posición adoptada por la CSJN. El resto aplica la doctrina plenaria y no falta aquella que adopta una tercera interpretación, lejana tanto de la doctrina de la Corte como de la de sus pares dentro de la Cámara. En Argentina, no son claras las condiciones del uso del precedente y eso favorece el conflicto jurisprudencial que este trabajo evidencia.

La investigación realizada demuestra que no hay, en los hechos, un *stare decisis* vertical: los tribunales inferiores se apartan constantemente de las sentencias de la Corte sin ni siquiera aportar nuevos argumentos que justifiquen dicho proceder. Esto crea un escenario desfavorable para el correcto funcionamiento de la administración de justicia, lo que repercute de manera directa en los individuos: los justiciables jamás podrán prever la respuesta que recibirán de la justicia y tendrán que afrontar un sinnúmero de instancias hasta alcanzar una sentencia definitiva.

Encontrar una solución tanto sobre el fondo de la cuestión como respecto de la aplicación más conveniente del precedente de la Corte Suprema requiere de un análisis que escapa a los fines de este trabajo. No obstante, parece relevante demostrar que hay un conflicto vigente y que tal conflicto resulta ejemplificativo de cómo se aplica, en concreto, la doctrina del precedente en el día a día del servicio de justicia argentino. Seguramente ello inspirará múltiples planteos sobre la necesidad de brindar solución a estos conflictos jurisprudenciales, que podrán ser objeto de futuras investigaciones.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Bianchi, Alberto, "De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema (una reflexión sobre la aplicación del *stare decisis*)", *ED.CO.* 2002/2001-335, 2001.
- Bianchi, Alberto, "Una meditación acerca de la función institucional de la Corte Suprema", *La Ley*, 1997-B- 994, 2001.
- Daray, Hernán, *Accidentes de tránsito*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea.
- Garat, Pablo María, "La obligatoriedad de los plenarios y la normativa que regula la franquicia en materia de seguro para el transporte público de pasajeros. Aspectos constitucionales", *Doctrina Judicial*, tomo 2007-III, número 749, *passim*.
- Garay, Alberto, *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009.
- Halperin, Isaac, *Lecciones de seguros*, Buenos Aires, Depalma, 1997.
- Ibarlucía, Emilio, "Efectos de la descalificación por arbitrariedad de la doctrina de un fallo plenario por la Corte Suprema", *La Ley*, 20/09/2007. Cita online: AR/DOC/2715/2007.
- Imperiale, Nazareth Azul e Ylarri, Juan Santiago, "Sobre la obligatoriedad de los precedentes de la Corte Suprema", *Revista de Derecho Público*, 2020, pp. 715-755.- Legarre, Santiago, *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Legarre, Santiago y Rivera (h), Julio César, "Quórum y mayoría en la Corte Suprema", *Jurisprudencia Argentina*, 2008, cita online: 0003/014196.
- Legarre, Santiago y Rivera (h) Julio César, "La obligatoriedad atenuada de los fallos de la Corte Suprema y el *stare decisis* vertical", 20/08/2009, *La Ley* 2009-E, 820, 2009.
- Legarre, Santiago y Rivera (h), Julio César, "La obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde la perspectiva de los tribunales inferiores", *Jurisprudencia Argentina*, cita online: 0003/012959.
- Leguisamón, H. E., "La acertada reinstalación del recurso de inaplicabilidad de la ley y de la obligatoriedad de los fallos plenarios", *El Dial*, 08/02/2019, DOI: DC26D2.
- López Saavedra, Domingo, "La franquicia deducible en el contrato de seguros y su oponibilidad a los terceros: ¿El final de una historia?", *La Ley*, Tomo 2008-B, p. 403, cita online AR/DOC/852/2008.
- Mossman, Victoria, "El precedente judicial en Argentina", en *Revista de Derecho Público*, Rubinzal Culzoni, vol. 1, 2, año 2016.

- Ratti Mendaña, Florencia, “La garantía de igualdad frente a la inexistencia de una doctrina del precedente en el Derecho argentino”. Presentado en Duodécima Jornadas Internacionales de Derecho Natural: Ley Natural y Dignidad Humana. Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho, Buenos Aires. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/3028> (fecha de consulta: 14/04/2021).
- Rivera, Julio César y Medina, Graciela, *Derecho Civil, Parte General*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016.
- Sagües, Néstor, *Recurso Extraordinario*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- Shciavo, Carlos y Castro Sammartino, Mario, “Nuevamente sobre la «oponibilidad» de la franquicia. La doctrina de la Corte y el plenario «Obarrio»”, *La Ley*, 16/04/2007, tomo 2007-B, p. 676, cita online: AR/DOC/1464/2007.
- Sobrino, Waldo Augusto, “Regreso con gloria del fallo plenario «Obarrio» respecto a la inoponibilidad de la franquicia de acuerdo con la Resolución N° 39.927 de la SSN (julio de 2016)”. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/waldo-augusto-sobrino-regreso-gloria-fallo-plenario-obarrio-respecto-inoponibilidad-franquicia-acuerdo-resolucion-39927-ssn-julio-2016-dacf170270-2017-06-19/123456789-0abc-defg0720-71fcanirtcod?&o=7&f=Total%7CFecha/2017%5B20%2C1%5D%> (fecha de consulta: 10/10/2020).

Jurisprudencia citada

Corte Suprema de Justicia de la Nación

- Héctor Francisco Carrera v. Carlos Juan Blacek y/u Otros: CSJN Fallos: 301:917 (1979).
- Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa Farina, Haydée Susana s/ homicidio culposo, sentencia del 26 de diciembre de 2019.
- Flores, Lorena Romina c/ Giménez, Marcelino Osvaldo y Otro s/ daños y perjuicios (acc. tran. c/ les. o muerte), sentencia del 06/06/2017, Fallos: 340:765.- Gauna, Agustín y su acumulado c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro s/ daños y perjuicios, sentencia del 04/03/2008, causa CSJ 327/2007 (43-G)/CS1.
- Incidente de prescripción Cerámica San Lorenzo, sentencia del 04/07/1985, Fallos: 337:329.

- Bussi, Antonio Domingo c/ Congreso de la Nación - Cámara de Diputados, Fallos: 330:3160.- Nieto, Nicolasa del Valle c/ La Cabaña S.A. y otros, 08/08/2006, Fallos: 329:3054.*
- Obarrio, María Pía c/ Microómnibus Norte S.A. y otros s/ daños y perjuicios: CSJN, 04/03/2008 causa CSJ 166/2007 (43-O)/CS1.*
- Recurso de hecho deducido por La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales en la causa Villarreal, Daniel Alberto c/ Fernández, Andrés Alejandro y otros: CSJN, 29/08/2006, Fallos: 329:3488.*

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

- A., A. F. c/ J., D. s/ daños y perjuicios: CNCiv., Sala L, 14/08/2013, expediente N° 66351/2008.- Aldariz, Jorge c/ Compañía de Transportes Río de la Plata S.A. y otro s/ daños y perjuicios: CNCiv., Sala A, 04/09/2013.- Del Águila, Sonia Karen y otro c/ Expreso Gral. Sarmiento S.A.T. y otro: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, del 26/05/2008, publicado en LL 07/07/2008, 9, cita online: AR/JUR/3162/2008;*
- F., Javier Hernán y otro c/ M., Jorge Daniel y otros s/ daños y perjuicios: CNCiv., Sala A, 03/06/2013, expediente N° 111.664/07.*
- Inversiones Rifer S.L. c/ Fruticon S.A. s/ Incidente civil: Cámara Nacional en lo Civil en pleno, 23/12/2013.*
- Kartopapel, S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires: CNCiv. en pleno: 15 de julio de 1977, ED T° 74, p. 322, LL 1977-C-366.*
- Obarrio, María Pía c/ Microómnibus Norte S.A. y otro s/ daños y perjuicios (acc. tran. c/ les. o muerte) - Sumario y Gauna, Agustín c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro s/ daños y perjuicios: CNCiv., sentencia del 13/12/2006, expedientes Nros. 50449/1999 y 469961/2000.*
- Saldívar Penayo, Adelaida c/ M.O.D.O. S.A. De Transporte Automotor y otros s/ daños y perjuicios (acc. tran. c/les. o muerte): CNCiv. Sala B, 06/07/2020, expediente N° 77301/2007.*
- Mestre, Mónica Raquel c/ Empresa 501 S.A. y Otros s/ daños y perjuicios (acc. tran. c/les. o muerte): CNCiv. Sala G, 11/04/2018, expediente N° 21068/2013.*
- Granda Taboada, Ricardo c/ Modo S.A. de Transporte Automotor y Otros s/ daños y perjuicios (acc. tran. c/les. o muerte): CNCiv. Sala M, 14/09/2018, expediente N° 56715/2012.*
- Bertrand, Oscar Alberto y otro c/ Ehgartner, Claudio Gerardo y otros s/ daños y perjuicios: CNCiv. Sala K, 16/07/2019, expediente N° 18661/2008.*

- Aguilar, Yamila c/ Almafuerte S.A.T.A.C.I., y Otros s/ daños y perjuicios*: CNCiv. Sala F, 25/06/2020, expediente N° 80491/2015.
- S., Fernando Luis c/ Transporte Automotor Plaza S.A.C.I. y otros s/ daños y perjuicios*: CNCiv. Sala A, 30/10/2018, expediente N° 91680/2011.
- Martínez, Mónica B. c/ Goyenechea, Bernardo L. y otros s/ daños y perjuicios*: CNCiv. Sala D, 30/06/2017, expediente N° 62469/2009, *La Ley*, cita online: AR/JUR/42624/2017.
- R. M. c/ Microomnibus Sur S.A. Línea 160 s/ daños y perjuicios*: CNCiv. Sala E, 10/10/2018, expediente N° 30482/2016.
- Miguel, Norma Amabile c/ Transportes La Perlita S.A. Interno 42 Línea 501 y otro s/ daños y Perjuicios (acc. tránsito c/les. o muerte)*: CNCiv. Sala L, 07/05/2020, expediente N° 3693/2014.
- Morton, Aníbal Abel y Otros c/ La Independencia S.A. de Transportes y Otros s/ daños y perjuicios (acc. tran. c/les. o muerte)*: CNCiv. Sala J, 09/10/2018, expediente N° 5617/2008.
- Suárez, Blanca Yolanda c/ Microómnibus Mitre S.A. Línea 318 y Otros s/ daños y perjuicios*: CNCiv. Sala C, 09/06/2020, expediente N° 57546/2010.
- Ramírez Argaña, Juana Mercedes y otro c/ La Cabaña S.A. y otro s/ daños y perjuicios*: CNCiv. Sala I, 30/10/2020, expediente N° 34142/2017.
- Autopistas Urbanas S.A. y otro c/ Transportes Santa Fe S.A.C.I. s/ daños y perjuicios*: CNCiv. Sala H, 13/08/2019, expediente N° 56619/2015.

Normas citadas

- Ley N° 26.853, BO 27/05/2013.- Ley N° 11.179 y sus modificatorias, BO 03/11/1921.- Ley N° 17.454 (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), BO 20/09/1967.
- Ley N° 17.418 (Ley General de Seguros), BO 06/09/1967.
- Ley N° 24.449 (Ley Nacional de Tránsito), BO 12/10/1995.
- Ley N° 27500, BO 10/01/2019.
- Resolución SSN N° 25.429/1997, BO 11/11/1997.
- Resolución SSN N° 39.927/2016; BO 18/07/2016.

PARTE II

NOTAS Y COMENTARIOS

DIFERENTES ETAPAS EN LA CONFORMACIÓN DEL ACTUAL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

DIFFERENT STAGES IN THE CONFORMATION OF CURRENT INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

JORGE OCANTOS¹

Recibido: 27 de abril de 2021
Aprobado: 22 de mayo de 2021

RESUMEN

El autor aborda lo que hoy se conoce como Derecho Internacional de los Derechos Humanos haciendo un análisis histórico desde su origen en la segunda posguerra del siglo XX hasta la actualidad. A los fines de su estudio, estima fundamental dividirlo en tres etapas muy bien diferenciadas. La primera etapa se conforma por la aprobación de las Declaraciones de Derechos Humanos, en las cuales, si bien no hubo acuerdo sobre el fundamento de estos, sí lo hubo sobre su importancia. La segunda etapa involucra a los Tratados de Derechos

1. El autor, investigador independiente, es abogado egresado de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires y Diplomado en Derechos Humanos por la Universidad Austral. En la actualidad es alumno del Doctorado en Ciencias Jurídicas en la UCA. Correo electrónico:jorgeocantos@hotmail.com.

Humanos, donde se le dio un rol preeminente al Estado en primer lugar, y a las ONG, en segundo. La tercera etapa se conforma por la actuación de los órganos de control de los Tratados de Derechos Humanos, quienes se han destacado por una praxis activista creadora de “nuevos derechos” que no se encontraban ni en las declaraciones ni en los tratados suscritos por los Estados.

PALABRAS CLAVE

Derechos Humanos; Filosofía del Derecho; Derecho Constitucional; Neoconstitucionalismo.

ABSTRACT

This paper analyzes historically Human Rights Law, beginning with its origin after the World War II in the 20th century to the present day. In order to achieve the purpose of the analysis, it takes into account three differentiated stages in international human rights law development. The first stage began with the declarations of human rights, where although there was no consensus upon their basis, there was consensus upon their importance. The second stage involves the international covenants of human rights, where the State receives a preeminent role in first place, and also the NGOs in the second. The third stage came up with the action of international bodies created by the human rights covenants, who have acted with an important activist tendency that has created “new rights” that are not even placed in the declarations or in the international covenants signed by the States.

KEYWORDS

Human Rights; Jurisprudence; Constitutional Law; Neo-Constitutionalism.

PARA CITAR ESTE TEXTO:

Ocantos, Jorge, "Diferentes etapas en la conformación del actual Derecho Internacional de los Derechos Humanos", *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, N° 11, 2021, pp. 181-220.

1. INTRODUCCIÓN

El conocido escritor Ronald Dworkin contiene, en la más renombrada de sus obras (*Los derechos en serio*), una expresión a la vez sintética y clarificadora de cómo cabría entender los derechos en nuestro tiempo; dice así: "[l]os derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos"².

Esta expresión puede ser interpretada razonablemente de dos modos; la primera, refiere al lugar central en que han sido ubicados los derechos hoy en día, de ahí que hayan adquirido un lugar superlativo en la consideración ciudadana contemporánea y que, frente a la invocación de un derecho, no quepa otra alternativa que rendirse a su preeminencia.

La segunda interpretación posible es que "los derechos" se han convertido en herramientas políticas, de ahí que son "triunfos" que se pueden sacar a relucir en cualquier circunstancia, una suerte de comodines que ocupan un lugar central en el discurso político, en instrumentos de los que cabe servirse, podemos decir, con una finalidad política.

Es a esta segunda interpretación a la que queremos referirnos a continuación en especial vinculación con aquellos derechos que, siguiendo la metáfora de Dworkin, son "Triunfos" (con mayúscula) de nuestro tiempo: los derechos humanos. Ciertamente, los derechos humanos concebidos como "Triunfos" contemporáneos han tenido un particular derrotero desde su génesis en la segunda posguerra del siglo pasado hasta nuestros días.

2. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Editorial Ariel, 1984, p. 37.

Los programas de Derechos Humanos de muchas universidades, cuando enseñan esta materia a los alumnos, se concentran, normalmente, en los derechos enumerados en las Declaraciones de Derechos Humanos más conocidas (Declaración Universal y Declaración Americana), y en los derechos enunciados en los Tratados más conocidos (Convenio Europeo de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos); no obstante, hay una serie de derechos llamados derechos humanos que no surgen de los textos mencionados, pero se han impuesto como tales y forman parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; siguiendo al autor francés Grégor Puppínck³, podemos citar a modo de ejemplo, el derecho al aborto, el derecho a la eutanasia o el derecho al hijo.

El objetivo de este estudio es indagar cuál ha sido el derrotero de los derechos humanos desde su génesis en la segunda posguerra hasta el día de hoy, y contrastar cómo actualmente nos encontramos en presencia de “nuevos derechos” inexistentes en un comienzo. Esto de por sí no tendría nada de llamativo, es normal que con el transcurso del tiempo surjan cosas nuevas, pero lo curioso es que muchas de las cosas nuevas surgidas, en algunos casos, se pongan en contradicción con las que les dieron comienzo.

Tal vez resulte oportuno recordar aquí que lo novedoso no necesariamente es sinónimo de bondadoso. La materia moral (dentro de la que cabe encuadrar al Derecho) es muy distinta a la técnica y de ahí que resulte absurdo sostener que algo es mejor que otra cosa por el hecho de ser posterior en el tiempo, es decir, identificar novedad con verdadero, directamente, identificar novedad con progreso⁴.

3. Puppínck, Grégor, *Mi deseo es la ley. Los derechos del hombre sin naturaleza*, trad. Montesinos, Fernando y Montes, Miguel, Madrid, Ediciones Encuentro S.A., 2020.

4. Como se ha dicho magistralmente: “(...) hemos de constatar que un progreso acumulativo sólo es posible en lo material. Aquí, en el conocimiento progresivo de las estructuras de la materia, y en relación con los inventos cada día más avanzados, hay claramente una continuidad del progreso hacia un dominio cada vez mayor de la naturaleza. En cambio, en el ámbito de la conciencia ética y de la decisión moral, no existe una posibilidad similar de incremento, por el simple hecho de que la libertad del ser humano es siempre nueva y tiene que tomar siempre de nuevo sus decisiones.

Por eso, para comprender en qué punto nos encontramos, la expresión derrotero nos parece lo suficientemente clara; la derrota del barco permite ver cuál ha sido la trayectoria de este en el curso de su navegación que, en muchas ocasiones, ya sea por la inclemencia del tiempo o la corriente, suele ser zigzagueante.

En este recorrido, nos encontramos en un estadio que, en algunas materias, se ha diferenciado en gran medida del punto que le dio comienzo, de ahí que cuando se habla de “derechos humanos” en muchos aspectos hay un gran desacuerdo acerca de qué estamos hablando o cuál es su contenido; sin perjuicio de estos desacuerdos, todavía está claro que los derechos humanos siguen siendo verdaderos “Triunfos políticos” sobre los que es legítimo indagar y, si resulta necesario, criticar.

2. LAS ETAPAS EN LA FORMACIÓN DE LO QUE HOY SE CONOCE COMO “DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS”

No decimos nada nuevo si afirmamos que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos surgió en el contexto de la segunda posguerra del siglo XX. Luego de concluida la Segunda Guerra tuvo lugar un movimiento, tanto mundial como regional, que se propuso dejar asentado, primero en declaraciones y luego en tratados, una serie de derechos inalienables (como indica la Declaración Universal de 1948) o esenciales (como refiere la Declaración Americana de 1948), que obligaban a los Estados no ya frente a otros Estados sino puertas adentro de sus fronteras para con los habitantes de su territorio.

En la formación de este *corpus* de derechos, de lo que hoy se conoce como Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es posible advertir tres etapas muy bien diferenciadas, con caracteres propios cada una de ellas, que constituyen el rumbo del recorrido ini-

No están nunca ya tomadas para nosotros por otros; en este caso, en efecto, ya no seríamos libres. La libertad presupone que en las decisiones fundamentales cada hombre, cada generación, tenga un nuevo inicio”. Benedicto XVI., Carta encíclica, *Spe Salvi*, 30 de noviembre de 2007.

ciado luego de la segunda posguerra. Cada una de estas etapas, en las que se ha dividido este recorrido, se caracteriza por contar con rasgos propios y muy particulares y constituyen eslabones sucesivos de una cadena que nos lleva hasta nuestros días y nos permite comprender de manera clara el por qué y el lugar en el que hoy nos encontramos.

Insistimos, como se indicara en la Introducción, tener claro este recorrido es fundamental para comprender las diferencias que en su trayectoria se han generado entre lo que podríamos llamar derechos humanos “originales” (los correspondientes a la segunda posguerra) y los actuales.

Estas tres etapas diferenciadas en las que puede separarse la evolución de los derechos humanos y la conformación del actual *corpus* del Derecho Internacional de los derechos humanos son las siguientes:

- (i) Declaraciones de Derechos Humanos;
- (ii) Tratados de Derechos Humanos;
- (iii) Resoluciones de los organismos de control creados por los Tratados de Derechos Humanos.

(i) Las Declaraciones de Derechos Humanos

Los primeros instrumentos tendientes a reconocer y proteger los derechos humanos, concluida la Segunda Guerra Mundial, tuvieron forma de “declaraciones”, es decir, fueron emitidos por los órganos ejecutivos de distintos órganos internacionales, ya fueran mundiales o regionales.

Deben distinguirse dos niveles en las organizaciones internacionales de Estados. El primer nivel es mundial, con la Organización de Naciones Unidas (“ONU”) a la cabeza; el segundo es regional, donde pueden encontrarse organismos en Europa, América y África. Tanto a nivel mundial como regional los distintos organismos existentes adoptaron disposiciones y normativas de Derechos Humanos.

De este modo, casi simultáneamente, en el año 1948, la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (“ONU”), mediante Resolución N° 217 A, emitió la “Declaración Universal de Derechos

Humanos”⁵ y, por su parte, la IX Conferencia Internacional Americana emitió la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”.

Estas primeras declaraciones eran, de alguna manera, expresiones de buena voluntad y de buenas intenciones; las principales dificultades que contenían para hacer efectivos los derechos reconocidos eran dos: (i) no eran obligatorias para los Estados, ya que habían sido adoptadas por los órganos ejecutivos de los organismos internacionales; (ii) no contenían un procedimiento específico de control que velara por el cumplimiento de los derechos enunciados.

La emisión de estas declaraciones no estuvo exenta de discusiones y polémicas donde quedaban claras las distintas cosmovisiones de los Estados sobre el fundamento de los derechos humanos. Es decir, el hecho de que las declaraciones hayan sido adoptadas mediante resoluciones no implicó de comienzo unanimidad ni mucho menos sobre lo que se discutía y resolvía. Así, por ejemplo, en el caso de la Declaración Universal su emisión demoró casi dos años, desde 1946 que comenzó a trabajar el Comité de redacción hasta la emisión de la citada Resolución N° 217 A en 1948.

5. En rigor de verdad, en español, al momento de su dictado, esta declaración recibió el nombre de “Declaración Universal de Derechos del Hombre” (en lugar de “Derechos Humanos”, como hoy se la conoce). No fue sino hasta 1952, mediante la Resolución N° 548 de la ONU, cuando se decidió cambiar la expresión “Derechos del Hombre” por “derechos humanos”. A través de la citada resolución, la ONU dispuso que la expresión a utilizar en nuestro idioma, en lo sucesivo, sería “Derechos Humanos” en vez de “Derechos del Hombre”, como se había utilizado hasta entonces. Obsérvese, por ejemplo, que la Declaración Americana de 1948 también habla de Derechos del Hombre y luego, cuando en América se suscribió el correspondiente tratado en 1969 (Pacto de San José de Costa Rica), se le dio el nombre de “Convención Americana de Derechos Humanos” y no ya de Derechos del Hombre. Lamentablemente, la Resolución N° 548 de la ONU, que modificó esta expresión del vocabulario de nuestro lenguaje, no expresa con mayor fundamento las razones de este cambio sino que solo menciona: “(...) que el contenido y la finalidad de la Declaración Universal y del proyecto de Pacto tienen un amplio significado que no cabe dentro del Título en lengua española de «Derechos del Hombre»”.

El autor francés Grégor Puppínck, en la obra ya citada⁶, refiere como ejemplo de estas diferentes cosmovisiones que se tuvieron en miras a la hora de redactar la Declaración Universal, la discusión sobre el artículo 1^o (nada menos) donde, con relación a la dignidad del hombre como fundamento de los Derechos Humanos, hubo distintas delegaciones que se preocuparon por dejar asentado de manera expresa que el fundamento de la dignidad del hombre era Dios creador.

Como sabemos, la posición creacionista no ganó la discusión; sin perjuicio de lo cual ello es demostrativo de las diferencias esenciales entre las cosmovisiones existentes en el seno de las Naciones Unidas a la hora de discutir la redacción de la Declaración⁸.

Tal vez, como síntesis del desacuerdo sobre el fundamento de los derechos reconocidos en las Declaraciones, valga lo expresado oportunamente por Jacques Maritain: "Estamos de acuerdo en estos Derechos, pero a condición de que no se nos pregunte el porqué (sic). Con el porqué empieza la disputa"; la adopción de la Declaración universal descansará "sobre un pensamiento práctico común, no sobre la afirmación de una misma concepción del mundo, del hombre y del conocimiento"⁹.

6. Puppínck, Grégor, ob. cit., p. 44.

7. "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros" (art. 1^o, de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

8. Vale la pena destacar que uno de los países que más bregó por dejar asentada la posición creacionista en el artículo 1^o de la Declaración fue Argentina. En efecto, como puede observarse en los trabajos preparatorios de la Declaración Universal, el representante de nuestro país, Enrique Ventura Corominas, apoyó la enmienda de Brasil que proponía dejar asentado en el artículo 1^o que lo que hace digno al hombre y de ahí acreedor de derechos es que este "es creado a imagen y semejanza de Dios". Los trabajos preparatorios pueden ser consultados en la biblioteca *online* de Naciones Unidas. Rescatado de <https://undocs.org/en/A/C.3/SR.98> (fecha de consulta: el 21-04-21).

9. Puppínck, Grégor, ob. cit., p. 45, quien cita la obra de Maritain, Jacques, "Introduction", en *Autour de la nouvelle Déclaration universelle des droits de l'homme; textes réunis par l'Unesco*, París, Sagittaire, 1949.

Las Declaraciones, tanto la Universal como la Americana¹⁰, concluyeron con estructuras relativamente similares, a saber: (i) un preámbulo, (ii) una primera mención al fundamento de los derechos humanos, (iii) una enunciación exhaustiva de derechos subjetivos, (iv) una enunciación de deberes (mucho más amplia en la Declaración Americana que en la Universal). Estos instrumentos fueron un primer paso, importante sí, pero el formato de “Declaraciones” las convertía en expresiones de buena voluntad por la ausencia de un compromiso expreso de los Estados y un sistema de control propio. De allí que fuera necesario pasar a una segunda etapa en la conformación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: los Tratados de Derechos Humanos.

(ii) Los Tratados de Derechos Humanos

La segunda etapa fue muy importante y se presenta como un eslabón necesario para la tercera y, asimismo, resulta fundamental para una acabada comprensión del lugar en el que nos encontramos actualmente en materia de derechos humanos.

El inicio de esta etapa fue una posta de la primera, ya que la misma Resolución N° 217 de la Asamblea de las Naciones Unidas (por la que se había aprobado la Declaración Universal), en el punto E, dispuso que el Consejo Económico y Social debía comenzar a trabajar en la elaboración de un “Pacto relativo a los derechos del hombre y de medidas de aplicación”.

Según la referida resolución, el órgano ejecutivo de la ONU responsable de la elaboración de este Pacto sería el Consejo Económico y Social quien, a su vez, delegaría esta tarea en la Comisión de Derechos del Hombre. Citemos textualmente la norma:

10. El Dr. Eduardo Quintana ha escrito un muy interesante artículo en el cual, entre otras cosas, destaca la diferente cosmovisión que fundó la Declaración Universal y la Declaración Americana, la primera con un concepto de dignidad inmanente y, la segunda, con la importancia dada a los deberes para con la comunidad, más cercana (aunque no expresamente) a la tradición cristiana de Occidente. Quintana, Eduardo, “Dignidad y deberes”, *Prudentia Iuris*, N. 83, Buenos Aires, Educa, 2017, pp. 73-94.

“Considerando que el plan de trabajo de la Comisión de Derechos del Hombre prevé la elaboración de una Carta Internacional de Derechos del Hombre, que deberá comprender una Declaración, un Pacto relativo a los derechos y medidas de aplicación;

Invita al Consejo Económico y Social a pedir a la Comisión de Derechos del Hombre se sirva continuar dando prioridad, en su plan de trabajo, a la preparación de un proyecto de Pacto relativo a los derechos del hombre y a la elaboración de medidas de aplicación”.

Esta etapa comenzó entonces en 1948 y, en el ámbito universal (propio de la ONU), iba a tener una muy larga duración, pues recién en el año 1966 se adoptarían los tratados a que ordenaba la Resolución N° 217 E. En este extenso período de tiempo, se sucedieron distintas resoluciones de la Asamblea General, en las cuales es posible observar la evolución del proyecto inicial de Pacto en la ONU. Las Resoluciones en cuestión son las siguientes: N° 421 (del 04/12/1950)¹¹, N° 543 (05/02/1952)¹², N° 544 (05/02/1952)¹³, N° 833 (04/12/1954)¹⁴, N° 1.041 (21/02/1957)¹⁵, N° 1.458 (10/12/1959)¹⁶, N° 1.843 (19/12/1962)¹⁷, N° 1.960 (12/12/1963)¹⁸, N° 2.080

11. Disponible en: [https://undocs.org/es/A/RES/421\(V\)](https://undocs.org/es/A/RES/421(V)) (fecha de consulta: 20/04/2021).

12. Disponible en: [https://undocs.org/es/A/RES/543\(VI\)](https://undocs.org/es/A/RES/543(VI)) (fecha de consulta: 20/04/2021).

13. Disponible en: [https://undocs.org/es/A/RES/544\(VI\)](https://undocs.org/es/A/RES/544(VI)) (fecha de consulta: 20/04/2021).

14. Disponible en: [https://undocs.org/es/A/RES/833\(IX\)](https://undocs.org/es/A/RES/833(IX)) (fecha de consulta: 20/04/2021).

15. Disponible en: [https://undocs.org/es/A/RES/1043\(XI\)](https://undocs.org/es/A/RES/1043(XI)) (fecha de consulta: 20/04/2021).

16. Disponible en: [https://undocs.org/es/A/RES/1458\(XIV\)](https://undocs.org/es/A/RES/1458(XIV)) (fecha de consulta: 20/04/2021).

17. Disponible en: [https://undocs.org/es/A/RES/1843\(XVII\)](https://undocs.org/es/A/RES/1843(XVII)) (fecha de consulta: 20/04/2021).

18. Disponible en: [https://undocs.org/es/A/RES/1960\(XVIII\)](https://undocs.org/es/A/RES/1960(XVIII)) (fecha de consulta: 20/04/2021).

DIFERENTES ETAPAS EN LA CONFORMACIÓN DEL ACTUAL...

(20/12/1965)¹⁹ y, finalmente, N° 2.200 (16/12/1966)²⁰, aprobatoria de los tratados.

