

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

**INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL**

Director: Juan R. Aguirre Lanari

# Estudios de Derecho Constitucional

Año 2012

María Gabriela Ábalos ♦ Douglas Elespe  
Emilio A. Ibarlucía ♦ Antonio A. Martino  
Néstor Pedro Sagüés ♦ Alfonso Santiago  
Mario D. Serrafero ♦ Enrique Zuleta Puceiro



ACADEMIA NACIONAL  
DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
DE BUENOS AIRES

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

ESTUDIOS DE DERECHO  
CONSTITUCIONAL

DIRECTOR: ACADÉMICO JUAN R. AGUIRRE LANARI



BUENOS AIRES  
2012

Estudios de derecho constitucional: año 2012

María Gabriela Ábalos ... [et.al.]. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley; Buenos Aires: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2014.

256 p.; 24 × 17 cm.

ISBN 978-987-03-2677-9

1. Derecho Constitucional. I. Ábalos, María Gabriela

CDD 342

© 2013 by Academia Nacional de  
Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2013  
Av. Alvear 1711, 1º (C1014AAE) Buenos Aires

© by La Ley S.A.E. e I., 2013  
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

*Impreso en la Argentina*

Todos los derechos reservados  
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida  
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio  
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación  
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación  
de información, sin el previo permiso por escrito del editor y del autor.

*Printed in Argentina*

All rights reserved  
No part of this work may be reproduced  
or transmitted in any form or by any means,  
electronic or mechanical, including photocopying and recording  
or by any information storage or retrieval system,  
without permission in writing from the publisher and the author.

Tirada: 360 ejemplares.

ISBN 978-987-03-2677-9

PUBLICACIONES  
DE LA  
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

- *La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Su creación*
- *Centenario - 1908 - 7 de Octubre - 2008*
- *Homenaje al académico doctor Segundo V. Linares Quintana*

SERIE I - ANUARIOS

*Anales - Primera época, N° 1 (1915) - Segunda época, N° 1 a 50.*

SERIE II - OBRAS

1. *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia*, por AGUSTÍN DE VEDIA y ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA.
2. *Bibliografía de Juan B. Alberdi*, por ALBERTO OCTAVIO CÓRDOBA.
3. *La nueva ciencia política y constitucional*, por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA.
4. *Política exterior en la edad nuclear*, por FELIPE A. ESPIL.
5. *Académicos de Derecho y hombres de gobierno*, por JUAN SILVA RIESTRA.
6. *La libertad. Elección, amor, creación*, por MANUEL RÍO.
7. *El Congreso de Panamá*, por MARIANO J. DRAGO.
8. *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley*, por MANUEL RÍO.
9. *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, por MIGUEL S. MARIENHOFF.
10. *La Nación Argentina hecha ley*, por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA.
11. *Historia del Derecho Político*, por AMBROSIO ROMERO CARRANZA.
12. *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina*, por JUAN CARLOS MOLINA y JOAQUÍN G. MARTÍNEZ.
13. *Alberdi y su tiempo*, por JORGE M. MAYER ( 2 tomos ).
14. *Estudios sobre Historia Diplomática Argentina*, por ISIDORO RUIZ MORENO.
15. *Historia de la doctrina Drago*, por ALBERTO A. CONIL PAZ.
16. *La alborada. San Martín y Alberdi*, por JORGE M. MAYER.
17. *Primeros Académicos de Derecho - 1925.*
18. *Agüero o el dogmatismo constitucional*, por JORGE M. MAYER.
19. *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por ELÍAS P. GUASTAVINO (2 tomos).



20. *Conferencias y Estudios*, por HÉCTOR P. LANFRANCO.
21. *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por ELÍAS P. GUASTAVINO (2 tomos). *Segunda edición actualizada*.
22. *Derecho y Realidad*, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
23. *Las cinco Argentinas*, por JORGE M. MAYER.
24. *Vida y testimonio de Félix Frías*, por AMBROSIO ROMERO CARRANZA y JUAN ISIDRO QUESADA.
25. *Victorino de la Plaza (1840 - 1919). Un eje institucional*, por JORGE M. MAYER.
26. *Los posibles antidotos de la crisis*, por JORGE M. MAYER.
27. *La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho*, XII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
28. *La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional*, por ALBERTO LUIS ZUPPI.
29. *Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
30. *El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
31. *El derecho de la salud*, XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
32. *Atribuciones de los Superiores Tribunales de Provincia*, por AÍDA R. KEMELMAJER DE CARLUCCI.
33. *¿Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una Cuarta Instancia?*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
34. *Protección jurídica del consumidor*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

### SERIE III - COMUNICACIONES

Comunicaciones - Nº 1.

### SERIE IV - INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

1. *Estudios sobre Derecho Civil.*
2. *Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.*
3. *La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el Derecho Civil.*
4. *Estudios sobre derecho ambiental.*
5. *Estudios sobre daño moral.*
6. *Estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1999.*
7. *Nuevos estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1998.*
8. *Estudios sobre las posibles implicancias de la ley de convertibilidad 23.928.*
9. *Estudios sobre la "pesificación" y la emergencia económica.*
10. *Los vicios de la voluntad.*
11. *Los vicios de la voluntad. Parte II*
12. *Capacidad civil de las personas.*
13. *Estudios sobre Derecho Sucesorio Hereditario.*
14. *Sociedad Conyugal.*
15. *Teoría y práctica de los contratos*

## INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACIÓN

- *Quebrantamiento de la limitación de responsabilidad. El Derecho Marítimo alemán.*
- *Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones.*
- *La protesta previa en el transporte de mercaderías por vía aérea.*
- *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar.*
- *Derecho Internacional.*
- *La Corte Penal Internacional y su competencia (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión).*
- *El derecho internacional privado en la Ley de la Navegación argentina.*

## INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

- *Cooperación en la Explotación de Petróleo y Gas en el Mar.*

## INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

- *Sociedad de garantía recíproca.*
- *Sociedades anónimas deportivas.*
- *Apuntes sobre el Proyecto de Código Civil de la República Argentina (Comisión Decreto 685/95). Su influencia en los contratos.*
- *Evolución del derecho de los grupos de sociedades y Algunas reflexiones sobre el alcance de la protección de las inversiones en el marco de los tratados firmados por la Argentina.*
- *La Empresa a la búsqueda de un necesario equilibrio.*
- *Cuestiones de Derecho Empresarial.*
- *Contratos y sociedades en el Proyecto de Código Civil y Comercial.*

## INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL SECCIÓN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Descentralización Productiva.*

## INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL SECCIÓN DERECHO DE LA NAVEGACIÓN

- *Las Reglas de Rotterdam.*

## INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *La impugnación judicial de los actos administrativos en el orden nacional.*
- *Estudios de Derecho Administrativo en Homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira.*

## INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario.*

## INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2009.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2010.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2011.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2012.*

## INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

- *La justicia y la enseñanza del derecho. Aportes para su reforma y modernización.*
- *Proyecto de Procesos Colectivos.*

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES**

*Presidente*

Académico Dr. Gregorio Badeni

*Vicepresidente*

Académico Dr. Jorge R. Vanossi

*Secretarios*

Académico Dr. Roberto E. Luqui  
Académico Dr. Emilio P. Gnecco

*Tesorero*

Académico Dr. Rafael M. Manóvil

## COMISIÓN DE PUBLICACIONES

*Director de Publicaciones*

Académico Dr. José Domingo Ray

*Vocales*

Académico Dr. Alberto Rodríguez Galán

Académico Dr. Jaime Luis Anaya

## ACADÉMICOS DE NÚMERO

*por orden de antigüedad*

	<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha</i>
Dr. Julio H. G. Olivera	Juan B. Alberdi	6 mayo 1964
Dr. José Domingo Ray	Manuel Obarrio	22 mayo 1975
Dr. Alberto Rodríguez Varela	Luis María Drago	16 julio 1975
Dr. Juan R. Aguirre Lanari	Salvador M. del Carril	19 octubre 1978
Dr. Horacio A. García Belsunce	Félix Gregorio Frías	9 septiembre 1982
Dr. Alberto Rodríguez Galán	Carlos Pellegrini	9 mayo 1985
Dr. Juan Carlos Cassagne	Antonio Bermejo	23 octubre 1986
Dr. Félix Alberto Trigo Represas	Nicolás Avellaneda	18 junio 1987
Dr. Jaime Luis Anaya	Rodolfo Rivarola	10 agosto 1989
Dr. Jorge R. Vanossi	José A. Terry	11 agosto 1994
Dr. Hugo Caminos	Eduardo Acevedo	23 noviembre 1995
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Aristóbulo del Valle	24 septiembre 1996
Dr. Julio César Rivera	Dalmacio Vélez Sarsfield	25 noviembre 1999
Dr. Santos Cifuentes	Bartolomé Mitre	14 septiembre 2000
Dr. Jorge Horacio Alterini	Alfredo Colmo	14 diciembre 2000
Dr. Víctor Tau Anzoátegui	Lucio V. López	13 diciembre 2001
Dr. Roberto E. Guyer	Lisandro Segovia	10 abril 2003
Dr. Héctor Alegria	Roque Sáenz Peña	9 octubre 2003
Dr. Gregorio Badeni	Manuel Quintana	12 mayo 2005
Dr. Horacio P. Fargosi	Carlos Calvo	27 julio 2006
Dr. Enrique Manuel Falcón	Domingo F. Sarmiento	12 julio 2007
Dr. Roberto Enrique Luqui	José Manuel Estrada	27 septiembre 2007
Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia	Roberto Repetto	13 diciembre 2007
Dr. Mariano Gagliardo	Juan A. Biliboni	22 mayo 2008
Dr. José W. Tobías	José N. Matienzo	25 septiembre 2008
Dr. Emilio P. Gnecco	Mariano Moreno	8 octubre 2009
Dr. Rafael M. Manóvil	José María Moreno	8 octubre 2009
Dr. Eduardo Sambrizzi	José Figueroa Alcorta	14 junio 2012
Dr. Alfonso Santiago (h)	Estanislao Zeballos	14 junio 2012
Dr. Daniel Funes de Rioja	Esteban Echeverría	11 julio 2013

## ACADÉMICOS EMÉRITOS

Dr. Carlos María Bidegain	10 septiembre 2009
Dr. Julio César Otaegui	8 septiembre 2011

## MIEMBROS CORRESPONDIENTES

*por orden de antigüedad*

		<i>Fecha</i>
Dr. Rafael Entrena Cuesta	España	10 agosto 1989
Dr. Néstor Pedro Sagüés	Rosario	10 agosto 1989
Dr. Jesús González Pérez	España	24 mayo 1990
Dr. Carlos Fernández Sessarego	Perú	25 noviembre 1993
Dr. Adolfo A. N. Rouillon	Rosario	25 noviembre 1993
Dr. Ernesto F. Garzón Valdés	Alemania	11 diciembre 1997
Dr. Wolfgang Schöne	Alemania	23 julio 1998
Dr. Giorgio Berti	Italia	10 julio 2003
Dr. Rudolf Dolzer	Alemania	22 abril 2004
Dr. Franck Moderne	Francia	27 mayo 2004
Dr. Carlo Angelici	Italia	22 julio 2004
Dr. Tomás Ramón Fernández	España	12 agosto 2004
Dr. Federico Carpi	Italia	12 mayo 2005
Dr. Gaspar Ariño Ortiz	España	11 agosto 2005
Dr. Marcelo G. Kohen	Suiza	25 agosto 2005
Dra. Giovanna Visintini	Italia	25 agosto 2005
Dr. Asdrúbal Aguiar	Venezuela	27 abril 2006
Dr. Angel Rojo Fernández-Río	España	10 agosto 2006
Dr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Brasil	26 abril 2007
Dr. Felipe Osterling Parodi	Perú	26 junio 2008
Dr. Francisco Orrego Vicuña	Chile	11 diciembre 2008
Dr. Mariano R. Brito Checchi	Uruguay	23 julio 2009
Dr. Daniel Hugo Martins	Uruguay	24 junio 2010
Dr. Måns Jacobsson	Suecia	9 septiembre 2010
Dr. Francesco Berlingieri	Italia	9 septiembre 2010
Dr. Santiago Muñoz Machado	España	9 junio de 2011
Dr. Andrei Gennadievich Lisitsyn-Svetlanov	Rusia	13 octubre 2011

## ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo  
Dr. Carlos A. Adrogué  
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio  
Dr. Jorge A. Aja Espil  
Dr. Juan Álvarez  
Dr. Octavio R. Amadeo  
Dra. Margarita Argúas  
Dr. Marco R. Avellaneda  
Dr. Antonio Bermejo  
Dr. Juan A. Bibiloni  
Dr. Germán J. Bidart Campos  
Dr. Eduardo L. Bidau  
Dr. Eduardo Bidau  
Dr. Rafael Bielsa  
Dr. Bernardino Bilbao  
Dr. Adolfo Bioy  
Dr. Guillermo A. Borda  
Dr. Ernesto Bosch  
Dr. Rodolfo Bullrich  
Dr. Carlos O. Bunge  
Dr. Eduardo B. Busso  
Dr. Jorge Bustamante Alsina  
Dr. Pablo Calatayud  
Dr. Francisco Canale  
Dr. Ramón S. Castillo  
Dr. Alfredo Colmo  
Dr. Jorge E. Coll  
Dr. Julio César Cueto Rúa  
Dr. Tomás R. Cullen  
Dr. Mauricio P. Daract  
Dr. Calixto S. de la Torre  
Dr. Antonio Dellepiane  
Dr. Atilio Dell’Oro Maini  
Dr. Mariano de Vedia y Mitre  
Dr. Juan José Díaz Arana  
Dr. Manuel María Diez  
Dr. Luis M. Drago  
Dr. Mariano J. Drago  
Dr. Wenceslao Escalante  
Dr. Felipe A. Espil  
Dr. Rómulo Etcheverry Boneo  
Dr. José Figueroa Alcorta  
Dr. Salvador Fornieles  
Dr. Vicente C. Gallo  
Dr. Guillermo Garbarini Islas  
Dr. Juan Agustín García  
Dr. Juan M. Garro

Dr. Juan A. González Calderón  
Dr. Dimas González Gowland  
Dr. Aquiles H. Guaglianone  
Dr. Elías P. S. Guastavino  
Dr. Carlos Güiraldes (h.)  
Dr. Alberto Hueyo  
Dr. Carlos Ibaguren  
Dr. Eduardo Labougle  
Dr. Héctor Lafaille  
Dr. Héctor P. Lanfranco  
Dr. Hilario Larguía  
Dr. Tomás Le Bretón  
Dr. Ricardo Levene  
Dr. Juan Francisco Linares  
Dr. Segundo V. Linares Quintana  
Dr. Mario Justo López  
Dr. José María López Olaciregui  
Dr. Baldomero Llerena  
Dr. Osvaldo Magnasco  
Dr. Carlos C. Malagarriga  
Dr. Miguel S. Marienhoff  
Dr. Félix Martín y Herrera  
Dr. Roberto Martínez Ruiz  
Dr. Agustín N. Matienzo  
Dr. José N. Matienzo  
Dr. Jorge M. Mayer  
Dr. Carlos L. Melo  
Dr. Leopoldo Melo  
Dr. Manuel A. Montes de Oca  
Dr. Augusto Mario Morello  
Dr. Rodolfo Moreno (h.)  
Dr. Carlos M. Muñiz  
Dr. José Luis Murature  
Dr. Rómulo S. Naón  
Dr. Benito A. Nazar Anchorena  
Dr. Luis Esteban Negri Pisano  
Dr. Manuel Obarrio  
Dr. Pedro Olaechea y Alcorta  
Dr. Francisco J. Oliver  
Dr. Manuel V. Ordóñez  
Dr. Alfredo Orgaz  
Dr. Adolfo Orma  
Dr. Alberto G. Padilla  
Dr. Lino E. Palacio  
Dr. Jesús H. Paz  
Dr. José M. Paz Anchorena  
Dr. Federico Pinedo



Dr. Norberto Piñero  
Dr. Ángel S. Pizarro  
Dr. Luis Podestá Costa  
Dr. Ernesto Quesada  
Dr. Juan P. Ramos  
Dr. Enrique Ramos Mejía  
Dr. Francisco Ramos Mejía  
Dr. Juan Carlos Rébora  
Dr. Roberto Repetto  
Dr. Manuel Río  
Dr. Marco Aurelio Risolía  
Dr. Horacio C. Rivarola  
Dr. Rodolfo Rivarola  
Dr. Ambrosio Romero Carranza  
Dr. José M. Rosa  
Dr. José María Ruda  
Dr. Enrique Ruiz Guiñazú  
Dr. Isidoro Ruiz Moreno  
Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h.)  
Dr. Alejandro Ruzo  
Dr. Diego L. Saavedra  
Dr. Carlos Saavedra Lamas

Dr. Antonio Sagarna  
Dr. Raymundo M. Salvat  
Dr. Matías G. Sánchez Sorondo  
Dr. José Manuel Saravia  
Dr. Juan Silva Riestra  
Dr. Sebastián Soler  
Dr. Juan B. Terán  
Dr. José A. Terry  
Dr. David de Tezanos Pinto  
Dr. Gastón Federico Tobal  
Dr. Ernesto J. Ure  
Dr. Enrique Uriburu  
Dr. Antonio Vázquez Vialard  
Dr. Benjamín Victorica  
Dr. Federico N. Videla Escalada  
Dr. Ernesto Weigel Muñoz  
Dr. Raymundo Wilmart de Glymes  
Dr. Mauricio Yadarola  
Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez  
Dr. Clodomiro Zavalía  
Dr. Estanislao S. Zeballos

# EL ROL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA EN RELACIÓN CON EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO INTERNO

POR MARÍA GABRIELA ÁBALOS (1)

**Sumario: I. Introducción. II. La Constitución Nacional y los tratados internacionales. III. Control de convencionalidad: aspectos relevantes. IV. Voces de la jurisprudencia. A. Lineamientos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. B. Principales fallos de la Corte Suprema de Justicia Nacional. V. Algunas reflexiones.**

## I. INTRODUCCIÓN

A partir de la reforma constitucional de 1994 la Corte Suprema de Justicia de la Nación comenzó a manejar, cada vez con mayor asiduidad, la doble fuente de protección de los derechos fundamentales, por un lado, la que brinda la propia Constitución Argentina y por otra, la que proviene del derecho internacional de los derechos humanos.

A casi dos décadas de tal reforma, la tendencia se impuso al punto tal que hoy resulta prácticamente imposible encontrar un solo fallo trascendente o institucional de la Corte Federal, en materia de derechos fundamentales, que no haga mención, aunque sea tangencial, a los tratados y jurisprudencia internacionales.

Desde hace un tiempo se ha instalado en la doctrina nacional, el debate en torno a la existencia y eventual autonomía del llamado control de convencionalidad, entendido como el control de compatibilidad —realizado en sede judicial— entre el texto de una norma nacional, provincial o local, su interpretación o un acto u omisión de autoridad pública

---

(1) Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales. Magister en Magistratura y Gestión Judicial. Especialista en Docencia Universitaria. Profesora de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Municipal en las Facultades de Derecho de las Universidades de Mendoza y Nacional de Cuyo. Miembro titular del Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos. Vocal del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Juez del Tercer Tribunal Tributario de Mendoza, Argentina.

o de particulares, por un lado, con relación al texto de un tratado internacional y/o la interpretación judicial o consultiva de ese texto realizado por una autoridad internacional competente para hacerlo, por el otro. El debate incluye la incidencia del llamado control de convencionalidad sobre el control de constitucionalidad.

Se suma además la presencia de veinticinco jurisdicciones judiciales en la Argentina como país federal que es, de ahí que, la intención de este artículo sea aportar reflexiones sobre el alcance y las proyecciones del ejercicio del control de convencionalidad y su carácter vinculante para los tribunales inferiores nacionales y provinciales.

## II. LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES

A. La Constitución Argentina según el texto de 1853/60 incorporó en el art. 31 el principio de supremacía de dicha Norma Fundamental y el del derecho federal sobre los distintos órdenes jurídicos provinciales. Dicha norma tuvo la expresa finalidad de advertir a las provincias que no solamente la Constitución Nacional sino también las leyes que en su consecuencia dictara el Congreso Nacional y los tratados que firmara con las naciones extranjeras, serían supremos.

Sin embargo, dicho artículo no aclara si la enumeración de las normas que hace implica o no un orden de prelación. Atento a lo dispuesto por los arts. 28, 27 y 30 del mismo texto normativo no cabía dudas que la Constitución estaba por encima de las leyes y los tratados por el carácter de escrita y rígida (art. 30), y además porque el art. 28 hace mención a los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, los cuales no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio, y finalmente, el art. 27 impone al Gobierno Federal el deber de afianzar relaciones de paz y comercio con los países extranjeros por medio de tratados "que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos por esta Constitución". Conforme a lo señalado, las leyes y los tratados aparecían en una misma relación jerárquica, ambos por debajo de la Constitución Nacional.

Frente a lo expuesto, se postularon las tesis dualistas y monistas según se sostuviera o no la primacía del derecho interno sobre el derecho internacional.

La jurisprudencia de la Corte Suprema argentina fue vacilante en el tema. Así, en un fallo de la década de 1940 el Alto Tribunal afirmó que en tiempos de guerra, el derecho internacional estaba incluso por encima de la Constitución ("Merck Química Argentina c. Gob. Nacional", 9/06/1948, Fallos: 211:297).

Con posterioridad, en el año 1963 en la causa "Martín y Cía. Ltda. S.A. c. Administración General de Puertos" (Fallos: 257:99) sostuvo que las leyes y los tratados se hallaban en igualdad jerárquica y por lo tanto regía

el principio de que la norma posterior derogaba a la anterior, postura que ratificó después “Eso S.A. c. Nación Argentina” (Fallos: 271:7) (1968) (2). De esta forma se precisa con claridad el criterio jurisprudencial acerca del problema de las relaciones del derecho internacional y del derecho interno adhiriendo a la concepción con arreglo a la cual el tratamiento y regulación de las normas del derecho internacional remitía la solución del caso al derecho interno (3).

En el año 1972 Argentina ratificó la Convención Internacional de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 —que entró en vigencia en 1980—, cuyo art. 27 expresamente dice: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, lo cual implicó un avance hacia la jerarquización de los tratados sobre las leyes.

Luego con el advenimiento de la democracia se ratificó por ley la Convención Americana de Derechos Humanos en el año 1984, cuyo art. 2 dispone que: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1 no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. De tal forma, las normas y las disposiciones del Pacto por las cuales los Estados adherentes se sometían a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos no podían ya dejar dudas de que los tratados estaban por encima de las leyes.

Además contempla la cláusula federal en su art. 28: “Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la Federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención”.

**B.** En este camino, Corte Suprema sentó su posición en un fallo de gran trascendencia: “Ekmekdjian contra Sofovich”, en 1992 (4), donde se dis-

---

(2) Ver entre otros autores MANILI, PABLO L., *El bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, ed. La Ley, Bs. As., 2003, ps. 159 y ss. Del mismo autor ver *Manual Interamericano de Derechos Humanos*, ediciones Doctrina y Ley Ltda., Colombia; 2012.

(3) Ver entre otros a MONCAYO, GUILLERMO R., “Tratados y leyes de la Nación”; en SABSAY, DANIEL A., director y MANILI, PABLO L., coordinador, *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, tomo 3, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2010, p. 707.

(4) CSJN, 7 de julio de 1992, Fallos 315:1492. Ver las consideraciones de ALFONSO SANTIAGO (h.) en “La relación jerárquica entre la Constitución Nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos. Supremacía Constitucional y primacía

cutió la operatividad del art. 14 de la CADH; es decir, del derecho de rectificación y respuesta, toda vez que, de acuerdo al texto de la última parte del primer párrafo —“*en las condiciones que establezca la ley*”—, se decía que requería, para su aplicación, de la reglamentación legal previa. El Superior Tribunal nacional haciendo especial hincapié en el art. 27 de la Convención de Viena, dijo que esta norma obligaba al Estado argentino a dar primacía a los tratados ante cualquier conflicto con una norma interna, ya que cuando la Nación ratificaba un tratado se obligaba internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo hicieran cumplir. Consideraciones que reitera en el caso “Fibraca” (5) y poco después en la causa “Cafés La Virginia S.A. s/apelación” (6).

C. Estos importantísimos *leading case* inspiraron uno de los puntos de la ley 24.309 de necesidad de reforma la Constitución Nacional ya que habilitó la incorporación de “institutos de integración regional y de jerarquía de los tratados internacionales”. Ello se plasmó en el actual inc. 22 del nuevo art. 75 que en su primer párrafo *in fine* consagra que: “*Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes*”. Los constituyentes avanzaron aún más y por medio del segundo párrafo del mismo inciso se enumeran tratados y declaraciones internacionales de derechos humanos (7), diciendo: “*...en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ellos reconocidos*”. De esta forma, a partir de la reforma de 1994 no sólo queda claro que todos los tratados tienen una jerarquía superior a las leyes, sino que algunos referidos a derechos humanos tienen igual jerarquía que la Constitución (8).

---

normativa”; en PALAZZO, EUGENIO LUIS (director), *Estudios de Derecho Constitucional con motivo del Bicentenario*, Ed. El Derecho, Bs. As., 2012, ps. 53 y ss.

(5) CSJN, 07/07/1993, “Fibraca Constructora S.C.A. c. Comisión Técnica Mixta Salto Grande”.

(6) CSJN, Fallos 317:1282, del 13 de octubre de 1994. Ver el comentario de SOLA, JUAN en su obra *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo IV, Ed. La Ley, Bs. As., 2009, p. 150.

(7) Son: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño (art. 75, inc. 22, segundo párrafo C.N.).

(8) Ver entre otros a MARTINO, NATALIA, “Siglo XXI: hacia la universalización de los derechos humanos”, en PALAZZO, EUGENIO LUIS (director), *Estudios de Derecho Constitucional con motivo del Bicentenario*, ob. cit., ps. 477 y ss.

1. El maestro Bidart Campos, seguido luego por varios autores, habla del bloque de constitucionalidad entendiendo por tal, a un conjunto normativo que parte de la Constitución y que añade y contiene disposiciones fuera del texto de la Constitución escrita, situándose en dicho bloque a los tratados internacionales, al derecho consuetudinario, a la jurisprudencia, etc. Tal bloque sirve para acoplar elementos útiles en la interpretación de la Constitución y en la integración de los vacíos normativos de la misma. En este sentido, opina que después de la reforma de 1994, en el bloque de constitucionalidad se incluye a los tratados internacionales de derechos humanos referidos en el art. 75, inc. 22. Continúa Bidart Campos apuntando que toda la Constitución (su primera parte más el resto del articulado) en común con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de jerarquía constitucional (más los que la adquieran en el futuro) componen un "bloque" que, por un lado, tiene igual supremacía sobre el derecho infraconstitucional, y, por el otro, forman una cabecera en la que todas sus normas se encuentran en idéntico nivel entre sí (9).

Continúa refiriendo que es una pauta hermenéutica harto conocida, la que enseña que en un conjunto normativo cuyos elementos integrativos comparten un mismo y común orden de prelación dentro del ordenamiento jurídico —como es el caso del articulado constitucional y los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional— todas las normas y todos los artículos de aquel conjunto tienen un sentido y un efecto, que es el de articularse en el sistema sin que ninguno cancele a otro, sin que a uno se le considere en pugna con otro, sin que entre sí puedan oponerse irreconciliablemente (10).

Manili agrega que dichos instrumentos no han sido incorporados a la Constitución ni constitucionalizados, sino que han sido elevados a la jerarquía constitucional. Mantienen su carácter de fuente de derecho internacional y permanecen afuera de la Constitución, compartiendo con ésta su carácter de norma suprema (11).

---

(9) BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Manual de la Constitución reformada*, tomo I, ed. Ediar, Bs. As., 1996, p. 276, del mismo autor, "El art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional", en *La aplicación de los Tratados sobre derechos humanos por los Tribunales locales*, ediciones del Puerto, Bs. As., 1997, p. 86. Agrega Manili que dicha denominación fue creada en Francia a partir de una decisión adoptada por el Consejo Constitucional en 1970 y tomada luego por el Tribunal Constitucional Español en 1982 y por la Corte Suprema de Justicia de Panamá en 1990, arribando a la doctrina nacional de la mano de Germán Bidart Campos en 1995 (MANILI, PABLO, *El Bloque de...*, ob. cit., p. 186).

(10) BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, t. VI, ps. 560/561.

(11) MANILI, PABLO L., *El Bloque de...*, ob. cit., p. 199. Del mismo autor ver "El Bloque de constitucionalidad", en SABSAY, DANIEL A., director y MANILI, PABLO

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia tuvo ocasión de pronunciarse a un año de la reforma de 1994 en el caso “Monges” (12) donde afirmó que *“el art. 75, inc. 22, mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los tratados cuyas disposiciones se han transcritas, establece, en su última parte, que aquéllos no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”*. *“Ello indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir”* (Considerando 20). Y continúa *“Que de ello se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente. En efecto, así lo han juzgado al hacer la referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y, por consiguiente, no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir”*. (Considerando 21). En conclusión expresa que *“los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías, y lo mismo cabe predicar respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución —entre ellas, el inc. 19 del art. 75— aunque el constituyente no haya hecho expresa alusión a aquélla, pues no cabe sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la segunda parte de la Constitución. Por el contrario, debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente”*. (Considerando 22).

También en “Chocobar, Sixto contra Anses” (13) la Corte Suprema reitera la frase referida a que los constituyentes efectuaron un juicio de comprobación en virtud del cual cotejaron los tratados y los artículos constitucionales y verificaron que no se produjera derogación alguna, lo cual no puede ser desconocido por los poderes constituidos. Interpreta Manili que esta afirmación del Superior Tribunal en cuanto al “cotejo” referido ha sido usada en sentido figurado, toda vez que reconoce que no surge de los diarios de Sesiones de la Convención Constituyente de 1994 que se haya realizado tal confron­te, norma por norma de esos cuerpos normativos. Agrega que esta postura del Máximo Tribunal si bien no es

---

L., coordinador, *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, tomo 3, ob. cit., p. 718.

(12) CSJN, 26/12/96, “Montes, Analía M. v. Universidad de Buenos Aires”, JA 1998-I-350.

(13) CSJN, Fallos 319:3241, del 27 de diciembre de 1996. Reiterado en fallos posteriores como en CSJN, “S. L.E. contra Diario ‘El Sol’”, 28/08/07, Fallos 330:3685, en La Ley Online AR/JUR/4195/2007). Ver de SABSAY, DANIEL A., *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Derecho Constitucional*, tomo I, volumen I, Ed. La Ley, Bs. As., 2010, p. 42.

jurídicamente correcta, resulta pragmática en el sentido de sugerir a los tribunales inferiores que deben realizar todos los esfuerzos posibles por conciliar las normas de jerarquía constitucional independientemente de su fuente (14).

2. Mientras que otra posición doctrinaria entiende que, cuando el inc. 22 del citado art. 75 habla de la “no derogación” por parte de los tratados de artículo alguno de la primera parte de la Constitución, significa que dicha parte —con el plexo de derechos y garantías— tiene prelación sobre los tratados con jerarquía constitucional.

En este sentido, Badeni advierte que teniendo en cuenta las opiniones expuestas en la Convención Constituyente de 1994, ajustándolas a los límites dispuestos por la ley 24.309, surgen los siguientes lineamientos rectores:

1) Los tratados internacionales sobre derechos humanos, al igual que cualquier otro tratado, tienen jerarquía superior a las leyes. Esta decisión no altera al art. 31 de la Constitución, porque el derecho federal prosigue teniendo preeminencia sobre el derecho provincial.

2) Los tratados internacionales sobre derechos humanos no integran la Constitución sino que la complementan y que, lo complementario, es accesorio de lo complementado. Ellos pueden incluir nuevos derechos y garantías en la medida que emanan del art. 33 de la Constitución y siempre que no alteren los derechos y garantías expresamente enunciados en la Ley Fundamental reduciendo su magnitud y efectos. Esto es así porque, caso contrario se estará violando el art. 7 de la ley 24.309 y la supremacía de la Constitución.

3) Como no se modificó, ni se podía modificar, el art. 27 de la Constitución, la validez de todos los tratados internacionales y condición para quedar incorporados al derecho interno, está supeditada a su adecuación a la Ley Fundamental.

4) Los tratados internacionales, cualquiera sea su categoría, tienen carácter supralegal e infraconstitucional.

5) Los tratados internacionales rigen en las condiciones de su vigencia. Esas condiciones son las establecidas por las leyes del Congreso que disponen su aprobación, y se expresan en las reservas y declaraciones interpretativas, así como también en su concordancia con el art. 27 de la Ley Fundamental. Estas limitaciones se aplican a los tratados internacionales sobre derechos humanos porque, precisamente, la referencia a las condiciones de su vigencia alude explícitamente a ellas.

---

(14) MANILI, PABLO L., “El Bloque de constitucionalidad”, en SABSAY, DANIEL A., director y MANILI, PABLO L., coordinador, *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, tomo 3, ob. cit., p. 739.



6) La jerarquía constitucional atribuida a los tratados internacionales sobre derechos humanos significa que son, en principio, normas operativas que reglamentan los derechos y garantías constitucionales y que deben ser aplicados siempre que, tales derechos y garantías, no disfruten de una tutela superior proveniente del derecho interno.

7) Los tratados internacionales sobre derechos humanos no pueden desconocer los derechos y garantías expuestos en la primera parte de la Constitución (conf. art. 7, ley 24.309), ni asignarles una protección inferior a la resultante de las leyes reglamentarias que sanciona el Congreso, con total prescindencia de las personas beneficiadas, en salvaguarda del principio de igualdad (art. 16, C.N.). (...)

8) La Convención Reformadora de 1994 no aceptó que los principios del derecho internacional y la costumbre internacional tengan vigencia supraconstitucional. Tampoco suprallegal a menos que, respetando el principio de legalidad (art. 18, CN), se opere la mutación de ellos por su incorporación a un tratado internacional aprobado por el Congreso (15).

3. Otros autores adoptan una posición más moderada o ecléctica porque establecen que la Constitución Nacional se encuentra en el primer lugar de la prelación normativa, en segundo lugar los instrumentos a los que se refiere el art. 75, inc. 22 de la C. Nacional agregando que el rango constitucional que ostentan puede ser alterado o suprimido a través del procedimiento de denuncia indicado en dicha norma y en tercer lugar, los tratados no enumerados en el inc. 22 citado, es decir, en esta posición si bien se admite la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos se encuentran un escalón más abajo que la Constitución debido a la facultad de denuncia de esos instrumentos (16).

4. Por su parte, Sagüés afirma que en caso de confrontación entre una norma de un instrumento internacional de los mencionados en el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional y una de la segunda parte de la Norma Suprema se debe dar prioridad a aquellos, pero en caso que la colisión se produjera con alguno de los primeros treinta y cinco artículos, deben primar éstos por la prohibición de modificarlos en la ley que declaró la necesidad de la reforma constitucional (17).

5. Es interesante la opinión de Rosatti, que como convencional constituyente de 1994 y miembro de la comisión redactora, supone una fuente de interpretación auténtica de las normas constitucionales. Sostiene este

---

(15) BADENI, GREGORIO, "El caso Simón y la supremacía constitucional", *La Ley*, 2005-D, 639.

(16) SABSAY, DANIEL y ONAINDIA, JOSÉ, *La Constitución de los argentinos*, 2da. edición, p. 119.

(17) SAGÜES, NÉSTOR P., "Constitucionalidad y extensión del derecho de réplica" en *JA*, 11-11-1998.

autor que una redacción más adecuada del art. 31 de la C.N., a tenor de las aclaraciones introducidas por la reforma de 1994 (recuérdese que la Convención Constituyente de ese año no podía reformar artículo alguno de la Primera Parte de la Carta Magna, donde se aloja la cláusula citada) sería del siguiente modo: “Esta Constitución, los tratados con jerarquía constitucional, el resto de los tratados internacionales y las leyes de la Nación, dictadas por los órganos autorizados y dentro de su respectiva competencia, constituyen, en ese orden, la ley suprema de la Nación y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales...” (18).

Queda claro entonces para Rosatti que, lejos de desligar a los tratados (celebrados y ratificados por nuestro país) del orden jurídico nacional, la reforma los entendió incorporados a dicho orden y les asignó una ubicación específica dentro de la jerarquía formativa.

### III. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: ASPECTOS RELEVANTES

Ahora bien, al aprobar y ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la Argentina ingresó en el llamado Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH). Desde entonces ha ido tomando cuerpo el llamado “control de convencionalidad” que supone una traslación del control de constitucionalidad, es decir, así como la supremacía de la Constitución requiere que se controle para que sea real y efectiva, la supremacía de la Convención Americana de Derechos Humanos exige también que se lleve a cabo igual control (19).

De esta forma, la tarea consistiría en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resultan incompatibles con la Convención ADH, disponiendo en consecuencia la reforma o la abrogación de dichas práctica o norma, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de tal

---

(18) ROSATTI, HORACIO, “El llamado ‘control de convencionalidad’ y el ‘control de constitucionalidad’ en la Argentina”; Sup. Const. 2012 (febrero), 13/02/2012, 1 - La Ley, 2012-A, 911.

(19) Ver entre otros a IBARLUCÍA, EMILIO A., “La recepción del derecho internacional en la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina y el ‘control de convencionalidad’”; Sup. Const. 2011 (agosto), 09/08/2011, 1 - La Ley, 2011-D, 1120; etc. También a ALBANESE, SUSANA, “La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional”, en ALBANESE, SUSANA (coordinadora) y otros, *El control de convencionalidad*, editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 13; DEFELIPPE, OSCAR E., “Efectos de la jurisprudencia internacional en el Derecho argentino: El control de convencionalidad” en *Suplemento de Derecho Constitucional*, La Ley, octubre de 2012.

Convención y de otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo (20).

Igualmente procede en el supuesto de que el Estado no haya cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2 de la CADH) para garantizar efectivamente el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención, para lo cual la Corte, por vía jurisdiccional, impone al Estado tomar medidas legislativas o de otro carácter para satisfacer semejante finalidad.

Este control involucra varios tópicos sobre los cuales no hay coincidencias, como bien plantea Rosatti (21):

- a. si existe obligación de los jueces del país de realizar tal control;
- b. si el mismo es 'paralelo' al control de constitucionalidad o se integra a éste;
- c. Cuál es la respuesta que ha de prevalecer en caso de conflicto;
- d. Si las fuentes internacionales que integran la convencionalidad a controlar (y a acatar) son el nudo texto del convenio, o también su interpretación realizada por quienes están autorizados para hacerlo;
- e. Si se afirma esto último, la interpretación convencional realizada por órgano internacional competente obliga a los tribunales nacionales:
  - cuando se refiere al país concernido para el caso concreto o cuando se ha referido al país concernido (en causa similar con anterioridad) o incluso cuando se refiere, en causa similar, a otros países;
  - cuando es practicada en el marco de un proceso controversial o también cuando es consultiva;
  - se tiene en cuenta lo expresado sólo en la parte resolutive o también en la considerativa.

Algunos autores entienden que la doctrina del control de convencionalidad (22) es un instrumento importante para elaborar un *jus com-*

---

(20) BAZÁN, VÍCTOR, "Control de convencionalidad. Influencias jurisdiccionales recíprocas", La Ley, 4-4-2012, 1 - La Ley, 2012-B, 1027, del mismo autor "El control de convencionalidad y la necesidad de intensificar un adecuado diálogo jurisprudencial"; en Sup. Act. La Ley, 1-2-2011, 1, entre otros.

(21) ROSATTI, HORACIO, *El llamado "control de convencionalidad" y el "control de constitucionalidad" en la Argentina*, ob. cit.

(22) Ver la importante obra de ALBANESE, SUSANA (coordinadora) y otros, *El control de convencionalidad*, ob. cit. También los trabajos de SAGÜÉS, NÉSTOR P., "El control de convencionalidad. En particular sobre las Constituciones Nacionales", en La Ley, 2009-B, 761; HITTERS, JUAN CARLOS, "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación", en La Ley 2009-D, 105; MANILI, PABLO L., "Tensiones y el derecho constitucional", en La Ley, 1/3/2011; BAZÁN, VÍCTOR, "Inconstitucionalidad e inconventionalidad por omisión"; en La Ley 2009-E,

*mune* en materia de derechos humanos, dentro del sistema regional de la Convención citada. Importa uno de los supuestos más significativos de penetración del derecho internacional público sobre el derecho constitucional y el subconstitucional de los países del área. Merced a esta tesis, la Corte Interamericana tiende a perfilarse también como un tribunal regional de casación, en orden a crear una jurisprudencia uniforme dentro de aquella temática (23).

El control de convencionalidad desempeña un doble papel, por un lado es *represivo*, puesto que obliga a los jueces nacionales a inaplicar las normas internas (incluso las constitucionales) opuestas al referido Pacto, y a la interpretación que sobre dicho Pacto ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por otro lado, es *constructivo*, también los obliga a interpretar el derecho doméstico de conformidad al Pacto y a su interpretación por la Corte Interamericana. Es la interpretación *armonizante o adaptativa* del derecho local con el Pacto y la exégesis dada al Pacto por la Corte Interamericana. Ello conduce a desechar las interpretaciones del derecho nacional opuestas al referido Pacto y/o a la manera en que fue entendido por la Corte Interamericana.

En relación con el control de constitucionalidad Rosatti plantea que la reforma constitucional de 1994 no autoriza a hablar de un control de convencionalidad 'por fuera' del control de constitucionalidad porque los tratados (aprobados y ratificados por nuestro país) no están desligados de la Constitución, ya que la introducción del art. 75, inc. 22 no autoriza a desligar la interpretación judicial de los tratados realizada por un tribunal nacional en el marco de un caso concreto (el llamado control de convencionalidad) del control general de constitucionalidad. En este sentido, Rosatti hace hincapié en que el inc. 22 del art. 75 de la C.N. expresa que los tratados internacionales ingresan al orden jurídico argentino "en las condiciones de su vigencia" (24).

Algunos sostienen que tal expresión —*en las condiciones de su vigencia*— remite a las modalidades de la incorporación de tales tratados en el

---

1240; GELLI, MARÍA ANGÉLICA, "A quince años de la reforma constitucional de 1994"; en La Ley 2009-E, 888; BIANCHI, ALBERTO B., "Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema" (Diciembre 2007 - Diciembre 2010) Sup. Esp. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema 2011 (febrero), 25/2/2011, 3; GIALDINO, ROLANDO, "Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los derechos humanos"; en La Ley, 2008-C, 1295; Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales, tomo I, 369; TREBUCQ, SILVINA BEATRIZ, "El control de convencionalidad: su ejercicio por parte de los tribunales nacionales"; en La Ley 29 de abril de 2011, etc.

(23) Ver entre otros a SAGÜÉS, NÉSTOR P., "Dificultades operativas del 'control de convencionalidad' en el sistema interamericano"; en La Ley 11/08/2010, 1.

(24) ROSATTI, HORACIO, "El llamado 'control de convencionalidad' y el 'control de constitucionalidad' en la Argentina"; ob. cit.

orden jurídico argentino (vgr: con o sin reservas —y en este último caso “según ellas”—, con o sin jerarquía constitucional). En este sentido la reserva es una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado (art. 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

Otros entienden que ello se asimila a la forma en que tales convenciones son interpretadas por los órganos internacionales competentes para hacerlo. De modo que no sólo el texto sino también la interpretación de tales tratados serían incorporados al sistema jurídico argentino, obligando a los tribunales locales ‘a considerar’ (como “imprescindible pauta de interpretación”) y aún ‘a seguir’ (de modo ‘imperativo’) a este bloque normativo-doctrinario, que prevalecería —en caso de conflicto— sobre toda otra disposición o interpretación nacional.

En este sentido, la Corte Federal a pocos meses de la vigencia de la reforma se expidió sobre el alcance de la frase en análisis en el caso “Giroldi” (25) donde afirmó que *“La jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente en las condiciones de su vigencia (artículo 75, inc. 22, 2º párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”*.

Asimismo, destacó que *“La jurisprudencia de los tribunales internacionales competentes para la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (conf. art. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y artículo 2º ley 23.054)”*. Así es como recibe fortalecimiento y comienza a imponerse la doctrina de la Corte Suprema sobre el carácter vinculante de la jurisprudencia internacional (26). Al respecto se afirma que esta interpretación permite invocar ante los tribunales domésticos la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ingresa así a nuestro sistema.

En opinión de Rosatti no estaba en el ambiente de la Convención Constituyente de 1994 inaugurar —a partir de la cláusula en examen— un

---

(25) CSJN, Fallos 318:514, 7 de abril de 1995.

(26) DEFELIPPE, OSCAR E., “Efectos de la jurisprudencia internacional en el Derecho argentino: El control de convencionalidad”; en *Suplemento de Derecho Constitucional*, La Ley, octubre de 2012.

control jurídico “nuevo” (de convencionalidad) desligado del control jurídico “viejo” (de constitucionalidad) y —menos aún— darle prevalencia al control “nuevo” sobre el control “viejo”. Afirmo que no es históricamente cierto que la expresión “en las condiciones de su vigencia” —en referencia a la incorporación al orden jurídico argentino de los tratados internacionales sobre derechos humanos— haya sido considerada en la Convención Constituyente como un equivalente a “con la interpretación que de tales instrumentos realicen los tribunales internacionales competentes”. Sigue sosteniendo que no se pensó detraer (de modo abierto o encubierto) competencias a la jurisdicción nacional (menos aún a la Corte Suprema de Justicia), ni dejar una ‘cláusula gatillo’ accionable a futuro por un tribunal internacional que pudiera contradecir el texto expreso de la Constitución Nacional, reformándola por un mecanismo distinto del art. 30. *“En definitiva —expresa Rosatti— (y con expresa referencia a lo que creo de buena fe era la intención de la Convención reformadora de 1994) sostengo que la pretensión de un control de convencionalidad alimentado por sus propias fuentes (normativas e interpretativas) que subordine apriorísticamente toda otra fuente normativa e interpretativa nacional es inconstitucional por violación de los arts. 27, 30, 31, 75 inc. 22) y 118 de la C.N. (27).*

#### IV. VOCES DE LA JURISPRUDENCIA

##### A. Lineamientos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

1. La citada Corte Interamericana establecida como consecuencia de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, comenzó sus funciones en junio de 1979. Se constituye como un órgano judicial autónomo del sistema interamericano aunque con nexos con la Comisión Interamericana, compuesta por siete miembros cuyo objetivo esencial representa la interpretación y aplicación de la Convención referida y de sus dos protocolos adicionales: en materia de derechos económicos, sociales y culturales o “Protocolo de San Salvador” y el relativo a la abolición de la pena de muerte.

El Estatuto de la Corte le otorga esencialmente dos funciones: una *consultiva*, que consiste en emitir opiniones que le formulen los Estados miembros u órganos de la Organización de los Estados Americanos respecto de la interpretación de la Convención o de otros tratados en lo relativo a la protección de los derechos humanos en los Estados

---

(27) ROSATTI, HORACIO, “El llamado ‘control de convencionalidad’ y el ‘control de constitucionalidad’ en la Argentina”, en *Sup. Const.* 2012 (febrero), 13/02/2012, 1 - La Ley, 2012-A, 911.

americanos (28), y la otra de tipo *contenciosa*, con motivo de su actividad jurisdiccional que se inicia por un Estado parte o por la Comisión Interamericana, no teniendo legitimación los individuos en lo particular, alegando la violación a la Convención de un Estado parte.

Surge así para Ferrer Mac-Gregor que la Corte aparece perfilada como un órgano concentrado e intérprete final de la Convención, que en su función consultiva se aproxima al control previo de constitucionalidad que realizan algunos tribunales, cortes y salas constitucionales, mientras que en su actividad jurisdiccional se aproxima a los órganos encargados de la interpretación constitucional en el ámbito interno, puesto que su objetivo esencial consiste en la interpretación y aplicación de la Convención como una especie de *lex superior* conteniendo un *bill of rights* transnacional, dado que sus resoluciones tienen efectos vinculantes con los Estados que reconocen su jurisdicción siendo inapelables (29).

Ahora bien, como expuso Sergio García Ramírez siendo presidente de este Tribunal; *“La Corte Interamericana no constituye una tercera o cuarta instancia para la revisión de las sentencias nacionales. Su misión es proveer a la armonización del orden interamericano sobre derechos humanos a través de la interpretación de las normas contenidas en los instrumentos internacionales que los Estados han adoptado. A ella debe aplicarse y para ella es indispensable el concurso de todos los integrantes de lo que llamamos el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, en cuya primera línea figuran los Estados. La verdadera trascendencia de los pronunciamientos de la Corte radica en la influencia que ejercen sobre la orientación de las decisiones internas, legislativas, judiciales o administrativas. Esta trascendencia se ha incrementado notablemente, sobre todo en lo que respecta a la jurisprudencia de los altos Tribunales nacionales. La recepción interna constituye la novedad más relevante de la actual etapa. Nos satisface reconocerla. Va quedando atrás la compleja dialéctica sobre la conexiones entre el orden nacional e internacional. Si la tutela del ser humano es la decisión fundamental primordial en las constituciones nacionales y en los textos internacionales, los dilemas se diluyen y la coincidencia surge con naturalidad”* (30).

---

(28) Al respecto ver de PALACIOS, AUGUSTO GUEVARA, *Los dictámenes consultivos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Interpretación constitucional y convencional*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, ed. Bosch, España, 2012.

(29) Ver entre otros a FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)” en FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO (coordinador), *Interpretación constitucional*, Ed. Porrúa, México, 2005, pág. 533.

(30) Informe del Presidente Sergio García Ramírez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Asamblea General de la OEA. (Panamá, 5 de junio de 2007; en [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)).

A modo de conclusión afirma García Ramírez en el mismo Informe que *“Es preciso insistir en la recepción nacional de los criterios jurisprudenciales interamericanos. Cada sentencia resuelve el caso concreto al que corresponde, pero también constituye un acto de interpretación de los preceptos de la Convención Americana, y en este sentido trasciende al caso concreto y establece criterios orientadores para decisiones y prácticas con mayor alcance”* (31).

2. En esta línea la doctrina del control de convencionalidad (32) fue insinuada por primera vez en los votos del juez Sergio García Ramírez de la CIDH en los casos *“Myrna Mack Chang vs. Guatemala”* y *“Tibi vs. Ecuador”*, y por el pleno del Tribunal Interamericano en el caso *“Almonacid Arellano vs. Chile”* (33).

Así en el primer caso citado se dijo que *“Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio —sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto— y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del ‘control de convencionalidad’ que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional”* (34).

En el caso *“Tibi”* explicó que el Tribunal Interamericano analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa, resolviendo acerca de la convencionalidad de tales actos, pretendiendo *“conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención*

---

(31) Informe del Presidente Sergio García Ramírez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Asamblea General de la OEA. (Panamá, 5 de junio de 2007; en [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)).

(32) Este criterio ha sido sostenido en el sistema comunitario europeo desde el caso *“Costa vs. Enel”* de 1964. Ver entre otros a PALAZZO, EUGENIO L., *“Bases constitucionales, anhelos y utopías para la organización de la justicia”*; en PALAZZO, EUGENIO LUIS (director), *Estudios de Derecho Constitucional con motivo del Bicentenario*, ob. cit., p. 355.

(33) Ver entre otros a HITTERS, JUAN CARLOS, *“Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”*, en La Ley 2009-D, 105, también a LOIANNI, ADELINA, *“El marco conceptual del control de convencionalidad en algunos fallos de la Corte Suprema argentina ‘Arancibia Clavel’, ‘Simón’, ‘Mazzeo’”*; en ALBANESE, SUSANA (COORD.), *El control de convencionalidad*, ob. cit., p. 122.

(34) CIDH, Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, 25 de noviembre de 2003, voto concurrente del juez García Ramírez, párr. 27 ([www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)).



*fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados Partes en ejercicio de su soberanía” (párr. 3) (35).*

Posteriormente en el caso “López Álvarez vs. Honduras”, el juez García Ramírez expresó que la Corte, al analizar la complejidad del asunto, verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención, es decir, el órgano que practica el control de convencionalidad debe explorar las circunstancias de iure y de facto del caso (36).

En el caso “Vargas Areco vs. Paraguay”, también advirtió que el Tribunal Americano tiene a su cargo el control de convencionalidad fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana. Y precisó su alcance, al indicar que sólo puede, a través de él, *“confrontar los hechos internos —leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales, por ejemplo— con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia entre aquellos y éstas, para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza” (37).*

Luego en los casos “Almonacid Arellano y otros vs. Chile” del 26 de septiembre de 2006, “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú” del 24 de noviembre del mismo año, y “La Cantuta vs. Perú” del 29 de noviembre del mismo año, perfila con más precisión esta interpretación.

En el primer caso sostuvo: *“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (38).*

---

(35) CIDH, Caso “Tibi vs. Ecuador” 7 de septiembre de 2004 ([www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)).

(36) CIDH, Caso “López Álvarez contra Honduras” 1 de febrero de 2006 ([www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)).

(37) CIDH, Caso “Vargas Areco contra Paraguay” 26 de septiembre de 2006 ([www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)).

(38) CIDH, Caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile” 26 de septiembre de 2006 ([www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)).

Es posible extraer algunas pautas de interpretación en torno al control de convencionalidad de este fallo:

a. Se basa en el principio de la buena fe en el cumplimiento de los contratos o compromisos, y de *pacta sunt servanda*, en concordancia con el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, de 1969.

b. Los jueces nacionales deben cuidar que las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes internas que resulten contrarias a su objeto y fin. En principio aparecen obligados los jueces, pero también se extiende a las autoridades públicas vinculadas a la administración de justicia, como se esbozó en el caso “Gelman” (39). En definitiva, es el Estado todo el obligado por la Convención y que podría acarrear su responsabilidad internacional.

c. El control de convencionalidad no es solamente respecto al texto expreso de la Convención sino que incluye la interpretación que de la misma ha realizado la Corte IADH. Como dice la referida sentencia: *“En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”*.

Este control supone un examen de compatibilidad entre las normas de derecho interno del país y las disposiciones de la Convención más la interpretación de la Corte Interamericana. Como bien comenta Hitters, si los preceptos domésticos —sean legislativos o de cualquier otro carácter—, y las prácticas estaduales de cualquiera de los tres poderes, no protegen debidamente las libertades fundamentales enunciadas por el derecho internacional, la Nación debe adecuarlas, y, en su caso, suprimir aquellas que desbordan el esquema, o crear las que corresponda. Estamos hablando del deber general del Estado de ‘adecuación’ de las reglas domésticas (arts. 1.2 y 2 de la Convención). Agrega que la Corte no ha hecho una descripción de qué tipo de preceptos locales deben ser controlados, por lo que considera que cualquier regla de alcance general y abstracto mal aplicada (ley, decreto, ordenanza, actos administrativos, constituciones provinciales y nacional), tiene que estar incluida en el concepto aludido (40).

Por su parte, en el caso “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú” se profundizaron aspectos de este control, expresando que: *“128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado*

---

(39) CIDH, Caso “Gelman contra Uruguay”, 24 de febrero de 2011 ([www.cor-teidh.or.cr](http://www.cor-teidh.or.cr)).

(40) HITTERS, JUAN CARLOS, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”, La Ley, 2009-D, 1205.

*por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también 'de convencionalidad' ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes". Y se reitera que "En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete final de la Convención Americana" (41).*

Luego en el voto razonado del juez García Ramírez se extrae que "12. Este 'control de convencionalidad', de cuyos buenos resultados depende la mayor difusión del régimen de garantías, puede tener —como ha sucedido en algunos países— carácter difuso, es decir, quedar en manos de todos los tribunales cuando éstos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos. 13. Esto permitiría trazar un sistema de control extenso —vertical y general— en materia de juridicidad de los actos de autoridades —por lo que toca a la conformidad de éstos con las normas internacionales sobre derechos humanos—, sin perjuicio de que la fuente de interpretación de las disposiciones internacionales de esta materia se halle donde los Estados la han depositado al instituir el régimen de protección que consta en la CADH y en otros instrumentos del corpus juris regional". Y concluye afirmando "Me parece que ese control extenso —al que corresponde el 'control de convencionalidad'— se halla entre las más relevantes tareas para el futuro inmediato del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos".

En esta línea, el voto del juez Cancado Trindade deja claro que "3. ... los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana".

Más recientemente en "Fermín Ramírez" y "Raxcacó Reyes vs. Guatemala" (42) se volvió a ratificar esta doctrina. Igualmente en la causa "Cabrera García y Montiel Flores contra México", del 26 de noviembre de 2010, se reitera que "Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la

---

(41) CIDH, "Trabajadores Cesanteados del Congreso versus Perú", 24 de noviembre de 2006 ([www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)).

(42) CIDH, "Fermín Ramírez Vs. Guatemala", sentencia de 20 de junio de 2005 y "Raxcacó Reyes Vs. Guatemala" Sentencia de 15 de septiembre de 2005 ([www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)).

*ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un 'control de convencionalidad' entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana"* (43).

Luego se extiende a las autoridades públicas vinculadas a la administración de justicia, como se esbozó en el caso "Gelman" de febrero de 2011 (44). También en el caso "Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina" del 29 de noviembre de 2011, el citado Tribunal Internacional insistió respecto del control de convencionalidad ex officio, añadiendo que en dicha tarea los jueces y órganos vinculados con la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana (45).

Adviértase que la Corte Interamericana declara la cohabitación del control de constitucionalidad con el control de convencionalidad aunque no especifica cómo se articularan y por otro lado, afirma la necesidad de realizarse de oficio, ya que expresa que *"esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto"*.

Conforme a lo expuesto, este control de convencionalidad aparece perfilado desde los casos analizados como un control difuso y de oficio, que queda en manos de los jueces domésticos, pudiendo acarrear responsabilidad internacional. Se materializa así la internalización de la Convención en la aplicación concreta que realizarían los jueces locales.

**3.** En este contexto, cabe destacar que en caso de un país federal como la Argentina que presenta cuatro órdenes de gobiernos autónomos (nacional, provincial, municipal y el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), con veinticinco jurisdicciones judiciales (las de las veintitrés provincias más la justicia federal y la nacional), de lo dicho por la Corte IDH

---

(43) CIDH; "Cabrera García y Montiel Flores contra México", 26 de noviembre de 2010 ([www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)).

(44) CIDH, Caso "Gelman contra Uruguay", 24 de febrero de 2011 ([www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)).

(45) CIDH, "Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina" del 29 de noviembre de 2011 ([www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)).

surgiría que el control de convencionalidad debe ser a pedido de parte o de oficio y con efectos *erga omnes* o derogatorio de la inconvencionalidad en el caso.

En este sentido, sostiene Sagüés que según la Corte IDH el control de convencionalidad pesaría sobre los jueces del Poder Judicial pero también obligaría a los jueces de un Tribunal Constitucional extra-poder (cuando así ha sido diseñado por la Constitución), en las causas sometidas a su decisión. Si de lo que se trata es de asegurar el “efecto útil” del Pacto de San José de Costa Rica, contra normas internas que se le opongan, en los procesos respectivos, esa misión de aplicar sin cortapisas el derecho del Pacto tiene que involucrar, igualmente, a las cortes y tribunales constitucionales, aunque en algunos casos no pertenezcan al Poder Judicial y operen como entes constitucionales autónomos, o extra-poder (46).

Por su parte Hitters entiende que los organismos judiciales internos deben cumplir una inspección de constitucionalidad, para evitar que en sus fallos se infrinja la carta suprema del país y en paralelo, ver si tales decisorios se acomodan con las convenciones internacionales ratificadas por la Argentina (arts. 1.1 y 2 CAHD). Esta verificación de convencionalidad tiene un carácter difuso, ya que cada uno de los magistrados locales puede y debe cumplir la tarea, sin perjuicio de la postrera intervención de la Corte Interamericana. Como consecuencia de lo expresado, no sólo el Poder Judicial debe cumplir con las disposiciones del derecho supranacional, sino también el Ejecutivo y el Legislativo, tanto en el orden nacional, como provincial y municipal, bajo apercibimiento de generar responsabilidad internacional del Estado (arts. 1.1 y 2 de la CADH) (47).

4. Otro aspecto a dilucidar es el de la expansión del alcance de las sentencias de la Corte Interamericana a países que no han sido parte de la controversia. De acuerdo con el art. 68, pto. 1, de la Convención: “*Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes*”. A contrario sensu de la letra de dicha Convención se deduce que no hay un compromiso de los Estados a cumplir con las decisiones de la CIADH en aquellos casos en que no fueron partes, o sea, la jurisprudencia general del tribunal (48).

---

(46) SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, “El ‘control de convencionalidad’ en particular sobre las constituciones nacionales” en *La Ley*, 2009-B, 761. Del mismo autor, entre otros trabajos ver: “Dificultades operativas del ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano”; *La Ley* 11/08/2010.

(47) HITTERS, JUAN CARLOS, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”; *La Ley* 2009-D, 1205. Ver también a DIEGUES, JORGE A., “Control de convencionalidad”, en *La Ley*, 11/04/2012, 10.

(48) THURY CORNEJO, VALENTÍN, “La revisión del control de convencionalidad difuso y la identidad institucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Suplemento de Derecho Constitucional de E. D.* 22/03/2012, nro. 12.963.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia hizo referencia —por ejemplo— en el caso “Miguel Angel Espósito” a que la decisión de la Corte IDH en el caso “Bulacio vs. Argentina” sobre el concepto de ‘secuela de juicio’ en los términos del art. 67, párr. 4º, del Código Penal, resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH), por lo cual también la Corte Suprema Argentina, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional (49). Se sostuvo así la tesis de la prevalencia de la fuente externa sobre la interna (50).

Pero es distinto el caso del efecto vinculante de las sentencias dictadas en aquellos supuestos en donde el Estado Argentino —integrado en el SIDH— no ha sido parte. Ya no se trata aquí del efecto directo de una sentencia, sino como bien expresa Bianchi, del efecto vinculante del precedente —de su holding o *ratio decidendi*— el cual resulta asimilable al efecto que éste tiene en los sistemas anglosajones bajo el principio del *stare decisis* (51). Veremos en el punto siguiente las consideraciones de la Corte Suprema Nacional sobre este punto.

5. A ello se suma la reflexión a la actividad consultiva de la Corte y su obligatoriedad para los países partes del sistema interamericano. Afirmar Thury Cornejo que la obligatoriedad de seguir la jurisprudencia de la Corte IDH plantea también algunos corrimientos en el sistema normativo, ya que la distinción entre competencia consultiva (art. 64, pto. 1 Convención) y competencia contenciosa de dicha Corte tiende a difuminarse, en tanto y en cuanto una de las notas diferenciales estaba, justamente, en el alcance de sus efectos (general y particular, respectivamente) (52).

---

(49) Fallos 327:5668 (2004), La Ley, 2005-C, 1.

(50) Cabe destacar siguiendo a Gil Domínguez que el estándar establecido por la CIDH en el caso Bulacio consistió en que no es posible oponer normas de carácter interno —como las referidas a la prescripción— que impidan u obstaculicen el desarrollo de un proceso penal en su totalidad, frente a una violación a los derechos humanos consagrados en la CADH por parte de un agente estatal, aunque dicha transgresión se consume en un período democrático y no consista en una práctica generalizada y sistemática por parte del Estado sometido al proceso transnacional, así la CIDH delimita una nueva categoría de delitos cometidos por agentes estatales, a lo cual no le es oponible la prescripción de la acción penal. (Ver el análisis de este caso en GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, “Control de convencionalidad, control de constitucionalidad e interdicción de la tortura en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, en ALBANESE, SUSANA (coord.), *El control de convencionalidad*, ob. cit., p. 77.

(51) BIANCHI, ALBERTO, “Una reflexión sobre el llamado ‘control de convencionalidad’”, en *Sup. Const.* 2010 (septiembre), 23/09/2010, 15 - La Ley, 2010-E, 1090.

(52) THURY CORNEJO, VALENTÍN, *La revisión del control de convencionalidad difuso y la identidad institucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, ob. cit.

En este sentido, Guevara Palacios sostiene que la Corte IDH se erige como la institución judicial de todo el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos respecto de su competencia consultiva, “...constituyendo un método judicial alterno consultivo, consistente en un dictamen jurídico, instado a petición de parte interesada y que se desarrolla en un procedimiento de carácter multilateral, dictamen emitido por la Corte IDH la cual dispone de un amplio margen de apreciación, y que se traduce en la prestación de un servicio con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos y a hacer efectivas las libertades y derechos humanos en los Estados miembros, así como el cumplimiento de las funciones que en éste ámbito tienen atribuidas los distintos órganos de la OEA”. Agrega por último que esta competencia consultiva es única en el Derecho internacional contemporáneo, y que produce efectos jurídicos particulares tanto en el plano horizontal —dentro del sistema interamericano— como en el plano vertical —dentro del ordenamiento jurídico de los Estados miembros de la OEA— (53).

También cabe mencionar a las recomendación de la Comisión IDH, al respecto se advierte que el Pacto de San José no reconoce literalmente la obligatoriedad de cumplimiento por parte de los Estados de las recomendaciones emitidas por la Comisión en sus informes de los arts. 50 y 51, como sí lo hace respecto de las sentencias dictadas por la Corte (art. 68.1).

Ahora bien en un primer momento, la Corte IDH en los casos “Caballero Delgado y Santana” (1995) y “Genie Lacayo” (1997) consideró no vinculantes a las recomendaciones, pues estimó que este término debía ser interpretado conforme a su sentido corriente, de acuerdo con la regla general de hermenéutica que establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 31.1, “y por ello, no tiene carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado”. Agregó el Tribunal que “como no consta que en la presente Convención la intención de las partes haya sido darle un sentido especial, no es aplicable el artículo 31.4 de la misma Convención. En consecuencia, el Estado no incurre en responsabilidad internacional por incumplir con una recomendación no obligatoria” (54).

En relación a lo expuesto, opinaban Bidart Campos y Albanese que la referencia al término “recomendaciones”, efectuada por la Corte

---

(53) GUEVARA PALACIOS, AUGUSTO, *Los dictámenes consultivos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Interpretación constitucional y convencional*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Bosch Editor, España, 2012, ps. 281 y ss.

(54) Corte IDH, Caso Caballero Delgado y Santana, sentencia de 8 de diciembre de 1995, párr. 67; Caso Genie Lacayo, sentencia del 29 de enero de 1997, párr. 97 ([www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)).

Interamericana era en función exclusiva del art. 51.2 de la Convención y en el marco del caso en concreto llevado a juzgamiento, en donde la Comisión emitió el “informe final” con las recomendaciones con posterioridad a la presentación de la demanda ante la Corte. De ahí que las citadas “recomendaciones”, en ese caso particular, devenían no obligatorias pues se sustentaban en un informe —art. 51.2— que la Comisión no debió haber elaborado toda vez que ya había introducido la demanda ante el órgano judicial regional. Señalaban que una interpretación de buena fe, de acuerdo al objeto y fin del Acuerdo de San José, llevaba a afirmar que las recomendaciones efectuadas por la Comisión resultaban obligatorias y su incumplimiento generaría responsabilidad internacional, en el marco de la plena vigencia de los derechos fundamentales (55).

En esta línea la Corte IDH cambia su precedente interpretación en el caso “Loayza Tamayo” (1997) señalando que si bien con anterioridad el Tribunal había considerado que el vocablo “recomendaciones”, usado por la Convención Americana, debía ser interpretado conforme a su sentido corriente, *“sin embargo, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función ‘promover la observancia y la defensa de los derechos humanos’ en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111)”*. Recordando a su vez que *“el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes”*, por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes (56).

En este sentido concluye Monterisi que los informes redactados por la Comisión —bajo el procedimiento de los arts. 50 y 51 de la Convención— que contienen recomendaciones para el Estado denunciado resultan vinculantes para éste, y su doctrina es de aplicación directa e inmediata en aquellos procesos judiciales umbilicalmente unidos a la contienda inter-

---

(55) BIDART CAMPOS, GERMÁN y ALBANESE, SUSANA, *Derecho Internacional, derechos humanos y derecho comunitario*, Ed. Ediar, Bs. As., 1998, ps. 145 y ss.

(56) Corte IDH, Caso Loayza Tamayo, sentencia de 17 de septiembre de 1997, párrs. 79, 80 y 81. Estos criterios fueron ratificados en los casos: Blake, sentencia de 24 de enero de 1998, párr. 108; Cesti Hurtado, sentencia de 29 de septiembre de 1999, párrs. 186-187; Baena Ricardo y otros, sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 192; Herrera Ulloa, sentencia de 2 de julio de 2004, párrs. 185-186.



nacional. A la par, esos estándares hermenéuticos configuran una insoslayable guía de interpretación de la Convención y —por lo tanto— los jueces deben tenerla en consideración a la hora de sentenciar en aquellos casos que guarden analogía con el planteado ante la CIDH (57).

6. Otro tema a considerar es sobre qué normas se ejerce dicho control de convencionalidad, a la luz de los fallos vistos quedarían comprendidas todas las reglas jurídicas domésticas (ley, decreto, reglamento, ordenanza, resolución, etc.).

Sagüés advierte que en los Estados donde la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional es obligatoria para los tribunales inferiores, ella también reviste materialmente condición de norma, y por ende, está captada por dicho control. Incluso, la Constitución Nacional, no está exceptuada en los veredictos aludidos, en esta lógica el Pacto de San José se encuentra por encima de todo el ordenamiento jurídico del Estado, sin omitir a la propia Constitución. Esta condición de supraconstitucionalidad que asume el Pacto se observa en el caso de “La última tentación de Cristo”, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos reclamó a Chile modificar una cláusula de la Constitución local opuesta al Pacto, como efectivamente se hizo después (58).

## B. Principales fallos de la Corte Suprema de Justicia Nacional

Resulta interesante analizar la respuesta argentina dada a los interrogantes planteados, como asimismo a los lineamientos que la Corte IDH ha sentado en varios de los puntos antes mencionados.

1. En primer lugar cabe mencionar que la doctrina comparte en general la apreciación que Corte argentina es en el caso “Ekmekdjian contra Sofovich” (59), donde comienza a manifestarse con mayor apertura a las fórmulas receptivas de pautas e interpretaciones de la Corte

---

(57) MONTERISI, RICARDO D., “Las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su carácter vinculante”, en *Sup. Const.* 2012 (noviembre), 08/11/2012, 26 - La Ley, 2012-F. Ver también el trabajo de GOZAÍNI, OSVALDO, “El impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano en el derecho interno”, en ALBANESE, SUSANA (coord.), *El control de convencionalidad*, ob. cit., p. 98.

(58) SAGÜÉS, NÉSTOR P., “El ‘control de convencionalidad’ en particular sobre las constituciones nacionales” en *La Ley*, 2009-B, 761. Ver también entre otros a FOSSACECA, CARLOS ALBERTO, “Control de convencionalidad como método de supremacía de los tratados internacionales: hacia un nuevo rumbo en la jurisprudencia nacional (1)” en EDCO, 2010-580.

(59) CSJN, 7 de julio de 1992, Fallos 315:1492. Ver los comentarios vertidos por RECALDE, MARÍA CECILIA, “Algunas cuestiones en torno a la supremacía de los convenios con jerarquía constitucional en la jurisprudencia argentina”, en PALA-

Interamericana de Derechos Humanos. En tal sentido se dijo en dicha causa que *“la interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José”*, y a renglón seguido cita la Opinión Consultiva OC-7/86, la cual no fue solicitada por la Argentina ni tampoco participó en el procedimiento consultivo.

Sagüés considera que la doctrina sentada en dicho precedente es la correcta puesto que las sentencias de la Corte IDH son definitivas e inapelables, y los Estados se encuentran obligados a cumplirlas, siendo competente dicha Corte para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones del Pacto (arts. 62, 63) y también por vía consultiva (art. 64), por lo que, los jueces deben seguir tales directrices (60).

Sin embargo, la piedra fundacional en la recepción de este control en la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina fue puesta en “Giroldi” (61), reafirmada en “Mazzeo” (62) y “Videla” entre otros.

En “Giroldi” reconoció que el intérprete último de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es la Corte IDH, *“de ahí que su jurisprudencia debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de dicha Corte para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana. (confr. arts. 75, Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y 2º, ley 23.054)”*. (considerando 11). La doctrina de este caso fue reiterada en la causa “Nardelli” respecto a la influencia de los tratados internacionales y a la incidencia de la jurisprudencia de los órganos instituidos en el ámbito internacional (63).

Es en “Mazzeo” donde aportó un relevante enfoque institucional en torno a la invalidez constitucional de la atribución presidencial de emitir indultos que benefician a sujetos acusados de cometer delitos de lesa humanidad. La propia Corte Suprema aceptó en el voto mayoritario que, además del control de constitucionalidad, debía ejercer el de convencio-

---

ZZO, EUGENIO LUIS (director), *Estudios de Derecho Constitucional con motivo del Bicentenario*, Ed. El Derecho, Bs. As., 2012, ps. 91 y ss.

(60) SAGÜÉS, NÉSTOR P., “El valor de los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, JA. 1997-II-745.

(61) Fallos 318:514 (1995). Similares conceptos se reproducen en Roberto Felicetti (La Tablada), Fallos 323:4130 (2000) en relación con las opiniones de la Comisión Interamericana.

(62) Fallos 330:3248 (2007) La Ley, 2007-D, 401.

(63) CSJN, Fallos 319:2557, sentencia del 5/11/96. Ver también a SOLA, JUAN V., *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo IV, ob. cit., p. 416.

nalidad y seguir las líneas trazadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando este tribunal la practique (64).

En tal sentido reitera que *“por su parte, la Corte Interamericana ha señalado que es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana —CIDH Serie C N— 154, caso ‘Almonacid’, del 26 de septiembre de 2006, parágrafo. 124”* (Considerando 21).

Más recientemente en el caso “Videla, Jorge R.” de 2010 se afirma que *“a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia, y que dicho tribunal internacional ha considerado que el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tarea en la que debe tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”* (65). (Considerando 8).

Continúa citando lo resuelto por la Corte IDH en “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, en cuanto a que los órganos del Poder Judicial debían ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de “convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de

---

(64) Ver los interesantes aportes de SAGÜÉS, MARÍA SOFÍA, “Desafíos del derecho procesal constitucional ante el derecho procesal, el derecho constitucional y el derecho internacional: retroalimentación entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad”, en PALAZZO, EUGENIO L. (director), *Estudios de Derecho Constitucional con motivo del bicentenario*, ob. cit., ps. 392 y ss.

(65) CSJN, “Jorge Rafael Videla, y Emilio Eduardo Massera”, V. 281. XLV, 31/08/2010. Ver entre otros el comentario de PISACCO, MARINA, “La obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *La Ley*, 2010-F, 51.

sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. También aclaró que esta función no debía quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implicaba que ese control debía ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos procesales formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones. (Considerando 10).

Puede extraerse de “Mazzeo” y “Videla” la recepción del control de convencionalidad de oficio, ya que la Corte Suprema de nuestro país se apoyó en la doctrina sentada por la Corte IDH en los casos antes citados, en cuanto al deber de los órganos del Poder Judicial de ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de “convencionalidad” *ex officio*.

Por otra parte, cabe destacar la posición esgrimida en un importante dictamen de la Procuración General, emitido en el caso “Jorge E. Acosta”, que se detiene en el valor de la jurisprudencia de la CIDH en aquellos casos en los cuales la Argentina no ha sido parte, entendiendo que no es vinculante para nuestros tribunales, ya que la únicas decisiones de los órganos de protección del sistema interamericano que son obligatorias para los Estados son las sentencias contenciosas de la Corte Interamericana, siempre y cuando esas sentencias no impongan una medida que implique desconocer derechos fundamentales del orden jurídico interno. Agrega que el término “decisión” contenido en el artículo 68 CADH, alude a la parte dispositiva del fallo y no al fundamento jurídico de la sentencia. Señala también que las decisiones de la CIDH y su jurisprudencia no tienen efectos generales (*erga omnes*) sobre otros casos similares existentes en el mismo u otro Estado y que la eficacia general de la jurisprudencia de dicha Corte no puede inferirse de las sentencias de ese tribunal que la afirman, pues tal tipo de argumentación presupone en sus premisas lo que se debe demostrar, a saber, si las sentencias de la CIDH tienen valor general más allá de los términos estrictos del art. 68 1) CADH (66).

En definitiva, sostiene este dictamen que el hecho de que la jurisprudencia de la CIDH debiera servir de guía para la interpretación de las normas convencionales no significaba su aplicación irreflexiva y automática. Por el contrario, la misma debía ser examinada minuciosamente a los efectos de verificar su aplicación al caso concreto. Debería hacerse el máximo esfuerzo por cumplir la jurisprudencia de los órganos internacionales de derechos humanos, pero sin desconocer el orden jurídico interno y la competencia asignada por la Constitución a los tribunales nacionales para decidir los procesos judiciales internos.

---

(66) Dictamen del Procurador General Esteban Righi del 10/03/2010. Expediente 93/2009, letra A. Ver [www.mpf.gov.ar](http://www.mpf.gov.ar).

La Corte Suprema de Justicia, dos años más tarde, en mayo de 2012 (67), resuelve el caso y no comparte el dictamen en los puntos referidos. En efecto, la mayoría del Tribunal sigue el dictamen del Procurador en el mantenimiento de la prórroga de la prisión preventiva. Pero, de manera expresa sostuvo *“que, preliminarmente, con las aclaraciones del caso que se formularán y en lo pertinente, corresponde expresar que el Tribunal comparte los argumentos vertidos por el señor Procurador General de la Nación, con exclusión de los apartados IV y V”*. (Considerando 11), justamente son los apartados en los que el Procurador opinó acerca del valor vinculante de la jurisprudencia internacional y la necesidad de examinar minuciosamente la aplicabilidad en el caso concreto de esa jurisprudencia.

Sostiene Gelli en un interesante comentario crítico al fallo que *“Expresado de otra manera, la mayoría de la Corte Suprema no convalidó en su totalidad el criterio restrictivo y ajustado del Procurador acerca del valor vinculante de la jurisprudencia internacional y lo que ésta incluye: también de modo acotado, sólo las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pero, a lo menos, «[evaluó] si el caso particular bajo examen en el proceso interno [“Acosta” era] una instancia del caso general (doctrina) que se infiere de la jurisprudencia de tales órganos [“Bayarri”] (aplicabilidad de la doctrina al caso concreto)»* (68). *Con ello, la Corte argentina, tuvo en cuenta la interpretación que la Corte Interamericana, acerca el plazo de prisión preventiva razonable en un caso en el que la República Argentina fue condenada por no respetarlo, pero lo juzgó inaplicable a otra controversia en el orden local. Es decir, la Corte Suprema con un criterio ajustado y consistente, examinó el alcance de la doctrina regional, entendió que el caso que debía resolver tenía una singularidad que lo diferenciaba del precedente en cuestión y no se consideró obligada a aplicarlo. Igual que el Procurador”* (69).

Resulta interesante analizar lo resuelto en noviembre de 2011 en el caso *“Derecho, René Jesús”* (70), donde la Corte confirma —por mayoría— la obligatoriedad de los fallos dictados por la Corte Interamericana en aquellos procesos en que nuestro país es parte, en el caso acatando la sentencia y por ello dejando sin efecto aquella otra que dictara con

---

(67) CSJN, “Acosta, Jorge Eduardo y otros s/recurso de casación”. C.S. A. 93. XLV. (8 de mayo de 2012). Votaron por la mayoría los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Zaffaroni y Maqueda. En disidencia conjunta, los jueces Argibay y Petracchi, consideraron inadmisibles el recurso extraordinario federal, aplicando el art. 280 del CPCyCN.

(68) Cfr. p. V (b) del dictamen del Procurador General en “A., J. E. y otro s/ recurso de casación”.

(69) GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “El Plazo razonable de la prisión preventiva y el valor de la jurisprudencia internacional (en el caso ‘Acosta’)” en La Ley, 2012-D, 30 de agosto de 2012.

(70) CSN, D. 1682. XL. Recurso de hecho. “Derecho, René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal” - causa n° 24.079, del 29 de noviembre de 2011.

anterioridad —que había pasado en autoridad de cosa juzgada— por la que confirmara a su vez la decisión del inferior, en cuanto había declarado extinguida por prescripción la acción penal y sobreseído parcial y definitivamente a un imputado que se le atribuyó el delito previsto en el art. 144 bis del Código Penal.

Con acierto se ha dicho que ordenar al Estado dejar sin efecto las sentencias o proceder a la revisión de los procesos internos, señala muy a las claras que el tribunal regional, más allá que técnicamente, no es un órgano de apelación ni de revisión, que puede revocar, anular o casar sentencias de los tribunales domésticos, pues su función es solo la confrontación entre el hecho y las disposiciones de la Convención a través del llamado control de convencionalidad, en la praxis actúa como un órgano superior a éstos. Pues en definitiva lo que vale es la conclusión autorizada del tribunal regional en cuanto le quita sostén convencional a la decisión judicial doméstica (71).

Es posible encontrar una aparente morigeración de las posiciones antes descriptas de la Corte Suprema en relación con la jurisprudencia e interpretación convencional de la Corte IDH, en el reciente caso “Losicer” de junio de 2012 (72) donde expresó: *“Que, por lo dicho, el ‘plazo razonable’ de duración del proceso al que se alude en el inciso 1, del Artículo 8 (CADH), constituye, entonces, una garantía exigible en toda clase de proceso, difiriéndose a los jueces la casuística determinación de si se ha configurado un retardo injustificado de la decisión. Para ello, ante la ausencia de pautas temporales indicativas de esta duración razonable, tanto la Corte Interamericana —cuya jurisprudencia puede servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales— (Fallos: 318:514; 323:4130, entre otros)”*. Adviértase que la afirmación es en cuanto a servir de guía para la interpretación pero no ya a ser de insoslayable aplicación.

Lejos de ello, se ha criticado a este fallo diciendo que la Corte “adecuó” en esta nueva sentencia el art. 42 de la Ley de Administración Financiera (que fija el plazo de prescripción de la acción sancionatoria del Banco Central de la República Argentina por infracciones a las preceptivas de dicho cuerpo legal, así como las causales de interrupción de aquel plazo), al art. 8.1 de la CADH, en cuanto extendió los efectos beneficiosos de la prescripción de la acción sancionatoria en cuestión más allá de los límites fijados por dicha dispositiva legal. En efecto, aún cuando reconoció que no se configuraba la situación de hecho prevista en esa norma para que operen los efectos de la prescripción, el máximo Tribunal hizo lugar a la demanda por entender que la exclusión de los actores de tal beneficio

---

(71) Entre otros ver a MONTERISI, RICARDO D., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el impacto de sus sentencias”, en *La Ley*, 2012-B, 756; SOLA, JUAN V., *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo IV, ob. cit., p. 415; etc.

(72) CSJN, 26/06/12; “Losicer, Jorge Alberto y otros c. BCRA - Resol. 169/05 (expte. 105666/B6 SUM FIN 708)”.

resultaba inconstitucional en atención a las particulares circunstancias de la causa, aunque omitió declarar la inconstitucionalidad del citado precepto normativo que regía el caso.

Este fallo muestra que la Corte Suprema no llega a cabo la declaración de inconstitucionalidad pero sí la de inconventionalidad en cuanto inaplica la ley nacional sin la pertinente declaración de inconstitucionalidad, atentando contra el principio de separación de poderes (73).

Por último, en el caso “Rodríguez Pereyra” (74) la Corte argentina pasó revista a los fallos de la Corte Interamericana desde “Trabajadores Cesados del Congreso” hasta “Fontevecchia y D’Amico” (75) para sostener que *“La jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa —formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos— que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango”*. (Considerando 12 último párrafo).

En opinión de Gelli se consagra así el deber judicial de aplicar el control de constitucionalidad *ex officio* (76). También Vanossi entiende que este fallo traduce un acto afortunado por parte de la Corte Suprema en cuanto ha definido categóricamente la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad “de oficio”, despejándose así cualquier duda al res-

---

(73) MORAY, FERNANDA, “Control de Convencionalidad: ¿Complemento del control de constitucionalidad o nueva especie de control judicial?”, en La Ley 2012.

(74) CSJN, Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/ daños y perjuicios; 27 de noviembre de 2012, La Ley, 30/11/2012, 5 - La Ley del 11/12/2012, 7 - La Ley del 19/12/2012, 2, con notas de MARÍA ANGÉLICA GELLI, NÉSTOR P. SAGÜÉS, ANDRÉS GIL DOMÍNGUEZ y JORGE REINALDO VANOSI; Online AR/JUR/60694/2012.

(75) Cfr. “Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”. Fondo, Reparaciones y Costas. CIDH. (29 de noviembre de 2011). Serie C N° 238. Párr. 93. ([www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)).

(76) Cfr. consid. 12 del voto de la mayoría de fundamentos en “Rodríguez Pereyra”. Ver el comentario de GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “La declaración de inconstitucionalidad de oficio: fundamentos y alcances (en el caso ‘Rodríguez Pereyra’)” en La Ley, 19/12/2012.

pecto (77). Mientras que para Sagüés del fallo “Rodríguez Pereyra” surge que el control de constitucionalidad de oficio sería potestativo de los jueces, ya que interpreta que la Corte, antes de pasar al tema de fondo del fallo (la constitucionalidad de un régimen indemnizatorio), se limita a hablar de una “potestad” en el Considerando 15 (78), lo que implica, como regla, describir un régimen facultativo, y no compulsivo (79), lo cual critica diciendo que existiría falta de coherencia entre los Considerandos 12 y 15 lo que no es bueno y menos en un tema de tanta gravitación.

Más allá de estas discrepancias, surge claro que la Corte Suprema ha buscado establecer una ineludible simetría conceptual, sustancial y procedimental entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad de oficio, los cuales deben ser ejercidos por los jueces nacionales en las mismas condiciones pero respetando las distintas fuentes (interna y externa) textuales (Constitución e Instrumento Internacional) e interpretativas (fallos de la Corte Suprema de Justicia y fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Ello trae como consecuencia para Gil Domínguez que el control de convencionalidad operaría en el sistema jurídico argentino respecto de todos los Instrumentos Internacionales y de las interpretaciones emergentes de sus órganos de aplicación en igualdad de condiciones (80).

---

(77) VANOSI, JORGE R., “El control de constitucionalidad de oficio y el control de convencionalidad: una de cal y otra de arena”, en *La Ley*, 19/12/2012, 1.

(78) Considerando 15) Que, admitida en los términos precedentes la potestad de los jueces de efectuar el control de constitucionalidad aunque no exista petición expresa de parte, cabe realizar en autos el correspondiente examen de la norma que establece un régimen indemnizatorio específico para el personal militar. A tal efecto es necesario reiterar que el art. 76, inc. 3º, ap. c), de la mencionada ley 19.101 —texto según la ley 22.511—, le reconoce a los conscriptos que, como consecuencia de actos de servicio, presenten “una disminución menor del sesenta y seis por ciento para el trabajo en la vida civil”, una indemnización única que no podrá exceder de treinta y cinco haberes mensuales de su grado para el personal superior y subalterno.

(79) SAGÜES, NÉSTOR P., “El control de constitucionalidad de oficio ¿deber de los jueces argentinos?”, en *La Ley*, 19/12/2012, 1.

(80) GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, “Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio”, en *La Ley*, 19/12/12, 1. En este sentido explica “¿Por qué los jueces solamente tendrían que ejercer el control de convencionalidad respecto de los fallos dictados por la Corte Interamericana y no lo tendrían que aplicar —por ejemplo— en relación con los Informes dictados por el Comité de Derechos Civiles y Políticos o de las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales si todos tienen la misma jerarquía constitucional apriorística dotada por las condiciones de su vigencia? Si así fuera, se generaría una situación de regulación normativa desigualitaria que impactaría profundamente en la garantía útil de los derechos humanos consagrados expresamente e implícitamente en los textos de los instrumentos internacionales, lo cual derivaría



En definitiva, se extrae de este fallo que la declaración de inconventionalidad no cabe duda, debe ser ejercida incluso de oficio, como una exigencia a los jueces nacionales de parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, implicando la supremacía del Pacto de San José de Costa Rica sobre las normas domésticas, reconociéndose la autoridad institucional de la jurisprudencia de dicha Corte. Sagües afirma que la meta indirecta es la de construir un *jus commune* interamericano, en materia de derechos humanos, realizando una suerte de "casación convencional", pero también intenta domesticar a tribunales, salas y cortes constitucionales (y, en general, a los poderes públicos de un Estado), díscolos o renuentes a seguir las directrices de la Corte Interamericana (81).

2. En segundo lugar, respecto a las Opiniones Consultivas y a las recomendaciones de la Comisión IDH surge la duda si también deben ser tenidas en cuenta por los tribunales domésticos a la hora de verificar el control de convencionalidad al caso concreto.

La Corte Suprema de Justicia argentina no ha sido clara en su doctrina, por ejemplo, en el caso "Bramajo" (82), el voto mayoritario estableció el criterio de que la opinión de la Comisión IDH debía servir de guía para la interpretación de los preceptos de la Convención. Así en el Considerando 8 dejó sentado "*Que la 'jerarquía constitucional' de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, 'en las condiciones de su vigencia' (art. 75 inc. 22 párr. 2) esto es, tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de aquélla para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana*".

Posteriormente en el caso "Acosta, Claudia" (83), dijo que "si bien por principio de buena fe que rige la actuación del Estado argentino en el cumplimiento de sus compromisos internacionales, aquél debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendacio-

---

en categorías o divisiones normativas que no se condicen con su indivisibilidad e interdependencia".

(81) SAGÜES, NÉSTOR P., *El control de constitucionalidad de oficio ¿deber de los jueces argentinos?*, ob. cit.

(82) CSJN, 12 de septiembre de 1996, Fallos 319:1840. (Julio S. Nazareno - Eduardo Moliné O'Connor - Antonio Boggiano - Guillermo A. F. López - Adolfo R. Vázquez - En disidencia: Carlos S. Fayt - Augusto C. Belluscio - Gustavo A. Bossert).

(83) CSJN, 22 de diciembre de 1998; Fallos 321:3555.

nes efectuadas por la Comisión, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse aquellas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial. Es que la jurisprudencia internacional, por más novedosa y pertinente que se repute, no podría constituir un motivo de revisión de resoluciones judiciales firmes —equiparable al recurso de revisión—, pues ello afectaría la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, la que, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia del orden público y posee jerarquía constitucional”.

Lo decidido en estos pronunciamientos ha sido objeto de una interpretación armonizante por parte de Sagüés, de Manili, entre otros, en el sentido que las recomendaciones de la Comisión deben servir de guía para interpretar los instrumentos americanos de derechos humanos, pero que los jueces pueden apartarse de aquéllas, puesto que dichas recomendaciones no son vinculantes (84).

En el fallo “Felicetti” de diciembre de 2000 (85), la Corte reiteró lo sostenido en “Acosta, Claudia” e hizo hincapié en una frase contenida en la recomendación que la Comisión Interamericana había formulado a la Argentina, para decidir que dicha recomendación sólo tenía efecto “en lo sucesivo” pero que no podía generar la revisión de un fallo pasado en autoridad de cosa juzgada, agregando que las recomendaciones no pueden aplicarse retroactivamente (cons. 7º), sino que las mismas son dirigidas al estado para que adopte medidas progresivas adecuando sus leyes y constituciones (cons. 14º). *“Conforme con los principios así reseñados, la protección de los derechos humanos se puede concretar mediante la reforma de las normas constitucionales o legales que aseguran su respeto, pero nunca mediante actos que impliquen la violación del orden jurídico interno. El aseguramiento de la vigencia del derecho no puede concretarse mediante su aniquilación”*. No admite la transgresión de un principio de raigambre constitucional, cual es el de la cosa juzgada, pilar fundamental sobre el que se asienta la seguridad jurídica. (Considerando 15).

Luego en “Simón” (86) de junio de 2005, la mayoría de la Corte Suprema le adjudicó la calidad de guía para la interpretación de los preceptos con-

---

(84) MANILI, PABLO L., “La supremacía constitucional en relación al derecho internacional y a los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional”, en *Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional*, La Ley 2005, 79.

(85) CSJN, Fallos 21 de diciembre de 2000.

(86) CSJN, 14/06/05, La Ley, 2005-E, 331, con nota de Nicolás Diana; Gonzalo S. Kodelia; Florencia Moscariello, en La Ley, 2005-D, 651, con nota de GREGORIO BADENI; FERNANDO R. MORENO - La Ley, 2005-D, 520, con nota de CALOGERO PIZZOLO - La Ley, 2005-D, 142, con nota de ROBERTO J. BOICO - La Ley, 2005-C, 845, con nota de ANDRÉS GIL DOMÍNGUEZ - La Ley, 2005-F, 24, con nota de PABLO L. MANILI.

vencionales a la opinión de la Comisión Interamericana en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de ésta para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y la aplicación de la CADH (Considerando 15 del voto de la mayoría).

Expresamente se dijo *“De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que la República Argentina reconoció la competencia de la Corte Interamericana y de la Comisión Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (art. 2 de la ley 23.054). Sobre el particular cabe recordar que esta Corte ha establecido que, como fuente de derecho interno los informes y las opiniones de la Comisión Interamericana constituyen criterios jurídicos de ordenación valorativa para los Estados miembros que deben tomar en cuenta razonadamente para adoptar decisiones en el ámbito de su propio ordenamiento (Fallos: 321:3555 y sus citas)”. “Que la traslación de las conclusiones de la Corte Interamericana en ‘Barrios Altos’ al caso argentino resulta imperativa, si es que las decisiones del Tribunal internacional mencionado han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales. Por cierto, sería posible encontrar diversos argumentos para distinguir uno y otro caso, pero tales distinciones serían puramente anecdóticas”* (Considerando 24).

De esta forma, sostiene Guevara Palacios que la jurisprudencia de los órganos internacionales de derechos humanos incluidas las opiniones consultivas deben ser fuente interpretativa de las libertades, derechos y garantías, destacándose el valor docente que tienen y el papel primordial que han cumplido en el desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos (87).

Recientemente, la Corte Suprema se ha expedido en el caso “Carranza Latrubesse” del 6 de agosto de 2013, en voto de mayoría de cuatro miembros contra tres, se afirmó en el Considerando 18 que “...corresponde reconocer el carácter obligatorio para el Estado Nacional de las recomendaciones del artículo 51.2 de la Convención Americana formuladas en el caso, en el Informe N° 30/97 de la Comisión, so riesgo de incurrir en una interpretación opuesta a todas las pautas y criterios de hermenéutica reiteradamente recordados. Es evidente, a juicio de este Tribunal, que dicho resultado es el que impone el ‘sentido’ que debe atribuirse a los términos del citado precepto tanto en el ‘contexto’ específico cuanto en el general en el que están insertos, atendiendo al ‘objeto y fin’ del régimen de peticiones y de la Convención Americana en su integralidad. Es, a la par, el que mejor responde al principio de ‘buena fe’ y al ‘efecto útil’

---

(87) GUEVARA PALACIOS, AUGUSTO, *Los dictámenes consultivos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Interpretación constitucional y convencional*, ob. cit., p. 315.

de dicho régimen, evitando así el 'debilitamiento' del sistema, cuando no, por así decirlo, del propio ser humano al cual está destinado a servir. El derecho de petición individual 'abriga [...] la última esperanza de los que *no encontraron justicia a nivel nacional*' (Corte IOH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, cit., voto concurrente del juez Cancado Trindade, párr. 22). Más todavía, este desenlace se adecua enteramente con la concreta posición sostenida por el Estado en el ámbito de la OEA, la cual, por otro lado, guarda sustancial armonía con la arriba puntualizada (considerando 11)".

3. En tercer lugar, respecto al efecto vinculante de las sentencias dictadas en aquellos casos en donde el Estado —integrado en el SIDH— no ha sido parte, parecería advertirse de los pronunciamientos antes vistos que la Corte Suprema Argentina aceptaría el efecto vinculante del precedente —de su holding o *ratio decidendi*— el cual resulta asimilable al efecto que éste tiene en los sistemas anglosajones bajo el principio del *stare decisis*.

Al respecto Bianchi (88) advierte en la doctrina nacional tres posiciones: (a) los que sostienen, sin formular reservas ni reparos, que la interpretación de la CADH por parte de la Corte IDH es vinculante para nuestros tribunales; (b) los que sostienen esa misma opinión pero con alguna reserva y (c) los que toman a la jurisprudencia de la Corte IDH sólo como una pauta o guía, sin efecto vinculante. En el primer grupo —sin perjuicio de otros autores— están Bidart Campos, Albanese, Hitters, Sagüés, Gil Domínguez, Bazán, Gutiérrez Colantuono y Pinto quienes con matices, sostienen que se debe aplicar la interpretación de las normas convencionales surgida de los órganos de control internacionales con aptitud de obrar, sin desnaturalizarla, porque ello forma parte de las obligaciones estatales asumidas al momento de ratificar los tratados. En el segundo grupo de autores coloca a Gelli y Travieso, donde la primera sostiene que de los fallos de la Corte Interamericana pueden emerger doctrinas en términos de precedentes para el futuro, en los casos en que la regla creada por el Tribunal Internacional tenga generalidad suficiente como para determinar los supuestos de hecho, eventualmente violatorios de derechos humanos según la protección acordada en los tratados. Finalmente, dentro del tercer grupo de autores —sin agotar la nómina— se encuentran Badeni, Gozaini y Moncayo, donde el primero tiene una opinión crítica sobre la denominación "control de convencionalidad", pues a su juicio el mismo está comprendido dentro del control de constitucionalidad tradicional, y en tal sentido sostiene que "*Las sentencias de la Corte Interamericana no tienen efectos erga omnes, pues sólo son obligatorias para los Estados que sean partes en la causa, aunque la doctrina*

---

(88) BIANCHI, ALBERTO, "Una reflexión sobre el llamado 'control de convencionalidad'" en *Sup. Const. 2010* (septiembre), 23/09/2010, 15 - La Ley, 2010-E, 1090.

*hermenéutica que resulte de ellas debe ser debidamente considerada como guía de actuación por los restantes Estados”.*

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia argentina se ha expresado al respecto pudiendo distinguir:

a) En el caso donde la Argentina ha sido parte.

La primera condena que recibiera el Estado argentino por parte de la Corte Interamericana, recayó en el caso “Cantos” (89), por vulnerar el derecho de acceso a la justicia consagrado en los arts. 8.1 y 25 de la Convención ADH disponiendo las correspondientes reparaciones a cargo del Estado Nacional. Firme la sentencia internacional, el Procurador del Tesoro de la Nación se presentó ante la Corte Suprema a fin de que el Tribunal instrumentara el cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana (90). El Tribunal Supremo resolvió, por mayoría, no acatar lo dispuesto por la Corte regional con basamento en normativa interna, desestimando, en consecuencia, la presentación efectuada por el Procurador. En este sentido entendió que de atenderse la petición se infringirían cláusulas de inequívoca raigambre constitucional, lo que implicaría para el Superior Tribunal una patente y deliberada renuncia a su más alta y trascendente misión, que es la de ser custodio e intérprete final de la Constitución (91).

Luego cambia su jurisprudencia y avanza en el reconocimiento del carácter vinculante de las sentencias de la Corte de San José, cuando la Argentina ha sido parte en el litigio interamericano, es decir, le otorga a la sentencia interamericana efecto directo. Así lo hizo en “Espósito” (92)

---

(89) Corte IDH, “Caso Cantos vs. Argentina”, sentencia de 28 de noviembre de 2002. La Corte consideró que las violaciones a la Convención se originaron al habersele impuesto al señor Cantos el pago de un monto global de aproximadamente \$ 140.000.000 (equivalentes a la misma cantidad en dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de tasa de justicia, multa por falta de pago de ésta, honorarios de los abogados y de los peritos intervinientes e intereses correspondientes, como consecuencia de un proceso iniciado por Cantos contra la Provincia de Santiago del Estero y el Estado Nacional, y que tramitara ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

(90) El Tribunal dispuso que el Estado argentino debía abstenerse de cobrar a Cantos la tasa de justicia y la multa por falta de pago oportuno de ésta; fijar en un monto razonable los honorarios regulados a los profesionales intervinientes; asumir el pago de los honorarios y costas correspondientes a todos los peritos y abogados del Estado y de la Provincia de Santiago del Estero; y levantar las medidas cautelares que hayan sido decretadas sobre los bienes y las actividades comerciales del señor Cantos para garantizar el pago de la tasa de justicia y de los honorarios regulados.

(91) PETRACCHI, ENRIQUE S., “Jurisdicción constitucional y derechos humanos”, en La Ley, 2005-E, 907.

(92) Fallos 327:5668 (2004), La Ley, 2005-C, 1.

al resolver que la decisión de la Corte IDH en el caso 'Bulacio vs. Argentina' sobre el concepto de 'secuela de juicio' en los términos del art. 67, párr. 4º, del Código Penal, resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH), por lo cual también esta Corte debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional. Y luego en "Derecho, René J." (93), confirma —por mayoría— la obligatoriedad de los fallos dictados por la Corte Interamericana en aquellos procesos en que nuestro país es parte, en el caso acatando la sentencia y por ello dejando sin efecto aquella otra que dictara con anterioridad —que había pasado en autoridad de cosa juzgada— por la que confirmara a su vez la decisión del inferior, en cuanto había declarado extinguida por prescripción la acción penal y sobreseído parcial y definitivamente a un imputado que se le atribuyó el delito previsto en el art. 144 bis del Código Penal.

Es decir, cuando el tribunal interamericano resuelve un caso concreto donde la Argentina ha sido parte, su decisión es vinculante porque el Estado argentino ha aceptado su jurisdicción transnacional y está directamente afectado.

Si bien el tribunal regional no ejerce un poder de decisión directo e inmediato sobre el ordenamiento jurídico propio del Estado condenado, si lo lleva a cabo de forma mediata, toda vez que posee facultades convencionales para ordenar que el Estado, por intermedio de cualquiera de sus poderes u órganos estatales, asegure la "vinculatoriedad" y el cumplimiento de la sentencia de la Corte, ya sea suprimiendo, modificando o corrigiendo normas jurídicas, sentencias judiciales o comportamientos y prácticas institucionales internos, en la medida en que constituyan la causa que ha provocado la violación a las disposiciones de la CADH (94).

**b) Casos en que el Estado argentino no ha sido parte en el proceso interamericano.**

De los fallos de la Corte Suprema antes referenciados como "Ekmekdjian c. Sofovich" (1992), continuando con "Girolodi" (1995), "Acosta, Claudia" (1998), las sentencias de la Corte IDH constituye "una insoslayable pauta de interpretación", o "una imprescindible pauta de interpretación" como en "Simón" (2005), entre otros; consolidándose el control de convencionalidad en "Mazzeo" (2007), donde transcribió literalmente el párrafo 124 del caso "Almonacid Arellano" de la Corte Interamericana,

---

(93) CSN, D. 1682. XL. Recurso de hecho. "Derecho, René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal" - causa n° 24.079, del 29 de noviembre de 2011.

(94) HARO, RICARDO, "Reflexiones sobre las vinculaciones entre la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", SJA 25/8/2010, Lexis N° 0003/015091.

reafirmandose en “Videla y Massera” (2010), “Acosta”, “Lociser” y “Rodríguez Pereyra”.

Vítolo ha criticado fuertemente la pretensión de la Corte IDH de extender la obligatoriedad de su jurisprudencia a los Estados que no han sido parte en el proceso en que fueron sentados los criterios jurisprudenciales ya que entiende que esa pretensión constituiría un exceso en relación con las obligaciones asumidas por los estados al momento de ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos (95).

4. En cuarto lugar, cabe precisar las líneas argumentales en defensa de este control de convencionalidad que pueden resumirse en la aplicación del principio del *iura curia novit*, en que se trataría de una cuestión de derecho y que no implicaría fallar *ultra petita*.

La aplicación oficiosa del control de convencionalidad, que simboliza una manifestación de la observancia por los jueces locales (y demás autoridades competentes) de la jurisprudencia internacional, implica para algunos autores como Bazán, una correcta puesta en práctica del principio *iura novit curia*, esto es, cuando el juez interno aplique la jurisprudencia internacional para resolver los casos sobre los que se vea llamado a pronunciarse, pese a que las partes no hayan invocado dicha jurisprudencia internacional, que a la postre sea determinante para la resolución de dichos casos, ya que la aplicación de las normas internacionales por los jueces nacionales y los demás operadores jurídicos se considera la “piedra de toque” del cumplimiento efectivo del derecho internacional como tal (96).

De hecho la Corte IDH lleva a cabo esta interpretación extensiva —basándose en el citado principio *iura novit curia*—, al desarrollar su actividad jurisdiccional en casos contenciosos donde no se autolimita a las alegaciones que expresamente hubieran realizado la Comisión IDH en el escrito de demanda o la víctima y/o sus representantes en las presentaciones que articulan. Por el contrario, ha reivindicado con firmeza su competencia, a la luz de la Convención ADH y sobre la plataforma del mencionado principio para estudiar la posible violación de las normas de la Convención que no han sido alegadas en los escritos presentados ante ella.

En esta corriente se sostiene que la declaración de anticonvencionalidad es una cuestión de derecho y no de hecho, por lo que su resolución de oficio no quiebra la igualdad de las partes en el proceso ni afecta la

---

(95) VÍTOLO, ALFREDO, “La obligatoriedad del seguimiento de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Revista Fores, Boletín de junio de 2011.

(96) BAZÁN, VÍCTOR, “Control de convencionalidad. Influencias jurisdiccionales recíprocas”, La Ley, 04/04/2012, 1 - La Ley, 2012-B, 1027.

garantía de defensa en juicio, la que no podría ser argüida frente al derecho aplicable para dirimir la contienda.

Se la defiende igualmente basándose en que tampoco implica que el juez falle *extra petita* ni soslaye el principio de congruencia, en tanto el sentenciante se atenga a los puntos introducidos y a las circunstancias fácticas invocadas en el proceso y, para dilucidar la litis, sólo sujeta la selección del derecho aplicable a su concordancia con la CADH (y otros instrumentos internacionales acerca de los cuales la Corte IDH ejerza competencia *ratione materiae*), quehacer en el que válidamente podría moverse con independencia de las pretensiones de las partes.

Se expresa que frente a la convivencia de dos subsistemas con igual condición jerárquica se impone la *integración incluyente* como criterio interpretativo, y la función de *gran integrador* en cabeza de la Corte Suprema de Justicia es consecuencia necesaria de la reforma constitucional de 1994. Así dicho Tribunal es el que propone fórmulas normativas unitarias que contemplen el articulado de la Constitución Nacional y los parámetros internacionales (97).

Por su parte, Santiago esgrime que es posible dar dos fundamentos a la obligatoriedad del respeto de las normas y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por un lado, en base al consentimiento dado por los Estados al firmar los Tratados en esta materia y aceptar la competencia de los organismos y tribunales internacionales; en este caso el compromiso es respecto a los textos de estos documentos internacionales con las reservas que pueden haber introducido, no cabe entonces su interpretación expansiva para abarcar supuestos o procedimientos no previstos expresamente en los tratados. Mientras que otra opción es la de considerar que las normas y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos tienen vigor por sí mismos, siendo normas imperativas *erga omnes*, obligatorias para los estados nacionales más allá del consentimiento que hayan expresado y aún sin él, las reservas carecen de valor jurídico, los tribunales internacionales en la materia tienen jurisdicción sobre los estados nacionales aunque estos no le hayan reconocido competencia. En esta posición, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos operaría como un *ius cogens*, que no puede ser desconocido en ningún estado que integra la comunidad internacional. En opinión de este autor, la dinámica histórica muestra un avance hacia la segunda posición (98). Así, continúa Santiago, a modo de ejem-

---

(97) CALOGERO PIZZOLO, "La relación entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del bloque de constitucionalidad federal", en ALBANESE, SUSANA (coord.), *El control de convencionalidad*, ob. cit., p. 205.

(98) ALFONSO, SANTIAGO, "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos: posibilidades, problemas y riesgos de un nuevo paradigma jurídico", en *Revista*



plo, la Corte IDH ha tendido a otorgar el carácter de derecho imperativo para los Estados a un número creciente de reglas y principios propios del derecho humanitario; yendo en sus interpretaciones más allá del texto expreso del Tratado; relativizando el efecto de las reservas formuladas por los Estados al ratificar la Convención; reconociendo a las víctimas de la violación de los derechos humanos el carácter de parte en los procesos en sede internacional, no obstante las disposiciones de la propia Convención Americana que implícitamente lo niega; negando a los Estados la posibilidad de cambiar o terminar la aceptación que en su momento hicieran de la competencia de la Corte IDH, etc.

Badeni también se pregunta sobre si es o no, la Corte Suprema de Justicia el tribunal superior de la Nación, porque aparentemente, habría perdido esa cualidad por imperio del derecho internacional reconociendo, como tribunal de alzada a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto a lo cual entiende que no se compadece con los arts. 1, 27 y 108 de la Constitución Nacional ni con los términos de la ley declarativa de la necesidad de la reforma constitucional de 1994 y los fundamentos expuestos en el seno de la Convención Reformadora (99).

#### IV. ALGUNAS REFLEXIONES

Cabe efectuar algunas consideraciones finales, sintetizando los postulados formulados por la Corte Suprema Argentina en relación con el control de convencionalidad, reflexionando con espíritu crítico sobre su incidencia para los jueces nacionales inferiores y para los jueces provinciales.

1. En primer lugar, se destaca que los tribunales judiciales nacionales y provinciales deberán cumplir con el control de constitucionalidad para evitar que en sus fallos se infrinja la Carta Suprema del país y, a partir de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sintéticamente citados, al mismo tiempo están obligados a ver si tales decisorios se acomodan con la interpretación de las normas de la CADH que hace la Corte IDH, como intérprete final de dicha Convención ratificada por la Argentina (arts. 1.1 y 2 CADH). Se trata entonces de un control difuso y de oficio.

Este “control convencional nacional” —en palabras de Ferrer Mc Gregor— convierte al juez local en juez interamericano: en un primer y auténtico custodio de la Convención y de la jurisprudencia de la Corte, especialmente teniendo en consideración el carácter subsidiario, complementario y coadyuvante de los órganos interamericanos de protec-

---

*Persona y Derecho*, N° 60, Pamplona, España 2009.

(99) BADENI, GREGORIO, “El caso Simón y la supremacía constitucional”, *La Ley* 2005-D, 639.

ción con respecto a los previstos en el ámbito interno de los Estados. En su opinión, la Corte Interamericana se reserva su función de última intérprete de la Convención, para el eventual caso que el asunto arribe al Tribunal regional por no encontrar las víctimas en el ámbito local la debida tutela jurisdiccional (100).

Sin embargo, es cuestionable que los Estados puedan verse vinculados por una jurisprudencia de la Corte IDH vertida en un procedimiento en el que no fueron parte, ya que de manera explícita el art. 68 de la CADH establece que: a) los fallos de la Corte Interamericana Derechos Humanos son obligatorios para el Estado que aceptó la competencia del tribunal internacional y fue parte en el proceso internacional en el que resultó condenado; b) las decisiones de la Corte Interamericana no tienen efectos generales sobre otros casos similares existentes en el mismo u otro Estado; c) la Convención Americana no establece en ninguna disposición el alcance general de los fallos de la Corte Interamericana, ni en cuanto al decisorio ni en cuanto a los fundamentos (101).

Sin perjuicio de ello, consideramos que los fallos de la CIDH deben ser meritados y evaluados de modo tal que el control de convencionalidad ejercido de acuerdo a los precedentes de la CIDH sea compatible y complementario del control de constitucionalidad, arribando a una solución justa para el caso concreto a resolver.

Ello se ve clarificado a partir de lo resuelto por la Corte Argentina en "Rodríguez Pereyra" que se apoya en la obligación que pesa sobre los órganos judiciales de los países que han ratificado la CADH de ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado, para sostener que esos mismos tribunales deben ejercer similar examen con el fin de salvaguardar la supremacía de normas nacionales frente a otras locales de menor rango.

**2.** Esa verificación de convencionalidad no solamente afecta al Poder Judicial sino también a los demás poderes tanto en los órdenes de gobierno nacional como en los provinciales y municipales, además de la ciudad Autónoma de Buenos Aires, bajo apercibimiento de generar responsabilidad internacional del Estado argentino.

Cabe preguntarse si ello conlleva a que la jurisprudencia interamericana deba ser copiada por los magistrados y funcionarios domésticos a

---

(100) Corte IDH Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 24. ([www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)).

(101) Extraído del dictamen del Procurador General Esteban Righi en "Acosta, Jorge E. y otro s/recurso de casación", del 10/03/2010. Expediente 93/2009, letra A. ([www.mpf.gov.ar](http://www.mpf.gov.ar)).

ciegas, a rajatabla o de manera irreflexiva en la resolución de los procesos y en general de los casos que se encontraren bajo sus respectivas órbitas.

En un intento de aportar elementos de compatibilización Bazán plantea la necesidad de fortalecer cualitativamente una relación concertada y de diálogo entre la Corte IDH y los tribunales de cúspide en materia constitucional de los Estados Partes del sistema interamericano, a partir de la función de integración que ostentan los derechos humanos (102).

Se suman reflexiones sobre la doctrina del “margen de apreciación nacional” que podría permitir una mayor comunicación entre los controles de constitucionalidad y de convencionalidad. Advierte Sagüés (103) que esta tesis ha mostrado una extendida aunque proteica utilización en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), asentado en Estrasburgo; sin embargo, su receptividad en la praxis interamericana ha sido discreta. Esta zona apreciativa responde a una actitud judicial de deferencia hacia las autoridades internas, al estar ubicadas en una mejor sede para el enjuiciamiento de ciertos conflictos de intereses y responder democráticamente ante sus electorados, aunque es débil su construcción jurisprudencial y ocasiona cierta inseguridad jurídica. Así como en el contexto de la gran diversidad cultural de los 47 Estados Partes del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, tal doctrina es “necesaria”, como ocurre con los estados en el Pacto de San José de Costa Rica, es un criterio muy difícil de objetivar y que ha recibido diversas críticas pues el Tribunal estrasburgués en ocasiones lo ha aplicado de manera “caprichosa”. Indudablemente habría que buscar un equilibrio por medio de la configuración de un estándar común mínimo. La aplicación de este “margen de apreciación nacional” en el ámbito interamericano presenta sus riesgos e imprecisiones atento a no tener pautas objetivas, a la imposibilidad de medirse los contornos de ese “margen”, todo lo cual puede ocasionar una verdadera desvirtualización de la tutela de los derechos humanos.

También el juez de la Corte Suprema Argentina, Carlos S. Fayt en sus votos vertidos en los casos “Simón” y “Mazzeo” advirtió que en absoluta concordancia con el art. 27 de la Constitución Nacional también desde la ciencia del derecho internacional se reconoce el “margen nacional de apreciación”, doctrina nacida en la Comisión Europea de Derechos Humanos, adoptada por la Corte Europea de Derechos Humanos y recogida también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (conf. OC 4/84 Serie A, N° 4, del 19 de enero de 1984). Su esencia es garantizar,

---

(102) BAZÁN, VÍCTOR, “El control de convencionalidad y la necesidad de intensificar un adecuado diálogo jurisprudencial”, Sup. Act. 1/02/2011, 1/02/2011, 1.

(103) SAGÜÉS, NÉSTOR P., “Dificultades operativas del ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano”, en La Ley, 11/08/2010, 1.

ciertamente, la existencia de la autonomía estatal, por la cual cada Estado tiene reservado un margen de decisión en la introducción al ámbito interno de las normas que provienen del ámbito internacional. Sostiene Fayt que sobre la base del art. 27 de la C. Nacional, el constituyente ha consagrado ya desde antiguo un propio "margen nacional de apreciación" delimitado por los principios de derecho público establecidos en la misma Constitución, conformado por sus arts. 14, 16, 17, 18 y 20.

Por su parte, Gelli afirma con prudencia que para que surja doctrina del fallo de la Corte Interamericana en términos de precedentes para el futuro, es indispensable que la regla creada por el Tribunal Internacional tenga generalidad suficiente como para determinar los supuestos de hecho, eventualmente violatorios de derechos humanos según la protección acordada a los tratados. De ahí que la faena a emprender por los jueces domésticos no se debe circunscribir sólo a la mera mención dogmática de la doctrina fijada por el tribunal regional, por el contrario se requiere explicitar los fundamentos de su aplicación al caso particular (104).

Para ello se deberá examinar si la regla de la sentencia internacional se aplica o no a los hechos del caso o si existe alguna singularidad que la excluye, material o procesalmente. Es decir, deberá verificarse si el supuesto de hecho del precedente coincide en un todo o en parte con el del conflicto que deben resolverse en el orden interno.

La aplicación por parte de los jueces locales de la jurisprudencia interamericana no debe ser automática, sino que deben seguirse las mismas reglas que se tienen en cuenta para el empleo de cualquier precedente doméstico. Así, el control de convencionalidad debe ajustarse a las mismas reglas de control de constitucionalidad y entonces el deber de controlar la adecuación de normas internas a los Tratados sobre Derechos Humanos debe hacerse teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte IDH cuando el juez del caso la estime aplicable al supuesto sometido a su decisión (105).

**3.** Otro aspecto a tener en cuenta es la necesidad que los tribunales locales, en el caso argentino, las veinticinco jurisdicciones judiciales, a fin de poder cumplir en este control, conozcan el citado bloque jurídico de derechos humanos y el acervo jurisprudencial de la Corte IDH y paralelamente, dejen de lado resabios soberanistas a la hora de concretarlo.

---

(104) GELLI, MARÍA ANGÉLICA, "El valor de la jurisprudencia internacional. A propósito de caso 'Bayarri' en un dictamen de la Procuración General de la Nación", *La Ley*, 2010-C, 1192.

(105) MORAY, FERNANDA, "Control de Convencionalidad: ¿Complemento del control de constitucionalidad o nueva especie de control judicial?", en *La Ley*, 29/08/2012, 5.

Señala con acierto Thury Cornejo que el principal problema que plantea la jurisprudencia de la CIDH es el de la determinación del holding de las sentencias dado por la longitud de las mismas y por la tendencia del Tribunal a expedirse sobre un gran número de cuestiones. Por otra parte, el modo en que la jurisdicción de la Corte se ejerce —a instancias de la Comisión, en un número reducido de casos por año— hace que su cuerpo jurisprudencial tenga dos características particulares: a) una desigual conformación temática (v.gr., hay artículos de la Convención y temas sobre los cuales la CIDH se ha pronunciado en varias oportunidades —por ejemplo, leyes de amnistía— y otros en los que ha sido muy escaso, por ejemplo, derecho de propiedad); b) dentro de un mismo tema, suele haber pocas sentencias diferentes lo que hace que existan aspectos del tema que no han sido tocados y que dificultan la aplicación de la misma a casos con supuestos fácticos y jurídicos diferentes a los planteados ante la Corte Interamericana (106).

Se sugiere diseñar vías de comunicación entre los niveles de gobierno nacional, provincial y municipal para difundir las sentencias interamericanas, fijar las reglas interpretativas, analizar las pautas generales fijadas en defensa de los derechos humanos a fin de articular debidamente la tarea de los órdenes internos e internacionales.

4. En cuarto lugar, se destaca que así como el control de constitucionalidad persigue afirmar la supremacía de la Constitución Nacional, el de convencionalidad, la del Pacto de San José de Costa Rica, siendo común a ambos el objetivo de perseguir la invalidez de la norma inferior opuesta a la superior pero advierte Sagüés con acierto que el resultado es la supremacía del Pacto por sobre la Constitución Nacional ya que la consecuencia del control de convencionalidad, es que la regla constitucional que lesiona al Pacto debe quedar inaplicada, en cambio la Constitución no puede válidamente lesionar al Pacto (107).

Se extrae entonces que el Pacto de San José se encuentra por encima de todo el ordenamiento jurídico del Estado, sin omitir a la propia Constitución por lo que asume la condición de supraconstitucionalidad (108). En esta inteligencia, se modifica el art. 31 de la C. Nac. por efecto de la reforma de 1994 y de la interpretación jurisprudencial, cuando como

---

(106) THURY CORNEJO, VALENTÍN, “La revisión del control de convencionalidad difuso y la identidad institucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Suplemento de Derecho Constitucional* de ED, 22/03/2012, N° 12.963.

(107) SAGÜÉS, NÉSTOR P., “El ‘control de convencionalidad’, en particular sobre las constituciones nacionales”, *La Ley*, 2009-B, 761.

(108) Defienden esta posición entre otros autores SAGÜÉS, NÉSTOR P., “El ‘control de convencionalidad’, en particular sobre las constituciones nacionales”, *La Ley* 2009-B-0761, DEFELIPPE, OSCAR E., “Efectos de la jurisprudencia internacional en el Derecho argentino: El control de convencionalidad”, en *Suplemento de Derecho Constitucional*, *La Ley*, octubre de 2012, etc.

bien señala Rosatti no fue esa la intención ni la exigencia constitucional en cabeza de la Convención Constituyente, por lo que entiende que la pretensión de un control de convencionalidad alimentado por sus propias fuentes normativas e interpretativas, que subordine toda otra fuente normativa e interpretativa nacional, es inconstitucional (109).

5. La propuesta equilibrada sería un espacio de análisis en función de las particularidades jurídicas del Estado en cuestión, un margen de apreciación con contornos definidos y no un reservorio de arbitrariedad. Podría ser una herramienta apta —como actitud deferente hacia el Estado— sólo en la medida que sea empleada mesurada y razonablemente, siempre frente a los precedentes en que la Argentina no ha sido parte en el proceso interamericano.

De esta forma, los fallos de la Corte IDH recaídos en los casos en los cuales la Argentina ha sido parte surge claramente la obligación de acatar dicha decisión (art 68.1 de la CADH), mientras que en los precedentes surgidos en litigios en que la Argentina no ha intervenido, le son plenamente aplicables los mismos principios que la Corte Suprema ha asignado a sus propios precedentes desde el caso Miguel Barretta de 1939: *“es deseable y conveniente que los pronunciamientos de esta Corte sean debidamente considerados y consecuentemente seguidos en los casos ulteriores, a fin de preservar la seguridad jurídica que resulta de dar una guía clara para la conducta de los individuos. Mas con parejo énfasis cabe igualmente aceptar que esa regla no es absoluta ni rígida con un grado tal que impida toda modificación en la jurisprudencia establecida, pues los tribunales no son omniscientes y como cualquier otra institución humana, también pueden aprovechar del ensayo y del error, de la experiencia y de la reflexión... para que ello suceda... tienen que existir ‘causas suficientemente graves, como para hacer ineludible tal cambio de criterio’ o es necesario que ‘medién razones de justicia al efecto’, entre las cuales se encuentra el reconocimiento del carácter erróneo de la decisión, la adecuada apreciación de las lecciones de la experiencia o si las cambiantes circunstancias históricas han demostrado la conveniencia de abandonar el criterio establecido”* (110).

Así, el control de convencionalidad ejercido de conformidad con los precedentes de la Corte IDH, constituye un complemento del control de constitucionalidad tradicional, al que puede acudir la Corte Suprema y los demás tribunales inferiores nacionales y los provinciales, si entienden que tales precedentes resultan de aplicación.

---

(109) ROSATTI, HORACIO, ob. cit.

(110) CSJN, “Barretta, Miguel c. Prov. de Córdoba. Ferrocarril del Sud c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales”. 1939, Fallos: 183:409. También en Barreto, Alberto Damián y otra c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios, 21 de marzo de 2006.

6. Todo lo expuesto debe conjugarse además con el principio *pro homine* por cuando el juez sea nacional o provincial en el caso Argentino debe siempre elegir la norma que ampare de modo más amplio los derechos de las personas, en esta inteligencia, debería superarse la discusión en torno a si prevalece el control de constitucionalidad sobre el convencionalidad o a la inversa, para entender que ambos controles deben complementarse en aras a permitir que el juez doméstico elija la normas más beneficiosa para la protección de los derechos, pero no en una aplicación automática de los precedentes interamericanos o nacionales, sino en una verdadera función de aplicación de la normas más favorable al caso concreto y particular a resolver.

El art. 29 de la CADH como norma de interpretación establece "*Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza*".

En definitiva, las reflexiones sobre el control de convencionalidad en Argentina deben contribuir al fortalecimiento de la cultura de respeto, protección y realización de los derechos humanos y en ello el desafío para los jueces domésticos será compatibilizar las normas y directrices del derecho interno con el derecho internacional en aras a salvaguardar la dignidad del ser humano en cada caso concreto a resolver.

De esta forma, "*...la riqueza del sistema interamericano, la riqueza del trabajo del Tribunal, redundo no tanto ni exclusivamente en lo que puedan ser sus propias decisiones, sino, principalmente, en la forma en que ellas repercuten en el fortalecimiento de la vitalidad democrática de autoridades nacionales, en el reforzamiento de la capacidad institucional al interior de los Estados, y, en particular, de los tribunales*" (111).

---

(111) Discurso del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Diego García Sayán, ante la XLI Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, San Salvador, El Salvador, 7 de junio de 2011 (en [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)).

ANÁLISIS DEL MARCO JURÍDICO. EFECTOS.  
OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA DE LA NUEVA  
CARTA ORGÁNICA DEL BANCO CENTRAL  
(LEY 26.739) —EL PODER MONETARIO—

POR DOUGLAS ELESPE

**I. PRELIMINAR**

Hay pocas instituciones económicas más trascendentales que un banco central. Su importancia está plasmada en nuestro texto constitucional con gran cuidado. El presente trabajo tratará de analizar la ley 26.739 que establece la Carta Orgánica (CO) del Banco Central de la República Argentina (BCRA) a la luz de los principios del derecho y la economía haciendo un análisis de los aspectos normativos, constitucionales y sus efectos en la economía y otras instituciones. La misma contiene las disposiciones organizativas, facultativas y operativas tendiente a delinear el rol y funciones para el cumplimiento de los objetivos para los que ha sido creado, especialmente ser: a) el agente financiero del Estado, b) responsable principal del manejo de la política monetaria y c) supervisor y regulador del sistema bancario (financiero); d) también es banco de bancos, e) el administrador de las reservas (caja de oro y divisas) del país y f) de la política cambiaria. Entre otras funciones, cumple la de g) asesoramiento a sus autoridades en temas de pagos, emisiones de deuda externa, participación en los organismos de crédito internacional, etc. Por las atribuciones que los estados conceden a sus bancos centrales y por el rol que históricamente el argentino ha cumplido, su importancia desde el punto de vista constitucional no puede ser soslayado. El "Poder Monetario" que ostenta y la capacidad de redistribución de riquezas a las que nos referiremos más adelante tiene una íntima vinculación con los principios y garantías constitucionales al igual que con otros de división de funciones y contrapesos. Intentaremos por ello analizar en qué medida sus disposiciones se ajustan a los principios de nuestra Constitución Nacional, si el sistema implementado implica algún tipo de exceso —o defecto— y haremos algunas observaciones relacionadas con los cambios normativos.



Siendo sus objetivos especializados y técnicos, los bancos centrales en general apuntan a garantizar adecuada liquidez, estabilidad monetaria y creación de ahorro. Generalmente se recomienda que sean entidades independientes (en nuestro país autárquica) con autoridades que cumplan un mandato distinto del poder político de turno con la idea de asegurarle independencia de decisión para que —en cumplimiento de sus fines específicos— logre abstraerse de presiones cortoplacistas, oportunistas o electorales. También suele en muchos casos reportar al legislativo precisamente para asegurarle decisiones mucho más alejadas de la conveniencia electoral de cualquier gobierno y con mayor control pluralista. Evitar interferencias o decisiones de naturaleza electoralistas o la tentación demagógica y cortoplacista es el motivo por el que los Estados forman agencias independientes (autárquicas, independientes, descentralizadas) con el fin de lograr que las mismas se consagren por entero al cumplimiento de sus objetivos con prescindencia de las coyunturas políticas del momento (recaudación, drogas, aduanas, seguridad, migración, etc.). Si hay un ejemplo emblemático de necesidad de independencia de la Administración Central, ese suele ser el de un banco central especialmente por el daño o la distorsión que puede causar el poder monetario mal empleado.

En el mes de marzo (2012), con muy poco debate se sancionó por ley 26.739 la Nueva Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina. Para mayor demostración, la primera noticia al público de su reforma llegó a principios de mes con el Anuncio Presidencial a la Asamblea Legislativa con motivo del comienzo de sesiones. En virtud de las mayorías con que cuenta el partido del gobierno se logró un trámite muy expeditivo para su sanción sin que se hubiera debatido (ni en ambientes políticos ni jurídicos ni económicos) sobre la conveniencia o no de hacer otras modificaciones o plantearse acabadamente para qué y por qué se reformaba. Se presentó el proyecto el 1 de marzo y se sancionó en tres semanas. No hay indicios que el proyecto hubiera sido discutido internamente con mucha anticipación y frente a la posibilidad de contener algunos cambios importantes —teniendo en cuenta la trascendencia del BCRA— vale la pena analizar las reformas, tratar de inferir para qué y por qué se reformó la carta, su conveniencia jurídico-económica, el poder monetario y su importancia dentro del sistema implementado.

El contexto puede ser visto desde 2 ángulos: a) el positivo: buen momento para dotar al ente de mayor flexibilidad comparado con el régimen de la convertibilidad que ya no rige y que precisamente por la rigidez que se le pretendió dar para combatir las presiones inflacionarias existentes a la sanción de la misma impedía darle al BCRA mayor poder para actuar en forma anti cíclica en crisis, para financiar el pago de deuda con reservas, o dar adelantos transitorios. La visión positiva consideraría que para completar la flexibilidad que fuera del régimen de

la convertibilidad no existía, se debía contar con la necesaria independencia de acción y decisión como para evitar la intrusión del poder de turno y por motivos electorales. En ese sentido se podría considerar que la norma permite actuar en forma descentralizada bajo el resguardo del art. 4 *in fine* de la CO que dice: “En el ejercicio de sus funciones y facultades, el banco no estará sujeto a órdenes, indicaciones o instrucciones del Poder Ejecutivo Nacional, ni podrá asumir obligaciones de cualquier naturaleza que impliquen condicionarlas, restringirlas o delegarlas sin autorización expresa del Honorable Congreso de la Nación”; b) el enfoque negativo-escéptico: considera un mal momento para efectuar la reforma porque el Poder Ejecutivo con mayoría propia de miembros (propios y aliados) en el Congreso puede aprobar sus solicitudes sin debate. Basado en este riesgo de parcialidad y tentación cortoplacista se diría que el momento no sería propicio por la falta de discusión y análisis de todos especialmente por los riesgos ante las presiones inflacionarias, las posibles necesidades de “caja” por la desaceleración económica y la tendencia a la caída del saldo de la balanza comercial y reservas, antecedentes históricos negativos en décadas pasadas, situación fiscal deteriorándose, etc. (1). Adicionalmente la visión escéptica expresa temores respecto a que la mayor discreción otorgada al Directorio del BCRA encubra una menor descentralización y sólo la aproveche el Gobierno Nacional porque tanto su Presidente como varios Directores están en comisión y por lo tanto carecen del status ideal de independencia para obrar de acuerdo con la letra del art. 4 *in fine* de la CO.