Aquí, en esta etapa, se producen dos hechos fundamentales en la conformación del actual *corpus* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Veámoslos a continuación:

(ii) 1. El desdoblamiento en la concepción de los derechos humanos

El primero de estos dos hechos fue la decisión de desdoblar el “Pacto relativo a los derechos del hombre y de medidas de aplicación”, al que hacía referencia la citada Resolución N° 217 E de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

En efecto, antes de 1950, es decir, solo dos años después de que comenzara su trabajo, el Consejo Económico y Social ya había transmitido un proyecto de Pacto elaborado por la Comisión de Derechos del Hombre; mientras que la Asamblea de la ONU había realizado distintas observaciones, en consonancia con las sugerencias formuladas por los Estados parte. Entre dichas observaciones, se había resalado la necesidad de incluir en ese Pacto los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Resolución N° 421, pto. E 7.a).

En 1952, mediante la Resolución N° 543, la ONU dispuso expresamente que debía realizarse, no ya un “Pacto” como estaba previsto originalmente, sino dos pactos distintos, uno referido a los Derechos Civiles y Políticos, y otro de “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”²¹.

19. Disponible en: [https://undocs.org/es/A/RES/2080\(XX\)](https://undocs.org/es/A/RES/2080(XX)) (fecha de consulta: 20/04/2021).

20. Disponible en: [https://undocs.org/es/A/RES/2200\(XXI\)](https://undocs.org/es/A/RES/2200(XXI)) (fecha de consulta: 20/04/2021).

21. “Por tanto, la Asamblea General: 1. Pide al Consejo Económico y Social que invite a la Comisión de Derechos del Hombre a redactar dos Pactos de Derechos del Hombre, que deberán ser sometidos simultáneamente al examen de la Asamblea General en su séptimo período de sesiones, abarcando el uno los Derechos Civiles y Políticos y el otro los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de manera que la Asamblea General pueda aprobar simultáneamente ambos Pactos y abrirlos al mismo

La decisión de elaborar dos pactos distintos tuvo efectos muy importantes en materia de derechos humanos, se trató de una decisión que no fue arbitraria, sino que estuvo fundada en razones serias. La concepción original del Pacto estaba más enmarcada en lo que luego quedó redactado como el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, su objetivo histórico era proteger los derechos civiles y políticos de las personas de los excesos de los Estados, demandando de estos un deber de abstención, una conducta que implique no entrometerse arbitrariamente en la vida de sus habitantes, una conducta “negativa” de los Estados, un no-hacer; ello conformaba lo que en la doctrina se conoce como los derechos humanos de “primera generación”²².

Distinto es el caso de los derechos económicos, sociales y culturales consagrados luego en el Pacto homónimo; aquí se demanda un rol central del Estado, quien debe bregar activamente por la realización de estos derechos. Ya no se trata solo del derecho a la libertad, donde el Estado no debe entrometerse arbitrariamente, sino del derecho a la salud, al trabajo, a la educación, a la cultura, etcétera, los derechos que conforman los Derechos Humanos de “segunda generación”.

tiempo a la firma, debiendo estos dos Pactos, para traducir enérgicamente la unidad del fin perseguido y asegurar el respeto efectivo a los derechos del hombre, contener el mayor número posible de disposiciones similares, especialmente en lo que se refiere a los informes que sobre la aplicación de esos derechos habrán de presentar los Estados” (Resolución N° 543 de la Asamblea de las Naciones Unidas, del 5 de febrero de 1952, sobre la redacción de dos proyectos de pactos internacionales de derechos del hombre).

22. Puede verse Bidart Campos, Germán J. Manuel, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1999 (6ª reimpresión, 2009), pp. 473 y sigs. “En la actualidad, el plexo de Derechos Humanos se descompone en tres categorías, según el orden cronológico en que fueron apareciendo históricamente. Se habla, así, de tres «generaciones» de derechos por la época en que se generó cada una. Los derechos de primera generación fueron –y continúan siendo– los clásicos Derechos Civiles y Políticos; los de segunda generación emergen como Derechos Sociales, Económicos y Culturales (o Derechos Sociales en conjunto) con el constitucionalismo social en el siglo XX; los derechos de la tercera generación atisban incipientemente desde hace escaso tiempo, e incluyen el derecho a la paz, a la cultura, a un medio ambiente sano, a la comunicación e información, etc. Podrán titularse «Derechos Colectivos»” (p. 476).

Expresado coloquialmente, no nos parece desacertado sintetizar las diferencias entre las “generaciones de derechos” en esta frase: los primeros derechos requieren “menos Estado”, los segundos derechos demandan “más Estado”²³.

No puede olvidarse el contexto en el que tuvieron lugar las deliberaciones sobre los Pactos de Derechos Humanos, un mundo bipolar con Estados Unidos y Europa occidental, por un lado, y la Unión Soviética y China, por el otro. Y, también como síntesis de ello, tampoco está demás afirmar que, si el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se correspondía a una cosmovisión más propiamente occidental, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se proponía mostrar al mundo las bondades del socialismo²⁴.

En este sentido, no parece casual que en citada la Resolución N° 421 de la ONU, cuando se hizo referencia a los países que habían hecho observaciones al primer proyecto de “Pacto” presentado por el Consejo Económico y Social de la ONU (recuérdese que todavía no se

23. Por supuesto que esta afirmación puede ser matizada si se sostiene que los derechos de primera generación también requieren de la presencia del Estado, quien debe organizar la seguridad, conformar tribunales para administrar justicia, entre otras cosas. No negamos ello, pero es evidente que hay una diferencia entre una y otra concepción de derechos (por eso, lo que iba a ser un “Pacto” luego fueron dos diferentes). Esta expresión nos resulta ilustrativa de esta distinción aunque, por supuesto, sintética. Sin perjuicio de que de las mismas resoluciones de la ONU surja claro el requerimiento de desdoblamiento de los tratados y la concepción de los distintos tipos de derechos, hay autores que niegan tal división. Puede verse, por ejemplo, Bazán, Víctor, “Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano”, *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano*, México, 2005, pp. 547 y sigs.

24. Así, se ha dicho: “[e]n resumen, el impulso inicial por los Derechos Humanos negativos puede ser fundado en las revoluciones de Francia y América, mientras que el impulso inicial por los Derechos Económicos y Sociales en las luchas de las dos primeras décadas del siglo XX, y luego en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial, el cual vio un mayor desarrollo de la segunda generación y el surgimiento de los derechos de tercera generación”. Davis, D. M., “Socio-Economic Rights”, en Michel Rosenfeld y Andrés Sajó (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 1020-1035. (Original en inglés, traducción libre del autor de este artículo).

había decidido desdoblarlo en dos), los países que se citaron en primer término, merced a las observaciones que habían realizado, eran precisamente la URSS y Yugoslavia (pto. B 4.i).

En el caso particular de la Unión Soviética, las mentadas observaciones fueron presentadas el 6 de noviembre de 1950. Básicamente, contenían una extensa enunciación de derechos económicos, sociales y culturales que debían ser incluidos en el Pacto destacando el rol del Estado quien, conforme a las observaciones de la URSS, debía proveer a la satisfacción de esos derechos²⁵.

Si comparamos este proyecto de pacto o, más propiamente, las observaciones que se realizaron, con su antecedente inmediato, la Declaración Universal, se observa con nitidez que el lugar que se le dio al Estado cambió completamente. La Declaración Universal, por supuesto, contiene menciones al Estado pero en un carácter muy diferente a las que pueden encontrarse en las observaciones que luego darían lugar al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁶.

Una y otra comprenden concepciones muy diferentes del Estado; la primera, que se encuentra asociada a los derechos humanos de primera generación, pretende ser limitante del Estado, este puede convertirse en una amenaza para la libertad y seguridad de los ciudadanos y la finalidad de los derechos humanos reconocidos es refrenarlo. La segunda, correspondiente a los derechos de segunda generación, ve en el Estado un proveedor “omnipotente”²⁷ y la finalidad del re-

25. Es cierto que estas observaciones también incluían una serie de menciones referidas a Derechos Civiles y Políticos, pero claramente el foco estaba puesto en los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el protagonismo del Estado antes que del Hombre en la realización de los Derechos Humanos. Pueden consultarse con la siguiente nomenclatura en la *web* de la ONU citada: A/C.3/L.96.

26. La Declaración Universal contiene 30 artículos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“PIDESC”) contiene 31, es decir, una cantidad similar. Ahora bien, mientras que en el articulado de la Declaración Universal se menciona sólo cuatro veces al Estado, en el articulado del PIDESC sus menciones ascienden a cincuenta y ocho.

27. La misma Declaración Universal en las escasas menciones que tiene del Estado es bastante prudente sobre la actuación que le compete en la provisión de los derechos de la seguridad social, por cuanto refiere que estos deben ser satisfechos conforme a la organización y recursos del Estado (art. 22).

conocimiento de los derechos humanos en los tratados es expandir el campo de actuación del Estado.

Estas dos concepciones de los derechos humanos generan una tensión y muchas veces conflictos, por cuanto puede ocurrir que sea el Estado quien acabe sobreactuando su rol para hacer cumplir lo que considera un derecho humano de primera generación, en desmedro de un derecho humano de segunda generación. Más aún cuando todo ello se da en países de débil institucionalidad, en los cuales el gobierno o la administración se “confunde” con el Estado. Vale decir, darle un rol del todo protagónico al Estado, fuera de la prudencia, puede convertirse en una herramienta para desnaturalizar los mismos derechos reconocidos por los Tratados de Derechos Humanos²⁸.

Puede afirmarse, entonces, que el desdoblamiento que se produjo en la elaboración de los tratados y las deliberaciones que dieron fundamento a ello trajo aparejado una nueva concepción de los derechos humanos, que no se identifica exactamente con la de la Declaración Universal de 1948.

Por supuesto que no desconocemos con ello que los derechos de “segunda generación” son anteriores a la elaboración del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (hay quienes, incluso, ubican el origen de estos –nos referimos a su positivización– en el siglo XIX, en el sistema de seguridad social elaborado por Bismarck²⁹). Lo que destacamos es que la concepción finalista de estos, como una garantía de los Estados, con la obligación de hacerlos actores protagónicos de ellos es propia de esta segunda etapa de la conformación del actual Derecho Internacional de los Derechos Hu-

28. Un ejemplo de ello puede verse en los proyectos de ley de la llamada Educación Sexual Integral que intentaron obtener dictamen en 2018 en el Congreso de la Nación, donde con fundamento en un derecho de naturaleza civil y política (de primera generación) se pretende avanzar sobre el derecho de los padres a la educación de sus hijos (de segunda generación). La sobreactuación del Estado puede amenazar el derecho de los padres a la educación de sus hijos reconocido en los mismos Tratados de Derechos Humanos. Puede verse, por ejemplo, el Proyecto de Ley N° 3.272/2018 de la senadora María M. Odarda, disponible en <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/3272.18/S/PL> (fecha de consulta: 20/05/2021).

29. Davis, D. M., ob. cit., p. 1021.

manos, es decir, aquella en la cual se produjo la elaboración de los Tratados de Derechos Humanos. Por supuesto, esta concepción va a traer muy importantes consecuencias sobre la concepción de los Derechos Humanos.

(ii) 2. El rol central asignado a las ONG de Derechos Humanos

La segunda característica de esta etapa refiere al importante lugar que se les reconoció a las ONG (Organizaciones No Gubernamentales) en la elaboración de los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En efecto, se invitó a las ONG a que participaran e hicieran sugerencias en la elaboración del Pacto de Derechos Humanos (luego desdoblado), como puede verse en las Resoluciones de la Asamblea de Naciones Unidas Nros. 421 E 7. c., 543 2., 544, 833, ya referenciadas. Allí, además de los Estados, se invitó a los organismos especializados y organismos no gubernamentales a hacer sugerencias e intervenir en el debate de elaboración de los Pactos.

Obviamente, en el marco de los debates del texto de un tratado que se pretendía aprobar, los sujetos naturales que debían colaborar en su elaboración eran los Estados, no obstante, los responsables de la elaboración del Pacto decidieron ir un paso más y le dieron un muy importante lugar a los organismos no gubernamentales.

Esto, claro está, no merece ningún reproche, era lógico darles un lugar de relevancia a quienes eran especialistas o bregaban en la lucha por los Derechos Humanos. No obstante, se trata de la semilla de una cuestión que hoy no tiene un tratamiento claro y muchas veces expone al sistema del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a cuestiones poco claras y a otros interrogantes como, por ejemplo, el financiamiento de las ONG en materia de derechos humanos y los intereses (o no) de los actores del sistema con estas.

Por poner un ejemplo práctico, en el sistema de informes periódicos –que deben presentar los Estados ante el Comité de Derechos Humanos (órgano de control del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) o el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (órgano de control del Pacto homónimo)–, es muy frecuente e importante el rol

que cumplen las ONG de Derechos Humanos con la presentación de los habitualmente denominados *shadow reports* (informes en las sombras).

Si bien la presentación de estos informes no está institucionalizada mediante una normativa –y pese al nombre que reciben (que da una idea de un reporte marginal)–, es una práctica habitual e institucionalizada ante los órganos internacionales de derechos humanos³⁰.

Ello tampoco tendría que merecer un reproche *per se*: si el informe del órgano de control del tratado se basara exclusivamente en el informe del Estado, difícilmente podría haber observaciones o algo que cuestionar al Estado en materia de Derechos Humanos, ya que muy difícilmente este último se incriminaría. Lo que presenta interrogantes es que el procedimiento, muchas veces, es utilizado para marcarle la agenda al órgano internacional que fuere en materia de, por citar algunos ejemplos, aborto, eutanasia, sexualidad y no suele estar claro quiénes o cuáles son los intereses que hay detrás de ello.

Por otra parte, sí resulta claro que el funcionamiento de una ONG demanda un importante costo ya que debe contar con estructura edilicia, empleados dedicados a tiempo completo, gastos operativos, entre muchas otras cosas, por lo que su estructura requiere de una muy importante financiación. De modo que, lo que suele ocurrir es que la ONG tenga el lineamiento en materia de derechos humanos que le dé quien la financie³¹.

30. Así, por ejemplo, en el caso del órgano de control de la “Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”, esta práctica, pese a no estar institucionalizada, es alentada por el organismo. Puede verse: United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women, “NGO Participation at CEDAW sessions”, publicado en la página *web* de dicho organismo: <https://www.un.org/womenwatch/daw/ngo/cedawngo.html> (fecha de consulta: 14/05/2021).

31. Puede citarse, como ejemplo, el fundado informe elaborado en 2020 por el Centro Europeo para el Derecho y la Justicia, titulado “NGOs and the Judges of the ECHR” (“ONG y jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”), donde se destaca que 22 de los 100 jueces de dicho Tribunal que intervinieron entre 2009 y 2019 se encontraban relacionados con distintas ONG, todas ellas financiadas (entre otros) por la *Open Society* de George Soros. Estos jueces habían intervenido como colaboradores o dirigentes de estas ONG en el pasado. De estos 22 jueces, 12 (es decir, más del 10 % del Tribunal) se encontraban directamente relacionados con la *Open Society*. Rescatado de: <https://eclj.org/ngos-and-the-judges-of-the-echr?lng=en> (fecha de consulta: 21/04/2021).

En síntesis, en esta etapa se les dio un muy importante lugar a las ONG, lo cual en un comienzo era una consecuencia natural del proceso de elaboración del Pacto, sin perjuicio, como se advirtiera, de la posterior deriva que tuvo la intervención de estos organismos en la conformación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Para finalizar este subpunto (ii), esta etapa tiene su momento culminante en 1966, cuando la Resolución N° 2.200 de la ONU aprobó de manera simultánea el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" ("PIDCP") y el "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" ("PIDESC"), que entraron en vigor el 23 de marzo de 1976 y el 3 de enero de 1976, respectivamente (luego de que fueran ratificados cada uno de ellos por 35 Estados).

Por supuesto que estos dos no son los únicos Tratados de Derechos Humanos, pero sí los más emblemáticos a nivel universal. Por su parte, a nivel regional, en el ámbito americano, en 1969 se aprobó la Convención Americana de Derechos Humanos (conocida como Pacto de San José de Costa Rica), que entró en vigor el 18 de julio de 1978, una vez que fue ratificada por 11 Estados.

Existe una multiplicidad de Tratados de Derechos Humanos; en el caso de la Argentina, con la reforma constitucional de 1994, el artículo 75, inciso 22³², les dio jerarquía constitucional a muchos de ellos, además de los tres citados:

- a. la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio;
- b. la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial;
- c. la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer;

Afortunadamente, esta información suele ser pública y los documentos sobre el financiamiento de las ONG, cuando estas tienen una relativa envergadura, se encuentran disponibles en sus páginas *web*. Es decir, esta información resulta de un dato fáctico, antes que una sospecha.

32. El texto de la Constitución Nacional aprobado por la reforma fue publicado según la Ley N° 24.430 (BO 10/1/1995).

DIFERENTES ETAPAS EN LA CONFORMACIÓN DEL ACTUAL...

- d. la Convención sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y
- e. la Convención sobre los Derechos del Niño.

Asimismo, luego de la reforma de 1994 el Congreso, con la mayoría agravada prevista en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, les dio jerarquía constitucional a los siguientes tratados:

- a. la Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas³³;
- b. la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad³⁴;
- c. la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad³⁵.

Todos ellos, en más o en menos, son tributarios de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La forma jurídica adoptada, el tratado, hizo que estos resultaran obligatorios para los Estados una vez ratificados y que, a su vez, se vieran sometidos al sistema de control previsto por el Tratado, ya sea jurisdiccional o no jurisdiccional, lo que nos lleva al siguiente punto de este trabajo.

(iii) La praxis activista de los órganos de control de los Tratados de Derechos Humanos

La tercera etapa de la creación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está marcada por los pronunciamientos emitidos por los órganos de control de los Tratados de Derechos Humanos, ya

33. La jerarquía constitucional fue reconocida por la Ley N° 24.820 (BO 29/05/1997).

34. La jerarquía constitucional fue reconocida por la Ley N° 25.778 (BO 03/09/2003).

35. La jerarquía constitucional fue reconocida por la Ley N° 27.044 (BO 11/12/2014).

sean jurisdiccionales o no jurisdiccionales, quienes terminaron de conformar el contenido del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, delineando con precisión sus contornos, orientación y dirección. Es en esta etapa donde emergen los “nuevos derechos” referidos al comienzo (aborto, eutanasia, derecho al hijo, entre otros) que no se encontraban contenidos ni en las declaraciones ni en los tratados.

Cada uno de los Tratados de Derechos Humanos contempla un procedimiento específico de control del cumplimiento por parte de los Estados de los derechos allí reconocidos, el procedimiento puede ser jurisdiccional o no jurisdiccional³⁶.

El procedimiento jurisdiccional es aquel en el cual interviene un tribunal internacional que, luego de un procedimiento contradictorio, emite una sentencia obligatoria para el Estado parte³⁷. De los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional de nuestro país, los que adoptan este sistema de control son la Convención Americana de Derechos Humanos³⁸ y la Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas; en ambos casos, el tribunal previsto para ello es la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por su parte, procedimientos no jurisdiccionales son aquellos que no cuentan para su funcionamiento con un tribunal de justicia, como viéramos en el párrafo anterior, sino con comités cuyas funciones principales son: (i) recibir periódicamente informes de los Estados parte sobre el cumplimiento de los derechos reconocidos en los tratados y emitir, a su vez, informes con observaciones y recomenda-

36. Para ver los distintos sistemas de control de los tratados, puede verse Pinto, Mónica, *Temas de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, pp. 119 y sigs.

37. El primer tribunal jurisdiccional en entrar en funcionamiento fue el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano del “Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales”, el cual comenzó a funcionar en 1959.

38. Aunque hay que decir que este Tratado contiene un régimen mixto ya que, además de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, interviene un órgano no jurisdiccional: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

DIFERENTES ETAPAS EN LA CONFORMACIÓN DEL ACTUAL...

ciones para los Estados; (ii) recibir denuncias contra los Estados parte por incumplimiento a los derechos reconocidos en los tratados³⁹.

La mayoría de los Tratados de Derechos Humanos cuentan con sistemas no jurisdiccionales:

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Comité de Derechos Humanos;
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Comité homónimo;
- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial: Comité homónimo;
- Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: Comité homónimo;
- Convención sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes: Comité homónimo;
- Convención sobre los Derechos del Niño: Comité homónimo;
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Comité homónimo.

Tanto los órganos jurisdiccionales, como los no jurisdiccionales son concebidos como los intérpretes autorizados de los Tratados de Derechos Humanos que respectivamente tutelan. Desde su creación, cada uno de ellos ha emitido una gran cantidad de sentencias o informes, según corresponda.

A su vez, esta última fase se complementa con los pronunciamientos que los tribunales locales de cada uno de los países dictan, en concordancia con los pronunciamientos dictados por los órganos de control de los Tratados de Derechos Humanos, ya sean jurisdiccionales o no jurisdiccionales. De ese modo, se produce una suerte de retroalimentación entre unos y otros.

39. Una síntesis de los distintos mecanismos de control puede verse en Ocantos, Jorge, "Instrumentos elaborados por los órganos de control de los tratados De Derechos Humanos. Su inserción en el Derecho Interno", *La Ley* 16/01/2012, Buenos Aires, cita online: AR/DOC/6152/2011.

En esta fase de la creación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, formada tanto por los pronunciamientos: (i) de los órganos de control de los tratados, (ii) como así también por los pronunciamientos de los tribunales locales, dictados en conformidad con lo dispuesto por aquellos órganos, ambos se han destacado por un muy importante activismo en la promoción de los derechos humanos.

El término “activismo” suele utilizarse para describir una forma de proceder de los tribunales locales de los países. Su uso data de hace tiempo y no es habitual aplicarlo en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Sin embargo, creemos que lo que caracteriza su conceptualización es aplicable a la forma en que, frecuentemente, proceden los órganos de control de los Tratados de Derechos Humanos.

El concepto de “activismo” en materia judicial comenzó a utilizarse en los Estados Unidos de América a mediados de la década del cuarenta del siglo XX⁴⁰, su uso se ha extendido a la doctrina incluso argentina y concibe a la praxis judicial “como un instrumento de cambio social a favor de una perspectiva «progresista»”⁴¹. En su conceptualización se destaca que esta praxis se contrapone al concepto de autorrestricción [*self-restraint*] de la actividad judicial, donde esta tenía una especial preocupación por mantenerse dentro de los límites concedidos por la Constitución al Poder Judicial⁴².

El “activismo judicial” comenzó, precisamente, como una reacción a este modelo⁴³, proponiéndose los tribunales de justicia provo-

40. Puede verse el muy buen trabajo de Racimo, Fernando, “El activismo judicial, sus orígenes y su recepción en la doctrina nacional”, *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés*, Buenos Aires, n° 2, 2015, pp. 101-181.

41. *Ibíd.*, p. 106.

42. Esta fue incluso la concepción histórica en nuestro Derecho del rol del Poder Judicial donde, como siempre se preocupara por destacarlo la Corte Suprema de Justicia, la declaración de inconstitucionalidad era la *ultima ratio* del Poder Judicial.

43. Tal vez, el primer antecedente moderno teórico antes que práctico de ello, muy anterior a lo que hoy puede identificarse con el neoconstitucionalismo (decididamente partidario del activismo judicial), puede verse en la escuela de derecho libre alemana de fines del siglo XIX y principios del siglo XX, encabezado por Eugen Ehrlich, Ernst Fuchs y Herman Kantorowicz. Puede verse, sobre este tema: Núñez Leiva, José Ignacio, “El movimiento del derecho libre: una fuente de ideas que perviven has-

car reformas sociales específicas que afectaran a grandes grupos de personas con impacto nacional, adoptando incluso un curso de acción cuasipolítico con el objetivo de implementar medidas judiciales con toda la rapidez necesaria. Ello implicó “la difusión de un espíritu político-jurídico según el cual los jueces podían –y debían– ser el motor de un cambio (...)”⁴⁴.

En el surgimiento de este fenómeno se observa, entonces, una politización de lo jurídico; la herramienta fundamental para cumplir su cometido es la declaración de inconstitucionalidad (no existe más la autorrestricción con fundamento en cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia), no al modo tradicional como *ultima ratio*, sino como *prima ratio* de un modelo neoconstitucional, que continuamente toma la iniciativa sobre la agenda pública con una constitución de derechos en la que los derechos subjetivos enunciados en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (aunque más propiamente la sobreinterpretación de estos derechos) cumple un rol fundamental en su praxis⁴⁵.

Todos estos conceptos, desarrollados con relación al activismo judicial en el derecho interno, resultan claramente aplicables por ana-

ta hoy en distintas teorías del Derecho, incluso en el constitucionalismo contemporáneo”, *Revista de Derecho*, n° 42, Barranquilla, 2014, pp. 145-185, disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n42/n42a07.pdf> (fecha de consulta: 14/05/2021). O también García Amado, Juan Antonio, “Ernst Fuchs y la doctrina del Derecho libre”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, n° XIV, 1997, pp. 803-825.

44. Racimo, Fernando, ob. cit., pp. 123-124. Esta concepción judicial se desarrolló, en mayor medida, en el período de la Corte Suprema de Estados Unidos de 1953-1969 con foco en las políticas de segregación racial. En la visión del Dr. Racimo, también es posible hablar de un activismo judicial que califica como “conservador” más propio, por ejemplo, del período de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se extiende entre 1986-2015, con un enfoque en general originalista, pero que de cualquier manera es “activista” por la facilidad con la que se recurre a la declaración de inconstitucionalidad para cuestionar políticas públicas.

45. “En el Estado constitucional de Derecho, la Constitución tiene un rol directo respecto de la validez de las normas sometidas a control: por dicho motivo, la eventual declaración de inconstitucionalidad configura la primera –y no la última– ratio”. Gil Domínguez, Andrés, *Escritos sobre neoconstitucionalismo*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2009, p. 125.

logía a la praxis de los órganos de control de los Tratados de Derechos Humanos.

En línea con esta analogía, podemos decir que los órganos de control, antes que una posición autorrestrictiva [*self-restraint*] sobre la interpretación de los Tratados de Derechos Humanos, tienen una posición expansiva sobre ellos, creyendo consustancial a su actividad la promoción de nuevos derechos.

A su vez, su actuación sobre estos nuevos derechos también se preocupa muchas veces por marcar la agenda pública de los Estados (esto se ve claro en varias ocasiones en el control no jurisdiccional) e, incluso, también se vale, no ya de la herramienta de la inconstitucionalidad sino de otras, según cuál sea el órgano de control, por cuanto va a ser diferente si se trata de un órgano jurisdiccional o no jurisdiccional.

En el caso del órgano jurisdiccional, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha creado el llamado control de convencionalidad⁴⁶ conforme al cual debe tenerse siempre en miras de juicio no sólo lo dispuesto por la Convención Americana

46. Los antecedentes de la creación de la Corte IDH se encuentran en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Párrafo 124. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf (fecha de consulta: 14/05/2021) y *Caso Trabajadores cesados del Congreso del Perú vs. Perú*. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Párrafo 128. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf (fecha de consulta: 14/05/2021). Puede verse, por ejemplo, la ponencia del Dr. Alfredo M. Vítolo en el XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Tucumán, 2013), publicada en: “Una novedosa categoría jurídica: el «querer ser». Acerca del pretendido carácter normativo *erga omnes* de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del «control de convencionalidad»”, *Pensamiento Constitucional*, N° 18, 2013, pp. 357-380. Disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8961/9369> (fecha de consulta: 14/05/2021).

Asimismo, para abordar el control de convencionalidad también puede verse Bianchi, Alberto B., “Una reflexión sobre el llamado «control de convencionalidad»”, *Sup. Const.* 2010 (septiembre), *La Ley. La Ley* 2010-E, 1090, cita online: AR/DOC/5890/2010 y Gialdino, Rolando, “Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *La Ley*, Buenos Aires, 2008-C, 1295.

de Derechos Humanos (tratado del que es órgano de control), sino las mismas sentencias dictadas por la Corte IDH en cualquier caso. Ello contradice el artículo 68.1 de la Convención, conforme al cual las sentencias de la Corte IDH sólo tienen efecto para los casos en los que el Estado sea parte. La doctrina de la inconvencionalidad muestra a las claras el posicionamiento expansivo que sobre sí misma concibe la Corte IDH.

En el caso de los órganos no jurisdiccionales que no emiten sentencias hay doctrina (y práctica también) que dispone que aquello que resuelven los Comités es “interpretación auténtica”⁴⁷ y que al Estado le está vedado apartarse, en cualquier caso, aun si esa interpretación se refiere a derechos que no estaban comprendidos en los textos originales de las Declaraciones y Tratados de Derechos Humanos; lo mismo respecto de los informes y recomendaciones, aunque se refieran a Estados distintos y no al propio.

Es en el marco de esta concepción que de sí tienen los órganos de control de los Tratados de Derechos Humanos –que aquí hemos llamado “activista”, por cuanto actúan de manera análoga al “activismo judicial” de los tribunales domésticos como este es descrito por la doctrina– que emergen una serie de conductas (en algunos casos, delitos en un comienzo) convertidas en derechos positivos que no se encontraban en las Declaraciones y Tratados originales de Derechos Humanos.

De allí han emergido en el derecho positivo de nuestro país los siguientes “derechos subjetivos”, por ejemplo:

i) El derecho al aborto:

El aborto como causal absolutoria de un delito pasó a convertirse en un derecho subjetivo en el derecho positivo argentino, en los casos previstos por la reciente Ley N° 27.610, aprobada en nuestro país en diciembre pasado⁴⁸. Un rol central en este cambio tuvieron:

47. Gialdino, Rolando E., “Control internacional de Derechos Humanos y fuentes constitucionales. Fuentes universales y americana”, *El Derecho - Diario*. Tomo 204, 683, del 29-10-2003. Cita digital: ED-DCCLXIV-992

48. BO 15/1/2021.

a) Las Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos (órgano de control del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) con relación a Argentina, emitidas el 22/03/2010, que dispusieron que el país debía modificar la legislación restrictiva de aborto (despenalizándolo) con fundamento, paradójicamente, en el derecho a la vida⁴⁹.

b) Las Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño (órgano de control de la Convención homónima) del 21/06/2010⁵⁰.

En el ida y vuelta al que nos refiriéramos previamente entre los órganos de control de los Tratados de Derechos Humanos y los tribunales locales en el caso de nuestro país⁵¹, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por medio del fallo *F.A.L. s/ medida autosatisfactiva*⁵², del 13 de marzo de 2012, despenalizó el aborto como un delito para los supuestos previstos en las causales absolutorias del Código Penal, convirtiéndolo en un derecho.

La Corte se fundó, entre otras cosas, en las Observaciones citadas de los Comités, disponiendo que si Argentina no despenalizaba el aborto incurriría en responsabilidad internacional. Es decir, la Corte

49. Comité de Derechos Humanos, *Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 40 del pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina*. Aprobado en el 98° período de sesiones, Nueva York, 8 a 26 de marzo de 2010. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/co/Argentina98_AUV_sp.doc (fecha de consultado: 20/05/2021).

50. Comité de los Derechos del Niño, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Argentina*. Aprobado en el 54° período de sesiones, 25 de mayo a 11 de junio de 2010. Disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d/PPRi-CAqhKb7yhslwvqis5RMG7jra4gAQREZLIadZICp3AWxsDLY6pZmh4pPurPyATFel-DBaWC+vIWv4o9rzmwyUZ50NN7tPegVdfCafunwG/5Nk3Mp8T422n+> (fecha de consulta: el 20/05/2021).

51. Lo mismo pudo observarse en países como Colombia (cuya Corte puede ser calificada como la más activista de la región) y Chile. Precisamente, tanto la Corte Constitucional de Colombia como el Tribunal Constitucional de Chile despenalizaron el aborto en 2006 y 2017, respectivamente. Recientemente, en abril de 2021, la Corte Constitucional de Ecuador hizo lo propio. El cambio provino de los tribunales merced a la presión de los órganos internacionales.

52. Fallos: 335:197.

Suprema no consideró los Tratados, sino las interpretaciones que de estos realizaban los Comités erigiéndolos en intérpretes auténticos.

Asimismo, en dicho precedente, la Corte actuó como un tribunal activista, tal como ello fuera considerado previamente, ya que se pronunció en un caso abstracto (contradiendo su histórica jurisprudencia sobre el concepto de “caso”) y emitió una sentencia exhortativa a la Nación, la Ciudad de Buenos Aires y las Provincias, sobre cómo debían proceder y regular los “protocolos” de abortos no punibles, lo cual sin la necesidad de una ley legalizó de facto el aborto en el país.

El modelo conforme al cual intervino en dicho caso fue claramente opuesto al *self-restraint* que explicáramos.

ii) La eutanasia:

El dar muerte a un paciente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en términos generales, también ha cambiado el *status* jurídico de delito a derecho.

Si bien en Argentina aún no se ha legalizado, en muchos países, siguiendo el lineamiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ello se ha convertido en una realidad.

El valor de la vida y la salud ha sido sustituido por la voluntad del sujeto: hoy en día la práctica eutanásica puede realizarse en muchos países, no ya solo sobre pacientes con padecimientos físicos irreversibles, sino sobre aquellos que dispongan de padecimientos psíquicos que los mismos pacientes consideren intolerables⁵³.

En tal sentido, en Europa, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), órgano de control del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ha dispuesto la validez de las prácticas eutanásicas en el caso *Haas c/ Suiza*⁵⁴.

53. Puede verse el caso de la reciente Ley Orgánica N° 3/2021, del 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, aprobada en España en marzo pasado; artículo 3°, incs. b) y c). Rescatado del sitio *web* del Boletín Oficial Español, https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-4628 (fecha de consulta: 21-04-2021).

54. TEDH, *Caso Haas vs Suiza*. Sentencia del 20 de enero de 2011. Párrafos 52 y 53. Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-102940%22%5D%7D> (fecha de consulta: 20/05/2021).

En la Ley Orgánica N° 3/2021, aprobada en España en marzo pasado, se citó en los fundamentos para su dictado el fallo del TEDH de mayo de 2013 (*Gross c/ Suiza*⁵⁵), que había condenado al Estado suizo por considerarse que la legislación eutanásica de ese país había provocado un sufrimiento considerable a la Sra. Alda Gross.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos (recordamos que es el órgano de control del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) ha dispuesto en la Observación General N° 36 (considerando 9°), sobre el artículo 6° (paradójicamente sobre el derecho a la vida): “(...) los Estados partes [pueden permitir] [no deben impedir] a los profesionales médicos proporcionar tratamientos o recursos médicos con vistas a facilitar la terminación de la vida de adultos [catastróficamente] aquejados de dolencias, como los heridos mortalmente o los enfermos en fase terminal, que padecen graves dolores y sufrimientos físicos o psíquicos y desean morir con dignidad”⁵⁶.

Nuevamente vemos que una conducta originalmente delictual se ha convertido en un “derecho” positivo (inexistente en las Declaraciones y los Tratados) merced a la sobreinterpretación de los Tratados dispuesto por distintos órganos de control.

iii) El derecho al hijo:

La filiación caracterizada históricamente por la vía natural o adoptiva ha dado también un giro mediante la creación del concepto de “voluntad procreacional”, posibilitando el emplazamiento de estado de hijo de una persona con fundamento en el deseo de un adulto⁵⁷.

55. TEDH, *Caso Gross vs Suiza*. Sentencia del 14 de mayo de 2013. Párrafo 66. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%5D%22%22appno%22:%5B%22267810/10%22%5D%22%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D%22%22itemid%22:%5B%22001-119703%22%5D%7D](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%5D%22%22%22appno%22:%5B%22267810/10%22%5D%22%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D%22%22itemid%22:%5B%22001-119703%22%5D%7D) (fecha de consulta: 20/05/2021).

56. Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 36, 3 de septiembre de 2019. Disponible en: <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsrdB0H115979OVGGB%2bWPAXh-NI9e0rX3cJImWwe%2fGBLmVgb8AE9NGVfbGSQPpyBfkR3oWtLrT8BJJvLWfh%2f-B52ovpcSq8d%2bm6ApV3KLLF3O9mg> (fecha de consulta: 20/05/2021).

57. Este concepto ha sido incorporado al Código Civil y Comercial de la Nación (aprobado por Ley N° 26.994, BO 8/10/2014), vigente en Argentina desde 2015. Una particularidad de este instituto es que el hijo así concebido tiene prohibido conocer su

El derecho al hijo nace como una consecuencia de las técnicas de reproducción humana asistidas que posibilitaron desvincular la procreación de la sexualidad; el Código Civil y Comercial argentino regula la denominada “voluntad procreacional” en el mismo capítulo relativo a las “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistidas”.

Un paso muy importante en el nacimiento de este “nuevo derecho” fue la sentencia de la Corte IDH en el Caso *Artavia Murillo*⁵⁸, del 28 de noviembre de 2012, por el que se condenó al Estado costarricense por la prohibición existente en su derecho de la fecundación *in vitro* con fundamento en el derecho de la persona a acceder a las tecnologías necesarias para ejercer la libertad y la “autonomía reproductiva”, las que se deducían del derecho a la vida privada.

Asimismo, una consecuencia de esta concepción de la filiación como un derecho es que emergen los conceptos de “homoparentalidad” o “coparentalidad”; ya que si el hijo no es el resultado de la filiación natural, depende, por tanto, de quienes se hayan puesto de acuerdo en utilizar la técnica de reproducción humana asistida para tener un hijo respecto de quien, insisto, el acento a la hora de determinar la filiación está puesto en el deseo de el o los adultos que hayan planeado tener un hijo como parte de la autonomía de su voluntad antes que en la persona por nacer, su realidad biológica o su estado.

Otra consecuencia de esta concepción de la filiación es la llamada “gestación por sustitución” (popularmente conocida como “maternidad subrogada” o directamente “alquiler de vientres”), la cual una vez acontecida luego es reclamada como derecho. Si bien aún en el ámbito regional americano no hay antecedentes, sí es posible obser-

identidad biológica, salvo “razones debidamente fundadas” (art. 564, inc. b), lo que se explica en el acento puesto en satisfacer el deseo del adulto a tener un hijo antes que en la posibilidad de este a conocer su realidad biológica, lo que naturalmente es un derecho.

58. Corte IDH, *Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica*. Sentencia del 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Párrafos 281, 282, 284. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf (fecha de consulta: 20/05/2021).

varlos en Europa. Efectivamente, en 2014, el TEDH reconoció como derecho la paternidad así concertada en los antecedentes *Menesson c/ Francia*⁵⁹ y *Labasse c/ Francia*⁶⁰, cuando se trataba de una práctica prohibida por la normativa interna del país demandado.

A modo de conclusión de este último acápite (iii), la praxis activista de los órganos de control de los Tratados de Derechos Humanos se ha caracterizado por delinear el surgimiento de “nuevos derechos” positivos que no se encontraban en las Declaraciones ni en los Tratados de Derechos Humanos y probablemente ni en la mente de los redactores de estos instrumentos al momento de su emisión.

3. DERECHOS HUMANOS, DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y DERECHO POSITIVO

Como se indicara al comienzo, los derechos humanos o, más propiamente, lo que se conoce como Derecho Internacional de los Derechos Humanos surge en la segunda posguerra como una reacción frente a los horrores que tuvieron lugar durante la primera mitad del siglo XX.

Los instrumentos originales de derechos humanos se preocuparon por destacar que estos eran derechos anteriores al mismo hombre (o consustanciales a este); así lo indica el Preámbulo de la Declaración Universal cuando habla de derechos inalienables y lo mismo dice el Preámbulo de la Declaración Americana, cuando habla de derechos esenciales. No obstante que no hubo acuerdo sobre el fundamento de los derechos humanos sí se acordó en su importancia sustancial.

Así, tímidamente, se empezó con Declaraciones, luego Tratados, para finalmente erigir órganos de control de los Tratados de Derechos

59. TEDH, *Caso Menesson vs Francia*. Sentencia del 26 de junio de 2014. Párrafo 99. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%5D,%22appno%22:%5B%2265192/11%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-145389%22%5D%7D> (fecha de consulta: 20/05/2021).

60. TEDH, *Caso Labasse vs. Francia*. Sentencia del 26 de junio de 2014. Párrafo 79. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-145180%22%5D%7D> (fecha de consulta: 20/05/2021).

Humanos que han sido ratificados por una gran cantidad de países; la ratificación de ellos es un requisito y una ineludible carta de pertenencia al mundo para los Estados.

Lo que uno puede válidamente preguntarse es si, luego de todo este proceso que hoy cuenta con una muy compleja ingeniería jurídica, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ¿no es ya un sistema de derecho positivo con normas, caracteres y procedimientos propios?; es decir, ¿no es ya una especialidad dentro del Derecho Internacional Público?, ¿puede afirmarse que este sistema sea siempre fiel y en todo momento al reconocimiento de los caracteres que le dieron origen (derechos inalienables, esenciales)?

Las preguntas surgen, particularmente, en la medida en que hay conductas que, en nombre de los mismos derechos humanos, eran consideradas delitos por afectar y dañar a terceros, y hoy se han convertido en derechos positivos del *corpus* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; ¿en qué medida esta transformación resguarda el carácter inalienable o esencial de los derechos que originalmente se reconocieron?

4. UNA ACLARACIÓN FINAL NECESARIA

No parece prudente inclinarse por una respuesta absoluta y tajante a las preguntas formuladas, por una respuesta antinómica que dé por tierra con el sistema del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Este sistema en muchísimas oportunidades es el último refugio de personas que en sus vidas han visto fracasar todas sus esperanzas⁶¹.

A la par de ello, la posición contraria, la de santificar todo cuanto se propone en nombre de “los derechos humanos”, tampoco se pre-

61. Hasta un autor clásico como Michel Villey ha dicho: “Nosotros no olvidamos que los derechos del hombre son «operativos»; que son útiles a los abogados de excelentes causas, protegen de los abusos del gobierno y de la arbitrariedad del «derecho positivo». Si por un imposible se suprimiera este término de nuestro vocabulario, sería necesario aún reemplazarlo por otro menos inadecuado. Ignoramos cuál. Ese es nuestro problema”. Villey, Michel, *El derecho y los derechos del hombre*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2019, p. 25.

senta como prudente y corre el riesgo de reducir el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a “triumfos políticos” expuestos a la manipulación política que, como tales, pueden o no ser arbitrarios. Los Derechos Humanos no pueden ser utilizados para marginar a cuantos cuestionan y señalan desaciertos en la praxis del sistema del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; si así fuera, ello sería la muestra más clara de la necesidad de volver al origen, a determinar qué es esencial o inalienable, como, en un comienzo, los distintos instrumentos se preocuparon por señalar. Menos aún puede ocurrir ello cuando, como vimos, con la segunda generación de derechos (incorporada *a posteriori* de las Declaraciones) se ha expandido enormemente la actuación del Estado. Si así fuera, nos encontraríamos en un punto similar al del comienzo.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como obra humana que es, está expuesto a la crítica⁶², tiene aciertos, ciertamente, pero también desaciertos: el aborto como derecho, la eutanasia como derecho, el hijo como instrumento del deseo de paternidad, la expansión del Estado como amenaza a Derechos Civiles y Políticos es una muestra de ello, entre otras.

Su fundamento debe encontrarse en el mismo hombre arraigado en su naturaleza y no en la concepción de un hombre nuevo (concepto indefinible las más de las veces) cuyo fundamento desconocemos. Si así fuera, si lo que se busca es un hombre nuevo, hasta ahora desconocido, que nos debe ser revelado mediante una praxis política, los derechos de este hombre nuevo ya no se desprenderían de su esencia (conforme la Declaración Americana) ni serían inalienables (Declaración Universal), sino que nos encontraríamos con “derechos” provenientes de los dictados de un nuevo sistema de Derecho Positivo con una enigmática ley fundamental.

62. El Papa Juan XXIII en 1963 ya advertía de ello: “(...) no puede aceptarse la doctrina de quienes afirman que la voluntad de cada individuo o de ciertos grupos es la fuente primaria y única de donde brotan los derechos y deberes del ciudadano, proviene la fuerza obligatoria de la constitución política y nace, finalmente, el poder de los gobernantes del Estado para mandar”. Carta Encíclica *Pacem in terris* (11 de abril de 1963). Núm. 78.

5. CONCLUSIÓN

El objetivo del presente ha sido mostrar que la conformación del actual *corpus* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se elaboró a partir de sucesivas etapas, cada una de ellas con caracteres propios.

Estas etapas son (i) las Declaraciones de Derechos Humanos, donde hubo conformidad en su texto pero no en su fundamento; (ii) los Tratados de Derechos Humanos, donde, a diferencia de las declaraciones, se le dio un rol central y activo al Estado (en primer término) y a las ONG (en segundo); (iii) la creación y funcionamiento de lo que llamamos órganos de control de los Tratados de Derechos Humanos, que se han caracterizado por una praxis activista.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos conforma hoy una especialidad dentro del Derecho Internacional Público, valiosa en sí por supuesto, pero con desaciertos y, como obra humana que es (natural y necesariamente), se encuentra abierta y expuesta a la crítica. Su praxis y funcionamiento deben estar atentos a no convertirse en un nuevo sistema de derecho positivo que olvide los caracteres que le dieron origen, el reconocimiento de derechos esenciales e inalienables, los cuales, en nombre de un sistema, no pueden quedar relegados ni, muchos menos, ser olvidados.

BIBLIOGRAFÍA

- Bazán, Víctor, "Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México, 2005, pp. 547-583.
- Benedicto XVI, Carta encíclica *Spe Salvi*, (30 de noviembre de 2007).
- Bianchi, Alberto B., "Una reflexión sobre el llamado «control de convencionalidad»", *Sup. Const. 2010 (septiembre)*, *La Ley*, La Ley 2010-E, 1090. Cita online: AR/DOC/5890/2010.
- Bidart Campos, Germán J. Manuel, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1999 (6ª. reimpresión, 2009).
- Centro Europeo para el Derecho y la Justicia, informe titulado: "NGOs and the Judges of the ECHR" ("ONG y jueces del Tribunal Europeo de Dere-

- chos Humanos”). Disponible en <https://eclj.org/ngos-and-the-judges-of-the-echr?lng=en> (fecha de consulta: 21/04/2021).
- Davis, D. M., “Socio-Economic Rights”, en Michel Rosenfeld y Andrés Sajó (WEds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 1020-1035.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Editorial Ariel, 1984.
- García Amado, Juan Antonio, “Ernst Fuchs y la doctrina del Derecho libre”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, n° XIV, 1997, pp. 803-825.
- Gialdino, Rolando E., “Control internacional de Derechos Humanos y fuentes constitucionales. Fuentes universales y americana”. *El Derecho - Diario*, Tomo 204, 683, del 29-10-2003. Cita digital: ED-DCCLXIV-992.
- Gialdino, Rolando, “Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *La Ley*, Buenos Aires, 2008-C, 1295.
- Gil Domínguez, Andrés, *Escritos sobre neoconstitucionalismo*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2009.
- Juan XXIII, Carta encíclica *Pacem in terris* (11 de abril de 1963).
- Massini Correas, Carlos I., *Los Derechos Humanos en el pensamiento actual*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994.
- Núñez Leiva, José Ignacio, “El movimiento del derecho libre: una fuente de ideas que perviven hasta hoy en distintas teorías del Derecho, incluso en el constitucionalismo contemporáneo”, *Revista de Derecho*, n° 42, Barranquilla, 2014, pp. 145-185, disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n42/n42a07.pdf> (fecha de consulta: 14/05/2021).
- Ocantos, Jorge, “Instrumentos elaborados por los órganos de control de los Tratados de Derechos Humanos. Su inserción en el Derecho Interno”, *La Ley*, Buenos Aires, 16/01/2012. Cita online: AR/DOC/6152/2011.
- Pedernera Allende, Matías, “El problema del activismo judicial en el debate sobre la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2020. Konrad Adenauer Stiftung*, Colombia, 2020, pp. 623-644.
- Pinto, Mónica, *Temas de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.
- Puppínck, Grégor, *Mi deseo es la ley. Los derechos del hombre sin naturaleza* (trad. Montesinos, Fernando y Montes, Miguel), Madrid, Ediciones Encuentro S.A., 2020.
- Quintana, Eduardo, “Dignidad y deberes”, *Prudentia Iuris* N. 83, Buenos Aires, Educa, 2017, pp. 73-94.

DIFERENTES ETAPAS EN LA CONFORMACIÓN DEL ACTUAL...

- Racimo, Fernando, "El activismo judicial sus orígenes y su recepción en la doctrina nacional", *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés*, Buenos Aires, n° 2, 2015, pp. 101-181.
- Sagüés, Néstor Pedro, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2007.
- Santiago, Alfonso y Ferrari, Gisela, "Los Derechos Humanos en la tradición jurídica americana", *El Derecho – Constitucional*, Tomo 2018, 411, 14/06/2018. Cita digital: ED-DCCLXXVII- 337.
- United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women, "NGO Participation at CEDAW sessions", publicado en la página *web* de dicho organismo: <https://www.un.org/womenwatch/daw/ngo/cedawngo.html> (fecha de consulta: el 14/05/2021).
- Villey, Michel, *El derecho y los derechos del hombre*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2019.
- Vítolo, Alfredo M. X., "Una novedosa categoría jurídica: el «querer ser» acerca del pretendido carácter normativo *erga omnes* de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del «control de convencionalidad»". Ponencia del XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Tucumán, 2013), *Pensamiento Constitucional*, N° 18, 2013, pp. 357-380. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8961/9369> (fecha de consulta: 14/05/2021).

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos:

- Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf (fecha de consulta: 20/05/2021).
- Caso Trabajadores cesados del Congreso del Perú vs. Perú*. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf (fecha de consulta: 20/05/2021).
- Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica*. Sentencia del 28 de noviembre de 2012. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf (fecha de consulta: 20/05/2021).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

Caso Haas vs Suiza. Sentencia del 20 de enero de 2011. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-102940%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-102940%22]}) (fecha de consulta: 20/05/2021).

Caso Gross vs Suiza. Sentencia del 14 de mayo de 2013. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22languageisocode%22:\[%22ENG%22\],%22appno%22:\[%2267810/10%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-119703%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22languageisocode%22:[%22ENG%22],%22appno%22:[%2267810/10%22],%22documentcollectionid%22:[%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-119703%22]}) (fecha de consultado: 20/05/2021).

Caso Menesson vs Francia. Sentencia del 26 de junio de 2014. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22languageisocode%22:\[%22ENG%22\],%22appno%22:\[%2265192/11%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-145389%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22languageisocode%22:[%22ENG%22],%22appno%22:[%2265192/11%22],%22documentcollectionid%22:[%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-145389%22]}) (fecha de consulta: 20/05/2021).

Caso Labasse vs. Francia. Sentencia del 26 de junio de 2014. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-145180%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-145180%22]}) (fecha de consulta: 20/05/2021).

Corte Suprema de Justicia de la Nación:

F. A. L. s/ medida autosatisfactiva, sentencia del 13/03/2012. Fallos: 335:197.

Normas citadas

Declaraciones y Tratados de Derechos Humanos:

Convención Americana de Derechos Humanos.

Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

DIFERENTES ETAPAS EN LA CONFORMACIÓN DEL ACTUAL...

Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Convención sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas

Resolución N° 421 del 04/12/1950. Disponible en [https://undocs.org/es/A/RES/421\(V\)](https://undocs.org/es/A/RES/421(V)) (fecha de consulta: 20/04/2021).

Resolución N° 543 del 05/02/1952. Disponible en [https://undocs.org/es/A/RES/543\(VI\)](https://undocs.org/es/A/RES/543(VI)) (fecha de consulta: 20/04/2021).

Resolución N° 544 del 05/02/1952. Disponible en [https://undocs.org/es/A/RES/544\(VI\)](https://undocs.org/es/A/RES/544(VI)) (fecha de consulta: 20/04/2021).

Resolución N° 833 del 04/12/1954. Disponible en [https://undocs.org/es/A/RES/833\(IX\)](https://undocs.org/es/A/RES/833(IX)) (fecha de consulta: 20/04/2021).

Resolución N° 1.041 del 21/02/1957. Disponible en [https://undocs.org/es/A/RES/1043\(XI\)](https://undocs.org/es/A/RES/1043(XI)) (fecha de consulta: 20/04/2021).

Resolución N° 1.458 del 10/12/1959. Disponible en [https://undocs.org/es/A/RES/1458\(XIV\)](https://undocs.org/es/A/RES/1458(XIV)) (fecha de consulta: 20/04/2021).

Resolución N° 1.843 del 19/12/1962. Disponible en [https://undocs.org/es/A/RES/1843\(XVII\)](https://undocs.org/es/A/RES/1843(XVII)) (fecha de consulta: 20/04/2021).

Resolución N° 1.960 del 12/12/1963. Disponible en [https://undocs.org/es/A/RES/1960\(XVIII\)](https://undocs.org/es/A/RES/1960(XVIII)) (fecha de consulta: 20/04/2021).

Resolución N° 2.080 del 20/12/1965. Disponible en [https://undocs.org/es/A/RES/2080\(XX\)](https://undocs.org/es/A/RES/2080(XX)) (fecha de consulta: 20/04/2021).

Resolución N° 2.200 del 16/12/1966. Disponible en [https://undocs.org/es/A/RES/2200\(XXI\)](https://undocs.org/es/A/RES/2200(XXI)) (fecha de consulta: 20/04/2021).

Observaciones de órganos de control de Tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas:

Comité de Derechos Humanos. *Examen de los informes presentados por los Estados parte con arreglo al artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina.* Aprobado en el 98º período de sesiones, Nueva York, 8 a 26 de marzo de 2010. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/co/Argentina98_AUV_sp.doc (fecha de consulta: 20/05/2021).

Comité de los Derechos del Niño. *Examen de los informes presentados por los Estados parte en virtud del artículo 44 de la Convención.* Observaciones finales: Argentina. Aprobado en el 54º período de sesiones, 25 de mayo a 11 de junio de 2010. Disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d/PPRiCAqhKb7yhslwvqis5RM-G7jra4gAQREZLIadZlCp3AWxsDLy6pZmh4pPurPyATFelDBaWC+vI-Wv4o9rzmwyUZ50NN7tPegVdfCafunwG/5Nk3Mp8T422n> (fecha de consulta: 20/05/2021).

Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 36, 3 de septiembre de 2019. Disponible en <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqh:Kb7yhsrdB0H115979OVG-GB%2bWPAXhNI9e0rX3cJImWwe%2fGBLmVgb8AE9NGVfbGSQPyB-fkR3oWtLrT8BJJvLWfh%2fb52ovpcSq8d%2bm6ApV3KLLF3O9mg> (fecha de consulta: 20/05/2021).

Leyes

España:

Ley Orgánica N° 3/2021, del 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. Rescatado del sitio *web* del Boletín Oficial Español: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-4628 (fecha de consulta: 21/04/2021).

Argentina:

Constitución de la Nación Argentina, publicada según Ley N° 24.430 (BO 10/01/1995).

Ley N° 24.820 (BO 29/05/1997).

DIFERENTES ETAPAS EN LA CONFORMACIÓN DEL ACTUAL...

Ley N° 25.778 (BO 03/09/2003).

Código Civil y Comercial de la Nación (aprobado por Ley N° 26.994, BO 08/10/2014).

Ley N° 27.044 (BO 11/12/2014).

Ley N° 27.610 (BO 15/01/2021).

Proyecto de Ley N° 3.272/1918, disponible en: <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/3272.18/S/PL> (fecha de consulta: 20/05/2021).

PARTE III

**ENSAYOS, CRÓNICAS
Y RECENSIONES**

RECENSIÓN

LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, *Ley de aborto comentada. Análisis crítico de la Ley N° 27.610*, Buenos Aires, Centro de Bioética, Persona y Familia, 2021, 145 pp.

NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS¹

La Ley N° 27.610², sancionada el 30 de diciembre de 2020 y promulgada por el Decreto N° 14/2021 (con vetos parciales)³, fue una norma profundamente discutida en la sociedad argentina. Instrumentó la “interrupción voluntaria del embarazo” (IVE, como eufemísticamente se la abrevió), figura a la que también se la llama simplemente, y con realismo, “aborto” (sus principales objetores hablan, con más crudeza, de “homicidio prenatal”). Plantea, como se ha dicho hasta el cansancio, no solamente la “despenalización”, sino, y fundamentalmente, la “legalización” de aquel acto extintivo de una vida.

El libro que aquí se reseña proviene de Jorge Nicolás Lafferriere, abogado por la Universidad de Buenos Aires y doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Católica Argentina. En ambas sedes es docente, en grado y posgrado, y alcanza la condición de catedrático titular en la última de ellas. Autor prolífico, fue vicepresidente

1. Catedrático en UBA y UCA. Correo electrónico: npsagues@gmail.com.

2. BO 15/1/2021.

3. BO 15/1/2021.

de la Academia Internacional de Jurisprudencia sobre Familia, es un frecuente expositor en nuestros medios académicos y del exterior, y Director de la revista *Prudentia Iuris*. Preside, además, el Centro que edita el libro.

La obra que reseñamos desmenuza artículo por artículo la ley de referencia. Cabe alabar, por cierto, su concisión, claridad, acceso fácil y atención directa y concreta de los temas que enfoca. Incluye, simultáneamente, las razones y los cuestionamientos esgrimidos para sustentar o discutir sus distintas cláusulas, tanto en el proyecto que remitió el Poder Ejecutivo como en los debates y las consultas que en distintos momentos se desarrollaron en las cámaras de Diputados y Senadores. Desde luego, hay también referencia a otros trabajos publicados en revistas jurídicas, junto a datos estadísticos que ilustran muchas facetas del asunto.

En el volumen campea un decidido tono crítico, muy convincente, caracterizado por la mesura en la argumentación y la solidez del discurso empleado. El autor es un buen esgrimista académico, pero apegado a la realidad y con acotaciones que van directamente al punto enfocado.

El plan expositivo (que despliega a la ley artículo por artículo, como ya apuntamos) permite igualmente al lector arribar rápidamente al subtema que desea investigar. Y allí, en cada caso, se sintetizan los datos esenciales para comprender y discutir la cláusula del caso.

Lafferriere califica a la Ley N° 27.610 como una norma no neutral ni objetiva, sino francamente promotora del aborto (pp. 14, 55, 85, entre otras). Razones no le faltan: por ejemplo, y de modo especialmente rechazable, autoriza la muerte de la persona por nacer, sin invocación de causa alguna, durante las primeras catorce semanas del embarazo. Simultáneamente, evita convocar al padre para ser oído en tal la decisión de la madre (o persona gestante, se dice), e ignora –más grave todavía– toda alusión al derecho a la vida del feto (p. 30), quien es prácticamente un desconocido, y en definitiva, un ser negado, en el texto legal. Cualquier distraído podría hasta creer que se trata de un aborto sin *nasciturus* al que se ultima.

Todo ello se plasma –valga la paradoja– dentro de un Derecho Internacional de los Derechos Humanos que explícitamente afirma que el derecho a la vida comienza desde la concepción, y que na-

die puede ser privado arbitrariamente de ella (art. 4º, Convención Americana sobre Derechos Humanos); o que el niño tiene derecho, por su vulnerabilidad, a una protección específica, incluso antes del nacimiento (Preámbulo de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño). También, en el seno de una Constitución que proclama a Dios fuente de toda razón y justicia, y que tutela al niño desde el embarazo (art. 75, inc. 23); y en un contexto legal que también señala que la persona existe desde el momento de la concepción (art. 19 del Código Civil), y que es niño a partir de ello (Ley N° 23.849).

Nuestro autor, que naturalmente describe tal escenario, se pregunta cómo puede entonces hablarse de un “derecho” de la madre a abortar, incluso sin causa, como lo hace la ley, en el período inicial de gestación que señalamos. Ese artilugio de magia nomogenética emplea varios trucos. Por ejemplo, recomendaciones o dictámenes de Comités de Trabajo sobre varias convenciones de Naciones Unidas (de Derechos Humanos, de la prohibición de discriminación contra la mujer, incluso de los Derechos del Niño), que han creado un “derecho al aborto” cuando el mismo (destaca Lafferriere) no aparece escrito en ninguno de esos instrumentos internacionales, y todo pese a que tales informes no son derecho compulsivo para los Estados. También, deriva de la infundada doctrina creada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en torno al desarrollo “gradual e incremental” del derecho a la vida de la persona por nacer, cosa que permitió al tribunal regional, en *Artavia Murillo*⁴, desechar la condición de persona tutelable al óvulo fecundado pero no anidado en el seno materno, tesis que la doctrina abortista prorroga *per se* a las primeras catorce semanas del embarazo (p. 67). Así se deduce, falsamente, el aborto libre o discrecional, sin causa legítima, del derecho a la libertad de fecundación “in vitro” (tema este último que el autor plantea, además, como discutible, y que deja para una investigación más profunda, dado lo delicado y difícil que es).

4. Corte IDH, *Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de noviembre de 2012.

Otra ingeniosa malversación normativa ha sido la de entender, partiendo del “derecho reproductivo” a determinar el número y los espacios de los embarazos, el de –también– privar discrecionalmente de la vida al sujeto engendrado: una afirmación disparatada, como la describe Lafferriere, que incluye sin piedad alguna la libre facultad de eliminar a la persona por nacer, en el citado término de las catorce semanas posteriores a la gestación.

En paralelo, una estratagema concomitante ha consistido en devaluar la condición del feto a algo subhumano, simple apéndice de la madre (mentira que explica otra, la del derecho de la progenitora “a disponer de su propio cuerpo”: *my body, my choice*); o en entender que la Ley N° 23.849⁵, al calificarlo como niño, no es ni una reserva a la Convención de los Derechos del Niño, ni norma imperativa, sino una simple regla interpretativa sin peso jurídico relevante. Con la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados en la mano, Lafferriere demuestra la inconsistencia de esa tesis, pretendidamente diluyente de una norma legal actualmente en vigor.