## II. MODIFICACIONES MÁS SIGNIFICATIVAS DE LA REFORMA

La Reforma Contiene modificaciones Sustanciales y otras secundarias, con efectos Macro y Micro:

### A. Efectos macroeconómicos-institucionales de las modificaciones:

Aa) Amplía los objetivos principales del específico de “velar por el valor de la moneda” al dual de “promover el empleo y el desarrollo con equidad social (art. 3 modif. CO)”.

Ab) Modifica el rol del Directorio del BCRA ya que antes “determinaba” las políticas monetaria y financiera, cuando ahora el art. 14, inc. a) le atribuye “intervenir en decisiones que afecten al mercado monetario y cambiario”. Básicamente deja en claro que éste no es el único que tendrá en sus manos el manejo monetario y cambiario lo que reduce significativamente su rol y jerarquía.

---

(1) Por sus cuadros estadísticos y gráficos y por la profundidad de su análisis recomendamos GARCÍA CICCO, J., “Inflación y Política Monetaria: Argentina 2006-2011”, ps. 103-118, *Ensayos de Política Económica*, Pontificia Universidad Católica Argentina, FCE, Escuela Economía, 2011.

Ac) El Directorio determinará el nivel de las reservas las que no son prenda de la base monetaria, transformándolo en una atribución discrecional (art. 14, q y sustitución art. 6, ley 23.928).

Ad) Se amplía la posibilidad de dar adelantos transitorios: La reforma permite además de dar adelantos hasta los límites del 12% de la base monetaria más el 10% de los recursos del Gobierno nacional de los últimos 12 meses (ya existente) aumentar los adelantos hasta otro 10% aunque agregando que dicha facilidad se otorgará por excepción cuando la situación o perspectivas nacionales o internacionales lo justificaran (art. 20) (2). El temor es que otorga un bill de inmunidad a la política monetaria expansiva en un país con serios antecedentes de irresponsabilidad monetaria y en donde la inflación y la hiperinflación generaron serios efectos en el equilibrio general económico.

Ae) Deroga los arts. 4 y 5 de la Ley de Convertibilidad que establecía que las reservas del BCRA en oro y divisas debían ser afectadas al respaldo de la base monetaria dando cuenta de ello en sus balances.

Af) Sustituye el art. 6 de la Ley de Convertibilidad por uno que mantiene la inembargabilidad de las reservas y deja en manos del Directorio determinar su nivel, estableciendo que las reservas de libre disponibilidad (cuyo monto por defecto decidirá el Directorio) podrán aplicarse al pago de obligaciones contraídas con organismos financieros internacionales o de deuda externa oficial bilateral (¿Club de Paris?). Por lo tanto quita las restricciones existentes en cuanto al manejo absolutamente discrecional por los que establecía la prenda de las reservas para respaldar la base monetaria, dejando la misma en su determinación en manos del Directorio del BCRA.

## **B. Reforma. Efectos microeconómicos:**

Ba) Sincera lo que de hecho ocurría desde hace años y con gobiernos anteriores al darle a la Presidencia del BCRA autoridad plena para dirigir la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias (SEF) (CO, art. 10, e).

Bb) Establece pautas para conceder aperturas de sucursales u otras instalaciones (art. 14, o) y para regular y orientar los préstamos de las entidades (CO, art. 3, incs. b, r, w).

Bc) El artículo 28 establece que el encaje computable será sólo el integrado por las entidades financieras en el BCRA (antes se incluían el efectivo integrado en las propias entidades).

---

(2) Los límites para asistencia total por adelantos transitorios del BCRA con la nueva CO aproximadamente llegan al 50% de la base monetaria, 55% de las reservas internacionales y 6% del PBI.

Analizaremos los puntos A y B en detalle para lo cual es bueno repasar ciertas cifras:

PBI estimado Mar 2012	U\$D 430.000 MM tendencia estable o levemente descendente
Reservas Internacionales	U\$D 47.500 MM tendencia descendente
Base Monetaria	U\$D 51.000 MM tendencia ascendente
Capacidad de Préstamos	
BCRA al Gobierno s/CO nueva	U\$D 26.000 MM tendencia ascendente

**Fuente:** BCRA, Min.Eco, IAEF, CEE, y datos propios-estimaciones a Marzo 2012.

## A. Efectos macro: Análisis jurídico-económico y financiero

1. Desde el punto de vista jurídico, económico y financiero puede ser razonable dotar al Banco Central de mayores facultades o de objetivos múltiples. También podría ser perfectamente defendible la facultad ampliada para destinar las reservas a otras finalidades. Existen diversos antecedentes en la materia comenzando con el del Banco Central de EE.UU. (Federal Reserve Act 1913) cuyo objeto no es sólo el preservar el valor de la moneda sino también las condiciones de ocupación. Pero a diferencia de lo que enuncia el mensaje de remisión del proyecto, la mayoría de los cambios realizados a la C.O. vigente hasta ahora podrían ser vistos como un intento de dar mayor flexibilidad al manejo de la entidad por sus autoridades o en un sentido crítico podrían también apuntar a: a) dotar de mayor "inmunidad" a sus autoridades en el caso de incumplimiento de las finalidades prefijadas por la ley 24.144 anteriormente vigente, b) obligar a consensuar la política monetaria y financiera con el Poder Ejecutivo, c) aumentar el Poder de la Administración para financiarse con adelantos transitorios. Analizaremos la reforma desde su letra hasta su contexto.

*2. Pasar de objetivo único a objetivo múltiple: De velar por el valor de la moneda a promover el empleo y el desarrollo económico con equidad (CO, art. 3 ref.). Flexibilidad o inmunidad*

Habría que preguntarse cuál es el fin de esta modificación: ¿Se reformó el objetivo para darle al Directorio del BCRA más poder de fuego y permitirle lograr mejores objetivos o para buscar "inmunidad" porque han incumplido con la vieja CO? En el primer caso la reforma sería un adelanto, pero si fuera para dar un bill de inmunidad se estaría ante una práctica totalmente reprochable.

En un sentido positivo, no se puede negar la importancia de apuntalar el empleo y el desarrollo económico, más si es con equidad. ¿Quién

podría estar opuesto a esos fines? La duda es si es una función del BCRA o del Ministerio de Economía. La duda desde el enfoque crítico es si no es un intento para dotar de inmunidad a un BCRA si no cumple con lo que hasta ahora era su función principal: "preservar el valor de la moneda". ¿Porqué podría haber dudas? En primer término porque hasta la nueva norma, se habían incumplido algunos de los preceptos de la vieja norma: 1) No se preservó el valor de la moneda (inflación según medición oficial o extraoficial muy elevada), 2) se efectuaron adelantos dinerarios al Gobierno por sobre los límites pre establecidos (3), 3) se ha sobrepasó el ya confuso límite de empleo de las reservas de libre disponibilidad existentes hasta la reforma (declaraciones de la Presidente BCRA en el Senado, 4) otro aspecto que no se le puede adjudicar al BCRA pero tiene relación directa con el mismo es la apelación a la "emergencia económica". Por otra parte se analiza desde el ángulo positivo, la reforma se explica y apoya en el art. 4 *in fine* de la CO.

Con enfoque crítico (porque es más sensible a efectos adversos si ocurre), se podría concluir que si bien en el largo plazo la estabilidad monetaria, el empleo y el desarrollo suelen estar muy alineados, no necesariamente ocurre eso en el corto plazo, especialmente cuando se requieren medidas anti-cíclicas. Bajo la vaguedad y ambigüedad de sus términos, la modificación podría apelar a un derecho extraordinario y exorbitante sin claros límites. ¿Qué se priorizará, el valor de la moneda o el mayor empleo? Si son poco exitosos con el valor de la moneda, ¿se conformarán con más empleo transitorio aunque luego las consecuencias sean las contrarias —según lo demuestra la doctrina con los famosos aportes de la Curva de Phillips— y las modificaciones respecto al largo plazo respecto a la tasa natural de empleo de dos Premio Nobel: M. Fridman y E. Phelps? Si tiene que resolver el problema de empleo ¿aceptará el BCRA relajar la política monetaria? Adicionalmente, ¿qué pasará si las autoridades monetarias apuntaban a más estabilidad monetaria y sólo logran más empleo temporario —curva de Phillips modificada por Edmund Phelps— ¿dirán que fueron exitosos o confesarán su fracaso porque esa no era su finalidad y no lograron estabilidad monetaria? El resultado de todas estas consideraciones respecto a este aspecto de la reforma puede conducir a una menor tranquilidad monetaria, sistémica y de flujo de capitales en el mediano y largo plazo. También dificulta la rendición de cuentas ("accountability"). Todo ello puede contrariar los fines que supuestamente se buscan tutelar en el art. 3 de la CO reformada cuando establece que: "*el banco tiene por finalidad promover, en la medida de sus facultades y en el marco de las políticas establecidas por el gobierno nacional, la estabilidad monetaria, la estabilidad financiera, el empleo y el desarrollo económico con equidad social*". El problema visto desde el ángulo escéptico se justifica por la

---

(3) Reservas s/ Base Monetaria tienen defecto de 7%.

persistente tasa de inflación de los últimos años, más evidente cuando en el mundo dichas tasas han bajado globalmente a cifras muy bajas y con muy pocas excepciones.

Es pacífica la aceptación de que una deficiente política monetaria, una reducción continua del valor de la moneda, o la inestabilidad cambiaria generan inestabilidad financiera (riesgo sistémico), corridas, inversiones por debajo de sus niveles potenciales con secuelas sobre el empleo, el desarrollo sustentable y la redistribución del ingreso. Es cierto que en circunstancias especiales esta regla puede flexibilizarse especialmente en escenarios de stress financiero —lo que se ha demostrado con el enfoque tan distinto entre la forma en que EE.UU. vía su Reserva Federal ha atacado la crisis que comenzara con las hipotecas *sub-prime* y los problemas especialmente de su banca de inversión en el último trimestre de 2007— de la que están lentamente saliendo con una política monetaria expansiva en comparación con el enfoque dado por el Banco Central Europeo ante la crisis de algunos países (Grecia, Irlanda, Italia, España, Portugal, Chipre, etc.) y de muchos bancos. Lo que no está en duda es que la preocupación de los bancos centrales es mantener el nivel de liquidez compatible con la demanda monetaria y con el nivel de actividad económica. Entonces, si para mantener a la moneda inmutable en su valor (p. ej. en países que experimentan fuertes desajustes fiscales o ciclos adversos) se requiere una política monetaria restrictiva e inflexible, las consecuencias de esa inflexibilidad podrían ser funestas en el mediano plazo: 1) caída de bancos y corridas cambiarias con la consecuente necesidad de intervenciones bancarias para defender a los ahorros y al sistema; 2) tasas de interés tan altas que desestiman la inversión; 3) falta de crédito o reducción de la demanda agregada (4). Para evitar los riesgos de la falta de facultades para actuar el objetivo de la CO de generar mayor flexibilidad y objetivos múltiples podría ser razonable especialmente tras la salida de la Convertibilidad sobre cuya base más inflexible (precisamente para no darle el poder monetario amplio al BC) se diseñó la Carta Orgánica ahora reformada.

El riesgo dado los antecedentes históricos sería llegar a serios desequilibrios monetarios, cambiarios y financieros especialmente si en cualquier país un banco central es dependiente del gobierno de turno y cede a sus requerimientos bajo la excusa de ampliar el crédito y el nivel de actividad económica (que es el denominador de la fórmula del valor de la moneda). El peligro de una oferta monetaria complaciente y excesiva es que puede culminar en una caída en el deseo por esa moneda (caída en la demanda de moneda) y un deterioro en su valor. Este cuadro típico

---

(4) Como lo demuestra el contraste entre la política monetaria de la Federal Reserve de EE.UU. durante la crisis de los años 30 y la implementada luego de 2008 con B. Bernanke, quien fuera precisamente un académico experto en la crisis posterior al *crack* de Wall Street.

de la inflación persistente termina afectando el salario, el ahorro, la confianza y desestimulando la inversión. Sus consecuencias suelen ser la fuga de capitales, la inestabilidad financiera, la ausencia de financiamiento de proyectos innovativos y dinámicos o la mala asignación de recursos. Además, muchas veces para evitar consecuencias negativas o la inequidad social luego de un período de expansión monetaria se intenta combatirla con restricción monetaria y "ajuste", lo que torna al problema en volátil, estructural, pendular y sumamente desigual para los menos protegidos. No hay necesariamente nada mágico en la restricción monetaria pero precisamente para no terminar apelando a la misma como remedio antiinflacionario y evitar corridas o burbujas especulativas, debe existir un apego a las "buenas prácticas monetarias", a la programación de mediano y largo plazo y la ciencia de las finanzas hace mucho tiempo recomienda abstraer a las autoridades monetarias de los problemas "electorales de corto plazo". Constitucionalmente existen limitaciones precisamente para prevenir este tipo de abusos, especialmente las mismas surgen de los arts. 29 cuando se refiere a conceder la suma del poder público o facultades extraordinarias por los que las... fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o personas alguna, el art. 42 al referirse a la protección al consumidor, el art. 75, inc. 7 referido al arreglo de la deuda, el mismo artículo en cuanto a las atribuciones del Congreso para fijar el valor de la moneda y el de las extranjeras al igual que en el inc. 19 al referirse a la defensa del valor de la moneda y el progreso económico. Veremos pues que la legislación sancionada podría ser severamente objetada al atribuirle al BCRA (e indirectamente al Poder Ejecutivo) atribuciones con que no cuenta (incluyendo una violación al art. 76 de la Constitución Nacional).

¿Significa que el Banco Central debe ser totalmente independiente de la Administración, su gobierno y de su política económica? Para nada. No es posible la independencia total, en primer término porque la separación total del BCRA como "agencia" respecto del Estado Central es una ficción jurídica concebida por conveniencia. En definitiva su patrimonio es de todos los habitantes y no del Banco Central. Claramente no se puede aislar a quienes manejan el "poder monetario" (5) de aquellos responsables gubernamentales de la conducción fiscal, de la política de ingresos, o política económica externa aún cuando mantenga su independencia y autarquía. Lo que debe tutelarse es la independencia de criterio para que cumpla con los objetivos impuestos con una visión integral y de largo plazo y sin pensar en réditos electorales. La teoría de la agencia, tan estudiada por el análisis económico del derecho se fundamenta en los riesgos derivados de los conflictos de interés y la necesaria

---

(5) Haremos referencia al "poder monetario" y su importancia trascendental, el que muchas veces ha sido empleado en contra de lo dispuesto por el art. 29 y el 75, incs. 11 y 19 de la Constitución Nacional.

separación de competencias, lo cual mucho antes fue analizado por los constitucionalistas.

No importa lo bien que se conduzca el banco central de un país, si la política fiscal o de ingresos se maneja imprudentemente, las consecuencias económicas generales serán nefastas. De la misma forma, si hay imprudencia monetaria-financiera, los efectos repercutirán en los demás flancos, ocurrirá rápidamente y de forma duradera. Por ello los economistas en general recomiendan la coordinación pero con autarquía. Un BC que aumenta la emisión monetaria en forma complaciente a pedido del poder de turno alienta malas consecuencias cuando se abusa y termina existiendo desinterés por su moneda: cae la demanda de dinero. Si esa caída en la demanda de dinero (o aumento en la oferta) no se resuelve se desemboca en inflación, pérdida de ahorros en el sistema bancario, menor crédito disponible, huída de capitales, menor inversión, devaluaciones constantes, medidas intrusivas del Estado para evitar la fuga y el aumento excesivo de productos con demanda inelástica, y a la larga caída del nivel de inversión, ocupación y de empleo.

Ante estos escenarios y cuando todo lo demás intentado no funciona, para resolver el desequilibrio económico los gobiernos intentan cambiar el rumbo de la política monetaria para escapar de sus consecuencias: a menudo tratan de hacerlo sorteando más suavemente el escenario de estabilización recurriendo a créditos y financiar así un aterrizaje suave en el tiempo. Cuando no resulta posible acceder al crédito o no desean apelar al mismo, intentan realizar un cambio drástico de política fiscal para reducir el gasto o ampliar los ingresos genuinos (impopular) y en la medida en que esto no es posible o recomendable y los tiempos apremian, se intenta hacer una rápida reversión de la política monetaria permisiva aplicando por el contrario medidas de fuerte restricción monetaria y crediticia lo cual no es más popular que la medida anterior: es como intentar frenar en pocos segundos un vehículo que marcha a altísimas velocidades: en el mejor de los casos habrá que lamentar las consecuencias y daños. Lo mejor es por lo tanto el manejo de una política monetaria cuidadosa y prudente que vigile que haya suficiente oferta monetaria de acuerdo con el crecimiento de la economía (sus transacciones y la demanda de dinero) de tal forma de no ser un freno al crecimiento y la inversión pero que evite la imprudencia de ofrecer más recursos monetarios a la plaza como para deteriorar el valor de la moneda y generar presiones inflacionarias que culminen en fuga cambiaria, atesoramiento, escape a ciertos bienes de reserva, todo lo cual crea burbujas de activos, corridas bancarias o cambiarias y tasas de interés tan elevadas que desestimulan la inversión, la producción y el empleo. Como el final es muy desafortunado un adecuado régimen de limitaciones regulatorias, la independencia y el control parlamentario evitan el riesgo descrito. Esto ocurrió en el país durante la década de 1980 y culminó en la capitulación monetaria: la hiperinflación (1989 y



1991) la expropiación de depósitos, el Plan Bonex y finalmente la Convertibilidad.

*3. El Directorio determina el nivel de las reservas las que no son prenda de la base monetaria, transformándolo en una atribución discrecional (art. 14, q y sustitución art. 6, ley 23.928)*

Para entender la importancia de este cambio es fundamental explicitar el aspecto más relevante de la función de un banco central y sus atribuciones constitucionales y legales:

### ***El poder monetario del Banco Central***

El Banco Central por la vía de los instrumentos de política monetaria tiene tanto poder que corre el riesgo de tener "la suma del poder público económico" (6) ¿Porqué? Porque con un comunicado o un par de medidas de política monetaria puede generar expansión (o contracción) monetaria o devaluaciones, con un efecto redistributivo sobre toda la economía sin necesidad de apelar a leyes, decretos, discusiones parlamentarias o constituyentes. Una maxidevaluación genera al instante pobres y ricos, ganadores y perdedores. Una política de dinero barato o caro igual. Una sobrevaluación cambiaria persistente también. El Banco Central, fijando el tipo de cambio o la tasa de interés puede aumentar o disminuir en horas o días el valor de los ahorros, de los activos financieros, de los inmuebles, de la balanza comercial o del salario. Lo hace simplemente provocando cambios en el valor de la moneda (tasa de interés) o en el stock de activos monetarios sin amedrentarse con los preceptos de los arts. 16, 17, 14 bis o 31 de la Const. Nacional. Mientras que en el mundo moderno los estados no pueden per se bajar salarios, el BCRA puede reducir el salario real con sus instrumentos de política monetaria (7) provocando inflación o devaluaciones (o ambas), lo notable es que lo puede hacer sin ser tachado de abusivo o inconstitucional. Sus efectos redistributivos son tan importantes que en el mundo moderno se exige suma prudencia en su conducción y una clara alineación con las decisiones parlamentarias en la materia (Const. Nacional arts. 75, incs. 4, 6, 7, 11 y 76). No en vano en muchos países los presidentes de sus bancos centrales son tan o más poderosos que cualquier otro funcionario ministerial y su designación un asunto más relevante que muchas designaciones de ese rango. Paradójicamente en la mayoría de las legislaciones modernas ni el Poder Ejecutivo puede constitucionalmente reducir los salarios sin tener funestas represalias

(6) V. cita anterior ref. arts. 29, 75 (incs. 11, 19) y 76 de la Const. Nacional.

(7) Las medidas de política monetaria que emplea un banco central para expandir o contraer la oferta monetaria son aumentar o disminuir: a) encajes bancarios b) redescuentos c) compra venta de títulos o divisas en el mercado abierto d) se suele incluir las normativas crediticias a los bancos.

laborales, económicas y jurídicas. Existen expresas garantías constitucionales en la mayoría de los países modernos. Sin embargo una maxi devaluación, un plan de saneamiento bancario, una política de dinero abundante puede tener efectos inmediatos subiendo o bajando el salario (poder de compra) inmediatamente. Lo mismo ocurre con los ahorros o el valor de los bienes. El "Poder Monetario" es tan importante que con una norma o comunicación suya, el BCRA puede redistribuir el ingreso, favorecer indistintamente a acreedores o deudores, quitar o agregar riqueza a los individuos o empresas prácticamente al instante sin que se hable ni de confiscación ni de expropiación. La otra cara del poder monetario es la de financiar con el "impuesto invisible" (8) de la inflación al Estado. Lo hace al otorgar adelantos transitorios. También puede determinar ganadores o perdedores en la actividad financiera mediante su política de redescuentos.

Si parece excesivo el poder monetario aludido agreguemos que un banco central al ejercer la política monetaria o la superintendencia bancaria también tiene un amplio poder sobre la multiplicación de los depósitos (fijando menos encaje genera expansión de depósitos y aumentando el encaje reducción de depósitos prestables, menos crédito, tasas de interés más altas y menor incentivo al consumo o la inversión). El Poder Monetario es extraordinario. La prueba más reciente ha sido el ejercido por la Reserva Federal de EE.UU. con sus Relajamientos Cuantitativos (QE1 y QE2) que apuntaron a dotar de mayor liquidez al mercado para apoyar a los bancos, el crédito y la reactivación económica en momentos de crisis, es decir, más liquidez con finalidades anti cíclicas (9).

El problema del poder monetario está en la magnitud del mismo y lo poco visible del mismo frente a la ciudadanía o los órganos de control. El banco central es un organismo que actúa con su propio radar, sus propios controles (rindiendo cuentas al Congreso) y todo ello gracias a su independencia funcional (10). El poder monetario es tan importante y su uso debe ser tan justificado que sólo se puede entender como una facultad limitada y sobre todo independiente del poder político de turno. De lo contrario esta atribución resulta lo más parecido a la suma del poder económico.

---

(8) Este impuesto lo sanciona el Poder Ejecutivo sin aprobación ni iniciativa del Congreso.

(9) Su presidente ha tenido que rendir cuentas al Congreso de toda su actuación y permanentemente.

(10) Mucho más limitado en sus funciones está el Banco Central Europeo (BCU), pero también dotado de independencia. Las limitaciones del BCU no lo ayudaron demasiado en la reciente crisis económica, pero difícilmente se le puede adjudicar a dicha agencia los problemas generados por los desajustes fiscales, crediticios y de ingresos generados en algunos países, especialmente cuando no cuentan con la flexibilidad que da tener poder monetario autónomo (la moneda propia):

Por otra parte la reforma del art. 14, inc. q, de la CO le da la atribución al Directorio para fijar el nivel de reservas. Es un cambio sustancial porque dicha atribución no tiene parámetros y lo transforma en discrecional. Las reservas al haberse derogado el art. 4 de la Ley de Convertibilidad (ley 23.928) no son ya prenda de la base monetaria y según el criterio y política que el ente adopte será en definitiva la reacción del mercado en términos del valor de la moneda y el tipo de cambio.

Tanta discrecionalidad en otros países podría ser aceptable, en el caso de Argentina puede ser riesgoso por la sensibilidad derivada de haber tenido dos experiencias hiperinflacionarias luego de un período de décadas de inflación alta y persistente o porque ha tenido malas prácticas monetarias que seguramente persisten en la memoria colectiva. Adicionalmente, muchos miembros del Directorio no están nombrados por un término de 6 años como indica su CO sino se encuentran en comisión por lo que existe la presunción de menor independencia de criterio.

Toda discreción cuando se trata de un poder tan importante como es el poder monetario puede generar desconfianza o subir la prima de riesgo soberano. Para evitar esos riesgos sólo se requiere apelar a las normas constitucionales vigentes.

#### *4. La facultad de financiar del BCRA*

a) *A Bancos:* Como dijimos, el Banco Central es un “banco de bancos”, entre sus facultades se encuentra la de autorizar, controlar, regular y vigilar la salud de las entidades financieras. Supervisar para evitar el riesgo sistémico y para remediar sus consecuencias pudiendo actuar para salvar los ahorros, la moneda y el crédito al menor costo posible. El Banco Central como banco de bancos también puede darle crédito a las entidades dentro de sus facultades de emisión o de endeudamiento autónomo (“líneas de crédito o redescuentos a los bancos”). Dentro de esa facultad crediticia (o política de redescuento) el banco central puede aumentar el crédito, puede dirigir el crédito a determinado sector, puede asegurar liquidez para que los bancos presten a plazos más largos que sus depósitos, puede establecer líneas con tasas especiales, etc. Dentro del poder monetario aludido precedentemente se encuentra la facultad de financiar. La misma debe estar reglada para evitar la discrecionalidad o mucho peor: la arbitrariedad. Dejar en manos de la autoridad monetaria, sin control o sin reglas, la forma de asignar crédito a los bancos o la oportunidad de hacerlo es sumamente peligroso. Es también peligroso regular a tal extremo esta facultad que no permita la flexibilidad necesaria en momentos de crisis o de iliquidez como para calmar al sistema y evitar consecuencias negativas para la moneda, el tipo de cambio o el ahorro. Todo ello con la obligación de rendir cuentas especialmente a los órganos de poder más diversificados (el legislativo). La nueva CO fija en su art. 3 parámetros y lineamientos muy poco específicos y por lo tanto

pueden ser aplicados con alto riesgo según el grado de intrusión o arbitrariedad que se emplee.

b) *Facultad de regular y orientar el crédito o las tasas*: De la misma forma, la mayor injerencia en la asignación del crédito por parte de las entidades financieras transforman al BCRA en juez y parte sin que necesariamente existan garantías de que la asignación será más eficiente o equitativa. Ni en China se sule la función de los bancos (oficiales o privados). Si las atribuciones del art. 3 incs. b, r y w de la CO se ejercen prudencial y reglamentado, las mismas pueden ser razonable. De lo contrario tenderán a lograr un sistema sin contrapesos ni incentivos, más pequeño, menos solvente y no por ello más eficiente o equitativo. Este tema ha sido incorporado en los tres principales proyectos de reforma a la Ley de Entidades Financieras (LEF). Es de esperar que se aplique bajo reglas predeterminadas y transparentes del propio BCRA para evitar la arbitrariedad.

c) *Al Estado*: La facultad de financiar se extiende a la de financiar al Estado vía adelantos transitorios (art. 20, CO). Típicamente, el Banco Central puede prestarle dinero al Estado para que éste financie sus necesidades fiscales cubriendo desfasajes temporales hasta que sus recursos sean más que sus egresos y pueda devolver lo tomado. Si esta actividad se transforma en recurrente, existen grandes peligros de desajustes o malas prácticas. Nuestra historia en la materia desembocó en dos experiencias hiperinflacionarias nefastas en décadas pasadas (1989-1991) y en un record de inflación en el tiempo (décadas ocupando el primer puesto) que obligó en su momento a un cepo monetario y cambiario sancionado en la Ley de Convertibilidad y que apuntó a estabilizar una economía totalmente desequilibrada pero con una inflexibilidad que provocó mucha vulnerabilidad externa, estancamiento económico (períodos 1998-2001), crisis financiera, corrida bancaria y finalmente default público, bancario y corporativo. El plan no era *per se* malo, especialmente para estabilizar (especialmente entre 1991 y 1998), pero su duración en el tiempo y una política fiscal y de endeudamiento laxa resultó incompatible con la inflexibilidad del sistema para enfrentar ciclos adversos (cambió el contexto). La convertibilidad fue una reacción a dos hiperinflaciones que obligaron lamentablemente a una regla de emisión inflexible para el Estado. Tal vez, sin ella, se hubiera desembocado en otra hiperinflación cuasi terminal.

Luego de la salida de la convertibilidad (que establecía por naturaleza la rigidez en la emisión monetaria sin respaldo) se ensayaron diversas modificaciones para adaptarlo a un nuevo régimen monetario más flexible. La actual CO prácticamente pone punto final a la inflexibilidad del anterior sistema pero a su vez da un giro demasiado amplio respecto a las facultades del Estado de endeudarse con el BCRA. Dicha flexibilidad (dados los antecedentes históricos) deben ponderarse con mucho cui-

dado porque los gobiernos suelen emplearlo para aumentar sus gastos sin tener que recurrir a medidas menos populares como subir ingresos genuinos (11) y con riesgos de tentarse o abusar de los adelantos transitorios. En esos casos lo que puede ocurrir es que aumente la inflación, la inestabilidad monetaria y cambiaria.

La C.O. dota de mayores facultades al BCRA para otorgarle adelantos al Gobierno. Pero si los problemas de independencia citados subsisten, *¿quién tiene las facultades? El BCRA para "asistir" o el Estado para "demandar" el dinero? ¿Quién tiene más facultades ahora? ¿Es lo mismo?* En absoluto: 1) En un caso se faculta al BCRA a dar asistencia monetaria si el mercado monetario y la prudencia admite colaborar con la política fiscal. 2) En el otro, se está facilitando el gasto público al Estado al poder reclamar adelantos transitorios a expensas de la salud monetaria. Dicho gasto puede ser medido o desmedido pero "la teoría de la elección pública" ("public choice theory") nos explica cómo deciden los que gobiernan y postula que hay un incentivo electoral para hacer uso discrecional —y a veces excesivo— de los fondos que logre obtener cualquier gobierno para lograr la meta de ganar las elecciones. Este tipo de comportamiento genera expansión monetaria que si es excesiva no es convalidada por los agentes económicos (12). Así, o se produce una abundancia monetaria y de gasto no convalidada por la oferta de bienes y servicios, o produce una reasignación de recursos al Estado a expensas de la moneda y el crédito que podría dirigirse al sector privado ("crowding out"). En el primer caso, se generarán presiones monetarias por una demanda mayor a la oferta de bienes y servicios. En el segundo caso se producirá abundancia de recursos para el sector público (productor de servicios no transables internacionalmente) a expensas del sector privado que no obtendrá crédito o lo logrará a tasas muy elevadas y poco consistente con muchos proyectos de inversión. El sector privado es el más competitivo de la economía. No está mal atender necesidades transitorias del sector público, pero las necesidades permanentes o recurrentes deben financiarse con recursos genuinos (crédito o tributos según las circunstancias). Lo contrario genera depreciación monetaria y mala asignación de recursos. Transforma a la emisión en una forma de recurso tributario que el Estado paga con la inflación. La inflación se transforma en un impuesto "invisible" que paga la sociedad, con efectos perniciosos en el mediano y largo plazo (13). La pérdida de valor de la moneda puede

---

(11) Como impuestos o emitir deuda.

(12) Esto significa que a mayor oferta monetaria no le acompaña la demanda de esa moneda, el resultado es que la misma se deprecia porque el mercado no valora la expansión marginal en esos casos, por lo tanto produce inflación: un aumento nominal y generalizado de precios.

(13) La gente al principio no se da cuenta y lo tolera, pero finalmente se opone a esta tributación y la rechaza de facto por la vía de la compra de divisas o por la

sucedir porque aumenta la oferta desmedida de moneda o porque cae la demanda de moneda (14). Generalmente, cuando no hay confianza monetaria se producen simultáneamente ambos efectos lo que potencia la desvalorización del poder de compra de la moneda.

5. *¿Por qué preocupa la ampliación de límites para adelantos transitorios establecido en la reforma del art. 20 de la CO del BCRA?*

No es lo mismo salir de la inflexibilidad draconiana que impuso (15) la Convertibilidad que ir mutando a una legislación tan flexible y discrecional que produzca perjuicios en la confianza monetaria o problemas fiscales y crediticios por el accionar cortoplacista de las autoridades del BCRA del gobierno de turno, sin importar su signo político. Especialmente en un tema tan sensible como la estabilidad monetaria de un país que como Argentina sufrió inflación persistente y espiralizada en décadas pasadas y que culminó en dos nefastas experiencias hiperinflacionarias (16).

La reforma sancionada en su art. 20 de la CO a la luz de la experiencia histórica, pareciera ser más que una facultad al BCRA para asistir al gobierno de turno, una restricción al BCRA ya que se le está diciendo que no le podrá decir que no al gobierno que demande más adelantos transitorios. Si bien se afirma que dicha ampliación del crédito al gobierno se podrá realizar bajo ciertas condiciones, lo malo es que tales condiciones son aplicables "...con carácter excepcional y si la situación o las perspectivas de la economía nacional o internacional lo justificara..." y Argentina está saturada de "emergencias económicas" que nunca cesan (la última 10 años) especialmente cuando hay incentivos institucionales para vivir en la ambigüedad. Ver fallo CSJN *in re* "Galli, Hugo G. y Otro c. Estado Nacional", 5/04/2005 en que los fundamentos del Tribunal aluden a este problema crónico.

---

propensión a desprenderse rápido del dinero lo que aumenta la velocidad de circulación de la moneda y por lo tanto cae la demanda de moneda que genera el mismo efecto que una emisión mayor de moneda. Es además un impuesto que afecta más a los más necesitados.

(14) Cit. n/p. 6.

(15) La hiperinflación y pérdida total de confianza en la moneda impuso por razones justificadas en ese momento impuso la necesidad de establecer una Caja de Conversión basada en otra moneda creíble: el dólar estadounidense. El problema fue que a la confianza del momento no le sucedió la prudencia fiscal ni la adecuada política de financiamiento lo que fue produciendo un acumulamiento de problemas en el tiempo). Finalmente culminó en el 2001 con la caída de la convertibilidad y una ley de emergencia más.

(16) Creemos que a un "adicto monetario" no se lo cura sino se lo contiene durante décadas hasta que se borre la práctica en la memoria colectiva y retorne la confianza permanente.

Contrario pues a lo afirmado en la Exposición de Motivos, la ley no pareciera estar ampliando las facultades del BCRA para dar adelantos a favor de la flexibilidad de su política monetaria anticíclica sino restringiendo su poder para negar asistencia al Estado cuando éste lo demande en virtud el "Abuso del Concepto de Emergencia Económica o de Crisis".

#### *6. El aspecto institucional. El valor de tener buenas prácticas y buenas instituciones*

La reciente crisis internacional tuvo la virtud de mostrar que décadas de discusiones entre monetaristas y fiscalistas se podían amalgamar frente a la necesidad moderna de acudir a una mezcla de medidas combinadas para resolver la misma. No bastó con medidas monetarias ni se podían aplicar sólo medidas fiscales, se tuvieron que combinar y en dosis distintas según el país, para lograr resultados satisfactorios. Por lo tanto, es fundamental que cada órgano cumpla con su función específica coadyuvando a la solución armónica de las crisis. Se duda si el BCRA puede ser responsable del empleo y el desarrollo económico (CO art. 3) si no puede siquiera cumplir bien con el objetivo de conducir bien la política monetaria. Si la conduce bien, salvo que el manejo fiscal sea muy malo, no debería preocuparse por el otro objetivo que debería lograrse igual.

Si un evento o ciclo inesperado provoca la necesidad de remedios monetarios (que son más rápidos que los fiscales aunque con efectos secundarios más graves si se abusa) entonces puede sacrificarse en pequeñas dosis la estabilidad monetaria para evitar ajustes cortoplacistas mayores pero siempre que la política fiscal y de ingresos sea consistente. Ahora bien, si la autoridad tiene dos objetivos no alineados y para colmo no es objetivamente independiente (aunque la norma lo diga), entonces los riesgos de la "inmunidad" consagrada en la nueva norma son muy grandes. Al amparo de los objetivos de empleo y crecimiento económico se podría estar sacrificando la salud monetaria que debería tutelar sin el menor riesgo de ser responsabilizado por ello. De esa forma se podría consagrar una dependencia del poder de turno invisible y fundada en la propia norma que ha sido reformada a satisfacción de la administración ¿Se está dotando al BCRA de mayores facultades o de mayor dependencia? El BCRA puede tener ambos objetivos en su CO y esa flexibilidad normalmente no sería inadecuada, lo único que significaría es que en una grave crisis podría sacrificar un par de puntos de inflación para evitar en el corto plazo un ajuste fiscal más severo. Esto no es recomendable pero en situaciones de crisis en el corto plazo estaría bien (17). Pero una auto-

---

(17) Es la solución que aplicó Ben Bernanke desde la Reserva Federal de EE.UU. para ir lentamente solucionando la crisis financiera que se inició en el último trimestre del 2007 en ese país.

ridad que no tiene independencia no podrá decidir cuándo es suficiente o cuándo no. El riesgo de mala praxis es muy grande, para colmo, en un país que padeció estos problemas en el pasado es aún más grande y en un sistema de balances y contrapesos desbalanceado el riesgo es mayor. No importa que se abuse o no, basta que los agentes económicos perciban el riesgo potencial para que haya más propensión a resguardarse, a invertir menos, a preferir otros países, otras monedas u otros empleados. El sistema genera en el tiempo la "profecía auto cumplida" o bien obliga a la autoridad monetaria a "sobre actuar" si realmente es independiente para que todos confíen en la misma. Cualquiera de las dos alternativas son inútilmente riesgosas. Un sistema con alto apalancamiento ("leverage") como el financiero puede resultar sumamente volátil y riesgoso si no imperan reglas más firmes y confianza en el regulador y su neutralidad técnica.

La falta de instituciones confiables o de prácticas neutrales desalientan el crédito, la inversión y la innovación que en el mundo moderno diferencian las economías dinámicas de las decadentes. Y no depende de la orientación ideológica-económica, no es un tema ni de derechas ni de izquierdas, países como China adoptan medidas monetarias austeras cuando temen que la inflación genere efectos adversos sobre el mercado, su moneda, el salario y su reputación. No les tiembla la mano para aumentar las tasas de interés. Lo mismo sucede en economías de centro izquierda de Europa y Asia. Igualmente hay muchos gobiernos de derecha que apelan a la emisión y al desajuste monetario cuando las circunstancias le permiten hacer abuso monetario para permanecer en el poder. Todos generan sensación de bienestar en el corto plazo pero hipotecan el futuro de la población. No es un tema ideológico y el análisis económico del derecho lo ha analizado a la luz de la eficiencia.

## **B. La reforma. Efectos micro**

1. Que la Presidencia del BCRA dirija la SEF (CO art. 10 inc. e). Es un cambio que no provocará efectos adversos ni alterará su funcionamiento, se compadece con su tradición y la operatoria real. Ambos sistemas son adecuados y respetables, consideramos por ello adecuada la modificación siguiendo lo que ha sido la verdadera costumbre.

2. ¿La reforma era necesaria para evitar abusos de bancos respecto a sus clientes?

a) Dado que existen proyectos de reforma a la LEF en el mismo sentido, la reforma parece adecuada. Habrá que esperar el contenido de la reglamentación. Nuestra C.N. ampara contra los abusos en sus arts. 42 y 43. Los proyectos de reforma de la ley de entidades financieras (especialmente el Proyecto Heller) contenían disposiciones para coadyuvar



en la defensa del cliente bancario por lo tanto eran inquietudes que surgen de distintos sectores políticos con idéntica preocupación. El problema no es “el contenido sino el contenedor dentro del contexto”. En este sentido la reforma es superadora de los tres proyectos (Heller-Millman-Pinedo) de reforma a la Ley de Entidades Financieras (LEF) presentadas en 2010.

b) Mayor direccionamiento del crédito sobre los bancos: La CO hace referencia a facultades para regular el crédito y las tasas (arts. 4 incs. b y h, art. 14, incs. o, w, art. 17 inc. f, art. 18 inc. a) ¿Era necesaria esta reforma? ¿Es bueno o malo? Nuevamente, si se dosifica con cuidado y sin arbitrariedad podría ser razonable, si se apela a una discreción desmedida o excesiva regimentación del crédito se está indirectamente estatizando el crédito y la banca. Ya nos hemos referido al tema. Tener independencia con rendición de cuentas es una garantía para que el BCRA actúe bien y dentro de los límites constitucionales y legales adecuados. No tener dicha independencia es un riesgo de arbitrariedad muy grande. Además facilita nuevas formas de abuso. Como refiriese Montesquieu respecto a otros pensadores: ...el “poder corrompe...”.

La CO, en su art. 14, inc. o, establece pautas para conceder aperturas de sucursales u otras instalaciones permitiendo evitar concentraciones y alentando el crecimiento marginal del sistema financiero. La iniciativa guarda relación con los proyectos de reforma a la LEF y nos parece razonable como incentivo para aumentar la red bancaria, hubiera sido deseable establecer mayores lineamientos para evitar discrecionalidad excesiva, no obstante el aporte es adecuado.

3. También la reforma a la CO en su art. 28 establece que los encajes deberán ser integrados en depósito en el BCRA. No debería ser materia de una ley y debería en todo caso ser atribución del regulador. Llama la atención que se quite la posibilidad del BCRA de determinar que la integración de los requisitos de reserva puedan mantenerse en efectivo en caja de los bancos. Esta nueva medida que elimina esa opción afecta más seriamente a los bancos con múltiples sucursales y necesidad de guardar más encaje técnico. Es paradójico que se le reste la atribución al BCRA por ley cuando se pregona que se busca dotar al ente de mayores facultades y flexibilidad. Además, este tipo de disposiciones deberían surgir por la reglamentación y no por ley.

Quienes sostienen que la reforma sólo tuvo por finalidad generarle más acceso a fondos al Estado sostienen que este artículo apunta a reducir el multiplicador de los depósitos bancarios para que los bancos tengan menos fondos disponibles para prestar al sector privado por lo que quedaría más disponibilidad para asistir por parte del BCRA al sector público neutralizando la expansión monetaria (*crowding out*). Si ésa fuera la intención, representa un gran retroceso.

### III. CRÍTICA POR LAS OMISIONES DE LA NUEVA CARTA ORGÁNICA

Si hay algo que las recientes crisis internacionales mostraron es que el mercado financiero ya no está constituido sólo por entidades financieras y bancos comerciales. Hoy las aseguradoras, los bancos de inversión y los fondos integran con sus operaciones el mercado financiero y aportan al riesgo sistémico de distintas formas. En el mundo moderno cuando la crisis financiera comienza afecta al sistema financiero, al mercado asegurador y al bursátil por igual y en distintas magnitudes ya que hoy tienen vasos comunicantes. No es fácil en esas instancias que sendos reguladores actúen en forma descoordinada. No es una solución eficiente. En esta ley se omite establecer cuál es el rol que debería desempeñar el BCRA en caso de crisis sistémica en coordinación o supervisión con otros reguladores del ahorro y la inversión (Seguros, pensiones, mercado de Valores). Las recientes crisis internacionales mostraron que los mercados de capitales están cada día más interrelacionados y que los riesgos sistémicos se trasladan entre estos mercados. Hoy se requiere regular ex ante cómo funcionarán los organismos reguladores en una crisis y si en esos casos el BCRA será coordinador o estará encargado de la crisis como *primus inter pares*. Hubiera sido una gran oportunidad para incorporar los preceptos en esta CO con fines preventivos (ver Douglas Elespe, "Legislación Proyectoada - La Ley de Entidades Financieras. Análisis de los Proyectos de Ley y Propuesta para la Futura Reforma Legislativa", pto. 13, ps. 355-378, La Ley, Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, Año I, Nro. 1, Sept. 2010). Una muy tenue referencia al tema ya tenía la ley 17.811 respecto a los mercados de capitales. Se ha perdido una gran oportunidad de regular un tema tan importante.

Tampoco se aprovechó la reforma para incorporar instrumentos que han sido empleados exitosamente en la reciente crisis internacional para solucionar problemas sistémicos en EE.UU. y Europa. En esos mercados se pagó un precio alto por no tener normas adecuadas pero con el tiempo se incorporaron. Hubiera sido una gran oportunidad aprovechar esa experiencia pensando en el futuro y sin pagar el costo.

### IV. CONCLUSIÓN

Tal vez era necesario actualizar la Carta Orgánica luego de la salida de la convertibilidad que imponía un cepo al accionar del ente como conductor de la política monetaria. A veces el problema del nuevo ordenamiento no está en sus disposiciones sino en cómo van a reaccionar los agentes económicos (ahorristas, deudores, corporaciones, el sector externo) y cómo se van a aplicar (con independencia o con subordinación) en el contexto real.

Respecto al objetivo múltiple del BCRA que impone la reforma, algunos pueden interpretar que las normas modificatorias amplían las facultades, otros que en un organismo sin independencia las reducen. Algunos podrán decir que se aumenta la responsabilidad del ente monetario. Otros dirán que aumenta la inmunidad ante incumplimientos del pasado reciente y para el futuro. Finalmente, otros temerán que se trata de una reforma cosmética que apunta a darle mayor discrecionalidad a la Administración para obtener adelantos transitorios o mayor acceso a las reservas internacionales para cancelar deuda u otras obligaciones contraídas.

Cualquiera sea la motivación de la reforma, su resultado dependerá del grado de independencia que efectivamente tengan sus Directores. Mientras más directores existan que hayan sido nombrados "en comisión" o por lealtad política, menos efectiva será la reforma y menos confianza generará el sistema por la misma creada. Porque resulta bastante difícil lograr la autarquía de una institución que está gobernada por funcionarios designados en comisión y por lo tanto de discutible independencia de criterio. Especialmente en un organismo que debe aplicar políticas de mediano plazo, de naturaleza técnica y alejadas de cualquier inspiración partidaria de corto alcance. La razón principal es que debe inspirar confianza en las instituciones monetarias lo cual redundará en el beneficio de todos. Muy discutible resulta analizar si la reforma dota de mayor poder a la Presidencia del ente de lo que disponía la norma precedente justo en un momento en que dicha posición está también ocupada por una persona que se encuentra "en comisión". Sería deseable que en el futuro existan claras demostraciones de independencia e idoneidad que puedan despejar cualquier duda respecto a segundas intenciones detrás de la reforma recientemente sancionada y que quienes ocupen ese honorable cargo puedan trascender a los períodos de algún gobierno en especial, sin importar su origen.

Se debe tener especial cuidado respecto al uso de las reservas internacionales y la política de reservas y la política cambiaria deben tener un horizonte de largo plazo. La norma no parece compadecerse con experiencias históricas desafortunadas. Por lo tanto, en ausencia de una adecuada normativa se dependerá más de las personas. Lo recomendable suele ser exactamente lo opuesto, confiar más en las normas e instituciones que en las designaciones subjetivas. Esto no implica que dichas normas no puedan ser lo suficientemente elásticas como para permitir un adecuado empleo de los instrumentos de política monetaria y cambiaria. El haber modificado el objeto principal del BCRA y transformado el mismo en dual no ayuda en ese sentido por los múltiples ejemplos pasados.

La derogación de dos arts. 4 y 5 de la Ley de Convertibilidad y la sustitución del art. 6 de la misma para dotar de mayor discreción en el uso de las reservas al BCRA puede ser razonable en ciertas circunstancias, coin-

cidir con la práctica en otros países y estar de acuerdo con la salida de la regla de conversión que dicha ley estableció, pero también puede ser una puerta a mayor imprudencia en el manejo monetario y cambiario especialmente si se someten a presiones exógenas. La experiencia indica que las reservas pueden irse rápidamente cuando aumenta la desconfianza. En el caso argentino esto puede ser más rápido si la economía se desacelera y el acceso a prestamistas de última instancia está muy restringido, más aún si hay crisis internacional o suben las tasas internacionales o se reduce el saldo comercial, etc. En esos casos la inquietud cambiaria y crediticia comienza a ejercer presión sobre las reservas. Debemos tener en cuenta que las reservas de un país constituyen un activo anticíclico y estratégico de suma importancia que debe administrarse con cuidado y mirando al mediano plazo. No son intocables pero deben guardarse y cuidarse (por ello son "reservas") (18). Para su uso deberían existir por vía legal o reglamentaria normas pre establecidas para su uso.

La reforma cambia la definición de "reservas de libre disponibilidad" que no se afectaban a responder por la base monetaria, ya esta regla fue una modificación a la Ley de Convertibilidad hecha por el DNU 1599/05 para darle más flexibilidad al gobierno para pagar deuda externa. La nueva reforma, al derogar los arts. 4 y 5 y sustituir el art. 6 de la Ley de Convertibilidad, permite al Gobierno Nacional ampliar sus límites de deuda con el BCRA y da mucha discrecionalidad para el manejo de las reservas, el problema se acrecienta con el contexto ya mencionado respecto a su real autarquía.

La reforma también incrementa los adelantos transitorios en un 100% (art. 20 CO), ello implica un potencial de asistencia adicional de USD 10.000 Millones en momentos en que las presiones inflacionarias (medidas con cualquier indicador) son elevadas. La propia Presidente del BCRA admitió que la cuenta de reservas de libre disponibilidad arrojan saldos negativos (en exceso) y también confirmó que la reforma tiene otras finalidades como el de evitar un fuerte ajuste económico. Como los límites del BCRA para adelantos de emplearse ascenderían a más de la mitad de las actuales reservas (que de ser bien manejadas son abundantes), puede el cambio normativo generar más preocupación y por lo tanto menos ingreso de capitales o más salida de divisas, lo cual justifica apelar a la suma prudencia, el tiempo que se gane con la mayor flexibilidad que logra el gobierno (no el BCRA), debería servir para implementar

---

(18) Especialmente cuando hay tipo de cambio fijo o cuasi fijo (con ajustes inferiores a la inflación). Con juicios derivados de contratos con inversores externos (CIADI) y con acreedores remisos (*holdouts*) que litigan en N. York, o el Club de París, la situación de reservas es aún más endeble por la posibilidad de fuga de capitales, especialmente con fuerte control cambiario. A diferencia de otros países, Argentina no cuenta con acceso a crédito amplio de organismos de crédito internacional que en emergencia puede ser una reserva adicional de divisas.

cambios económicos que eviten recurrir a ese ajuste al que se refiriera la titular del ente y revertir la tendencia.

Esperemos que los beneficios apuntados respecto a la reforma sean bien capitalizados y las dudas específicamente subjetivas y de contexto sean disipadas rápidamente de tal forma que triunfe la prudencia e independencia. Argentina no debe perder la oportunidad que obtuvo luego del default y el buen clima externo que la suba de los precios de sus exportaciones obtuvieron en el mercado internacional tras su gran crisis del 2001-2002. De lo contrario se puede correr la suerte de "Atlas" o de "Sísifo" en la Grecia Antigua, lo que esperamos nunca suceda.

### NORMAS CITADAS

Carta Orgánica del BCRA, reformada, ley 26.739 sancionada el 22/03/2012 y promulgada el 27/03/2012.

Carta Orgánica del BCRA, ley 24.144.

Ley Entidades Financieras 21.526 modif. por ley 26.173.

Mercado Cambiario, dec. 616/2005.

### BIBLIOGRAFÍA Y NOTAS

BRAGDOS & MCCUTCHEN, *History of a Free People*, Macmillian, 1967.

ELESPE, D., "The Credit Rating Agencies and the Financial Crisis", *Analyse Financière*, Revue 32, París.

ELESPE, DOUGLAS (dir.), "Default y Reestructuración de la Deuda Externa", *Sup. La Ley*, Nov. 2003.

ELESPE, DOUGLAS (dir.), "El Canje de la Deuda", *Sup. La Ley*, Mayo 2005.

ELESPE, DOUGLAS, "Cinco Miradas Sobre la Crisis, Rol de las Calificadoras", *Rev. Ejecutivos de Finanzas*, año XXVII, No. 226, p. 32, IAEF, Sept. 2011.

GREIDER, W., *Secrets of the Temple, How The Federal Reserve Runs the Country*, Touchstone, 1989.

MERCURO, NICHOLAS & MEDEMA, STEVEN, *Economics and the Law*, Princeton, 2006.

PERROTTA - MAGLIANO - ELESPE, *La Recuperación del Sistema Financiero*, Sol Comunicaciones, 2005.

VILLEGAS, C. y M., *Aspectos Legales de las Finanzas Corporativas*, Dykinson, 2001.

# EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LA “SOBREINTERPRETACIÓN” CONSTITUCIONAL (1)

POR EMILIO A. IBARLUCÍA

## I. INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos en nuestro país es frecuente que oigamos hablar de *neoconstitucionalismo*. Muchos trabajos mencionan el término, algunos brindan alguna explicación sobre su significado con mayor o menor profundidad (2), pero la mayoría lo da por supuesto. Al mismo tiempo, distintos fallos judiciales implícitamente aluden al concepto. En las obras de filosofía del derecho y de derecho constitucional europeas de los últimos tiempos casi podría decirse que es el tema excluyente. Los ricos debates acerca de qué se entiende por el mismo, sus notas distintivas y sus implicancias político-institucionales están a la orden del día (3).

Me propongo hacer un breve repaso sobre el origen histórico del neoconstitucionalismo, analizar sus notas características desde el punto de vista del derecho constitucional (4), responder a la pregunta acerca

---

(1) El presente trabajo tiene por base temas expuestos en mi tesis doctoral aprobada en la U.B.A. en abril de 2012, “El derecho constitucional a la reparación. Su contenido y alcance” (Ed. Ábaco, Bs. As. 2013).

(2) Entre los autores argentinos destaco en especial el libro de ALFONSO SANTIAGO (h.), *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho*, Marcial Pons, Bs. As., 2010, Capítulo VI (dedicado al neoconstitucionalismo), p. 165.

(3) Buen ejemplo de ello son los libros dirigidos por CARBONELL, MIGUEL, *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Ed. Trotta, Madrid, 2007, y *Neoconstitucionalismo(s)*, Ed. Trotta, Madrid, 4ª ed., 2009.

(4) Aclaro ello porque el neoconstitucionalismo abordado principalmente desde el punto de vista de la filosofía del derecho ofrece interesantes debates que no serán tratados en este trabajo, sino solo en lo indispensable.

de si se justifica hablar del mismo en la Argentina y, en su caso, hacer un breve análisis de distintos fallos judiciales que encuadrarían dentro de lo que se entiende por el mismo, para finalmente hacer algunas reflexiones y fundamentalmente plantear interrogantes.

## II. EL SURGIMIENTO DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

El término es de raíz netamente europea y obedece al diferente desarrollo histórico que ha tenido en ese continente el derecho constitucional en relación a EE.UU. y los países de América que, como el nuestro, siguieron las aguas del país del norte.

En efecto, el sistema constitucional europeo siguió, hasta la mitad del siglo XX, el modelo de las *constituciones políticas*, por oposición al de las *constituciones normativas*, cuyo paradigma es el sistema estadounidense. Aquel implicaba que las constituciones eran meros documentos de organización y distribución del poder, y todo lo relativo a los derechos —su reconocimiento y regulación de su ejercicio— era atribución exclusiva del legislador. En las segundas —que prevalece actualmente tanto en los sistemas de filiación estadounidense como europeos—, en cambio, las constituciones tienen *fuerza normativizadora*; o sea, impregnan todo el orden jurídico, y los jueces —con diferencias según se trate de sistemas de control judicial difuso o concentrado— son llamados a velar por ello. Pero esta confluencia es un fenómeno de las últimas décadas. La historia de los procesos constitucionales fue muy distinta.

En el continente europeo se desarrolló un proceso de formación del constitucionalismo que estuvo marcado decisivamente por las características de la Revolución Francesa y la influencia de los grandes pensadores de la filosofía política. Lo primero implicó una reacción a las bases del *ancien regime*; es decir al sistema de la monarquía absoluta, lo que implicó, entre otras cosas, una exagerada desconfianza hacia los jueces, tanto por su origen aristocrático, como porque habían estado dotado de la facultad de decidir, por medio de los “parlamentos judiciales” la no publicación de leyes de alcance general que dictaban los Estados Generales en las pocas ocasiones en que eran convocados (5). A ello se sumó la célebre teoría de la división de poderes del Barón de Montesquieu esbozada en “Del espíritu de las leyes”: “*De los tres poderes que hemos hablado, el de juzgar es, en cierto modo, nulo. Los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes*” (6).

---

(5) Ver: VANOSSI, JORGE R., “Introducción a los sistemas de control de la constitucionalidad”, *Le Ley*, 1980-A, 970.

(6) *Del espíritu de las leyes*, Madrid, Tecnos.

La concepción de Montesquieu se completó con las ideas de Juan Jacobo Rousseau expuestas fundamentalmente en "El contrato social", que giraron en torno a tres ejes: a) la caracterización de la soberanía como indelegable; b) la superioridad de la ley como expresión de la voluntad general, y c) la consideración de la separación de poderes como un dispositivo meramente técnico de división de funciones (7). Es decir, la superioridad del Legislativo sobre los otros poderes, lo que llevaba también a que no se concibiera jerarquía de la Constitución sobre la ley ordinaria.

Tuvo también influencia decisiva en el constitucionalismo francés Emmanuel Joseph Siéyès. En el ensayo "¿Qué es el tercer estado?" desarrolló la teoría de la *soberanía del Parlamento*, distinguió entre *poder constituyente* y *poderes constituidos*, pero dejando en claro que el objeto de la Constitución era exclusivamente la organización del poder, y el de las leyes la tutela de los derechos. Por lo tanto ello se traducía en una *supremacía formal pero no material* de la Constitución.

En 1790, al crearse un Tribunal de Casación, se estableció que si los jueces tenían alguna duda acerca de la interpretación de la ley debían elevarlo a la Asamblea Nacional, que, por intermedio del mismo, debía hacer la *interpretación auténtica*. Esto luego se tradujo en la teoría exegética de interpretación de la ley desarrollada en torno al Código Civil de 1804, con sus conocidos apotegmas acerca de la aplicación estricta de la ley, aún cuando el resultado pudiera ser injusto (8). Más que entenderse como poder del Estado, se concibió una rama de la administración pública: de ahí el término *administración de justicia*, que aún perdura en nuestros días como resabio de ese origen histórico.

En EE.UU., en cambio, se desarrolló otro proceso diametralmente opuesto: el de clara supremacía de la Constitución sobre las leyes, que quedó plasmado en el fallo "Marbury vs. Madison" de la Corte norteamericana, y que luego se profundizara en sentencias posteriores, dando lugar al sistema del *control judicial difuso de constitucional*. Como surge de aquella célebre sentencia, el *judicial review* surgió como algo inherente a la necesidad de interpretar las leyes para resolver casos concretos, lo que conducía a que, en caso de conflicto de estas con la Constitución, siendo ésta de carácter escrita y rígida debía primar sobre aquellas. El poder que se arrogó la Corte Suprema de esa manera fue tan grande que durante las últimas décadas del siglo XIX y las primeras tres del siglo XX, haciendo una interpretación elástica y maleable de la Enmienda XIV, que fue dictada para compeler a los Estados a que respetaran los dere-

---

(7) JIMÉNEZ ASENSIO, RAFAEL, *¿El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho constitucional!*, Marcial Pons, 2ª ed., Barcelona, 2003, p. 70.

(8) Sobre la escuela exegética, ver LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Ed. Perrot, Bs. As., 1961, t. I. ps. 98 y ss.



chos civiles de todos los habitantes de la Unión brindando igual protección de las leyes, la Corte Suprema declaró inválidas las primeras leyes laborales y de seguridad social que se dictaron (9).

Los franceses observaban absortos estos excesos, lo que llevó a Edouard Lambert en un crítico ensayo a hablar de *gobierno de los jueces* (10). El apogeo del control de la Corte a las decisiones del poder político se produjo con su tenaz oposición a las leyes que impulsó el Presidente Franklin Roosevelt conocidas como *New Deal* para superar la crisis económica desatada en 1929. El conflicto fue superado, y desde 1938 en adelante, la Corte no volvió a declarar la inconstitucionalidad de leyes de carácter económico y social. Luego de la segunda guerra mundial, en cambio, comenzó una nueva etapa —conocida como *Era Warren*— que enfocó el control en la protección de los derechos civiles y políticos, en especial de las minorías raciales.

En Francia, en cambio, durante el siglo XIX las distintas constituciones que se sancionaron —tanto en períodos monárquicos como republicanos—, fortalecieron a la administración y siguieron fieles al principio de *soberanía de la ley*. Como los jueces no podían resolver los conflictos entre la administración pública y los particulares, se creó el Consejo de Estado (1799), como órgano asesor del Ejecutivo, y luego se transformó en una suerte de “Justicia delegada”. Las “Cartas Constitucionales” de 1814 y 1830 contuvieron limitadas declaraciones de derechos. Las Leyes Constitucionales de 1873-1875 de la Tercera República tuvieron como exclusivo objetivo organizar el poder.

En Alemania, el proceso fue diferente, pero similar en cuanto al no reconocimiento de poder de control a los jueces. La Confederación de 1815 agrupó a distintas entidades soberanas que se dieron constituciones pero inspiradas en principios monárquicos. Con la unidad alemana, encabezada por Bismarck se sancionó la Constitución del Imperio (I Reich), típica de estructuración del poder, aunque esta vez bajo el sistema federal. No obstante, la doctrina alemana elaboró principios importantes para el constitucionalismo: la noción de Estado de Derecho (*Rechtsstaat*), la distinción entre *leyes formales* y *leyes materiales*, el principio de *reserva de ley* y la posición de los derechos fundamentales (11).

España hasta la aprobación de la Constitución de 1978 vivió un proceso pendular durante los siglos XIX y XX, en los que pasó de breves períodos de vigencia de Constituciones liberales (Constitución de Cádiz de 1812-1814; la de 1837 —vigente hasta 1843—, la de 1869 —que rigió sólo

---

(9) El caso paradigmático es “Lochner vs. New York” de 1905.

(10) “Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats Unis. L’expérience américaine du contrôle judiciaire de constitutionnalité”, Girard, Paris, 1921.

(11) JIMÉNEZ ASENSIO, ob. cit., p. 115.

cuatro años— y la de la Segunda República de 1931 —que tuvo vigencia formal hasta 1939—, y otros más largos de Constituciones monárquicas y conservadoras (Estatuto de Bayona de 1808, Estatuto Real de 1834, Constituciones de 1845 y 1876), pasando por períodos dictatoriales (Primo de Rivera —1923-1929—, Francisco Franco —1939-1975—). Durante el siglo XIX, al igual que en Francia, los jueces se configuraron como un cuerpo de funcionarios dependiente del Ministerio de Justicia y, en todo caso, sometido a las leyes dictadas por el Parlamento. La Constitución de 1931 fue la primera de la que puede decirse que adscribió a la *supremacía material* de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico (instauró un Tribunal Constitucional), pero rigió en la época de la guerra civil (1936-1939), que hizo que no llegara a arraigarse. Pese a ello, tuvo una influencia fundamental como precedente de la Constitución de 1978. Es recién a partir de la entrada en vigencia de esta última en que España abraza el modelo de la *Constitución normativa* (12).

El proceso europeo se desarrolló sobre la base de la *centralidad de la ley*, de forma tal que ello imposibilitó que los textos constitucionales tuvieran carácter normativo. Aunque los textos constitucionales proclamaran derechos, no tenían fuerza prescriptiva; la *concreción* de los mismos era tarea exclusiva del legislador. Pero en la última parte del siglo XIX comenzó a producirse una tensión entre el contenido de las constituciones y lo obrado por los Parlamentos, a partir del ingreso a los mismos de representantes de los partidos socialistas. A ello se agregó la construcción de Estados federales, que dieron lugar a la necesidad de un sistema para dirimir los conflictos entre las incumbencias del gobierno federal y los estatales, lo que puede ubicarse entre los primeros precedentes de lo que luego se conocería como control de constitucionalidad concentrado (13).

Hans Kelsen, al proyectar la Constitución de Austria de 1920, elaboró un sistema de control de constitucionalidad, alejado de la tradición francesa, pero diferenciado del modelo estadounidense. El mismo se transformó en el *modelo europeo de control de constitucionalidad*, que se expandió sobre todo luego de la segunda guerra mundial, aunque con importantes modificaciones respecto del modelo kelseniano original.

Consistió básicamente en la creación de un órgano *ad hoc*, llamado Tribunal Constitucional, con la exclusividad del control de la adecuación de las normas a la Constitución, pero en la concepción de Kelsen debía ejercer un control abstracto y no con motivo de la resolución de un caso

---

(12) JIMÉNEZ ASENSIO, ob. cit., ps. 175 y ss.

(13) En 1874 se aprueba la Constitución de la Confederación Suiza que crea un Tribunal Federal para dirimir tales cuestiones. Lo mismo ocurrió con el régimen constitucional alemán de 1871, y luego se trasladó a la Constitución de Weimar de 1919.

judicial. Solamente determinados órganos políticos estaban legitimados para impugnar la validez de la ley. La idea fue brindar un tratamiento especial a la ley, acorde con su *dignidad democrática*, lo que ha llevado a hablar de *privilegio jurisdiccional de la ley* (14). Es decir, la tensión entre el origen democrático de la ley y su eventual colisión con la Constitución no podía ser resuelta por jueces ordinarios, sino por un órgano especializado, normalmente constituido por personas con trayectoria política y con formación en el derecho público, que además duraban períodos determinados en su función. Luego en 1929 se introdujo en Austria la variante del control concreto o cuestión de constitucionalidad, que los jueces de grado planteaban por vía de elevación al Tribunal Constitucional.

El modelo fue seguido por Checoslovaquia (1920) y la República Española (1931), pero luego se expandieron en Europa los regímenes totalitarios, que, dinamitaron toda posibilidad de control de constitucionalidad de las normas. Las violaciones masivas de los derechos humanos que ello acarreó hicieron que todos los países (especialmente los países que habían sufrido tales regímenes), se dieran constituciones con declaraciones de derechos fundamentales, y sobre todo con mecanismos especiales de control para que éstos no quedaran en la letra de los documentos, sino que se respetaran efectivamente en la práctica institucional, lo que se procuró fundamentalmente mediante el fortalecimiento de la jurisdicción constitucional concentrada.