El libro encara, asimismo, y con cuidado, las reglas de la Ley N° 27.610 que alteran el Código Penal argentino, reforma que no se caracteriza, precisamente, por su coherencia y pulcritud jurídica. Algunas de esas enmiendas determinan, por ejemplo, qué “no es delito”, singular metodología para un código represivo que debe ocuparse, supone con sensatez el autor, de las conductas ilícitas y no de las permitidas. La determinación del bien jurídico tutelado en la flamante ley tampoco es precisa, concluyendo todo ello en normas que a menudo padecen de confusión, cuando no de tipos penales muy abiertos (cuando, v. gr., se castiga a funcionarios o médicos presuntamente reacios a cumplir el cúmulo de tareas que aquella ley les atribuye); o de reglas ambiguas que posibilitan varias interpretaciones divergentes sobre una misma cuestión.

La despenalización del aborto para los supuestos de violación o abuso sexual, y de riesgo para la salud de la madre, importa una temática también tratada por la Ley N° 27.610, y, por ende, considerada en esta obra. Un episodio que debe llamar la atención, se subraya, es

5. BO 22/10/1990.

el veto del Poder Ejecutivo, que borró la exigencia de que aquel peligro fuese respecto de la “salud integral” de la gestante, requiriendo, ahora (dado que el Congreso no superó tal observación de la Presidencia de la Nación), el posible atentado a la “salud” de la madre, redacción que deja abiertos problemas interpretativos por el alcance abierto de la norma.

La dimensión penal de la ley se vincula con la objeción de conciencia que la norma en cuestión reconoce a regañadientes para, por ejemplo, los facultativos, y de manera no clara ni definitoria para las instituciones de salud. Además, recuerda Lafferriere (pp. 109 y sigs.), obliga –por ejemplo– a derivar a la madre que exige abortar, por parte del objetor de conciencia, a otra persona o institución que sí esté en condiciones de practicar la ejecución del niño por nacer. Ello importa una prestación, se precisa en la obra, que implica, en verdad, una compulsión en justicia inexigible para el objetor, convertido ahora en partícipe necesario de algo que su conciencia repudia. La contradicción entre el derecho a la objeción, y el discutido “derecho” a abortar plantea de tal modo visualizaciones de inconstitucionalidad que la jurisprudencia deberá disipar.

Lafferriere analiza, como no podía dejar de hacerlo (p. 123), las exigencias de la ley respecto a la educación sexual pero en clave de perspectiva de género, expresión con una fuerte carga política que desemboca para algunos en los hechos, y a menudo, en la ideología de género (una versión maximizada e intransigente de la primera), posición que a su turno, y por su parcialidad, provoca intensos debates y sólidos cuestionamientos.

Nos hemos ceñido nada más que a algunos puntos vitales del libro, quizá los más conflictivos. En definitiva, el autor realiza un penetrante análisis –con conclusiones decididamente negativas– respecto de una norma aprobada en los recintos parlamentarios con mayorías muy poco significativas, por lo demás bien alejada de una solución acorde con el techo axiológico de la Constitución Nacional y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las dos de decidida inspiración iusnaturalista. Distanciada, igualmente, de un ordenamiento de la razón mesurado y contemplativo no solamente de los derechos de la gestante, sino también del sujeto en gestación. Y que ha sido fruto, desde luego, no del consenso, sino de una batalla legis-

RECENSIÓN

lativa donde no faltaron duras presiones partidistas para coaccionar a los legisladores.

El texto de Jorge Nicolás Lafferriere, con una precisión expositiva digna de encomio, y con atractivas conclusiones que en muchos aspectos compartimos, es muy accesible tanto para estudiantes y profesionales del Derecho como para el público en general. Urge pues, dada su evidente utilidad, difundirlo no solamente en la *web*, sino también en una versión impresa en soporte papel. Aparece también, cabe destacarlo, como un texto práctico de ineludible consulta en la materia.

RECENSIÓN

PORTELA, Jorge G. y MEDINA PEÑA, Rolando (coordinadores), *El Derecho Ambiental a la luz del Derecho Natural*, Guayaquil, Grupo Gráfico Enaja, 2020, 275 pp.

KATERINE MUÑOZ SUBÍA¹

“Produce una inmensa tristeza pensar que la naturaleza habla mientras el género humano no escucha”.
(Víctor Hugo, *Los Miserables*)

1. Licenciada en Ciencias Públicas y Sociales, abogada de los Tribunales y juzgados de la República, y doctora en Jurisprudencia por la Universidad Central del Ecuador; especialista superior en Tributación, y especialista y magíster en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Doctoranda de la Pontificia Universidad Católica Santa María de los Buenos Aires, Argentina. Ha obtenido becas internacionales y ha publicado artículos en revistas nacionales e internacionales. Funcionaria judicial con más de 27 años de servicio, ha desempeñado varios cargos, los dos últimos Jueza y Presidenta de la Sala Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha y Jueza y Presidenta de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia. Presidenta Subrogante de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en funciones. Ha sido docente universitaria de pregrado en la Universidad Cristiana Latinoamericana y en la Universidad de las Américas y de posgrado en la materia de Derecho Laboral en la Universidad Autónoma de los Andes (UNIANDES), Universidad de Cuenca y Universidad Tecnológica Indoamérica. Ha participado como conferencista en varios eventos nacionales e internacionales. Correo electrónico: katerine.munoz@cortenacional.gob.ec.

Los doctores Jorge Guillermo Portela, profesor de la Pontificia Universidad Católica Santa María de los Buenos Aires, y Rolando Medina Peña, profesor de la Universidad Metropolitana con sede en Machala, Ecuador, como Directores de la obra *El Derecho Ambiental a la luz del Derecho Natural*, han posibilitado su concreción en el marco de la investigación en torno a las relaciones existentes entre el Derecho Natural y la problemática medioambiental. El libro es, además, el resultado del trabajo investigativo efectuado por un grupo de estudiantes del Doctorado en Ciencias Jurídicas, con la coordinación editorial de los referidos docentes.

El título preanuncia, efectivamente, su contenido: el abordaje de los desafíos que plantea el cuidado del medio ambiente para el Derecho, desde una visión iusnaturalista. Sin perjuicio de señalar que, hasta donde se sabe, es el primer trabajo que realiza una reflexión profunda sobre este tema de tanta actualidad, con los lineamientos del Derecho Natural clásico, lo cual garantiza su originalidad².

El trabajo se estructura en seis capítulos, en los cuales el medio ambiente es tratado no sólo desde un criterio filosófico, sino también a partir de las problemáticas ecológica y jurídica; desde la perspectiva de diversas ramas del Derecho: Civil, Penal, Procesal, Administrativo y Tributario y del Derecho Constitucional, en general.

En el prólogo y la introducción, los coordinadores editoriales internan al lector al objeto de investigación: la naturaleza desde una consideración filosófica de su concepto y la necesidad de un replan-

2. Ambos docentes han estudiado la temática en trabajos anteriores:

- Medina Peña, Rolando & Portela, Jorge G., "La formación ambiental universitaria a través de Programa de Maestría de Derecho", publicado en *Revista Conrado*, 16 (73), Universidad Metropolitana de Ecuador, 2020, pp. 254-259. Recuperado a partir de <https://conrado.ucf.edu.cu/index.php/conrado/article/view/1301> (fecha de consulta: 10/3/2021).

- Portela, Jorge G., "El Derecho Ambiental como derecho humano de tercera generación. Hacia una idea de educación y ecología", publicado en *Revista Conrado*, 13 (1), 2018, pp. 142-149. Recuperado a partir de <https://conrado.ucf.edu.cu/index.php/conrado/article/view/665> (fecha de consulta: 10/3/2021).

- Portela, Jorge G., "Hacia una ecología integral: el respeto por nuestra casa común y por nosotros mismos", publicado en *Prudencia Iuris* n. 83, Buenos Aires, Educa, 2017, pp. 109-127.

teo cultural sobre la base de la relación del ser humano con el medio ambiente.

Los coordinadores exteriorizan la preocupación de la Iglesia por la preservación de la “casa común”, como un problema de la humanidad, no solo como una protección del agua, el aire, el suelo, sino el resguardo del hombre de su propia destrucción, con fundamento en la encíclica *Laudato Si'*, del Papa Francisco³ y la posición de Benedicto XVI en *Caritas in veritate*⁴. Entonces, se aplica aquí lo dicho muchas veces por uno de los directores de la investigación, el doctor Portela, quien, citando al poeta argentino Leopoldo Marechal, repite en sus clases: “¡Mira que al recibir un nombre se recibe un destino!”⁵. Así, en la introducción también se utiliza un pensamiento de ese escritor argentino, que es como una síntesis –se piensa– de la obra: “[a]l ser esa naturaleza un Libro, se trata de algo inteligible, y por serlo (...) Un libro inteligible reclama una lectura «inteligente»”⁶.

En efecto, el análisis jurídico profundo de los autores desde las diferentes ramas del Derecho, y con fundamento en el Derecho Natural, parece completar la idea de un Derecho Ambiental reducido tan sólo a la órbita del Derecho Agrario, o al análisis del aspecto puramente iuspositivo de algunos contratos rurales y consolidar la posición antrópica del Derecho Ambiental.

El contenido del libro, como ya he adelantado, estudia la cuestión ambiental desde diversas perspectivas jurídicas, lo que se entiende si tenemos en cuenta que los coordinadores de la obra, con buen criterio, animaron a la investigación a doctorandos que habían pen-

3. Francisco, Papa, *Laudato Si': carta encíclica sobre el cuidado de la casa común*, 24 de mayo de 2015; disponible en: http://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html (fecha de consulta: 8/3/2021).

4. Benedicto XVI, Papa, *Caritas in veritate*, 29 de junio de 2009, disponible en: http://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate.html (fecha de consulta: 8/3/2021).

5. Marechal, Leopoldo, “La Poesía”, en *Obras Completas*, Heptamerón, II, Didáctica de la Patria, Buenos Aires, Libros Perfil, 1998, p. 311.

6. *Ibidem*, “Poema de la Física”, 27, ob. cit., p. 433.

sado en enfoques especializados, a partir del tema que era objeto de desarrollo de sus tesis.

De esta forma, en un primer capítulo, se desarrolla la problemática filosófica, con sendos estudios del doctor Jorge Portela en uno de sus temas preferidos: el Derecho Natural y el concepto de naturaleza; Natalí Haidar, su discípula y colaboradora en la cátedra en la Universidad Católica, ilustra al lector con una visión del triple orden tendencial y la ley natural, orientados en los Derechos Naturales primarios. Luego, Rolando Medina Peña comparte un estudio completo del desarrollo sostenible, en el que no falta el turismo, el orden urbano y la educación; el mismo autor, a continuación, se dedica a la conciencia ambiental y los principios ambientales; así, su tesis doctoral comprende el estudio de los servicios ecosistémicos boscosos secos.

Cierra este capítulo una visión novedosa, aportada por Gabriel Barragán, quien bien puede ser puesto como ejemplo de lo que se desarrolló en el primer párrafo. La preocupación de este doctorando tiene que ver con el interés superior del niño. Pero ahora estudia la niñez y el medio ambiente y cómo es la interacción de los niños con la naturaleza.

El segundo capítulo se refiere a la problemática ecológica general. Aquí, nuevamente, Natalí Haidar desarrolla la ecología de las zonas áridas y del ambiente marítimo y acuífero, como así también la relación del hombre con la minería. Rolando Medina Peña explica un tópico que tuvo que ver con su tesis doctoral (ecología de las zonas boscosas) y el profesor Jorge Portela se ocupa del desarrollo de las cuestiones derivadas de la sustentabilidad, y de lo que podría llamarse la ecología de las grandes urbes: la ciudad moderna y sus problemas.

En el tercer capítulo, ya se analiza en forma directa la problemática jurídica. Así, el doctor Portela se propone estudiar un problema muy actual; esto es, la constitucionalización del Derecho Privado, el neoconstitucionalismo y la constitucionalización del Derecho en general. La postura del doctor Portela respecto del neoconstitucionalismo es contundente: dicha teoría, a su entender, no es más que un reflejo del racionalismo y del positivismo jurídico, disfrazado de cierto

ropaje valorativo⁷. Cristina Martínez Alarcón, por su parte, se refiere a la interdisciplinariedad entre el Derecho Ambiental y la legislación ambiental.

En el cuarto capítulo, se estudian diversos aspectos civiles y penales relacionados con el medio ambiente. Así, María Victoria Salaberry afronta el tema de los delitos ambientales y los tipos penales de la ley de residuos peligrosos, mientras que Yudith López Soria, reciente doctora por la Universidad Católica Argentina, abarca la temática del delito de ecocidio como delito de lesa humanidad. Pero esta autora, asimismo, toca la responsabilidad objetiva en materia de delitos ambientales, la problemática de la imputación objetiva y el dolo y la culpa ambientales.

Como una demostración del amplio abanico de cuestiones cubiertas por este libro, el capítulo quinto se interioriza en los diversos aspectos procesales y jurisdiccionales relacionados con el medio ambiente. Aquí, Daniel Frías Toral analiza la conveniencia o no del juicio por jurados en materia de conflictos ambientales; mientras que Samanta Burgos, también con mucha precisión, se encarga de lo que podría denominarse genéricamente el “proceso ambiental” y sus características. Resulta, en este sentido, particularmente ilustrativa su explicación del trabajo de los peritos ambientales.

Por último, se examina el tema relativo a los aspectos administrativos y tributarios relacionados con el medio ambiente. Samanta Burgos desarrolla el problema de los valores y la seguridad jurídica, pero direccionado a la problemática propia del Derecho y la política ambiental. Darío Velástegui, a su turno, estudia los múltiples inconvenientes que surgen de la tributación ambiental y los instrumentos tributarios y no tributarios afines al ambiente.

La obra se cierra, en fin, con un estudio del doctor Portela sobre el medio ambiente como propiedad común, a tono con la encíclica *Laudato Si'*, aludida más arriba, el patrimonio ambiental y su relación con el denominado daño ambiental.

7. Este tema también había sido desarrollado por el autor en: Portela, Jorge G., “El neoconstitucionalismo, ¿Es realmente ‘neo’?”, *Gaceta Constitucional*, Tomo 48, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2011, pp. 271-285.

La concreción de *El Derecho Ambiental a la luz del Derecho Natural* ha supuesto un gran esfuerzo que se hace evidente en cada una de sus páginas: se vislumbra allí una interacción absoluta entre los doctorandos y los directores, pese a la distancia geográfica. Ha existido una conjunción investigativa entre docentes, alumnos ecuatorianos, argentinos y cubanos. El libro es un ejemplo para ser seguido y habla –sin duda– de la seriedad con que la Pontificia Universidad Católica Argentina encara la relación que ha de existir o que se ha de apoyar siempre en la tríada: profesores, alumnos e investigación.

Uno de los problemas más notables de la Universidad actual es que su “producto” –los graduados– sale de sus aulas sin el menor sello distintivo. Esto, que denunciaba en su hora Randle, con la sutil denominación de “carencia de estilo”, es algo que no le cabe a esta obra. Podríamos decir, en consecuencia, que nos encontramos al filo de ese *multus versus in unum*: lo múltiple vertido en lo uno. Esa es la verdadera tarea de la investigación original. De allí que los profesores que no investigan (la mayoría) no son verdaderamente profesores universitarios y los alumnos que se limitan a estudiar el estrecho repertorio que brindan los textos (la otra mayoría) tampoco son verdaderos estudiantes universitarios⁸.

En línea con el aporte a los debates sociales y a la formación profunda que debe ser propia de una universidad, este libro renueva las conversaciones en materia de Derecho Ambiental, que es un tema muy actual, pero no siempre bien orientado. Aquí, desde el iusnaturalismo, se presenta una perspectiva a menudo ausente en nuestro mundo posmoderno, pero necesaria para trabajar en profundidad los desafíos del cuidado del medio ambiente. Ello exige, ante todo, apuntar a comprender con cabalidad qué es el medio ambiente y las razones que llaman a su protección.

Así las cosas, la obra en comentario transita el camino correcto de la auténtica investigación, por lo que podemos decir que su lectura es altamente recomendable.

8. Randle, Patricio, *La Universidad en ruinas*, Buenos Aires, Editorial Almena, 1974, p. 30.

RECENSIÓN

HERNÁNDEZ, Antonio María, *Emergencias, orden constitucional y COVID-19*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2020, 280 pp.

ALEJANDRO PÉREZ HUALDE¹

Antonio María Hernández ha trabajado sobre el tema vinculado a las emergencias de nuestra república desde hace más de veinte años; con este trabajo que hoy se nos presenta aporta un paso más en el análisis de esta patología que nos afecta institucionalmente desde el mismo momento de la recuperación de la democracia en 1983.

Fueron sólo los dieciocho meses iniciales del gobierno de Raúl Alfonsín los únicos en que estuvimos fuera de algún régimen de “emergencia” declarada formalmente o no. A partir del denominado “Plan Austral”, de junio de 1985, ininterrumpidamente, los argentinos hemos transitado nuestra institucionalidad democrática en regímenes de excepción que se han manifestado esencialmente en la alteración de la división de poderes que prevé la Constitución Nacional y, más concretamente, en el desplazamiento de la representación fundamental de las provincias que se realiza en el Senado de la Nación.

Hernández profundiza sus afirmaciones y observaciones oportunamente efectuadas en dos ediciones anteriores de esta obra con el

1. Profesor en las Universidades Nacional de Cuyo, de Mendoza y Austral. Correo electrónico: aphualde@gmail.com.

título de *Las emergencias y el orden constitucional* (2002 y 2003, respectivamente²). Hoy coloca su centro de atención en la emergencia declarada por el Congreso de la Nación en diciembre de 2019 por Ley N° 27.541³, en la que se establece una amplia base de delegación de facultades habilitando al Poder Ejecutivo Nacional al dictado de las normas de excepción que contempla el artículo 76 de la Constitución Nacional y por un plazo determinado de un año, es decir, con vencimiento el pasado 31 de diciembre de 2020.

El autor, como acertadamente lo observó en la presentación de este libro María Gabriela Ábalos, en noviembre de 2020, sostiene que se ha producido una “reafirmación del hiperpresidencialismo y gobierno por decretos, sin los adecuados controles del Congreso ni del Poder Judicial, con afectación de la democracia republicana y federal y con restricciones y lesiones a los Derechos Humanos”.

Luego de un análisis del concepto de “emergencia” en el campo doctrinario nacional y comparado, Hernández lleva a cabo una prolija revisión de los fundamentos aportados por la Corte Suprema de la Nación en sus distintas composiciones y fechas, a fin de precisar lo que podríamos llamar que se ha constituido en una verdadera respuesta judicial del máximo tribunal más allá de sus variaciones y matices que el autor examina en detalle. Un anexo con los fallos más relevantes acompaña el trabajo doctrinario que comentamos.

También son analizados los antecedentes jurisprudenciales de tribunales internacionales, como la Corte Europea de Derechos Humanos y nuestra Corte Interamericana con sede en Costa Rica.

Un panorama muy compacto, pero bien explicativo, sobre los antecedentes en el mundo del pensamiento político, arraigados en los principios filosóficos griegos, llegando luego a aquellos propios del constitucionalismo en los siglos XVI, XVII y XVIII, con un repaso de las ideas que lo inspiraron y la concepción del hombre que produ-

2. Me refiero a: Hernández, Antonio María, *Las emergencias y el orden constitucional (o la decadencia del Estado de Derecho argentino). La inconstitucionalidad del corralito: financiero y bancario*, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002 y Hernández, Antonio María, *Las emergencias y el orden constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003.

3. BO 23/12/2019.

ieron, viene a completar un telón de fondo que resulta muy útil para entender y comprender las causas y los puntos neurálgicos sobre los cuales la emergencia ataca en su atropello de negación normativa básica desde su pretendida excepcionalidad hoy ordinarizada en los hechos.

Sobre la base de una importante referencia a la clasificación de tipos y causas de las emergencias estudiadas oportunamente por Mario Midón, construye un análisis histórico argentino, comprensivo de su amplio territorio público provincial, donde queda exhibida la acostumbrada solvencia con que la Escuela de Córdoba arribó a lo más alto de la Ciencia Jurídica americana en ese terreno, de la mano del maestro Pedro José Frías. Hoy, uno de sus más altos exponentes, como lo es Hernández, ratifica el protagonismo esencial de esa alta Escuela formadora de todos aquellos que nos aventuramos en el estudio y la comprensión del juego institucional de nuestras provincias argentinas. También en este tema de la excepcionalidad y de las emergencias y de los vanos intentos por constitucionalizar su respuesta en modo adecuado.

Seguidamente, encontramos un exhaustivo análisis de las heridas que la emergencia permanente ha ocasionado y provoca aun hoy sobre los principios constitucionales, incluyendo también los aspectos convencionales violentados, y culmina con un balance particularmente crítico de los comportamientos institucionales que fueron consecuencia del denominado “corralito financiero” de principios de este siglo, y que dejaron su marca para los tiempos posteriores, lo que produjo una enfermedad institucional que nuestras instituciones no logran superar a pesar de la diversidad de gobiernos y de signos políticos por los que hemos atravesado en las dos décadas.

Desde ese ángulo de conocimiento, la obra logra abarcar en su estudio las repercusiones de la emergencia sobrevenida con el COVID-19 en todo el amplio territorio nacional. Son repasadas las respuestas de las provincias con una exhaustiva inspección de sus dimensiones en una materia que pone en evidencia los alcances precisos y amplios que posee en estos tiempos la Academia Nacional de Derecho de Córdoba a través del Instituto de Federalismo que dirige el autor, y que menciona como “rol de los gobiernos subnacionales”. Este importante capítulo es digno de mención por el desafío académ-

mico que significa el ataque a un tema respecto del que carecemos de distancia física, temporal y hasta anímica respecto de los acontecimientos y respuestas analizadas.

Hernández propone un regreso a los principios constitucionales y humanistas que nuestra Carta Magna contiene y que procura iluminarnos; y lo hace no sólo desde su indudable jerarquía académica nacional e internacional, sino con el refuerzo que significa su paso por la política activa comprometida en cargos del máximo nivel nacional legislativo y también su experiencia de convencional constituyente en todos los niveles de nuestra construcción constitucional. A ello el autor suma su experiencia de abogado en ejercicio, por lo que sus afirmaciones también están revestidas de la utilidad práctica que el profesional del Derecho necesita en estos tiempos complicados.

El trabajo significa un verdadero desafío, para quienes nos hemos interesado y escrito sobre el tema, a continuar trabajando y descubriendo las respuestas político estructurales que nuestra Constitución propuso cuando introdujo con decisión los institutos de la “emergencia”, base de la excepcionalidad en la delegación legislativa, y de la “urgencia”, como recurso extremo en poder el Presidente en acuerdo de ministros, frente a las tragedias súbitas que impiden su tratamiento legislativo; asimismo, las dos distintas formas de control –siempre político– para una y otra situación crítica y sus respectivos alcances, límites y procedimientos.

Ese desafío constituye un gran aporte formativo y reflexivo para quienes tenemos el deber de impulsar desde las cátedras del Derecho Público y desde las bancas, los estrados y puestos de compromiso público, la formación de una nueva respuesta generacional que sepa ponerse a la altura necesaria para construir, desde la más alta política, los institutos diseñados por la misma Constitución que exceden en mucho a los esbozos legislativos y reglamentarios de consignas con que se ha tratado de emparchar esa carencia que –cada vez más– impone la necesidad de que nuestros partidos políticos “corten de su propia carne” –como lo propone el español Alejandro Nieto– y nos coloque a la altura de esa salida institucional que aún se espera de nosotros.

RECENSIÓN

MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier y RODRIGO LARA, Belén (coordinadores),
***COVID-19 y libertad religiosa*, Madrid, Iustel, 2021, 535 pp.**

ALEJANDRO TORRES GUTIÉRREZ¹

Estamos ante un estudio monográfico sobre el impacto que ha ejercido la epidemia de COVID-19, con respecto al derecho fundamental de libertad religiosa, y que incorpora los trabajos de un numeroso elenco de autores especialistas en Derecho Eclesiástico del Estado, con una perspectiva particularmente interesante desde el punto de vista del derecho comparado, pues incluye las aportaciones

1. Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Pública de Navarra. Se licenció en Derecho por la Universidad de Valladolid y se doctoró en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid; recibió el Premio Extraordinario de Doctorado de su Facultad de Derecho por la Tesis “Régimen fiscal de las confesiones religiosas en España”. Ha ampliado estudios en la Academia de Derecho Internacional de la Haya, la Università degli Studi di Roma, “La Sapienza”, la Universidad de California en Berkeley, la Universidad de Salzburgo, el Institut für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht de la Wirtschafts Universität de Viena, la Universidad de Coimbra, la Universitas Catolica Tholosensis de Toulouse y la York University de Toronto, Canadá. Sus publicaciones están centradas en el estudio de la financiación y del régimen fiscal de las confesiones religiosas, los modelos de libertad de conciencia de España, Austria y Portugal, el estatuto de las minorías y la multiculturalidad en Estados Unidos y Austria, y la teoría de los derechos fundamentales y del Derecho Público. Correo electrónico: alejandro.torres@unavarra.es.

de expertos europeos y americanos, sobre la materia, lo que permite afrontar un enfoque poliédrico, desde el gran angular que aporta la visión de diversos ordenamientos jurídicos. En total son 17 los ordenamientos estatales estudiados y 28 los autores que participan en esta obra colectiva.

Consideramos que se trata –sin duda– de una materia abierta, que va a ser objeto de una continua evolución normativa, desde el momento en que la pandemia aún no ha terminado y es previsible que la producción legislativa prosiga (lo que está ocurriendo en España a propósito de la reciente y fragmentaria normativa autonómica sería un buen ejemplo de ello), incidiendo de nuevo en estas cuestiones y dando objeto a novedosos debates. Del mismo modo, es previsible que en un futuro próximo recaiga una abundante jurisprudencia sobre los litigios ocasionados con motivo de la aplicación de una normativa que, en algunos casos, está suscitando una fuerte controversia jurídica debido a su carácter marcadamente restrictivo respecto al ejercicio de los derechos fundamentales en general y, muy particularmente, en relación con el derecho a la libertad religiosa y de culto.

No por ello debemos de dejar de reconocer el gran valor de esta obra, su oportunidad y su especial utilidad de cara a poder profundizar mejor en el conocimiento de los límites que afectan al ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa y de conciencia, cuando nos encontramos ante la necesidad de afrontar una crisis sanitaria de una envergadura y complejidad desconocida hasta estos momentos y con una repercusión geográfica universal, en un mundo cada vez más globalizado.

El libro se estructura en tres grandes apartados. En su primera parte, se sientan las perspectivas generales de la obra, dedicando la segunda al problema de los ordenamientos jurídicos europeos (Alemania, Bélgica, España, Francia, Italia, Polonia, Portugal, Reino Unido y Vaticano) y una tercera que se centra en los americanos (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Estados Unidos, México, Perú y Uruguay).

La primera parte, de naturaleza introductoria, incluye dos interesantes estudios, firmados respectivamente por los profesores Javier Martínez-Torrón y Barry W. Bussey. En el del catedrático Martínez-Torrón, que lleva el significativo título “COVID-19 y libertad

religiosa: ¿problemas nuevos o soluciones antiguas?”, se hace especial hincapié en la necesidad de detectar los puntos fuertes y débiles de la reciente legislación en cascada recaída sobre esta materia, con el fin de poder distinguir lo que pudiera haber de conservable, mejorable, prescindible y rechazable.

A ello hay que unir la propia diversidad que presentan estructuralmente los diversos ordenamientos estudiados, que ha tenido como consecuencia, especialmente en determinados países de organización federal o regional, que la regulación se haya hecho, a modo de *macchie di leopardo* (como si fueran manchas de leopardo, si se toma como referencia metafórica la piel de dicho animal), como irónicamente se relata en el artículo de Martínez-Torrón, parafraseando a Pierluigi Consorti, es decir, describiendo un panorama normativo heterogéneo y asimétrico, y un tanto caótico (como ha podido ocurrir en Alemania, Italia, Argentina, Brasil, México y, *last but not least*, España, especialmente tras la entrada en juego de la legislación autonómica, en algún caso concreto, asemejándose a lo que en términos coloquiales podríamos denominar como la irrupción de un elefante en una cacharrería, con soluciones dispares para afrontar el problema causado por un virus que nunca estudió Derecho y que, por lo tanto, no entiende de demarcaciones territoriales administrativas, y que algún pronunciamiento reciente del Tribunal Supremo, como veremos, ya ha tenido que enderezar y corregir).

El estudio realizado por Alberto Patiño Reyes sobre México es particularmente significativo a este respecto, al reflejar la deficiente regulación promulgada, caracterizada por el desorden normativo, su arbitrariedad, abuso de poder, discrecionalidad y por la propia dispersión normativa que se aprecia en los diferentes Estados y municipios, con frecuencia contradictoria entre sí, cuando no francamente desafortunada en su redacción y configuración (al mezclar, por ejemplo, dentro de un mismo precepto, las restricciones impuestas sobre los lugares de culto –a los que los ciudadanos acuden para ejercer el derecho fundamental a la libertad religiosa reconocido en la Constitución y en numerosos Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos– con la de casinos, centros de apuestas, bares, cantinas, centros de espectáculos nocturnos, cervecerías, clubes sociales, discotecas, billares o cabarés donde no se ejerce derecho fundamental alguno).

En cualquier caso, se trataría de una lista de países que no puede considerarse cerrada, pues el Reino Unido se caracterizó por la promulgación de una legislación dispersa y hasta contradictoria, pudiendo servir como botón de muestra lo ocurrido en relación con los bautismos por inmersión que –según aconsejó Westminster, en agosto de 2020– podían celebrarse en Inglaterra, si se planificaban con gran prevención y cuidado, mientras que el gobierno de Gales sostuvo que se evitasen bautizos de inmersión total en la medida de lo posible.

La legislación, que no siempre ha sido clara, padece de frecuentes contradicciones internas y los fuertes síntomas de ser fruto de la improvisación e inexperiencia de sus mentores, que han recurrido en exceso a su parcheo, dificultando al ciudadano medio el exacto conocimiento de la normativa vigente, con claro menoscabo del principio de seguridad jurídica, que debe ser garantizado por todo Estado de Derecho. La falta de criterios uniformes ha sido más frecuente de lo que pudiéramos pensar, pues algunos actos autorizados en algunos lugares eran prohibidos en otros que se encontraban en una situación sanitaria semejante.

Es en este punto donde se hará del todo imprescindible realizar el oportuno juicio de proporcionalidad, ponderando los diversos intereses en juego, para que los límites que eventualmente puedan imponerse sobre los derechos fundamentales y las libertades públicas sean realmente los necesarios y no meramente los convenientes o útiles. Un complejo encaje de bolillos, fundamental para decidir la constitucionalidad (o no) de las normas por aplicar. Ni el derecho a la libertad religiosa es absoluto, ni la capacidad del Estado a la hora de establecer las eventuales restricciones es completamente discrecional, debiendo someterse a un juicio de proporcionalidad. Entiende Martínez-Torrón que muchos gobiernos han actuado siguiendo criterios de unilateralidad, imposición e improvisación y que debiera haber imperado la consulta, la cooperación y la reflexión. Lo cierto es que tampoco conviene obviar las especiales circunstancias fácticas que han rodeado esta crisis, como su imprevisibilidad, y la necesidad de dar una respuesta rápida y eficaz a una amenaza a la vida y salud de los ciudadanos, de primer orden, y para la que no se estaba suficientemente preparado. De hecho, la propia ausencia de certidumbre científica, médica e incluso epidemiológica, especialmente en los primeros

momentos de la crisis sanitaria, deberá de ser otro factor para tener en cuenta a la hora de calibrar el oportuno juicio de proporcionalidad que, sin duda, será necesario llevar a cabo de una forma serena y equitativa.

Barry W. Bussey hace hincapié en cómo la crisis sanitaria ha servido para poner de manifiesto la vieja tensión existente entre posiciones seculares y religiosas, y alerta sobre las posibles consecuencias negativas a mediano y largo plazo para las confesiones religiosas, debido al eventual riesgo de una relajación de los vínculos de los fieles con ellas.

La obra estudia el desarrollo concreto de los acontecimientos, en cada uno los países europeos (Parte II) y americanos (Parte III), analizando no sólo el avance normativo habido en cada uno de ellos, y la diversa intensidad de las medidas restrictivas del ejercicio del derecho de libertad religiosa, sino también la concreta reacción de las confesiones religiosas.

Como señalan los profesores Louis León Christians y Adrian Overbeeke, la supervivencia biológica otorga urgente prioridad al enfoque médico, no sólo frente a lo espiritual, sino también en relación con la economía y la política, y se suscitan dilemas propios de una cierta mentalidad posmoderna, como el de la comparación del destino de iglesias, cines, teatros, mercados, grandes almacenes e incluso peluquerías. ¿Qué es lo esencial y dónde están las prioridades ontológicas?

La crisis sanitaria ha puesto también de manifiesto la necesidad de afrontar dilemas morales particularmente complejos, como los triajes médicos, especialmente en países como México o España, en los que la epidemia sometió al sistema de salud a una dramática prueba de estrés.

Esta monografía incide en cómo las restricciones en el ejercicio del derecho de libertad religiosa han revestido una especial intensidad, en prácticamente la totalidad de los países estudiados. En Alemania, por ejemplo, se suspendió el culto público en todo el país durante seis semanas. En Francia, al comienzo del confinamiento nacional, el artículo 8º del Decreto N° 2020-293, del 23 de marzo de 2020, aunque permitió que los lugares de culto permanecieran abiertos, prohibió, no obstante, la realización de celebraciones religiosas en su

seno, con la única excepción de las ceremonias fúnebres (en las que únicamente se autorizaba la asistencia de un máximo de veinte personas). Y al inicio del desconfinamiento, el artículo 10 del Decreto N° 2020-548, del 11 de mayo de 2020, mantuvo dicha legislación restrictiva. Pero el Consejo de Estado, en una Ordenanza del 18 de mayo de 2020, dio un plazo de ocho días para modificar dicha normativa, por otra que fuera estrictamente proporcionada a los riesgos sanitarios y apropiada a las circunstancias de los tiempos y lugar aplicables. A raíz de ello, un Decreto del Primer Ministro, el N° 2020-618, del 22 de mayo de 2020, puso fin a dicha prohibición general de realización de actos de culto. En Portugal, la prohibición de aglomeraciones de personas afectó sustantivamente al ejercicio del derecho de libertad religiosa, algo especialmente problemático, cuando ya de vuelta al estado de normalidad constitucional, entre el 3 y el 29 de mayo de 2020, llegó a establecerse un límite general de aforo de diez personas. En Argentina, el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/2020, del 20 de marzo de 2020, prohibió los “eventos (...) religiosos (...) que impliquen la concurrencia de personas”. Disposiciones ulteriores limitaron la celebración del culto a la asistencia de un máximo de únicamente diez personas, lo cual puede ser mucho en una pequeña capilla y completamente arbitrario y desproporcionado para un templo de grandes dimensiones, como inteligentemente recalca Navarro Floria. Con ironía, el autor da cuenta de la existencia de un cierto josefinismo, por la desmedida pretensión de las autoridades públicas de tender a regularlo todo, incluso los más nimios detalles de la liturgia. En Chile, varias resoluciones de algunos Secretarios Regionales Ministeriales de Salud prohibieron las reuniones por motivos religiosos, y produjeron una judicialización del ejercicio del derecho a la libertad religiosa. En Colombia, se permitieron las celebraciones religiosas, siempre que no se provocaran aglomeraciones de personas, pero en Perú se prohibió el ejercicio del culto religioso, mientras que las farmacias, entidades financieras, mercados y centros comerciales permanecían abiertos.

La actitud de las autoridades religiosas ha mostrado un gran sentido de responsabilidad, al hacer suya la necesidad de proteger la salud pública. Paolo Cavana, en su estudio sobre el desarrollo de los acontecimientos en la Santa Sede, resalta el exquisito cuidado pue-

to a la hora de evitar concentraciones de personas con motivo de la realización de celebraciones religiosas, en sintonía sustancial con las disposiciones de las autoridades italianas. Esto es constatable desde el comienzo de la epidemia, como prueba está el hecho de que, el 7 de marzo de 2020, se anunciase que el rezo del Ángelus del Santo Padre, previsto para el día siguiente, domingo, se realizaría desde la Biblioteca del Palacio Apostólico y no en la plaza, desde la ventana. Los católicos de todo el mundo pudieron presenciar la celebración de la Misa de Pascua presidida por el Papa en una Basílica de San Pedro tan majestuosa como desierta, una elección considerada, críticamente, por Cavana, como objetivamente extrema sobre la base de las circunstancias reales de hecho –en el Vaticano, las oficinas y los servicios esenciales nunca han dejado de funcionar, incluso durante el período pascual– y de imprevisibles consecuencias en el plano pastoral, en la medida en que podría inducir a un cierto desafecto en los fieles, según el citado autor. Sin embargo, esta decisión ha sido valorada positivamente por otros autores, como Cimbalo, que la han considerado como un modo maduro de vivir la fe y la pertenencia religiosa.

Las confesiones religiosas, especialmente al principio de la declaración de la pandemia, mantuvieron en general una actitud que consistió en extremar las medidas de seguridad, siguiendo al pie de la letra las restricciones impuestas por las autoridades civiles, y procediendo, incluso, a prácticamente una suspensión de las celebraciones públicas de culto (es lo que ocurrió, por ejemplo, en Alemania, España o Francia –donde como botón de muestra se puede recordar que se llegó a cerrar al culto la Gran Mezquita de París–), anteponiendo incluso en algunos casos su respuesta a la epidemia, solicitando a sus fieles el confinamiento con anterioridad a que lo hicieran las propias autoridades públicas (como ocurriera con la Conferencia Episcopal Católica en Bélgica). En el Reino Unido, el 24 de marzo de 2020, el episcopado de la Iglesia de Inglaterra publicó un *Ad Clerum*, requiriendo el cierre de los edificios de la Iglesia, no solo para actos de culto públicos, sino también para el rezo individual, incluyendo tanto a sacerdotes como laicos, unas medidas más estrictas que las de la normativa estatal (que pronto suscitaron contestación dentro de un sector de su propio clero, haciéndose eco de dicho malestar, los medios de comunicación).

Lo ocurrido en Europa también se reprodujo en América. Sirva a modo de botón de muestra que la Conferencia Episcopal colombiana, el 7 de marzo de 2020, emitió un comunicado en el que se manifestaba solidaria y comprometida con los protocolos de prevención promulgados por las autoridades sanitarias nacionales, y algo semejante hizo el 13 de marzo siguiente la Conferencia Evangélica de Colombia. Tres días después, el arzobispo de Bogotá y los obispos de las diócesis vecinas establecían la suspensión del servicio de culto público. O el temprano comunicado de prensa de la Conferencia Episcopal de Uruguay del 15 de marzo de 2020, que decidió suspender por dos semanas toda actividad pública con fieles, inclusive la Santa Misa, una decisión unilateral de la jerarquía católica, que no vino precedida de un requerimiento gubernamental previo, y que luego resultará difícil de revertir, como señala González Merlano en su estudio, especialmente cuando al iniciarse la desescalada en Uruguay, se descubrió un sorpresivo foco ligado a una celebración religiosa por parte de un culto minoritario, en la frontera con Brasil.

Pero la actitud de las confesiones religiosas comenzó a ser más crítica y menos condescendiente con las autoridades estatales, cuando empezaron a relajarse las restricciones a la movilidad y a las reuniones en los espacios públicos, y se cuestiona la proporcionalidad de ciertos límites de aforo. Es lo que ocurrió, por ejemplo, en Colombia, con el comunicado del 27 de mayo de 2020, de la Conferencia Episcopal, pues al irse abriendo paulatinamente otros sectores de actividad, la Iglesia Católica solicitaba un trato equiparable. Esta solicitud de apertura encontró el rechazo frontal de la alcaldesa de Bogotá, en el mes de julio, aunque ese mismo mes, las autoridades públicas diseñaran un plan que discriminaba las medidas restrictivas en función de los niveles de incidencia epidemiológica. Algo semejante ocurrió en España, cuando en enero de 2021, los obispos de Castilla y León mostraron con templanza su respetuosa protesta por la reducción de aforo de los templos de dicha región a veinticinco personas, un límite que consideraron injusto, por ser desproporcionado. Algo sobre lo que el auto del Tribunal Supremo, del 18 de febrero de 2021, terminó por darles la razón.

Los Tribunales, durante este tiempo, han emanado una rica jurisprudencia sobre los criterios de proporcionalidad a tener en cuenta a

la hora de ponderar los diversos intereses jurídicos en juego, y evaluar la constitucionalidad de las medidas restrictivas en el ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa. En este sentido, el estudio realizado por Brett G. Scharffs, para el caso de Estados Unidos, resulta especialmente revelador, al realizar interesantes sugerencias directamente vinculadas con la doctrina del acomodamiento razonable, de modo que las restricciones o limitaciones sobre las actividades religiosas no excedan lo realmente necesario. Como señala Navarro Floria, siempre que se produce una aparente competencia de derechos, se debe procurar la armonización y no la oposición. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Resolución N° 1/2020, del 10 de abril de 2020, sin hacer mención expresa a la libertad religiosa, insistió en que las medidas restrictivas de los Derechos Humanos adoptadas por los Estados para la lucha contra la COVID-19 debían adaptarse a los principios de legalidad y proporcionalidad.

En una línea argumental similar, el Tribunal Constitucional alemán, en su auto del 29 de abril de 2020, descartó la admisibilidad de una prohibición general del culto, que no previera excepciones, ni siquiera en aquellos casos en que no fuera previsible un incremento de los riesgos para la salud, lanzando un mensaje a los responsables políticos sobre la necesidad de motivar y justificar adecuadamente las restricciones y que tuvo como consecuencia que los *Länder* modificasen, paulatina y sucesivamente, su legislación, en un sentido más aperturista.

En España está aún pendiente de resolución un recurso de inconstitucionalidad ante el TC planteado por Vox, contra los RD Nros. 463/2020, 465/2020, 476/2020, 487/2020, 492/2020 y la Orden N° SND/298/2020; por su parte, los jueces ordinarios han puesto reparos a ratificar determinadas medidas que suspendían la celebración de actos religiosos, cuando han considerado que eran indiscriminadas y no ajustadas a derecho. No obstante, entendemos que el recurso planteado por Vox no deja de encerrar determinadas paradojas pues, a título de ejemplo, la primera prórroga del estado de alarma, mediante el RD N° 476/2020, del 27 de marzo de 2020, no contó con ningún voto en contra en el Congreso de los Diputados, de los 349 votos emitidos (y, por lo tanto, ninguno de sus diputados se opuso al mismo). Es un recurso que aún está pendiente de resolución por el TC, aunque dudamos que prospere la impugnación contra la normativa

estatal limitadora de aforos en lugares de culto, que contemplaba una prudencial distancia de seguridad de un metro entre asistentes (una de las más flexibles en el derecho comparado) y que, a nuestro juicio, estaba plenamente justificada por motivos de salud pública.

El reciente auto del Tribunal Supremo del 18 de febrero de 2021² es también una buena prueba de la necesidad de acudir a criterios de proporcionalidad, pues invalidó el establecimiento de un excesivamente estricto límite absoluto de veinticinco asistentes a las celebraciones religiosas en la Comunidad Autónoma de Castilla y León, y lo hizo por tener vocación indefinida en el tiempo y no tomar en consideración el tamaño real de los diversos lugares de culto existentes en dicho territorio. Ese mismo día, casualmente, la normativa autonómica suprimía dicho tope, y dejaba únicamente el límite de no superar el 33 % de aforo. La doctrina del Consejo de Estado en Francia es otro claro ejemplo de la especial sensibilidad que el legislador debe de tener a la hora de legislar sobre los límites a los derechos fundamentales.

La epidemia de COVID-19 ha tenido como consecuencia un cambio en el modo en el que se ejercitan los derechos fundamentales. La retransmisión de las celebraciones religiosas por televisión e internet ha crecido exponencialmente.

Otro problema adicional suscitado ha sido la necesidad de valorar el impacto económico que ha tenido sobre las confesiones religiosas y los riesgos para su estabilidad económica, entrando nuevamente en juego el importante papel a jugar por los fieles en este campo, especialmente de cara a ser consecuentes con sus creencias, y, por lo tanto, actuar de modo responsable con estas. El debilitamiento de los vínculos de pertenencia, a causa de la pandemia, puede suponer un serio obstáculo a este respecto.

La obra, en suma, recoge las aportaciones de un importante número de especialistas y ofrece un amplio y poliédrico panorama geográfico. Invita a la reflexión y al estudio, y va a ser una obra de referencia en su campo, pues el tema de los límites a la libertad religiosa, basados en motivos de orden público, ni es un ámbito necesari-

2. Véase: https://www.revistaeclesia.com/wp-content/uploads/2021/02/4_5882058935661234002.pdf (fecha de consulta: 11/5/2021).

riamente pacífico, ni está llamado a despertar consensos unánimes, sino al contrario, deja amplio margen a la discusión académica. Máxime cuando se trata de un problema abierto, pues la propia epidemia no ha terminado aún, cuando este libro ha sido publicado, por lo que será preciso retomar el debate sobre las nuevas cuestiones suscitadas, por ejemplo, en Francia, a raíz de la resolución del Consejo de Estado del 29 de noviembre de 2020, que anula el límite general de treinta asistentes a los actos de culto, fijado por el Decreto N° 1.454/2020, del 27 de noviembre, o la legislación en cascada elaborada por las Comunidades Autónomas en España, a partir del 25 de octubre de 2020, con motivo de la tercera declaración del estado de alarma, a causa de la crisis sanitaria. Ya hemos hecho referencia al reciente Auto del Tribunal Supremo del 18 de febrero de 2021, que invalidó el establecimiento de un límite absoluto de veinticinco asistentes a las celebraciones religiosas en la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

Toda situación de emergencia es por definición imprevisible, e incluso cuando es parcialmente previsible, como es el caso de un desastre natural, se torna incierta en cuanto que no puede ser determinada con precisión de forma racional, como señala Pierluigi Consorti. El importante papel desempeñado por la incertidumbre hace aún más difícil encontrar una solución legal satisfactoria en estos casos. Todo ello hace necesario que el legislador sea capaz de afinar suficientemente a la hora de afrontar normativamente los nuevos desafíos ligados a una situación de crisis sanitaria, algo que no siempre es sencillo hacer, ni mucho menos conseguir, si se abusa de la introducción de restricciones en el ejercicio de los derechos por medio de disposiciones reglamentarias (sin rango legal) susceptibles de ser continuamente modificadas, como ocurrió, por ejemplo, en el caso de Polonia, lo cual redundaba en un perjuicio de la seguridad jurídica y de los propios derechos afectados.

Creemos, en síntesis, que es una obra oportuna, seria y de lectura necesaria, y que es preciso agradecer a los coordinadores de la obra, así como a sus autores, el importante esfuerzo académico que han hecho, pues nos incita a pensar y al debate, dos de las principales pasiones de todo buen universitario.

RECENSIÓN

NAVARRO FLORIA, Juan G., *Régimen jurídico de los ministros religiosos*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2020, 432 pp.

OCTAVIO LO PRETE¹

La extraordinaria obra del Dr. Navarro Floria abarca una parcela del Derecho Eclesiástico del Estado inexplorada en la Argentina, al menos de manera orgánica.

En efecto, no existía hasta ahora un estudio sistemático del estatuto jurídico de los ministros de culto en el país (acaso tampoco en América Latina). El autor es digno de abalanza, no sólo por haber emprendido el desafío sino por haberlo realizado con solvencia, de manera exhaustiva e integral y con una mirada crítica del *status* vigente. Me animaría a decir que, si antes había una laguna en doctrina, el libro ha logrado agotar el tema hasta el día de hoy. Pero se añade la valía de que –además– formula propuestas de *lege ferenda*.

El trabajo constituye la publicación de su tesis doctoral, defendida en la Universidad Complutense de Madrid, que mereció la nota más alta (“sobresaliente *cum laude* por unanimidad”) y que fue dirigida por el catedrático Dr. Javier Martínez-Torrón.

1. Abogado (UBA) y Licenciado en Derecho Canónico (UCA). Director del Instituto de Derecho Eclesiástico (Facultad de Derecho Canónico, UCA). Correo electrónico: oloprete@estudioloprete.com.ar.

El objeto de estudio de la obra ha sido la realidad argentina, con importantes y necesarias referencias al derecho comparado, principalmente a los ordenamientos iberoamericanos. También el autor trabajó la jurisprudencia existente, añadiendo la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Téngase presente que el Derecho Eclesiástico del Estado (“tratamiento jurídico del hecho religioso”) tiene un desarrollo más extenso en Europa, donde ya alcanzó autonomía científica en países como España, Italia y Alemania. En la Argentina, gracias a aportes como este y tantos otros del autor, se viene consolidando año a año una evolución orgánica de la disciplina.

Navarro Floria –a la vez– agrega el examen de la normativa provincial en el país, teniendo presente la configuración federal y que muchas materias son de resorte de las diferentes jurisdicciones. Al propio tiempo, aporta cuando corresponde el análisis del derecho interno de las confesiones religiosas, no sólo por las calificaciones, o sea, por la definición de conceptos que luego son tomados por el Derecho estatal, sino además por las remisiones (cuando la ley estatal remite a las normas particulares de las iglesias o comunidades).

Otro aspecto a destacar es la visión histórica de la tesis, que resulta imprescindible para comprender ciertas inconsistencias en la legislación vigente. No hay que olvidar que, por ejemplo, en el siglo XIX (cuando regía el Patronato y prácticamente todos ellos formaban parte de la Iglesia Católica), a los ministros de culto se los consideraba funcionarios o empleados del Estado. Hay normas que se fueron acumulando que, acaso hoy, no tienen justificación, por la pluralidad presente en la sociedad, así como por la separación que existe en la práctica entre la Iglesia y el Estado. Son desafíos que el autor subraya acertadamente.

El libro, de más de 400 páginas y con una cuidada edición, se compone de catorce capítulos. Contiene, además, dos útiles índices, de legislación y de jurisprudencia citada.

Luego de formular una introducción en la que explica la razón de su cometido (Capítulo 1), en el siguiente Navarro Floria toca una cuestión primordial, que podría parecer sencilla pero que resulta muy compleja: el concepto jurídico de ministro religioso o de culto.

La dificultad del tema, que es central para el desarrollo posterior, aparece desde que no hay un concepto único de “ministro de culto”

o “ministro religioso” (en este país y en otros de nuestra tradición el paradigma es el sacerdote católico). Navarro Floria formula un estudio a partir de la doctrina, de la jurisprudencia argentina y del derecho comparado, llegando al final del capítulo a una definición que me permito transcribir: “(...) aquella persona humana a quien una iglesia, comunidad o confesión religiosa designa o reconoce como tal, de acuerdo a sus propias normas internas, dotada de una preparación específica para el ministerio que lo capacita para realizar actos de culto, orientación espiritual o enseñanza normalmente distintos de los que realiza el común de los fieles, y con una dedicación específica (pero no necesariamente exclusiva) a ellos”².

El Capítulo 3 es aquél que más abreva en la configuración y las normas internas de las confesiones religiosas, por cuanto trata el tema de los ministros a partir de las propias iglesias o comunidades. El capítulo es interesante y necesario, porque realiza una síntesis muy completa, que permite vislumbrar la complejidad de la materia y ayuda al derecho estatal a legislar en forma adecuada, desde que es cada confesión religiosa (haciendo valer la autonomía de que goza) la que constituye a sus ministros y fija los alcances de su función. El autor analiza la materia en la Iglesia Católica, la Iglesia Ortodoxa, las Iglesias Protestantes y Evangélicas, el Judaísmo, el Islam, el Budismo, el Hinduismo, así como en otras confesiones (mormones, adventistas, Testigos de Jehová, por ejemplo), añadiendo lo relativo a las religiones afroamericanas y a los pueblos originarios.

El Capítulo 4 analiza de qué manera la condición de ministro religioso incide en el ejercicio de los derechos políticos que ostentan los ciudadanos. Desde la cuestión de la ciudadanía hasta la participación electoral, pasando por las inhabilidades, las prohibiciones y restricciones para el ejercicio de funciones públicas o profesionales, esta parte del libro deja al descubierto la presencia de normas antiguas cuya vigencia carece hoy de sentido. Conviene recordar que el tema siempre es visto desde el propio derecho estatal, sin perjuicio de las reglamentaciones que cada iglesia o comunidad religiosa ostente al interno.

2. Cfr. p. 38.

Las normas de Derecho Privado que afectan a los ministros religiosos comprenden el Capítulo 5. Se sabe que esta rama jurídica es acaso la que más compromete la vida cotidiana de las personas. Lo referido a las incapacidades (para contratar, para suceder, para ejercer el comercio) y al Derecho de Familia (matrimonio, responsabilidad parental, adopción) se completa con el estudio de la responsabilidad civil de los ministros religiosos, quienes como todo ciudadano están sujetos a las consecuencias por sus actos tanto en el plano contractual como a nivel de ilícitos civiles. En las conclusiones del capítulo, marca Navarro Floria que la figura del ministro de culto viene suscitando una menor atención por parte del Derecho Privado argentino. Así, algunas previsiones decimonónicas ya no existen, obedeciendo tal evolución al abandono de los resabios del Patronato como también a una mayor secularización de la sociedad. A la vez, cuando existen normas sobre el particular, se exhibe el esfuerzo para que la terminología resulte amplia, abarcando a los ministros de todas las confesiones.

Al iniciar el Capítulo 6, que toca el Derecho Penal, el autor se preocupa en distinguir algo relevante: las normas penales se dirigen tanto a proteger el ejercicio del ministerio religioso (por ejemplo, castigando a quien lo impida) como a sancionar a aquellos ministros que cometan delitos, inclusive agravando la pena por el lugar que ocupan en sociedad y por la posición de ascendencia que ostentan respecto de los fieles. La doble vertiente apuntada (personas merecedoras de protección y al mismo tiempo sujetos que pueden ser autores calificados de delitos) no hace sino mostrar –advierte Navarro Floria– que los ministros de culto gozan de una posición eminente, lo cual va de la mano con una exigencia de ejemplaridad.

El Capítulo 7 se adentra en el régimen laboral, previsional y fiscal de los ministros de culto. El primero de ellos es el que más análisis y jurisprudencia ha generado, sobre todo en lo que hace a la naturaleza del vínculo entre el ministro y la propia confesión. Se deja en claro que en líneas generales no hay allí relación de dependencia laboral, aunque ello podría darse en caso de que la iglesia o comunidad haya decidido organizar así sus relaciones. Especial referencia hace Navarro Floria a la Ley N° 24.483 de Institutos de Vida Consagrada (norma esperada y bien valorada, en cuya redacción intervino en su paso por la función pública), texto que consagra una solución expresa para

los religiosos católicos, en línea con la regla general expuesta, es decir, ausencia de vínculo laboral, reconocimiento de la autonomía del Instituto y de la jurisdicción eclesiástica. En lo previsional, se explica tanto el régimen general como los regímenes especiales, culminando el capítulo con el estudio del encuadramiento fiscal de los ministros.

El Capítulo 8 explora las normas procesales que involucran a los ministros religiosos. Dentro del mismo, el tema que más espacio ocupa e interés despierta –inclusive porque se pone con frecuencia a debate– es el de la protección del “secreto religioso”, que en definitiva es parte del concepto más amplio de “secreto profesional”. El autor concluye que en la materia se percibe una cierta involución, seguramente debido a la falta de una visión clara de su alcance y naturaleza. Bien señala Navarro Floria que en la preservación del secreto hay un interés público y no meramente privado, porque la sociedad valora la protección de ese ámbito de intimidad propio de la dirección espiritual. Es claro que también existe un interés institucional de la entidad religiosa. Por su parte, no se presta debida atención a las peculiaridades que para ciertas iglesias (la católica, por ejemplo) ostenta el “sigilo sacramental” (o secreto de confesión), que es inviolable. El autor deja patente la necesidad de que los operadores del Derecho conozcan el fundamento del secreto religioso y su custodia, que ciertamente se apoya en la necesidad de respetar la libertad religiosa y de conciencia.

Todo lo referido al “Derecho Militar”, como la atención espiritual al personal propio o las exenciones al servicio militar, conforma el Capítulo 9. Sobre los capellanes castrenses católicos, el autor brinda un panorama histórico, explicando luego la normativa y el funcionamiento del Obispado Castrense en la Argentina, creado por el Acuerdo con la Santa Sede de 1957. Sabido es que el régimen está sujeto a tensiones, motivo por el cual se propone una reformulación de su funcionamiento. Además, señala Navarro Floria la necesidad de prever algún tipo de atención religiosa a los militares no católicos.

Existen muchas otras situaciones llamadas de “especial sujeción”, o sea, de personas que tienen la libertad ambulatoria restringida (por ejemplo, internadas en centros de salud o detenidas), que ameritan que se garantice su atención espiritual. Ello es parte del Capítulo 10 (“Ejercicio del Ministerio Religioso en situaciones de Es-

pecial Sujeción”). Evidentemente, recibir auxilio espiritual es un derecho subjetivo de toda persona, pero a la vez es un derecho de las propias confesiones (que puedan brindar asistencia o transmitir su mensaje inclusive a quienes no pueden concurrir por sí al lugar de culto o al ministro). La regulación de la materia integra el “Derecho Administrativo”, existiendo una dispersión normativa propia del régimen federal argentino. También en el tema se percibe una saludable apertura a los capellanes o ministros no católicos.

El Capítulo 11 aborda un tema que también hace a la autonomía de las instituciones religiosas, cual es la relación de los ministros con las confesiones a las que sirven. Se trata de una cuestión que ha generado importante jurisprudencia (en Argentina y en el derecho comparado), sobre todo en aspectos que hacen al régimen disciplinario de los ministros de culto o bien a la responsabilidad civil de las comunidades religiosas por actos de aquéllos. El capítulo es muy necesario, contiene otros asuntos como la designación y formación de los ministros hasta su posibilidad de sindicalización.

Todas las intervenciones que realiza la Administración Pública respecto de los ministros de culto y en general cómo ellos se vinculan con el Estado es parte del extenso Capítulo 12. Los temas son muchos y variados, desde la intervención estatal en la designación o remoción de ministros, el otorgamiento de asignaciones u otras facilidades para el ejercicio del ministerio, el régimen migratorio, cuestiones de protocolo, forma de identificación, hasta lo referido al ejercicio de funciones públicas por parte de ministros de culto. Expresa Navarro Floria que en algunos casos subsisten reminiscencias del sistema de Patronato (recordemos que los ministros del culto católico eran considerados empleados del Estado) y que a futuro será siempre necesario legislar o actuar en la praxis administrativa guiándose por los principios y derechos que deben regir la materia en una sociedad democrática, precisamente la libertad religiosa (individual y colectiva) y la autonomía de las confesiones.

El Capítulo 13 es breve y se ocupa de explicar, a través del *iter* normativo, que en lo que hace a los medios de comunicación, hoy en día no existe limitación alguna a la participación de ministros de culto en los mismos, ni tampoco de suyo para que sean propietarios o los gestionen.

Las Conclusiones Generales expuestas por el autor al final del libro (Capítulo 14) se resumen en los siguientes puntos: el concepto de ministro de culto no es unívoco y en la Argentina está “en construcción” (se va elaborando a medida que así lo exige cada rama del Derecho); si bien no existe tampoco uniformidad terminológica, de a poco las normas fueron evolucionando hacia designaciones genéricas, que por supuesto abarcan más realidades en línea con una sociedad plural; si bien la identificación de los ministros es de resorte de cada iglesia o comunidad, a veces se presenta la dificultad de que no todas las confesiones tienen un derecho propio ordenado; los parámetros que a la postre “definen” a un ministro y, en consecuencia, habilitan para que el Estado los reconozca como tales, resultan del concepto arriba transcripto (que tengan un rol diferenciado, que hayan recibido una formación específica, que hayan sido investidos por la comunidad a la que sirven y que tengan una dedicación efectiva a la tarea ministerial); por último, plantea Navarro Floria otra dificultad, que excede el marco de la obra pero que es relevante para la evolución de la materia, y que tiene que ver con la carencia en la Argentina de un adecuado estatuto legal para las iglesias, comunidades y confesiones no católicas, que sea respetuoso de su naturaleza y especificidad (zanjar esa deuda seguramente coadyuve a perfilar con mayor claridad este capítulo del Derecho Eclesiástico).

En suma, trabajar sobre los ministros de culto es una tarea ardua que Navarro Floria asumió con el rigor y la claridad que lo caracteriza. La obra desnuda lo complejo de la figura y las numerosas proyecciones que tal complejidad tiene en las diversas áreas del Derecho.

A medida que se recorren las páginas se hace cada vez más patente la erudición del Dr. Navarro Floria en la materia específica, en el Derecho Eclesiástico del Estado y en el Derecho en general. Fruto de su larga experiencia académica, docente y profesional, el libro es original, incisivo e integral, como ya expresé. En definitiva, no queda sino alabar y felicitar a su autor, un verdadero jurista, a quien Martínez-Torrón (en el prólogo) califica, con justicia, como una de las figuras más prominentes en los estudios de derecho y religión, no sólo en la Argentina sino en la entera América Latina.

RECENSIÓN

CIANCIARDO, Juan, *La cultura de los derechos humanos. Razón, voluntad, diálogo*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, 2020, 215 pp.

MARÍA LUCRECIA CUCCHIARO¹

Juan Cianciardo, Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra, España, y profesor de Filosofía de Derecho en esa misma casa de estudios, expone en este libro² algunos de los debates existentes dentro de la teoría general de los Derechos Humanos y busca sentar las bases de una propuesta alternativa, centrada en el diálogo, que haga posible una teoría comprensiva. La lectura y el análisis del trabajo se hacen especialmente necesarios en el contexto actual, en el que una teoría de los derechos humanos consistente es, a todas luces, indispensable.