Ha habido tres “oleadas” en este proceso. La primera signada por las Constituciones de Austria de 1945, de Italia de 1947 y de Alemania de 1949 (Le Fundamental de Bonn). La segunda corresponde a la década del setenta (Constituciones de Grecia —1975—, Portugal —1976—, y España —1978—), y la tercera, a la de los países que se dan nuevas constituciones a medida que se liberan del dominio soviético luego de la caída del muro de Berlín. El modelo tiene sus variantes según cada país, pero casi todos se caracterizan por la existencia de un Tribunal Constitucional que ejerce un control de constitucionalidad concentrado. En otros casos, el sistema del control concentrado rige en forma paralela al sistema difuso de raíz norteamericano (Grecia, Chipre, Malta), y en otros prevalece este último (Dinamarca, Suecia, Noruega).

Francia se mantuvo fiel al desconocimiento de facultades a los jueces para controlar la constitucionalidad de las leyes —que se remonta, como vimos, a la Revolución Francesa—, hasta tal punto que la Constitución de 1958 instituyó un Consejo Constitucional (órgano de carácter política) con la misión de ejercer ese control en forma preventiva y en abstracto (o sea, luego de la sanción de la ley pero antes de su promulgación), a pedido de determinados altos funcionarios políticos o de una minoría de

---

(14) JIMÉNEZ ASENSIO, ob. cit., p. 147.

legisladores. Recién en 2009 se introdujo la posibilidad de que las partes plantearan en un juicio la cuestión constitucional ("*cuestion prioritaire de constitutionnalité*"), y si el máximo tribunal competente (Consejo de Estado o Tribunal de Casación), lo estima pertinente, es elevado al Consejo Constitucional para su consideración.

En definitiva, a partir de 1945, Europa abandonó el modelo de la *constitución política*, con soberanía de la ley, por el de la *constitución normativa*, con soberanía de la Constitución. Es decir, la norma fundamental *impregna* todo el orden jurídico, y ello obliga a todos los jueces, siendo los tribunales constitucionales los *garantes* de última instancia de los derechos fundamentales. Y dentro del abanico de competencias por los cuales entienden estos tribunales, la cuestión de constitucionalidad (o sea, los incidentes elevados por los jueces surgidos en casos concretos) adquiere una importancia decisiva, lo mismo que las sentencias dictadas en los recursos de amparo. En esta tarea, adquiere una importancia fundamental el rol de *definidor* del contenido esencial de los derechos fundamentales.

Este desarrollo histórico está en la raíz de lo que se conoce como *neoconstitucionalismo*. Es decir, es "*neo*" porque es nuevo en relación al constitucionalismo que se conociera y rigiera la historia europea hasta mediados del siglo XX. Pero no es nuevo si se lo compara con el sistema constitucional de EE.UU. y de aquellos países —como Argentina— que siguieron sus aguas. Los autores europeos lo tienen claro. Alfonso García Figueroa explica que no puede hablarse de "*impacto de la constitucionalización*" en EE.UU. (ni tampoco en Gran Bretaña, aunque por otras razones), sino que el mismo "*se hace más sensible en donde representa una verdadera novedad, esto es, en la cultura jurídica estatalista y legicéntrica del continente*" (15).

### III. LAS CARACTERÍSTICAS DISTINTIVAS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

Los autores europeos llaman al proceso descrito "*constitucionalización del ordenamiento jurídico*", entendido como el proceso de transformación al término del cual todo el ordenamiento jurídico resulta "impregnado" por las normas constitucionales. El "*ordenamiento jurídico constitucionalizado*" se caracteriza así por una Constitución "invasora", "entrometida", capaz de condicionar no solo la legislación y la jurisprudencia, sino también a la doctrina, a la acción de los políticos y a las relaciones sociales (16).

---

(15) "La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo", en CARBONELL, MIGUEL (Dir.), *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., p. 162.

(16) GUASTINI, RICARDO, "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en Carbonell, M. (Dir.) *Neoconstitucionalismo(s)*, ob. cit., p. 49.

Ricardo Guastini ha definido siete condiciones para que un ordenamiento jurídico pueda considerarse “impregnado” por la Constitución, que es aceptado por distintos autores que se han ocupado del tema (17). Ellas son: 1) una constitución rígida; 2) la garantía jurisdiccional de la Constitución; 3) la fuerza vinculante de la Constitución; 4) la “sobreinterpretación” de la Constitución; 5) la aplicación directa de las normas constitucionales; 6) la interpretación conforme de las leyes; 7) la influencia de la Constitución en las relaciones políticas.

Dejando de lado las tres primeras —bien conocidas por nosotros—, la cuarta condición es la más interesante a los efectos que nos ocupan. Guastini parte de la premisa de que toda Constitución es un texto “finito”, completo o limitado, y por ende fatalmente contiene lagunas, de manera que nunca podría regular toda la vida social y política de un país. En segundo lugar, la existencia de una laguna no depende del texto en sí mismo, sino de cómo es interpretado, y así puede ser susceptible de una interpretación restrictiva (literal) o de una extensiva. Si se opta por la primera variante, existirán espacios jurídicamente vacíos, en los cuales el legislador será libre de disponer en uno u otro sentido; en otras palabras, gozará de discrecionalidad política, y por ende no será pasible de ningún control jurisdiccional. Por el contrario, la opción por la interpretación extensiva conduce a la “sobreinterpretación” del texto constitucional; lo cual implica que se extraigan del mismo normas jurídicas implícitas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política. En estos casos no quedan espacios vacíos; todo está prerregulado por la Constitución, se achica el ámbito de discrecionalidad legislativa, y por ende no existen leyes que escapen al control de constitucionalidad. Este es el fenómeno que se produce con el proceso que analizamos.

En cuanto a la quinta condición es de tener presente que según la concepción liberal clásica la función de la Constitución no era regular las relaciones sociales de los ciudadanos entre sí, las que debían ser materia de la legislación ordinaria. Por el contrario —dice Guastini—, en el constitucionalismo actual se tiende a pensar que la función de la Constitución es moldear las relaciones sociales. No es solamente un límite al legislador sino también un programa que se debe desarrollar aplicándose sus disposiciones directamente.

La sexta tiene que ver con la técnica de interpretación de la ley. Normalmente, toda disposición legislativa es susceptible de diversas interpretaciones: una puede conducir a su inconstitucionalidad, y la otra a lo contrario. El juez debe optar por esta última; es decir, a la interpretación

---

(17) COMANDUCCI, PAOLO, “Formas del (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico” y GARCÍA FIGUEROA, ALFONSO, “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”, ambos en CARBONELL, M. (Dir.), *Neoconstitucionalismo(s)*, ps. 75 y 159 respectivamente.

"conforme" a la validez de la norma (también llamada "adecuadora" o "armonizadora" con el texto constitucional).

La última condición depende de la fluctuación entre una actitud de *self-restraint* (respeto a la discrecionalidad política del legislador) o de activismo judicial. En este último camino frecuentemente se recurre a la invocación del principio de razonabilidad, y a la ponderación de los principios constitucionales en conflicto.

De lo expuesto se deriva que este nuevo constitucionalismo conduce a un aumento creciente del poder de los jueces en detrimento del legislador. Dice Prieto Sanchís que al haber dejado la ley de ser la única, suprema y racional fuente del derecho, la teoría positivista entró en crisis, y el constitucionalismo impulsó una nueva teoría del derecho, cuyos rasgos sobresalientes son: 1) más principios que reglas; 2) más ponderación que subsunción; 3) omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas, en lugar de espacios vacíos a favor de la opción legislativa o reglamentaria; 4) omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario, y 5) coexistencia de una constelación plural de valores (18).

Es destacable lo señalado por Alfonso García Figueroa quien enfatiza este desplazamiento del protagonismo desde el Legislativo al Judicial, con todo lo que ello significa de lesión para el principio democrático. Sostiene que los principios constitucionales presentan una "naturaleza bifronte": por un lado constituyen un límite al legislador (tienen un "núcleo duro"), pero al mismo tiempo confieren un mayor margen de discrecionalidad. Y desde este ángulo —sostiene— exhiben un comportamiento selectivo que los lleva a mostrar su rostro más severo, más restrictivo, al legislador, y su rostro más amable, más concesivo, al aplicador del derecho (19).

Desde el punto de vista de la filosofía del derecho, el neoconstitucionalismo ha producido una verdadera revolución. En efecto, como expresa García Figueroa, la transformación de los sistemas jurídicos desde el Estado de Derecho (sin más especificaciones) hacia el Estado Constitucional ha condicionado profundamente el discurso filosófico-jurídico, hasta el punto de fundar una nueva teoría del Derecho, cuyo presupuesto sería el "*paradigma del constitucionalismo*", que implica, entre otras cosas, la "*desfiguración de la contraposición entre iusnaturalismo y positivismo*". Confluyen en esta concepción distintos autores desde diversos ángulos de mira; de ahí que puede hablarse de "*filósofos del derecho con*

---

(18) "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en CARBONELL, M. (Dir.), *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 131. Lo de la "constelación plural de valores" es especialmente puesta de manifiesto por ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *El derecho dúctil*, Ed. Trotta, Madrid, 2003, 5ta. ed.

(19) Ob. cit., p. 168.

*vocación de constitucionalistas*" y de "*constitucionalistas con vocación de filósofos*" (20). Para García Figueroa se ha dado un proceso de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos o la materialización de la regla de reconocimiento del sistema (en el sentido de que el sistema jurídico está vinculado a la moral conceptualmente) (21). Para Mauro Barberis el rasgo distintivo del neoconstitucionalismo —que lo diferencia del iuspositivismo y del iusnaturalismo— es que el Derecho no se distingue necesariamente de la moral en cuanto incorpora principios comunes a ambos (22). Por su parte Paolo Camanducci dice que la teoría del Derecho neoconstitucionalista resulta ser *nada más que el positivismo jurídico de nuestro días* (23).

#### IV. EL SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD TRADICIONAL EN ARGENTINA

De acuerdo a lo que vimos sobre el origen histórico del neoconstitucionalismo, así como muchos autores descartan que pueda hablarse del mismo en EE.UU., lo mismo podría decirse de nuestro país, en la medida que, desde los orígenes de su organización institucional a mediados del siglo XIX siguió las aguas del control judicial de constitucionalidad instaurado por aquel país desde principios de ese siglo (24).

---

(20) Ob. cit. ps. 160/161. Cita García Figueroa a: la teoría de la argumentación jurídica y moral de Alexy, el ideario garantista de Ferrajoli, las objeciones de Dworkin y las correcciones de Coleman y Walluchov al positivismo hartiano, las teorías de los derechos fundamentales de Peces-Barba y la dogmática constitucional de Zagrebelsky.

(21) Ob. cit., ps. 161 y 165.

(22) "Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral", en CARBONELL, M. (Dir.), *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 260. Este autor hace especial hincapié en el "teorema fundamental de la filosofía del Derecho" de Carlos S. Nino, que se basa en la tesis de que el Derecho, en cuanto hecho, sólo puede considerarse obligatorio si está justificado; o sea, si está apoyado en principios morales. Se basa, fundamentalmente, en la relación entre constitucionalismo y democracia expuesta por Nino en su libro póstumo "The Constitution of Deliberative Democracy" (Univ. de Yale, 1996).

(23) Ob. cit., p. 88.

(24) Es bien conocida la expresión de José Benjamín Gorostiaga como miembro informante de la Comisión de Negocios Constitucionales de la Convención reunida en Santa Fe en 1853, en el sentido de que el proyecto de Constitución estaba "*vaciada*" en el molde de la Constitución de EE.UU., como así también que la Corte Suprema (con la firma de Gorostiaga, quien la integró como juez y Presidente durante los primeros años de su existencia) años después dijo: "*El sistema de gobierno que nos rige no es una creación nuestra: Lo hemos encontrado en acción, probado por largos años de experiencia y nos lo hemos apropiado.*" (Fallos: 19:231, "Lino De la Torre", 1877). Domingo F. Sarmiento (primer profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires, pese

En octubre de 1862 se sancionó la ley 27 de Organización de los Tribunales Federales (reglamentaria del art. 100 de la C.N. de ese momento), que en su art. 3 prescribió: "*Uno de sus objetos es sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella*". Esta ley —lo mismo que la ley 48 que a los ocho meses le hizo adiciones y correcciones— fue de inspiración estadounidense (25). Habiendo adoptado nuestro país el sistema federal de Estado, debía regular la organización y competencia de los tribunales federales, diferenciándose de los provinciales, y por lo tanto imitó a EE.UU. El país del norte llevaba ya cerca de sesenta años de control de constitucionalidad de las leyes por los jueces, y por lo tanto la *prescendencia* de aplicación por éstos de las leyes que a su juicio contrariaran la ley fundamental era algo natural y consustancial al sistema mismo.

Fue así como, a poco de comenzar a funcionar la Corte Suprema de la Nación —en diciembre de 1863— no titubeó en declarar inconstitucional un decreto del Poder Ejecutivo Nacional de la época de la Confederación que había atribuido facultades jurisdiccionales al Capitán del Puerto de Rosario, por entender que violaba el principio constitucional de división de poderes (26), y dos años después declaró expresamente la inconstitucionalidad de una ley de la Provincia de San Luis que establecía un impuesto a los productos que salieran de ella, por considerar que vulneraba la delegación a la Nación de la facultad exclusiva de imponer derechos de exportación e importación (art. 9 C.N.) (27).

Dos décadas después, en el conocido caso "Sojo" dejó sentada la célebre frase: "*El 'palladium' de la libertad no es una ley suspendible en sus efectos, revocable según las conveniencias públicas del momento, el 'palladium' de la libertad es la Constitución, ésa es el arca sagrada de todas las*

---

a no ser abogado), inspirándose en Joseph Story, escribió "Comentarios a la Constitución Nacional" en 1853, en los que insistió (quizás para desmerecer la influencia de Alberdi), que la Constitución argentina era una "*adaptación*" de la norteamericana, y por ello había que seguir la doctrina y la jurisprudencia del país del norte, renunciando a cualquier "*pretensión de originalidad*". Alberdi le replicó con dureza (en las "Cartas quillotanas") acusando al sanjuanino de ser poco "*versado*" en derecho, y señalando varias diferencias que el texto argentino tenía respecto del estadounidense. La Corte Suprema, pese a la reiterada invocación en su primera época de los precedentes norteamericanos, no dejó de rectificar tiempo después su primitiva postura, señalando la originalidad del proceso constitucional argentino (Fallos: 68:234; "Ferrocarril Central Argentino c. Provincia de Santa Fe", 1897).

(25) Tanto la ley 27 como la ley 48 se inspiraron en la ley de "Judiciary Act" de 1789 de EE.UU. Ver: SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Recurso extraordinario*, t. I, Depalma, Bs. As., ps. 209 y ss.

(26) Caso "Ríos, Ramón", Fallos: 1:32 (4/12/1863).

(27) "Mendoza c. Provincia de San Luis", Fallos: 3:31 (5/12/1865).



*libertades, de todas las garantías individuales cuya conservación inviolable, cuya guarda severamente escrupulosa debe ser el objeto primordial de las leyes, la condición esencial de los fallos de la justicia federal".* Citó el fallo "Marbury vs. Madison" y agregó: "*Es de la esencia del sistema constitucional que nos rige, la limitación de los poderes públicos a sus atribuciones y facultades demarcadas como derivadas de la soberanía del pueblo, por expreso consenso*" (28).

Como para que no quedaran dudas del poder de control de constitucionalidad que debían ejercer los jueces, al año siguiente dijo en "Municipalidad de la Capital c. Elortondo": "*Que es elemental en nuestra organización institucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con esta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos*" (29).

Quince años después declaró la inconstitucionalidad de una ley provincial (30), y en muchos casos posteriores, aún cuando no concluyó declarando la invalidez de las leyes en cuestión, no dejó de ejercer ese poder de control (31).

Pero el control estuvo fundamentalmente enfocado en la distribución de competencias establecido en la Constitución (sobre todo de las que hacen al Estado federal) y en las leyes de emergencia económica. La legislación ordinaria o de derecho común rara vez fue objeto de cuestionamiento constitucional porque se partía de la base de que era privativa del Legislador. Es decir, era este poder del Estado el que *concretizaba* los derechos, reglamentando su ejercicio. La fuente continental de nuestros códigos y la inspiración de los comentaristas y doctrinarios en los autores europeos contribuyeron a ello. A su vez, el estudio del derecho constitucional se centró, sobre todo, en la organización y distribución de competencias de los poderes del Estado. No se dejaban de estudiar los derechos fundamentales enunciados en la Primera Parte de la Constitu-

---

(28) Fallos: 32:120 (15/09/1887).

(29) Fallos: 33:162 (14/04/1888).

(30) "Hileret", Fallos: 98:20 (1903).

(31) "Ercolano" (Fallos: 136:164) (1922), "Horta" (Fallos: 137:47) (1922), "Mango" (Fallos: 144:219) (1925), "Avico" (Fallos: 172:21) (1934), "Inchauspe Hnos." (Fallos: 277:158), para citar sólo los más conocidos de las primeras décadas del siglo XX.

ción, pero no se profundizaba demasiado en su *contenido* y menos aún en el control de razonabilidad de las leyes (32).

Ello así porque nuestro país nació con una dualidad jurídica. En materia constitucional siguió a EE.UU. pero en materia de derecho común (sobre todo civil y comercial) fue netamente de inspiración continental europea, y por lo tanto se siguió al pie de la letra el principio de soberanía de la ley.

Esta concepción llevó a Vélez Sarsfield y Acevedo cuando elaboraron el Código de Comercio para el Estado de Buenos Aires en 1859 (luego adoptado como código de fondo para todo el país en 1862), a introducir en el Título Preliminar con carácter prescriptivo: "III.- *Se prohíbe a los jueces expedir disposiciones generales o reglamentarias, debiendo limitarse siempre al caso especial de que conocen*", y a continuación: "IV.- *Sólo al Poder Legislativo compete interpretar la ley de modo que obligue a todos. Esa interpretación tendrá efecto desde la fecha de la ley interpretada: pero no podrá aplicarse a los casos ya definitivamente concluidos*". Es decir, los jueces debían aplicar la ley sin cuestionarla, y si algún tipo de dificultad o dudas ello generaba, debían comunicárselo al legislador para que lo remediara (33).

El profesor estadounidense Jonathan Miller ha destacado la importancia que tuvo en nuestro país la sanción del Código Civil en 1869, toda vez que dio paso a visiones continentales clásicas de *derecho autónomo racionalista*. Antes de ello, los jueces disponían de distintas fuentes de derecho, incluyendo la apelación al derecho natural y a la equidad. La redacción del código fue encargada por el Presidente Bartolomé Mitre a Vélez Sarsfield como obra "*científica*" (producto de tomar lo mejor de los códigos de la época) y por ello fue sancionado a libro cerrado siendo ya Presidente Domingo F. Sarmiento. La intención fue que se aplicara, sin miramientos la ley, con lo que se lograría la seguridad jurídica que fal-

---

(32) Sería injusto no señalar como excepción a Juan Francisco Linares con su obra "Razonabilidad de las leyes" publicada en 1960. Asimismo, Bidart Campos se preocupó, desde la primera edición de su Manual, por explicitar los derechos enunciados en la Constitución teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte.

(33) El art. 2 de la ley 340 —que puso en vigencia el Código Civil desde el 1/01/1871— prescribió: "*La Suprema Corte de Justicia y los Tribunales Federales de la Nación darán cuenta al Ministro de Justicia, en un informe anual, de las dudas y dificultades que ofreciere en la práctica, la aplicación del código, así como de los vacíos que encontrasen en sus disposiciones para presentarlas oportunamente al Congreso*", y el art. 3: "*El Poder Ejecutivo recabará de los Tribunales de Provincia, por conducto de los respectivos gobiernos, iguales informes para los fines del artículo anterior*".

taba y se contrarrestarían las tendencias a la anarquía que habían caracterizado las primeras décadas de nuestra vida independiente (34).

Pese a la habilitación legislativa del art. 3 de la ley 27 referida, entonces, al menos en cuanto a la interpretación y aplicación del derecho común se refiere, los jueces —en consonancia con la inspiración francesa de nuestro Código Civil— en gran parte actuaron como si el modelo constitucional fuera el de la *constitución política* (35). Hicieron un uso muy poco frecuente —casi excepcional— de la atribución de no aplicar una norma legal por considerarla inconstitucional. Imperó en la jurisprudencia —hasta mediados de la década del ochenta del siglo pasado— la máxima *los jueces no deben juzgar sobre las bondades de la ley*, o, con términos aún más terminantes, *sobre la justicia de la ley*. La Corte Suprema acuñó pautas muy estrictas respecto del control de constitucionalidad. La declaración de invalidez de una norma por esta vía debía ser la *última ratio* del orden jurídico; es decir, el último recurso al cual debía acudir. Solamente cuando la ley no diera margen alguno para una interpretación acorde a la Constitución, y cuando el resultado al cual se arribara con su aplicación fuera manifiestamente injusto. La directiva de que el control de constitucionalidad sólo podía hacerse a pedido de parte, nunca de oficio (36), unido a pautas muy estrictas respecto del reconocimiento de legitimación activa para que se generara un *caso judicial* (afectación de un derecho subjetivo o, en todo caso, de un interés legítimo) completó el cuadro.

La ley 48 —dictada en 1863 y complementaria de la ley 27— institucionalizó a la Corte Suprema como guardiana de la supremacía del derecho federal (Constitución Nacional, tratados internacionales y leyes federales, conforme art. 31 de la C.N.), sobre todo en relación a lo que los tribunales provinciales pudieran hacer, y dejó expresamente en claro que la interpretación y aplicación que éstos hicieran de los códigos de fondo no daban ocasión al recurso extraordinario federal. Es decir, en esta materia los tribunales locales debían ser *soberanos*. La eventual contradicción de cláusulas de estos códigos podía dar lugar a una cuestión federal (37) —y por ende a la excepcional intervención de la Corte Nacional—, pero

---

(34) MILLER, JONATHAN, "Control judicial de constitucionalidad y estabilidad constitucional: Sociología del modelo estadounidense y su colapso en la Argentina", extracto de la tesis doctoral, ver [http://www.org/newsletters/19/news19\\_miller.pdf](http://www.org/newsletters/19/news19_miller.pdf).

(35) Opina Jonathan Miller (ob. cit.) que la mentalidad jurídica de la codificación alcanzó también a la Corte Suprema desde la década de 1870 hasta el juicio político a sus miembros de 1947. El tribunal aplicó criterios estrictamente racionalistas, alejándose de la apelación a la equidad o al derecho natural.

(36) La Corte sentó los fundamentos de ello en el fallo "Ganadera Los Lagos c. Nación Argentina" de 1941 (Fallos: 190:142).

(37) Inciso 1 del art. 14 de la ley 48.

ello fue imaginado sólo como una hipótesis lejana, dado que no se concibió —por los motivos dados— que las partes o los jueces cuestionaran la validez de la reglamentación de los derechos que el legislador hiciera por vía de las normas de carácter permanente. La revisión de la interpretación de los jueces del derecho común por vía de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia surgió mucho después.

Si se hace un repaso de los casos judiciales en que se ejerció control judicial de constitucionalidad se advertirá que casi siempre estuvo referido a la violación de la distribución de competencias establecidas en la Constitución o a leyes de emergencia. Pocas veces el cuestionamiento se dirigió a las normas de los códigos de fondo o de las leyes complementarias; es decir, a la legislación nacional de carácter permanente. En esta materia, más allá de la razonabilidad de este tipo de normas, prevaleció una espontánea deferencia hacia el legislador. Los jueces aplicaban las leyes aunque la solución pudiera no ser justa, y los doctrinarios se limitaban a propiciar soluciones *de lege ferenda*. Rara vez se atacaba una ley con el argumento de su inconstitucionalidad. Es que la Constitución enunciaba derechos sin definirlos ni precisarlos; esto era una tarea del legislador. No se desconocía el límite de la razonabilidad impuesto por el art. 28 de la C.N., pero en cierta forma se entendía que sólo podía echarse mano de él en casos extremos, como las leyes de emergencia que restringían el ejercicio de los derechos en mayor medida que lo ordinario.

## V. EL SURGIMIENTO DEL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ARGENTINA

A mi modo de ver, el panorama del control judicial descripto comenzó a cambiar a partir de la década de 1980 del siglo pasado, siendo paradigmático el fallo "Sejean c. Zaks de Sejean" de 1986, en el que la Corte declaró la inconstitucionalidad de un artículo de la Ley de Matrimonio Civil —que establecía el divorcio no vincular— que llevaba casi cien años de vigencia, adelantándose a su derogación por el Congreso seis meses después. Pero antes se había dictado el fallo "Ponzetti de Balbín" (1984), que se preocupó por precisar el alcance del derecho a la intimidad, en la misma época, "Bazterrica" (1986) donde hizo lo propio en relación al principio de autonomía personal, y "Portillo" (1989) sobre la objeción de conciencia, además de emitir otros importantes fallos acerca de las garantías procesales penales (38).

Se fortaleció el principio de *operatividad de los derechos* (o de *eficacia directa* al decir de los autores europeos) —que ya había dado lugar

---

(38) "Fiorentino" del 27/11/84 (Fallos: 306:1752); "López, Eduardo" del 10/12/87, "Fato, Juan José" del 24/03/88, "Romero, Héctor" del 1/12/88, "Ferrer, Florentino" del 10/07/90, "Fiscal c. Fernández" del 11/12/1990.

al alumbramiento de la acción de amparo (“Siri”, 1957)—, con el fallo “Ekmekdjian c. Sofovich” de 1992.

Asimismo, la Corte en la década de 1980, en la tarea de *ponderar* derechos o bienes constitucionales (*principios*) en conflicto, comenzó a fijar *reglas*, que ella misma luego comenzó a llamar *doctrina constitucional* (me refiero a las doctrinas “Campillay” y de la real malicia) (39).

Es decir, comenzaron a aparecer las notas típicas descriptas por Guasini delo que se ha denominado neoconstitucionalismo: más ponderación que subsunción; apelación a los principios constitucionales e intento de precisión de sus contenidos esenciales; invocación de principios constitucionales implícitos (40); elaboración de reglas a partir de la resolución de conflictos entre derechos constitucionales (*reglas jurisprudenciales de fuente constitucional*); omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas. Al hacerse explícitos derechos antes implícitos (derecho al honor, a la dignidad humana) adquirieron, a mi juicio, mayor fuerza deóntica; es decir, se fortaleció el *mandato de optimización* que todo principio constitucional implica.

Este proceso se profundizó luego de la reforma constitucional de 1994, al incorporarse un capítulo de Nuevos Derechos y Garantías (arts. 36 a 43) y actualizarse la Primera Parte en forma indirecta por medio de la reformulación de las atribuciones del Congreso (art. 75, incs. 17, 19 y 23), y en especial con la jerarquización constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos (art. 75, inc. 22).

El principio de *operatividad de los derechos* adquirió una nueva dimensión, volviéndose operativo el hábeas data antes de su reglamentación legal (41), lo mismo que el amparo colectivo, sin que hasta hoy se haya dictado una nueva ley nacional como parece ordenar el art. 43 de la C.N. (42). Asimismo, la Corte extrajo de la interpretación de los nuevos derechos y garantías constitucionales, las “acciones de clase” (43).

Se ha ampliado notablemente el control judicial de constitucionalidad. Los abogados que en otros tiempos rara vez planteaban la inconstitucionalidad de una norma, ahora lo hacen con frecuencia, y apelan, sobre todo, al principio de razonabilidad, que, como hemos visto, apunta al contenido y no a la validez formal de las normas. Las declaraciones

---

(39) Fallos: 308:789 (“Campillay”), 319:2741 (“Morales Solá”), entre otros.

(40) V.g.: la dignidad humana en “Sejean”.

(41) Fallos: 321:2767 (“Urteaga”) (1998).

(42) Me remito a mi trabajo “El régimen constitucional y legal del amparo”, en DALLA VÍA-GARCÍA LEMA (Dir.), *Nuevos derechos y garantías*, t. II, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2008, p. 289.

(43) Fallos: 332:111 (“Halabi”) (2009).

de inconstitucionalidad por parte de los jueces de distintas instancias y jurisdicciones, no ya de leyes de emergencia o de normas provinciales por violar competencias del Estado Nacional, sino de leyes ordinarias de derecho común han dejado de ser una rareza. Y ello se hace sobre la base de una interpretación maleable y elástica de los principios constitucionales.

Es particularmente notable la mutación de los autores de otras disciplinas distintas del derecho constitucional hacia una valorización de los principios constitucionales y el énfasis puesto en su *impregnación* del ordenamiento jurídico y su fuerza normativizadora. Así, desde el campo civilista se habla de *derecho privado constitucional* (44) bajo cuyo prisma se analizan todas las instituciones jurídicas, ya no desde sus bondades sino desde su validez.

El derecho de familia en particular ha sido objeto en los últimos tiempos de una especial mirada constitucional, con la intención de propender a su radical modificación, lo que ciertamente ha tenido éxito (45) y más aún lo tendrá si el Proyecto de Código Civil de 2012 se convierte en ley (46).

Puede decirse, entonces, que en nuestro país se da en la actualidad una de las notas más características del neoconstitucionalismo: la *sobreinterpretación de la Constitución*. Todo parece extraerse de la norma fundamental, y por ende el campo de la *configuración legislativa* está muy acotado (al menos, se ha reducido).

La *sobreinterpretación* de la Constitución conduce a una notable ampliación del poder de los jueces, que, como hemos visto, es una de las notas más distintivas del neoconstitucionalismo, y que pone en tela de juicio todo el esquema clásico de división y equilibrio de los poderes del Estado.

## VI. FALLOS JUDICIALES QUE HAN DECLARADO LA INCONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS DERECHO COMÚN

Como dije antes, era impensable en otros tiempos que las normas de la legislación de derecho común fueran declaradas inconstitucionales por los jueces. Ello así porque, tratándose de leyes de carácter permanente, difícilmente podían implicar una restricción más acentuada que la ordinaria de los derechos constitucionales.

---

(44) Ver: RIVERA, JULIO CÉSAR, "El derecho privado constitucional", en *Rev. de Derecho Privado y Comunitario*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 27.

(45) Basta citar la ley 26.618 llamada de "matrimonio igualitario".

(46) Especial referencia hace la exposición de motivos del Anteproyecto (convertido en Proyecto al enviarse al Congreso y tener estado parlamentario).

Dejando de lado el precedente del caso "Sejean", fue a partir de la reforma constitucional de 1994 que ello comenzó a cambiar, sobre todo en materia de derecho de familia, a partir de una interpretación maleable y elástica de los principios del interés superior del niño (art. 3 C.I.D.H.) y del derecho a la identidad biológica (art. 8 C.I.D.H.). Así, por ejemplo, el Tribunal de Familia n° 1 de Quilmes declaró la inconstitucionalidad de los arts. 312 y 337 inc. d) del Código Civil en cuanto exigían que, en el caso de adopción por más de una persona, los adoptantes debían ser cónyuges, entendiéndose que, en el caso —hombre y mujer divorciados pero que habían tenido la guarda de la niña estando casados—, ello era contrario al primero de los principios enunciados y a la protección integral de la familia (47).

También fue cuestionado en los tribunales la validez del art. 259 del C.C. en cuanto desconocía legitimación activa a la mujer para impugnar la paternidad del marido, con fundamento en que contrariaba, entre otras, la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, siendo de destacar que la desestimación en la Corte fue por una mayoría ajustada (48).

Institutos hasta el momento insospechados de inconstitucionalidad como la adopción plena fueron puestos en crisis bajo el cuestionamiento de que su carácter irrevocable y la prohibición de las acciones de filiación posteriores vulneraban el principio de la identidad biológica del art. 8 de la C.A.D.H., lo que dio lugar a interesantes polémicas (49). Sobre la base del mismo principio se cuestiona la constitucionalidad del ya mencionado art. 259 del C.C. en cuanto limita la legitimación para cuestionar la paternidad del marido sólo a éste y al hijo una vez llegado a la mayoría de edad (50).

Comenzaron a surgir fallos inimaginables en otras épocas. Un juez de primera instancia declara la inconstitucionalidad de los arts. 312 ap. 2 y 337 inc. 1 del C.C. que establecen que entre adoptante y adoptado debe haber una diferencia de 18 años de edad por estimarlo contrario a la protección integral de la familia y a principios de tratados internacionales en el caso de la "adopción integrativa" (adopción del hijo del cónyuge) (51).

---

(47) Fallo "V., D. A." del 23/09/1999, primer voto del Dr. Alberto Dalla Vía, pub. en *La Ley*, 1999-F, 625, con comentario de BIDART CAMPOS, GERMÁN.

(48) "D.P.V.A. c. O.C.H." (L.L. 1999-F, 679).

(49) Ver MIZRAHI, MAURICIO, "Objeciones constitucionales a la nueva ley de adopción (ley 24.779)", *Revista de Derecho de Familia*, 1997, n° 11, p. 25; y ZANNONI, EDUARDO, "Adopción plena y derecho a la identidad personal", *La Ley*, Supl. Especial del 25/08/09.

(50) Ver fallo de la SC Mendoza en "L.C.F. por la menor A.M.G. c. A.C.A.G.P.A.C. p/ filiación s/ Inc. casación" del 12/05/2005.

(51) Juzgado Nac. en lo Civil N° 4, fallo del 15/06/05, ED, 216-68.

La Cámara Civil y Comercial de Azul reputa inconstitucional el art. 1276 del C. Civil (texto anterior a la reforma de la ley 25.781), que establece que en los casos de bienes de origen dudoso su administración corresponde al marido por estimarlo contrario a la Convención Internacional contra toda forma de Discriminación contra la Mujer (52). Antes de sancionarse la ley 26.618 algunos tribunales hicieron lugar a acciones de amparo promovidas por personas del mismo sexo contra resoluciones denegatorias de matrimonio del Registro Civil de la Ciudad de Buenos Aires, por estimar inconstitucional los arts. 172 y 188 del Código Civil que hablaban de "marido y mujer" al referirse a ello (53). La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires declara inconstitucional los arts. 312 y 337 inc. d) del C.C. en cuanto exigen que si adoptan más de dos personas deben ser cónyuges (54).

En otras materias de derecho común también se declaran inconstitucionalidades. Así, el art. 1078 del C.C. en cuanto reconoce legitimación para reclamar legitimación por daño moral a los damnificados indirectos sólo a los herederos forzosos (55). Un tribunal contencioso administrativo considera inconstitucional la Ley del Nombre (18.248) en cuanto exige que se haga una publicación por edictos antes de decidirse el cambio de nombre por violar el derecho a la intimidad en un caso de cambio de género (56). Otro tribunal declara de oficio la inconstitucionalidad de un artículo de la ley de apremio de la Provincia de Buenos Aires que establece el plazo de tres días para oponer excepciones por estimar que viola el derecho de defensa (57).

Otros fallos, si bien no declaran inconstitucionalidades, hacen una interpretación tan amplia y extensiva de la protección del consumidor prevista en el art. 42 de la C.N., que dejan sin efecto normas tradiciona-

---

(52) Autos "Miretzky c. Rolleri s. Cobro ejecutivo", 18/02/98, Sala I de C.C. y C. de Azul, ED, 177-490, con comentario de GUASTAVINO, ELÍAS P.

(53) Fallo de la jueza Gabriela Seijas del Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 15 de la C.A.B.A. en "F, A. c. G.C.B.A. s/ Amparo" del 10/11/2009 (elDial - AA592B). La jueza Elena Liberatori de Haramburu del Juzgado N° 4 del mismo fuero, en cambio, hizo lugar al amparo pero por considerar que ninguna ley impedía un matrimonio entre personas del mismo sexo (elDial.com.ar).

(54) Causa C. 97.295, "N., M. D. y ot. s/ adopción plena", del 21/03/12.

(55) Fallos de la S.C.B.A.: "C., L. A. c. Hospital Zonal de Agudos Manuel Belgrano" del 16/05/07 (JUBA) y "R., A. H. c. Kelly, Santiago" (La Ley, 2011-E, 585.), entre los más importantes.

(56) C. Cont. Adm. y Tributaria. Sala I, de la C.A.B.A., "C.A.J.L. c. GCBA s. Amparo", 26/04/12. elDial.com. AA774D.

(57) J. Cont. Adm. de Mercedes, fallos "Fisco de Prov. de Bs. As. c. Garmendia Iñurrutegui y Cía. S.A. s. Apremio" del 5/07/05 (La Ley, 2005-F, 522) y "Fisco de la Prov. de Bs. As. c. Río Nehuen S.R.L. s. Apremio" del igual fecha. Es de destacar que este último fue revocado por la Cámara Contencioso Administrativa de La Plata, Sala en sentencia del 20/09/05.



les (58). Los efectos de la aplicación de esta norma en materia de responsabilidad civil son notables en varios fallos (59).

Sería interminable exponer y analizar cada uno de estos fallos. A los fines de este trabajo considero suficiente tomar dos cuestiones —una de derecho civil y otra de derecho penal— que son suficientemente ejemplificativas de cómo se dan las notas distintivas del neoconstitucionalismo en nuestra jurisprudencia.

Me refiero, en primer lugar, a los pronunciamientos en los cuales se han declarado inconstitucionales el artículo 214 inc. 2 —por un lado— y los artículos 215 y 236 del C.C.

El art. 214, inc. 2 (introducido por la ley 23.515 en 1987) contempla que cualquiera de los cónyuges puede pedir el divorcio vincular si han transcurrido tres años de separación de hecho sin voluntad de unirse, norma jamás sospechada de inconstitucional. Sin embargo, el Tribunal de Familia n° 2 de Rosario en sentencia del 14/11/07 (60) así lo estimó sobre la base de que vulneraba la autonomía de la voluntad y el derecho a la intimidad consagrados en el art. 19 de la C.N. y diversas cláusulas de tratados internacionales referidas a: a) derecho a la libertad, b) libertad de asociación, c) respeto a la vida privada, d) derecho al proyecto de vida. En relación al orden público —que se alega para justificar la norma—, dijo el Tribunal que debía interpretarse vinculándolo con los estándares de una sociedad democrática, y no para privar de contenido real a los derechos internacionalmente reconocidos. De ahí que el plazo de tres años de separación de hecho para pedir el divorcio por la causal objetiva devenía excesivo y “hasta disparatado” cuando la ruptura matrimonial era irremediable e irreversible (en el caso, habían transcurrido dos años de celebrado el matrimonio, y apenas una semana después de este se habían separado). Con bastante lógica dijo el Tribunal que el orden público se hacía “brumoso” cuando el propio legislador no exigía el

---

(58) Fallo de Sala 3 de la C.C. y C. de Mar del Plata en “BBVA Banco Francés S.A. c. Nicoletto, Marcelo s. Ejecutivo”, del 17/10/11. En este fallo la Cámara, de oficio, partiendo del art. 42 de la C.N., consideró que si el ejecutante de un pagaré era una entidad financiera debía presumirse que encubría una relación de consumo, y por ende la ejecución no era procedente porque no permitía verificar si se habían cumplido los requisitos del art. 36 de la ley 24.240 sobre préstamos de consumo. El tribunal no dejó de reconocer que ello alteraba el dec. ley 5965/58 y los arts. 521 y 551 del C. Procesal.

(59) Ver entre otros: CNCiv., Sala L, sent. del 6/08/06, La Ley, 2008-D, 58, con comentario de ALVAREZ LARRONDO, FEDERICO M., y C. 3ra. de Ap. en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 26/08/09, La Ley Gran Cuyo 2009 (abril), 237, con comentario de LEIVA, CLAUDIO FABRICIO. Sobre el art. 42 y la protección del consumidor en materia de seguros, ver SOBRINO, WALDO, “Consumidores de seguros”, La Ley, Bs. As., 2009.

(60) elDial.com 3-A81.

plazo para peticionar el divorcio por causales subjetivas. Con similares argumentos se pronunciaron otros tribunales (61).

Asimismo, apelando al principio de autonomía personal, al derecho a la privacidad y no injerencia del Estado, se ha estimado inconstitucional el art. 236 en cuanto exige que debe mediar un lapso no menor de dos meses entre las dos audiencias que deben celebrarse en los casos de divorcio por presentación conjunta, y también se ha descalificado con igual sustento el art. 215 en cuanto prevé que debe mediar tres años de matrimonio para pedir el divorcio vincular por esa vía (62).

Vemos así claramente cómo se hace una interpretación muy elástica de principios constitucionales —al punto que se invocan algunos que nada tienen que ver con la cuestión a resolver, como el derecho de asociación—, de forma tal que la libertad de configuración del legislador en lo que se refiere a la regulación de la disolución del matrimonio queda reducida a un grado mínimo. Basta recordar las críticas que en su momento recibió la introducción del divorcio por mutuo acuerdo en el Código Civil (año 1968, ley 17.711) por considerarse que facilitaba la disolución del vínculo, y que, cuando en 1986 se introdujo el divorcio vincular, se mantuvo el plazo de dos años desde la celebración del matrimonio en los casos de separación personal (antiguo divorcio no vincular), pero se agregó un año más para el supuesto de divorcio vincular. La doctrina de estos nuevos fallos es receptada en el Proyecto de Código Civil de 2012 (arts. 437 y 438), pero es lo cierto que hasta el momento el Poder Legislativo no se decide a convertirlo en ley.

En materia de derecho penal, particular trascendencia tiene la declaración de inconstitucionalidad por una Sala de la Cámara Nacional de Casación Penal del art. 14 del C. Penal en cuanto imposibilita la libertad condicional a los reincidentes por considerarlo contrario a los principios del art. 18 de la C.N. y de tratados internacionales.

Desde la sanción del Código Penal en 1921 rigió invariablemente la regla de que la libertad condicional no podía otorgarse a los reincidentes, lo que se mantiene en el texto vigente (art. 14). La Corte Nacional, siguiendo un precedente, en un fallo de 1986 había dicho que el principio del "*non bis in idem*" no impedía que el legislador tomara en cuenta

---

(61) Tribunal de Familia N° 5 de Rosario, sent. del 14/11/06; T. de Familia N° 2 de Mar del Plata, sent. del 6/05/09; T. de F. N° 2 de La Plata, sent. del 16/07/10; T. de Familia de Junín, sent. del 6/07/11; C. C. y C. de Mercedes, Sala 3, sent. del 16/05/12.

(62) T. de F. N° 2 de La Plata, sent. del 16/07/10; CCC, Sala 1 de Azul, 26/02/13 (pub. en La Ley, Supl. de Der. Const., abril 2013, n° 2, p. 68; T. de Familia n° 2 de Mar del Plata, sent. del 6/05/09; Juzg. de Familia n° 2 de Río Gallegos, elDial.com-AA634D; T. de Familia de Mercedes, sent. del 25/10/13.

la anterior condena como dato objetivo para ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considerara adecuado para aquellos supuestos en que el individuo incurriera en una nueva infracción criminal. En tal sentido sostuvo que ello se justificaba en razón del desprecio hacia la pena que les había sido impuesta, y si existía un fundamento razonable para hacer tal distinción, el legislador se hallaba facultado dentro del amplio margen que le ofrecía la política criminal (63).

El tema fue objeto de cuestionamiento constitucional por parte de Eugenio Zaffaroni siendo juez de la Cámara Criminal y Correccional en sentencia de 1985 y en un plenario de la misma Cámara de 1989 (64), y en su Tratado de Derecho Penal, Parte General (65). Los argumentos de este importante jurista fueron recogidos en el voto en minoría del Dr. Alejandro Slokar vertidos en el fallo "Rearte, Mauro Germán s. Recurso de Casación" del 21/12/2011 de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, convertido en mayoritario en el fallo "Argañaraz, Pablo" del 2/05/12 de la misma Sala (66).

El voto comienza por decir que el art. 14 del C. Penal debe ser considerado inconstitucional por colisionar con el art. 18 de la C. N. y los arts. 5, 6 y 29 de la C.A.D.H. y el art. 10 del P.I.D.C. y P. A continuación explica que *"el instituto de la reincidencia entendido como agravante de la pena a la vez de impedimento para la concesión de la libertad condicional aparece sostenido desde siempre en distintos criterios que nunca pudieron sortear los obstáculos impuestos por los principios básicos de culpabilidad por el acto y de prohibición de la doble punición, a los que deben sumarse el principio de humanidad y proporcionalidad mínima"*. Luego de recordar los distintos argumentos justificatorios para negar la libertad condicional al reincidente, dice que contra ello *"se alza el reiterado fundamento de matriz liberal de la violación al principio que prohíbe la doble punición, pues el plus de pena que se impone al segundo delito lo es en razón del primero, o sea, de un delito que se ha juzgado y penado"*.

Con cita de distintos autores, sostiene que la afectación del principio de la culpabilidad por el acto resulta de que no se reprime más severamente por haberse perpetrado una infracción más grave o por un conocimiento superior sobre la antijuridicidad del hecho, sino únicamente porque se responde a un autor específico, *"a alguien que de antemano se 'etiqueta"*, o, en otras palabras, *"no se castiga el acto del hombre, sino la vida del hombre"*.

Cita en su apoyo el fallo de la Corte Suprema del 5/09/06 por el cual consideró inconstitucional el art. 52 del C. Penal (que establece la pena

---

(63) Fallos: 311:1451 (16/08/88).

(64) Plenario "Guzmán" del 8/08/89.

(65) Ediar, Bs. As., 2005, 2da. ed. p. 1057 y ss.

(66) Voto del Dr. Slokar con adhesión de la Dra. Angela Ledesma.

de reclusión por tiempo indeterminado) por lesionar el principio de culpabilidad y por estimar la peligrosidad como fundamento de la agravación de las consecuencias jurídicas del delito (67). Asimismo, el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Fermín González c. Guatemala" del 20/06/05, en el que dijo que la invocación de la peligrosidad constituía una expresión del "*ius puniendi*" estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido; es decir, sustituía el derecho penal del acto o de hecho por el derecho penal de autor, que abría las puertas al autoritarismo, por lo que la introducción de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones es incompatible con el principio de legalidad criminal, y por consiguiente contrario a la Convención.

Los votos de los Dres. Lilliana E. Catucci y Pedro R. David en la causa "Rearte" ponen de manifiesto los argumentos en contrario. En especial —con cita de los fallos de la Corte— que no se viola el principio "*non bis in idem*" porque no se vuelve a juzgar la conducta del delito anterior sino la nueva, o sea la puesta de relieve después de la primera sentencia, "*no comprendida ni penada en ésta*", lo que manifiesta un mayor grado de culpabilidad de la segunda conducta, y que el cumplimiento de la totalidad de una pena legítimamente impuesta no puede traducirse en un criterio peligrosista. Asimismo, que de ninguna manera se deriva de los tratados de derechos humanos en cuanto establecen los fines de las penas —"*reforma y readaptación social*"— que los Estados estén obligados a incluir en sus sistemas penales el régimen de libertad condicional, además de que existen otros mecanismos —previstos en la ley argentina— para lograr esos fines. En definitiva, a su criterio, se trata de una cuestión de política criminal, de exclusiva incumbencia del legislador.

A mi juicio, la contraposición de estos últimos argumentos con los de la mayoría en la causa "Argañaraz" pone de manifiesto hasta qué punto puede la "sobreinterpretación" constitucional anular la discrecionalidad del legislador para decidir sobre políticas de derecho criminal, hasta ahora consideradas de su exclusiva incumbencia.

## VII. EVALUACIÓN Y REFLEXIÓN FINAL

Comenzamos este trabajo recordando que el término "neoconstitucionalismo" era de matriz europea, dado que se originaba en la intención de marcar una línea divisoria entre la concepción del constitucionalismo que siempre había regido en ese continente —o sea, constituciones *políticas*, abocadas a la organización del poder del Estado, que dejaban todo lo atinente a los derechos librado a la configuración del legislador—, y la

---

(67) Fallos: 329:3680.

que comenzó a desarrollarse luego de la segunda guerra mundial —en especial en los últimos veinte años—, superadora de aquella, y por ende que entiende a la Constitución con fuerza normativizadora, impregnadora de todo el orden jurídico.

Ahora bien, en Europa la mayoría de los países donde se inició este proceso heredaron una legislación de derecho común de regímenes autoritarios (Italia, Alemania, España, Portugal), que, lógicamente, no se modificó de la noche a la mañana, y de ahí que se procurara que las leyes fueran interpretadas de acuerdo a los nuevos principios constitucionales. Por ello, tanta insistencia en la llamada "*interpretación conforme*", que significa que, frente a dos, tres o más interpretaciones posibles, los tribunales debe elegir aquella que sea más acorde con los principios constitucionales, aún —agrego— cuando muchas veces implique forzar el texto constitucional. Pero, como vimos, nunca se llegó a admitir que el juez ordinario dejara de aplicar la ley por considerarla contraria a la Constitución. Esta misión, hasta el día de hoy, se reserva a los Tribunales Constitucionales, únicos órganos a quienes se les confía la delicada atribución de declarar inválido lo que los órganos representativos de la voluntad popular deciden. De ahí que se procura que sus miembros no sólo sean elegidos entre académicos del derecho público sino también entre personalidades con notable actuación pública, y además que sus mandatos sean por tiempo limitado y de renovación parcial a fin de que los cambios políticos se reflejen en la composición del Tribunal.

El tratamiento de la constitucionalidad de las leyes por estos tribunales generalmente no es inmediato a su vigencia, dado que normalmente se juntan varias "cuestiones constitucionales" elevadas por distintos tribunales de grado, y las resuelven todas juntas para expedir una decisión definitiva, ya que, en caso de declarar a la norma inconstitucional, tiene efectos derogatorios o "*erga omnes*". Pero además, son muy cautos y prudentes al momento de abordar el estudio de la constitucionalidad de una ley. Parten de una actitud de deferencia hacia el legislador y solamente llegan a un fallo con tal conclusión luego de grandes esfuerzos para salvar la validez constitucional de la norma.

Un buen ejemplo de ello son los fallos del Tribunal Constitucional de España sobre las leyes con límites cuantitativos a la reparación y con recortes a la legitimación activa para solicitar resarcimiento por daños extrapatrimoniales. El Tribunal los consideró en general compatibles con la Constitución, con la excepción de un aspecto muy puntual y acotado (68).

De ahí, entonces, que no puede invocarse sin cortapisas una teoría que nació en un continente para superar la antigua concepción de las cons-

---

(68) STC 181/2000, 105/2004, 290/2005 y 149/2006, ver [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es).

titaciones meramente organizadores del poder político —que, reitero, principalmente apuntó a procurar que se impusiera la “*interpretación conforme*” a la Constitución, y que reserva la excelsa misión de declarar la invalidez de una norma dictada por el parlamento a máximos tribunales especializados—, en un sistema como el nuestro que desde sus orígenes no dudó del carácter *impregnador* del orden jurídico de la Ley Fundamental y que reconoció a todos los jueces la facultad de no aplicar una norma por considerarla inconstitucional.

Esta facultad nació con el mismo fallo “*Marbury vs. Madison*”, ya que el razonamiento silogístico de Marshall valía para cualquier juez que se hallara ante el entuerto de que la ley aplicable al caso que debía decidir se contradijera con la Constitución (69), pero desde ese mismo momento nacieron todas las “excusas” de autorrestricción (70), ya que el mismo Chief Justice esbozó en el célebre fallo lo que luego se llamarían las “*political questions*”, o decisiones de política de gobierno no susceptibles de revisión (léase “*invalidación*”) por los tribunales. Asimismo, los tribunales luego desarrollarían requisitos estrictos para que el control de constitucionalidad pudiera ejercerse: desde circunscribir el *caso judicial* a los supuestos en que el peticionante demostrara estar legitimado para plantearlo (derecho subjetivo o interés legítimo), que la cuestión no fuera prematura (“*ripeness*”) o abstracta (“*mootness*”) (71), que sólo pudiera ejercerse el control de oficio (72), y en especial, como ha dicho la Corte argentina hasta el cansancio, que la declaración de inconstitucionalidad fuera la *última ratio* del orden jurídico.

Esto último muy lejos está de ser una mera frase hecha. Implica, nada más ni nada menos, que el juez debe partir de la presunción de constitucionalidad de la ley y demás normas estatales, dado que se supone que

---

(69) Dijo el juez Marshall en “*Marbury*”: “Sin lugar a dudas, la competencia y la obligación del *Poder Judicial* es decidir qué es ley. Los que aplican las normas a casos particulares deben por necesidad exponer e interpretar esa norma. Si dos leyes entran en conflicto entre sí el tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad de cada una... Esto constituye *la esencia misma del deber de administrar justicia...*”

(70) La doctrina del “*self-restraint*” comenzó con un artículo publicado en 1893 por James Thayer, quien sostuvo que un mero error de parte de los poderes políticos no era suficiente para declarar la inconstitucionalidad del acto respectivo, sino que debía haber un “*clear mistake*”. Esta posición fue seguida por los jueces de la Corte de EE.UU., Oliver Wendell Holmes, Louis Brandeis y Félix Frankfurter. Ver. GARCÍA-MANSILLA, MANUEL J., “La judicial review y sus nuevos críticos”, en *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, dirigido por Pablo L. Manili, La Ley, 2010, t. I, p. 263.

(71) Ver BIANCHI, ALBERTO B., *Control de constitucionalidad*, t. I, Bs. As., Ábaco, 1ª ed., 2002, p. 296 y ss.

(72) Ver mi trabajo: “Control de oficio de constitucionalidad. Algunas precisiones sobre su procedencia”, en ED, 197-243.

los poderes políticos conocen la Constitución y deciden de conformidad a sus postulados (presunción que aumenta si se trata de una ley dado el carácter auténticamente representativo del pueblo que inviste el Parlamento, y porque en el mismo normalmente se expresa el pluralismo ideológico existente en la sociedad).

Desde el mismo nacimiento del control judicial de constitucionalidad surgió el cuestionamiento a la legitimidad de los jueces para ejercer el mismo (73), y a lo largo de la historia se han esbozado todo tipo de teorías para justificarlo. Desde la clásica acerca del Poder Judicial como garante de los derechos de las minorías (poder contramayoritario) (74) hasta la que sostiene que los jueces no deben expedirse sobre cuestiones valorativas sino que deben ser guardianes del proceso político democrático (75). La polémica es recurrente. En los últimos tiempos han aumentado las críticas al *judicial review* desde lo que se ha denominado "*popular constitutionalism*" (76), lo que demuestra que aún en el país que es la cuna del control judicial difuso de constitucionalidad, este poder de los jueces de invalidar las decisiones del Poder Legislativo es tomado con gran precaución.

En nuestro país a la circunstancia de tener un sistema judicial difuso se añade que, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional —desde el fallo "Mill de Pereyra" de 2001 (77) y su ratificación en el más reciente "Rodríguez Pereyra" (78)—, el control puede hacerse de oficio (incluyendo al control de convencionalidad), lo que lo amplía considerablemente. Extender, por ende, la *sobreinterpretación constitucional* a nuestro sistema, perdiendo de vista que nació en un continente como forma de superar la *soberanía de la ley* para pasar a entender a la concepción de la Constitución *normativa* o *impregnadora* del orden jurídico, pero reservando la facultad de invalidación de lo decidido por el legislador a Tribunales Constitucionales en forma exclusiva, obliga, al menos, a una profunda reflexión acerca de sus consecuencias en relación a nuestro sistema institucional.

---

(73) Ver: BIANCHI, ALBERTO B., *Control de constitucionalidad*, Abaco, Bs. As., 2002, t. 1, p. 167 y ss.

(74) Tesis de BICKEL, ALEXANDER, *The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics*, New Haven, Yale University, 2986.

(75) Tesis de ELY, JOHN HART, *Democracia y desconfianza*, Siglo del Hombre Editores, trad. de Magdalena Holguín, Bogotá, 1997.

(76) Ver GARCÍA-MANSILLA, MANUEL J., ob. cit., p. 263.

(77) Fallos: 324:3219.

(78) Sent. del 27/11/2012 (Fallos: 335:2333).

# DESDE EL GOBIERNO ELECTRÓNICO AL EXPEDIENTE JUDICIAL

POR ANTONIO A. MARTINO

## I. INTRODUCCIÓN

Las nuevas tecnologías están invadiendo literalmente nuestra vida desde el uso de las computadoras para escribir hasta el de Internet para comunicar y las mil formas de pasar imágenes y circularizar información. La justicia bien puede ser vista como un sistema de comunicación refinado al final del cual debe encontrarse la (una) solución para un conflicto social.

Las razones para incorporar las nuevas tecnologías a la Justicia pueden ser enunciadas: mejorar el acceso a la justicia (1); forjar un acercamiento con la comunidad a través del acceso a información legal, tanto respecto del funcionamiento de la institución como a otros materiales que pueden ser de interés (por ejemplo, para la preparación de casos); facilitar y hacer más efectiva la tramitación de causas; y, en general, mejorar la organización del trabajo y productividad de los tribunales, así como optimizar la calidad de la información que es producida en audiencia, entre otras.

El uso de las nuevas tecnologías es un fenómeno generacional a punto que ya se habla de "nativos informáticos" mientras que nuestra generación tuvo que incorporarlo con los costos que hasta hoy y en eterno nos dividirán de los nativos. No todas las propiedades de un no nativo informático son negativas (2).

Nuevas tecnologías significa gobierno electrónico y la e-justicia es una parte del gobierno electrónico.

Es cierto que las nuevas tecnologías no se prodigan igualmente en todo el mundo hay partes donde la difusión es grande sea por las redes ya

---

(1) Distinguiendo entre "acceso a Justicia" y "acceso a la Justicia".

(2) Por el contrario fieles a aquel chiste: "¿Uds. no tenían calculadora, MP3, *Pen drive*, Internet... que usaban en la escuela? La cabeza".



existentes sea por los estándares con los cuales se rigen tanto las empresas públicas como las privadas y otro lugares donde ni siquiera hay suficiente electricidad para hacer funcionar cualquier cosa, incluyendo las computadoras.

La revolución de las nuevas tecnologías muestra dos caras: una global y acelerada sobre el uso de las nuevas tecnologías siempre más sofisticadas. La otra es la distancia tecnológica entre países y entre sectores de un mismo país y la dificultad o tardanza de la Administración Pública —entendida *lato sensu*— para poder incorporar en toda la red los beneficios del gobierno electrónico. Hay dos atrasos: la distancia entre los países y la interna en cada país donde la Administración pública no se muestra entre las más diligentes. Por último las personas deben cambiar paradigma vital y eso no es nada fácil.

El mundo que hemos conocido está inmerso en una vorágine de cambios que todavía es precipitado valorar. Los medios de soporte informativo clásicos se muestran cada vez más obsoletos. La web, los blogs, las redes sociales como Twitter o Facebook componen un panorama nuevo en el que ahora, de forma global, barata y eficiente, miles de personas colaboran y se movilizan para dar a conocer decenas de miles de documentos. Unos papeles sin acotaciones ni opiniones añadidas. Limpios e íntegros, sin interpretaciones ni marcas de rotulador negro para ocultar nombres o situaciones comprometidas.

Un elemento nuevo se ha implantado en nuestras sociedades y es la velocidad. No me refiero a la ansiedad que los psicólogos dicen de nuestro estado de ánimo (3) la velocidad que impone las distancias entre donde vivimos, donde trabajamos y donde hacemos esparcimiento. La velocidad que acucia las comunicaciones profesionales y demora las amicales. La rapidez significa velocidad en el pensamiento, capacidad de síntesis: diseño de obra bien definido, lenguaje preciso.

Una comunicación intercontinental se puede realizar en minutos a través de Skype, desaparecen las cartas. Éstos son hechos que acaecen en un treinteno y a los cuales hay que acostumbrarse pues siendo hechos no admiten discusiones (4) y además gracias a la tecnología no prevén sino acrecentamiento, a menos que el hombre aprenda a domeñarlos.

Pues de eso se trata: las nuevas tecnologías en la Justicia no son sino una parte del gobierno electrónico que tiene exigencias y modalidades propias pero que convive con toda la informatización pública.

---

(3) En el mayo francés se cantaba “lo queremos todo ahora” y todavía las masas —aun de estudiantes— estaban lejos de las computadoras.

(4) *Contra factum non valet argumentum.*

Y las diversidades con que esto se va dando nos muestra un panorama totalmente dispar donde muchos no tienen electricidad y otros (menos) carecen de tiempo para accionar todos los medios que tienen a su alcance.

Y esto lleva tiempo. Tiempo para que todos los centros que luego formarán la red judicial de expediente electrónico estén dotados de los elementos técnicos necesarios. Tiempo para la formación y capacitación de los usuarios: jueces y operadores de la justicia, abogados, técnicos y el público en general. Tiempo para dictar las normas generales y específicas de estandarización y regulación de cada tipo de proceso, cada tipo de acceso a justicia. Tiempo para armonizar las diferentes partes de la automatización de la Administración pública de tal manera que sean todos interoperables. Tiempo para validar proyectos y para corregir errores.

Ya existe una división importante con respecto al uso de las nuevas tecnologías que supone un hemisferio norte con más desarrollo que el sur. Además algunos países como Suecia, Luxemburgo y varios otros pequeños como Suiza están entre los más desarrollados y se llevan una parte importante creándose una situación de informatización mundial en forma seriada con países o regiones que tienen mayor desarrollo a aquellas que tienen muy poco. El primer país grande con mucho desarrollo es Inglaterra, Australia está en el puesto 15 sobre 159 países, Estados Unidos en el puesto 19 y Argentina en el 49. En los países más pequeños es más fácil hacer inversiones para el e-gobierno, Israel, Liechtenstein y Luxemburgo. Estos países han invertido considerables recursos en el gobierno electrónico durante los últimos años. De acuerdo con los resultados del Informe 2012, hay dos modelos principales de integración de gobierno electrónico que son adoptados por los 193 Estados miembros. Mientras algunos países se adhieren al modelo de portal integrado, que consiste en tener un portal nacional que consolida las funciones, otros persiguen la integración a través de varios portales basados en servicios temáticos o funcionales, por tanto, se adhieren al modelo de servicios integrados.

## **2. LA VISIÓN SISTÉMICA DE LA JUSTICIA**

Una organización es un sistema socio-técnico incluido en otro más amplio que es la sociedad con la que interactúa influyéndose mutuamente.

También puede ser definida como un sistema social, integrado por individuos y grupos de trabajo que responden a una determinada estructura y dentro de un contexto al que controla parcialmente, desarrollan actividades aplicando recursos en pos de ciertos valores comunes.

Según Bertalanffy (5), el sistema es un conjunto de unidades recíprocamente relacionadas, se deducen dos conceptos: el propósito (u objetivo) y el de globalización (o totalidad). Esos dos conceptos reflejan dos características básicas en un sistema.

Para Charles François (6) el mundo real es una complejidad organizada que demanda una visión sistémica ¿Cuál es la organización interna del sistema? ¿Cuáles son sus estructuras y subestructuras? ¿Cuáles son sus funciones principales y subordinadas? ¿A qué función corresponde cada estructura?

Expresa King Schreiber "...este repentino aumento en la complejidad nos ha echado fuera de un sistema social que era accesible a la lógica y metido en una organización social dominada por reacciones cibernéticas. En un entorno muy complejo con inestabilidades y desbalances como es la situación de la humanidad hoy en día, los sistemas de retroalimentación son tan numerosos y tan interrelacionados que es difícil diseñarlos dentro de un modelo comprensivo. Es aún menos posible captar estos sistemas mediante el sentido común y la intuición".

Un sistema es un objeto complejo estructurado, cuyas partes están relacionadas entre sí por medio de vínculos (estructura) pertenecientes a un nivel determinado. Además, los sistemas se caracterizan por poseer propiedades globales (emergentes o sistémicas) que sus partes componentes no poseen. Una sociedad humana, es un sistema compuesto por personas y diversos subsistemas sociales unidos entre sí por vínculos de varios tipos: biológicos, políticos, económicos, etc.

Si aceptamos la visión sistémica de la sociedad, la justicia (el derecho en general) puede ser visto como un subsistema que contiene los elementos esenciales de un sistema:

Una sociedad humana, es un sistema *compuesto* por personas y diversos subsistemas sociales unidos entre sí por *vínculos* de varios tipos: biológicos, políticos, económicos, etc. Para estudiarlo requiere la construcción de un modelo que consiste en la descripción de la composición (C), el entorno (E), la estructura (S) y el mecanismo (M) del sistema. El mecanismo es la *colección de procesos* que se dan dentro de un sistema y

---

(5) Ludwig von Bertalanffy fue un biólogo y filósofo austriaco, reconocido fundamentalmente por su teoría general de sistemas, *General System theory: Foundations, Development, Applications*, New York: George Braziller, revised edition 1976: ISBN 0-8076-0453-4, pero de 1968.

(6) Maestro indiscutido en Argentina de la teoría sistémica: *International Encyclopedia of Systems and Cybernetics*, edited by Charles François, München: K. G. Saur. The Academic board of this Encyclopedia includes members such as: John N. Warfield, Robert Trappl, Ranulph Glanville, Anthony Judge, Markus Schwaninger, Heiner Benking, Matjaz Mulej, and Gerhard Chroust (2nd volume 2004).

que lo hacen cambiar en algún aspecto. Más precisamente, si bien el conocimiento de un sistema concreto radica en la descripción de los cuatro aspectos mencionados, la explicación científica del comportamiento del mismo la brinda la descripción de su(s) mecanismo(s), es decir de los procesos de los cuales resultan la emergencia, la estabilidad, el cambio y la desintegración de un sistema (7).