Se pueden distinguir cuatro partes dentro del libro, estructurado en diez capítulos, con una referencia final a la bibliografía utilizada. En la primera etapa, el autor nos aproxima al concepto de los derechos humanos y a su fundamento. Explica por qué es tan relevante

1. Abogada (Universidad Nacional de Buenos Aires), Magíster (Universidad Austral). Autora de diversos trabajos de doctrina. Correo electrónico: mlucreciac@gmail.com.

2. Disponible *on-line* en el sitio *web* de la Universidad Autónoma de México: <https://tinyurl.com/yxvmnj5c> (fecha de consulta: 21/5/2021).

definirlos, catalogarlos, fundamentarlos, interpretarlos y protegerlos, y cómo se relacionan estos aspectos entre sí. Luego, analiza la distinción entre principios y reglas como fuentes de dichos derechos. Asimismo, expone el debate existente en torno a los límites de los derechos fundamentales y las distintas posturas en relación con el modo en que se pueden jerarquizar los derechos. El libro finaliza con un estudio de la que quizá sea la característica central de los derechos humanos: la universalidad.

Volvamos al comienzo: en la introducción, el autor nos plantea determinar el concepto de derechos humanos, ya que, una vez dirimida dicha cuestión, se nos permitirá acceder a sus fundamentos, su interpretación, el catálogo y, en paralelo, establecer sus límites y fijar la técnica de protección más adecuada a una teoría de los derechos humanos “comprehensiva”. Según Cianciardo, “sin un concepto no se puede acceder al fundamento de los derechos, y sin una y otra cosa –en definitiva, sin una teoría de los derechos– no resulta factible una práctica consistente”³. A su vez, nos habla de las amenazas que acechan la teoría de los derechos humanos y las sintetiza de esta manera: “(...) respecto de la interpretación, la amenaza es el conflictivismo; en relación con el catálogo, el peligro es una inflación de derechos; el fundamento se enfrenta a dos riesgos: el de reducirlo al binomio autonomía-consenso, por un lado, o el de la elusión de su planteamiento, por otro; el concepto, por último, se enfrenta a la amenaza de un doble reductivismo: un racionalismo que sepulte las legítimas diferencias y un particularismo que anule la universalidad”⁴.

Para desgranar todos estos conceptos, el autor describe las posturas que, dentro del iusnaturalismo, niegan la posibilidad de un discurso jurídico acerca de los derechos (Michel Villey) y las que lo aceptan (Javier Hervada). A su vez, trata la recepción de los derechos humanos en el positivismo conceptual. Desarrolla el argumento de Javier Hervada con relación a que los derechos humanos son “reco-

3. Cianciardo, Juan, *La cultura de los derechos humanos. Razón, voluntad, diálogo*, México, UNAM, 2020, p. 4.

4. *Ídem*, p. 6.

nocidos” o “declarados” y no “creados” por las leyes. Concluye, en esta primera parte, que la dignidad opera como fundamento y título de los Derechos Humanos y es a la vez la que otorga el derecho y hace al sujeto capaz de ser titular de ese derecho; justamente es titular todo aquel que tenga condición de ser humano, con signos de humanidad, sin distinción de cualidad o accidente. *A posteriori*, desarrolla los pormenores de la llamada “falacia naturalista”, comenzando el análisis con la ley de Hume, tesis según la cual no se pueden inferir conclusiones morales de premisas descriptivas o fácticas, ni a la inversa. El autor señala que con el tiempo se utilizaría como la principal impugnación de los positivistas contra la teoría del Derecho Natural. Hace un repaso de las respuestas dadas por el iusnaturalismo, expone tanto las opiniones de Finnis como las de Massini Correias. Finalmente, concluye “que la falacia naturalista sólo puede ser comprendida (...) desde las coordenadas teóricas de la modernidad jurídica. En efecto, la afirmación de que la naturaleza no brinda ningún criterio al momento de examinar la justicia de los actos humanos presupone una idea de naturaleza condicionada por las exigencias del cientificismo, es decir, por una reducción de la naturaleza como objeto de conocimiento a sus perfiles empíricos (...) La norma es el único «dato» jurídico con relevancia científica. Como consecuencia inevitable, en el campo de la ética se afirma la inexistencia de la razón práctica, y ello deriva, en el ámbito de la filosofía jurídica, en la imposibilidad de juzgar acerca de la justicia del derecho”⁵. Por ello, el autor afirma que “cabe achacar al argumento de la falacia la construcción de un iusnaturalismo «a la medida»; es decir, es una teoría que distorsiona y comprende mal las tesis iusnaturalistas (por ejemplo, no se hace debidamente cargo de la existencia de los primeros principios de la vida práctica)”⁶.

A continuación, en el capítulo cuarto, Cianciardo describe las distintas posturas existentes en torno a la distinción entre principios y reglas como fuentes de los derechos, desarrolla la crítica de A. Aarnio a la distinción entre principios y reglas y la crítica de Prieto Sanchís

5. *Ídem*, p. 53.

6. *Ídem*, p. 53.

y elabora un planteo alternativo. Señala que lo que debe matizarse en la argumentación de Aarnio es el alcance del rechazo de la distinción entre principios y reglas. Según el autor, “[e]n efecto, si bien es verdad que hay reglas que son indistinguibles de los principios desde los criterios distintivos que se suelen emplear, debe admitirse que dichos criterios tienen, *prima facie*, utilidad e importancia”. Afirma, asimismo, que “[l]os principios reconocen bienes que son intrínsecos a los propios principios y por eso apuntan a un estado de cosas y no establecen un curso de acción concreto. Las reglas apuntan a alcanzar bienes que son extrínsecos a ellas y lo hacen estableciendo cursos de acción concretos”⁷.

Se analiza, seguidamente, el problema de los límites de los derechos fundamentales, cuya importancia deriva de lo siguiente: “(...) para que el discurso de los derechos sea efectivo, es decir, para que los derechos sean reconocidos, protegidos, respetados y promovidos, más importante incluso que la definición de su contenido, es la determinación de los deberes correlativos”⁸. El autor realiza un análisis de las teorías externa e interna de dichos límites y elabora una propuesta propia.

Ante los casos de conflictos entre derechos, se suele acudir a la jerarquización o a la ponderación de los derechos en litigio, a fin de establecer cuál es el que debería prevalecer. En el capítulo sexto, Cianciardo expone cómo se llevan a cabo las dos técnicas –la jerarquización y la ponderación–, y las critica. En esa línea, señala que la jerarquización conduciría al utilitarismo y eso lleva, en palabras del autor, “a la pérdida del sentido de la noción de derechos humanos”⁹. No quiere que perdamos de vista que, en última instancia, el sentido de los derechos humanos es que todos podamos gozar de ellos, sin privaciones y que, a fin de cuentas, “la jerarquización de derechos oculta, en realidad, no una jerarquización de bienes, sino una jerarquización de las personas”¹⁰.

7. *Ídem*, p. 64.

8. *Ídem*, p. 69.

9. *Ídem*, p. 93.

10. *Ídem*, p. 94.

Al mismo tiempo, la legislación que regula los derechos debe cumplir con los principios de proporcionalidad y razonabilidad. El autor resalta que ambos conceptos fueron creaciones jurisprudenciales ancladas en normas constitucionales. Su objetivo, en el capítulo séptimo y octavo, es desarrollar el concepto de proporcionalidad, señalar aquellos casos en que su aplicación no siempre resulta satisfactoria y puntualizar los requisitos de la razonabilidad con el fin de que ambos principios –el de proporcionalidad y razonabilidad– cumplan con su objetivo, que no es otro que la protección de los derechos humanos. En el camino, aporta criterios para solucionar las cuestiones que se suscitan en la aplicación e interpretación de ambos principios.

Considero que el autor cumple con el fin último de su obra; de acuerdo con ello, logra plantear varias líneas argumentales en cada uno de los temas principales que aborda. Sin embargo, tal vez su aporte fundamental sea que deja planteado un desafío para los tiempos venideros: el de persistir en la tarea de tender puentes en vistas a dar con una teoría de los derechos humanos fundada racionalmente, que nos permita protegerlos de forma adecuada, completa y sin discriminaciones arbitrarias.

PARTE IV
DOCUMENTOS

PONENCIA “LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LA LEY N° 27.610 DE ABORTO”, PRESENTADA ANTE LA REUNIÓN PLENARIA DE LA ACADEMIA DEL PLATA¹

EDUARDO A. SAMBRIZZI²

PARA CITAR ESTE TEXTO:

Sambrizzi, Eduardo A., “Ponencia «La objeción de conciencia en la Ley N° 27.610 de aborto», presentada ante la reunión plenaria de la Academia del Plata”, *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, N° 11, 2021, pp. 267-282.

10 de marzo de 2021

1. Una versión más extensa se publicó en: Sambrizzi, Eduardo A., “La objeción de conciencia en la Ley N° 27.610”, en *La Ley*, Año LXXXV, N°. 55, 16/3/2021.

2. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Correo electrónico: eduardosambrizzi@gmail.com.

1. LA CONCIENCIA. SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

Previamente al análisis del significado y alcance de la denominada *objección de conciencia*, quiero referirme a lo que es la *conciencia*, entendiéndose por tal, según uno de sus significados, la realización de distintos procesos cognitivos interrelacionados que nos llevan a un proceso interior sobre el bien que debemos hacer y el mal que debemos evitar. Con la conciencia distinguimos una acción correcta de una incorrecta, así como un acto moral o ético de uno inmoral o antiético, como en su momento distinguió, para poner un ejemplo, Tomás Moro, o los primeros cristianos cuando se negaban a abjurar de sus creencias.

La conciencia tiene un valor relevante, habiéndose afirmado en la Constitución Pastoral *Gaudium et Spes* que “en la profundidad de su conciencia, el hombre descubre una ley, que él no se da a sí mismo sino que debe obedecer, y cuya voz, permanente invitación a amar el bien y evitar el mal, no deja de resonar claramente a su oído interior en el momento oportuno: haz esto, evita aquello”³.

Por lo que bien se puede afirmar que la conciencia se aplica a lo ético, a los juicios que podemos y debemos practicar sobre lo que está bien y lo que está mal, tanto de nuestros actos como de los de terceros, siendo la conciencia moral una condición innata e intrínseca al hombre. Como afirmó San Juan Pablo II, en el *Mensaje para la Jornada Mundial por la Paz*, del año 1991, la conciencia moral sería la capacidad de discernimiento que tiene el hombre para descubrir y obrar según la ley que Dios ha inscrito en cada hombre, la que debe conformarse en función de la verdad objetiva, universal e igual para todos, siendo una obligación de cada persona ir en búsqueda de esta verdad⁴.

Lo que me lleva a afirmar que cuando hablamos de *objección de conciencia* nos estamos refiriendo a un juicio crítico con relación a de-

3. Concilio Vaticano II, *Constitución pastoral Gaudium et Spes sobre la Iglesia en el mundo actual*, 7 de diciembre de 1965, n° 16.

4. Juan Pablo II, Papa, *Mensaje para la Celebración de la XXIV Jornada Mundial de la Paz*, 1° de enero de 1991.

terminados actos, disposiciones legales o situaciones internas o externas que se nos requiere que realicemos y con las que disentimos y rechazamos por antiéticas, con fundamento tanto en la libertad de conciencia –según la cual nadie puede ser constreñido a realizar un acto que se considera ilícito– como en la libertad religiosa, calificando nuestra conciencia esos actos como un mal que debemos evitar. Se trata de actos que debemos realizar personalmente y que, por tanto, nos son moralmente imputables, por lo que los rechazamos en conciencia.

De lo que resulta que la objeción de conciencia –que de ser ejercitada puede llegar a suponer el incumplimiento de una norma jurídica– consiste en “el derecho a eximirse, total o parcialmente, del cumplimiento de una obligación legal, debido a que ésta violenta la conciencia religiosa o moral de una persona”, lo que la lleva a exceptuarse a cumplir con dicha obligación, circunstancia esta que no debe confundirse con incitar a otros a desobedecerla⁵. La objeción de conciencia se diferencia de la desobediencia civil, por cuanto aquélla no necesariamente cuestiona la ley en sí, objetivamente, sino la obligatoriedad de determinados aspectos de la misma, en ciertas circunstancias y para un individuo específico.

Se ha afirmado que la objeción de conciencia es “la posibilidad de eximirse de acciones prescritas por la ley, sin que a consecuencia de ello tenga que sufrirse discriminaciones o renunciar a derechos, en razón del conflicto existente entre lo mandado y las propias convicciones”, desprendiéndose el derecho a hacerla valer –como más adelante veremos– de las garantías constitucionales relativas a la libertad de culto, de conciencia y de religión⁶.

Debe quedar en claro que para ejercer lo que se considera el derecho a oponer la objeción de conciencia para eximirse de la realización de un determinado acto que legalmente es exigido, no se re-

5. Cfr. Franck, María Inés, “El derecho a la objeción de conciencia en Argentina y en América”, en *El Derecho Administrativo*, n° 13.862, 2015, del 25/11/2015.

6. Lafferriere, Nicolás, “Aborto y objeción de conciencia”, en AA. VV., *El médico frente al aborto*, Buenos Aires, EDUCA, Pontificia Universidad Católica Argentina, 2012, pp. 29 y 31.

quiere la existencia de una norma que en forma explícita permita ejercerlo, resultando suficiente que violente la libertad de conciencia y de religión.

2. EL DERECHO A EJERCER LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

De acuerdo a lo hasta aquí dicho, cuando a una persona se le reclama –aún con fundamento en una norma jurídica– que practique determinados actos que la conciencia no acepta por considerarlos inmorales, puede tomar una decisión adversa a su cumplimiento. Dicho de otra manera: en el supuesto de que el acto que alguien debe realizar, en razón de lo establecido en una disposición legal dictada por la autoridad competente, lesione las convicciones más íntimas de la persona, ésta puede objetarlo en conciencia y, como consecuencia, negarse lícitamente a practicarlo, con lo que queda eximida de cometer lo que en su fuero íntimo considera un mal grave. Jorge Scala afirma que la cuestión de la objeción de conciencia recién surge de forma generalizada cuando, en épocas recientes, “leyes inicuas obligaron a destruir matrimonios, esterilizar o matar seres humanos”⁷.

Quiero recordar que en fecha relativamente reciente el Papa Francisco afirmó que la objeción de conciencia debe estar presente en cada estructura jurídica, porque se trata de un derecho humano, habiendo sostenido que una vez que una ley que lo admite ha sido votada, el Estado también debe respetar las conciencias⁸.

Claro que no sólo es cuestión de invocar la lesión alegada, sino que el objetor debe dar razones fundadas de su objeción, que deben ser coherentes con sus convicciones⁹. En tal sentido, y en concordancia

7. Scala, Jorge, “La objeción de conciencia como antesala del *ius resistendi*”, en *El Derecho - Diario*, Tomo 227, 123, 15-4-2008. Cita Digital: ED-DCCLXX-83.

8. Cfr. Declaración hecha con fecha 9/5/2016 al diario francés *La Croix*. En su versión castellana, la entrevista se encuentra en: <https://www.la-croix.com/Religion/Pape/Entrevista-papa-Francisco-La-Croix-texto-completo-2016-06-30-1200772578> (fecha de consulta: 9/3/2021).

9. Véase, al respecto, Lafferriere, Nicolás, “Aborto y objeción de conciencia”, ob. cit.

cia con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Suprema de Justicia sostuvo, en el caso *Portillo*¹⁰, que la objeción de conciencia debe ser sincera. En ese caso se cuestionó la constitucionalidad de la ley de servicio militar por violentar la libertad ideológica y de conciencia (art. 14 de la CN); Portillo sostuvo que su credo católico le impedía el uso de armas contra otra persona, ya que entendía que implicaba la violación del quinto mandamiento, y ofreció prestar cualquier servicio alternativo que no implicara el uso de armas. La Corte le reconoció el derecho a la objeción de conciencia, aunque sólo con el alcance de no obligarlo a portar armas, debiendo el mismo, no obstante, cumplir con el deber de contribuir a la defensa de la Nación. En ese precedente la Corte reconoció el valor de la libertad religiosa, y extendió la protección de la libertad de conciencia a quienes “establezcan una determinada jerarquía en cuanto a sus valores éticos, adjudicando especial primacía al de no poner en riesgo la vida de un semejante”¹¹. Se sostuvo, además, que en los casos en que resulte posible, debe tratarse de conciliar el cumplimiento de los deberes legales con el respeto a las convicciones del objetor. Hubo varios otros fallos de dicho Tribunal en similar sentido. Los criterios expuestos por la Corte fueron más adelante recogidos por la Ley N° 24.429¹², donde se reguló la posibilidad de poder ejercer la libertad de conciencia en el nuevo servicio militar voluntario que estableció dicha ley.

No reconocer el derecho en cuestión significa, ni más ni menos, que no reconocer la libertad de pensamiento, habiéndose afirmado que la objeción de conciencia es un valor fundamental, central, de carácter no marginal¹³.

Debo al respecto recordar que de conformidad a la Resolución N° 46 de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, del año 1987, “la objeción de conciencia (...) debe ser considerada como

10. Fallos: 312: 496.

11. Fallos: 312: 496, cons. 9°.

12. BO 12/7/1995.

13. Navarro-Valls, Rafael, “La expansión de las objeciones de conciencia”, en AA. VV., *Academias jurídicas y sociales iberoamericanas: Ponencias y conclusiones - IX Congreso de Academias jurídicas y sociales de Iberoamérica*, Asunción, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, p. 171.

un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”. Como también, que ya en el año 1970 la Asociación Médica Mundial aprobó la llamada *Declaración de Oslo*, en la que se contempla la objeción de conciencia al aborto. Y en septiembre de 2000, la Academia Nacional de Medicina emitió una Declaración en el sentido de que “la objeción de conciencia es un testimonio pacífico y apolítico por el cual un médico puede no ejecutar un acto reglamentariamente permitido, sin que ello signifique el rechazo de la persona y el abandono del paciente”¹⁴, habiendo sido también ese derecho reconocido en el artículo 48 del Código de Ética de la Asociación Médica Argentina.

3. FUNDAMENTO DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA

Como resulta de lo antes dicho, la objeción de conciencia deriva de la libertad de conciencia; se la ha reconocido como una forma de resistencia pacífica con respecto al cumplimiento de una norma, debiendo quedar en claro que lo que el objetor pretende –mediante un acto no violento– no es obstaculizar ni modificar la norma de que se trata, sino obtener el debido respeto a su conciencia. Como sostiene Rodolfo Vigo, “las convicciones íntimas pueden esgrimirse por el destinatario del derecho a los fines que jurídicamente se lo desobligue”¹⁵.

La conducta del objetor de conciencia tiene su fundamento en la existencia de principios superiores a las disposiciones legales, derivados de la ley natural, que deben prevalecer por sobre lo que la ley manda, que no siempre es justa, lo que ocurre cuando carece de un basamento moral, indispensable en toda norma jurídica, puesto que la operatividad del Derecho es inescindiblemente moral. Lo que lleva a la afirmación de que una norma puede ser *legal*, por haber sido

14. Academia Nacional de Medicina, *Declaración de la Academia Nacional de Medicina sobre objeción de conciencia*, 28/9/2000.

15. Vigo, Rodolfo L., “Derecho a la objeción de conciencia: implicancias y consecuencias”, en *El Derecho - Diario*, Tomo 264, 548; 28/8/2015. Cita Digital: ED-DC-CLXXV-494.

dictada de acuerdo a las formalidades exigidas al respecto, pero, a su vez, *ilegítima*, por transgredir la norma moral.

Empero, debe quedar claro que la objeción de conciencia puede ser asimismo ejercida aun cuando la norma en cuestión no sea injusta o inmoral, ya que también puede ejercerse ese derecho con relación a una ley incuestionable en sí misma –como puede ocurrir al negarse una persona a la práctica del servicio militar con el uso de armas–, pero que hiera la conciencia del objetor. Aunque bien puede afirmarse que, en el supuesto de la ley injusta o inmoral, el ejercicio del derecho es todavía más claro, si así pudiera decirse, pudiendo también ocurrir que un acto es dable de ir contra la conciencia y las convicciones de una persona, pero no de las de otra, como en el caso de la jura de la bandera, a lo que se niegan los Testigos de Jehová.

Sin perjuicio de lo expresado, el derecho a la objeción de conciencia puede particularmente fundarse en el señorío del hombre sobre su vida, su cuerpo, su identidad, su honor, su intimidad y sus creencias trascendentales, como también en el artículo 14 de la CN, que tutela la libertad de culto; debo asimismo recordar al respecto que en el conocido caso *Bahamondez*¹⁶ (se trataba de un Testigo de Jehová que se negaba a que le transfundieran sangre), la CSJN fundamentó la objeción de conciencia en el artículo 19 de la CN, habiendo afirmado al respecto que “la libertad religiosa incluye la posibilidad de ejercer la llamada objeción de conciencia, entendida como el derecho de no cumplir una norma u orden de autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona, siempre que dicho incumplimiento no afecte significativamente los derechos de terceros ni otros aspectos del bien común”¹⁷.

Es importante, asimismo, no olvidar como fundamento del derecho en análisis, el contenido de distintos tratados internacionales incluidos en el artículo 75, inciso 22, de la CN, entre los que destaco la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 18 dispone que “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar

16. *Fallos*: 316: 479.

17. Ídem, cons. 12, de la disidencia de los doctores Cavagna Martínez y Boggiano.

de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia". Similares conceptos se encuentran establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también incluidos en la Constitución Nacional.

Entre otras disposiciones, también se reconocen esos principios en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

4. LA LEY DE ABORTO Y LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

La Ley N° 27.610, denominada de "Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo"¹⁸, se ocupa, en los artículos 10 y 11, de la objeción de conciencia, contemplando el primero de ellos la situación de la persona del profesional médico, mientras que el artículo 11 se refiere a las obligaciones de los establecimientos de salud.

a) La objeción de conciencia por parte del profesional de salud

Cabe ante todo poner de relieve que la atención sanitaria de las personas no se debe ver limitada u obstaculizada por el ejercicio de una objeción de conciencia mal entendida, que sea utilizada en forma inapropiada, como una manera de eludir las responsabilidades profesionales por parte de los médicos, abusándose de tal manera de los derechos de las personas, con grave menoscabo de su salud. Lo que a mi juicio no ocurre con relación al aborto, por tratarse del derecho a la vida, que es un derecho esencialísimo sin el cual no pueden ejercerse los demás derechos, consistiendo en tal caso la objeción de conciencia en negarse a ejecutar o cooperar en forma directa o indirecta con un acto de esa naturaleza, por considerarlo como contrario, ya sea a la ley moral, a las normas deontológicas o a las religiosas.

18. BO 15/01/2021.

Aclarado lo anterior, debo señalar como positivo que al reconocer el artículo 10 de la Ley N° 27.610 de aborto el derecho del profesional médico a ejercer la objeción de conciencia, no dispuso que ese derecho solo pueda ser ejercido en un determinado momento (y no con posterioridad), como en cambio se afirmó en la sentencia dictada con fecha 13 de marzo de 2012 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el denominado caso *F., A. L. s/ medida autosatisfactiva*, en que se sostuvo que la objeción de conciencia de los profesionales de la salud debe ser practicada ya sea en el momento en que las autoridades legislativas implementen un protocolo sobre la forma de proceder ante una violación, o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente¹⁹. Estimo equivocada dicha restricción, puesto que no se puede limitar el tiempo en el que los médicos deben explicitar su derecho de ser objetores de conciencia ante la práctica de un aborto; lo que es así, porque pasado ese tiempo sin haber manifestado su voluntad en tal sentido, se les estaría imponiendo una obligación a participar en abortos, lo que podría constituir un atentado a su conciencia, así como al sentido último de la profesión médica, e incluso a su dignidad personal y al libre desarrollo de su personalidad, al tratarse de profesionales que por su vocación se encuentran llamados a la defensa de la vida humana. El ejercicio de la objeción de conciencia no se puede limitar de esa forma, porque constituye un derecho de raigambre constitucional, que, como resulta de lo hasta aquí dicho, consiste en que nadie debe ser forzado a contrariar las propias convicciones morales y científicas, ejecutando o haciendo ejecutar actos incompatibles con ellas²⁰. En otras palabras, limitar el ejercicio de la objeción de conciencia se opone a la esencia misma del instituto, verdadero derecho fundamental que se posee en forma continuada en el tiempo y no sólo en una oportunidad determinada. Resulta por demás innegable que la conciencia no puede congelarse en el tiempo, pudiendo toda persona cambiar de creencias, como se reconoce, entre otras Convenciones incorporadas a la CN, en el artículo 12 de la Convención Americana de Derechos

19. *Fallos*: 335:197, cons. 29.

20. *Fallos*: 312:496.

Humanos del año 1969, y en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del año 1966. La persona puede evolucionar, incluso moralmente, y lo que una determinada acción –como un aborto– en una época o momento se admitió como válida, puede luego ser cuestionada cuando se le requiera proceder a sacrificar una vida humana contra el juramento hipocrático que oportunamente prestó, de velar por la vida de sus pacientes. Como afirma Siro De Martini, “los problemas de conciencia deben plantearse cuando se presentan. El hombre no es una máquina cuyas convicciones o decisiones morales pueden ser tomadas de una vez para siempre, y mantenidas de esa forma de modo inalterable”²¹.

Pero en cambio, el precitado artículo 10 establece ciertas limitaciones –que en parte creo irrazonables–, pues además de señalar en forma ciertamente innecesaria que el profesional de la salud debe cumplir con sus deberes profesionales y obligaciones jurídicas, dispone que debe mantener su decisión en todos los ámbitos en los que ejerza su profesión (público, privado o de la seguridad social), y derivar de buena fe a la paciente para que sea atendida por otro profesional en forma temporaria y oportuna, sin dilaciones.

Vayamos por partes. Por de pronto, la disposición parece razonable en cuanto establece que el profesional debe mantener en todos los ámbitos su decisión de no realizar abortos con fundamento en la objeción de conciencia. En efecto, no resultaría admisible que, por ejemplo, en un ámbito público –como podría ser en un Hospital, donde el médico no cobra honorarios por la realización del aborto– se niegue a practicarlos, pero en cambio, sí los realice en el ámbito privado, donde cobra por esa tarea. Como más arriba afirmé, el objetor debe ser coherente en sus convicciones, debiendo su actitud ser sincera.

Distinta es, a mi juicio, la limitación que la norma impone al derecho del objetor de conciencia, que resulta de la obligación de tener que derivar a la paciente a otro profesional para que sea atendida “en forma temporaria y oportuna, sin dilaciones”; o sea –en otras palabras–, para que le sea practicado el aborto. De esa manera, se le está impo-

21. De Martini, Siro M. A., “Ni los médicos, ni los centros de salud, están jurídicamente obligados a practicar abortos”, en AA. VV., *El médico frente al aborto*, ob. cit., p. 17.

niendo que colabore con el aborto, constituyendo esa obligación legal una violación de sus convicciones y, por tanto, una indebida limitación a su derecho constitucional de libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; y ello, con la amenaza de “sanciones disciplinarias, administrativas, penales y civiles, según corresponda”. Resulta claro que no puede afirmarse que no se estaría violando la libertad de conciencia por el hecho de no obligarse al objetor de conciencia a realizar por sí mismo el aborto, por cuanto el hecho de tener que derivar a la paciente a otro profesional para que éste proceda al aborto, significa, ni más ni menos, que colaborar en ese acto, lo que resulta suficiente para violentar su conciencia; lo que me lleva a concluir que el objetor de conciencia puede lícitamente, en ejercicio de ese derecho, no efectuar esa derivación, sin que ello pueda acarrearle sanción alguna.

En lo hasta aquí visto no concluye la limitación al ejercicio por parte del profesional médico de su derecho a la objeción de conciencia, por cuanto el precitado artículo 10 establece en su penúltimo párrafo que “el personal de salud no podrá negarse a la realización de la interrupción del embarazo en caso de que la vida o salud de la persona gestante esté en peligro y requiera atención inmediata e impostergradable”. Con relación a lo cual cabe señalar, por de pronto, que al afirmarse que el objetor de conciencia no podrá ejercer su derecho cuando la “salud de la persona gestante esté en peligro”, se está contemplando una situación con la que no concuerdo, ya que la vida de la persona en gestación es un bien más relevante que la salud de la madre. Por otra parte, el concepto de *salud* es demasiado amplio, en lugar de ser algo excepcional –como se quiere hacer aparecer–, lo que es así en especial si se advierte que la *salud*, según la definición que la Organización Mundial de la Salud hace del término, es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

Y con respecto al peligro de la vida de la gestante, el profesional debe en todo momento tratar de salvar las dos vidas, pero si el bebé no fuera viable y no pudiera esperarse a que lo fuera porque de demorar su intervención morirían los dos, el médico debe intervenir tratando de salvar a ambos; si finalmente muere el bebé como un efecto no querido, se trataría de un *aborto indirecto*, que no le sería moralmente imputable.

b) Con respecto a las obligaciones de los establecimientos de salud

A diferencia de lo que resulta del contenido de la Ley N° 25.673, de Salud Sexual y Procreación Responsable²² –como también del artículo 10 de su Decreto Reglamentario N° 1.282/2003²³–, que reconoce la llamada *objeción de conciencia institucional*, según la cual se admite que ciertas instituciones pueden exceptuarse de la práctica de determinados actos médicos en razón de su ideario²⁴, la Ley N° 27.610 no contempla el ejercicio por las instituciones de ese derecho.

En efecto, en su artículo 11 se refiere al caso de los “efectores de salud del subsector privado o de la seguridad social que no cuenten con profesionales para realizar la interrupción del embarazo a causa del ejercicio del derecho de objeción de conciencia”, supuesto en el cual se dispone que en tal caso “deberán prever y disponer la derivación a un efector que realice efectivamente la prestación y que sea de similares características al que la persona solicitante de la prestación consultó. En todos los casos se debe garantizar la realización de la práctica conforme a las previsiones de la presente ley”. Y se concluye que “las gestiones y costos asociados a la derivación y el traslado de la paciente quedarán a cargo del efector que realice la derivación”, y que “todas las derivaciones contempladas en este artículo deberán facturarse de acuerdo con la cobertura a favor del efector que realice la práctica”.

22. BO 22/11/2002. El artículo 10 de dicha ley establece que “las instituciones privadas de carácter confesional que brinden por sí o por terceros servicios de salud podrán, con fundamento en sus convicciones, exceptuarse de lo dispuesto en el artículo 6°, inciso b), de la presente ley”, que se refiere a la distribución masiva de anticonceptivos. Además, según el art. 9°, “las instituciones educativas públicas de gestión privada confesionales o no darán cumplimiento a la presente norma en el marco de sus convicciones”.

23. BO 26/5/2003.

24. Recuerdo, asimismo, la Ley N° 26.150, del Programa Nacional de Educación Sexual Integral (BO 24/10/2006), que reconoce en su artículo 5° la posibilidad de cada comunidad educativa de incluir en el proceso de elaboración de su proyecto institucional, “la adaptación de las propuestas a su realidad sociocultural, en el marco del respeto a su ideario institucional y a las convicciones de sus miembros”.

Como se advierte, dicha norma contempla el caso de que la totalidad de los médicos de un establecimiento sanitario sean objetores de conciencia. La solución es similar a la contemplada en el artículo 10 para los profesionales de la salud, ya que, de la misma manera a la establecida en esta última norma, se dispone que los efectores de salud que se encuentran en la situación a la que se alude en el artículo 11, deberán derivar a la paciente a otro efector para que éste realice el aborto. Considero que, al igual que en el supuesto del artículo 10, con ello se los pretende obligar a colaborar en un acto que violenta sus convicciones más íntimas y su libertad de conciencia, lo que es ciertamente cuestionable, por lo que entiendo que, por las mismas razones antes expresadas, dichos efectores de salud tampoco se encuentran obligados a efectuar derivación alguna de la paciente.

c) La objeción de conciencia institucional

Más arriba recordé que la Ley N° 27.610 no ha contemplado el ejercicio de la objeción de conciencia por determinadas instituciones, fundamentalmente –aunque no solo ellas– las de carácter religioso. Por mi parte, pienso que la ley debió haber ido más allá, permitiendo en forma expresa el ejercicio de la objeción de conciencia institucional, lo que significa que una determinada institución pueda declarar que, en virtud de su ideario, no colaborará en manera alguna en prácticas como las del aborto.

Al respecto debió haber sido tenido en cuenta que, tal como ha señalado Alfonso Santiago, “las instituciones de inspiración religiosa desarrollan sus fines propios de acuerdo con su concepción del hombre, de la vida y de la sociedad que las inspira. No se trata de un proyecto social sin más, sino de instituciones que desde su mismo origen y misión pretenden impregnar todas sus actividades con esos valores”²⁵. Lo cual, agrego, les impide la realización de, entre otras,

25. Santiago, Alfonso, “El derecho al ideario en las instituciones de inspiración religiosa”, en AA. VV., *Academias jurídicas y sociales iberoamericanas...*, ob. cit., pp. 151 y sigs.

prácticas abortivas, debiendo poner de relieve que en razón de que la práctica de esa especie de actos lesiona las convicciones más íntimas de las personas que se han agrupado en ese tipo de instituciones, las mismas pueden, a mi juicio, *como institución*, ser objetoras de conciencia, y como consecuencia, negarse lícitamente a practicar y a colaborar de cualquier forma en ese tipo de actos, quedando por tanto eximidas de cometer lo que en su fuero íntimo consideran un mal grave, que afecta su conciencia.

Sobre lo expresado debe tenerse presente lo sostenido por Neydy Casillas –asesora jurídica de la organización legal *Alliance Defending Freedom* (ADF)–, en el sentido de que “los centros médicos son instituciones que están conformadas por personas. No son edificios vacíos que se administran solos, son personas que en su ejercicio al derecho a asociarse se han unido con un fin que va de acuerdo con sus fines personales y creencias propias”²⁶.

Reitero, por tanto, que la omisión en la que ha incurrido la Ley N° 27.610 no implica que las instituciones de que se trata no puedan –como tales– ejercer el derecho a la objeción de conciencia. Así lo ha hecho saber, por ejemplo, el Hospital Privado de Córdoba casi una semana antes de que entrara en vigencia la Ley N° 27.610, que a través de su Director informó que se declara “objedor de conciencia institucional” y que derivará a las pacientes que requieran un aborto legal. En un comunicado, se aclaró que, pese a que la norma no contempla la objeción institucional, el Hospital sí lo hace de manera individual, y que su visión “es compartida por sus miembros e impartida educativamente en quienes ingresan a ella”. En diálogo con Radio Nacional Córdoba, el Director afirmó lo siguiente: “Tenemos una objeción de conciencia institucional, pasa que la ley no lo prevé, por eso tenemos un ideario y una comunicación institucional interna”²⁷.

26. La declaración se encuentra reproducida en Bustamante, Bárbara, *ACI prensa*, Santiago de Chile, 29/4/2016.

27. Sus palabras se encuentran reproducidas en: sin autor, “Aborto legal: el Hospital Privado de Córdoba se anuncia «objedor de conciencia institucional»”, en el diario *La Voz*, publicado el 21/1/2021, disponible en: <https://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/aborto-legal-hospital-privado-de-cordoba-se-anuncia-objedor-de-conciencia-institucional> (fecha de consulta: el 9/3/2020).

5. CONCLUSIONES

De lo expresado, llego a las siguientes conclusiones:

1. Toda persona tiene derecho, con fundamento en la moral y en sus convicciones más íntimas, así como en la libertad de conciencia y religiosa, de ejercer la denominada *objección de conciencia*, a fin de no realizar determinados actos que le son requeridos –ni tampoco a colaborar en ellos–, lo que constituye un derecho intrínseco a la dignidad humana.
2. Al constituir la objeción de conciencia un derecho fundamental de la persona, ningún Estado tiene el derecho de derogarlo, como tampoco de otorgarlo, puesto que la omisión de otorgar dicho derecho no impide que sea ejercido sin interferencias o impedimentos. No obstante, es conveniente que lo prevea, señalando sus modalidades, aunque sin limitaciones arbitrarias ni irrazonables.
3. El objetor debe dar razones fundadas de su objeción, que deben ser coherentes y consecuentes con sus convicciones.
4. El objetor de conciencia –sea o no un profesional de la salud– puede hacer valer ese derecho en cualquier supuesto de aborto, pudiendo eximirse lícitamente de colaborar de cualquier modo en esa práctica –sea de forma directa o indirecta–, como podría consistir en la derivación de la gestante a otro profesional.
5. Si solo estuviera en juego la salud de la gestante, el profesional puede ejercer la objeción de conciencia. Y en el supuesto de que, en lugar de la salud, peligrara su vida, debe en todo momento tratar de salvar las dos vidas, pero si el bebé no fuera viable y no pudiera esperarse a que lo fuera porque de demorar su intervención morirían los dos, el médico debe intervenir tratando de salvar a ambos; si finalmente muere el bebé como un efecto no querido, se trataría de un *aborto indirecto*, que no le sería moralmente imputable.
6. El derecho de ejercer la objeción de conciencia en los supuestos de aborto también puede ser ejercido por las instituciones que tienen determinados idearios éticos o religiosos que le impidan la realización de tales actos.

DISERTACIÓN EN LA PRIMERA REUNIÓN DEL CENTRO DE DERECHO CONSTITUCIONAL (2021): “INVESTIGACIÓN Y DERECHO CONSTITUCIONAL”

LUIS MARÍA BANDIERI¹

PARA CITAR ESTE TEXTO:

Bandieri, Luis María, “Disertación en la primera reunión del Centro de Derecho Constitucional (2021): «Investigación y Derecho Constitucional»”, *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, N° 11, 2021, pp. 283-300.

4 de mayo de 2021²

Cuando me propusieron que hablara ante este esclarecido auditorio sobre “Investigación y Derecho Constitucional”, mi primer im-

1. Abogado (UBA, 1969). Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA, 2003). Profesor emérito (UCA, 2018). Miembro del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho (UCA). Correo electrónico: lmbandieri@gmail.com.

2. El video del encuentro se ubica en el canal de YouTube de la Facultad de Derecho; disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=e4FBY-OP80U> (fecha de consulta: 25/5/2021).

pulso fue sugerir un cambio de tema. “Investigación” evoca “Metodología de la Investigación”, y yo estoy lejos de ser un metodólogo. Menos aún cuando en esta casa hay una notabilísima cultora de la filosofía, que es, entre otras cosas, una excelente metodóloga, como es la profesora Laura Corso. Cuando algunos años atrás compartíamos el dictado del Doctorado Especial, su seminario de Metodología de la Investigación era el *pons asinorum*, el puente de los asnos, temido, pero indudablemente provechoso para quienes lo sorteaban. Buena parte, sino todas las tesis que fueron defendidas por sucesivas tandas de doctorandos venidos de la ecúmene hispanoamericana y aún de fuera de ella, llevan el sello metodológico de la profesora Corso. Pero luego, otra experiencia muy reciente, que paso a contarles, me hizo aceptar el tema propuesto.

Estaba preparando un artículo sobre el bicentenario de la UBA, donde planteaba yo que la “universidad” fue una creación original de la *respublica christiana* medieval cuando, navegando por Internet, por medio de la inevitable Wikipedia, me enteré que la Unesco reconoce como primera universidad la de Al-Karaouine, situada en la medina o ciudad de Fez, en Marruecos, que data del año 859. Escuelas superiores ha habido siempre en toda cultura a partir de cierto grado de desarrollo. En China, en las escuelas de escribas en Sumeria, en las escuelas rabínicas, en el Islam, en la Grecia clásica la Academia platónica, por ejemplo, en las escuelas superiores romanas, en las enseñanzas de los druidas en las Galias que cuenta Julio César, en las escuelas monásticas y catedralicias entre los siglos VIII y XI en eso que aún llaman “Edad Oscura”, donde había enseñanza superior pero aún no eran universidades, creación original que aflora en el siglo XII. Porque lo que caracteriza a las universidades es la tensión entre los saberes (siempre a superar) y la verdad (siempre a buscar). Y esta tensión se llama “investigación”.

La universidad no tiene por objeto principal formar profesionales, ni siquiera transmitir los saberes, aunque hace todo eso, sino, ante todo, suscitar la investigación, es decir, seguir la pista, la pesquisa destinada a superar las certezas de cada época. Y por eso la antigua y respetabilísima Al-Karaouine, como otras madrasas islámicas algo posteriores, donde también se enseñaba gramática, medicina, astronomía y otras disciplinas, y donde se recitaba el Corán como un cate-

cismo, no fue una universidad, creación original del Bajo Medioevo. El Islam es una religión del Libro, como la hebrea o la cristiana. Pero en esa *respublica christiana* del siglo XII se desarrolló, en esas casas de estudio, otro elemento que la propia religión encerraba: el *logos*, es decir, la interpretación; es decir, la investigación.

Universidad es investigación. Bien está que haya departamentos especializados, así como en esta casa hay, con la sabia conducción de Nicolás Lafferriere, un Seminario permanente de investigación, que es guía y semillero. Pero partamos de esta afirmación primera y principal. Universidad es, por definición y según su tradición milenaria, investigación.

Ahora profundicemos sobre esta noción de “investigación”.

El diccionario de la lengua nos dice que investigar es “hacer diligencias para descubrir una cosa”. ¿Descubrir? ¿Como otro Colón, lanzarse a la procura de nuevos mundos? Parece cosa muy difícil, cosa para muy pocos. Si seguimos interrogando a la palabra, vemos que viene del vocablo latino *in-vestigatio*. Y *vestigatio* nos conduce a *vestigium*, la planta del pie, el vestigio, la huella. El que investiga, como el célebre Sherlock Holmes, modelo del investigador, busca las huellas. Sigue una huella. Significa que ve lo que todos han visto ya, y dicho ya. Aquí está el desafío del investigador: ver lo que todos han visto y pensar lo que pocos han pensado hasta allí. En lo que todos han visto, debe encontrar lo inadvertido y desenvolver nuevas conclusiones. Volviendo a Sherlock Holmes, recuerden un famoso diálogo en el cuento “Silver Blaze” (Estrella de Plata). Se trata de la investigación sobre la desaparición de un caballo de carrera, cuyo nombre da título al relato, y de la muerte de su entrenador. El inspector de policía a cargo relata cuidadosamente todos los hechos del caso y, al final, pregunta si hay algún otro punto sobre el cual fijar la atención, ya que cree haberlos señalado todos:

—Sí —dice Holmes—, el curioso incidente del perro aquella noche.

—El perro no hizo nada aquella noche —respondió el inspector.

—Ése es, precisamente, el curioso incidente”.

A partir de este dato inadvertido se resuelve el caso. Podría decirse que la labor de un investigador, frente a la suma de datos e interpretaciones sobre un tema en análisis, consiste en averiguar por

qué no ladró el perro aquella noche. Porque parece que todo está dicho, pero nunca hay un último análisis. Recuerdo que en la única visita que hizo al país Julien Freund, el gran politólogo y polemólogo francés, durante una conferencia que pronunció en la Facultad de Derecho de la UBA, al final de la exposición uno de los presentes le hizo una pregunta en la que utilizó la fórmula “en último análisis”. Y el profesor de Estrasburgo le señaló que en nuestras disciplinas nunca existe el “último análisis”. Lo dado resulta, en todo caso, lo penúltimo. Todo está dicho, pero nunca hay un “último análisis”.

Aquella etimología y estos recuerdos holmesiano y freudianos nos señalan algunas cosas.

Primero, que al investigar, al plantearnos un tema para investigar, ya sabemos algo de ese tema, porque de otro modo no habría llamado nuestra atención, no nos habría inquietado o atraído. En el “Menón”, un cierto investigador llamado Platón, por boca de Sócrates, dice más o menos que nadie puede indagar sobre lo que sabe o sobre lo que no sabe. Puesto que sobre lo que sabe plenamente no investigaría y sobre lo que no sabe, no sabría qué investigar. Investigar supone que algo se sabe, que hay que hacer diligencias para encontrar el resto que se ignora y hallar allí el punto hasta entonces inadvertido o descuidado.

Entonces, en el investigador debe haber una combinación de pensamiento convergente y pensamiento divergente. Es decir, un pensamiento convergente que permite enfocar los problemas y las preguntas con las que los planteamos, reconduciéndolas a modelos conocidos donde pueden obtener, y en parte ya han obtenido, una respuesta justa. Y, simultáneamente, un pensamiento divergente que repasa esas respuestas procurando un punto de vista nuevo.

Hay otro aspecto a considerar que surge de aquella etimología. La originalidad, en nuestro trabajo, es perseguible y deseable, pero siempre relativa. Somos, como decía en el siglo XII aquel Bernardo de Chartres al que conocemos sólo por esta frase: enanos subidos sobre los hombros de gigantes. Vemos más y más lejos que ellos no porque nuestra vista sea más aguda, sino porque nos llevan sobre sus espaldas gigantes. Estamos obligados a aguzar la vista sobre lo inadvertido, montados sobre una tradición de pensamiento. Este es el rol que cumple una universidad como la nuestra: facilitar que nos subamos

al mangrullo de escuelas del pensamiento, dentro de una amplia libertad académica.

Y ahora llegamos al Derecho Constitucional y a los problemas específicos que se le plantean al investigador en ese campo.

El dato basal que el investigador debe tener en cuenta es que, a diferencia de otras ramas del Derecho, la Constitución y el Derecho Constitucional que la estudia es Derecho Público Político: de, sobre y para lo político. Todo el Derecho envuelve una referencia a la politicidad, y toda politicidad tiene algún vínculo con el Derecho, pero en el caso del Derecho Constitucional –subrama del Derecho Público Político– esta vinculación es de la mayor intensidad. Esto debe ser claramente tenido en cuenta por el investigador, ya que su búsqueda estará orientada por su inderogable ecuación personal, y a la vez deberá tener el mayor rigor y lo que los griegos llamaban “acribia” (precisión, escrupulosidad), para encontrar un justo medio entre dos tentaciones posibles. La primera es la del panfleto encubierto por un taparrabos académico, ideológicamente sesgado, de lo que se tienen muchos ejemplos con un escrutinio a la incesante producción que se vuelca, por ejemplo, en *academia.org* o en bastantes intervenciones de seudo “especialistas” en los medios. La segunda, que tuvo mayoritaria vigencia entre nuestros constitucionalistas clásicos del siglo pasado, fue la que buscaba exorcizar los hechos y conflictos tratados por el Derecho Constitucional (esto es, neutralizar aparentemente la politicidad), promoviendo la desvinculación del carácter históricamente individualizado del caso que está en su base de la investigación, para alcanzar lo abstracto, generalizable y común. La exégesis de la constitución se convertía en un ejercicio técnico sin contaminación de lo político, y operaba como una suerte de “muro de los lamentos” jurídico, donde insertar los mensajes de protesta a las demasías de las clases políticas gobernantes de turno, mientras una minoría variable de aquellos mismos cultores se dedicaba, con ahínco digno de mejor causa, a pergeñar los tecnicismos encubridores de aquellas demasías.

Enfoquemos el problema que afecta al investigador más de cerca.

Los constitucionalistas enseñamos el Derecho Constitucional, rama del Derecho compuesta, en sustancia, por principios y normas constitucionales o, más simplemente, por la constitución. En esta afirmación rudimental, las expresiones “Derecho Constitucional” y

“constitución” podrían considerarse, en principio, neutras y meramente descriptivas.

Ahora, si declaro que los constitucionalistas enseñamos el constitucionalismo, frase que podemos considerar que guarda sinonimia con la formulación anterior, el vocablo “constitucionalismo” viene teñido inexorablemente de una constelación de valores que corresponden a una etapa histórica y cultural que llamamos “modernidad” y, dentro de ella, a un momento que arranca a finales del siglo XVIII, prefigurado, a su vez, desde un siglo atrás, y que se extiende hasta nuestros días. Ya no nos servimos de expresiones neutras y descriptivas, sino de giros valorativos y prescriptivos. Esto debe tenerse en cuenta para comprender adecuadamente tanto el tránsito del constitucionalismo clásico al neoconstitucionalismo, como los elementos críticos que ambas expresiones arrastran.

El constitucionalismo, en su zócalo, responde a una matriz de Derecho Público, que podemos llamar germano-anglosajona, elaborada en la modernidad, de cuna británica y referencia mítica a la primitiva Germania, cuya expresión más relevante es la Constitución norteamericana de 1787. Al enseñar el Derecho Constitucional, parece suponerse que esa matriz “iuspublicística” es la única posible y globalmente aplicable. Sin embargo –y hasta rastreable en algunas instituciones aceptadas en los actuales Estados de Derecho, como los referendos y demás formas de democracia directa–, existe otra matriz de Derecho Público, que podemos llamar romano-latina, de cuna en la Roma republicana. También la matriz teocrática o hierocrática, con expresiones en los países de religión islámica.

La ideología de ese constitucionalismo naciente, desarrollado desde aquella matriz ya reseñada, es el liberalismo político y económico. Los principios jurídico-políticos derivados de aquella situación histórica y de este encuadre ideológico resultan, básicamente, dos: la “división [geográfica] de poderes” y la proclamación y garantía de los derechos individuales. Con ellos se construiría lo que se ha llamado una “técnica jurídica de la libertad”, que –se afirma– impide la opresión desde el poder y tutela los derechos fundamentales, mediante un gobierno de leyes y no de hombres.

El constitucionalismo clásico resulta contemporáneo del complejo proceso de:

DISERTACIÓN EN LA PRIMERA REUNIÓN DEL CENTRO...

- secularización, Carl Schmitt, en su *Glossarium*, dice: “[...] el derecho al error religioso se transformó en fundamento del Derecho Constitucional moderno, transmitiéndose hasta hoy” (anotación del 29/VIII/47)³;
- predominio de la ley racional y abstracta sobre la tradición y la costumbre;
- sustitución del núcleo de la legitimación política del monarca y su dinastía por la nación y la soberanía popular;
- nacionalización y concentración del poder en el aparato estatal.

La constitución ideal –recuérdese el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: “[...] toda sociedad en que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, no tiene constitución”– nace como un instrumento de lucha para contener el poder absoluto del monarca, pero se transforma en un indispensable mecanismo de contención y yugulado de la “soberanía del pueblo”. Se presenta desde inicio el dilema entre el elemento mayoritario y los mecanismos de contención.

El liberalismo político, contra la monarquía, establece una alianza de conveniencia con la “voluntad general” rousseauiana: “[...] síntesis aleatoria de democracia y liberalismo”, decía Sampay. El Derecho Constitucional nace como una paradoja, porque de igual manera que surge como exigencia para contener el poder absoluto del rey, se transforma en un indispensable mecanismo de contención del poder de las mayorías. Posteriormente, se manifiesta el conflicto entre legislación (fruto de la voluntad mayoritaria) y jurisdicción (freno a esa misma voluntad), eje sobre el cual se desarrolla el neoconstitucionalismo.

Es interesante situar esta crisis sirviéndonos de la periodización propuesta por Schmitt⁴ en un trabajo de juventud, de 1929. Según el

3. “Glossario –a cura di Petra Dal Santo –Giuffrè, Milano, 2001, p. 8

4. Se trata de una conferencia pronunciada en Barcelona en 1929, publicada luego como “*Zeitalter der Neutralisierungen und Entpolitisierungen*”, literalmente: “La época de las neutralizaciones y de la despolitización”, traducida por Francisco Javier Conde como “La época de la neutralidad”, en *Estudios Políticos*, Madrid, Doncel, 1975, pp. 11-31.

jurista renano, el pensamiento europeo había pasado por cuatro estadios o esferas sucesivas:

- El siglo XVI tuvo como centro la teología.
- El siglo XVII, la metafísica.
- El siglo XVIII, la moral humanitarista.
- El siglo XIX, la técnica y la reducción a lo económico de los demás órdenes de la vida.

En cada una de estas esferas se plantea un principio central y categórico que pretende regir la vida de las sociedades, con el objeto de neutralizar la politicidad, esto es, la conflictualidad marcada por la relación amigo-enemigo. Resultan sucesivos fracasos de estos intentos de neutralización política, hasta que el Estado técnico-económico desemboca en el nihilismo. El constitucionalismo nace hacia el siglo XVIII y conlleva la aspiración ética humanitarista, pero se desarrolla durante la expansión técnica, signada fundamentalmente por la economía capitalista. El constitucionalismo procura la paz por medio de la neutralización de la conflictualidad política y, en especial, de la situación excepcional. Así es el objetivo fundamental de la “técnica jurídica de la libertad”, expresada en constituciones vaciadas en el molde de la geometría legal y que operan como fundamento de validez de todas las normas de un cierto ordenamiento. La última categoría a la que ha arribado esta tentativa de neutralización tiene su núcleo en una constitucionalización universal de los derechos humanos y se expresa en lo “políticamente correcto”.

Tal el subsuelo que lleva consigo el constitucionalismo clásico y su “principio general”, que resulta casi siempre postulado sin examen, de un modo acrítico y con categoría dogmática. Es indispensable que el investigador tenga presente este cuadro histórico y conceptual para situar su tarea.

Se percibe, en nuestro tiempo, de modo generalizado, la sensación de atravesar un cambio epocal. En términos muy amplios, podríamos resumir esa sensación como la de final de la modernidad – que acunó y arropó al constitucionalismo– y los pródromos de otra época, que todavía no sabe su nombre.

La cosmovisión de la modernidad resulta hoy insatisfactoria y se la ataca desde diversos ángulos, mostrando la insuficiencia y has-

ta la sinrazón de la razón de las Luces, la no linealidad y la falacia del progreso indefinido, y el vacío del sinsentido y la inconsistencia general de la vida histórica, caracterizado como relativismo y nihilismo. En cuanto sentimos que una época se va cerrando y que otra aún innominada se abre, la expresión “posmodernidad” resulta muy ilustrativa, ya que apenas podemos caracterizar el interregno que nos toca atravesar como aquello que no es la modernidad y que viene después de ella, pero sin poder connotarla aún con ningún rasgo positivo.

Todo interregno (*inter-regnum*, espacio de tiempo sin autoridad reconocida que transcurre entre el oscurecimiento de un *Nomos* planetario y la aparición de otro) encierra un componente de incertidumbre. Se está ante una situación móvil y fluida con una falta de certeza y de referencias últimas.

En la posmodernidad, se alumbraba una constitución cosmopolítica supraestatal y prácticamente desterritorializada; en otras palabras, un constitucionalismo universal sin Estado, que considera al planeta como tendiendo a ser una única *polis*. O, en todo caso, a un constitucionalismo universal compartimentado en diversos “Estados constitucionales”, cuyos instrumentos jurídicos fundamentales coinciden en el núcleo dogmático de los “derechos humanos” y presentan sólo algunas divergencias en cuanto a la parte orgánica (por ejemplo, regímenes presidencialistas o parlamentaristas; órganos legislativos unicamerales o bicamerales, etcétera).

El Estado constitucional procura la autorrealización del individuo según su plan biográfico, manifestada en los derechos de última generación (la misma imagen de las sucesivas generaciones sugiere su expansión indefinida) –derecho a la disposición del propio cuerpo, a la mutación antropológica en el “género”, a la locura, a la felicidad sexual, etc. Se ha llegado al extremo deconstructivo de la relación entre sujeto y objeto, escamoteándose este último. La posmodernidad opera ahora sobre un sujeto transeúnte, huérfano sin ombligo, portador de derechos aún antes de entrar en relación con otros sujetos, cuya identidad resulta de su propia voluntad, pura construcción cultural. Esta construcción y reconstrucción incesante del sujeto, ocupante exclusivo del escenario jurídico, cuyo autocumplimiento requiere la diseminación indefinida de sus derechos subjetivos fundamentales,

se concreta por medio del activismo judicial y de la agitación de los actores sociales coadyuvantes (ONG, etc.).

De manera muy rápida, podemos enumerar algunas de las cuestiones centrales en que se manifiesta actualmente la crisis del constitucionalismo clásico donde apuntan, también, los problemas consiguientes del neoconstitucionalismo. De allí la materia principal que se le ofrece al investigador de nuestra rama jurídica:

- i) Poder constituyente: ¿quién hace –quién puede hacer– hoy una constitución? El recurso a un poder constituyente originario, tal como fue planteado en 1789, es reivindicado desde lo que se ha llamado la “razón populista” (Venezuela, Bolivia, Ecuador), cuyas constituciones actuales resultan de asambleas convocadas bajo un poder constituyente derivado que se arrogaron luego la plena facultad constituyente. En el resto (el ejemplo más claro fue el intento de una “Constitución” para la Unión Europea, emparchado más tarde con el tratado de Lisboa) son los órganos contramayoritarios los que disponen del texto constitucional. En nuestro país, además, la Constitución puede ser reformada, fuera de los mecanismos rígidos del artículo 30, por medio de la incorporación de Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, a los que, con una mayoría calificada del Congreso, puede otorgárseles jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22).
- ii) Representación política - gobierno representativo: revelación de la “ficción representativa” de la que hablaba Kelsen, crisis de los partidos políticos, pulverizados a partir de 2001; crisis en la representación del Estado (el Estado, ¿puede idóneamente representar toda la política?); en el Estado (vacío institucional, Congreso que no hace las leyes sino que las recibe hechas, movilizaciones, piquetes, acción directa, etc.) y ante el Estado (ONG, movimientos sociales, minorías activistas en función del orientación sexual, etcétera).
- iii) División, separación e independencia de los poderes, órganos o funciones del Estado (hiperpoder presidencialista, populismo, un Congreso que no hace las leyes, sino que las toma hechas, jueces legisladores y “ponderadores”, politización

de la justicia y judicialización de la política). Obsérvese que el “populismo” –expresión mayormente peyorativa– aparece, no como contrafigura de la democracia liberal, sino como su sombra reactiva, al separarse aquellos dos elementos, “voluntad general” y liberalismo, reunidos originariamente en alianza táctica para enfrentar el Estado absoluto y su forma de despotismo ilustrado del siglo XVIII.

- iv) Federación y unitarismo fiscal: las estructuras de concentración desde el gobierno federal hacia las provincias y desde las provincias hacia los municipios: “[...] allí sentao en su silla/ ningún güey le sale bravo/a uno le da con el clavo/y a otro con la cantramilla”, decía el *Martín Fierro*.
- v) Posdemocracia: quizás ha llegado el momento de considerar la crítica formulada, desde diversos ángulos, en el sentido de que transcurrimos actualmente una etapa “posdemocrática”. Debemos tomar en cuenta la contradicción que se da entre la democracia como única forma de gobierno teóricamente aceptable, elevada incluso a la altura de una religión laica, con la práctica que no obedece a criterios objetivamente democráticos ni que alienten formas reales de participación y de ejercicio de las virtudes cívicas. Transcurrimos una suerte de estado de excepción generalizado, situaciones caóticas de preguerra civil, recurso constante a la discordia, masas migratorias no metabolizadas en las sociedades de destino, crimen organizado a nivel global, etcétera. En el momento en que la fe democrática es de rigor, el pueblo no aparece por ningún lado. A la democracia se le ha perdido el pueblo y no sabe dónde está. En el momento culminante de lo democrático, se echa mano a todos los resortes contramayoritarios, especialmente a los jueces, en detrimento del dogma de la soberanía popular, sin intento siquiera de “ponderación” alguna. Los regímenes estables en el mundo resultan, al ojo crítico, mixtos con tendencias fuertemente oligárquicas, con el contrapeso de unos optimates encargados de conservar el sistema resguardado de eventuales mayorías (cortes y tribunales constitucionales que los ejecutivos pretenden manejar). Hay un precario equilibrio entre el gobierno de pocos en su provecho (la clase

política) y líderes personalistas también corruptos asentados sobre bases “clientelísticas”.

Pero ahora entra en escena el virus que nos introduce el COVID-19, y el investigador también debe tenerlo en cuenta. Un virus es un villano en estado puro. Un villano difícil de prontuariat, ya que se discute ante todo si es o no un organismo vivo.