Hay una propiedad en los sistemas que la resiliencia o sea la capacidad de los sistemas de volver a la estabilidad dinámica luego de una catástrofe. Diccionario de la Real Academia: "Psicol. Capacidad humana de asumir con flexibilidad situaciones límite y sobreponerse a ellas".

Un sistema jurídico esta dentro de un sistema político como un sub-sistema.

Un sistema político es un conjunto de individuos que están unidos por lazos parentales, un sistema jurídico, normas sociales de convivencia, unidades productivas, costumbres, una o más lenguas comunes y en general valores compartidos con respecto a muchas cosas comenzando por la noción de sucesión en el poder.

El sistema justicia debe tener, como dijimos antes: la descripción de la composición (C), el entorno (E), la estructura (S) y el mecanismo (M) del sistema.

Además: La adaptación, que se configura por la relación del sistema con el medio exterior, dentro del cual se encuentra y con el que, a su vez, interactúa. La persecución de objetivos, que consiste en la movilización de las energías del sistema hacia las metas que se han propuesto. La de integración, que se define por las acciones que permiten mantener la coherencia del sistema.

*Composición:* 1. Un sistema de normas para aplicar (derecho vigente). 2 actores: Juzgados, jueces, fiscales, abogados, peritos, empleados administrativos, litigantes. 3. Una cultura jurídica. 4. Una sociedad civil.

*Entorno:* 1. el derecho como praxis social, 2. la sociedad como organización, 3. El sistema político, 4. Los países con los cuales se tienen relaciones jurídicas, 5. El contexto internacional.

*Estructura:* Depende de cada país, pero en general hay un Ministerio de Justicia y una Corte Constitucional o una Corte Suprema. Tribunales de alzada y tribunales de primera instancia. Hay una endo-estructura que representa la manera de organizarse de los sistemas judiciales y una exo-estructura más ligada a la organización política general del país, provincia o municipio.

---

(7) Bunge, Mario, *Emergencia y convergencia. Novedad cualitativa y unidad del conocimiento*, Barcelona, Gedisa, 2004.

*Mecanismo:* el mecanismo del sistema es el más difícil de describir pero da las pautas más claras sobre las leyes sistémicas que caracterizan un determinado sistema de Justicia nacional (o regional o local). La justicia cada vez está ampliando más las formas de resolución pacífica de los conflictos incorporando mediación, arbitrajes y otras formas de composición de intereses. El pleito debería ser más una amenaza que una rutina.

Las nuevas tecnologías abordadas en esta óptica son todas materias que tienen que ver con los aportes de las nuevas tecnologías y el mejoramiento que se puede obtener en el subsistema Justicia. Son sorprendentes las similitudes desde el punto de vista de los paradigmas informáticos y judiciales. Lo que no se debe olvidar es que en definitiva el sistema justicia está hecho por seres humanos para seres humanos mientras que las nuevas tecnologías son solo medios.

La administración de la justicia en nuestro país y en muchos otros del mundo, especialmente de Latinoamérica, muestra serias deficiencias en su funcionamiento como consecuencia de la aceleración de los cambios tecnológicos, sociales, políticos y económicos que afectan su eficacia y eficiencia y es sujeto de reiteradas y profundas críticas desde todos los estamentos de la comunidad. Un enfoque sistémico y cibernético del tema puede ayudar a un notable mejoramiento de la misma. Las administraciones de la justicia son sistemas sociales formales, constituidos y sostenidos conforme a finalidades, planes y reglas, más o menos abiertos, complejos y adaptativos. Los niveles directivos de las administraciones de justicia, en la mayoría de los casos, carecen de percepciones sistémicas del entorno y del conjunto organizativo. Las modernas investigaciones en psicología cognitiva han puesto de relieve que no tenemos contacto con la realidad objetiva del entorno sino que nos relacionamos con ella a través de modelos mentales que están en función del contexto cultural, de la formación profesional y de la experiencia vital.

Esta visión se está abriendo paso como modelo de pensamiento evolutivamente más avanzado para la conceptualización de las organizaciones. Si queremos ir hacia una administración de justicia más acorde con la complejidad del mundo que ella debe enfrentar y del sector de éste que debe administrar, es necesario que quienes la "gerencian" deben alejarse rápidamente de un enfoque organizacional lineal, que no se ha modificado sustancialmente en muchas décadas; abandonar las estructuras que el tiempo ha erosionado, y concentrarse sobre modelos sistémicos integrados que se hagan cargo de la complejidad; como así de visualizar las múltiples y complejas retroalimentaciones que se producen entre los subsistemas del entorno y los sistemas que componen su entorno.

Es importante destacar que la investigación y la teoría sobre las organizaciones, en las últimas décadas, han llegado progresivamente a ver la organización como un sistema abierto y complejo en interacción diná-

mica con múltiples medios, que trata de alcanzar metas y realizar tareas a muchos niveles y en grados diversos de complejidad, evolucionando y desarrollándose a medida que la interacción con un medio cambiante determina nuevas adaptaciones internas.

Dr. Luis Escobar Faella, ex procurador general del Paraguay, reflexionando acerca de la Administración de la Justicia dice que "es necesario partir de la concepción sistémica del fenómeno organizativo, enfatizando la necesidad de que las organizaciones que quieran estar a la altura de los tiempos deben cuidar, no sólo la calidad de sus procesos internos sino además la calidad de los resultados generados desde la perspectiva del usuario o beneficiarios de los mismos. Los sistemas cerrados autorreferenciales no tienen buen pronóstico".

Epistemológicamente, las administraciones de la justicia sean de un país o de la comunidad de naciones donde actúan, son sistemas sociales formales, constituidos y sostenidos conforme a finalidades, planes y reglas, más o menos abiertos, complejos y adaptativos.

Un sistema es adaptativo si, cuando hay un cambio en su entorno y/o estado interno que reduce su eficiencia en la prosecución de uno o más de sus propósitos definientes de sus funciones, reacciona en respuesta cambiando su propio estado y/o el de su entorno de manera tal que aumente su eficiencia con respecto a este propósito o propósitos. Desarrollan sus acciones y existencia en un entorno que interactúa con ellas, poseen un entorno que, en la mayoría de los casos, se constituye en un sistema cultural que hasta posee su propio lenguaje. En su proceso evolutivo se dan los fenómenos de auto organización y según una corriente de opinión, autopoiesis, aparecen y desaparecen atractores, se producen catástrofes etc.

Entre el sistema y su entorno se producen flujos de materia (masa), energía e información; de manera que, desde el punto de vista de los que Ilya Prigogine denomina "sistemas lejos del equilibrio" son estructuras disipativas, que producen bifurcaciones y que deben su existencia a los procesos entrópicos, más allá de los objetivos explícitamente enunciados y sostenidos para su creación y funcionamiento, los procesos sistémicos que se dan con el entorno y en el mismo generan procesos y fenómenos emergentes cuyas características organizacionales son propias del sistema y cuyas consecuencias no buscadas exceden, en muchos casos, las intenciones y comprensión de sus integrantes.

Es por ello que consideramos que la profundización de la comprensión de los procesos sistémicos y fenómenos entrópicos que se producen no sólo en estas organizaciones, sino también en las percepciones que de ellos tienen sus integrantes es esencial para desarrollar técnicas de gestión que permitan anticipar y administrar fenómenos tales como la innovación, el aprendizaje de las interacciones entre agentes y atractivo-

res en el entorno, las continuidades y discontinuidades de los flujos, las catástrofes, etc.

En ese sentido, sostenemos que los niveles directivos de las administraciones de justicia en la mayoría de los casos carecen de adecuadas percepciones sistémicas del entorno y del contorno organizativo.

### 3. LOS CONFLICTOS Y SU SOLUCIÓN TELEMÁTICA

El conflicto es el elemento fundamental por el cual hay que buscar una solución que —generalmente— puede ser la justicia. El conflicto surge de la escasez de recursos o simplemente en que varias personas busquen una misma cosa o más generalmente en una controversia acerca de valores. El conflicto social es siempre lucha por valores el tema es discernir cuales, quienes los disputan, porque, como.

En una situación conflictiva tenemos:

1. Partes primarias o secundarias.
2. Terceros o intermediarios.
3. Objetivos que se manifiestan generalmente en posiciones.
4. Asuntos conflictivos.
5. Intereses, necesidades y valores.

Estos elementos no son estáticos sino dinámicos y van mutando según muten las otras partes relativas.

Es curioso que en las facultades de derecho hasta hace muy poco tiempo no se enseñara teoría general del conflicto. Es una disciplina que dominan bien los militares y entre sus gestores más eminentes pueden citarse von Clausevich y Robert MacNamara. En los países anglófonos algo se ve en las universidades y en Argentina gracias a la obra pionera de Remo Entelman y ahora Ruben Calcaterra, comienza a corregirse este error. Y el error es muy grave pues normalmente el derecho lo que hace es resolver conflictos, antes: a través de sus normas, después: a través de sus procesos.

Nada impide que todo el proceso de resolución de conflictos a través de sistemas de mediación se haga telemáticamente. Basta dotar a los mediadores de una plataforma en la cual se puedan reflejar cada una de las propuestas y/o recomendaciones. Obviamente las partes deben tener un domicilio electrónico certificado (8). El resultado es un documento en el cual ambas partes convienen algo que entienden respetar.

---

(8) Esto puede obtenerse en el organismo encargado y por medios electrónicos [www.jgm.gov.ar](http://www.jgm.gov.ar)

El sistema está muy desarrollado en USA y comienza a implementarse en Uruguay.

#### 4. DEL GOBIERNO ELECTRÓNICO A LA JUSTICIA DIGITAL

La revolución de las nuevas tecnologías muestra dos caras: una global y acelerada sobre el uso de las nuevas tecnologías siempre más sofisticadas. La otra es la distancia tecnológica entre países y ente sectores de un mismo país y la dificultad o tardanza de la Administración Pública —entendida *lato sensu*— para poder incorporar en toda la red los beneficios del gobierno electrónico.

El espacio de direcciones virtuales para un proceso es el conjunto de direcciones de memoria virtual que se puede utilizar. El espacio de direcciones para cada proceso es privado y no se puede acceder por otros procedimientos, a menos que se comparta.

Una dirección virtual no representa la ubicación física real de un objeto en la memoria, en su lugar, el sistema mantiene una tabla de páginas para cada proceso, que es una estructura de datos internos utilizado para traducir las direcciones virtuales en direcciones físicas de sus correspondientes. Cada vez que un hilo hace referencia a una dirección, el sistema traduce la dirección virtual a una dirección física.

El espacio de direcciones virtuales para Windows de 32 bits es de 4 gigabytes (GB) de tamaño y se divide en dos particiones: una para su uso por el proceso y el otro reservado para el uso por el sistema.

El tema de las notificaciones procesales está vinculado con el domicilio y sus distintas clases, siendo el domicilio el centro de recepción o envío de comunicaciones. Es esencial que se establezcan disposiciones sobre el domicilio virtual para que las notificaciones informáticas puedan tener una eficacia adecuada. El domicilio virtual estaría conformado por la dirección electrónica que constituye la residencia habitual en la red de Internet de la persona.

El desarrollo más notable tuvo lugar en Alemania cuando se reconoce judicialmente la violación del domicilio virtual al afirmarse que "...el propietario de un espacio de tipo de Chat Room puede defenderse contra la violación de su domicilio virtual y excluir al agresor, por medio de un recurso judicial".

Se trata de un concepto, que si bien fue introducido originalmente en Francia en el affaire Brel (TGI Paris, référé, 14 de agosto de 1996), tuvo como un desarrollo espectacular, si bien sobre bases distintas, por la Corte de Apelaciones de Colonia, Alemania el 25 de agosto de 2000. El mérito de la sentencia es el reconocer la responsabilidad del agresor por



la violación del domicilio virtual, destacando el interés de la justicia de resolver, dentro del cuadro de la legislación tradicional, los litigios producidos en línea.

Una visión sistémica moderna del gobierno electrónico supone la introducción de las nuevas tecnologías en todos los ámbitos de los tres poderes. Esa visión unitaria facilita la tarea de aplicar luego a cada uno de ellos la parte específica. Existen partes unitarias que se aplican a todo el proceso del gobierno electrónico y que se derraman en cada una de las aplicaciones empezando por el reconocimiento del valor jurídico del documento electrónico y la firma digital hasta el uso de Internet y obviamente el reemplazo del papel.

El gobierno electrónico hace referencia a la incorporación de la tecnologías de la información y las comunicaciones en las administraciones públicas en dos vertientes: desde un punto de vista intraorganizativo transformar las oficinas tradicionales, convirtiendo los procesos en papel, en procesos electrónicos, con el fin de crear una oficina sin papeles y desde una perspectiva de la relaciones externas habilitar la vía electrónica como un nuevo medio para la relación con el ciudadano y empresas. Es una herramienta con un elevado potencial de mejora de la productividad y simplificación de los diferentes procesos del día a día que se dan en las diferentes organizaciones.

La definición de la Comisión de la Unión Europea es la siguiente: “La Administración electrónica es *el uso de las TIC en las AAPP, combinado con cambios organizativos y nuevas aptitudes, con el fin de mejorar los servicios públicos y los procesos democráticos y reforzar el apoyo a las políticas públicas*”.

La manifestación más evidente de esta política es el uso de Internet por parte de los organismos públicos para entregar información a los ciudadanos o realizar trámites que ordinariamente deben hacerse en una ventanilla. Otros ejemplos de lo que el gobierno electrónico puede entregar son: seguimiento de la actividad de un parlamentario, recabar información sobre el estado de un proyecto de ley, informarse sobre los procesos de licitación de una repartición estatal, solicitar certificados sin abandonar el escritorio o incluso votar por alguna iniciativa de interés de la persona. En algunos casos, los ciudadanos podrían ver en vivo sesiones de su Congreso a través de webcams. Esto muestra que el gobierno electrónico nació como una actividad dentro de la Administración pública pero hoy se aplica a todos los poderes del Estado y los poderes descentralizados como Provincias y Municipios (9).

---

(9) Uno de los primeros antecedentes sobre gobierno electrónico se dio en Dinamarca, en la década de los 70, cuando diversos municipios se organizaron para compartir información mediante sistemas informáticos.

Hace 20 años se discutía si era posible y en su caso querible un proceso que insertara en la gobernanza las Tics produciendo lo que se dio en llamar gobierno electrónico o e-gobierno. El tema hoy está fuera de discusión se acepta normalmente el gobierno electrónico aun en países que tienen un fuerte atraso en materia de desarrollo de las nuevas tecnologías. A la luz de toda la experiencia realizada sobre todo en aquellos países donde el gobierno electrónico se ha desarrollado el tema actual es ¿Cómo hacer la transformación?

Las nuevas tecnologías no pueden, al igual que las viejas, resolver los seculares problemas del hombre, creerlo es vana ingenuidad; al mismo tiempo no pueden (por la misma razón) ser hontanar de vicios y desgracias. Son solo medios que cambian el ambiente humano. El hombre siempre puede elegir aunque el condicionamiento ambiental sea grande de lo que tratamos de ocuparnos en cuanto, cómo y en qué sentido cambia el condicionamiento ambiental, cambiando la cultura.

Un programa de gobierno digital es ante todo un proyecto de políticas públicas en el cual se imaginan escenarios, se programan acciones y se actúan relaciones eficientes dentro de la administración y en relación con los ciudadanos y las empresas.

Definir un modelo ideal permite establecer qué partes son aplicables a qué lugar de la Administración, calcular los tiempos, formar el personal y establecer los criterios de control para saber en qué medida y con cual resultado se está cumpliendo la reforma.

Dado que todas las ciencias sociales son empíricas, este modelo ideal sirve solo como tal y necesita una contextualización de región, de país, de institución y de demandas sociales. Personalmente estoy convencido del aporte que pueden realizar y realizan los organismos internacionales y los consultores extranjeros, pero al mismo tiempo creo que solo la propia Administración, luego de un período de formación y de prueba está en condiciones de formular por completo y hacer funcionar cualquier sistema de gobierno digital.

El gobierno digital cubre prácticamente todas las aéreas que corresponden a las relaciones entre los ciudadanos y las empresas con la Administración pública (*lato sensu*) y tiene dos claros límites: la privacidad (10) y la divergencia tecnológica. La primera es bueno cultivarla pues las nuevas tecnologías son invasivas. La segunda es inevitable y comprende no solo la diferencia de software y hardware sino, fundamentalmente, la preparación de los seres humanos ante esta revolución aun temprana. Simplemente la edad de los usuarios es un elemento importante además de la preparación específica.

---

(10) Ley 25.326 de Protección de Datos Personales.

La producción típica de la Administración pública es una política de servicio en la cual se deben adecuar los recursos humanos (vacantes, *skill, turnover*) en términos normativos normas generales, normas técnicas, praxis administrativas consolidadas y adecuadas a la situación y con relación a factores de información completos, coherentes y no redundantes, inmediatamente disponibles con un orden administrativo exógeno compatible. Para adecuarla a los mejores usos de las TIC se requieren cambios de adecuación en el "proceso": modificaciones normativas, innovación organizativa y tecnológica y de "producto": evolución de las relaciones derechos/deberes entre la Administración y la Sociedad modificando las políticas sectoriales.

Toda Administración produce *legacies* en la estratificación productiva de una organización compleja que son el resultado de las diferentes velocidades de adaptación frente a la definición de nuevas políticas en base a las nuevas exigencias sociales. Tales *legacies* deben ser objeto de un profundo análisis y revisión con los actores involucrados.

El centro de todo el gobierno electrónico es el reconocimiento del valor jurídico del documento electrónico y la posibilidad del reconocimiento de la autoría (firma digital).

Esto permite la creación, circulación, archivo y recuperación de la documentación electrónica, la validez de las notificaciones, de los certificados y de la misma legislación y —en tiempos breves— de la publicación y la relativa publicidad.

Dos nuevos elementos completan el reconocimiento y la circulación de la documentación digital: el protocolo digital y la cédula de identidad electrónica.

Satisfechos estos elementos básicos es posible construir válidamente todas las relaciones de la Administración consigo misma, con las empresas y con los ciudadanos y viceversa.

Un tema importante es que toda la Administración pública debe tener la circulación de su documentación internamente, de tal manera que basta una ventanilla virtual para que el ciudadano o la empresa tengan acceso a la documentación que les atañe.

Hacer válido aquello de "en vez de hacer cola, haga clic". Parece revolucionaria en término de medios probatorios pero si se van a revisar antecedentes notables como la Convención de Viena en materia de compraventa internacional no lo son tanto (11).

---

(11) Autoriza la prueba de documentos por todos los medios posibles, incluyendo testigos. También la *Civil Evidence Act* inglesa de 1986.

Teniendo en cuenta la importancia de la firma electrónica para la validez y autoría de un documento electrónico cobra importancia la firma electrónica. Ésta es —en general— un procedimiento de software que produce un resultado sintáctico sobre el documento al cual se aplica, dado que ha prevalecido la técnica criptográfica y en particular la criptografía de llaves asimétricas de tal manera que una llave la custodia el autor del documento firmado (clave privada) y la otra un ente certificador, la llamada clave pública.

Desde este punto de vista la autoridad certificante funciona como un Registro en el cual se depositan las claves públicas de las firmas electrónicas y la organización de estos entes certificadores configura un cuadro complejo dado que según sea el diferente grado de tutela y seguridad se tienen diferentes grados de tutela y seguridad de un documento firmado electrónicamente. Un criterio general y estándar para la validez de las firmas electrónicas es lo que se denomina en inglés Open Public Key Infrastructures (PKIs), vale decir la infraestructura abierta de llaves públicas (PKI).

Argentina ha desarrollado con evidentes diferencias los elementos fundamentales del gobierno electrónico creando los sitios de gobierno electrónico y dictando la ley 25.506 de reconocimiento del documento electrónico y la firma digital (12).

El gobierno electrónico va cubriendo las necesidades de conexión entre las diferentes entidades de la Administración pública en los tres poderes y entre ellas y los ciudadanos que se van acostumbrando a un trámite directo, electrónico y rápido para cubrir las necesidades de su vida personal o comercial (13).

#### 4.1. Definición de gobierno electrónico

El concepto de “Gobierno Electrónico” incluye todas aquellas actividades basadas en las nuevas tecnologías informáticas, en particular Internet, que el Estado desarrolla para aumentar la eficiencia de la gestión pública, mejorar los servicios ofrecidos a los ciudadanos y proveer a las acciones del gobierno de un marco mucho más transparente que el actual, tanto en las aplicaciones internas como las externas de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) en el sector público.

---

(12) El artículo 3 de la misma dice que: *“Cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una FD. Este principio es aplicable a los casos en que la ley establece la obligación de firmar o prescribe consecuencias por su ausencia.”*

(13) Argentina tiene un sitio de gobierno electrónico en <http://www.argentina.gob.ar>, como indicado.

De acuerdo a un estudio desarrollado por la IBM, el e-gobierno consiste en interconectar horizontal —en un mismo nivel— y no verticalmente a todos los servicios y departamentos del gobierno para mejorar sustancialmente la calidad en la entrega de servicios, con el consiguiente beneficio para la ciudadanía y las empresas. Tradicionalmente las personas debían acudir a cuatro o cinco oficinas o departamentos de gobierno para resolver un permiso o patente, y tardaban meses e incluso años, en cambio ahora todo se resuelve, a lo más, en días, y a veces horas.

¿Cómo funciona? A la comunidad se le proporciona acceso a información de gobierno por múltiples canales como internet, en forma personal, por teléfono o vía fax, para resolver diferentes trámites y en un corto tiempo.

Para la consultora Forrester (2005), el e-gobierno constituye “aquellas aplicaciones que utilizan los gobiernos federales, locales o provinciales a través de las cuales se pueden realizar pagos y solicitar documentación por Internet”.

Gobierno Electrónico, incluye todas aquellas actividades basadas en las tecnologías informáticas, en particular Internet, que el Estado desarrolla para incrementar la eficacia de la gestión pública, mejorar los servicios ofrecidos a los ciudadanos y proveer a las acciones de gobierno de un marco transparente.

Mientras que el Concepto de Gobierno en Línea puede definirse como el Conjunto de relaciones (Información, trámites y transacciones) que establece el Estado con los ciudadanos a través de portales y redes electrónicas de acuerdo a las políticas y estándares de Gobierno Electrónico.

La Justicia Electrónica: no es más que un capítulo del Gobierno Electrónico y sirve de muchos de los elementos, portales y medios del gobierno electrónico, pero por sus particulares características representa un tema en sí mismo.

La digitalización de la Justicia es un largo proceso que comienza en el gobierno electrónico: a medida que los organismos de los tres poderes se van dotando de sistemas informativos digitales, los cuales —a su vez— pueden ir prestando servicios como certificaciones y procedimientos cada vez más complejos, ayudan a la Justicia para llegar al expediente sin papel.

Pero éste, en sí mismo, es un complejo procedimiento que va partiendo con lo que se puede lograr y desde diferentes ángulos va conformando el acercamiento a la eliminación total del papel. En todo este proceso la parte más difícil consiste en transformar todo lo que actualmente reposa sobre papel, esto es los procesos en curso, en soportes digitales. Normal-

mente es la última parte de la operación de digitalización y está llena de dificultades (14).

La actividad judicial tiene tres procesos fundamentales: la reunión de la información, el desarrollo de la comunicación entre los involucrados y la toma de decisión.

En cada uno de estos procesos puede intervenir el elemento electrónico y todas las nuevas tecnologías, pues hay información que está en videos o que puede realizarse a través de videoconferencias o en procesos más sofisticados de adquisición, transmisión y conservación de datos. La decisión es siempre la aplicación de un conjunto de normas a un caso determinado.

Toda la parte relativa a la consulta y recuperación de leyes y decretos nacionales y provinciales se centra en Argentina en una base de datos muy completa y amigable "infojus" (15). Sistema argentino de informática jurídica, portal del Ministerio de Justicia que actualmente es de uso libre y gratuito.

La autoridad certificante de firma digital permite que cualquier ciudadano obtenga un certificado de firma digital para usar en sus correos electrónicos accediendo a la página respectiva (16).

Una concepción sistémica de la justicia ve a ésta de una manera más amplia y permite concebir todo el proceso de justicia como una amplia panoplia de recursos que permiten a las partes llegar a una solución normativa que no necesariamente debe pasar por el proceso.

Toda la gama de resolución de conflictos hace que el juicio sea una última solución cuando todas las demás han fracasado.

Ello puede darse también con nuevas tecnologías como por ejemplo las que se usan en EE.UU. y ahora en otros países como forma de resolución en línea los mecanismos *Online Dispute Resolution* (ODR en su

---

(14) En estos días fracasó un nuevo intento de digitalizar todos los expedientes del FBI norteamericano con el sistema Sentinel. Hace desde el 2001 que la Agencia Federal trata de poner en línea todos sus expedientes.

(15) <http://www.infojus.gov.ar/>.

(16) "Este es un servicio abierto a la comunidad de Internet para todas aquellas personas que deseen contar con un Certificado Digital o Certificado de Clave Pública para firmar experimentalmente sus correos electrónicos. Tenga en cuenta que esta Autoridad Certificante emite certificados de correo electrónico, por lo cual únicamente verificará la existencia y disponibilidad de la dirección de mail desde la cual se efectuó la solicitud, pero en ningún caso verificar la identidad de quien lo solicita. El equipo de Firma Digital de la Subsecretaría de la Gestión Pública espera de esta forma impulsar el uso de la firma digital en nuestro país estableciendo un punto de partida que permita motivar el cambio tecnológico-cultural que esta tecnología implica". <http://ca.sgp.gov.ar/eMail/principal.html>.

acrónimo en inglés), también conocidos como métodos de Resolución de Electrónica de Controversias (REC) y que plantean la resolución en línea de controversias mediante mediación y/o arbitraje, han tenido un desarrollo significativo en los últimos años. La Corte de Arbitraje de Madrid ha sido pionera en España en ofrecer un sistema de tramitación de arbitrajes on-line, denominado TAO-OAM.

Los mecanismos, por haber nacido en USA son denominados "justicia privada" pero no tienen nada de privado si el sistema de Justicia los incorpora como una parte de su resolución de conflictos (17).

Las TIC pueden ser utilizadas en el sistema de justicia:

*a. Como un instrumento de apoyo*

Apoyando diversos procedimientos o actuaciones, facilitándolos, pero esencialmente el proceso judicial se administra y desarrolla "fuera de línea". En la actualidad podemos ver este tipo de interacción en nuestro sistema judicial gracias a la posibilidad que tienen los usuarios de consultar a través de Internet el estado de los procesos en algunas de las ciudades más importantes del país, a través del sitio web de la Rama Judicial. O facilitando las notificaciones.

*b. Como herramienta de administración de todo el proceso judicial, sin importar que algunas actuaciones se realicen "fuera de línea"*

Las TIC, como un verdadero sistema de solución en línea de controversias, alcanzando la meta final y más ambiciosa: la relación más estrecha posible entre las TIC y la administración de justicia, una vez se han superado todos los desafíos que la tecnología le impone a la concepción tradicional del proceso, tales como la identificación plena de los sujetos procesales, el reconocimiento de los documentos electrónicos y la seguridad sobre las actuaciones procesales.

Países que han comenzado hace tiempo este proceso de llegar al expediente sin papel como EE.UU., Italia y España, tienen todavía dificultades de ajustar requisitos procesales a las nuevas tecnologías y viceversa. Sin embargo el camino realizado muestra la factibilidad del proceso.

Es cierto que en un país federal las cosas se complican: además de un servicio de justicia federal existen servicios provinciales que se rigen por sus propias leyes y que hasta tienen códigos procesales diferentes. Proba-

---

(17) Algunos ejemplos de proveedores de servicios de solución en línea de conflictos son: Square Trade (<https://www.squaretrade.com/>) un sistema de solución de controversias para el sitio de subastas en línea eBay. ECODIR - Electronic Consumer Dispute Resolution (Solución de conflictos para el consumidor Electrónico <http://www.ecodir.org>). Arbitraje en línea de la A.A.A. (American Arbitration Association, Asociación Americana de Arbitraje <http://www.adr.org>).

blemente la solución consista en un buen sistema federal que vaya dando las características y los estándares nacionales y una serie de acuerdos interprovinciales y con la Nación para ir haciendo de esos sistemas múltiples sistemas interoperables.

En 2011 se dictó la ley 26.685, que autoriza la utilización de expedientes, documentos, firmas y comunicaciones electrónicas con el mismo valor probatorio que sus equivalentes tradicionales. El decreto 919/2011 promulgó esa norma.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Consejo de la Magistratura de la Nación reglamentarán, de manera conjunta, la utilización del expediente electrónico para todos los procesos judiciales y administrativos que se tramiten ante el Poder Judicial de la Nación.

Hace rato que hay muchas y válidas aplicaciones de expediente electrónico en la Argentina. En algunas provincias como San Luis en forma muy activa, y en general hay una gran cantidad de iniciativas que en el 2005 confluyeron en un proyecto piloto.

En el fuero penal de la Capital Federal muchas de las citaciones se encomiendan a las comisarías por correo electrónico. Y se consultan registros, como el de la propiedad inmueble o automotor, a través de la red con claves que aseguran la autenticación de los fiscales que realizan las consultas.

En otros fueros se realizan consultas de los expedientes por internet y se realizan algunas acciones, en particular notificaciones.

Los Juzgados Civiles 3, 14, 89 y 98 de la Capital Federal incorporaron y comenzaron a utilizar un nuevo software de gestión que tiene como objetivo un tratamiento electrónico ágil de las causas judiciales.

Una de las tecnologías a utilizar es la filmación de audiencias.

La intermediación procesal lo que quiere conseguir es ese contacto directo con el declarante que revele no solo “sus dichos” sino también sus actitudes comunicantes. Esto es particularmente interesante en los careos donde más allá de lo que se dice —generalmente poco y repetitivo de las respectivas posiciones— es interesante ver como la comunicación total traiciona a alguna de las partes frente a alguna pregunta o afirmación del otro.

## 4.2. Portales de gobierno electrónico

La mayor parte de los países han desarrollado portales desde los cuales pueden dispensar el gobierno electrónico. Se basa principalmente en la implantación de herramientas como portales, ERPs, que en caso de los gobiernos se conocen como GRPs, CRMs, como redes sociales o comu-



nidades virtuales y muchas otras, buscando una mejora en la eficiencia y eficacia de los procesos internos y de vinculación con la sociedad.

El gobierno electrónico, en sentido amplio, comprende la implementación de las tecnologías de la información por parte de los gobiernos con el fin de mejorar tanto la gestión interna de las administraciones públicas como la interacción con la ciudadanía.

En este sentido, se procura analizar un conjunto de portales municipales para examinar el nivel de desarrollo de servicios que brindan desde la perspectiva del ciudadano. Es decir, las aplicaciones o herramientas que están disponibles para la ciudadanía ya sea para mejorar el acceso a la información y las prestaciones públicas como para aumentar los canales de participación ciudadana (e-Democracia).

Por cierto que concebir las relaciones Administración pública-ciudadano a través de redes de computadoras, trae una enorme cantidad de ventajas y un número aún no precisado de complicaciones. Por ejemplo: cada administración se comunica con sus ciudadanos y le ofrece todos los servicios de que dispone en su jurisdicción. Esto es una buena cosa pero en seguida muestra sus límites: ¿por qué el ciudadano debe dirigirse a cada administración para obtener los datos y certificados que necesita? ¿Porqué no obtener desde una administración única todos los datos? La respuesta a esta pregunta es lo mejor del ejemplo: porque no es necesario. Si todas las administraciones estuvieren vinculadas entre sí el ciudadano recurriendo a una tiene posibilidad de acceder a los datos de todas sin necesidad de crear una superfetación como sería una estructura de segundo nivel que repitiera todos los datos que ya tiene cada Administración.

Las relaciones poder central poderes descentralizados siempre implica una determinación de cuánto, qué cosa, cómo, quién lo hace, con qué garantías. Además la relación debe ser biunívoca en modo tal que no solo el poder local tenga la facultad para operar en situ, sino que debe hacerlo en modo tal que el poder central esté inmediatamente informado, sea para poder satisfacer las demandas de los ciudadanos, sea para evitar superposiciones y lagunas (18). El resultado es una gestión transparente donde cada parte sabe lo que puede y debe hacer y el ciudadano puede

---

(18) *Reino Unido: Proyecto "Government Gateway"*. El proyecto impulsado por el gobierno británico permite a los ciudadanos efectuar trámites en línea ante la administración pública utilizando certificados digitales para su identificación. Los certificados utilizados cuentan con aprobación gubernamental. *España: Proyecto "Salud en la red" del Ministerio de Sanidad*. El objetivo de la iniciativa es brindar contenidos y formación en Internet para los profesionales de la salud y facilitar a los usuarios del Sistema Nacional de Salud el acceso a la información sanitaria utilizando la firma electrónica. Es el primer paso para la creación de la Historia Clínica Electrónica.

controlar que se haga y que no se haga sino eso. No es un mundo de utopía, es tan concreto que la CCE ya desde 1981 recomendaba a sus Estados que las licitaciones se hicieran por medios electrónicos para que la transparencia excluyera a las mafias.

Para implementar esta revolución es necesaria no solo la voluntad política del poder sino la preparación de los funcionarios y los empleados que deben cargar y mantener el sistema.

Prácticamente todos los eventos de la vida humana son seguidos en el gobierno electrónico desde el nacimiento hasta la muerte y algo parecido sucede con las empresas.

Argentina, Uruguay y Brasil son países activos en la implementación del e-gobierno. Brasil posee más de 3500 sitios gubernamentales. En Uruguay, la Intendencia de Montevideo fue una de las primeras en informatizarse, en 1970. Buenos Aires comenzó en la década de los 90. En los tres países el uso de las tecnologías de información y comunicación (TIC) en los gobiernos locales está ligada a las estrategias económico-políticas nacionales (Brasil y Uruguay apuestan a la Sociedad de la Información como una vía de desarrollo; Argentina está comenzando a visualizarla como una de las salidas de la crisis).

#### **4.3. Tipos de gobierno electrónico enfocado en la justicia**

El tipo de gobierno electrónico enfocado en la justicia generalmente depende del tipo de sistema político en vigor. Por ejemplo en un sistema parlamentario con una organización unitaria es más fácil desarrollar un portal nacional que contiene todos los elementos para el sistema nacional más las especificaciones para los gobiernos locales. Esto puede verse aun en países que dicen tener una organización política con presencia de Regiones o Autonomías como España o Italia en ambos países (y gracias a su vocación unitaria) el gobierno electrónico judicial esta centralizado y desde él se pueden realizar todas las acciones que el juez, el fiscal, el abogado y las partes necesitan.

Tema diferente es el relativo a los portales de los países federales donde, además del sistema federal, cada provincia presenta su propio portal y allí suceden transacciones relativas a la propia provincia.

A este propósito ver el sitio del Sistema Judicial de la Corte Suprema de Justicia argentina <http://www.pjn.gov.ar/> y los relativos a las 23 provincias más la ciudad autónoma de Buenos Aires.

#### **4.4. El gobierno electrónico como back office y como *front office***

Como dijimos antes si toda la Administración pública entendida *lato sensu* se convierte en un inmenso reservorio de documentos que pue-

den circular porque siguen todos un mismo estándar, será fácil para esa misma administración tener una ventanilla privilegiada donde el usuario puede acceder directamente a esos datos y gracias a los criterios de jurisdicción de los propios organismos realizar todos los procesos que también hemos visto ilustrados sea para los ciudadanos, sea para las empresas.

Este mismo criterio se traslada a la función judicial y el ciudadano puede obtener directamente una certificación o impulsar una acción que anteriormente requerían la presencia física y la presentación de un trozo de papel.

La implementación del gobierno electrónico requiere mucho trabajo aún para lograr los objetivos enunciados en la Carta Iberoamericana. Un gran potencial debe ser dirigido por el liderazgo gubernamental, la normativa, la agenda de gobierno, las constelaciones de trabajo y el diseño de indicadores y análisis de resultados para aprovechar el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación para lograr un estado más accesible e igualitario.

Como consecuencia de diversos factores no habrá un modelo único de gobierno electrónico en Iberoamérica. El estado nacional definirá objetivos centrales y resultados esperados, un portal de acceso central en red con su estructura y vinculado con los niveles provinciales de gobierno.

Las organizaciones públicas deben definir sus propios objetivos. No cambiarán su estructura de manera significativa, pero deben adaptar sus procesos para brindar mejores servicios y con mayor alcance.

Los agentes públicos están habituados a las nuevas tecnologías pero no al trabajo en redes humanas. Deben adoptar la *adhocracia* (19) interna guiada por un fuerte liderazgo de los directivos que los respalde en sus iniciativas. Es imprescindible consultar a los ciudadanos en el diseño y la evaluación de los servicios públicos.

El sector privado debe ser invitado a trabajar en conjunto con el sector público, a participar del trabajo en equipo y el diseño de propuestas. Este es un punto fundamental que llevara años difundir y ser aceptado: también el sector privado debe aceptar los estándares vigentes en materias de adquisición, transmisión y conservación de datos de tal manera de convertirse a su vez en un *front office* privado que, unido al *front office* público, cree una base de datos extraordinariamente rica para permitir a público y privado extraer desde una ventanilla (se irá viendo cuando y

---

(19) *Adhocracia* es la ausencia de jerarquía, y es por tanto lo opuesto a burocracia. Es una palabra híbrida entre *ad-hoc* y el sufijo *cracia*. El término se usa en la teoría de gestión de organizaciones. Todos los miembros de una organización tienen autoridad para tomar decisiones y llevar a cabo acciones que afectan al futuro de la organización.

donde) (20) los datos que sirven al ciudadano para un efectivo gobierno electrónico.

La Carta Iberoamericana (2007) entiende al “Gobierno Electrónico” como el uso de las tecnologías de la información y la comunicación en los órganos de la Administración para mejorar la información y los servicios ofrecidos a los ciudadanos, orientar la eficacia y eficiencia de la gestión pública e incrementar sustantivamente la transparencia del sector público y la participación de los ciudadanos.

Los primeros pasos comunes emprendidos por los gobiernos de Iberoamérica en gobierno electrónico han sido el dictado de normativa sobre criterios rectores, la elaboración paulatina de una agenda de gobierno, la designación de órganos encargados de la guía e implementación, el nombramiento de referentes y el estímulo de iniciativas en los organismos públicos.

Los valores centrales predicados por esta Carta son: igualdad, legalidad, conservación, transparencia y accesibilidad, seguridad, responsabilidad y adecuación tecnológica. También hay coincidencias en que se debe poner el foco en los destinatarios del gobierno electrónico: el ciudadano y la sociedad.

Hay dos prioridades que deben atenderse:

El primer reto es lograr la plena *accesibilidad* al gobierno electrónico. ¿Por qué es imperioso disminuir la brecha digital? Porque atenta contra el derecho de igualdad de oportunidades de los ciudadanos. Paulatinamente esta brecha se achica dentro del gobierno argentino y el 50% de la población tiene algún modo de conexión a Internet. A pesar que la brecha digital y de alfabetización se acorta, persiste la exclusión en la población de menores ingresos y por razones geográficas, ya que la mayor concentración de servicios presenciales y disponibilidad de redes y computadoras se da paradójicamente en los centros más poblados y que gozan de mayores ingresos y de nivel educativo.

El segundo reto es *homologar la información* que se brinda a distancia para acceder a los servicios con la información que se provee en forma presencial: la normativa, los procedimientos, los requisitos. Los ciudadanos son cautivos del sector público en tanto tienen obligación de concurrir a sus oficinas para ejercer sus derechos y cumplir obligaciones. No conocen toda la legislación ni el alcance de los programas y servicios

---

(20) En la monumental obra de Brasilia el recientemente fallecido Niemayer había concebido muchas cosas con respecto al comportamiento de los habitantes pero sorprendentemente no había caminos trazados a partir de la Central de Ómnibus. La razón que me dieron me parece aplicable a este caso: luego, con el hacer, los ciudadanos determinarán ellos mismos los caminos más y mejores transitables.

que se diseñan en la Nación y que tienen alcance regional y local. Desean perder el menor tiempo posible ante el arduo proceso: ubicar los puntos de contacto de la organización, horarios de atención, recibir información clara sobre requisitos, resolución de dudas, sus aranceles, tiempo de demora durante el trámite. No les interesan tanto los procesos internos de los trámites como el resultado obtenido.

Tal vez se estén albergando demasiadas esperanzas en los nuevos sitios web institucionales y en su crecimiento un tanto desordenado ¿Están testeando los organismos las capacidades de los ciudadanos con Internet y sus herramientas informáticas? ¿Cómo se comportan los empleados públicos en los puntos de contacto presenciales? ¿No están enviando a la gente a consultar las páginas web sin resolver sus dudas en forma presencial? También persiste la derivación de la gente a dependencias sin conocer siquiera los puntos de contacto como dirección y teléfono.

Los ciudadanos básicamente desean disponer de información para acceder a los servicios públicos. Esta información debe tener determinados requisitos: Actualizada: la tecnología brinda la posibilidad de la actualización en línea en forma rápida y segura. Comprensible: incluso para personas de instrucción básica. Suficiente y graduada: de acuerdo con distintos tipos de destinatarios y sus necesidades o referencias para obtener mayor información en caso de necesidad. Coherente: La información brindada en un punto de contacto no debe ser distinta o contradictoria con lo requerido para acceder al producto. Variedad y validez de los canales y herramientas existentes: para la disponibilidad de información y la consulta: presencial, telefónica gratuita, fax, página web, correo electrónico, guías de servicios y trámites. Es importante contar con un directorio completo de puntos de contacto del Estado de acceso público a distancia.

El siglo XXI será el siglo de los estándares pero éstos ya existen y se trata de ir adaptando la propia información a ellos de esa manera se evitan dos peligros inminentes: el primero crear catedrales en el desierto aptas solo para quienes las visitan, el segundo poder ofrecer sin tapujos información pública y privada a través de ventanillas electrónicas que cada uno ira construyendo según las necesidades de la zona en la que vive sin perder la universalidad de los estándares.

Nunca estuvimos tan cerca de la universalidad de las leyes (de estándares) como ahora que el gobierno electrónico será una realidad y en gran medida lo es en algunas partes del mundo.

Luego de las dos prioridades marcadas se podría avanzar en los organismos públicos en desarrollos específicos orientados por su importancia, por la demanda y el desarrollo tecnológico necesario. Algunos son de relativo bajo costo, tales como el otorgamiento de turnos a distancia,

la consulta del estado del trámite y fecha de entrega del producto y la posibilidad de realizar reclamos y sugerencias. Ejemplos de estas prioridades puede ser el otorgamiento del Documento Nacional de Identidad con modernas normas de seguridad. Este documento es imprescindible para poder realizar muchos otros trámites, además de demostrar la identidad ante cualquier requirente. El DNI será el documento alrededor del cual se irá construyendo todo el edificio del gobierno electrónico con datos específicos que pueden ser colocados en el chip del mismo (21).

No caben dudas que la organización federal constituye un problema para la estandarización que es necesario afrontar y vencer.

Aún en los países con estructura federal de gobierno, existe un fuerte influjo centralizador del estado nacional en el diseño de las políticas y de los servicios públicos, que determina el alcance graduado y decreciente en la toma de decisiones sobre los mismos. El estado nacional impone a las provincias el desarrollo de programas y servicios y también despliega la estructura divisional en las provincias, como es el caso del Registro Nacional de las Personas. Los estados nacionales definen la normativa general, los procesos para la producción de muchos servicios públicos, los requisitos solicitados y la información brindada a la ciudadanía para acceder a los mismos.

También el Estado define la tecnología a emplear en el ámbito público. En Argentina la Oficina Nacional de Tecnologías de Información (ONTI) es el órgano rector en materia de empleo de tecnologías informáticas de la Administración Pública Nacional. Su principal objetivo es asistir al Secretario de la Gestión Pública en la formulación de políticas informáticas y en la implementación del proceso de desarrollo e innovación tecnológica para la transformación y modernización del Estado. En esta línea, promueve la estandarización tecnológica en materia informática y la integración de nuevas tecnologías, su compatibilidad e interoperabilidad, de acuerdo con los objetivos y estrategias definidas en el Plan Nacional de Gobierno Electrónico, aprobado por Decreto N° 378/2005.

#### 4.5. La firma electrónica

Firma electrónica es una firma digital contenida o almacenada en un contenedor electrónico, normalmente un chip ROM. Su principal característica diferenciadora respecto a la firma digital es su cualidad de ser inmodificable (que no inviolable). No se debe confundir el almacenamiento en hardware, como por ejemplo, en un chip, con el almacenamiento de la firma digital en soportes físicos; es posible almacenar una firma digital en una memoria flash, pero al ser esta del tipo RAM y no

---

(21) Algunos países, entre ellos Argentina, han comenzado este largo camino.

ROM, no se consideraría una firma electrónica sino una firma digital contenida en un soporte físico.

Firma digital es un esquema matemático que sirve para demostrar la autenticidad de un mensaje digital o de un documento electrónico. Una firma digital da al destinatario seguridad en que el mensaje fue creado por el remitente, y que no fue alterado durante la transmisión. Consiste en un método criptográfico que asocia la *identidad* de una persona o de un equipo informático al mensaje o documento. En función del tipo de firma, puede, además, asegurar la *integridad* del documento o mensaje.

El artículo 1 del Proyecto de Régimen Uniforme para las Firmas Electrónicas de UNCITRAL, establece que por firma electrónica se entenderá los datos en forma electrónica adjuntos a un mensaje de datos o lógicamente vinculados con él, y que se utilicen para identificar al firmante del mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información contenida en el mensaje de datos.

La *firma digital* puede ser definida como una secuencia de datos electrónicos (bits) que se obtienen mediante la aplicación a un mensaje determinado de un algoritmo (fórmula matemática) de cifrado asimétrico o de clave pública, y que equivale funcionalmente a la firma autógrafa en orden a la identificación del autor del que procede el mensaje. Desde un punto de vista material, la firma digital es una simple cadena o secuencia de caracteres que se adjunta al final del cuerpo del mensaje firmado digitalmente.

La aparición y desarrollo de las redes telemáticas, de las que internet es el ejemplo más notorio, ha supuesto la posibilidad de intercambiar entre personas distantes geográficamente mensajes de todo tipo, incluidos los mensajes de contenido contractual. Estos mensajes plantean el problema de acreditar tanto la autenticidad como la autoría de los mismos.

Concretamente, para que dos personas (ya sean dos empresarios o un empresario y un consumidor) puedan intercambiar entre ellos mensajes electrónicos de carácter comercial que sean mínimamente fiables y puedan, en consecuencia, dar a las partes contratantes la confianza y la seguridad que necesita el tráfico comercial, esos mensajes deben cumplir los siguientes *requisitos*:

- 1º. *Identidad*, que implica poder atribuir de forma indubitada el mensaje electrónico recibido a una determinada persona como autora del mensaje.
- 2º. *Integridad*, que implica la certeza de que el mensaje recibido por B (receptor) es exactamente el mismo mensaje emitido por A (emi-

sor), sin que haya sufrido alteración alguna durante el proceso de transmisión de A hacia B.

- 3º. *No repudio* o no rechazo en origen, que implica que el emisor del mensaje (A) no pueda negar en ningún caso que el mensaje ha sido enviado por él.

La firma digital es un procedimiento técnico que basándose en técnicas criptográficas trata de dar respuesta a esa triple necesidad apuntada anteriormente, a fin de posibilitar el tráfico comercial electrónico.

Un *certificado digital* es un archivo electrónico que tiene un tamaño máximo de 2 Kilobytes y que contiene los datos de identificación personal de A (emisor de los mensajes), la clave pública de A y la firma privada del propio Prestador de Servicios de Certificación. Ese archivo electrónico es cifrado por la entidad Prestadora de Servicios de Certificación con la clave privada de ésta.

Los certificados digitales tienen una *duración determinada*, transcurrida la cual deben ser renovados, y pueden ser revocados anticipadamente en ciertos supuestos (por ejemplo, en el caso de que la clave privada, que debe permanecer secreta, haya pasado a ser conocida por terceras personas no autorizadas para usarla).

Gracias al certificado digital, el par de claves obtenido por una persona estará siempre vinculado a una determinada identidad personal, y si sabemos que el mensaje ha sido cifrado con la clave privada de esa persona, sabremos también quién es la persona titular de esa clave privada.

La autoridad certificante funciona como un Registro en el cual se depositan las claves públicas de las firmas electrónicas y la organización de estos entes certificadores configura un cuadro complejo dado que según sea el diferente grado de tutela y seguridad se tienen diferentes grados de tutela y seguridad de un documento firmado electrónicamente. Un criterio general y estándar para la validez de las firmas electrónicas es lo que se denomina en inglés *Open Public Key Infrastructures (PKIs)*, vale decir la infraestructura abierta de llaves públicas (PKI).

Las soluciones son diferentes en distintos países. Estos entes certificadores pueden ser públicos o privados pero deben atenerse a reglas que los hacen distinguir entre entes aptos para una firma pesada (más segura) o ligera. En general hay un ente nacional que coordina, dirige y controla estas autoridades certificantes: es la Autoridad de Certificación raíz de la cual dependen todas las otras.

En los EE.UU., cada estado tiene una y esto ha generado no pocos problemas, sobre todo para la validez interestadual de estas firmas. Por esa razón se ha creado una autoridad que constituye un puente entre todas las autoridades estatales, justamente el Federal Bridge Certification Authority (FBCA).



Las Autoridades Certificantes son responsables de generar y custodiar los certificados de llave pública que mantienen los requisitos de seguridad, autenticidad e integridad ya citados en la norma ISO 7498. El problema es, como siempre, *quod custodia custodes*, vale decir cómo hacer para controlar estas autoridades de certificación y sobre todo obtener lo que en informática se llama interoperabilidad y en política acceso de todos desde cualquier punto del país en forma inmediata y poco costosa.

La accesibilidad económica es un valor importante para la participación generalizada y sin exclusiones y se convierte en un motor de desarrollo (22).

Se habla mucho que el cambio tecnológico traerá aparejado el cambio en las estructuras organizacionales del estado. Sin embargo, por lo general estas estructuras son rígidas y la llegada del gobierno electrónico no cambiará esto, al menos en el corto plazo.

Junto con la centralización, otro factor determinará la variedad de modelos de gobierno electrónico: la implantación de nuevas tecnologías en un entorno de cambio acelerado. Esto sumará un nuevo interrogante: ¿qué tecnologías aplicar a estructuras rígidas y poco sensibles a las necesidades de los ciudadanos?

Estas dos variables se irán debatiendo y consensuando en forma progresiva en ámbitos de colaboración, asistencia técnica e intercambio de experiencias.

#### **4.6. La llamada desmaterialización de los procesos**

Hay en este campo un equívoco que se prolonga en el tiempo y que será difícil de eliminar. Es la llamada desmaterialización gracias a la documentación informática. Es cierto que se reemplaza la información contenida en soporte de papel por otra sostenida en discos duros, en CD y en otros contenedores incluida la nube. Pero todos ellos son absolutamente materiales y reemplazan una materialidad por otra.

Con la constante evolución de las computadoras en los últimos años, es necesario que la información ya elaborada por la computadora se memorice o se guarde en unidades de gran capacidad. A estas unidades se las conoce como *memorias de masa* y son dispositivos internos o externos a

---

(22) A nadie escapa la importancia de los juegos económicos que están detrás de estas certificaciones. No es casualidad que Europa haya sido obligada a aceptar la firma liviana y que los entes Certificadores raíces de países como Italia sean objeto de asalto. Los productos que están en condición de distribuir con costos mínimos han costado millones y son objeto de codicia.

la computadora destinados a almacenar grandes volúmenes de información, tanto de programas como de datos.

Estos dispositivos son materiales y las operaciones que se hacen sobre ellos son materiales también.

Tienen una particularidad fundamental: los caracteres de información grabados no son volátiles; aquélla permanece aunque se haya desconectado la alimentación.

Esta información almacenada podrá ser tratada posteriormente por otra computadora con similares características a la que fue el origen de la información (23).

Con la técnica de seguimiento servo de la pista *Servo Track Following*, a costa de una superficie entera de plato, de una cabeza y de una electrónica de control, se han obtenido notables capacidades de posicionamiento, incluso al trabajar con densidades muy elevadas.

Los discos ópticos son un medio de almacenamiento de información que permiten una mayor flexibilidad, seguridad y capacidad de almacenamiento que los subsistemas convencionales de almacenamiento magnético (disquetes y cintas).

Su base técnica es similar a la de los "compact disk" (discos de música) pudiéndose almacenar alrededor de 600 megabytes de información por cada disco.

Almacenamiento alternativo: Estos medios no intentan reemplazar al disco rígido, sino que lo complementan. Además de poseer una capacidad mucho mayor que los disquetes, trabajan a alta velocidad.

Los principales puntos a considerar para saber que medio secundario elegir son su capacidad, su compatibilidad, su portabilidad y por supuesto, el costo.

---

(23) Estos dispositivos se pueden clasificar según el modo de acceso a los datos que contienen: Acceso secuencial: en el acceso secuencial, el elemento de lectura del dispositivo debe pasar por el espacio ocupado por la totalidad de los datos almacenados previamente al espacio ocupado físicamente por los datos almacenados que componen el conjunto de información a la que desea acceder. Acceso aleatorio: en el modo de acceso aleatorio, el elemento de lectura accede directamente a la dirección donde se encuentra almacenada físicamente la información que se desea localizar sin tener que pasar previamente por la almacenada entre el principio de la superficie de grabación y el punto donde se almacena la información que se busca. Si retrocedemos en el tiempo, el primer soporte de datos fue la tarjeta perforada. Ésta empezó a ser utilizada en la industria textil, a través del ingeniero de J. Jacquard. El siguiente paso, la tarjeta perforada se utilizó para procesar datos.

#### 4.7. El gobierno electrónico en Argentina

Argentina padece un retraso en materia de instalación de software y de hardware notable, no así de la formación de sus especialistas, pero esto no alcanza para subsanar la brecha digital. En materia de gobierno electrónico el Estado Nacional comenzó a delinear el marco adecuado para impulsar el uso intensivo de estas nuevas tecnologías, a fin de optimizar la gestión pública de manera permanente, con el propósito de ofrecer mejores servicios al ciudadano, garantizar la transparencia de los actos de gobierno, facilitar trámites y reducir sus costos, generar nuevos espacios de participación, reducir la brecha digital incluyendo a personas, empresas y comunidades menos favorecidas y propiciar la integración de la producción nacional al mercado global. El resultado de este propósito se vio reflejado en la aprobación del Decreto N° 378/2005 que ha puesto en marcha el Plan Nacional de Gobierno Electrónico.

A través del decreto 378/2005 se aprobaron los lineamientos estratégicos que han de regir el Plan Nacional de Gobierno Electrónico y los Planes Sectoriales para el uso intensivo de las TICs en los organismos de la Administración Pública Nacional (APN). Con ese fin, la Oficina Nacional de Tecnologías de Información (ONTI) desarrolló un portal del Estado Nacional, que incluye: *Guía de Trámites*: a fin de brindar a habitantes y ciudadanos información precisa sobre toda tramitación ante organismos de la APN, cuya elaboración, desarrollo e implementación ha sido realizada en forma conjunta con la Oficina Nacional de Innovación de Gestión (ONIG); *Directorio de Funcionarios*: con el objeto de ofrecer a los habitantes y ciudadanos el acceso a la estructura de la APN y a los datos públicos de contacto de los funcionarios; *Sistema de Atención en Línea*: para todos los usuarios y particularmente para funcionarios.

Se ha creado un portal de gobierno electrónico a través del cual es posible seguir trámites en línea como conseguir turnos o seguir un trámite particular que haya sido puesto en servicio electrónico. Poder hacer consultas y trámites relativos a la documentación personal. Tener un mapa interactivo que permita seguir donde se encuentran los principales servicios y organismos públicos.

El Gobierno digital no es una meta, tal vez ni siquiera el único o principal medio, sino sólo uno de los medios necesarios. El Gobierno en red es asimismo imprescindible, para lograr un gobierno inteligente. Pero el fin, es el "buen gobierno", como dice la Declaración del Milenio. La RICYT ha elaborado el Manual de Lisboa —que intenta revelar qué y cómo, quienes y con qué medir la Sociedad de la Información— cuyo fundamental aporte metodológica es una Matriz de Indicadores de la Sociedad de la Información y el Conocimiento. En esta matriz, cuatro sectores constituyen la base para su conformación: la Educación, la Ciencia y la Tecnología, la Informática y los Servicios de Alto Valor Agregado.

El sector Gobierno se focaliza en cuatro campos fundamentales: infraestructura, capacidad, esfuerzo/inversión, y aplicaciones. Se ha editado un Manual para el ciudadano y las empresas que es valiosísimo, pero aún no incluye indicadores sobre la estructura centrada en el ciudadano, ni sobre el GE como una red de redes.

En el gobierno electrónico argentino puede distinguirse una primera etapa extensiva, de experimentación, en donde el avance del mercado marca el ritmo y las características de la adopción de TIC. En esta etapa, no existen comúnmente estrategias mancomunadas e integradas entre los distintos gobiernos, sino que son de caracteres particulares y experimentales.

Luego una segunda etapa intensiva o de integración, en donde la comunicación y documentación de las experiencias simplifica la adopción por parte de nuevos gobiernos. Comienzan a existir políticas planificadas y multisectoriales, con la participación de diferentes grupos de la sociedad civil.

Y una última etapa estratégica o de reinversión, en la cual el uso y la participación cotidiana de los ciudadanos vía los mecanismos del E-Government, genera nuevos contenidos y soluciones de manera ascendente. No sólo es el gobierno el estratega e implementador nuevos canales o aplicaciones de comunicación y participación, sino que son los usuarios (ciudadanos) los que participa activamente en la formulación de estrategias de Gobierno Digital.

En el caso de Argentina, podemos decir que se encuentra en el paso de la primera a la segunda etapa y en esbozo la tercera.

La Oficina Nacional de Tecnologías de Información (ONTI) desarrolló una nueva herramienta transversal, para ser utilizada en la Administración Pública Nacional. Se trata de un Catálogo de Software transferible entre organismos, que servirá de guía de consulta en línea sobre las distintas aplicaciones desarrolladas por el Estado Nacional. De esta manera, no solamente se reaprovecharán recursos en desarrollo, maximizando la eficiencia, sino que también se permitirá la homogeneización en el software utilizado. El sistema cuenta con un buscador avanzado por tema, sistema operativo, lenguaje, palabras clave dentro de su descripción, etc. y tiene un acceso restringido a la Administración Pública Nacional, con clave de usuario y *password*, con distintos niveles de acceso. Esta aplicación, de carga distribuida y administración centralizada, se complementará con otros catálogos de buenas prácticas y servicios web disponibles en la APN.

La irrupción de las Nuevas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TICs) en las últimas décadas generó un notable impacto en la vida cotidiana de la sociedad.

Consciente de esta nueva realidad, el Estado Nacional Argentino comenzó a diseñar el ámbito conveniente para impulsar el uso de estas nuevas tecnologías digitales, a fin de optimizar así la gestión pública de manera permanente, con el propósito de ofrecer mejores servicios al ciudadano, garantizar la transparencia de los actos de gobierno, facilitar trámites y reducir sus costos, generar nuevos espacios de participación, reducir la brecha digital incluyendo a personas, empresas y comunidades menos favorecidas y propiciar la integración de la producción nacional al mercado global.

#### 4.7.2. *La firma digital en Argentina*

Como dijimos antes el reconocimiento del valor jurídico del documento electrónico y la firma digital son los elementos fundamentales del gobierno electrónico. El objetivo básico de la firma electrónica es aportar al mundo de los documentos electrónicos la misma funcionalidad que aporta la firma manuscrita a un documento impreso, es decir, identificar al autor del mismo y, en el caso de documentos compartidos entre diferentes entidades o personas, fijar el contenido del documento mediante el cruce de copias firmadas por todas las partes implicadas.

A diferencia de las prácticas que nos son habituales en el mundo de papel, como por ejemplo, concertar una reunión para firmar las copias, la firma electrónica debe además satisfacer la necesidad de firmar un documento por parte de personas que pueden encontrarse a miles de kilómetros y que realizarán la firma sin coincidir en el tiempo.

Los retos que debe atender *la firma electrónica son garantizar la identidad del firmante y garantizar que el documento no ha sido modificado tras ser firmado*. El concepto de identidad debe ser complementado con el de no repudio que describiremos con detalle más adelante.

Para garantizar la identidad del firmante se emplea la tecnología de par de claves vinculada a los datos identificativos del titular del certificado. De este modo, cuando se firma un documento se emplea un número único que sólo pertenece al firmante. El receptor del documento verifica la firma con la parte pública de la clave, de este modo, si el proceso de validación es positivo, debe concluirse que el firmante del documento es el titular del certificado.

La integridad del documento no se refiere al hecho de validar el contenido, sino de garantizar que el documento no ha sido modificado tras su firma. Para asegurar esto no es necesario que un tercero custodie una copia del documento sino que se realiza generando un código único del documento a partir de su estructura interna en el momento de ser firmado. Cualquier alteración del contenido del documento provocará que

al aplicar de nuevo la función de generación de código único sea imposible reproducir el original, por tanto, quedará rota la integridad del contenido.

Hemos comentado anteriormente que la firma electrónica avanzada demandaba la propiedad de no repudio, que jurídicamente implica que el firmante no pueda negar haber firmado. Entre otros, los elementos que garantizan el no repudio son los siguientes: La 1. *Clave privada* vinculada al certificado y que confiere unicidad a los documentos firmados sólo esté en posesión del firmante desde el mismo momento de generar dichas claves y vincularlas a sus datos identificativos. 2. El *certificado y los dispositivos de firma* empleados deben basarse en tecnologías y procesos seguros que eviten el uso o sustracción de la clave por parte de terceros y que se encuentren homologados por la Autoridad de Certificación emisora del certificado empleado. 3. Que el *certificado esté activo* en el momento de ser empleado. Esto equivale al estado de las tarjetas de crédito que también pueden ser revocadas por el interesado y caducar con el tiempo. 4. Que los *receptores* de documentos firmados dispongan de un instrumento de verificación seguro que no permita suplantar identidades del firmante o de la Autoridad de Certificación que realiza la validación.

Vale decir que la firma digital con doble clave es mucho más segura y contiene muchos más elementos identificativos del autor del documento y de las circunstancias, aun temporales de su realización que cualquier firma ológrafa.

Una parte importante del sistema lo constituye la Onti y su sistema de firma digital que puede encontrarse directamente en el sitio de Internet y que ha proveído de material y elementos a todos los organismos del estado que lo han solicitado. Prueba de ello es que tanto el sistema de la Corte Suprema cuanto los sistemas federales de justicia digital contienen la firma de los jueces y funcionarios que validan el sistema.

Una gran falta en Argentina es el desarrollo de la firma digital privada con validez *erga omnes* con doble clave y un sistema de clave pública que sea al mismo tiempo una Autoridad local de Certificación y registro (24). Y la falta es grave por dos razones: una la posibilidad que tendrían los colegios profesionales en convertirse en entes certificadores para los abogados, dos la falta de participación de las grandes empresas en actividades para las cuales estarían perfectamente preparadas siempre y cuando su firma tenga plena validez jurídica como en otras partes más avanzadas del planeta.

---

(24) Decreto 724/2006, modificatorio de la reglamentación de la ley 25.506.

Un paso más: además de la firma electrónica existe un medio de identificar a un usuario que es aun más completo: la existencia de una casilla postal certificada (25). Cualquier persona puede obtener, y toda la primera parte es simplemente por protocolos electrónicos, una casilla postal certificada ante el Correo nacional. Obviamente la última parte debe ser realizada personalmente para acreditar la personalidad y los demás datos que quedan grabados. Cualquier notificación realizada a una casilla postal certificada se entiende bien notificada pues el titular está obligado a consultarla con regularidad.

## 5. LA JUSTICIA DIGITAL

### 5.1. El acceso a justicia

El acceso a justicia es uno de los valores fundamentales que persigue toda sociedad desarrollada y que también se desarrolla en Argentina. En particular la Corte Suprema lo considera como una política de Estado dirigida a mejorar el servicio de justicia. El programa que la Corte se encuentra desarrollando en este ámbito tiende a implementar políticas públicas para promover e incentivar los métodos alternativos de resolución de conflictos y disminuir así la litigiosidad.

Una cosa es el acceso a la Justicia y otra el acceso a justicia que supone etapas intermedias y resolutorias sin necesidad de llegar al juicio tradicional —si bien por razones que sería largo explicar aquí deben formar parte del proceso judicial (26)—. Aquí hay que tener presente dos premisas básicas: en primer lugar, como definición de política pública, es necesario evitar la sinonimia entre conflicto y litigio. Acceso a justicia no implica acceso a una sentencia, implica acceso a una resolución del conflicto en forma rápida y poco costosa, no sólo en dinero sino también en tiempo, esfuerzos y energías. Asimismo, es imprescindible que los jueces asuman un rol protagónico y desde el mismo Poder Judicial promuevan programas que brinden la posibilidad a todas las personas por igual de acceder al conocimiento, ejercicio y defensa de sus derechos. La población debe tomar conciencia que la vía judicial no es la única alternativa posible para dirimir sus contiendas.

En este sentido se encuentra trabajando la Comisión Nacional de Acceso a Justicia, que preside la Vicepresidenta del Tribunal, Dra. Elena Highton de Nolasco, y está integrada por jueces federales, nacionales y provinciales. La Comisión, luego de elaborar un mapa judicial con todos los sistemas y/o métodos de acceso a justicia que existen en los distintos

---

(25) El sistema está vigente en Italia.