Los virus no tienen células, como todos los demás dominios de la vida (animales, plantas, hongos, bacterias). Pero como los seres vivos, se desarrollan y reproducen, aunque sólo después de introducirse por la fuerza en una célula, a la que secuestran su metabolismo, infectando al organismo invadido mediante su reproducción. Vivos, no vivos o quién sabe qué, los virus, y especialmente el que se identifica como coronavirus, que da lugar a la COVID-19 y se dispersa por el mundo como pandemia, nos meten miedo. El miedo, junto con la agresividad, el hambre y el sexo, es una de las pulsiones fundamentales del ser humano –según Karl Lorenz. Fenómeno primordial de la existencia, resulta la más elemental de las emociones. Pone en evidencia la condición inacabada y menesterosa de la vida humana, nuestra natural inseguridad ontológica. Junto con el deseo y el poder, constituye uno de los titanes del alma humana, que pueden inclinarnos tanto al mal como al bien. Hobbes, que según su propia confesión vivió bajo el miedo intelectual, afirmaba que el temor –la aversión a sufrir un daño–, en sus dos formas del temor ante la muerte y el temor del futuro, lleva al hombre a buscar la protección del poder político, a cambio de rendirle obediencia, aunque esta relación no elimina nunca el temor, en la medida en que la violencia permanece latente en el corazón de cada sociedad. El miedo no es sonso, porque nos ayuda a reconocer el peligro, pero se vuelve estado peligroso cuando su intensidad nos lleva al retraimiento y la parálisis, por un lado, o a la sobreactuación en la huida hacia adelante, por otro. El miedo a las epidemias, pestes, plagas y demás malaventuras de salud, está inscripto en la memoria de la especie. El miedo se agrava porque, en esos casos, el causante y transmisor es invisible. Lo que suele dar lugar al fenómeno colectivo de buscar chivos expiatorios con rostro humano, a quienes atribuirles la responsabilidad de la propagación del mal. Alessandro Manzoni describió la persecución, durante la peste que asoló la

Lombardía en 1630, a los “untores”, que supuestamente difundían la plaga distribuyendo apósitos con ungüentos o polvos malignos. Muchos terminaron en el patíbulo. Sobre el miedo, Hans Jonas, filósofo alemán, fallecido en 1993, que estudió con Heidegger y muy cercano a Hannah Arendt, escribió una “Heurística [descubrimiento] del Miedo”. Ante el avance de la tecnociencia sobre la naturaleza y los temores que ello produce, hay que abstenerse de intervenir sobre ella, y como esto no puede obtenerse por medios democráticos, propone un gobierno de un conjunto selecto de sabios cuya legitimidad la otorgaría el filósofo, esto es, el propio Jonas. Notemos que antes de la pandemia, también el miedo se había difundido respecto de otra plaga: el cambio climático. No soy un escéptico respecto de esto, pero el discurso dominante sobre el cambio de clima resulta más preocupante que el cambio de clima mismo. Se ha construido al respecto otra suerte de religión, que tiene una caricatura de Juana de Arco o de un Savonarola, según como se mire, en Greta Thunberg. La culpa es de la humanidad, la culpa es exclusivamente antrópica: el hombre irresponsablemente con su actividad cambió y está cambiando el clima. ¿Cuánto de este discurso es verdad? ¿Cuánto es negocio? El clima ha ido cambiando en las edades del planeta; el diluvio universal, ¿fue producto de una antigua huella de carbono? Se propone una ecodictadura: la democracia no sirve para manejar esta amenaza.

A falta de poder echarle la culpa a alguien del COVID-19, los gobernantes intentan –tarde– ponerse al frente de una guerra contra el virus, que naturalmente está ganando el virus, inmune a los discursos y a las campañas de *marketing*, muy capaz de trasponer barreras y fronteras y de presentar múltiples mutaciones y variantes. Incluso ahora, habiendo vacunas contra el coronavirus, lo mejor que puede hacerse es reforzar hasta el límite de lo posible el sistema sanitario para asistir a los infectados, y multiplicar las medidas de prevención para evitar el colapso. En otras palabras, reducir los daños mientras se espera, de acuerdo con la experiencia acumulada, que la curva de la enfermedad llegue a su máximo, se amesete y luego decrezca, como siempre ha ocurrido con las pestes. Los gobiernos, el nuestro incluido, ejercen, mediante mandatos de cuarentena, aislamiento obligatorio, internación forzosa y otras compulsiones necesarias, su aparente soberanía. Sobrano es el que decide sobre el estado de excepción, enseñaba Carl Sch-

mitt. No cabe duda de que el COVID-19 plantea un estado de excepción casi planetario. Pero el soberano no es ni el presidente, ni el rey, ni el primer ministro. Es un extraño caso de excepción sin soberano. O, si se prefiere, la que se manifiesta soberana en el caso es la naturaleza, que ha dado lugar a la nueva manifestación viral, detrás de la cual corren los conductores políticos, y todos nosotros a la zaga. El coronavirus actual es un pariente de un coronavirus que emergió en Asia en 2003. Un coronavirus, a través de la mutación y de la recombinación genética, se ha mostrado más apto que otros virus e hizo acto de presencia a fines de 2019. Y lo que nos dice la experiencia del fenómeno pandémico es que la soberana resulta la denostada y aún negada naturaleza, a veces inclusive caricaturizada, como lo hace Greta Thunberg. Si todo nuestro empeño está puesto en aplanar la curva “natural” de la peste y atenuar sus daños, la metáfora de la guerra (la OMS ha calificado al coronavirus como “enemigo de la humanidad”) resulta errónea, pues se trata de una contienda perdida de antemano. Nuestros gobernantes, pues, no habrían debido ni deberían sobreactuarse, como mariscales de los ejércitos de la humanidad, sino aceptar la más modesta, ineludible y, por eso mismo, noble misión de reducir las bajas, socorrer a los enfermos, proveer a los necesitados.

Octavio Paz retrató al Estado mexicano con los rasgos de un “ogro filantrópico”. Un ser mitad humano y mitad monstruo que gusta presentarse como omnipotente. A la vez, pretende que se piense que ama a sus súbditos sin pedirles nada a cambio. Todo lo que reparte –que ha sacado previamente al resto– debe entenderse resultado de su filantropía y sólo cabe desde el llano darle las gracias por lo recibido. En todas partes han medrado “ogros filantrópicos”, no sólo en tierras mexicanas. Con la pandemia del COVID-19 se advierte que muchos gobernantes aspiran a convertirse en ogros terapéuticos. Los únicos –proclaman– que pueden torcerle el brazo al “enemigo invisible” de la plaga, minimizar sus efectos y asegurar a sus tributarios los cuidados de la salud, el pan y el cobijo hasta que llegue el día en que el coronavirus sea sólo un recuerdo.

Los ogros de todos los tiempos y latitudes han suplementado sus ordenanzas, donde la voluntad surte el efecto de razón, con el parecer de expertos. Hasta hace muy poco, fueron los economistas. Luego, los climatólogos. Ahora, son los médicos, los infectólogos y los investiga-

dores en cuestiones de salud. Está muy bien este resalto de quienes se afirman en la brecha de la práctica y arriesgan sus vidas, además de transmitir su experiencia. También la de quienes en el laboratorio van a la caza del causante del morbo y descifran su genoma o buscan la vacuna o el medicamento adecuado. Pero aquí el ogro ve la oportunidad de apoyarse en los pilares de la ciencia. Y se nos presenta a la ciencia como sinfónica, es decir, como una voz acorde y unánime que sustenta los edictos del ogro.

Pero la ciencia no es sinfónica. Es polifónica, con muchas voces diferentes y simultáneas. Y hasta cacofónica muchas veces. Está bien que así sea, porque la ciencia es un tejido incesante, una tela de Penélope hecha de hipótesis y refutaciones. Pero el político que se apoya en la ciencia –esto es, en una hipótesis de ella que erige en axioma– puede llevarnos a un desastre, cuando no a una tragedia. Vivimos con el ogro bajo una política transformada en terapia. Una terapia política que roguemos no llegue malamente a la sala intensiva.

La situación excepcional que atravesamos, con epicentro en la salud pública amenazada por la pandemia, dio lugar a una retahíla de disposiciones de emergencia, con el formato del Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU, art. 99, inc. 3° y cc. de la Constitución Nacional). “El poder Ejecutivo no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios”, entonces nace la excepción, y pronto la excepción se hace regla o rutina. El apremio está en la salud pública: *salus publica suprema lex*. De allí en adelante, se sucedieron los DNU, al ritmo impuesto por la expansión del virus que produce el COVID-19, y sus progresivos efectos sobre la vida nacional. Esta forma de gobierno a través de DNU continuará en expansión indefinida, mientras la curva natural de la pandemia no entre en fase de descenso, ya que al paso de las respuestas al virus los problemas en las distintas áreas –económicas, sociales, educativas, familiares, etcétera– se suceden sin pausa, como el efecto de la piedra arrojada a un lago que va abriéndose en sucesivas ondas concéntricas.

Desde el punto de vista jurídico, se advierte que quedan afectados por decreto derechos fundamentales: entrar y transitar por el territorio, ejercer toda industria lícita, exigir el cumplimiento de cláu-

sulas de contratos vigentes, percibir ingresos esperados, el acceso a la agencia judicial, asistir a actos de culto o asistir a nuestros moribundos, entre otros. Y en el proceso irradiante más arriba señalado de este poder de policía por vía de decreto, cabe esperar que otros derechos y garantías queden sucesivamente alcanzados.

El fundamento de este recorte de derechos es la excepción. Allí cobra fuerza la máxima ciceroniana: *salus populi suprema lex esto*, sea la salvación (salud) del pueblo la suprema ley⁵. La anomalía de la situación excepcional exige dejar de lado momentáneamente la norma estable, para garantizar el restablecimiento del orden institucional quebrantado por aquella situación y facilitar la vuelta futura a la normalidad. Esto lo supo el Derecho, y también la política, desde la institución de la dictadura en la república romana, como magistratura extraordinaria y temporalmente limitada, para ejercer el poder frente al caso excepcional, supeditada al control del Senado relativo a la necesidad de tal ejercicio extraordinario. Tanto aquella magistratura extraordinaria romana –a cuyo titular Cicerón llama *magister populi*– como sus sucesivas manifestaciones, tal como nuestro Estado de Sitio (arts. 23, 75, inc. 29, y 99, inc. 16, de la Constitución Nacional), resultan derogaciones de la normalidad previstas jurídicamente; la situación excepcional, en cambio, a la que con aquellos remedios se hace frente, resulta siempre imprevisible, tanto jurídica como políticamente, surgiendo espontáneamente del curso de las cosas. Frente a la urgencia de esa situación sin precedentes, la afectación, en mayor o menor grado, de derechos y garantías constitucionalmente reconocidas se establece por un órgano constituido, el gobierno ordinario, una vez declarada la necesidad de asumir los poderes de excepción, para conservar y poder restablecer oportunamente el orden institucional quebrantado.

Toda declaración de un estado de excepción supone tener en claro: quién resulta competente para decidir esa declaración; qué alcances tendrá ese ejercicio de poder extraordinario; contra qué o quién se realiza y

5. Aunque no sea habitual la referencia a este matiz, nótese que suele traducirse la frase con un indicativo: “(...) la salvación del pueblo *es* la suprema ley”, cuando Cicerón la refuerza utilizando un imperativo futuro –*esto*–; es decir, “sea”.

con base en qué previsión o precedente jurídico pertinente. Ahora veamos cómo se están desarrollando ante nosotros esos acontecimientos.

Se gobierna por medio de DNU, sin haberse declarado el estado de excepción, aludiéndose a la emergencia, ejerciéndose de facto los poderes extraordinarios de la excepción. En suma, se está gobernando la excepción sin habérsela declarado, por decreto, echando mano, para utilizar una expresión de la nativa prosapia jurídicopolítica del siglo XIX, al “lleno de las facultades”, las “facultades extraordinarias”, sin sustento constitucional alguno. Se afirmó más arriba que toda decisión sobre la excepción, en estado de urgencia, debe contemplar quién debe declararla, qué alcances tendrá, con base en qué.

Merece nota aparte el “contra quién” han de funcionar. Los gobiernos nos han presentado las medidas preventivas contra el COVID-19 como una “guerra” contra un enemigo invisible. La OMS lo ha calificado de “enemigo de la humanidad”. Es una metáfora inexacta y riesgosa al mismo tiempo. La guerra requiere un enemigo, y que ese enemigo sea visible, con entidad humana. El virus, producto de la naturaleza, no lo es. No hace política, ignora las ideologías, se resiste a encasillamientos y no profesa ni sirve a religión alguna. No podríamos atribuirle un ser o finalidad moral. El coronavirus no se preocupa mucho por quienes dicen que no lo merecíamos y de quienes, por otro lado, afirman que bien merecido lo teníamos. Ni nuestras virtudes, ni nuestros vicios lo han acarreado. Librar contra él una guerra es absurdo, salvo que aceptemos que es una guerra perdida de antemano, hasta que las vacunas o remedios eficaces den resultado. Es comprensible que los gobernantes, obligados a una sobreactuación, que a veces es una huida hacia adelante, no puedan anunciar públicamente la verdad, esto es, que no son los mariscales del triunfante ejército de la humanidad, sino que su función, como dije, es mucho más modesta. Pero la metáfora de la guerra se desliza necesariamente hacia figuras humanas. Y aquí reside un peligro inmenso. Es el de criminalizar a supuestos causantes o aprovechadores de la situación, del mismo modo que en las pestes de antaño se achacaba la culpa del mal a los judíos o a los “untores” en la Italia del siglo XVII, como también ya vimos.

En ningún caso la justicia constitucional dio la respuesta esperada. Aceptó la legislación por DNU y el cercenamiento de las libertades y derechos fundamentales, por causa de la emergencia, pese a no

haberse declarado el estado de excepción. No se me escapan las presiones a que puede estar sometido un juez constitucional –en el caso de que actúe con libertad íntima e independencia práctica, que no es siempre, lamentablemente, el caso–, máxime en decisiones en que se lo pone en la disyuntiva de aceptar la demasía de poder o cargarle los muertos que puedan producirse por ponerle coto. Un tribunal constitucional es un tribunal que decide sobre materia política y nunca se da más intensamente el carácter político de la decisión que cuando trata sobre el caso excepcional; esto indica que camina sobre el borde de un despeñadero. Pero ese es el precio a pagar por tal dignidad. En todo caso, la enseñanza que se nos deja es la debilidad de la justicia constitucional (cuando aún conserva independencia y no está directamente sometida al poderoso) para hacer frente al caso de excepción y las eventuales demasías de poder en tal situación.

Aquí viene la advertencia para el investigador. Esta realidad abre paso a una nueva esfera de naturaleza distinta a la del Derecho: lo político. La excepción hace asomar la predominancia de lo político. Es un caso límite para el Derecho. El Derecho, y el Derecho Constitucional, especialmente, se prueba en la excepción. La excepción lo revela, la normalidad lo oculta. Es el punto ideal para examinarlo. Es un concepto límite de lo jurídico: define lo jurídico como negación de la excepción, como negación de la normalidad. El límite. Hoy se piensa el límite como lo que obliga; por eso, se ponen constantemente en cuestión los límites. Pero el límite es también lo que conforma, lo que da forma. Aristóteles decía que todo lo que es, está determinado. Determinado por un límite, que entonces tiene –el límite– un ser incierto, fronterizo. Ahí, en estudiar el límite, está la “cruz y delicia” del investigador. Fuera del orden jurídico, fuerza la definición del orden político. Suspense la norma; el Derecho se suspende a sí mismo. No es posible delimitar con claridad tipificable cuándo existe un estado de excepción ni es posible puntualizar lo que debe suceder cuando se da. No es, sin embargo, exención de todo orden: el Derecho se suspende, pero el Estado permanece. Soberano es quien decide la situación de excepción y quien con su decisión restablece la normalidad. Lo importante es mantener vivos ambos conceptos: normalidad y excepción.

Hasta aquí mi intento fragmentario de responder al tema por el que me han convocado.

REVISTA FORUM

NORMAS DE PUBLICACIÓN

FORUM –Anuario del Centro de Derecho Constitucional– adopta las siguientes *normas de publicación*, en consonancia con su objetivo de ser expresión de los trabajos y estudios académicos de quienes participan como miembros o invitados del Centro de Profesores de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho, así como de otras universidades, respetando los principios de justicia y orden natural que iluminan el ideario y el proyecto integrador de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

I. Cobertura temática

La Revista *FORUM* (en adelante, la Revista) publica textos relacionados con la investigación en el área del Derecho Constitucional y sus disciplinas afines, conforme a su misión, que se inserten en las siguientes categorías temáticas:

- 1.1. Derecho Constitucional;
- 1.2. Filosofía del Derecho (Derecho Natural, Teoría del Derecho, Principios e Instituciones Jurídicas);
- 1.3. Derecho Internacional Público;
- 1.4. Derecho Administrativo;
- 1.5. Historia del Derecho;
- 1.6. Derecho Canónico y Eclesiástico;
- 1.7. Derecho Comparado.

II. Código de conducta y buenas prácticas editoriales

FORUM adhiere al Código de conducta y mejores prácticas del *Committee on Publication Ethics* (COPE), denominado *Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors y Code of Conduct for Journals Publishers*.

FORUM asegurará la calidad científica de las publicaciones y la adecuada respuesta a las necesidades de los/as lectores/as y los/as autores/as. Los trabajos que se presenten a la Revista deben cumplir con estas normas éticas.

III. Secciones de la Revista

La Revista publica trabajos de distintas categorías, agrupados según distintas secciones, de acuerdo con el siguiente detalle:

Artículos de investigación

Se publican dentro de esta sección trabajos que cumplan con las siguientes características.

- a. Estructura de la investigación
 - El tema tratado debe realizar aportes científicos y ofrecer conceptos novedosos que enriquezcan el conocimiento, en línea con el espíritu del Centro de Derecho Constitucional, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina.
 - Deber existir coherencia en la estructura demostrativa o argumentativa entre el problema, los objetivos, el método, los resultados y las conclusiones.
 - El trabajo debe contar con bibliografía actualizada y pertinente con la temática.
- b. Requisitos

Los trabajos presentados deben ser escritos en español (la Redacción se reserva la posibilidad de admitir trabajos escritos en otras lenguas con carácter excepcional) y tener como mínimo la siguiente estructura, que se aplicará también a los comentarios, las notas, reseñas, crónicas y ensayos, en cuanto corresponda. Preferentemente se aceptarán trabajos en castellano. No obstante, también pueden recibirse en italiano, francés, inglés o portugués.
- c. Extensión

No podrán tener una extensión menor a las 5.000 ni mayor a las 25.000 palabras. La Redacción se reserva el derecho a publicar artículos en fascículos diferentes.
- d. Otros

El trabajo debe enviarse con el título en el idioma original e inglés, un resumen o *abstract* de entre 150 y 300 palabras y palabras claves en un

número no mayor a 6, ambos en idioma original y en inglés. El trabajo deberá incluir la bibliografía utilizada, siguiendo las indicaciones de las presentes *normas de publicación*.

e. Evaluación

Los trabajos serán sometidos al arbitraje de evaluadores, siguiendo las reglas definidas en el acápite V.

f. Originalidad

Los trabajos propuestos para esta Sección deberán ser originales. Al momento de su presentación, el autor debe acompañar una carta por vía digital que autorice la publicación y cesión a este efecto de los derechos respectivos, comprometiéndose los autores a no presentarlos simultáneamente a otra publicación, ni a publicarlos luego sin expresa y clara mención de su previa publicación en *FORUM*. Para tal caso, los autores deben enviar por vía digital aviso sobre la difusión de su artículo.

Notas y comentarios

- a. Estructura: Esta sección incluirá trabajos breves sobre tópicos jurídicos, jurisprudencia o legislación. La extensión máxima será de 15.000 palabras.
- b. Originalidad: Los trabajos propuestos para esta sección deben ser originales. Al momento de su presentación, el autor debe acompañar por vía digital una carta que autorice la publicación y cesión a este efecto de los derechos respectivos, comprometiéndose los autores a no presentarlos simultáneamente a otra publicación, ni a publicarlos luego sin expresa y clara mención de su previa publicación en la Revista.
- c. En el caso de comentarios de jurisprudencia, la sentencia, con indicación del tribunal interviniente, nombre de los firmantes y fecha de emisión, debe ser entregada junto con el trabajo enviado, como anexo. Si la sentencia fue extraída de una página web debe indicarse dirección de acceso.
- d. Otros: El trabajo debe enviarse con el título en idioma original e inglés, un resumen o *abstract* de entre 150 y 250 palabras y palabras claves en un número no mayor a 6, ambos en idioma original y en inglés. El trabajo debe incluir la bibliografía utilizada, siguiendo las indicaciones de las presentes *normas de publicación*.
- e. Las notas y comentarios serán sometidos al arbitraje de evaluadores, siguiendo las reglas definidas en el acápite V.

Recensiones, crónicas y ensayos

La sección incluye reseñas/recensiones de libros de aparición reciente (en principio no más de dos años) con una extensión máxima de 4.000 palabras. Las recensiones no contarán con palabras clave. La Revista podrá publicar crónicas y ensayos que no superen esa extensión de palabras.

Documentos

La Dirección podrá seleccionar documentos que considere relevantes conforme a la temática o problemas atinentes a los objetivos de la Revista, tales como textos del Magisterio de la Iglesia, declaraciones de la Facultad de Derecho o Corporaciones o Colegios de Abogados, o de las múltiples Academias Jurídicas, Políticas y Científicas, etc.

Otras secciones

Según las necesidades del número publicado, podrán incluirse necrológicas, recuerdos de profesores o académicos, noticias, traducción o publicación de textos ya publicados en otras lenguas, publicación de conferencias y/o comunicaciones en congresos o seminarios, etc.

IV. Los autores

1. Deben enviar sus datos personales y los de la institución a la que pertenecen, si la hubiere. Los autores deben informar al menos el máximo grado académico que poseen, junto con la universidad que lo otorgó y el año, los cargos o compromisos laborales o profesionales, dedicatorias o los proyectos científicos patrocinados en los que el trabajo se enmarca podrán incluirse como segundo párrafo de la nota al pie inicial, antes de las notas de numeración correlativa. Los autores deberán indicar además su dirección de correo electrónico para ser publicada en la Revista. Podrán incluir los agradecimientos que estimen pertinentes.
2. Los autores que se encuentren en conflicto de interés con el trabajo presentado deben efectuar la aclaración pertinente en la nota al pie inicial, junto con sus datos personales. También deberán aclarar si la investigación ha sido financiada por alguna institución, o si ha sido realizada en el marco de una

beca, o si ha existido colaboración de personas que merezcan reconocimiento, etc.

3. Los autores conservan los derechos de autor y garantizan a la revista el derecho de ser la primera publicación del trabajo. Se autorizará a los autores que publiquen total o parcialmente sus trabajos en otras revistas, siempre y cuando aparezca al comienzo del artículo la referencia al número de *FORUM* en el cual haya aparecido.
4. Los autores cederán sus derechos a la editorial, en forma no exclusiva, habilitando la reproducción de su trabajo en el Repositorio Digital o Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina como así también a otras bases de datos que considere de relevancia académica.
5. Los trabajos que contiene esta Revista representan la opinión de sus autores y no constituyen necesariamente la opinión oficial de la Pontificia Universidad Católica Argentina ni de ninguno de sus órganos.
6. Por lo menos el 50 % de los trabajos publicados en cada número de la Revista pertenecerán a autores externos a la Pontificia Universidad Católica Argentina. Sin perjuicio de ello, la Revista publicará al menos dos trabajos pertenecientes a autores de la Universidad por número.

V. Lista de comprobación para la preparación de envíos

Como parte del proceso de envío, los autores están obligados a comprobar que su envío cumpla todos los elementos que se muestran a continuación. Se devolverán a los autores aquellos envíos que incurran en las siguientes causales de rechazo:

- a. Que el manuscrito haya sido publicado o se haya enviado previamente a otra revista o publicación colectiva.
- b. Si el archivo enviado no está en formato Microsoft Word.
- c. Si el texto no cumple con los requisitos bibliográficos y de estilo indicados en las *normas de publicación*.
- d. Si el autor no ha aceptado y suscripto la declaración de originalidad que será remitida mediante correo electrónico.

VI. Evaluación inicial y arbitraje

1. Los documentos recibidos pasarán por una evaluación inicial realizada por los editores u otros especialistas a pedido del Director de la Revista, para

discernir la originalidad, relevancia e interés científico. En el caso de los artículos de investigación, la evaluación inicial se orienta a decidir el pase del trabajo a arbitraje. La Revista se reserva la posibilidad de rechazar trabajos en forma anticipada.

2. Además, la Secretaría de Redacción hace una corrección preliminar de estilos. Los autores pueden recibir sugerencias o una versión revisada del texto o ser consultados para solucionar dudas, antes de iniciar el proceso de arbitraje en el caso de los artículos de investigación, o bien de su publicación en el resto de las contribuciones.
3. Solo se iniciará el proceso de arbitraje de trabajos que se ajusten a las presentes *normas de publicación*. La adaptación de los originales a las *normas de publicación* de la Revista es responsabilidad de los autores. La Revista no cobra aranceles por el proceso de evaluación de trabajos para publicación.
4. Los textos enviados a la Revista para las secciones de “Artículos de investigación” y “Notas y comentarios” serán evaluados por un árbitro externo a la Revista, designado por la Secretaría de Redacción. Estos textos se someterán a arbitraje según el sistema de “doble ciego simple” para preservar el anonimato de los autores y de los árbitros.
5. Los árbitros solicitados deberán evaluar los trabajos según el formulario correspondiente y deberán guardar confidencialidad respecto a todo lo referido a su intervención como evaluadores.
6. El plazo para la realización del arbitraje será como máximo de 30 días desde la recepción del texto. Como agradecimiento por su colaboración se entregará al árbitro un certificado que acredite su labor.
7. El dictamen del árbitro deberá indicar: Aprobado – Aprobado con cambios (opcional u obligatorio) – Aprobado, pero el árbitro verificará las correcciones – Rechazado. El dictamen será comunicado al autor
8. En caso de controversia en el proceso de arbitraje, la cuestión será resuelta por el Director de la Revista y el Consejo Editorial (en adelante, la Dirección de la Revista). Se podrá recurrir a un segundo arbitraje si fuera necesario.
9. En todos los casos, se publicará la fecha de recepción del trabajo y la fecha de su aceptación por el árbitro académico.
10. Los árbitros o evaluadores externos recibirán los artículos sin la identificación de su autor, para asegurar la objetividad respecto de los autores.

VII. Normas para árbitros

- a) Los artículos, notas y comentarios presentados serán sometidos a arbitraje por parte de evaluadores externos. No serán sometidos a arbitraje las rese-

ñas, crónicas y/o ensayos cuya publicación se reservará a criterio de la Dirección de la Revista.

- b) El *referato* de la Revista está compuesto por árbitros que han alcanzado la máxima titulación académica (grado de doctor) y/o se desempeñan como profesores titulares (catedráticos) y/o investigadores de carrera. Se trata de investigadores de universidades ajenas a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, cuyas áreas de trabajo son la Teoría y el Derecho Constitucional, los Derechos Humanos, el Derecho Político, el Derecho Administrativo, el Derecho Penal Constitucional, la Historia Constitucional, la Historia de las Ideas Políticas y otras disciplinas afines. La selección del árbitro dependerá de la temática del artículo.
- c) El árbitro que se encuentre en conflicto de interés con el trabajo que se le ha encargado evaluar debe inmediatamente excusarse de participar en el proceso del trabajo que se trate.

VIII. Anexo: Formato básico para textos y citas bibliográficas

1. Formato para textos

Textos Papel A4; interlineado 1,5; tipo de letra *Times New Roman*, negrita de 14 puntos para el título; negrita y cursiva de 12 puntos para los subtítulos de primer nivel; cursiva de 12 puntos para los subtítulos de segundo nivel; 12 puntos para el cuerpo del texto y 10 puntos para las notas a pie de página.

2. Citas bibliográficas

Las referencias bibliográficas siempre deben ir a pie de página y no en el cuerpo del texto. Deben adoptar el siguiente formato:

- a. Referencias de libros: apellidos y nombres del autor, título de la obra (en letra cursiva o bastardilla), lugar de publicación, editorial, año de edición, página o páginas citadas (todo separado por comas).
Ejemplo: Lamas, Félix Adolfo, *Ensayo sobre el orden social*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos "Santo Tomás de Aquino", 1985, p. 250.
Si se trata de una traducción y se requiere mencionar el autor, se anota después de la editorial. Por ejemplo: Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, cuarta edición, novena reimpresión, Buenos Aires, EUDEBA, trad. Moisés Nilve, 2009, p. 174.

- b. Referencias de capítulos de libro o artículos que forman parte de una obra colectiva: apellidos y nombres del autor, “título del escrito” (en letra normal y entre comillas), apellidos y nombres del compilador o editor, indicándolo, o emplear AA.VV. cuando se trate de varios autores sin un editor compilador declarado, título de la obra, lugar de publicación, editorial, año de edición, páginas citadas, todo separado por comas.
Ej. Bandieri, Luis María, “En torno a las ideas del constitucionalismo en el siglo XXI”, en Palazzo, Eugenio Luis (Dir.), *Estudios de Derecho Constitucional con motivo del Bicentenario*, Buenos Aires, El Derecho, 2012, pp. 34-51.
- c. Referencias de artículos de revista: apellidos y nombres del autor, “título del artículo”, nombre de la revista (en cursivas), lugar de publicación, número, año, páginas citadas, todo separado por comas.
Ej. Castaño, Sergio Raúl, “La idea de una autoridad política mundial. Consideraciones críticas a la luz de las exigencias de la realidad política”, *Foro*, Nueva época, Madrid, vol. 18, núm. 1, 2015, pp. 27-60.
- d. Referencias de artículos de periódicos: nombre y apellidos del autor, “Título del artículo”, nombre del periódico (en cursivas), lugar de publicación, fecha (día, mes y año), páginas citadas, todo separado por comas.
Ej. Ventura, Adrián, “La Corte se distancia de la aprobación del proyecto sin consenso”. *La Nación*, Buenos Aires, 29 de noviembre de 2013, p. 7. Ídem.
- e. Referencias de Internet: apellidos y nombres del autor, “título del artículo”, lugar, fuente editorial, fecha de la publicación (si está disponible), dirección de la página web, fecha de consulta, todo separado por comas.
Ej. Santiago, Alfonso, “Neoconstitucionalismo”, Buenos Aires, Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, rescatado de: <http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf> (consultado el 3-12-2012).
- f. Jurisprudencia citada: las referencias a las sentencias citadas deben contener las partes en cursiva, el año de la sentencia entre paréntesis y, seguido de dos puntos, el tribunal que la haya dictado junto con la fecha de su dictación. Debe especificarse el tomo y página de la publicación oficial; el link respectivo (con más fecha de último acceso) si hubiera publicación online disponible. Si no estuviera publicada oficialmente se incluirá la referencia a una publicación no oficial.
Ej. *Cruz, Felipa y otros c/ Minera Lumbrera Ltd. y otro s/ sumarísimo* (2016): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23 de febrero de 2016, *Fallos*: 339:142.
En el caso de citarse jurisprudencia extranjera, se deberá emplear el sistema propio de referencia que utilizan las cortes y tribunales de origen de la sentencia para su identificación.

- g. Las citas intertextuales en el cuerpo del texto deben ir “entre comillas”. Si las citas son en idioma distinto del español, deben hacerse “entre comillas y en itálica”. Las citas de caja menor deben ir sin comillas y en fuente *Times New Roman* 12, con un margen izquierdo tabulado de 1,25 cm. 8. Para los términos del texto que estén en un idioma diferente al original del artículo se debe utilizar letra itálica. Para citas textuales dentro de un texto ya entrecomillado (“ ”) se utilizan las comillas angulares de apertura y de cierre (« »). Si en el interior de la cita, se omite alguna frase, debe indicarse con paréntesis y tres puntos (...).

3. *Presentación de la bibliografía*

Al concluir el trabajo, debe presentarse la totalidad de la bibliografía utilizada, expuesta en orden alfabético, según el apellido del autor (o del primer autor, si la respectiva obra tiene más de uno), guardando la misma estructura y forma señalada en los anteriores puntos. Para los casos de referencia de capítulos de libro o artículos que forman parte de una obra colectiva y artículos de revista, se deben citar de forma completa las páginas de inicio y final del respectivo trabajo.

La Dirección se reserva el derecho de ajustar el estilo del aparato crítico a las normas de la Revista.