(26) Opinión vertida por el especialista Ruben Calcaterra en diálogos privados y que compartimos.

niveles del país (locales, provinciales y regionales), comenzó a trabajar en la implementación de nuevas prácticas de resolución de conflictos en las distintas jurisdicciones.

En definitiva, lo que se busca es brindar una justicia más efectiva, una justicia más abierta al ciudadano y más cercana a sus necesidades actuales.

## 5.2. Introducción de nuevas tecnologías en la justicia

Una vez que resulta claro todo lo que puede hacer el gobierno electrónico en general es más fácil trasladarlo a las necesidades específicas de un servicio público como la justicia.

En primer lugar distinguiendo, a través de una noción refinada de conflicto, que todo el proceso controvertido puede ser visto de tal manera que —una vez establecida la materia del *contendere* y los protagonistas del conflicto— éste puede ser resuelto en diferentes etapas sin necesidad de llegar necesariamente a una sentencia judicial. Luego utilizando los diferentes elementos que ya hemos visto formando parte del gobierno electrónico al servicio de la justicia: las notificaciones por medios electrónicos con firma digital y tal vez en casillas electrónicas certificadas, el traslado de los agravios de una parte a la otra para que —en caso que el funcionario habilitado considere oportuno— dé cuenta de sus razones para mantener la conducta incriminada. Todos los actos procesales, todas las notificaciones y todas las pruebas pueden ser producidas, transmitidas y almacenadas en formatos digitales que ya han sido ampliamente probados.

Se trata de crear los elementos que permitan la digitalización total del proceso y obtener un cambio de mentalidad en funcionarios judiciales, abogados y partes, para que todo el proceso pueda ser producido, transmitido, gestionado y resuelto en términos de medios electrónicos (o en general de nuevas tecnologías, como la grabación de las audiencias) sin necesidad alguna de papel que —además del agravio que produce al planeta la tala de árboles para obtener la materia prima— retrasa necesariamente los tiempos e impone un corte ideológico más cercano a la era de Gutenberg que a los tiempos que vivimos. Para ello es necesario introducir reformas no solo en los medios sino también organizativas y procesales profundas lo que necesariamente llevará tiempo.

El poder judicial necesita llevar a cabo una transformación irreversible y en lo posible completa de las maneras de trabajar, notificar, probar, pedir y proveer además de notificar y decidir. Es una tarea complicada en un país federal donde cada provincia tiene un código procesal diferente y donde es necesario llegar a pactos de homogeneidad en aras de la velocidad que requiere el cambio.



Lo primero que debe abordarse es la notificación electrónica a todo nivel y en verdad está siendo objeto de tratamiento por lo menos a nivel interjurisdiccional (27).

### 5.2.1. *En el Juzgado*

Todo el tema de la informatización de la Justicia, en particular en Argentina, está dominada por la doble vía que tiene la justicia: por un lado está la justicia federal que tiene en la Corte Suprema su máxima expresión, por otro lado están las veinticuatro (contando a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) jurisdicciones provinciales que gozan de autonomía jurisdiccional.

La informatización en el juzgado comienza con una reorganización que prevea las tareas a realizar y la mejor manera de hacerlo. Se cambian viejos roles se destina menos tiempo al expediente en sí, que se vuelve un objeto informático y mucho más tiempo a qué cosa hay que hacer, cómo y quién la hace. No se subvierte la función del juez quien sigue siendo el máximo responsable del juzgado, pero se desbrozan las acciones de tal manera que hay segmentos claramente establecidos que van respondiendo a las notificaciones que aparecen en pantalla y que tienen que ver con la informatización de las mismas.

Respetando los códigos de procedimiento, poco a poco cada juzgado se irá transformando en una oficina electrónica donde van llegando pedidos y notificaciones y es necesario darle curso. Es más, en un futuro no muy lejano, toda la prueba relativa a un caso se irá almacenando de tal manera que se mantengan como hoy se mantiene la prueba documental. Todas serán pruebas documentales incluyendo las audiencias y se tomarán en cuenta en el momento de dictar un proveído o la sentencia.

Obviamente se trata de la reingenierización de toda la actividad del juzgado para lo cual las personas deben ser capacitadas antes de ejercer las nuevas funciones que le fueron asignadas y que tiene que desenvolver. El trabajo es necesariamente en grupo y no existe manera de eliminarlo.

La tarea más difícil consiste en fijar una fecha a partir de la cual todo cuanto se haga se realizará en forma tecnológica dejando para un segundo momento la conversión de todo lo producido hasta esa fecha a la nueva tecnología. Esta es una etapa engorrosa imposible de eliminar y que seguramente llevará más tiempo de lo previsto.

La piedra angular de este plan es la ley 26.685, que autoriza la utilización de expedientes, documentos, firmas y comunicaciones electrónicas con el mismo valor probatorio que sus equivalentes tradicionales. El decreto 919/2011 promulgó esa norma.

---

(27) Véase la ley 22.172.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Consejo de la Magistratura de la Nación reglamentarán, de manera conjunta, la utilización del expediente electrónico para todos los procesos judiciales y administrativos que se tramiten ante el Poder Judicial de la Nación.

Esta nueva norma logra mayor eficacia y celeridad en la tramitación de los procesos y cuida el medio ambiente, favoreciendo la desaparición del papel.

Puede llamársela “ley de expediente digital” que apunta a digitalizar e informatizar todas las causas judiciales, en un proceso gradual.

Los expedientes judiciales dejarán de tener formato papel y estarán informatizados, lo que acelerará el sistema de consultas y notificaciones, para lo cual todos los usuarios que formen parte en una causa deberán fijar un “domicilio electrónico constituido”.

Allí llegarán las notificaciones y por esa vía podrán articularse además los pasos procesales correspondientes a cada causa.

Las ventajas de esta norma serán varias: al equipararse el soporte electrónico con el soporte en papel concluirán distinciones y conflictos sobre la valoración probatoria del registro informático.

Además, la ley contribuirá a hacer de los procesos judiciales una práctica menos formal, acompañando a la vez a las nuevas generaciones que crecen, acostumbradas más a los registros digitales que a acumular papeles.

Con la nueva norma cambiará fundamentalmente la manera de trabajar, porque se comenzará a transitar del cambio del expediente papel al digital (28).

Ahorro en costos, por menor necesidad del espacio físico, mayor seguridad, por ejemplo, con el uso pleno de la firma digital respecto de la ológrafa. El objetivo final de la ley es proveer de las herramientas necesarias que permitan este avance a lo digital, sin necesidad de utilización del expediente, documentos y trámites en soporte papel, con idéntica validez legal que, hasta la sanción de la nueva ley, sólo contaban sus equivalentes convencionales.

En los juzgados en los que se ha probado el sistema, se ha verificado que las mismas se confeccionan en pocos minutos y llegan a su destinatario en solo segundos.

---

(28) Por ejemplo, en el fuero penal de la Capital Federal muchas de las citaciones se encomiendan a las comisarías por correo electrónico. Y se consultan registros, como el de la propiedad inmueble o automotor, a través de la red con claves que aseguran la autenticación de los fiscales que realizan las consultas.

Esta aplicación está basada en tecnología "webmail", por lo que la información en ningún momento trasciende las fronteras de la red interna del Poder Judicial, permitiendo para ello que la parte realice la gestión en los servidores y las bases de datos del organismo.

Para ello, solamente debe asignarse un código de usuario y una contraseña al abogado de la parte, de manera de que pueda acceder y operar en el sistema.

Este código de usuario hace las veces de "domicilio electrónico constituido" para todas las causas en las que es designado representante de una parte, explicó el director informático.

Personalmente espero que se llegue a un sistema realmente mixto en el cual haya un circuito del juzgado y un circuito de los abogados que esté liderado, por ejemplo por el Colegio público. Para eso es necesario que la firma digital que está instrumentada para los juzgados, salga del ámbito y llegue también a la otra parte del proceso, o sea los abogados. Estos podrían tener, además de la firma digital una casilla de correos certificada cuando el gobierno electrónico funcione bien.

### *5.2.2. En las oficinas judiciales y fiscalías*

Obviamente el tema de la introducción de las nuevas tecnologías no se termina en los juzgados sino que recorre todo el trayecto que los expedientes deben recorrer. Uno de ellos tiene que ver con las diferentes oficinas judiciales de notificación y otras y las fiscalías.

Si el expediente es electrónico todo el sistema que lo produce debe adecuarse a esa nueva modalidad.

El territorio de la República Argentina consta de una extensión territorial de 3.761.274 km<sup>2</sup> y se halla dividido en 23 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, capital nacional y lugar de residencia de las autoridades que integran el gobierno federal.

En lo que respecta a su forma de gobierno, tal como consigna el art. 1º de la Constitución Nacional, "La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana federal...". En lo que respecta al Ministerio Público, como consecuencia de la reforma constitucional del año 1994, le fue conferido un rol protagónico dentro de los operadores del sistema de justicia, otorgándole su verdadera independencia, autonomía funcional y autarquía financiera (art. 120 de la Constitución Nacional), constituyéndose en lo que ha pasado a ser considerado por gran parte de la doctrina como un 'cuarto poder', y por otros, como un órgano 'extra-poder' portador de un claro mandato de instar la acción penal pública y representar los intereses generales de la sociedad.

Es importante consignar que, previo a la reforma constitucional de 1994, el Ministerio Público se caracterizaba por su dispersión funcional plasmada en distintas normas, y por el desacuerdo que suscitaba su ubicación institucional en torno a quienes lo ubicaban dentro del Poder Ejecutivo y los que lo consideraban un apéndice del Poder Judicial. En la actualidad constituye un órgano bicéfalo, integrado por el Ministerio Público Fiscal, que nuclea y coordina la acción de los Fiscales, y por el Ministerio Público de la Defensa, que cumple idéntica función con los Defensores Públicos Oficiales.

El ministerio público argentino está dividido por sectores especializados Unidad de Asistencia para Secuestros Extorsivos, Unidad Fiscal AMIA, Fiscales Generales ante Cámara de Apelaciones Unidad Fiscal de Investigaciones de Delitos Tributarios y Contrabando Unidad Fiscal para la investigación de Delitos relativos a la seguridad social Unidad Fiscal para la investigación de Delitos cometidos en el ámbito del PAMI Unidad Fiscal para la investigación de delitos complejos en materia de Drogas y Crimen Organizado Unidad Fiscal para la investigación de delitos relativos a las armas de fuego Secretaría General de Coordinación Institucional Secretaría Disciplinaria, Técnica y de Recursos Humanos Dirección General de Administración Fiscalía General de Formación, Capacitación y Estudios Superiores Fiscalía General de Política Criminal, DDHH y Servicios Comunitarios Asesoría Jurídica Fiscales Generales ante Tribunales Orales Auditoría Interna Unidad Fiscal para la investigación de delitos ambientales Unidad Fiscal para la investigación de lavado de dinero y terrorismo.

Todo esto requiere una notable reorganización y preparación para introducir y mantener las nuevas tecnologías. El momento es adecuado pues hay toda una reorganización interna, pero al mismo tiempo requiere un dispendio de dinero que difícilmente se encuentra.

Hasta que las fiscalías y todas las oficinas judiciales no estén totalmente informatizadas difícilmente se podrá hablar de e-justicia, lleve esto el tiempo que sea necesario.

### *5.2.3. En los estudios de abogados*

También los estudios de abogados deberán cambiar notablemente con la introducción de las nuevas tecnologías. El viejo estudio liderado por un abogado de gran experiencia y un número de colaboradores jerárquicamente colocados va a desaparecer para dejar lugar a un estudio más parecido a una agencia que representa y defiende personas o empresas y que tiene la actividad repartida entre la resolución de conflictos y los juicios propiamente dichos. También las primeras estarán sometidas a la organización y los tiempos de las tecnologías pero serán las segundas las que se verán forzadas a seguir una línea de trabajo que dicta la notifica-

ción o la producción de la prueba o la reunión con los clientes o con ellos y los abogados de la contraparte.

Aquí también la firma digital constituirá un elemento destacado y es importante que él o los abogados que dispongan de ellas hagan un uso adecuado. Somos partidarios que los Colegios de abogados hagan de autoridad certificante, lo mismo propiciamos para los colegios de escribanos. Para ello la Onti deberá establecer los requisitos para la validez de la firma digital fuera de la Administración pública pues hasta el presente no sabemos de una autoridad certificante privada. Esto sería el cambio fundamental aun para las empresas que carecen hasta este momento de una autoridad certificante que, como en otros países administren el uso de su firma, tengan su copia pública y puedan dar fe de todas las transacciones que se hicieron a través de esa firma.

En algunos partidos de la Provincia de Buenos Aires el uso de la firma digital también será extensivo para los letrados, debido a un convenio celebrado con el Colegio bonaerense (COLPROBA), que ahora podrán utilizar esta nueva tecnología que será puesta en funcionamiento, nuevamente, de a poco.

En las cláusulas del convenio se precisa que “la Suprema Corte arbitrará las medidas tendientes a garantizar la recepción y el diligenciamiento de las cédulas de notificación de la mediación por parte de las Oficinas de Mandamientos y Notificaciones, sus delegaciones y los Juzgados de Paz, pertenecientes a esta Jurisdicción Administración de Justicia, remitidas en función de las disposiciones contenidas en las cláusulas que integran el presente Convenio”.

“A los fines indicados la Suprema Corte dictará las reglamentaciones, aprobará los formularios y modelos necesarios para el cumplimiento de dichos fines”.

Asimismo, el Colegio de Abogados bonaerense se comprometió a “recibir en las cabeceras departamentales y sedes descentralizadas de Avellaneda, Lanús, Tandil, Tres Arroyos y Olavarría, —a su exclusivo cargo y costo— las cédulas de notificación a que se refieren los artículos 10 de la Ley 13.951 y 9 del Decreto Reglamentario Número 2530/10”.

Esa misma institución será la encargada de arbitrar “las medidas conducentes para denunciar dentro de los cinco días hábiles de la suscripción del presente las sedes donde se recibirán y retirarán las cédulas pertenecientes a la mediación”.

“Como así también la nómina de personal autorizado para la suscripción del listado de cédulas y su posterior remisión y retiro de dichas diligencias, los que se encontrarán habilitados para presentarse en las Oficinas de Mandamientos y Notificaciones, o las delegaciones correspondientes para la realización de las tareas descriptas en esta cláusula”.

Entendemos que este muy bien que la Corte Suprema de la Provincia se ocupe de las funciones relativas a oficinas de mandamientos, notificaciones y juzgados de paz, menos que se ocupe de los abogados. Éstos deberían tener la propia autoridad certificante que les otorgue la independencia que en este momento no tienen.

Los estudios de abogados deben estar permanente recibiendo pruebas no solo documentales sino de todo tipo incluyendo las testimoniales en colaboración con el juzgado interviniente y la otra parte. Las audiencias generales deberían ser cada vez menos pues la concentración de las pruebas en ficheros electrónicos hacen inútiles esas reuniones (salvo que sean por alguna razón específica) y permiten la toma de decisiones, incluyendo la sentencia.

Es probable que los estudios de abogados se asocien o se agrupen de tal manera de constituir verdaderas redes de estudios de abogados (29).

#### 5.4. Justicia Federal argentina

Debido a la existencia de un país federal debemos ocuparnos de una justicia federal que se está informatizando y de una justicia provincial o de 24 sistemas judiciales distintos del sistema federal que también se están informatizando con sus tiempos, sus presupuestos, sus culturas.

El peligro que en algún momento de la informatización descubramos que los sistemas son incompatibles y como en muchos otros rubros los países de América Latina debemos pagar altos precios a compañías de pequeño orden que vienen a hacer simplemente que sistemas inconexos se conecten es más que posible. En esto consiste la interoperabilidad.

Peró vayamos por pasos, ocupémonos primero la informatización.

La Corte Suprema de Justicia ha establecido un sistema de parcial informatización que se viene cumpliendo desde hace tiempo y ha tenido logros notables.

Se ha creado un grupo de trabajo piloto que funciona en la Corte Suprema de Justicia y que luego va derramando los procedimientos obtenidos a los juzgados federales que han capacitado su personal para que ello sea posible. Comenzaron Los Juzgados Civiles 3, 14, 89 y 98 de la Capital Federal incorporaron y comenzaron a utilizar un nuevo software de gestión que tiene como objetivo un tratamiento electrónico ágil de las causas judiciales.

---

(29) Y no nos referimos a las conocidas redes de abogados especializados en algún tema como Bird & Bird, sino redes de abogados argentinos que cubran gran parte del país e inclusive redes supra nacionales como la que han constituido "García Lema, Entelman, Jauregui & Bougain, abogados, consorcio de cooperación".

De esta manera, el Poder Judicial de la Nación llevó a cabo la implementación para que los tiempos de los procesos se aceleren y los costos se reduzcan debido a que el sistema es meramente digital.

Cabe señalar que se prevé que el software se está implementado en forma escalonada en todo el fuero Civil.

La medida se encuadra en el plan que encabeza la Corte para alcanzar un servicio de Justicia Digital y, de esta manera, ir eliminando lentamente el formato papel vigente en la mayoría de los juzgados. Se viene implementando un sistema de digitalización, a través del cual, en principio, se procedió digitalizar expedientes desde junio 2011. Luego comenzaron las citaciones de los cuerpos forenses, que se realizan a través de un sistema de correo electrónico, desde agosto. El mismo mes la procuración General de la Nación dispuso el reemplazo de todos los libros de Mesa de Entradas de las Fiscalías en materia penal de primera instancia, por el "Sistema Informático Integral de Gestión de causas del Ministerio Público Fiscal". Conocido como "Fiscal Net", el sistema es utilizado en las causas iniciadas desde enero del año pasado. Por otra parte, desde septiembre la Justicia amplió el uso del oficio electrónico.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación implementó un nuevo sistema de notificaciones vía e-mail para "resoluciones y sentencias que deban practicarse personalmente o por cédula". De esta manera, el máximo organismo de la Justicia argentina avanza en la digitalización de su trabajo, algo que en Misiones se viene intentando implementar, de a poco, para la actividad judicial. Según la Acordada 31/12 de la Corte Suprema, a partir de la reanudación de la actividad judicial en 2012, "todas las notificaciones, resoluciones y sentencias que deban practicarse personalmente o por cédula se realizarán en el código de usuario que el beneficiario deberá haber constituido como domicilio electrónico". Ello significa que la Corte "otorgará a los funcionarios y empleados de las dependencias del tribunal y a los usuarios externos una cuenta de usuario del Sistema de Notificaciones por Medios Electrónicos (SNE)".

La obtención de esa dirección electrónica oficial deberá ser gestionada ante la página de Internet de la Corte Suprema de Justicia, según informan desde el tercero de los Poderes del Estado argentino.

## **5.5. La justicia provincial digital**

Las 23 provincias argentinas y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen sistemas separados del federal de justicia. Sus propios códigos de procedimientos y sus propias organizaciones. Por esa razón las nuevas tecnologías van llegando a estos distritos judiciales con diferencias que están dadas por los diferentes impulsos y medios que cuentan cada una de ellas.

La provincia pionera en esta materia debe considerarse San Luis dado que con una acción que va correctamente del gobierno electrónico a la informatización de la justicia lanzó una audaz reforma que comenzó con la institución de un sistema de firma digital y continuó con la informatización judicial del Superior Tribunal de Justicia provincial unificó, ordenó y detalló todas las normas en referencia al expediente judicial electrónico que habían sido dictadas en forma desmembrada.

Para ello, los integrantes del máximo tribunal puntano elaboraron el acuerdo N° 846/2012 en el que se “da vida legal al Reglamento General de Expediente Electrónico” que contiene todas las normas que “regulan la vida” del expediente judicial electrónico.

En su elaboración se dividió al mismo en cuatro títulos, doce capítulos y setenta artículos con la posibilidad de ir “agregando —a medida que las circunstancias lo reclamen—, todas las normas de actualización que la realidad demande, siempre incorporándose a un único cuerpo legal actualizado”, consignaron desde el Poder Judicial puntano.

Se trata de un “cuerpo normativo, primero en su tipo, se ha elaborado con el fin de ordenar, lógica y jurídicamente, la gran cantidad de normas que, en forma desmembrada, regulaban la vida del expediente judicial electrónico en la Provincia de San Luis”.

Los diversos títulos en los que fue dividido el reglamento son “Principios Generales”, “Conformación del Expediente Electrónico”, “Tramitación” e “Infraestructura Tecnológica”. En el último de ellos, por ejemplo, incluye la parte lógica funcional del sistema informático al que sostienen, como por ejemplo la Firma Digital (30).

Según destacaron desde el STJ puntano “este Acuerdo, marca un hito en la historia de la evolución hacia la modernización de la Justicia con apoyo en las nuevas tecnologías, de la cual el expediente electrónico es la figura emblemática”.

Razón por la cual, los integrantes del máximo tribunal provincial decidieron que el texto del reglamento general sea depositado en Custodia como Obra Inédita ante la Dirección Nacional de Derechos de Autor.

La Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, han establecido un proyecto para secundar a las provincias en su misión de incorporar nuevas tecnologías y están realizando una labor enjundiosa por la diversidad y dispersión de las distintas iniciativas.

---

(30) La firma digital fue implementada por la Universidad de La Punta, en un nuevo y magnífico connubio entre necesidades judiciales y potencialidades universitarias.



Uno de los mayores esfuerzos ha sido realizado por la Provincia de Buenos Aires que solamente con sus dimensiones y población constituye un elemento determinante en el mapa judicial del país.

Se ha dictado una ley provincial 14.142 que permite la notificación por vía electrónica y establece las grandes líneas con las cuales la provincia intenta avanzar hacia el expediente judicial. Tiene 18 departamentos judiciales que satisfacen las necesidades de los 133 partidos políticos que constituyen la provincia. La Subsecretaría de Tecnología informática de la Justicia provincial es la encargada de realizar los trabajos de modernización y homogenización de todo el sistema judicial provincial.

Cuenta con 3000 puestos de trabajo en red atendidos por unos 177 funcionarios altamente capacitados para la obra. Tiene 13.500 puestos de trabajo.

Hay una mesa de trabajo virtual, un sistema Augusta que sirve en todas las jurisdicciones, un sistema para acceder virtualmente al estado del expediente, notificaciones electrónicas y un tablero general que son los que sostienen el pasaje hacia el expediente digital.

El programa vasto pues abarca toda la provincia permite distinguir los roles de quienes acceden sean esos funcionarios como jueces, fiscales y demás personal judicial, sean abogados, sean partes. El sistema se encuentra implementado en los fueros civil, comercial, contencioso administrativo, laboral y de familia.

El sistema permite el uso combinado del sistema Augusta y la mesa de entradas virtual para realizar cualquier notificación a través del sistema web con la misma validez del sistema de papel y permite utilizar un sistema de firma digital por parte de todos los componentes del sistema.

A través de diferentes convenios permite ver a los interesados los expedientes judiciales en línea y realizar notificaciones en cualquier lugar del país.

En la provincia del Chaco se ha implementado un sistema para poder ver en línea cualquier juicio en trámite y poder realizar cualquier notificación por vía electrónica en cualquier jurisdicción. Está implementando un sistema de firma digital parecido a los de las demás jurisdicciones del país.

La provincia de Entre Ríos viene trabajando en la informatización del sistema de Justicia desde 1994 y se han logrado algunos logros notables: el primero haber distinguido una jurisdicción principal, Paraná, y dos subordinadas, Gualeguaychú y Uruguay y todas las demás subordinadas al fin de tener un sistema integrado y único de copias de las resoluciones judiciales obtenibles en cualquier momento y por cualesquiera de los actores en juego. El haber pensando en un sistema de back up per-

manente y autónomo de las jurisdicciones que —además— está pensado para grandes riesgos y en condiciones de resiliencia ante cualquier catástrofe.

## **5.6. La digitalización de la Justicia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**

La iniciativa del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires traslada al ámbito jurisdiccional correspondiente los contenidos de la ley 25.506 de la Nación y reconoce el empleo de la firma digital y de la firma electrónica (31) y establece con sumo detalle toda la tarea a realizar para el efectivo funcionamiento del expediente digital. Concretamente ordenan 1. Crear el Área de Digitalización y Gestión Electrónica dependiente de la Dirección de Informática y Tecnología, que tendrá a su cargo la realización de actividades y tareas derivadas del proceso de digitalización de expedientes, debiendo efectuar además los trámites necesarios para la obtención de los certificados digitales que le sean requeridos. 2. Implementar el proceso de digitalización de los expedientes judiciales y administrativos, el que comenzará a operar en el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a partir del 1º de mayo del corriente año, conforme a las siguientes pautas: 2.1. La digitalización de expedientes será llevada a cabo en formato de imagen de alta calidad (TIFF 200 x 200 ppm). 2.2. Los expedientes en papel, estén éstos en trámite y/o en situación de archivo en el Tribunal, serán digitalizados. 2.3 Los expedientes en papel, una vez sorteados y previamente a su remisión a la Secretaría de trámite, serán girados al Área de Digitalización y Gestión Electrónica para su intervención. 2.4. Disponer que el papel decreto utilizado para el dictado de resoluciones y acordadas sea de un gramaje no superior a 120 g, a fin de permitir su correcta digitalización. 2.5. La Dirección de Informática y Tecnología deberá generar, dentro de un plazo no mayor a 30 días contados desde la fecha de la presente acordada, la aplicación necesaria para acceder por vía de consulta a los expedientes digitalizados dentro de los sistemas de gestión SiGEA. y SiGEJ. 3. Establecer que, en esta primera etapa, el proceso de digitalización y de aplicación de la firma electrónica y digital en los diferentes trámites internos del Tribunal Superior de Justicia, deberá sujetarse a los siguientes lineamientos: 3.1. El Área de Digitalización y Gestión Electrónica oficiará de nexo ante la autoridad certificante, siendo ésta la que suministra la “Sala Cofre” y el algoritmo que permite la emisión de la certificación. 3.2. Constituir al Tribunal Superior de Justicia como Autoridad de Registro. 3.3. Disponer que la suscripción de los

---

(31) Acordada sobre las Áreas de Digitalización y Gestión Electrónica dependiente de la Dirección de Informática y Tecnología. Creación. Funciones. Proceso de digitalización de los expedientes judiciales y administrativos. Implementación. Características. 10 de mayo del 2010.

certificados de registro y toda otra formalidad que al efecto de las comunicaciones electrónicas sean requeridos por la autoridad certificante, sean efectuadas por los funcionarios designados mediante la Acordada nº 6 de 12 de marzo de 2010.

### 5.7. La filmación de las audiencias

Se comenzó hace muchos años realizando videoconferencias sobre todo en materia penal para no trasladar a los encausados o procesados, actualmente la idea es la de filmar todas las audiencias y tenerlas como un documento más en el proceso. La filmación permite tener en cuenta toda la significación de las deposiciones sea de testigos que de partes y las eventuales repreguntas a las que son sometidos a efectos de determinar el valor de su deposición.

El Dr. Darío Bermejo, juez civil de Mendoza en un artículo interesante *La intermediación procesal en audiencias* (32) sostiene todas las ventajas que se obtienen con este instrumento y cita la opinión de expertos sobre la comunicación “que las palabras empleadas en la emisión de un mensaje representan el siete por ciento (7%) del contenido del discurso comunicativo. La mayor parte del contenido de una comunicación está concentrada en lo que se conoce como lenguaje ‘infralingüístico’ o ‘paralingüístico’, constituido por el tono de voz (la inflexión, la forma de decir las cosas, calidad de voz, acento, ritmo, pausas, vocalizaciones, etc.), que representa el treinta y ocho por ciento (38%); y por el comportamiento no verbal (los gestos, expresiones faciales, movimiento de las manos y el cuerpo, posiciones, etc.), que constituye el cincuenta y cinco por ciento (55%) del mensaje. En consecuencia, el noventa y tres por ciento (93%) del contenido de la comunicación se pierde en las audiencias escritas”.

Tuve ocasión de verificarlo en el famoso Juicio Cusani (también llamado *Mani pulite*) donde por primera vez se filmaron todas las audiencias y el fiscal Di Pietro tuvo la posibilidad de presentar un Power Point (estábamos a fines de 1980) para que su alegato no perdiera ninguna de las piezas acusatorias que había acumulado (33). Era muy distinto ver al Secretario General de la Democrazia Cristiana, Arnoldo Forlani, ponerse primero rojo, luego encarnado, abriendo la boca sin proferir palabra, con la baba que le caía de una comisura labial, para al final proferir un casi inaudible “no recuerdo”. En la audiencia escrita el “no recuerdo” habría pasado casi desapercibido, en estas condiciones de comunicación provocó un tembladeral que finalmente terminó con el partido de mayoría relativa en Italia, la Democrazia Cristiana.

---

(32) <http://www.gestionjudicial.net/home1.htm>.

(33) El Power Point lo realizó la dott.ssa Macchi del Istituto per la Documentazione Giuridica del Consejo Nacional de Investigaciones italiano que yo dirigía en esa época.

La intermediación procesal lo que quiere conseguir es ese contacto directo con el declarante que revele no solo "sus dichos" sino también sus actitudes comunicantes. Esto es particularmente interesante en los careos donde más allá de lo que se dice —generalmente poco y repetitivo de las respectivas posiciones— es interesante ver como la comunicación total traiciona a alguna de las partes frente a alguna pregunta o afirmación del otro.

No es necesario que el Juez esté presente, pero sí que vea la filmación a la hora de tener en cuenta las pruebas. Y actualmente con los medios técnicos que hay son de bajo costo y sumamente prácticas. Como dice Emilio Riat, juez en Bariloche "si se filma prácticamente todo, ¿por qué no se filman las audiencias?" (34). La velocidad en la que toma una audiencia filmada es incomparable con las escritas, el citado Juez Bermejo, hizo una prueba piloto y la diferencia fue de 16 minutos contra una hora 46 minutos de las audiencias escritas (35).

## 6. CONCLUSIÓN

La implantación de un servicio de justicia digital es un largo camino en el cual diversos factores deben confluir en un proceso que cambia radicalmente la manera de concebir la documentación del proceso y el proceso mismo.

Las nuevas tecnologías lo que radicalmente modifican es la creación, circulación, conservación y recuperación de la documentación que tiene que ver con la solución de los conflictos con la intervención de funcionarios dedicados a ello.

Se trata de pasar de un mundo de papel a un mundo digital con todas sus consecuencias de almacenaje, de uso de instrumentos, de cultura. Cambiando la cultura cambian la forma de ver a los actores, el contexto, las acciones, su memoria, las soluciones.

En primer lugar es fundamental reconocer que la Justicia digital es una parte importante, pero una parte, del gobierno electrónico. Si al gobierno electrónico le va bien, es bien desarrollado, a la justicia digital también le irá bien si también es cierto que no se trata de dos fenómenos pantográficos. Muchos de los elementos del gobierno electrónico desde los documentos de reconocimiento individual a la firma digital colaboran (o no) con el desarrollo de la justicia digital. Por lo tanto la primera atención debe ser colocada en el desarrollo del gobierno electrónico. Portales activos que permitan a las partes, a los funcionarios y los profesionales del derecho obtener datos, certificados, turnos e iniciar procesos.

---

(34) Soneto "que no conste en actas" que me fuera enviado por Ariel Labrada.

(35) Citado *supra*.

Por ejemplo que a través de los documentos individuales se puedan realizar operaciones en ámbito municipal o nacional implica que las mismas u otras operaciones pueden ser realizadas en el ámbito de la justicia digital: obtención de turnos, de certificados, de pertenencia. La obtención de una casilla postal certificada otorgaría a cualquier ciudadano o empresa la firme convicción que puede ser notificado allí con total certidumbre. Una firma digital que no solo esté habilitada para los funcionarios estatales sino que cuente con Autoridades certificadoras privadas que sirvan para los privados.

Una vez encarado el tema de la justicia digital se deberá estar dispuestos a convivir durante un tiempo indeterminado con los dos sistemas: el de papel y el electrónico. Pero aquí es conveniente destacar que una cosa es una convivencia en papel hasta tanto todo el proceso sea sustituido por medios digitales y otra que esa convivencia se extienda porque los funcionarios, o los letrados o las partes no se animan a descartar todo duplicado en papel de un proceso que esté ya en forma electrónica. Solo cuando el abandono del papel sea considerado necesario y no "provisorio" la justicia digital tendrá asegurado su lugar en la sociedad.

La digitalización de la justicia comienza generalmente con la autorización de la notificación digital, luego la incorporación de procedimientos que consientan a los funcionarios judiciales, letrados y partes a poder verificar en sitios especialmente establecidos para ello el estado de los procesos.

Luego viene la digitalización de la oficina judicial propiamente dicha que es el proceso más delicado pues debe contener todos los elementos de la seguridad informática y la nueva rapidez procesal. Aquí se diferencian los procesos y puede percibirse mejor cuanto pueden contar con la informatización del gobierno electrónico. Esta parte requiere necesariamente la reorganización de las oficinas llevando hacia un tipo de trabajo en equipo donde el juez sea líder por posición, conocimiento y actitud.

Luego se pasa a otras oficinas judiciales: las de los fiscales, por ejemplo, la de los defensores, según el fuero, la de notificaciones cuando aun no sean ya integradas en las oficinas judiciales propiamente dichas.

Luego hay que pensar a la filmación de las audiencias, de tal manera que también éstas sean en definitiva información contenida en documentos electrónicos que pueden ser evocadas todas las veces que se desee o necesite incluyendo el momento importante de la decisión o sentencia.

La incorporación de una nueva mentalidad sistémica permitirá también automatizar todos los pasos que se den para la resolución del conflicto en cualquiera de las instancias en que se encuentra.

Otro tanto deberán hacer los abogados para ésta al paso con el progreso digital de los juzgados: también aquí deberán iniciar por garantizar las notificaciones expedidas y recibidas y para ello consideramos de enorme importancia la función de los Colegios sea en la formación sea en las atribuciones que pueden arrogarse como Autoridades locales de Certificación y de registro de la firma digital.

Todo deberá hacerse teniendo muy presente la jurisdicción y el fuero pues del respecto de esas diferencias nacerá la confianza en el proceso digital.

Finalmente vendrá la etapa más difícil (que puede ser concomitante con la informatización propiamente dicha) que consiste en el reemplazo de todos los expedientes existentes, o los que se quiera realizar poniendo una fecha razonable hacia atrás, en expedientes digitalizados al fin que el papel desaparezca por completo de la vida judicial. Solo en ese momento cuando no exista ninguna posibilidad de aferrarse a un expediente en papel, la digitalización de la justicia estará a salvo de escaramuzas, zancadillas y auto consuelos. Siendo el único sistema vigente deberá, por fuerza funcionar, y tendrá —en todo caso— todos los riesgos de error que acompaña a las empresas humanas.

Es un largo camino lleno de dificultades porque significa un cambio radical de cultura, llevará tiempo y mucha paciencia para hacer compatibles sistemas que nacieron diferentes.



# EL PODER CONSTITUYENTE COMO INTÉRPRETE DE LA CONSTITUCIÓN (1)

POR NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS

**Sumario: 1. Introducción. 2. Primera ruta: cláusulas constitucionales interpretativas directas. 3. Segunda ruta: reglas constitucionales sobre cómo interpretar a la Constitución. 4. Legitimidad de las reglas constitucionales reguladoras de la interpretación constitucional. a) Legitimidad competencial. b) Legitimidad técnica. c) Legitimidad ideológica. 5. Addenda: la transferencia de la labor interpretativa (o una variable del recurso al intérprete externo). 6. Recapitulación.**

## 1. INTRODUCCIÓN

Algunas veces, el poder constituyente actúa como intérprete de su propia constitución. Y lo hace de dos modos distintos: a) interpretándola directamente, por sí mismo; b) estableciendo pautas obligatorias para los operadores constitucionales, es decir, para los poderes constituidos, acerca del método para interpretar en el futuro a la constitución.

En cualquiera de estos dos supuestos, el poder constituyente puede haber actuado así por diversos motivos. Algunas veces, porque desea auxiliar a los poderes constituidos, para interpretar la constitución. Otras, porque desconfía de su pericia u honestidad.

Consciente de la importancia de la interpretación de la constitución (una tarea de la que depende, en gran medida, el éxito o fracaso de la constitución), y advertido también de los peligros de la alquimia constitucional (2), con sus secuelas de interpretaciones espurias, desnaturalizadoras, evasivas, absurdas, erróneas o inconducentes de la constitución, que pueden tornarla, ya en un instrumento anodino, ya en una

---

(1) El presente trabajo se inserta en el programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina.

(2) Nos hemos referido en detalle a las interpretaciones manipulativas de la constitución en SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, *La interpretación judicial de la Constitución*, 2ª ed., Buenos Aires 2006, Ed. Lexis Nexis, ps. 143 y siguientes, 165 y siguientes.



herramienta incluso opuesta a su techo ideológico, generándose así verdaderos procesos de desconstitucionalización (3), el constituyente —de vez en cuando— asume el trabajo interpretativo de su propia obra, o intenta reducir el margen de maniobra de los operadores posteriores, marcándoles directrices sobre el método “constitucional” para interpretar a la constitución. Sabe, al respecto, que el aparentemente inmarcesible principio de supremacía constitucional va a depender cada vez más, en definitiva, de cómo se entienda y haga actuar a la constitución; y por eso, procura disciplinar la tarea interpretativa de ella.

Veamos los dos caminos ya ensayados, al menos ocasionalmente, para disciplinar la interpretación de la constitución. Cuando los adopta, el constituyente va a sentar una nueva fuente de inconstitucionalidad: las interpretaciones que se aparten de tales pautas, serán *interpretaciones inconstitucionales de la constitución*, por voluntad de él mismo.

## 2. PRIMERA RUTA: CLÁUSULAS CONSTITUCIONALES INTERPRETATIVAS DIRECTAS

Son las interpretaciones practicadas por el mismo constituyente. La constitución de Malta (4), por ejemplo, incluye un artículo específico, bastante extenso por cierto, el 126, que bajo el copete de “Reglas de interpretación”, detalla el significado de varios de los vocablos empleados en su texto. A título meramente enunciativo: la expresión *ley* es extensiva a toda disposición que tenga fuerza de ley a a toda regla jurídica no escrita (*any unwritten rule of law*). Por *ejercicio económico*, el período de doce meses que finaliza el día 31 de marzo de cada año o en otra fecha que, en su caso, establezca el Parlamento. Por “cargo público”, un cargo remunerado en la función pública. Así se definen, entre otros tantos, los importantes vocablos de *sesión*, *período de sesiones*, *función pública*, *fondo común*, *boletín oficial*, *ley del Parlamento*, *Gabinete*, *Commonwealth*, *Malta*, *Speaker* (presidente de la Cámara de Representantes), etc.

El mismo art. 126 también determina, so pretexto de interpretación, verdaderos deslindes de competencias. Por ejemplo, aclara (punto 10), que: “Ningún precepto de la presente Constitución, en virtud del cual una persona o autoridad no estará sujeta a dirección o control de otra

---

(3) Merced al proceso de desconstitucionalización, el texto constitucional permanece incólume, pero su contenido es total o parcialmente vaciado, y algunas veces sustituido por otro. Es una tarea de desmontaje o de anestesia de la constitución, que termina siendo solamente una suerte de fachada constitucional. Nos remitimos igualmente a SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, “Sobre el concepto de desconstitucionalización”, en *La Ley*, 2007-B-571, Buenos Aires.

(4) Seguimos la traducción y el texto constitucional de DARANAS PELÁEZ, MARIANO, *Las constituciones europeas*, Madrid 1979, ed. Nacional, t. II, ps. 1422 y siguientes. Alude al instrumento vigente con las reformas hasta 1974.

persona o autoridad en el ejercicio de funciones previstas por esta Constitución, podrá ser interpretado en el sentido que impida a los tribunales el ejercicio de su jurisdicción en relación con la cuestión de si esa persona o autoridad ha desempeñado esas funciones conforme a lo dispuesto en esta Constitución o en cualquier otra ley”.

Normas sobre interpretación de las palabras empleadas por la constitución pueden encontrarse, también, en los textos de Belice (art. 131 de la constitución), Antigua y Bermuda (art. 127), Barbados (art. 27), Bahamas (art. 137), Granada (art. 100), entre varias otras. No resulta infrecuente, pues, en el constitucionalismo de ex colonias británicas.

Cabe preguntarse sobre la legitimidad de estas recetas interpretativas. En principio, la respuesta tiende a ser positiva: cuando el constituyente está jurídicamente habilitado para sancionar la norma constitucional, bien puede aclararla o explicitarla mediante una cláusula interpretativa. Ésta no hace otra cosa que especificar o dar un significado más acabado a la regla constitucional preexistente en el texto. De hecho, la complementa. Además, puede cumplir un rol pedagógico para el entendimiento del precepto, a fin de disipar incertidumbres acerca de su sentido, extensión o comprensión, y prevenir errores posteriores en su funcionamiento.

### 3. SEGUNDA RUTA: REGLAS CONSTITUCIONALES INDIRECTAS SOBRE CÓMO INTERPRETAR A LA CONSTITUCIÓN

En esa alternativa, el constituyente no interpreta por sí mismo a la constitución, pero le indica a los operadores (los poderes constituidos) acerca de cómo deben hacerlo. Recientemente, dos nuevas constituciones latinoamericanas han incursionado en esta alternativa, aunque de modo discutible.

La de Ecuador (2008) detalla en su art. 427 lo siguiente: “Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional”.

Puede advertirse que aquí el constituyente patrocina *reglas de preferencia* y *reglas de contenido* en materia de interpretación de constitucional:

- a) Como *regla de preferencia*, la norma prioriza, en efecto, primero a la *interpretación literal* (o gramatical), juntamente con la *interpretación integral* (orgánica, o sistemática) de la constitución, que son reglas de contenido. Solamente “en caso de duda” cabe pasar a otras técnicas interpretativas. Aparentemente, cabe privilegiar a la interpretación “integral” sobre una interpretación aislada, o

solitaria, de las normas constitucionales, tesis generalmente prevaleciente (interpretación *armonizante* y ensamblada entre sí, de todo el texto constitucional). Si no emergen dudas respecto del producto así interpretado, parece que termina la tarea del intérprete-operador.

- b) De emerger dudas, se pasa a un segundo estadio de preferencias: con el producto dudoso, la interpretación debe seguir y optar por la interpretación *pro persona*, o *favor libertatis* (la más acorde con la “plena vigencia de los derechos), acorde con una *interpretación histórica* (la de la voluntad del constituyente), y según los *principios generales* de interpretación constitucional. El texto no es del todo feliz, ya que: (i) no aclara cuál de estas variables interpretativas debe a su vez prevalecer, para el supuesto de que no coincidieran en un problema concreto (si el principio *pro persona*, la intención del constituyente —siempre que pueda detectarse claramente, claro está—, o los principios generales de interpretación constitucional). Aparentemente, estas tres alternativas están en igualdad de condición; (ii) actualmente, no hay “principios generales” sobre interpretación constitucional pacíficamente aceptados, dado que existe una fuertísima confrontación entre las diferentes posiciones contemporáneas vertidas sobre el tema. Por ejemplo, tales *principios* son profundamente distintos según el operador adhiere a la tesis de la “constitución estatua”, o por el contrario, a la “constitución viviente” (*living constitution*). Lo que es legítimo para una, puede ser absolutamente descartable para la otra (5).

La constitución de Bolivia (2009), sienta a su vez en su art. 196 lo siguiente: “En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto”.

La cláusula constitucional contiene pues una *regla de preferencia*, que cotiza por sobre todo a dos *reglas de contenido*: la intención del constituyente y el tenor literal del texto. No menciona ni excluye a otras técnicas interpretativas, pero ellas, aparentemente, deberían operar solamente de modo supletorio y secundario, y sin poder afectar a las dos especialmente favorecidas.

La fórmula constitucional es igualmente discutible.

- a) por un lado, no aclara cuál de las dos reglas de contenido debe priorizarse, si entran en colisión. ¿de ocurrir tal conflicto, habrá que optar por la interpretación histórico-volitiva de la voluntad del

(5) SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, *La interpretación...*, ob. cit., ps. 61 y siguientes.

autor de la norma, o por el significado gramatical del precepto en juego?

- b) para detectar la voluntad del constituyente, el texto constitucional da unas guías: “documentos, actas y resoluciones”. Pero uno de los problemas más graves, al respecto, ha sido el trámite de elaboración de la constitución, profundamente discutido por cierto (v. gr., apresuramiento en las deliberaciones y votaciones, dificultades de acceso de diputados constituyentes al recinto de la convención). Además, el texto aprobado por la asamblea constituyente, después de terminadas sus sesiones en Sucre y Oruro, fue modificado en La Paz en el ámbito del Poder Legislativo, donde se produjeron más de un centenar de cambios, previos a la aprobación de la constitución por vía de referéndum (6). En definitiva, y si se descubre, ¿cuál voluntad debe prevalecer? ¿La de los constituyentes, o la de sus correctores?

#### 4. LEGITIMIDAD DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES REGULADORAS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Pueden atenderse aquí distintos niveles de legitimidad: competencial, técnico, ideológico.

a) *Legitimidad competencial*. En este terreno, puede sostenerse válidamente que el autor de la norma bien puede disciplinar su aplicación posterior, comenzando por su interpretación. Como creador de un precepto compulsivo, destinado a regular la sociedad de un modo, y no de otro, parece contar con poderes implícitos o inherentes para dotar de eficacia a su mandato; y a tales fines, indicarle a los operadores constitucionales de qué manera deben entenderlo y hacerlo funcionar. La tesis contraria llevaría a sostener que los dueños definitivos de la cláusula constitucional resultarían simplemente los operadores de ella, y no quien le dio vida.

Hay otro dato complementario: desde tiempo atrás, en el ámbito del derecho privado, pero con ciertas pretensiones encubiertas de proyección a la generalidad del mundo jurídico, muchos códigos civiles disciplinaron la interpretación, y también la *integración* del derecho, de haber imprevisión o laguna normativa. Lo hacían, generalmente, a través de títulos introductorios o preliminares al código civil mismo. Por ejemplo, los artículos 15 y 16 del código civil argentino (sancionado en 1869, pero todavía en vigor en este tema), indican lo siguiente: “Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia

---

(6) Cfr. CORDERO CARRAFFA, CARLOS, “Nueva constitución, nuevo gobierno, nuevo Estado”, en Autores Varios, *Miradas. Nuevo texto constitucional*, La Paz, 2010, Vicepresidencia del Estado, ps. 76/7.

de las leyes... Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso" (7).

El texto que comentamos da, en primer término, pautas de preferencia y de contenido (la interpretación literal, y la histórico-volitiva del autor de la norma) y después reglas de integración (la analogía y los principios generales del derecho) (8). El empleo de estas recetas, y de otras diferentes, pocas o ninguna vez fue considerado como algo anómalo o ilegítimo, sino como fórmulas aceptables de regulación normativa por parte del codificador (9). Con mayor razón debería transportarse esta situación al legislador constituyente.

b) *Legitimidad técnica*. El segundo nivel de examen es el del acierto en el enunciado de las recetas interpretativas. Ya hemos visto algunos defectos al respecto: por ejemplo, si el constituyente menciona dos técnicas (la literal y la volitiva, v. gr.), con la misma categorización, sin indicar cuál debe prevalecer si media conflicto entre ambas. O si refiere a una de ellas (la interpretación gramatical, v. gr.), pero no aclara cuál de sus versiones es la correcta. Por ejemplo, en materia de esa interpretación literal, una cosa es la *literal-histórica* (que refiere al significado de las palabras al momento en que sancionó la constitución), y otra la *literal-evolutiva* (que considera los vocablos según su sentido actual, al momento de aplicarse la constitución) (10). Como el contenido y acepción de los térmi-

---

(7) El codificador cita como fuentes de estas normas a los códigos de Francia y de Austria.

(8) En contra, sosteniendo que el texto legal no dispone utilizar primero en la interpretación de una norma el texto y luego buscar su espíritu, ya que solamente está aludiendo al procedimiento de cobertura de los casos de vacíos normativos, ver FERREIRA RUBIO, DELIA M., en BUERES, ALBERTO J. (director) y HIGHTON, ELENA I., *Código civil y normas complementarias. Análisis doctrinaria y jurisprudencial*, Buenos Aires, 1995, Ed. Hammurabi, t. I, ps. 28-29. Por nuestra parte entendemos que al disciplinar la integración de las lagunas normativas, el art. 16 código está, de todos modos, aludiendo al uso de dos recursos previos y a agotar, para averiguar si hay vacío legal: las *palabras* y el *espíritu de la ley* (que es la intención del legislador); y que tales recursos resultan, en concreto, métodos o técnicas de interpretación.

(9) Sobre otras recetas exegéticas y de integración, cfr. FERREIRA RUBIO, DELIA M., ob. cit., ps. 30-31.

(10) La tesis literal-histórica sostiene que "la Constitución es un documento escrito. Como tal, su sentido no cambia. Lo mismo que significó cuando fue adoptada, significa ahora": Corte Suprema de los Estados Unidos, "South Carolina vs. United States", 1905, *La Constitución de los Estados Unidos de América anotada con la jurisprudencia*, Buenos Aires 1949, trad. por Segundo V. Linares Quintana y Mario Amadeo, Ed. Kraft, t. I p. 66. La literal-dinámica, en voz por ejemplo de Ronald

nos varía sensiblemente en función del tiempo, expresiones clave como "libertad", "justicia", "dignidad de la persona" o "igualdad", v. gr., usuales en una constitución, pueden experimentar mutaciones significativas en poco tiempo. Decir en la constitución que el intérprete debe priorizar la exégesis literal o gramatical, sin indicar cuál de aquellas dos variables es la correcta, es casi seguro que genere discusiones posteriores, que por cierto son inevitables en constituciones de antigua data.

c) *Legitimidad ideológica*. El mérito intrínseco de las reglas de preferencia y de contenido que enuncie el constituyente, o de las interpretaciones que él mismo practique, depende desde luego de la óptica ideológica de sujeto que las juzgue. En particular, de su afiliación a los grupos partidarios de una interpretación estática, o en cambio, de una interpretación dinámica (incluso ultraevolutiva), de la Constitución.

Las pautas fijadas por el constituyente, cuando quiere someter a los operadores posteriores a su intención original, son de corte preservacionista de la constitución, y generalmente de tipo conservador. Ese anclaje de la interpretación a la voluntad del autor de la norma constitucional (cuando esa voluntad es detectable claramente), brinda seguridad al texto constitucional, pero tiene como costo fijar la interpretación en el pasado, y por ello, de algún modo, esclerotiza a la constitución. Ésta pasa a ser una suerte de testamento político del constituyente; y el intérprete, su albacea. Su tarea, fundamentalmente, es de tipo arqueológica: desentrañar el mensaje del constituyente, y aplicarlo siempre igual.

Aplicar una constitución conforme la intención del constituyente histórico puede generar, claro está, situaciones tensivas si la sociedad de hoy, ya por modificación del contexto de vida, ya por variación en el sistema de creencias, piensa muy distinto que la sociedad ayer sobre lo justo o lo injusto, sobre lo aconsejable o desaconsejable de determinada solución, sobre la extensión y profundidad de ciertos derechos constitucionales, o sobre lo permitido o prohibido de determinada conducta. Como bien indica el "argumento de las generaciones" (11), la generación que hizo históricamente la constitución no tiene el derecho de imponerle a la sociedad actual su modo de entender a la Constitución. Cada generación, como beneficiaria o perjudicada por su Constitución, parece

---

Dworkin, entiende que cuando el constituyente emplea *conceptos* genéricos, al estilo de los ya mencionados de orden, justicia, seguridad, etc., está otorgando a los operadores posteriores la facultad de comprenderlos según el sentido actual de los mismos, al momento de interpretarse la regla constitucional del caso. Ver DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, trad. por Marta Guastavino, Barcelona 1984, Ed. Ariel, p. 215.

(11) Cfr. SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, "Sobre el concepto de constitución viviente", en *Revista argentina de Derecho Constitucional*, Buenos Aires 2000, año I, N° 1, p. 58.

contar con el derecho de entenderla según sus propias creencias (respetando siempre, claro está, los derechos naturales de la persona). Por ende, si la intención original del constituyente, válida axiológicamente en su momento, hoy ha caído en desgracia y resulta incuestionablemente deslegitimada, no es convincente esgrimirla como elemento interpretativo.

No obstante lo dicho, la sumisión al constituyente histórico puede no ser tan estática o conservadora si el mismo ha programado una cláusula constitucional dinámica y abierta. Por ejemplo, si afirma explícitamente, y tal fue su intención, un desarrollo progresivo de los derechos humanos, como lo hace el art. 11-8 de la constitución del Ecuador y el art. 13-1 de la constitución boliviana. En tal supuesto, el constituyente está invitando al operador posterior a dar a los derechos constitucionales nuevos, más completos y más actualizados contenidos, al par que le aconseja que abandone concepciones regresivas o involutivas. El art. 11-8 de la constitución ecuatoriana es contundente al respecto: "Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos".

Si el constituyente ha dispuesto que el intérprete se someta, de modo prioritario, a la interpretación literal, no dice mucho (en términos de *interpretación* conservadora o dinámica), si no aclara un tema que ya mencionamos: la que se postula, ¿se trata de una interpretación literal-histórica o de una literal-evolutiva? Cada una de ellas puede dar, según anticipamos, respuestas interpretativas muy distintas.

Para los partidarios de la "constitución viviente" (*living constitution*), que la entienden no como un texto escrito, sino como una suerte de pacto social que se recrea cotidianamente conforme las mutables creencias y valoraciones comunitarias (12), la regulación por el poder constituyente del proceso interpretativo de la constitución provocará casi siempre disgustos, porque tiende, a menudo, a provocar rigideces en la constitución (aunque éstas se justifiquen, para sus defensores, a fin de evitar aventuras mutativistas de la ley suprema, que con la excusa de interpretarla, de hecho la están reformando). Un partidario de la *living constitution*, sin embargo, aceptará esas cláusulas si ellas establecen que la constitución deberá interpretarse en consonancia con los principios, bienes y valores propios de la sociedad, vigentes en el momento puntual en que se la aplique (v. gr., si puntualiza que esa constitución deberá efectivizarse como desearía el pueblo, actuando como "constituyente actual"). Pero, en verdad, no será fácil encontrar una disposición constitucional concreta de ese tipo.

---

(12) *Ibidem*, pág. 57.

### 5. **ADDENDA: LA TRANSFERENCIA DE LA LABOR INTERPRETATIVA (O UNA VARIABLE DEL RECURSO AL INTÉRPRETE EXTERNO)**

En ciertos casos, el constituyente nacional señala que los derechos constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el país (en tal sentido, v. gr., art. 10-2 de la constitución de España, art. 13-IV de la de Bolivia). Esta fórmula, entendida extensivamente, obliga a los jueces nacionales a comprender los derechos personales locales tanto en consonancia con el *texto* de aquellos tratados o convenciones, como de acuerdo, igualmente, con la interpretación dada a ese texto por los órganos jurisdiccionales planeados por dichos instrumentos (por ejemplo, en el caso del sistema regional americano, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos) (13).

En tales hipótesis, hay una *transferencia de responsabilidades interpretativas* de sumo interés: el constituyente nacional se somete al documento y al órgano jurisdiccional inter o supranacional, según como se lo quiera ver. En otras palabras, en los temas del caso, dispone que la tarea interpretativa predominante será la que realice el tratado internacional, y la autoridad erigida por ese tratado. El recurso a dicho intérprete externo concluye aquí, entonces, como receta interpretativa prevaeciente. En la situación que tratamos, el constituyente nacional no interpreta de por sí, pero señala pautas de sometimiento de y para la interpretación doméstica de la constitución, mirando hacia la convención internacional y el intérprete de ella, obligatorias para los poderes constituidos.

La legitimidad de dispositivos de aquella índole se explica, principalmente, por la necesidad de construir un *ius commune* en materia de derechos humanos y de derecho comunitario. El intérprete inter o supranacional, además, puede gozar (aunque no siempre) de una cierta presunción de mayor calidad y objetividad que el intérprete nacional, de vez en cuando más comprometido con intereses sectoriales domésticos.

---

(13) Por su parte, el órgano jurisdiccional máximo programado por un tratado sobre derechos humanos, puede llegar también a exigir a los jueces nacionales que inapliquen el derecho doméstico opuesto a la convención o a la interpretación de ella dada por dicho órgano; y también, a que interpreten al derecho local según tal convención y doctrina jurisdiccional. Tal es, en definitiva, el llamado *control de convencionalidad* dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Nos remitimos a SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, "El control de convencionalidad" como instrumento para la elaboración de un *ius commune* latinoamericano", en VON BOGDANDY, ARMIN, FERRER MAC, GREGOR EDUARDO y MORALES ANTONIAZZI, MARIELA (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización*, México, 2010, UNAM-Max Planck-Institut e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, t. II, ps. 449 y sigts.



## 6. RECAPITULACIÓN

En resumen, algunas veces el poder constituyente se dedica a interpretar la (es decir, *su*) constitución, por sí solo. Otras, define pautas (reglas de preferencia y de contenido) a las que deben someterse los operadores (esto es, los poderes constituidos), a la hora de interpretar la constitución. En una tercera pose, se somete (y ordena someterse, a los poderes constituidos), a las interpretaciones que realicen órganos inter o supra nacionales, especialmente en el área de los derechos humanos.

No resulta criticable que el constituyente se autointerprete, porque es una manera de clarificar su mensaje. Tampoco es condenable que establezca métodos interpretativos a seguir por los operadores, salvo que ellos conduzcan a resultados negativos por brindar productos anacrónicos o axiológicamente disvaliosos. Por último, en principio resulta positivo que el constituyente se subordine al texto y a la doctrina sentada por los órganos jurisdiccionales inter o supranacionales establecidos por las convenciones vigentes, en particular en materia de derechos humanos, aunque también hay topes a esa dependencia, como serían las pautas que ellos hipotéticamente alguna vez dispusieren lesivas, v. gr., del concepto de dignidad humana, y que provocaren una injusticia tan extrema que impidiese conceptualizar como “derecho” a tal directriz (14).

---

(14) Tal es la llamada “fórmula de Radbruch” (“la injusticia extrema no es derecho”), aceptada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán. Ver VIGO RODOLFO, LUIS, *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, 1ª. reimpresión, Buenos Aires, 2006, Ed. La Ley, ps. 94 y sigts.

# LA RESPONSABILIDAD PENAL POR EL CONTENIDO DE SENTENCIAS. LOS CASOS SOBRE PREVARICATO DEL JUEZ ESPAÑOL BALTASAR GARZÓN

POR ALFONSO SANTIAGO

## I. INTRODUCCIÓN: LA RESPONSABILIDAD JUDICIAL EN LOS ALBORES DEL SIGLO XXI

Se ha afirmado que si el XIX podía ser considerado el "siglo del Poder Legislativo" y el XX "el siglo del Poder Ejecutivo", el siglo XXI está siendo y será el "siglo del Poder Judicial". Este importante aumento relativo de la incidencia institucional requiere tener presente la ecuación constitucional que señala que "a mayor poder político, mayor responsabilidad institucional y mayor necesidad de control".

Por eso, analizar y definir cómo ha de ser valorada la actuación de los magistrados judiciales, y en particular si es posible juzgar el modo en que los jueces ejercen sus facultades jurisdiccionales, es uno de los arduos desafíos que hoy tiene planteada el derecho judicial. Las exigencias de los principios de la independencia y la responsabilidad judiciales han de ser sabiamente armonizados.

Las recientes sentencias del Tribunal Supremo español sobre el delito de prevaricato en los procesos llevados a cabo contra el juez Baltasar Garzón contienen elementos muy interesantes en relación a las cuestiones antes planteadas. En una de ellas, el juez fue condenado e inhabilitado, en la otra, si bien se reconoce que ha cometido importantes errores al momento dictar su sentencia, el magistrado ha sido absuelto.

A través de este comentario pretendemos:

- Describir los lineamientos básicos del sistema de responsabilidad judicial en España para diferenciarlo del que rige en nuestro país;
- Exponer los hechos y decisiones judiciales que motivaron los dos procesos por prevaricación al juez Garzón;

- Analizar las consideraciones sobre el delito del prevaricato y los límites objetivos a la interpretación judicial que se contienen en los fallos de la Sala Penal del Tribunal Supremo español.

## II. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DE LOS JUECES EN ESPAÑA

El modelo institucional de Poder Judicial y el sistema de responsabilidad judicial español tienen diferencias importantes respecto de los que rigen en nuestro país.

Por ello, para poder entender acabadamente las sentencias de la Sala Penal del Tribunal Supremo Español en los dos casos en los que fue enjuiciado el ex juez Baltasar Garzón y estudiar su doctrina sobre para la atribución de responsabilidad de los magistrados por su actividad jurisdiccional, debemos primero efectuar algunas precisiones sobre el sistema de justicia español.

España tiene un modelo institucional y una organización del Poder Judicial distintas a las de nuestro país. Su organización institucional se inscribe en el modelo europeo continental, mientras que el nuestro se inspira fundamentalmente en el norteamericano. Una de las diferencias más significativa es que los jueces ordinarios españoles no ejercen el control de constitucionalidad, sino que existe allí un control de constitucionalidad concentrado en un Tribunal Constitucional, órgano ajeno al Poder Judicial (1). Como dice su Constitución: "Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos" (2).

A diferencia del sistema norteamericano, los jueces ordinarios no ejercen el control de constitucionalidad, ni está previsto respecto de ellos la existencia de un procedimiento de responsabilidad política como es el juicio político. Su responsabilidad es sólo civil, penal o administrativa y es juzgada únicamente por los propios órganos del Poder Judicial. La responsabilidad judicial es en el sistema español un mecanismo de control intraorgánico y no interorgánico como lo es en parte dentro del modelo norteamericano.

El sistema español de organización judicial es burocrático, se ingresa por concurso a una "carrera judicial" formal que tiene como base dos años de formación en una Escuela Judicial y luego siguen las sucesivas promociones.

---

(1) Artículo 161 de la Constitución española.

(2) Artículo 163 de la Constitución española.

El Poder Judicial español conforma un cuerpo único e independiente, que se encuentra sometido únicamente al "imperio de la ley" (3). Es único, pues las Comunidades Autónomas no tienen su propia administración de justicia.

Su gobierno se encuentra a cargo de un "Consejo General del Poder Judicial" (4) que no ejerce funciones jurisdiccionales.

El órgano jurisdiccional superior (5) es el Tribunal Supremo que está dividido en Salas de acuerdo a la materia en que se especializan. La Sala Penal entiende como última instancia en todos los recursos en materia penal y en la instrucción y enjuiciamiento de las causas penales contra el titular del Poder Ejecutivo, contra los legisladores, los integrantes del Consejo General del Poder Judicial, los integrantes del propio Tribunal Supremo y de magistrados de la Audiencia Nacional o de un Tribunal Superior (6).

Además del Tribunal Supremo con sede en Madrid, en cada comunidad autónoma funciona un Tribunal Superior y tribunales de primera instancia.

También existe la Audiencia Nacional, que si bien tiene sede en Madrid, tiene jurisdicción en toda España y ejerce una competencia excepcional atribuida específicamente por la ley para determinadas materias que el legislador considere de mayor trascendencia (7). Tendría cierta analogía con nuestro fuero federal, ante el cual tramitan los asuntos que trascienden el interés local y afectan a toda la Nación.

Las causas que corresponden a la Sala Penal de la Audiencia Nacional (8) son instruidas por los Juzgados Centrales de Instrucción. Uno de

---

(3) Cfr. Artículo 117 de la Constitución española.

(4) "El Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey por un periodo de cinco años. De estos, doce entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados, y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión" (artículo 122.3 de la Constitución española).

(5) Cfr. Artículo 123 de la Constitución española.

(6) Artículo 57 de la Ley de Organización Poder Judicial español (en adelante, LOPJ).

(7) Cfr. Artículo 62 LOPJ.

(8) "1º Del enjuiciamiento, salvo que corresponda en primera instancia a los Juzgados Centrales de lo Penal, de las causas por los siguientes delitos: a) Delitos contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor, Altos Organismos de la Nación y forma de Gobierno. b) Falsificación de moneda y fabricación de tarjetas de crédito y débito falsas y cheques de viajero falsos, siempre que sean

ellos, el N° 5, estaba a cargo del juez Baltasar Garzón, antes de que la Sala Penal del Tribunal Supremo decidiera su destitución e inhabilitación.

Los jueces españoles no tienen responsabilidad política, ni inmunidad de jurisdicción penal. Ellos tienen la obligación de comparecer a prestar declaración (9) y un régimen especial de responsabilidad penal cuando se trata de delitos cometidos en el desempeño de su función, ya que son juzgados directamente por el Tribunal Supremo. En nuestro país, el proceso penal seguido a los jueces es el mismo que el del resto de los ciudadanos, pero ellos pueden negarse a comparecer y, en ese caso, solo pueden ser juzgados previa destitución por juicio político.

También existe allí un régimen específico de responsabilidad civil por los daños que los magistrados judiciales causen en el ejercicio de sus funciones (10).

---

cometidos por organizaciones o grupos criminales. c) Defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas que produzcan o puedan producir grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil, en la economía nacional o perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia. d) Tráfico de drogas o estupefacientes, fraudes alimentarios y de sustancias farmacéuticas o medicinales, siempre que sean cometidos por bandas o grupos organizados y produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas Audiencias. e) Delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las leyes o a los tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles. En todo caso, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional extenderá su competencia al conocimiento de los delitos conexos con todos los anteriormente reseñados. 2.º De los procedimientos penales iniciados en el extranjero, de la ejecución de las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros o del cumplimiento de pena de prisión impuesta por Tribunales extranjeros, cuando en virtud de un tratado internacional corresponda a España la continuación de un procedimiento penal iniciado en el extranjero, la ejecución de una sentencia penal extranjera o el cumplimiento de una pena o medida de seguridad privativa de libertad, salvo en aquellos casos en que esta Ley atribuya alguna de estas competencias a otro órgano jurisdiccional penal. 3.º De las cuestiones de cesión de jurisdicción en materia penal derivadas del cumplimiento de tratados internacionales en los que España sea parte. 4.º Del procedimiento para la ejecución de las órdenes europeas de detención y entrega y de los procedimientos judiciales de extradición pasiva, sea cual fuere el lugar de residencia o en que hubiese tenido lugar la detención del afectado por el procedimiento. 5.º De los recursos establecidos en la Ley contra las sentencias y otras resoluciones de los Juzgados Centrales de lo Penal, de los Juzgados Centrales de Instrucción y del Juzgado Central de Menores. 6.º De los recursos contra las resoluciones dictadas por los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria de conformidad con lo previsto en la disposición adicional quinta. 7.º De cualquier otro asunto que le atribuyan las leyes" (artículo 62 LOPJ).

(9) Cfr. Artículos 400 y 405 LOPJ.

(10) Cfr. Artículos 411 y siguientes del LOPJ.

En España los integrantes del Poder Judicial también están sometidos a un régimen disciplinario interno del propio cuerpo que puede llegar incluso a imponer sanciones de separación de la carrera judicial (11). Ellas solo pueden ser impuestas por el pleno del Consejo General del Poder Judicial (12).

Las faltas disciplinarias previstas no están relacionadas con la aplicación del derecho que efectúan los jueces. Incluso esta previsto como falta disciplinaria grave: "Corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por los inferiores en el orden jurisdiccional, salvo cuando actúen en el ejercicio de la jurisdicción" (13).

Para juzgar las desviaciones en la aplicación del derecho se contempla el delito de prevaricación judicial, previsto entre los delitos contra la Administración de Justicia en el Código Penal Español. Específicamente, el artículo 446 del Código Penal español establece lo siguiente: "El Juez o Magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado:

1º Con la pena de prisión de uno a cuatro años si se trata de sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito y la sentencia no hubiera llegado a ejecutarse, y con la misma pena en su mitad superior y multa de doce a veinticuatro meses si se ha ejecutado. En ambos casos se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.

2º Con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años, si se tratara de una sentencia injusta contra el reo dictada en proceso por falta.

3º Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictara cualquier otra sentencia o resolución injustas".

Por su parte el artículo 447 prevé que "el Juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años".

### III. LOS CASOS DEL JUEZ GARZÓN

Al juez Baltasar Garzón se le promovieron tres querellas criminales. La primera por su actuación en una investigación de corrupción (caso Gürtel) por el que fue condenado por la Sala Penal del Tribunal Supremo; otra,

---

(11) Cfr. Artículo 379.1. "c" y 420 "e" LOPJ.

(12) Cfr. Artículo 421.1 "d" LOPJ.

(13) Cfr. Artículo 418.4 LOPJ.

por su actuación en la investigación de los crímenes cometidos durante el franquismo, por la que fue absuelto; y, finalmente, una por cohecho impropio (artículo 426 del Código Penal español) que fue archivada por el instructor de la Sala Penal del Tribunal Supremo por prescripción (14). Analizaremos las dos primeras, porque en la última no se cuestiona su actividad jurisdiccional.

### A) El caso “Gürtel” (15)

En el mes de febrero de 2009, el juez Baltasar Garzón investigaba hechos de corrupción en el manejo de fondos públicos por parte de funcionarios pertenecientes al Partido Popular de las Comunidades Autónomas de Madrid y Valencia. Los policías a cargo de la pesquisa le habían informado que las tres personas que se encontraban detenidos con prisión preventiva continuaban con sus actividades de blanqueo de activos y que para ello contarían con la colaboración de sus abogados.

Ante esta información el juez, por auto del 19 de febrero de 2009, ordenó la intervención de las comunicaciones orales y escritas de los tres acusados que se encontraban alojados en una cárcel de Madrid y la observación de todas las entrevistas, incluidas las que mantengan con sus abogados defensores. Fundó la medida en la complejidad que suponía investigar las actividades de una organización delictiva en los últimos diez años y en la necesidad de determinar con exactitud las maniobras ilícitas y el grado de imputación que podrían tener otras personas dentro del grupo organizado. El juez incluyó también dentro de las comunicaciones intervenidas aquellas que se mantengan con sus abogados “dado que el canal entre los miembros de la organización y los tres miembros ahora en prisión podrían ser los letrados que estarían aprovechando su condición en claro interés de la propia organización y con subordinación a ella” (16).

Sobre la legalidad de esta medida expresó: “En este sentido, el artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (17) distingue entre

---

(14) Autos del 13/2/2012, dictado en causa 20339/2009 por el vocal Manuel Marchena.

(15) Los datos del caso fueron tomados de la sentencia 79/2012 dictada en causa especial 20716/2009, del 9 de febrero de 2012, por la Sala Penal del Tribunal Supremo Español.

(16) STSE 79/2102.

(17) Artículo 51 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP) “1. Los internos autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial. Estas comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad, de

las comunicaciones 'generales' de los internos con terceras personas, y las comunicaciones más 'particulares' de aquellos con sus letrados. Esas comunicaciones 'generales' pueden ser intervenidas con la autorización del Director del Centro Penitenciario en virtud de razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento penitenciario; sin embargo, las aquí denominadas 'particulares' son sometidas a un régimen especial y la autorización de su intervención debe ser solo dispuesta por la Autoridad Judicial, sin posibilidad de que la misma pueda ser acordada por la Autoridad Penitenciaria. Dicho artículo 51 en su segundo párrafo recoge claramente el supuesto fáctico que aquí se denuncia, estableciendo que las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo".

Consecuentemente, además de ordenar a la autoridad penitenciaria la intervención de las comunicaciones orales y escritas de los tres detenidos, dispuso la "observación de las comunicaciones personales que mantengan los citados internos con los letrados que se encuentran personados en la causa u otros que mantengan entrevista con ellos y con carácter especial con el letrado D. José Antonio López Rubal, previniendo el derecho de defensa" (18). Estableció que ellas debían desarrollarse por el término de un mes, entre el 19 de febrero y el 20 de marzo de 2009.

Recibida la orden, por un lado, la Dirección General de Instituciones Penitenciarias solicitó se aclare si las conversaciones con los abogados debían ser grabadas, a lo que se contestó afirmativamente; y, por el otro, la policía judicial pidió que se defina la expresión "previniendo el derecho de defensa", a lo cual se le contestó que debían transcribir el contenido de todas las conversaciones vinculadas con la investigación y que sería el propio juzgado el encargado de cumplir esta cláusula.

En el período en el que se llevaban adelante las observaciones, dos de los imputados designaron nuevos abogados y el juez no adoptó ninguna medida para preservar la confidencialidad de las entrevistas entre ellos y sus defendidos.

Durante ese mes y tal como fue dispuesto por el juez Garzón, se intervinieron todas las comunicaciones de los imputados detenidos incluidas la totalidad de entrevistas que mantuvieron con sus abogados defensores. Estas últimas fueron escuchadas y transcritas por la policía, luego examinadas por los representantes del Ministerio Fiscal y por el propio juez.

---

interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento. 2. Las comunicaciones de los internos con el abogado defensor o con el abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los procuradores que lo representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo".

(18) Ídem.



El día 13 de marzo de 2009, los funcionarios policiales pidieron una prórroga de las intervenciones y observaciones. Justificaron su petición con un informe del que no se desprendía indicios concretos de la posible actuación de los abogados defensores.

Sobre este pedido el Fiscal dictaminó que prestaba su conformidad "...si bien con expresa exclusión de las comunicaciones mantenidas con los letrados que representan a cada uno de los imputados y, en todo caso, con rigurosa salvaguarda del derecho de defensa" (19). Además señaló que "una parte importante de las transcripciones se refieren en exclusiva a estrategias de defensa y, por tanto, deben ser excluidas del procedimiento" (20).

El juez, por un auto del 20 de marzo —en el que repitió el fundamento del primero—, dictó una prórroga de las intervenciones por un mes más, sin adoptar ninguna prevención especial para salvaguardar el derecho de defensa.

Como consecuencia de esta orden se siguieron escuchando todas las conversaciones entre los imputados y sus defensores hasta mediados de abril de 2009.

Cuando el Fiscal se notificó que la prórroga, pidió el desglose de las transcripciones de determinadas conversaciones con el fin de salvaguardar el derecho de defensa, a lo cual el juez hizo lugar.

En conclusión, en el proceso por prevaricato se acusó al magistrado Baltasar Garzón por haber ordenado, en su carácter de juez a cargo del Juzgado Central del Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, y mediante los autos del 19 de febrero y del 20 de marzo de 2009, la observación indiscriminada de las entrevistas que mantuvieron tres imputados en prisión preventiva ordenada por el propio juez con sus abogados defensores, durante dos meses, en contra del deber de resguardar su confidencialidad, derivado del derecho de defensa en juicio, y en contradicción expresa de su regulación prevista en el artículo 51 LOGP que sólo las autoriza en los supuestos de terrorismo.

## **B) La causa sobre homicidios y desaparición de personas durante el régimen de Franco (21)**

El 14 de diciembre de 2006 se presentaron ante la Audiencia Nacional asociaciones y personas que representaban a familiares de desa-

---

(19) Ídem.

(20) Ídem.

(21) Los datos del caso se extrajeron de la de la sentencia 101/2012 de la Sala Penal del Tribunal Supremo Español dictada en causa especial 200048/2009, el 27/2/2012.

parecidos y fallecidos durante la Guerra Civil Española y la posguerra que desconocían el lugar de enterramiento o las circunstancias de su muerte. Solicitaron la investigación criminal de estos hechos e invocaron su derecho a conocer la verdad sobre las circunstancias de muerte o desaparición de sus familiares y el lugar donde se encontraban sus restos. La denuncia recayó en el juzgado de instrucción nº 5, a cargo del Dr. Baltasar Garzón.

Durante los dos primeros años la causa no tuvo más movimiento que la citación de los representantes de las asociaciones para que ratificaran personalmente la presentación. Por esta demora el juez fue denunciado ante el Consejo General del Poder Judicial de España por retraso en la tramitación y resolución de la causa.

El 29 de enero de 2008 el juez corrió vista al Ministerio Fiscal sobre su competencia para investigar estos delitos y éste dictaminó negativamente, señalando lo siguiente: "La imprescriptibilidad no se aplica a los hechos denunciados, en razón a que estos solo pueden ser calificados como delitos comunes de acuerdo con los tipos penales contemplados en el Código Penal de la época, y en la medida en que la Ley penal no puede ser de aplicación retroactiva" (22). Agregó que por tratarse de delitos comunes también les era aplicable la ley 46/1977 de Amnistía.

El 16 de octubre de 2008, el juez dictó auto por el que asumió la competencia para investigar a: "(q)uienes se alzaron o rebelaron contra el gobierno legítimo y cometieron, por tanto, un delito contra la Constitución entonces vigente y contra Altos Organismos de la Nación, indujeron y ordenaron las previas, simultáneas y posteriores matanzas y detenciones ilegales sistemáticas y generalizadas de los opositores políticos y provocaron el exilio forzoso de miles de personas. A fecha de hoy, se desconoce el paradero de esos detenidos" (23). Calificó estos hechos como constitutivos de "un delito permanente de detención ilegal, sin ofrecerse el paradero de la víctima en el marco de los crímenes contra la humanidad a los que añadirá delitos contra las personas y Altos Organismos de la Nación" (24). Estableció que ellos se cometieron en tres épocas: "la represión masiva a través de los Bandos de 17 de julio de 1936 a febrero de 1937; la de los Consejos de Guerra, desde marzo de 1937, hasta los primeros meses de 1945; y la acción represiva desde 1945 hasta 1952" (25).

Desarrolló una fundamentación por la cual dejaba de lado lo que menciona como "escollos" para la investigación, como ser la irretroactividad de la ley; la consideración de delitos permanentes especialmente del delito de detención ilegal; la aplicación de la ley de amnistía; la compe-

---

(22) STSE 101/2012.

(23) Ídem.

(24) Ídem.

(25) Ídem.

tencia del juzgado y la identificación de las personas responsables; y la protección a las víctimas.

Como medida probatoria, pidió las partidas de defunción de los imputados y anticipó que perdería la competencia si se certificaba la muerte de los Altos responsables.

El 18 de noviembre de 2008 tuvo por certificada la muerte de las 35 personas contra las cuales se dirigía la investigación y dictó su sobreseimiento por extinción de la acción penal y se inhibió a favor de los juzgados competentes territorialmente para la exhumación de las fosas que le habían sido identificadas y las que en el futuro se identifiquen.

Posteriormente, el 2 de diciembre de 2008, el Pleno de la Sala en lo Penal de la Audiencia Nacional, que intervino por recurso de la Fiscalía, declaró que ese cuerpo judicial —al que pertenecía el propio Garzón— carecía de competencia objetiva para investigar los hechos y presuntos delitos a los que hizo referencia el juez en su auto del 16 de octubre de 2008.

En síntesis, en el proceso por prevaricación que se le inició, se le imputaba a Baltasar Garzón, en su carácter de juez a cargo del Juzgado Central del Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, haberse declarado competente, por auto del 16 de octubre de 2008, en la investigación de delitos comunes cuyos autores se encontraban fallecidos, que se encontraban largamente prescriptos y cubiertos por la ley de amnistía 46/1977; y por haber atribuido, por auto del 18 de noviembre de 2008, a otros jueces la competencia para investigar en juicios “por la verdad”.

#### **IV. ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS. LA RESOLUCIÓN “INJUSTA” COMO LÍMITE A LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL. DISCRECIONALIDAD JUDICIAL Y OBJETIVIDAD EN EL DERECHO**

##### **A) La sentencia por la actuación de Garzón en el caso “Gürtel” (26)**

En este caso, la Sala Penal del Tribunal Supremo condenó a Baltasar Garzón como autor responsable del delito de prevaricación (27) a la pena de multa de catorce meses con una cuota diaria de 6 euros y a once años de inhabilitación especial para ejercer el cargo de juez con pérdida definitiva del cargo que ostentaba e incapacidad para ejercer otros cargos públicos durante el tiempo de la condena. La sentencia se dictó por fallo unánime.

---

(26) STSE 79/2012, ya citada.

(27) Artículo 446.3 del Código Penal Español.

En los fundamentos el tribunal expresó que las dos resoluciones dictadas por el juez habían suprimido la necesaria de confidencialidad que debe existir en las comunicaciones entre un acusado y su abogado y que, por ende, se había afectado el contenido esencial del derecho de defensa en juicio. Sostuvieron que la exigencia de confidencialidad entre el imputado y su abogado defensor tiene protección constitucional y comunitaria; y que la orden de observarlas la había violado, y había dejado a la defensa sin ninguna posible efectividad.

Agregaron que, además de la violación al derecho de defensa, las resoluciones del juez produjeron restricciones muy sustanciales a otros derechos de las personas que investigaba, como el de negarse a declarar, el secreto profesional y el derecho a la intimidad.

Reconocieron que si bien los derechos derivados de la confidencialidad de la comunicación entre defensor y defendido no eran absolutos, la restricción que se había efectuado en este caso resultaba inadmisibles porque se había efectuado en contra de lo previsto en el artículo 51.2 de la LOGP. Señalaron que esta disposición legal presentaba una legitimación directa para regular las posibles limitaciones al derecho a la asistencia letrada de quienes se encontraban detenidos en un establecimiento penitenciario por prisión preventiva y que, tanto el Tribunal Constitucional (28) como el Tribunal Supremo (29), ya habían interpretado que las comunicaciones denominadas "especiales", que mantienen los internos con su abogado defensor, exigen como condiciones acumulativas, autorización judicial y una imputación de actividad terrorista (30). También se hizo referencia a los precedentes por los cuales Tribunal Superior siguió en forma absoluta esta interpretación.

Expresaron que, si bien desde cierto sector de la doctrina se afirmaba que también podrían intervenir las comunicaciones de un abogado cuando se aproveche de su condición para cometer delitos, este supuesto no se configuraba en la causa porque no existían indicios previos que vincularan a ninguno de los letrados con una actividad delictiva.

En conclusión, por medio de esta extensa argumentación, demostraron que ni el derecho español ni el derecho comunitario admitían la posibilidad de que un juez autorizara la interceptación de las comunicaciones entre un imputado alojado en un establecimiento penal y su defensor, cuando no se investigaban casos de terrorismo, ni existían indicios que vincularan al abogado con el delito investigado.

---

(28) STCE 183/1994, 2000/1997, y 58/1998.

(29) STSE 245/1995, y 538/1997.

(30) Se definió terrorismo como "actividades de delincuencia organizada en grupos permanentes y estables, de carácter armado, cuya finalidad o efecto es producir el terror colectivo, por su tenebrosa incidencia en la colectividad y en la estabilidad de una sociedad democrática". STS 101/2012.

Entendieron que las resoluciones dictadas por Garzón por las cuales ordenó las intercepciones constituían una sentencia “injusta” en los términos del artículo 446 del Código Penal Español (31). Destacaron que “la injusticia consistió en acoger una interpretación de la ley según la cual podía intervenir las comunicaciones entre el imputado preso y su letrado defensor basándose solamente en la existencia de indicios respecto a la actividad criminal del primero, sin considerar necesario que tales indicios afectaran a los letrados. Lo cual resulta inasumible desde cualquier interpretación razonable del Derecho, al conducir directamente a la autorización normalizada de la intervención de las comunicaciones entre el imputado en prisión y su letrado defensor, reduciendo así con carácter general el derecho de defensa exclusivamente con base en la gravedad del delito investigado y en los indicios existentes contra el primero, que son precisamente los que determinan su permanencia en prisión provisional. Bastaría entonces para justificar la supresión de la confidencialidad en las comunicaciones del imputado con su letrado defensor con basar la prisión provisional en el apartado 2 del artículo 503 de la LECrim (evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos). Esta forma de actuar causaría una destrucción generalizada del derecho de defensa, que no tiene cabida en la Constitución” (32). Agregaron que estas resoluciones que causaron daños difíciles de reparar constituyeron un apartamiento absoluto de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la Sala del Tribunal Supremo, y configuraron un “acto de mero voluntarismo que, por su contenidos, se alejaba de modo arbitrario y absoluto de la aplicación razonada del Derecho” (33).

Expresaron que también concurría en el caso el tipo subjetivo, aún cuando el tipo español exija que la resolución injusta haya sido dictada “a sabiendas”, porque el conocimiento de ese carácter de los autos que dictó Garzón se desprendía de su tenor literal (incluida la exigencia de prevenir el derecho de defensa cuyo contenido nunca precisó); de haber tenido por designados a dos nuevos abogados defensores; por el pedido policial de aclaración del significado de la cláusula “previniendo el derecho de defensa”; por el dictamen del Fiscal que pidió el desglose de las conversaciones entre imputado y defensor; y por la ausencia absoluta de indicios contra los abogados en la investigación que estaba a cargo del propio juez (34).

---

(31) Artículo 446 del Código Penal Español.

(32) STSE 79/2012.

(33) Ídem.

(34) Puede agregarse que también tuvieron por probado el delito de intervención ilegal de comunicaciones cometidas por un funcionario público, previsto en el artículo 536, primer párrafo, del Código Penal Español (que sanciona a la autoridad o funcionario público o agente de éstos que, mediante causa por delito, intercepte las comunicaciones o utilizare artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido, de la imagen de cualquier otra señal

## B) La sentencia por la actuación de Garzón en la investigación de los homicidios y desaparición de personas durante el Franquismo

En este caso, la Sala Penal del Tribunal Supremo Español absolvió a Baltasar Garzón en la acusación que se le había admitido por su actuación en estos hechos. La sentencia tuvo un voto concurrente y una disidencia.

La línea argumental del voto mayoritario fue la de dejar sentado que existieron resoluciones del juez Garzón que configuraron una interpretación errónea del derecho pero que no llegan a ser “injustas” en los términos previstos en el tipo objetivo del prevaricato judicial.

Para fundamentar que Garzón había actuado erróneamente, analizaron detalladamente la significación jurídica de los hechos denunciados.

Señalaron que el derecho procesal español no reconoce los llamados “juicios por la verdad” porque una reconstrucción de los hechos sin intervención de los presuntos autores sería parcial y ajena a la función judicial. Fueron tajantes: sin imputado no puede haber proceso.

Por tanto, para que el juez de instrucción de la Real Audiencia pueda haber sido competente tendría que haber habido personas perseguibles, pero los delitos que se imputaban no lo eran porque la acción se había extinguido por prescripción y porque estaban cubiertos por la ley de amnistía 46/1977.

Entendieron que al calificar los hechos como delitos permanentes de detención ilegal sin ofrecer razón del paradero de las víctimas “en el marco de crímenes contra la humanidad”, el juez pretendía sortear estos problemas atribuyéndole las consecuencias de estos delitos universales a delitos comunes.

Agregaron que el Tribunal Supremo ya había sentado una doctrina, en el caso “Scilingo” (35), por la cual no podrían estos hechos ser calificados como de lesa humanidad, porque el cuerpo normativo que conformaba la legalidad penal internacional no estaba vigente al tiempo de la comisión de los hechos. Ratificaron la vigencia del principio de legalidad y sus exigencias de *lex previa*, *lex certa*, *lex scripta* y *lex stricta*. “No es posible —por más que sea sostenida por algún sector doctrinal— que las exigencias del principio de tipicidad se rellenen con la previsión contenida en

---

de comunicación, con violación de las garantías legales o constitucionales) pero no se lo condenó por esta figura porque consideraron que el contenido de injusto que ella representa se encontraba cubierto por la condena de prevaricato, de allí que invocando el instituto de “concurso aparente de normas” por consunción.

(35) STSE 798/2007.

el Derecho Penal internacional consuetudinario, si el derecho interno no contempla esa posibilidad" (36).

Sostuvieron que los delitos por los cuales el juez Garzón se declaró competente estaban evidentemente prescriptos por haber transcurrido entre 54 y 70 años desde la fecha de su comisión. Sobre la posibilidad de evadirse de esta certeza cronológica con la atribución de un carácter permanente a estos delitos, expresaron que ello constituía una ficción contraria a la lógica, pues, en modo alguno podía ser racionalmente considerado que las personas desaparecidas se hayan encontrado detenidas por un tiempo indeterminado mayor que veinte años. Que tampoco resultaba aplicable al caso las cláusulas de imprescriptibilidad previstas en los tratados por haber sido adoptadas por el derecho español con posterioridad a estos hechos y también por la vigencia del principio de legalidad.

Del mismo modo, siguiendo con el voto mayoritario, expresaron que la acción tampoco podía prosperar por la vigencia de la ley de amnistía 46/1977. Reiteraron que la cláusula por la cual se prohibía el dictado de cualquier ley que tenga por objeto impedir que se investigue un delito de lesa humanidad recién fue incorporada al derecho español en el año 2002 con la ratificación del Tratado de Roma y que no podía ser aplicada retroactivamente. Sostuvieron que la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que fue invocada por la defensa y que expone lo contrario, no es vinculante en España ni fue seguida por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ni por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "aunque contribuyan a la sostenibilidad de una postura divergente" (37).

Rechazaron que la nulidad de las amnistías respecto de delitos de lesa humanidad haya sido una costumbre consolidada a la época de los hechos y que la posibilidad de así declararla no estaba contemplada en los pactos internacionales ni España fue denunciada por el incumplimiento de algún tratado internacional sobre este punto, "aunque existieron recomendaciones y observaciones que sirven para poner de manifiesto la cultura jurídica imperante en la materia y la razonabilidad de las opiniones contrarias". No obstante que "(l)os jueces sujetos al principio de legalidad no pueden, en ningún caso, derogar leyes cuya abrogación es exclusiva competencia del poder legislativo" (38).

Recordaron que la ley de amnistía de 1977 fue promulgada con el consenso de todas las fuerzas políticas en un período democrático y que no se trató de una ley de detentadores de poder para cubrir sus propios crímenes. Además que ella fue recientemente confirmada por el parla-

---

(36) STSE 101/2012.

(37) Ídem.

(38) Ídem.

mento español en el año 2011 al rechazarse en diputados una proposición para derogarla.

Luego de establecer que no había persecución posible, descartaron también la competencia material del juzgado que se encontraba a cargo de Garzón, ella únicamente hubiese existido si los hechos hubiesen sido perpetrados contra los Altos Organismos de la Nación y que de aquellos denunciados solo el golpe de Estado de 1936 podía subsumirse en esa categoría y el fallecimiento de sus autores era notorio porque para la fecha en la que se dictaron las resoluciones cuestionadas, ellos tendrían más de cien años (39).

Consecuentemente, y a través de los argumentos recién sintetizados, concluyeron que, no obstante haber sido contraria a los principios del derecho penal, la interpretación efectuada en esta causa había sido plausible y sustentada en una argumentación mínimamente razonable.

Llegaron a esta conclusión teniendo que la actuación del juez, tuvo por finalidad reconocer a los familiares de las víctimas de desaparición forzada de personas el derecho a obtener un reconocimiento por parte del Estado; que estos hechos analizados bajo el prisma del derecho penal internacional vigente en la actualidad configurarían delitos de lesa humanidad; y que la interpretación adoptada por Garzón fue empleada por otros operadores jurídicos: por el Ministerio Público Fiscal en su Informe ante una demanda efectuada por los mismos familiares ante el Tribunal Constitucional invocando su derecho a la verdad que fue rechazada por éste; por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y en las resoluciones y sentencias del Consejo de Europa y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que “evidencian una expansión creciente de la cultura y del contenido de los derechos humanos” (40).

Descartaron también que sea posible acusarlo por la contradicción existente entre las dos resoluciones, la del 16 de octubre (por la que declaraba su competencia) y la del 18 de noviembre de 2008 (por la que declara la extinción de la responsabilidad penal de las personas fallecidas y acuerda la inhibición de la causa a favor de los juzgados territorialmente competentes), ya que, una es consecuencia de la otra.

A su vez, también analizaron la contradicción del Dr. Garzón existente entre la resolución del 16 de octubre con la que había adoptado en el año 1998 por la que había rechazado de plano una querrela por los sucesos ocurridos en “Paracuellos de Jarama”. Sostuvieron que los “cambios de opinión debidamente razonados no son presupuestos de

---

(39) Ver nota sobre competencia de la Real Audiencia.

(40) STSE 101/2012.



prevaricación" (41) y que "los diez años transcurridos entre una y otra resolución ponen de manifiesto un cambio de opinión jurídica sobre los hechos, con independencia de sus autores y puede ser debida a la distinta concepción del sustrato de protección y la fuerza expansiva de los derechos humanos en los últimos tiempos" (42).

Concluyeron en que una resolución ilegal no necesariamente es prevaricadora pues se necesita un plus para llegar a ser "injusta" en los términos del artículo 446 del Código Penal Español. La disidencia con una posición jurisprudencial consolidada puede ser posible siempre que exista fundamentación jurídica y en este caso los autos del juez "aparecen profusamente motivados con remisiones a fuentes de interpretación admisible en nuestro derecho".

Por ello, al haber encontrado una argumentación mínimamente razonable sostuvieron que no se encontraba el requisito de "resolución injusta" del tipo objetivo de la prevaricación judicial y dispusieron la absolución del acusado.

El voto concurrente de D. Julián Sánchez Melgar, compartió la solución propugnada por la mayoría pero disintió en su encuadre porque desde su punto de vista la resolución cuestionada era "injusta" y por ende satisfacía las exigencias del tipo objetivo del artículo 446 del Código Penal Español, aunque lo mismo no ocurría con el tipo subjetivo, es decir, la necesidad que ella haya sido dictada "a sabiendas" de esa injusticia. Señaló: "La interna convicción de quien resuelve en derecho, persuadido, aún erróneamente, de la legalidad del acto, no pertenece al tipo objetivo como parece mantenerse en la sentencia de la mayoría sino al elemento subjetivo del delito" y que en la situación planteada no se puede deducir que Garzón haya actuado a sabiendas.

Finamente, el vocal D. José Manuel Maza Martín disintió con la solución propuesta por la mayoría. Desde su punto de vista, la "injusticia" de la resolución del caso se encontraba configurada porque la resolución no era objetivamente defendible. Para este vocal sí existe contradicción con el derecho. Tal como lo demostró la mayoría, existe "injusticia. Este juez rechaza la existencia de una interpretación alternativa razonable, porque las resoluciones, opiniones o criterios sostenidos por el juez Garzón eran ajenos al ordenamiento jurídico español (43).

---

(41) Ídem.

(42) Ídem.

(43) Dijo el vocal "¿Es que a partir de ahora el juez español puede desobedecer las leyes patrias, las dictadas por nuestro Parlamento soberano, porque encuentra criterios u opiniones ajenos a nuestro derecho que coinciden con su particular modo de ver las cosas?"

Señaló el vocal disidente que la mayoría había recurrido a criterios subjetivos para descartar la configuración del tipo objetivo. Se refería a que el voto mayoritario valoró que el juez había tenido la finalidad de reconocer el derecho de las víctimas a obtener una respuesta del Estado, como elemento que los disuadía de que no existió el plus que distingue una sentencia errónea de una injusta. Sostuvo que “la conciencia del juez no puede erigirse en tribunal de la conciencia de la ley porque ello conduce en definitiva a convertir la conciencia del juez en la ley para resolver el conflicto y tal planteamiento es incompatible con los postulados del Estado del Derecho (STS, del 3 de febrero de 2009)” (44).

Desde su punto de vista, también se encontraba acreditado el dolo directo de la prevaricación, porque el juez sabía perfectamente que estaba incumpliendo la ley y tuvo una clara voluntad de seguir adelante con sus criterios personales sin sentirse vinculado por el derecho vigente.

### **C) La doctrina del Tribunal Supremo Español sobre el concepto de “resolución injusta” a la hora de la configuración de la figura penal del prevaricato judicial**

En el caso “Gürtel”, el tribunal no hizo más que ratificar una larga y consolidada jurisprudencia sobre un caso que presentaba pocas dudas.

Esta línea fue bien sintetizada en la sentencia cuando señala:

“En un sistema democrático como el regulado en la Constitución española, el Poder Judicial se legitima por la aplicación de la ley a la que está sujeto, y no por la simple imposición de sus potestades. De manera que el Estado de Derecho se vulnera cuando el juez, con el pretexto de aplicación de la ley, actúa solo su propia subjetividad concretada en una forma particular de entender la cuestión a resolver, y prescindiendo de todos los métodos de interpretación admisibles en derecho, acoge un significado irracional de la norma, sustituyendo así el imperio de la ley por un acto contrario de mero voluntarismo. La superación del simple positivismo, que pudiera conducir a actuaciones materialmente injustas, resulta de la Constitución y, especialmente, de sus normas sobre derechos fundamentales, que constituyen al tiempo una guía interpretativa y un límite infranqueable. Desde esta perspectiva, la previsión legal del delito de prevaricación judicial, no puede ser entendida en ningún caso como un ataque a la independencia del Juez, sino como una exigencia democrática impuesta por la necesidad de reprobar penalmente una conducta ejecutada en ejercicio del poder judicial que, bajo el pretexto de la aplicación de la ley, resulta frontalmente vulneradora del Estado de Derecho” (45).

---

(44) Ídem.

(45) STSE 79/2012.

Es decir, los conflictos se resuelven de acuerdo con el orden jurídico y no por los criterios subjetivos de los jueces. El poder de los jueces tiene sentido o justificación en la medida que apliquen el derecho y la independencia nunca puede liberarlos del sometimiento a éste. El límite de la interpretación judicial admisible está dado por su vinculación con el derecho.

Para el Tribunal Supremo el bien jurídico protegido en la figura del prevaricato no consiste en la suma de bienes que particularmente hayan sido afectados por una sentencia, sino en “la postergación por el autor de la validez del derecho o de su imperio y, por lo tanto, en la vulneración del Estado de Derecho, dado que se quebranta la función judicial de decidir aplicando únicamente el derecho, en la forma prevista en el art. 117.1 CE” (STS Nº 2/1999) (46).

En lo referente a la determinación de la “injusticia”, entendieron que no podía reducirse a la mera contradicción con el derecho, pues la ley “admite en numerosas ocasiones interpretaciones divergentes, y es lícito que el juez pueda optar, en atención a las particularidades del caso, por una u otra interpretación sin incurrir en delito, aunque su decisión pudiera ser revocada en vía de recurso” (47). Por eso, asumieron lo que denominaron teoría objetiva con elementos de la teoría de los deberes, por la cual para que se verifique la injusticia de la resolución judicial a los efectos del prevaricato debe haber “una absoluta colisión de la actuación judicial con la norma aplicada en el caso, de tal forma que la decisión cuestionada no pueda ser explicada mediante ninguna interpretación razonable efectuada con los métodos usualmente admitidos en Derecho” (48).

La doctrina española distingue tres teorías sobre la determinación de la injusticia: la teoría subjetiva, la teoría objetiva y la teoría mixta o de los deberes (49).

El Tribunal Supremo definió a la teoría subjetiva como aquella “según la cual se apreciaría el delito poniendo el acento en la actitud o la convicción del juez al resolver, y prescindiendo de que la resolución sea objetivamente conforme a la ley” (50). Esta teoría sirvió para fundar el castigo de aquellos jueces alemanes, que en la época nazi aplicaron leyes formalmente válidas aunque claramente lesiva de derechos individuales y con la convicción de que estaban cometiendo una injusticia (51). Con

---

(46) Ídem.

(47) Ídem.

(48) Ídem.

(49) El desarrollo y adherentes de cada una de ellas puede consultarse en: FERRER BARQUERO, RAMÓN, *El delito de prevaricación judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, ps. 98/108.

(50) STSE 79/2012.

(51) FERRER BARQUERO, op. cit., p. 98.

ella se justificaría al juez empecinado que cree que obra bien aun en contra del derecho. Esta posición fue claramente rechazada en la sentencia porque les resultaba evidente que "...la injusticia objetiva de la resolución no puede ser eliminada recurriendo a la subjetividad del autor, dado que el Juez debe aplicar el derecho y no obrar según su propia idea de la justicia", (STS 2/1999). Por lo tanto, no puede admitirse que una resolución sea justa solo porque el juez que la dicta, sin referencia alguna a criterios objetivos, así lo considere".

En la sentencia en la que se condenó a Garzón, los jueces manifestaron adherir a la teoría objetiva que postula que la injusticia debe determinarse "en clave estrictamente objetiva". Debe aclararse que esta postura podría correr el riesgo de suscribir una visión arcaica y errónea del fenómeno jurídico que reduce el derecho a la ley. De acuerdo con ella la única pauta para determinar la injusticia de una sentencia es su contradicción con el tenor literal de una de las disposiciones legales, lo que lleva implícita la idea de que el ordenamiento jurídico siempre brinda una única solución para cada problema. Aquí es donde el Tribunal Supremo se hace cargo de la complejidad que supone aplicar el derecho en la actualidad y por eso, distingue las interpretaciones erróneas de las injustas. Por ello, ha sido cuidadoso en aclarar que contradicción objetiva con el derecho significa que la decisión adoptada "no se encuentra dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente defendibles" (52). Más adelante reiteraron que "una resolución basada en una interpretación que pueda reputarse errónea, no es injusta a los efectos del delito de prevaricación, siempre que, alcanzada por los métodos de interpretación usualmente admitidos, sea defendible en Derecho" (53).

Además, consideraron que la teoría objetiva "es complementada por la teoría de la infracción del deber que salva las críticas a la formulación objetiva respecto de las normas de contenido impreciso. En estos supuestos y en los de decisiones sobre facultades discrecionales se afirma la posibilidad de una decisión prevaricadora cuando el juez excede el contenido de la autorización, cuando el juez decide motivado por consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico, o cuando el juez se aparte del método previsto en el ordenamiento" (54).

Podría deducirse que la invocación de esta teoría de la infracción del deber de origen alemán —que pone el acento en la infracción al deber del juez de garantizar y hacer prevalecer el derecho y que propugna que en los casos de ambigüedad deben aplicarse los métodos admitidos de interpretación jurídica (55)— significa que, aún cuando podría existir

---

(52) STSE 79/2012.

(53) Ídem.

(54) Ídem.

(55) FERRER BARQUERO, op. cit., ps. 104/5.

una autorización para que el juez realice el confronte objetivo con una determinada norma, ella no podría validarse si se hace un uso contrario a los parámetros de interpretación que ya se han consolidado sobre ella. En esos casos, se estaría haciendo uso de una facultad discrecional en exceso de la autorización para la que fue concebida y se infringiría el deber de impartir justicia.

Por esas razones, a los efectos de determinar la injusticia, el Tribunal Supremo hace hincapié en el respeto que debe observarse de las reglas de aplicación jurídica y que nunca una facultad discrecional que otorga el ordenamiento puede utilizarse para alterar los fines y el espíritu con el que fue otorgada.

El Tribunal Supremo para ilustrar con casuística su doctrina citó los ocho precedentes en que los jueces habían sido condenados por prevaricato: “el 4 de julio de 1996 se consideró que era constitutiva de prevaricación la conducta consistente en ‘...un comportamiento arbitrario, absolutamente injustificado del señor (...), al convertir en imputados a quienes en la querrela habían sido propuestos como testigos, porque no hubo ninguna diligencia de prueba de la que pudiera inferirse el más mínimo dato de que alguno de los dos afectados por tan anómala resolución hubiera participado en los hechos que la querrela relataba y podían ser constitutivos de delito’. En la STS 877/1998, se calificó como prevaricadora la resolución de autorizar un matrimonio sin el previo expediente matrimonial. En la STS N° 2338/2001 se consideró constitutiva de prevaricación la resolución que aplicaba la prescripción de forma absolutamente inasumible al separarse de las previsiones legales y de la doctrina consolidada de esta Sala. En la STS 806/2004, se consideró como prevaricación la decisión de anular un procedimiento de ejecución hipotecaria del art. 131 LH basándose en cuestiones de fondo, ignorando la naturaleza de dicho procedimiento, en la que es unánime la doctrina procesalista y también la de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, reconocida por el propio auto que se consideró prevaricador, entendiéndose que esa doctrina es ignorada a lo largo de toda esa resolución que, para argumentar su declaración de nulidad del procedimiento, hace constantes referencias a la forma en que fueron adquiridos los títulos que se pretendía ejecutar, algo totalmente ajeno a la esencia de este procedimiento judicial sumario. En la STS N° 333/2006, se condenó por prevaricación al juez que acordó abrir un expediente gubernativo a un abogado al tener conocimiento de que había realizado alusiones a su persona y cargo en un juicio de faltas. En la STS N° 102/2009, se consideró delictiva la resolución del juez territorialmente incompetente que ordenó, sin observación del principio de contradicción, la devolución de una cantidad retenida por un establecimiento de juegos de azar, correspondiente al premio obtenido por el denunciante. La resolución judicial ordena al Notario, en el que se deposita la cantidad retenida, la devolución del importe del premio

retenido 'sin dilación de clase alguna en forma inmediata' facultando a un letrado para colaborar en la cumplimentación de lo dispuesto. Así como la resolución que acordaba la libertad de uno de los imputados, argumentando que '...la libertad acordada en una causa seguida por delito grave requiere un análisis de los presupuestos para su adopción que no se realiza y la que se expone, identidad de circunstancias, no es real'. En la STS N° 1243/2009, de 30 de octubre, se consideró constitutiva de prevaricación la conducta del juez consistente en la adopción de una serie de acuerdos en un expediente de adopción en el que una mujer pretendía adoptar a la hija de su consorte, también mujer, entendiéndose esta Sala que aquellas '...no sólo implican unas injustas resoluciones retardatorias sino también un despliegue de activa obstrucción beligerante para impedir la efectiva aplicación de la voluntad legislativa; muy significativamente cuando se trataba de cuestionar la idoneidad para la adopción por razón de la orientación sexual de la promotora. El examen de la madre biológica, titular de la patria potestad, el requerimiento, bajo apercibimiento de sobreseer el expediente para nombrar profesionales, el nombramiento y sucesivo cese el defensor de la niña sólo son racionalmente explicables desde el punto de vista de una resolución injusta (56)''.

Bien situada en ese contexto, la condena a Baltasar Garzón por su actuación en el caso "Gürtel" no parece desentonar con la línea jurisprudencia que establecía claramente que una resolución que se apartara de modo abierto e indiscutible de la senda del derecho era prevaricadora. Podemos advertir, inclusive, que ya se había atribuido ese carácter a resoluciones injustas que habían ocasionado un menor perjuicio a derechos individuales que el provocado en el caso *sub examine*. Este dato, amén de la claridad de la sentencia dictada por unanimidad, podría servir de respuesta a quienes ven en ella una velada persecución al juez por su posición ideológica o por su alto perfil.

El caso de la investigación de las desapariciones forzadas de personas tiene otros ingredientes comenzando por la clara distinción que efectúa el voto mayoritario entre interpretación errónea y resolución injusta. En sus palabras: "La falta de acierto en la legalidad y la injusticia, obviamente, no son lo mismo, pues la legalidad la marca, evidentemente, la ley y la interpretación de la misma que realice el órgano dispuesto en la organización de tribunales como superior en el orden jurisdiccional de que se trate, en tanto la injusticia supone un plus, una acción a sabiendas de la arbitrariedad de la decisión adoptada" (57).

Más allá de la imprecisión que le señalan tanto el voto concurrente como el disidente, porque parecería que quieren determinar la "injus-

---

(56) STSE 79/2021.

(57) Ídem.

ticia" (faz objetiva) con el "a sabiendas de la arbitrariedad" (dolo), consideramos que este voto mayoritario mantiene su adhesión a la tesis objetiva del prevaricato complementada por la teoría de infracción al deber.

Consideramos que la argumentación de este segundo fallo se dirigió a demostrar que "objetivamente" existía una interpretación alternativa y que —si bien ella no pertenece a la legalidad formal española como señala la disidencia— sí puede tildarse de jurídica por haber sido propuesta por operadores jurídicos del derecho internacional como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Consejo de Europa. Se quiso dejar sentado que, a pesar de su notoria incorrección jurídica, la sentencia del juez Garzón contenía un discurso posible dado el carácter difuso que tiene el derecho penal internacional y su continua interacción con los ordenamientos nacionales que provoca arduos problemas de conciliación, como lo es en este caso el respeto al principio de legalidad en materia penal.

En efecto, si la sentencia es portadora de una interpretación que es errónea aunque posible dentro del mundo jurídico, ella no configura el delito de prevaricato desde el punto de vista de la tesis objetiva, salvo que tratándose de una interpretación posible la discusión ya haya sido zanjada y su invocación no fuese más que un medio para desnaturalizar la función judicial (teoría de los deberes).

Consideramos que en este sentido el voto mayoritario es coherente con sus precedentes en cuanto a que no abandona la tesis objetiva, aunque podría discutirse si debía complementarse con la teoría de infracción al deber, teniendo en cuenta que la vigencia de la amnistía era una doctrina consolidada en España, además de que el juez Garzón no podía realizar el control de constitucionalidad de dicha norma.

No compartimos la visión del voto concurrente pues, sin lugar a dudas, existió dolo directo —se actuó "a sabiendas"—. El juez tenía pleno conocimiento de todas las aristas de su resolución, especialmente la legalidad que estaba dejando de lado. Si la resolución fue fruto de una mala o buena intención no es asunto que compete a la tipicidad, en todo caso servirá para graduar la pena. Resulta suficiente con que haya decidido postergar el derecho aplicable a un caso.

Por último, no dejamos de encontrar cierto fundamento a la disidencia del magistrado Manuel Maza Martín, quien considera que los graves errores contenidos en la sentencia del juez Garzón y puestos de manifiesto en el voto de la mayoría, convertían su decisión en prevaricadora. No obstante ello, la decisión mayoritaria nos parece más razonable y equilibrada.

## V. LA CUESTIÓN DE LA RESPONSABILIDAD JUDICIAL POR CONTENIDO DE SENTENCIA EN EL SISTEMA ARGENTINO

La discusión relativa a la responsabilidad de los jueces por sus decisiones judiciales no se ha desarrollado en nuestro país en el ámbito penal. Si bien el Código Penal en su artículo 269 sanciona con pena de multa e inhabilitación absoluta y perpetua al juez que "*dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por el mismo*", prácticamente no existen en nuestro país condenas por prevaricato judicial, por lo menos exclusivamente por esta figura, pues las pocas que existen están vinculadas con un cohecho. El motivo puede ser encontrado en una mala redacción del tipo penal y en una línea jurisprudencial que, al interpretarlo restrictivamente, prácticamente la ha inutilizado (58).

Por eso, el problema de la responsabilidad judicial por el dictado de resoluciones contrarias a derecho, en nuestro ámbito ha sido abordado en los procesos de responsabilidad política. En el ámbito federal este delicado asunto ha sido tratado en varias oportunidades, especialmente a partir del año 1998 cuando comenzó a regir la ley 24.937 que reglamentaba el nuevo sistema de enjuiciamiento político previsto para los jueces inferiores que atribuyó al Consejo de la Magistratura la acusa-

---

(58) La cuestión está bien abordada en PETRILLO DE TORCIVIA, PAOLA, "Los magistrados frente a la responsabilidad penal" en SANTIAGO, ALFONSO —Director—, *La responsabilidad judicial y sus dimensiones*, ed. Ábaco, Buenos Aires, 2006. Entre los ejemplos allí señalados sobre precedentes jurisprudenciales que interpretaron el tipo objetivo del artículo 269 del Código Penal, podemos destacar aquél que ha sostenido que la Constitución Nacional no puede ser considerada "ley" (CCCFed., Sala I, 24/6/1999, "Soto, F. s/desestimación de denuncia); que tampoco podía serlo el apartamiento de la doctrina de un fallo plenario (CNCP, Sala I, "Vaccari, Horacio y otro", JA, t. 1995-II, p. 556); ni que puede configurarse prevaricato aun cuando la resolución había sido contraria a derecho, porque la ley omitida no había sido previamente citada por las partes o el propio juez (CNCP, Sala I, "Vaccari", ya citado). También los precedentes han adoptado la tesis subjetiva, como por ejemplo el Tribunal Superior de San Luis: "El prevaricato solo existirá cuando la cita de la ley aparezca hecha de manifiesta mala fe..." (ST San Luis, "Bianchi" LL, 137:725), y la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación: "...cabe señalar que éste (el prevaricato) no consiste en que la resolución impugnada sea objetivamente contraria a la ley o se funde en una errónea interpretación del derecho, casos en los cuales toda sentencia revocada constituiría un delito de prevaricato, sino en la malicia o mala fe del juzgador" (Fallos 298:810). En esta línea, el tratadista Soler expresa "No es, pues, de la incorrección objetiva de la sentencia que ha inducirse la existencia de una pasión, sino al revés, es de la real existencia de una pasión que podrá inducirse un prevaricato cuando la sentencia sea incorrecta" (SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho penal argentino*, Tea, Buenos Aires, 1996, t. IV, p. 277).



ción y encomendó al Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados la decisión final.

En el caso "Bustos Fierro" (59), primera ocasión que se presentó el problema al recién instalado Jurado de Enjuiciamientos, se sostuvo por una estricta mayoría de cinco votos contra cuatro que los jueces no pueden ser destituidos por el contenido de sus sentencias, porque un tribunal extraño a la estructura jurisdiccional judicial no podía indicarles como debían haber aplicado correctamente el derecho sin afectar gravemente la independencia judicial. Este primer caso, consecuentemente tuvo una resolución adversa a la responsabilidad del magistrado enjuiciado, a pesar de que si hubiese sido analizado con los estándares de la jurisprudencia española, seguramente no hubiese sorteado una condena por prevaricación (60).

Pero esta primera doctrina de irresponsabilidad fue rápidamente superada por los hechos, pues más allá de haberla luego mantenido solo formalmente —para luego abandonarla explícitamente—, el propio Jurado de Enjuiciamiento destituyó por el contenido de sus resoluciones a Luis Alberto Leiva (61), Roberto Enrique Murature (62), Roberto José Markevich (63), Juan José Galeano (64), Felipe Federico Terán (65), Guillermo Juan Tiscornia (66), José Antonio Solá Torino (67) y Federico Efrain Faggionato Márquez (68). Lo propio hizo el Senado de la Nación con los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dres. Moliné O'Connors y Antonio Boggiano.

---

(59) JEMN, causa n° 3, "Ricardo Bustos Fierro s/pedido de enjuiciamiento".

(60) El juez federal de la ciudad de Córdoba en el año 1998 hizo lugar a una medida cautelar por la cual autorizó al entonces Presidente de la Nación, Dr. Carlos Saúl Menem, a presentarse como candidato para una tercer mandato constitucional contra el texto literal de la cláusula transitoria incluida en la Constitución Nacional en la reforma de 1994. Los hechos y fundamentos jurídicos de este y los otros casos que citaremos pueden ser encontrados en: LUNA, JUAN JOSÉ, "Historia de los procesos de remoción de los magistrados judiciales en la República Argentina", en SANTIAGO, ALFONSO, *La responsabilidad judicial y sus dimensiones*, ya citado, ps. 445/565.

(61) JEMN, causa n° 6. Leiva era juez federal de Mendoza.

(62) JEMN, causa n° 8. Muratore era juez nacional de instrucción criminal.

(63) JEMN, causa n° 10. Markevich era juez federal en lo criminal y correccional de San Isidro.

(64) JEMN, causa n° 14. Galeano era juez federal en lo criminal y correccional de la ciudad de Buenos Aires.

(65) JEMN, causa n° 24. Terán era juez federal de Tucumán.

(66) JEMN, causa n° 26. Tiscornia era juez en lo penal económico de la ciudad de Buenos Aires.

(67) JEMN, causa n° 27. Solá Torino era juez de Tribunal Oral Criminal Federal de Salta.

(68) JEMN, causa n° 28. Faggionato Márquez era juez federal de Campana.

En trabajos anteriores (69), los que remitimos, hemos sostenido que los jueces no responden políticamente por el contenido de sus decisiones judiciales, salvo en los supuestos excepcionales de desvío de poder o error judicial reiterado o gravísimo.

Desde nuestro punto de vista, en los casos en un juez resolvió una cuestión opinable utilizando algunos de los criterios jurídicos disponibles, por más que su decisión haya sido revocado por los órganos superiores y tal vez no haya sido la más apropiada, no es procedente que el Consejo de la Magistratura, ni el Jurado de Enjuiciamientos, ni el Congreso de la Nación intenten poner en marcha ningún procedimiento de responsabilidad política contra el magistrado que dictó la decisión cuestionada.

Por el contrario, sólo en algunos casos en que la incorrección de la sentencia esté fuera de duda y que objetivamente exista de modo evidente un apartamiento del derecho, podrían activarse los mecanismos de responsabilidad política.

Entendemos que el ordenamiento jurídico no siempre nos brinda claramente una solución para un problema y por ello habrá que establecer si la resolución judicial cuestionada utilizó o no una de las opciones interpretativas que le brinda el sistema jurídico. Para ello habrá que verificar si existe un "argumento jurídico", "canon interpretativo admisible", "razón aceptable por la comunidad científica" o, como quiera denominarse a las fuentes del derecho. En caso de existir esta fuente del derecho en que basar una decisión judicial, estaremos ante una cuestión opinable y por su independencia el juez no puede ser cuestionado por sostener una determinada posición jurídicamente admisible. Por el contrario, cuando ella no exista estaríamos frente a un "apartamiento del derecho".

Sin embargo, apartamiento del derecho no significa necesaria ni automáticamente mal desempeño. Por ello, debemos distinguir si la decisión judicial que se apartó del derecho fue producto de un actuar deliberado o uno negligente del juez que la dictó. Esta distinción tiene sentido desde el momento en que puede incidir en la ponderación del mantenimiento o no de las condiciones de idoneidad judicial. Habrá "error judicial" cuando el apartamiento del derecho fue producto de una actuación negligente y habrá "desvío de poder" cuando tuvo su origen en una conducta deliberada.

Por error judicial, nos referimos a los casos en los cuales el juez actúa sin plena advertencia y, por tanto, sin intención de postergar al derecho

---

(69) SANTIAGO, ALFONSO, "La responsabilidad política de los magistrados judiciales por el contenido de sus sentencias"; y FINN, SANTIAGO "Responsabilidad política del juez por el contenido de sus sentencias. Pautas para la argumentación en procesos de remoción. Casuística", ambos en: SANTIAGO, ALFONSO, *La responsabilidad judicial y sus dimensiones*, ya citado.

en la resolución de un determinado caso. El error judicial así entendido está en consonancia con lo que para el derecho español constituye prevaricación culposa. En cambio, lo que el Tribunal Supremo califica como "error judicial", sería para nosotros una "cuestión opinable".

Los errores judiciales pueden consistir en el desconocimiento de la vigencia de una norma que por ello no fue aplicada al caso, o ser el producto de un yerro en la actuación del juez. Por ejemplo, incluir una dirección equivocada en una orden de allanamiento provoca objetivamente un apartamiento del derecho, por cuanto se viola la intimidad de una persona sin indicios de que en su domicilio existan elementos vinculados con la comisión de un delito, que sería en el único caso que legalmente podía ser autorizado.

En base a las anteriores reflexiones, hemos propuesto distinguir entre tres situaciones diferentes: el error aislado, el error gravísimo, y la reiteración de errores.

Sobre el error aislado, postulamos que aquellos errores propios del quehacer judicial a los que están expuestas todas las personas no pueden configurar por sí solos mal desempeño. Allí seguimos la doctrina del Consejo de la Magistratura en torno a que "Los errores de los magistrados en la valoración de los hechos o en la aplicación del derecho, no constituyen por sí solos causales de mal desempeño que justifiquen su acusación" (70).

Pero también sostenemos que no puede descartarse automáticamente el mal desempeño por un error cuando él ha provocado un grave daño. La falta de intención no siempre puede ser invocada como eximente de responsabilidad judicial. La mera ignorancia no exime de responsabilidad a un juez que mantiene largo tiempo detenido a una persona declarada inocente o que entrega una menor bajo en custodia a una persona de la cual existen indicios ciertos de que la someterá a maltratos. Estos son ejemplos de lo que hemos denominado "error gravísimo".

Finalmente, también sobre la actuación negligente, debe distinguirse los casos en los cuales los errores forman parte del patrón de conducta del juez. Nos referimos a los "errores reiterados", aquellos que, sin ser graves, su repetición resulta un indicio claro para inferir la insuficiente de preparación técnica para desempeñar el cargo o la falta de los mínimos dotes para llevar adelante su tarea con eficiencia.

Por otro lado, hemos denominado como "desvío de poder" al "apartamiento del derecho" consciente y deliberado.

---

(70) Dictamen 10/99 de la Comisión de Acusación en el expediente 92/99.

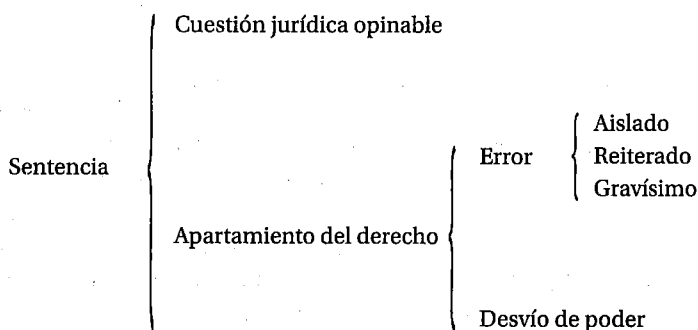
Aclaremos que la determinación de este conocimiento en el caso concreto no ofrece mucho problema porque generalmente se desprende de las resoluciones cuestionada.

Los casos de desvío de poder merecen un mayor reproche que el error judicial. Ellos impactan sobre la aptitud para desempeñar la función, específicamente, sobre el conjunto de principios de ética judicial sobre los cuales descansa la legitimidad del juez, como pueden ser su sujeción a la Constitución —que le confirió poder y determinó su rol—, su imparcialidad o su honestidad.

Esta actuación configura un “desvío de poder” porque se utiliza una potestad que le otorgada para resolver conflictos conforme a derecho con una finalidad distinta que según el caso puede ir desde imponer su particular visión de la sociedad hasta favorecer o perjudicar una persona determinada.

Por último, en los casos en que el “desvío de poder” tuvo como finalidad favorecer una de las partes consecuentemente perjudicar a la otra, la destitución se impone, pues la imparcialidad perdida radicalmente no se recupera y ella es claramente imprescindible para el buen desempeño.

A modo de síntesis de lo expuesto, podemos formular siguiente esquema:



La responsabilidad política de los jueces por el contenido de las sentencias sólo sería posible en los supuestos de desvío de poder y de error gravísimo o reiterado. No lo sería en los casos de lo que hemos denominado cuestiones opinables ni en los de error aislado.

## VI. CONCLUSIONES

Los fallos sobre prevaricato del juez Garzón han tenido distintas interpretaciones. Hay quienes han visto en él un castigo al activismo y protagonismo judicial. Otros un claro ejemplo de disciplinamiento de los jue-

ces inferiores por parte de tribunales superiores (71). Otros un conflicto entre jueces conservadores y progresistas. Incluso se ha hablado de una cierta venganza política contra el juez Garzón (72).

Un análisis detenido de ambos fallos nos lleva a la conclusión, más allá de la opinión que nos merezca la actuación del juez Garzón, de que la Sala Penal del Tribunal Supremo español ha dictado dos fallos bien fundados, uno de condena y otro absolutorio, que armonizan adecuadamente los principios de independencia y responsabilidad judicial.

Las extralimitaciones, desbordes y desmesuras judiciales han de ser corregidas y sancionadas más allá de las intenciones y antecedentes de sus causantes.

---

(71) Así el juez Zaffaroni ha afirmado: "Más allá de todas las consideraciones que merezca el caso Garzón en cuanto a intencionalidad ideológica y cualquiera que sea la simpatía o antipatía que despierte su conducta, lo cierto es que la condena del Supremo español representa un peligro para todos los jueces del mundo, por el ejemplo de autoritarismo y verticalismo interno que pone de manifiesto. La intolerancia de un cuerpo supremo a los criterios dispares de los jueces de primera instancia revela una decisión que pone fin a la independencia interna de los jueces y consagra una dictadura de los órganos supremos. El caso Garzón no es un juicio a un juez, sino una agresión incalificable a la independencia interna de los jueces y una regresión al modelo napoleónico de verticalismo interno corporativista, incompatible con una magistratura democrática", "La independencia interna de un juez", diario Página 12, edición del 12/02/2012.

(72) La relatora especial de la ONU para la independencia de jueces y abogados, Gabriela Knaul, dijo que la condena impuesta al juez español Baltasar Garzón por las escuchas del caso Gürtel, una trama de corrupción "parece una venganza", cfr. diario *Ámbito Financiero*, edición del 10/02/2012.

# JUICIO POLÍTICO Y RENUNCIA PRESIDENCIAL EN AMÉRICA LATINA: LAS TEORÍAS EN TORNO DE LAS CAÍDAS PRESIDENCIALES (1)

POR MARIO D. SERRAFERO

La experiencia de los presidencialismos latinoamericanos en los noventa mostró cambios importantes respecto de la estabilidad del sistema político. Los regímenes políticos siguen siendo inestables, pero ya no hay golpes militares a la vieja usanza —salvo contadas excepciones— sino desplazamientos institucionales a través de la acción del Congreso y mediante procedimientos reglados constitucionalmente. Aunque debe aclararse que no siempre se siguieron los procedimientos de destitución tal cual señalaban los diferentes ordenamientos constitucionales y procedimientos legales.

Cabe recordar que Juan Linz (1990) había señalado en su clásico trabajo sobre el presidencialismo, que este sistema era rígido y no tenía válvulas de escape en casos de crisis políticas e institucionales. En relación con el juicio político, se lo consideraba prácticamente una pieza de museo pues su difícil implementación parecía ser la causa de su nula utilización. Asimismo, no cabía esperar la renuncia del presidente frente a una crisis política y la sucesión en cabeza de la vicepresidencia no estaba asegurada (2). Pero, años después de la primera versión del trabajo de Linz comenzaron a producirse desplazamientos presidenciales y renunciaciones que significaron interrupciones del mandato presidencial. Linz (1990) también señaló la rigidez que implicaba la sucesión fija en cabeza de la figura del vicepresidente y los conflictos que solían suscitarse entre éste y el presidente. Estos conflictos han tenido suma importancia en algunos

---

(1) Este trabajo forma parte del proyecto de investigación "Presidencia y estabilidad institucional en América Latina", se realizó en el marco de una estancia de investigación en el Instituto de Iberoamérica, de la Universidad de Salamanca y gracias a una beca otorgada, en 2011, por la Fundación Carolina.

(2) La sucesión en cabeza del vicepresidente en algunos casos fue exitosa y en otros ocasionó los problemas señalados por Linz, al menos en el caso de la Argentina (Serrafero, 1999).

países de la región como por ejemplo en la Argentina (Serrafero, 2007, a; 2011), Ecuador y Paraguay.

En el presente trabajo se analiza la teoría en relación con las rupturas o caídas presidenciales, de acuerdo a las producciones que se han realizado en los últimos años. En perspectiva comparada el trabajo recorre las distintas causas que parecen haber provocado las rupturas de los mandatos y el papel de los actores relevantes, principalmente el Congreso y las movilizaciones ciudadanas. Asimismo, el trabajo realiza consideraciones acerca de cuestiones que aparecen en la teoría como la supuesta flexibilización del presidencialismo, el plazo fijo y la independencia de poderes. Por último se realiza una reflexión acerca del fenómeno de las rupturas presidenciales.

### RUPTURAS PRESIDENCIALES Y QUIEBRES DEMOCRÁTICOS

En el siguiente cuadro se consignan brevemente los casos de caídas presidenciales y ruptura de los mandatos, ocurridos desde los años ochenta hasta el presente.

**Cuadro I. Casos de caídas presidenciales\*.**

Presidente	País	Año de cese del mandato	Crisis y/o caída presidencial
Alfonsín	Argentina	1989	Crisis política y económica. Renuncia antes de asumir el nuevo presidente electo.
Collor de Mello	Brasil	1992	Corrupción. Proceso de <i>impeachment</i> . Renuncia.
Alberto Fujimori	Perú	2000	Escándalos de corrupción. El presidente renuncia desde Japón. El Congreso lo destituye por "incapacidad moral permanente".
Carlos A. Pérez	Venezuela	1993	Malversación de fondos. El Congreso destituye al presidente.
Jorge Serrano	Guatemala	1993	El presidente intenta un autogolpe. El Congreso lo destituye.
Abdalá Bucaram	Ecuador	1997	El Congreso destituye al presidente por "incapacidad mental".
Raúl Cubas Grau	Paraguay	1999	El presidente enfrenta un proceso de Juicio Político por el Congreso. Finalmente renuncia.
Alberto Fujimori	Perú	2000	Corrupción generalizada. El presidente abandona el país y el Congreso lo remueve por incompetencia moral.

Presidente	País	Año de cese del mandato	Crisis y/o caída presidencial
Jamil Mahuad	Ecuador	2000	Protestas generalizadas y acción de los militares en la remoción del presidente. Resolución institucional a través del Congreso y la influencia de los militares.
Fernando de la Rúa	Argentina	2001	Protestas callejeras, cacerolazos, violencia. El presidente renuncia y el Congreso se reúne en dos oportunidades en Asambleas Legislativas a efectos de designar sucesor.
Gonzalo Sánchez de Lozada	Bolivia	2003	Protestas callejeras y falta de apoyo político. El presidente renuncia a su cargo.
Lucio Gutiérrez	Ecuador	2005	Protestas callejeras. El Congreso declaró la vacancia presidencial por abandono del cargo.
Carlos Mesa	Bolivia	2005	Protestas callejeras, disturbios. Renuncia del presidente.
"Mel" Zelaya	Honduras	2009	Es arrestado por las Fuerzas Armadas y expulsado del país. El Congreso lo destituye.

(\*) En el cuadro no se incluyen los casos de renunciaciones mediante elecciones anticipadas

**Fuente:** Elaboración propia.

La literatura, en los últimos años, ha dado cuenta de los patrones o condiciones que rodean este nuevo escenario del presidencialismo postransición. Cada caso de ruptura o caída presidencial tiene sus particularidades, pero también pueden encontrarse factores comunes. Así, en torno de las causas que motivaron las caídas presidenciales se observaron, entre otras, la corrupción, la movilización ciudadana, la falta de apoyo congressional al presidente (Serrafero, 1996; Pérez Liñán, 2007).

Una característica importante de los nuevos tiempos fue el menor peso de las fuerzas armadas en el entramado político. Así, el tándem golpe militar y régimen autoritario (militar o cívico-militar) dejó de ser la fórmula de la ruptura del régimen y su sustitución. Aunque también es cierto que en algunos casos las Fuerzas Armadas tuvieron cierta incidencia en la forma de conclusión del gobierno y en su reemplazo. Pero, como se ha señalado, en un número de casos los rasgos relevantes de los procesos fueron la protesta social, las manifestaciones y las acciones populares que significaron *movilizaciones* que determinaron la caída de gobiernos elegidos a través de procedimientos democráticos (Pérez Liñán, 2007). El pueblo en las calles fue la expresión máxima de un pro-



blema de gobernabilidad que, en muchas situaciones, no pudo ser superado por los presidentes.

Antes del proceso de transición las caídas de los presidentes conllevaban la quiebra de la democracia. En la actualidad, el fracaso y desplazamiento de un mandatario no implica la ruptura del régimen. En líneas generales los autores consideran hechos positivos los rupturas de los mandatos o caídas presidenciales pues mediante estas acciones se habrían evitados riesgos mayores como una inestabilidad más pronunciada e incluso la posible quiebra del régimen. También existe la opinión contraria que ve en estos recurrentes episodios de inestabilidad una prueba más de los problemas inherentes al presidencialismo (Valenzuela, 2004).

Los autores señalan que no debe equipararse la caída presidencial con el quiebre democrático. Vinculando caídas y quiebres democráticos, Álvarez y Marsteintredet (2010) encuentran que los factores económicos y las movilizaciones antigubernamentales son importantes tanto en las rupturas presidenciales como en los quiebres. En cuanto al número de partidos y los escaños del partido del presidente en el Congreso, son importantes para las rupturas, pero no para los quiebres democráticos.

### **CAUSAS DE LAS CAÍDAS PRESIDENCIALES**

La literatura existente señala distintos tipos de causas de las caídas presidenciales, principalmente se distinguen las referidas al diseño institucional del presidencialismo y aquellas vinculadas a la dinámica política, sobre todo, la protesta social o callejera. Los análisis también combinan los distintos factores, cuyo resultado sería la caída presidencial. Según Marsteintredet (2008) existiría una equivalencia funcional entre los mecanismos parlamentarios y los utilizados en las caídas presidenciales. Así la renuncia sería equivalente a la Consulta Popular. Otros mecanismos son la declaración de incapacidad presidencial o el abandono del cargo —en Ecuador—, la renuncia mediante la convocatoria a elecciones anticipadas en varios países y la elección por parte del Congreso de un sucesor presidencial. De acuerdo con Marsteintredet (2008) estos procedimientos constituyen los equivalentes al voto de censura, la convocatoria parlamentaria para elecciones anticipadas y la investidura, respectivamente.

Hochstetler (2008) comprobó que los presidentes desafiados comparten una serie de factores de riesgo: implicación personal en un escándalo, políticas neoliberales y un estatus minoritario. Para que el desafío concluya en caída del presidente parece necesaria la protesta callejera.

Para Kim y Bahry (2008) el gobierno dividido y la fragmentación partidaria incrementan la potencialidad del conflicto. La legitimidad dual juega un papel y cuando el presidente cuenta con un apoyo inicial mode-

rado en la primera vuelta ello implica una base de apoyo débil. La adversidad económica es otro factor relevante. Los escándalos podrían ser superados de acuerdo a una serie de circunstancias como el tipo y magnitud de la infracción, la medida del apoyo presidencial en el Congreso, y la habilidad y disposición de los medios para perseguir su cobertura.

Ya se mencionaron algunas causas que han sido relevantes, como las movilizaciones sociales y las crisis económicas y habría que agregar varias más como el carácter minoritario de los gobiernos (Negretto, 2006) y la ruptura de las coaliciones que sostienen a los presidentes (Mejía Acosta y Polga-Hecimovich, 2011, b). También resulta significativo el manejo presidencial de la crisis, la tendencia hacia el aislamiento del presidente o bien su capacidad de conformar coaliciones. El estilo confrontacional del mandatario puede ser crucial para sellar su suerte, como parece haber ocurrido en Ecuador con el Presidente Bucaram, en 1997 (Pérez Liñan, 2007). También se ha destacado la debilidad del liderazgo presidencial como elemento central de la caída de Fernando de la Rúa, en la Argentina, en 2001 (Serrafero, 2002; Ollier, 2008). Otros elementos específicos del diseño institucional pueden jugar también un papel significativo. Así, en la crisis argentina de 2001, las elecciones intermedias (Llanos, 2010) fueron un factor importante que erosionaron aún más la legitimidad de un gobierno débil o que iba presentando problemas de gobernabilidad.

Más allá de existir causas comunes en las interrupciones o caídas presidenciales, cada caso presenta su propia especificidad. Asimismo, parece que la combinación entre factores institucionales y dinámica política explica más adecuadamente el proceso de crisis, caída presidencial y reequilibramiento.

### **EL CONGRESO, LOS PARTIDOS Y LAS MOVILIZACIONES SOCIALES**

Como se ha señalado, las caídas presidenciales han mostrado un poder incrementado de los Legislativos. Al menos en algunos países parece darse una cadencia signada por los tiempos políticos. Mientras el presidente tiene apoyo político y social el Congreso parece no existir o se encuentra desdibujado. Cuando el presidente ingresa en territorio de debilidad, el Congreso resurge y en una crisis grave puede hasta destituirlo.

Más allá de esta apreciación general, se observa que el papel del Congreso ha sido diferente según los casos. El *impeachment* llevado a cabo en Brasil contra Collor de Mello, en 1992, mostró un Congreso activo que obró con independencia de acuerdo a la separación de poderes del régimen presidencial (Cheibub Figueiredo, 2010). Para el progreso del caso fue importante la formación de una Comisión Parlamentaria de Inves-

tigación compuesta por miembros de las dos Cámaras del Legislativo (Serrafero, 1996). En otros casos como Paraguay, Venezuela, Perú y Ecuador en el Congreso se replicaron la inestabilidad y los conflictos existentes en los sistemas de partido o bien vinieron a sellar y darle textura legal a las crisis y su resolución.

Como han señalado algunos autores, el hecho de no contar el partido con escaños suficientes en el Congreso hace que los presidentes minoritarios se encuentren en una situación de riesgo latente frente a las crisis. El componente partidario ha estado presente de distintas maneras. En Ecuador la erosión de las coaliciones parece haber sido un factor relevante en las caídas presidenciales (Mejía Acosta y Polga-Hecimovich, 2011, b). En Venezuela se trató de un proceso de larga data donde la “partidocracia” (Lalander, 2010) inicia una suerte de implosión bajo el mandato de Carlos Andrés Pérez. El Estado partidizado desembocó en prácticas que favorecieron a ciertos sectores privilegiados, al despilfarro de los dineros públicos, a contrataciones estatales sin licitación y, en definitiva, a comportamientos corruptos (Serrafero, 1996). En Paraguay los conflictos internos dentro de la mayor fuerza política del país, el Partido Colorado, son los que provocaron en definitiva la caída del presidente Raúl Cubas Grau, en 1999 (Nolte, 2010). En Argentina, la disolución de la coalición —“La Alianza”— fue un elemento sin duda importante en la progresiva debilidad del presidente De la Rúa (Serrafero, 2002).

En relación con las movilizaciones sociales y las protestas antigubernamentales cabe señalar que según los autores fueron fundamentales en las caídas. Muchos presidentes fueron desafiados institucionalmente, pero sólo los que tuvieron la reacción de la población en las calles cayeron. Aunque en algunas destituciones la protesta callejera no parece haber ocupado un lugar central, como en la destitución de Fernando Lugo, en Paraguay, en 2012.

En torno de las movilizaciones ciudadanas existen diferencias entre los casos y una serie de interrogantes abiertos lo que amerita investigaciones más precisas (Pérez Liñan, 2007). En los países donde el Congreso había iniciado acciones contra los presidentes, la protesta social obró como presión para que los legisladores siguieran adelante. En algunos países las movilizaciones contra los presidentes vinieron con posterioridad al inicio de acciones por parte del Congreso, por ejemplo en Brasil (Serrafero, 1996; Cheibub Figueiredo, 2010) y en Paraguay, en 1999 (Nolte, 2010). En otros casos, la movilización ciudadana fue un disparador del proceso de caída, por ejemplo la Argentina de Fernando de la Rúa (Serrafero, 2002). En Bolivia (Buitrago, 2010) ha sido central el papel de la sociedad civil y las protestas callejeras tanto en la caída de Sánchez de Lozada, en 2003, como de Carlos Mesa, en 2005. En algunos países no hubo prácticamente violencia como sucedió en Brasil y, en otros, el saldo fue una gran cantidad de muertos como en Argentina y Venezuela

(Hochstetler, 2008). Se ha interpretado que estas movilizaciones constituyen una suerte de juicio político o retiro de confianza realizado precisamente por la población. De alguna manera, la protesta social estaría representando a una ciudadanía que reclama responsabilidad política al presidente. Es así que, para algunos autores, la protesta callejera implicaría el ejercicio de una "accountability vertical".

En cuanto a la combinación entre acciones del Congreso y movilización popular, señala Hochstetler (2008) que cuando las acciones del Legislativo contra el presidente no contaron con suficiente reacción popular fallaron. En cambio, en algunos casos de protestas callejeras sin acciones del Congreso los presidentes cayeron. La protesta callejera es decisiva —señala la autora— al menos en las etapas finales de las caídas.

### Cuadro II. Desafíos civiles a presidentes sudamericanos popularmente electos (1978-2003).

Resultado	Calle	Calle y legislatura	Legislatura
Presidente cayó	1989 Argentina 1999-2000 Ecuador 2001 Argentina 2003 Bolivia	1992 Brasil 1992-93 Venezuela 1997 Ecuador 1998-99 Paraguay 2000 Perú	
Presidente permaneció en el cargo	1995 Brasil	1999 Brasil	1987 Ecuador 1991-92 Perú 1992 Ecuador 1994 Paraguay 1995-96 Colombia

**Fuente:** Hochstetler, Kathryn, "Repensando el presidencialismo: desafíos y caídas presidenciales en el cono sur", en *América Latina Hoy*, Vol. 49 (2008), p. 55.

### ¿FLEXIBILIDAD Y PARLAMENTARIZACIÓN DEL PRESIDENCIALISMO?

Según los autores las caídas presidenciales configuraron un nuevo escenario en la región. La supuesta novedad fue que los sistemas presidenciales tuvieron otras formas de superar las crisis políticas: las salidas institucionales que, incluso, parecen haber mostrado un poder congressional incrementado o, según se ha señalado también, cierta "parlamentarización" del presidencialismo. Las rupturas presidenciales han mostrado un mayor activismo congressional pues, objetivamente, el Congreso ha aparecido en los desplazamientos institucionales de los presidentes latinoamericanos (Nolte, 2006; Carey, 2006). Estas interrupciones presidenciales han dado origen a una nueva inestabilidad (Pérez Liñan, 2007), pero se han considerado también como una suerte de flexibilización del presidencialismo.

Algunos autores, estiman que se ha producido una flexibilización y una cuasi parlamentarización del sistema presidencial (Marsteintredet, 2008; Mejía Acosta y Polga-Hecimovich, 2010, a). Se habría recurrido así a mecanismos paraconstitucionales que han acercado el régimen presidencial a la flexibilización del parlamentarismo mediante los recursos de la renuncia presidencial, las elecciones anticipadas y prácticas equivalentes al voto de censura. Los peligros del presidencialismo, apuntados por Linz (1990), podrían entonces evitarse (Marsteintredet y Berntzen, 2008, b). Como se ha señalado, las caídas presidenciales no deben equipararse a los quiebres democráticos, sino más bien han permitido que el régimen continúe. Según algunos autores, algunas interrupciones han puesto en evidencia la falta de independencia de los poderes Ejecutivo y Legislativo y el plazo fijo presidencial contradiciendo lo que usualmente se afirma acerca del presidencialismo.

En el siguiente cuadro aparecen los casos de flexibilización y procedimientos cuasiparlamentarios en las caídas presidenciales. Como puede verse, la situación de golpe de Estado también se encuentra presente, es el caso de Ecuador y la salida del poder de Mahuad, en 2000. También habría que mencionar el caso del desplazamiento del presidente Hondureño "Mel" Zelaya. En Honduras la elite civil le dio a las fuerzas armadas un papel especial en este caso de caída presidencial (Llanos y Marsteintredet, 2010).

### Cuadro III. Interrupciones presidenciales en América Latina

<b>PROCEDIMIENTO NO DEMOCRÁTICO INTERRUPCIÓN PRESIDENCIAL</b>	
Golpe (sucesor)	
Ecuador, Mahuad, 2000	
<b>PROCEDIMIENTO FLEXIBLE DE INTERRUPCIÓN PRESIDENCIAL</b>	
Juicio Político (sucesor)	Renuncia (sucesor)
Brasil, Collor de Mello 1992 (Vicepresidente)	Argentina, Alfonsín, 1989 (nuevo presidente ya electo)
Venezuela, Pérez, 1993 (Elección Congreso)	Perú, Fujimori, 2000 (Presidente del congreso, nuevo presidente, 1º y 2º vices ya habían renunciado)
Paraguay, Cubas, 1999, (Vicepresidentes)	Bolivia, Banzer, 2001 (Vicepresidente)
	Argentina, De la Rúa (y otros) 2001/2002 (Elección del Congreso)
	Bolivia, Sánchez de Losada, 2003 (Vicepresidente)
	Bolivia, Mesa, 2005 (Presidente de la Corte Suprema)

<b>PROCEDIMIENTO CUASIPARLAMENTARIO DE INTERRUPCIÓN PRESIDENCIAL</b>	
Renuncia mediante elecciones anticipadas (todos los sucesores electos popularmente)	Declaraciones de incapacidad (Sucesor)
Bolivia, Siles Zuazo, 1985 Rep. Dominicana, Balaguer, 1996 Perú, Paniagua, 2001 Argentina, Duhalde, 2003 Bolivia, Rodríguez, 2005	Ecuador, Bucaram, 1997 (Elección del Congreso) Ecuador, Gutiérrez, 2005 (Vicepresidente)

**Fuente:** Leiv Marsteintredet, "Las consecuencias sobre el régimen de las interrupciones presidenciales en América Latina", en *América Latina Hoy*, Vol. 49 (2008), p. 38.

En síntesis, más allá de las diferencias entre los casos, la nueva inestabilidad política en la tercera ola de la democratización muestra interrupciones presidenciales con una serie de motivos comunes que se encuentran en el origen del proceso de caída, por ejemplo corrupción, crisis económica, escándalos políticos y falta de apoyo al presidente. Los caminos utilizados para la sustitución del mandatario fueron, principalmente, la acción del Congreso a través del proceso de juicio político o bien la renuncia del presidente forzada, sobre todo, por una movilización política y social, protestas callejeras y, según los casos, violencia. ¿Es este un escenario realmente nuevo? Sin duda, respecto del juicio político lo es. Pero en relación con la renuncia presidencial, probablemente, en el desarrollo histórico del presidencialismo se encuentran antecedentes, lo cual evidenciaría que esta forma de "flexibilización" no es propia de la tercera ola de la democratización y podría haber sido un recurso institucional —que figuraba en las constituciones decimonónicas— utilizado para superar graves crisis presidenciales. Sobre esta cuestión trata el siguiente punto.

### **PRIMERA CUESTIÓN TEÓRICA: ¿FLEXIBILIDAD Y PARLAMENTARIZACIÓN DEL PRESIDENCIALISMO?**

Como puede observarse en el cuadro III, casi todas las caídas o interrupciones presidenciales pueden agruparse en casos donde ha existido cierta flexibilización del sistema presidencial o bien en casos donde se han puesto en marcha procedimientos cuasiparlamentarios.

Frente a esta situación se ha señalado que Linz exageró la rigidez del presidencialismo. En realidad, Linz al oponer presidencialismo y parlamentarismo puso énfasis en el elemento que sería la contrafigura del voto de censura en el régimen presidencial. Y la verdad, al momento de escribir Linz (1990,1994) había sido una pieza prácticamente sin uso.

Linz prestó menor consideración a la renuncia presidencial, aunque en el texto de 1994 aparecen interesantes matices.

En relación con la renuncia presidencial, podría ser exagerado considerarla, exclusivamente, como una pieza de flexibilización del presidencialismo de la tercera ola de la democratización. Justamente porque parece haber sido un mecanismo de descompresión de crisis políticas, incluso en el siglo XIX. Así ocurrió, al menos, en la Argentina (Serrafero, 1991) y es probable que futuros estudios empíricos muestren lo mismo en otros países.

La flexibilización si se ha producido en relación con el juicio político, al menos, ha existido voluntad de llevarlo a cabo. La literatura indica acertadamente que no en todos los casos ha prosperado. Nótese que tampoco se ha producido siempre destitución, sino que el presidente ha renunciado finalmente antes de obtener tal condena y con de evitar la sentencia que podría perjudicarlo incluso hacia el futuro.

En relación con los elementos cuasiparlamentarios Marsteintredet (2008) ha incluido a la renuncia anticipada y a la declaración de incapacidad. Respecto de la renuncia anticipada, efectivamente, el mecanismo escapa del clásico diseño presidencial que establece un plazo fijo. Es quizá el elemento más novedoso de las soluciones que evitaron el empeoramiento de las crisis políticas. Habría que investigar si, históricamente, este mecanismo fue utilizado en los países de la región.

En relación con la declaración de incapacidad, no aparece claro porque ubicarlo como un mecanismo cuasiparlamentario pues ha estado presente en la letra constitucional del siglo XIX, esto es, desde los principios del presidencialismo latinoamericano. Habrá que investigar el grado de su utilización, si es que lo fue.

*En síntesis, se ha recurrido al procedimiento de impeachment y flexibilizado su progreso en cuanto procedimiento. La renuncia presidencial ha sido un mecanismo que, muy probablemente, se ha utilizado en el pasado para descomprimir las crisis presidenciales. La declaración de incapacidad es también un instituto antiguo y la renuncia anticipada de algunos mandatarios se llevó a cabo sin previsión constitucional alguna, es más, contrariando la lógica del sistema presidencial.*

## **SEGUNDA CUESTIÓN TEÓRICA: PLAZO FIJO PRESIDENCIAL E INDEPENDENCIA DE PODERES**

En la literatura aparece frecuentemente la afirmación de que las destituciones presidenciales significaron contrariar principios del sistema presidencial. No obstante, cabe aclarar que la lógica del período fijo del sistema presidencial nunca fue tan tajante como señalaron los autores, comenzando por Linz e incluso por los teóricos de las crisis presiden-

ciales. Las constituciones decimonónicas establecían la emergencia de sucesiones constitucionales accidentadas, donde la renuncia era una de sus formas (3). *En otras palabras, las interpretaciones sobre el funcionamiento del régimen presidencial fueron sesgadas en este punto. El plazo fijo se compadecía con la sucesión constitucional normal, pero en caso de sucesión constitucional accidentada el plazo fijo cedía frente a la realidad de los hechos.* Esta fue una previsión expresa de los diseñadores del sistema, en el siglo XIX, y que sea redescubierta a través de lo ocurrido en la tercera ola de la democratización sólo manifiesta una lectura teórica incompleta del diseño y del funcionamiento del régimen presidencial.

La lectura sesgada también se extendió a la interpretación de la “independencia” de poderes. Nunca fue tan tajante y este hecho se observa también en la propia ingeniería de las Constituciones del siglo XIX donde cada uno de los poderes podía invadir, en ciertas circunstancias, el territorio de los otros. El fundamento de esta intromisión parcial ya lo había dado Madison en los Papeles del Federalista y el concepto clave es *checks and balances*. Habría que distinguir entre separación e independencia de poderes y el mecanismo de *checks and balances*. La independencia de poderes, entonces, se entiende sobre todo respecto a que ninguno de los dos —Presidencia y Congreso— deben su origen y composición al otro. Y, en segundo lugar, que ninguno de los dos puede interferir en la continuidad del otro. La razón teórica es la legitimidad autónoma de origen popular que tienen ambos órganos políticos electivos. Pero en todas las constituciones el juicio político, de alguna forma, implicaba que tal separación no era tan tajante como tantas veces se mencionó. Y los ejemplos de intromisiones parciales se multiplican en todas las constituciones latinoamericanas, en distintas áreas. El Ejecutivo interviene en el Legislativo y el Judicial. El Legislativo en el Ejecutivo y el Judicial. Y el Judicial en el Ejecutivo y el Legislativo. Todo ello para preservar el equilibrio. Es cierto que todo esto no aparece en el texto clásico de Linz, pero forma parte del bagaje teórico del sistema presidencial. El propio Madison, en *El Federalista*, como se señaló, aclaró sobradamente la cuestión. Y el mecanismo de *checks and balances* fue incluido en todas las constituciones latinoamericanas, aunque generalmente con desbalance a favor del Ejecutivo.

---

(3) En este trabajo se considera sucesión constitución normal la que se produce cuando un presidente culmina el período presidencial y, a través de elecciones, un nuevo presidente —o el mismo, en caso de reelección— accede al gobierno. Por sucesión constitucional accidentada se entiende cuando un mandato presidencial es interrumpido por los motivos señalados en las constituciones, generalmente por renuncia, muerte, inhabilidad o destitución del presidente a través de los procedimientos y las causales señaladas en los textos constitucionales. El golpe de estado militar deja abierta una sucesión extraconstitucional.



Aclarado el punto, cabe señalar que el *impeachment* no significaba diluir el principio de independencia de poderes. El hecho de que, generalmente, fuera necesaria la comisión de delitos o faltas graves y el sometimiento de tales conductas a un Tribunal (el Senado en el caso norteamericano y en muchos diseños latinoamericanos) marcaba una diferencia con la mera cuestión del retiro de confianza por parte del Legislativo. Esto hubiera convertido al régimen presidencial en un parlamentarismo de hecho. A diferencia del juicio político, la moción de censura en el sistema parlamentario se refiere a la "confianza" en el gobierno y no a la prueba de comisión de delitos y otras acciones violatorias de la Constitución realizadas por los presidentes. Aún así, la presentación de la moción está rodeada de ciertos requisitos y de un "tiempo de reflexión" antes de ser tratada por el Parlamento (Serrafero, 2007, b).

Cuestión para el debate es el hecho de un proceso de *impeachment* que se despliega sin el formato de acusación de cargos o sin defensa amplia del presidente imputado, según lo prescripto por las Constituciones. En este caso, ¿nos encontramos frente a una parlamentarización del sistema o bien una actuación del Congreso que va más allá de los que implica el diseño presidencial? De allí también la visión contrapuesta que se ha tenido sobre algunos procedimientos concretos donde algunos han visto el *impeachment* como un instrumento de control político de la democracia y otros como un procedimiento formal que ha encubierto un golpe de Estado. En la destitución del presidente Fernando Lugo, en Paraguay en 2012, los países del Mercosur y de UNASUR declararon que la acción del Congreso fue un Golpe contra el presidente, a pesar de que los legisladores habían sido electos por voluntad popular y el instrumento utilizado figuraba en el texto constitucional. Parece exagerado sostener la teoría de un "golpe congresal", pero no hay duda que, en el caso, se trató de un procedimiento relámpago donde el imputado no pudo ejercer plenamente su derecho de defensa. Pero la situación por cierto no es nueva y forma parte del lamentable acervo de cultura política de la región que tiene poco apego a las normas y formas legales.

## PERSPECTIVAS

Las crisis presidenciales en sentido amplio, esto es en referencia a conflictos horizontales interpodereos o bien de tipo vertical con la sociedad civil, se han encausado a través de distintos comportamientos y mecanismos. Como se ha visto, la experiencia empírica ha mostrado las siguientes: las renunciaciones, las elecciones anticipadas, el mecanismo de juicio político y la declaración de incapacidad.

No hay duda que estas acciones han significado un avance en los sistemas políticos latinoamericanos pues se han evitado quiebres democrá-

ticos. En este sentido y respecto de la valoración de las interrupciones presidenciales, para Marsteintredet (2008) resulta positivo que el presidencialismo se haya flexibilizado y recurrido a mecanismos cuasiparlamentarios. Para Hochstetler (2008) las caídas presidenciales de la tercera ola implican un tipo de *accountability* en un régimen presidencial que aparece como híbrido entre el presidencialismo y el parlamentarismo. Perez Liñan (2007, 2008) brinda un balance más equilibrado sobre aspectos positivos y los riesgos que genera la nueva inestabilidad. Y Valenzuela (2004) mantiene todas sus objeciones respecto del régimen presidencial y las rupturas presidenciales no serían más que otro indicador del mal funcionamiento del sistema. Sus reflexiones acerca de los procesos de crisis, *impeachment* y renuncia siguen los lineamientos originales de Linz (1990,1994).

Más allá de esta visión pesimista de Valenzuela, parece cierto que todo el sistema político pone sus expectativas en el presidente y la presión sobre su gestión es enorme. En este sentido, la combinación entre las características del sistema presidencial y la configuración de una presidencia minoritaria puede ser un cóctel explosivo (Valenzuela, 2004). A esta combinación podría agregarse que, en casos específicos, las expectativas sobre la gestión de un determinado presidente pueden ser muy altas y la probabilidad de frustración de la gente aumenta si no se resuelven las demandas configurándose la riesgosa situación de la “brecha de expectativas” (Waterman y Jenkins-Smith: 1999). Es así que podemos encontrar presidencias que resultan extremadamente débiles. Esta perspectiva es opuesta a la sostenida habitualmente acerca del hiperpresidencialismo que lleva a considerar a los presidentes latinoamericanos como figuras fuertes. La fortaleza o debilidad presidencial ha sido un tema que ha estado presente incluso en el análisis del caso norteamericano y, en este sentido, cabe recordar la preocupación de Richard Neustadt (1993) —en relación a los EE.UU.— sobre la debilidad estructural de un presidente que debe poner en marcha todas sus facultades y competencias para obtener obediencia y respuesta del mundo político y el apoyo de la población. Y si las expectativas sobre un presidente no se cumplen se desencadena una de las ventajas del sistema presidencial: la imputación clara de la responsabilidad en la persona del presidente (Mainwaring y Shugart: 1997).

Una pregunta importante que recién empieza a responderse es ¿cómo son los gobiernos que emergen luego de las caídas presidenciales? Hochstetler y Samuels (2011), consideran que el posible argumento en contra de la resolución de las crisis del modo en que se ha venido haciendo puede ser que los reemplazantes de los presidentes fueron personas no votadas por el pueblo. Contra esto argumentan los autores que la evidencia empírica muestra que con los gobiernos resultantes han existido rápidos reequilibramientos en los sistemas políticos de la mayoría de los países, con las excepciones de Argentina, Bolivia y Ecuador. Al listado de los

autores podría agregarse también el caso del Paraguay. Pero la supuesta equivalencia funcional no debería hacernos perder de vista algo que es crucial: el respeto del diseño institucional y de las reglas de juego. Su modificación podría significar una violación no sólo de la Constitución, sino también de las reglas democráticas.

Son numerosas las cuestiones que están abiertas a nuevas investigaciones y también a la consideración de hechos que pueden ser pasibles de distintas interpretaciones y teorías explicativas. Resta todavía mucho que debatir académicamente. Por ejemplo, si bien la visión pesimista de Valenzuela (2004) no parece convincente, las perspectivas demasiado optimistas que ven en las salidas a las crisis salidas creativas de los Congresos pueden ser un tanto arriesgadas en su consecuencia. Cabría preguntarse, por ejemplo, hasta que punto resulta convincente avalar las rupturas presidenciales si se viola la normativa constitucional con los argumentos de: a) el gobierno reemplazante no es autoritario y no hay quiebre democrático; b) el desempeño del gobierno reemplazante es relativamente satisfactorio. *La cuestión en este punto no es quién altera las reglas sino que las reglas son alteradas.* Sean militares o civiles. Los políticos que resuelven la crisis a través de una ruptura presidencial, ¿tienen facultades y competencias para hacerlo? Obviamente que la resolución a través del accionar de la elite política resulta más enmarcada dentro de los parámetros democráticos, pero la cuestión de la alteración de reglas no parece ser tema menor. El interrogante permanece abierto. Además, en los casos en análisis y en relación con las reglas existen también dos aspectos importantes para diferenciar. La no existencia de reglas claras o bien el incumplimiento de las normas constitucionales que rigen la sucesión.

Por otra parte, la experiencia y los estudios sobre las rupturas presidenciales muestran que la relación conflictiva entre la presidencia y el Congreso no es siempre lo determinante para la caída presidencial, sino que las protestas sociales y la ocupación de la calle son los factores que deciden la suerte final de un mandatario. Si ello es así, *nos encontramos con una vulnerabilidad extra del sistema presidencial.* En este escenario adquiere fundamental importancia el análisis más preciso de los distintos tipos de protestas sociales y la dinámica de las movilizaciones callejeras. Si bien pueden ser interpretadas como expresión de una *accountability* vertical, también podrían obedecer a acciones premeditadamente organizadas que tuvieran el objetivo de hacer caer a un gobierno.

Por últimos las aclaraciones conceptuales vertidas en este trabajo diferencian los distintos casos tratados en la teoría. El uso frecuente del *impeachment*, en la tercera ola de la democratización, ha implicado un mecanismo de flexibilización contra la rigidez del sistema presidencial y esto es una novedad. Por el contrario, la renuncia forzada parece ser un mecanismo ya utilizado en el pasado y no constituiría una novedad. La

declaración de incapacidad es también un instituto antiguo y la renuncia con convocatoria anticipada de elecciones se acerca a un mecanismo de tipo parlamentario.

### **VUELTA DE TUERCA: ¿FORTALEZA O DEBILIDAD PRESIDENCIAL?**

Las protestas callejeras que concluyeron en renunciadas forzadas del presidente conllevan una suerte de *accountability* vertical. En los casos de *impeachment* aparece la dimensión de la *accountability* horizontal además de la vertical cuando protestas y movilizaciones acompañan el proceso. En este sentido, la acción de los Congresos ha desmentido el lugar común que considera a la fortaleza presidencial poco menos que inexpugnable. Pero como afirma Pérez Liñan (2007) esta *accountability* horizontal desplegada por el Congreso es intermitente y espasmódica. Cuando el presidente goza de respaldo y su gestión no se encuentra amenazada los legislativos no controlan y cuando el mandatario ingresa en territorio de complicaciones sociales y económicas que muestran una ostensible debilidad, los Congresos se animan a desplegar sus instrumentos y recursos. Los presidentes son así “ídolos con pies de barro” (Serrafero, 1991) y pasan de la omnipotencia a la impotencia.

Así como en los EE.UU. existe un previsible ciclo presidencial que va de la elección a la muy probable reelección y, luego, se ingresa en el estado de *lame duck*, —tenga o no tenga popularidad el presidente—, en América Latina se pasa de la omnipotencia a la impotencia, en forma poco puede ser incluso acelerada. Este ciclo ha sido descrito por O'Donnell, en el marco de su democracia delegativa: “La democracia delegativa representa para el presidente la ventaja de no tener prácticamente ninguna obligatoriedad de rendir cuentas (*accountability*) horizontalmente. También tiene la aparente ventaja de permitir una elaboración rápida de políticas, pero a costa de una alta probabilidad de errores groseros, de implementación incierta y de una altísima concentración de la responsabilidad por los resultados en el presidente. No sería sorprendente que esos presidentes sufran vertiginosas variaciones en su popularidad: hoy son aclamados como salvadores providenciales, mañana son maldecidos como sucede a los dioses caídos”.

### **BIBLIOGRAFÍA**

ÁLVAREZ, MICHAEL y MARSTEINTREDET, LEIV (2010), “Presidential and Democratic Breakdowns in Latin America: Similar Causes, Different Outcomes”, en LLANOS, MARIANA y MARSTEINTREDET, LEIV, *Presidential Breakdowns in Latin America*, Palgrave Macmillan

BUITRAGO, MIGUEL A. (2010), "Civil Society, Social Protest, and Presidential Breakdowns in Bolivia", en *Presidential Breakdowns in Latin America*, citado anteriormente, ps. 91-107.

CAREY, JOHN (2006), "Presidencialismo versus parlamentarismo" en *POSTData*, n° 11, ps. 121-161.

CHEIBUB FIGUEIREDO, ARGELINA (2010), "The Collor Impeachment and Presidential Government in Brazil", en *Presidential Breakdowns in Latin America*, citado anteriormente, ps. 111-127.

CHEIBUB, JOSÉ ANTONIO y LIMONGI, FERNANDO (2002), "Democratic Institutions and Regime Survival: Parliamentary and Presidential Democracies Reconsidered", en *Annual Review of Political Science*, n° 5, 151-179.

HOCHSTETLER, KATHRYN y SAMUELS, DAVID (2011), "Crisis and Rapid Reequilibration. The Consequences of Presidential Challenge and Failure in Latin America", *Comparative Politics*, vol. 43, n° 2, ps. 127-145.

HOCHSTETLER, KATHRYN (2008), "Repensando el presidencialismo: desafíos y caídas presidenciales en el cono sur", en *América Latina Hoy*, vol. 49, ps. 51-72.

KIM, YOUNG HUN y BAHRY, DONNA (2008), "Interrupted Presidencies in Third Wave Democracies", en *The Journal of Politics*, vol. 70, N° 3, July, ps. 807-822.

LALANDER, RICKARD (2010), "The Impeachment of Carlos Andrés Pérez and the Collapse of Venezuelan Partyarchy", en *Presidential Breakdowns in Latin America*, citado anteriormente, ps. 129-145.

LINZ, JUAN (1990), "The Perils of Presidentialism", en *Journal of Democracy*, t. I, ps. 51-69.

LINZ, JUAN (1994), "Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference?", en LINZ, JUAN J. y ARTURO VALENZUELA, ARTURO, (1994), *The Failure of Presidential Democracy*, vol. 1, The Johns Hopkins University Press, ps. 3-87.

LLANOS, MARIANA y MARSTEINTREDET, LEIV (2010), "Ruptura y continuidad: la caída de «Mel» Zelaya", en perspectiva comparada, en *América Latina Hoy*, 55, ps. 173-197.

MAINWARING, SCOTT y SHUGART, MATTHEW SOBERG (1997), *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Cambridge University Press.

MARSTEINTREDET, LEIV (2008), "Las consecuencias sobre el régimen de las interrupciones presidenciales en América Latina", en *América Latina Hoy*, vol. 49, ps. 31-50.

MARSTEINTREDET, LEIV y BERNTZEN, EINAR, (2008), "Reducing the Perils of Presidentialism in Latin America through Presidential Interruptions", *Comparative Politics*, vol. 41, nº 1, ps. 83-101.

MEJÍA ACOSTA, ANDRÉS y POLGA-HECIMOVICH, JOHN (2011, a), "Soluciones parlamentarias a las crisis presidenciales de Ecuador", en *Revista Latinoamericana de Política Comparada*, CELAEP, vol. nº 4, Enero, ps. 49-73.

MEJÍA ACOSTA, ANDRÉS y POLGA-HECIMOVICH, JOHN (2011, b), "Coalition Erosion and Presidential Instability in Ecuador", en *Latin American Politics and Society*, vol. 53, nº 2, ps. 87-111.

NEGRETTO, GABRIEL (2006), "Minority Presidents and Types of Government in Latin America", en *Latin American Politics and Society*, vol. 48, nº 3, ps. 63-92.

NEUSTADT, RICHARD E. (1993), *El poder presidencial y los presidentes modernos*, Bs. As., Grupo Editor Latinoamericano.

NOLTE, DETLEF (2006), *Los Congresos en América Latina: Legislaturas reactivas, potencialmente activas*, Cámara de Diputados, México.

NOLTE, DETLEF, "Paraguay: The President in his General's Labyrinth", en *Presidential Breakdowns in Latin America*, citado anteriormente, ps. 147-161.

O'DONNELL, GUILLERMO (1992), "¿Democracia Delegativa?", en *Cuadernos del Claeh*, nº 17.

OLLIER, MARÍA MATILDE (2008), "La institucionalización democrática en el callejón: La inestabilidad presidencial en Argentina (1999-2003)", en *América Latina Hoy*, vol. 49, ps. 73-103.

PÉREZ LIÑAN, ANÍBAL (2008), "Instituciones, coaliciones callejeras e inestabilidad política: perspectivas teóricas sobre las crisis presidenciales", en *América Latina Hoy*, vol. 49, ps. 105-126.

PÉREZ LIÑAN, ANÍBAL (2007), *Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America*, Cambridge University Press. Cambridge, New York.

SERRAFERO, MARIO (2001), "Presidencialismo y reforma política en América Latina", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* de Madrid, número ocho, enero-abril, páginas, ps. 195-235.

SERRAFERO, MARIO, (2007, a), "Vicepresidencia efímera y ruptura anunciada: el caso de la Alianza", en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, ps. 5-31.

SERRAFERO, MARIO D. (2007, b), "Sobre censura e impeachment: una cuestión recurrente", en *El Derecho*, 13 de septiembre, ps. 1-3.

SERRAFERO, MARIO (2002), "Argentina: Rebelión en el granero del mundo", en *Revista de Occidente*, Madrid, nº 251, abril, ps. 19-51.

SERRAFERO, MARIO (1996), "El Impeachment en América Latina: Argentina, Brasil y Venezuela", en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, número 92, abril-junio, ps. 137-162.

SERRAFERO, MARIO (2011), "Presidencia y vicepresidencia: otra difícil combinación", en MALAMUD, ANDRÉS y DE LUCA, MIGUEL (coordinadores), *La política en tiempos de los Kirchner*, Bs. As., Eudeba, ps. 23-35.

SERRAFERO, MARIO (1999), *El poder y su sombra: los vicepresidentes*, Bs. As., Belgrano.

VALENZUELA, ARTURO (2004), "Latin American Presidencies Interrupted", en *Journal of Democracy*, vol. 15, ps. 5-19.

WATERMAN, RICHARD G. y JENKINS-SMITH, HANK C., (1999), "The Expectations Gap Thesis: Public Attitudes toward an Incumbent President", en *Journal of Politics*, vol. 61, nº 4.

## NUEVOS ITINERARIOS DEL REALISMO CONSTITUCIONAL

POR ENRIQUE ZULETA PUCEIRO

El 4 de julio del 2012 —día de la Independencia de Estados Unidos— la larga crisis financiera y bancaria que el mundo atraviesa desde hace ya más de quince años entró en una nueva etapa. El factor disparador fue la súbita implosión de los mecanismos y herramientas estadísticas que operan en la base del sistema financiero global.

Los hechos fueron, sucintamente, los siguientes. Al cierre de la rueda europea de los mercados bursátiles de ese día, trascendió que el escándalo por supuestas manipulaciones de la tasa interbancaria Libor comprometía a las más altas autoridades monetarias del Reino Unido, Europa y Asia. El Banco británico Barclays, principal imputado, difundió en sus páginas en la Red documentación probatoria de que el Banco de Inglaterra conocía y de hecho había promovido desde hace ya tiempo una estrategia sistemática de rebaja artificial del principal precio financiero del mundo: la tasa Libor. La noticia sacudió al mundo financiero y se produjo poco antes de que el ex CEO de Barclays Bob Diamond se presentara, previa renuncia a sus funciones, ante un comité parlamentario encargado de investigar los alcances de la mayor manipulación de estadísticas financieras que se recuerde (1).

Estallaba así un secreto a voces que comprometía a reguladores y regulados y que había determinado la imposición de una multa de 290 millones de libras esterlinas (unos 345 millones de euros/541,6 millones de dólares) al Banco Barclays por parte de las autoridades de supervisión financiera de Gran Bretaña y Estados Unidos. La entidad británica —principal colocadora de los bonos de deuda argentina— habría participado, junto a otros bancos de primera línea, de una estrategia sistemá-

---

(1) La Comisión Especial extendió su investigación hacia otros bancos y autoridades monetarias de Europa, Estados Unidos y Asia. Alrededor de 20 grandes bancos, encabezados por el Deutsche Bank, el HSBC y Royal Bank of Scotland (RBS) —propiedad del Estado británico en un 84%—, el estadounidense Citigroup y el suizo UBS, entre otros.



tica de manipulación de la tasa de interés interbancaria Libor, en la que según el dictamen difundido, “se cometieron delitos graves y de amplio alcance”.

La cadena de defraudaciones a la fe pública data en realidad de los peores días de la crisis desatada por la caída de Bear Stearns y Lehman Brothers. Mas precisamente, del 28 de octubre de 2008, cuando el vicepresidente del Banco Central británico, Paul Tucker, transmitió al entonces jefe de la división inversiones de Barclays, Diamond, un pedido del Ministerio de Finanzas del gobierno laborista para que la entidad monetaria bajara la tasa Libor, de operaciones del mercado interbancario, equivalente al Euribor en la eurozona (2).

Cabe consignar que tanto Bob Diamond como Jamie Dimon, el director ejecutivo de JP Morgan eran en los últimos meses antes del estallido del escándalo los adalides de una fuerte campaña iniciada por las instituciones financieras nacionales contra los intentos regulatorios promovidos desde el G-20 y la mayor parte de los bancos centrales europeos. Los principales bancos privados abogaban, en efecto, por el cese inmediato de lo que consideraban una “caza de brujas”. Su argumento —un lugar casi común en los círculos financieros— giraba en torno a la necesidad de desregular los mercados financieros: “Ya pasó la hora del arrepentimiento. Los bancos tenemos que seguir prestando el servicio esencial que necesita la economía”, señaló por entonces Diamond, en una conferencia difundida en la comunidad financiera internacional. Opinión no muy diferente de la de Dimon, quien unas semanas antes de que el JP Morgan revelara pérdidas de más de U\$S 2.000 millones expresó “que la mejor regulación financiera es la que no existe y, si existe, tiene que hacerse en privado, a puertas cerradas”.

El escándalo es el undécimo que se produce desde el momento culminante de la crisis bancaria en el año 2008. No sólo ha conmovido los ambientes económicos y financieros de todo el mundo. Ha afectado también la mayor parte de las propuestas de solución jurídica en el campo de la regulación financiera y bancaria internacional. Marca la culminación de una larga crisis (3) que, al afectar los principales instrumentos e

---

(2) Para tener una medida adecuada del impacto de las manipulaciones operada por los principales actores del mercado financiero global, iniciadas ya hacia el año 2005, cabe tener en cuenta que el volumen de transacciones bancarias basadas en la tasa Libor a nivel mundial alcanzaba a la fecha de la denuncia alrededor de 360 billones de dólares (unas 40 veces el Producto Interno Bruto de Estados Unidos). Según la autoridad reguladora estadounidense, la Commodity Futures Trading Commission, el banco buscaba así beneficiar su posición en el mercado de derivados —compraventa a futuro— que mueve billones de dólares y cuyo desmoronamiento fue una de las causas del estallido financiero de 2008.

(3) Una rápida cronología de la crisis previa al escándalo de la regulación internacional de la Tasa Libor, destaca, entre otros hechos significativos, los siguientes:

indicadores estadísticos, ha destrozado la confianza pública en la mayor parte de las instituciones financieras globales, con efectos profundos en el ámbito de las ideas e instituciones regulatorias.

Para una parte sustancial de la doctrina jurídica, una vez más, ha quedado de manifiesto el problema de la superficialidad y provisoriedad de muchas de las ideas recibidas acerca de las relaciones entre el derecho y la economía. La mayoría de las categorías e instituciones diseñadas e implementadas en los últimos años ante el proceso de globalización económica y financiera se encuentran hoy en tela de juicio. Una vasta reacción, expresada en trabajos de investigación, foros de debate, ensayos y libros preanuncian una verdadera revolución en el enfoque con que el derecho reacciona frente a los desafíos que la crisis económica le plantea.

El balance de los debates es todavía prematuro. Es posible incluso que la discusión abra una brecha insalvable entre las pretensiones y las posibilidades y capacidades efectivas de las regulaciones y contratos de la globalización. Un análisis somero de las ideas en conflicto puede acaso contribuir a identificar la nueva agenda anotada de las relaciones entre regulaciones y mercados financieros. La emergencia gradual de una visión alternativa a la ortodoxia recibida, que de modo provisorio podría denominarse "neo-realismo" jurídico e institucional abre un nuevo espacio de soluciones y propuestas, de especial importancia para el derecho constitucional.

---

el 31/7/07, el Banco Bear Stearn suspende la devolución a sus clientes de las inversiones en sus fondos de riesgo; a partir de agosto del 2007, los bancos centrales de Estados Unidos, Inglaterra y Japón comienza a inyectar fondos en sus respectivos sistemas financieros para apaciguar los mercados; entre octubre y noviembre del 2007 anuncian quebrantos bancarios producto de la crisis de las hipotecas *sub prime*; entre diciembre del 2007 y marzo del 2008 los principales bancos centrales, incluidos también Suiza, Canadá y la Unión Europea inyectan más de USD 300 mil millones en sus mercados e instituciones financieras; el 17/3/08, JP Morgan Chase absorbe Bear Stearn; el 15/7/08 el gobierno Estadounidense interviene Fannie Mae y Freddie Mac, las dos instituciones centrales de crédito hipotecario; el 12/9/08 quiebra Lehman Brothers y es adquirido por la banca de inversión de Barclays Bank; entre el 15/9 y el 30/10/08 colapsaron gran parte de los bancos de inversión de Estados Unidos y arrastraron las bolsas y sistemas bancarios e hipotecarios de Occidente. Para esta cronología, sus detalles, cfr. entre otros el cuadro de conjunto de DEHESA, G. de la: *La primera gran crisis financiera del siglo XXI. Orígenes, detonantes, respuestas y remedios*. Madrid: Alianza Editorial, 2009. espec. cap. 10; MARICHAL, C.: *Las Grandes crisis financieras. Una perspectiva global 1873-2008*. Madrid: Debate, 2010, cap. 6; POSNER, R.A.: *A failure of capitalism. The crisis of '08 and the descent into depression*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, caps. 2 y 7; en general, BOOKSTABER, R.: *A demon of our own design. Markets, hedge funds and the perils of financial innovation*. Hoboken, NJ: John Wiley & Sons., 2007; STIGLITZ, J. E.: *Caída libre. El libre Mercado y el hundimiento de la economía global*. Madrid: Taurus, 2010, cap. 1.

El presente análisis se concentrará en un análisis crítico del nuevo clima de ideas, abierto por la crisis del formalismo jurídico y sus proyecciones en la teoría constitucional. Intentará, sobre todo, una exposición crítica de una serie importante de nuevos enfoques doctrinales, emparentados entre sí y que podrían agruparse bajo el rotulo de un “nuevo realismo constitucional” (4). El campo original de los nuevos abordajes es el del derecho internacional económico pero sus principales repercusiones tanto sobre los derechos nacionales como sobre el derecho se produce en el ámbito genérico del Constitucionalismo.

La reacción de las corrientes de pensamiento constitucional frente a la explosión de la mayor parte de las presuposiciones y presunciones en que se han venido basando la mayor parte de las categorías analíticas del análisis económico del derecho recuerda, en muchos sentidos, a la reacción de los grandes juristas, abogados y jueces que, en reacción a la crisis económico-financiera de 1930 generaron uno de los cuerpos más completos y perdurables de doctrina jurídica colectiva del siglo XX.

Conocer y comprender los alcances de estos enfoques, que crecen en importancia dentro de la doctrina constitucional sobre todo americana es oportuno en tiempos como los actuales, de revisión del constitucionalismo clásico.

---

(4) Para una caracterización de los aportes que podrían englobarse bajo la idea de “nuevo realismo constitucional” cfr. especialmente, las compilaciones de trabajos reunidos en ERLANGER, H., GARTH, B., LARSON, J., MERTZ, E., NOURSE, V. y WILKINS, D., “New Legal Realism Symposium: It is time for a new legal realism?”, en *2005 Wisconsin Legal Review*, ps. 335 y ss. y VVAA: “Symposium on legal realism 31 Law and Social Inquiry” (2006). Más específicamente, LEITER, B., *In praise of realism (and against ‘nonsense’ jurisprudence)*. The University of Texas School of Law. Public Law and Legal Theory Research Paper Series. N° 138 (2010). <http://ssrn.com/abstract=1113461>; DAGAN, H., “The realistic conception of law”, en *57 University of Toronto Law Journal* 607-660 (2007); SHAFFER, G., “A new legal realism: method in international Economic Law Scholarship” en PICKER, C., BUNN, I. & ARNER, D. (eds.), *International Economic Law. The state & future of the discipline*. London: Hart Publishing, 2008, ps 29-42; NOURSE, V. & SHAFFER, G., “Varieties of new legal realism: can a new world order prompt a new legal theory?”, en *95 Cornell Law Review*, 61-137 (2009); NOURSE, V., “Making constitutional doctrine in a realistic age”, en *145 University of Pennsylvania Law Review*, 1401-1457 (1997); POSNER, R. A., “Constitutional law from a pragmatic perspective”, en *University of Toronto Law Journal*, 299-309 (2005); HIRSCHL, R., “The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide”, en *75 Fordham Law Review*, 721-753 (2006-2007). Para un debate amplio de los presupuestos del nuevo realismo constitucional desde la perspectiva de la teoría jurídica, cfr. LEITER, B., *Naturalismo y teoría del derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2012 y sobre todo TAMANAHA, B. Z., *Beyond the formalist - realist divide. The role of politics in judging*, Princeton: Princeton University Press, 2010.

Se multiplican, en efecto, las voces que hablan de un eclipse del constitucionalismo (5) y que exploran los horizontes de la legislación y la regulación jurídica ante las nuevas formas de la dinámica y organización de la política. Los desafíos son cruciales: formas de gobernanza sin gobierno, constituciones sin naciones, estados sin territorios, democracias sin constituciones, conflictos abiertos entre Constitucionalismo y democracia "real", constitucionalismo "republicano" y constitucionalismo "democrático" o "popular". Todo ello, en el contexto de democracias que cuestionan la herencia del republicanismo clásico, desde formas abiertas de "autoritarismo competitivos", poco sensibles ante los principios y controles de la ortodoxia heredada. El derecho constitucional se resquebraja, en la medida en que se fragmentan sus supuestos históricos, ideológicos, conceptuales y políticos de fondo. La teoría y el derecho constitucional buscan los senderos que conduzcan a una nueva identidad e intentan para ello nuevas formas de expresión y realización actual de sus ideales fundacionales.

En este contexto, cobran interés los intentos de recuperar, rehabilitar y reconstruir a la luz de los contextos sociales actuales la tradición del realismo constitucional, particularmente su reclamo de un estudio contextual del descubrimiento, producción, operación y efectos sociales del derecho, como paso previo para el análisis de su significado actual o posible. El reclamo de K. Llewellyn de un divorcio, al menos temporal y con propósitos de estudio, entre Ser y Deber Ser (6) cobra particular énfasis, sobre todo ante las dificultades de la ortodoxia constitucional para lograr un enfoque realista de los nuevos problemas de la gobernanza social, en una clave diferente a la del formalismo tradicional.

Los nuevos itinerarios del realismo conducen a una integración entre investigación empírica y propuestas normativas. Proponen sobre todo una descripción más profunda de los procesos bajo análisis, nutrida por la observación y el enfoque integrado de las perspectivas de las ciencias sociales —particularmente, la historia, el derecho, la sociología, la eco-

---

(5) Un panorama al respecto en DOBNER, P. y LOUGHLIN, M. (eds.), *The twilight of Constitutionalism?*, Oxford: Oxford University Press, 2010, especialmente las contribuciones de Dieter Grimm, Ulrich K. Preuss, Martin Loughlin, Mattias Krummy Gunther Teubner. Asimismo, el cuadro general que ofrecen las contribuciones reunidas en JOERGES, C., SAND, I. J. y TEUBNER, G. (eds.), *Transnational governance and Constitutionalism*, Oxford: Hart Publishing, 2004; KRISCH, N., *Beyond Constitutionalism, The pluralist structure of postnational law*, Oxford: Oxford University Press, 2010; AMAR, V. D. y TUSHNET, M. V. (eds.) *Global perspectives on Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press, 2009 y, sobre todo, TEUBNER, G., *Constitutional fragments. Societal Constitutionalism and globalization*, Oxford: Oxford University Press, 2012.

(6) Cfr. Sobre todo su escrito programático LLEWELLYN, K., "Some realism about realism: responding to Dean Pound" en *44 Harvard Law Review*, ps. 1236-37 (1931).

nomía y los métodos empíricos de la investigación institucional—. La apertura a enfoques más inductivos, la cautela contra los excesos del método hipotético-deductivo o contra el riesgo de una extrapolación abusiva de “modelos” importados desde otras perspectivas disciplina-rias, con frecuencia demasiado lejanas a la experiencia del derecho y de la interacción efectiva entre los principios, las normas y los hechos.

Los nuevos desafíos se plantean de un modo especial sobre todo en culturas jurídicas híbridas como la argentina. De lo que se trata es de identificar nuevos marcos de referencia, analizar experiencias de relevancia y valor ejemplar que permitan una suerte de *benchmarking* institucional, capaz de indagar cómo hacen los sistemas constitucionales que avanzan o bien se estancan o retroceden, para poder así avizorar los nuevos rumbos desarrollo y el progreso de las instituciones.

En el plano del análisis jurídico-económico internacional y transnacional, están nuevamente en tela de juicio muchas de las presuposiciones filosóficas y políticas en que se basa la confianza en el funcionamiento de los mercados. Nuevamente, vuelve a postularse una intervención regulatoria fuerte y decidida del derecho sobre los equilibrios supuestamente espontáneo de los mercados. La idea de regulación parte de la base de que, en la base misma de la competencia y la innovación, existe una asimetría informativa fundamental. De otro modo, la idea misma de regulación sería innecesaria y carente de sentido. Se reconoce que el derecho y la política jurídica pueden y deben hacerse cargo de las lagunas, antinomias y contradicciones entre la libertad individual y la vulnerabilidad colectiva, entre los intereses individuales, las pasiones desencadenadas por la ambición desmedida de los actores centrales del mercado y las necesidades de corto y largo plazo de la sociedad.

En este preciso sentido, una referencia renovada a los aportes del realismo jurídico puede brindar un aporte esencial, sobre todo en países emergentes, en los que las formas jurídicas procuran todavía reflejar la dinámica y prácticas de la experiencia constitucional.

El realismo sigue siendo, a través tanto de sus formas tradicionales como de sus expresiones más actuales, un punto de vista privilegiado para la función de los juristas en el nuevo marco de las funciones sociales y políticas del derecho. Si alguna asignatura pendiente reconocen ordenamientos jurídicos como el argentino —sobre todo en el plano del derecho público— es su atraso relativo para receptor el inmenso potencial de innovación que ofrece la experiencia comparada.

## 1. LA REHABILITACIÓN DEL REALISMO CONSTITUCIONAL

Un rápido mapeo de las tendencias hacia una reacción activista del derecho, protagonizada por economistas, juristas, reguladores y jueces permite establecer algunos rasgos comunes, que otorgan un aire de

familia a lo que podría tipificarse como un “nuevo realismo constitucional”, que engloba orientaciones tan diversas como la economía conductista, el empirismo y pragmatismo jurídico, el análisis institucional comparativo, la investigación cuantitativa y cualitativa, la etnografía, los estudios sociales e histórico-críticos, los enfoques económicos neo-keynesianos y, en general las críticas abiertas ante los excesos del paradigma del derecho económico y financiero, al razonamiento judicial y a las visiones neo-formalistas de los procesos de decisión económica.

Cabe observar que las tendencias del nuevo realismo constitucional son convergentes con otras tendencias de pareja importancia en el panorama actual de la teoría constitucional. Particularmente con el “análisis económico del derecho” y con las diversas tendencias del análisis socio-jurídico empírico. De hecho muchos de los autores del neo-realismo constitucional son economistas, politólogos, expertos en regulaciones, magistrados y abogados, que adoptan para su trabajo enfoques pluralistas y metodologías interdisciplinarias acerca del papel del derecho y las instituciones en la resolución de problemas económicos y sociales.

El dato central es que, al igual que en muchas de las versiones más tradicionales del realismo jurídico, el nuevo realismo constitucional tiende a cuestionar la visión filosófica, jurídica y económica neo-clásica. Su crítica al realismo clásico apunta más bien a su reduccionismo, su vaguedad conceptual, su exceso de cientificismo abstractizante, sus abusos del razonamiento deductivo, sobre todo su tendencia a partir de premisas presupuestas y no demostradas. El núcleo central de las nuevas propuestas es su compromiso empírico y su apertura a nuevos enfoques, basados en la recepción de las ciencias sociales (7).

La perspectiva propuesta por los nuevos realismos está más orientada por cuestiones y problemas que por métodos y análisis sistemáticos. Son los problemas los que generan nuevos campos y programas de investigación y no a la inversa. El realismo supone un compromiso con la investigación de la realidad jurídica tal como es y no como se propone que sea, a la luz de una concepción ideológica o metodológica predeterminada.

¿Por qué esta vigencia renovada del realismo, tanto como tradición cuanto como modelo de reorganización de la teoría jurídica? Ante todo, porque el problema del impacto y, en general, de la relación del derecho con el comportamiento individual e institucional es una cuestión empí-

---

(7) Para una visión de conjunto del panorama de las ciencias humanas en que se enmarcan estas ideas acerca del Derecho, cfr. SHAPIRO, I., *The flight from reality in the human sciences*, Princeton: Princeton University Press, 2006. Más ampliamente, GREEN, D. P. y SHAPIRO, I., *Pathologies of rational choice theory. A critique of applications in political science*, New Haven: Yale University Press, 1994 y FRIEDMAN, J. (ed.), *The rational choice controversy. Economic models of politics reconsidered*, New Haven: Yale University Press, 1996.

rica, que solo puede abordarse desde una perspectiva ilustrada por las técnicas de investigación empírica. Las nuevas respuestas del realismo jurídico parten del reconocimiento de esta cuestión como un punto de vista imprescindible para el análisis jurídico. Si lo que se discute es el problema de las nuevas funciones del derecho en una sociedad post estatal y el nuevo espacio y definición del Constitucionalismo, resulta inexcusable una perspectiva empírica, volcada más al conocimiento al derecho que *es* que al derecho que *debe ser*.

Considerado el realismo como *tradicción* jurídica (8), su vigencia es la propia de un marco de referencia capaz de abarcar las tensiones no resueltas del derecho considerado como institución. El derecho es, para los realistas, poder y razón, ciencia y arte, sistema y caso, tradición y progreso, intención y sobre todo, propósito. El realismo hace de estas tensiones una herramienta de construcción positiva. Una respuesta a la esencia misma del fenómeno jurídico en una sociedad que cambia. Una estrategia de desenmascaramiento de la cobertura ideológica, nutrida de presuposiciones, presunciones y ficciones sobre la que opera el formalismo jurídico. Su lema es "*Law in action*": un derecho que se expresa y realiza en la acción, en la interacción entre las expectativas, necesidades e intereses en conflicto de los actores reales operantes al interior del sistema del derecho. Los realistas cuestionaron el formalismo jurídico y demostraron que el derecho reconoce lagunas y contradicciones. La indeterminación es una nota esencial y existen incluso excepciones para toda pretendida regla o principio. De hecho, los principios y precedentes judiciales soportan resultados diferentes e incluso contradictorios entre sí. Los jueces deciden, en consecuencia, de acuerdo con sus preferencias personales y construyen sus esquemas de análisis y argumentación como estrategias justificativas de los resultados que tratan de imponer.

Esta perspectiva no es sin embargo suficiente. Considerado, en cambio, como *modelo de reorganización* de la ciencia del derecho, a lo que en realidad aspiraron y aspiran de un modo continuo, consecuente y renovado los realistas de los años 20 y 30 y los neo-realistas actuales es, más bien, a recuperar el trasfondo de instrumentalismo pragmático proveniente de las visiones económicas del *common law* y su apertura hacia una visión más abarcadora e interdisciplinaria de los fenómenos económicos, en un mundo en el que entran en crisis las regulaciones tradicionales y el formato mismo de la legislación. Los realistas clásicos compartían un interés central por comprender y explicar el proceso de toma de decisiones judiciales. Coincidían en ciertas hipótesis acerca de cómo funciona en la realidad dicho proceso de adjudicación. El derecho es lo que hacen realmente los tribunales. Pensaban por ello que la tarea de la

---

(8) Particularmente la herencia del realismo constitucional norteamericano, centrada sobre todo en las figuras de O. W. Holmes, B. Cardozo, K. Llewellyn, J. Franck, M. Radin, H. Yntema, H. Oliphant, J. Hutcheson o F. Cohen.

ciencia jurídica era la de identificar y describir los patrones de decisión, sin intentar necesariamente justificar o legitimar las decisiones —tarea que quedaba para otro tipo de quehacer teórico, más bien propio de la filosofía—.

En el fondo, la tradición cultural del realismo asume ideas y postulaciones no muy diferentes de las que en su momento propuso el primer Posner, particularmente cuando afirmaba que “Law & Economics es un edificio formalista erigido sobre un terreno realista o instrumentalista”. Tampoco cabe ignorar que muchos de los neo-realistas son actores centrales en los debates económicos actuales y que algunos —como Guido Calabresi, uno de los fundadores iniciales del movimiento del análisis económico del Derecho—, fueron siempre fuertes detractores de las ideas del *rational choice* en las versiones diversas de la Escuela de Chicago. El propio Posner abjura hoy de algunas de sus ideas iniciales tales como la de “*wealth maximization*”, y adhiere en cambio más bien a una visión “incrementalista”, punto en la que concuerdan una amplia mayoría de las corrientes neo-realistas (9).

El interés principal de una rehabilitación del realismo reside en su posible aporte para una renovación de la teoría de la adjudicación, tanto judicial como administrativa. B. Leiter remarca que, en cuanto teoría del derecho, el realismo jurídico es ante todo una teoría de la adjudicación que se caracteriza por dos compromisos filosóficos específicos aunque no explícitos. Por un lado el naturalismo y, por otro el pragmatismo. Según el naturalismo, una teoría satisfactoria de la adjudicación requiere el complemento de una investigación empírica, desde la perspectiva de las ciencias sociales y naturales. Según el pragmatismo, dicha teoría de la adjudicación procura predecir lo que harán los tribunales, como base para determinar lo que, de hecho, es el derecho. “Para predecir de un modo fiable y efectivo lo que harán los tribunales, se debe conocer lo que causa sus decisiones y estas causas solo pueden ser determinadas desde un tipo de investigación empírica, modelada según los cánones de las ciencias sociales y naturales (10).

El derecho es algo hecho, no descubierto. El derecho es y debe ser algo basado en la experiencia humana en sociedad, en la política y en la moral y no una construcción lógico formal. Los principios son construcciones sociales creadas por los operadores del derecho, en contextos sociales específicos, con el propósito de alcanzar objetivos concretos y determinados (11). En este sentido, el derecho y las decisiones jurídicas son aspectos de la construcción social de la realidad, a partir de datos pro-

---

(9) Cfr. especialmente POSNER, R. A., *Reflections on judging*, Cambridge: Harvard University Press, 2013, ps. 351 y ss.

(10) LEITER, B., *Naturalismo y teoría del Derecho*, cit. p. 67.

(11) LEITER, B., *Naturalismo y teoría del Derecho*, cit. p. 85.



pios de la realidad misma. Para el realismo, la construcción de teorías se vincula con propósitos prácticos orientados por la necesidad de predecir el comportamiento de los tribunales. En su nacimiento, el enfoque realista en la teoría constitucional estuvo vinculado con la necesidad de reconstruir la teoría de la adjudicación a la luz de una cultura jurídica presidida por el auge de las ciencias políticas, económicas y sociales. En su versión actual, el realismo rehabilita este signo fundacional, en un contexto en que los diseños institucionales y las decisiones jurídicas vuelven a reclamar un fundamento empírico, capaz de devolver al derecho una función práctica, articuladora y superadora de la crisis.

Las tres grandes corrientes que cabría distinguir en este vasto arco de reacciones anti-economicistas y anti-formalistas serían los enfoques conductistas, contextualistas e institucionalistas. Un análisis sucinto de cada una de estas orientaciones puede permitir un balance de conjunto acerca de las posibilidades de un nuevo Realismo Constitucional.

### 3. LOS ENFOQUES CONDUCTISTAS

En sus diversas versiones, los enfoques conductistas abogan, en general, por una teoría jurídica capaz de tomar en préstamo de otras disciplinas empíricas, como la económica, la sociología, la ciencia política y la teoría de las organizaciones, modelos y métodos de investigación orientados a proveer enfoques y conclusiones acerca del derecho como forma efectiva de conducta social, inspiradas por percepciones y predisposiciones humanas tanto racionales como irracionales.

El frente conductista de las reacciones realistas se alimenta de una inter acción con dos líneas de desarrollo de las ciencias sociales en la actualidad: la economía conductista y el modelo actitudinal de la ciencia política.

#### a) El modelo de la economía conductista

Las corrientes que se nutren en la nueva economía conductista cuestionan el modelo del *rational choice* y lo hacen desde los presupuestos del realismo jurídico. En esta línea cabe situar aportes como los de D. Farber, C. Sunstein, L. Epstein, W.M. Landes o R. Posner (12), para quien "el realismo jurídico nunca ha sido más necesario que ahora" (13). Estos autores apuntan a la necesidad de abordar estudios empíricos de naturaleza cuantitativa, capaces de dar cuenta de los factores que influyen a los jueces en sus decisiones. Es toda la línea de los *law-in-action studies*

(12) Cfr. sobre todo, MILES, T. J. y SUNSTEIN, C. R., "The New Legal Realism", 75 *University of Chicago Law Review*, ps. 831 y ss. (2008); los aportes más recientes de Posner en esta dirección pueden verse en POSNER, R. A., *Reflections on judging*, Cambridge: Harvard University Press, 2013, espec. cap. 4 y ps. 351-366.

(13) POSNER, R. A., *Reflections on judging*, cit., p. 351.

orientados a estudiar a través de instrumentos empíricos las relaciones entre medios y fines en los procesos de toma de decisiones en el derecho (14).

Para estos autores, el hecho de que los jueces decidan preservando el secreto en la construcción de sus decisiones, obliga a utilizar métodos indirectos para estudiar su comportamiento. Desde hace al menos cincuenta años y con una tendencia acelerada, los científicos sociales —cientistas políticos, en particular pero también economistas, psicólogos y de modo creciente abogados y académicos formados en las ciencias sociales— utilizan conceptos teóricos y herramientas cuantitativas cada vez más sofisticadas para penetrar en la retórica judicial y llegar cada vez más lejos en la limitada auto comprensión de lo que hacen los jueces cuando juzgan. El comportamiento judicial alcanza así bases científicas de las que hasta no hace mucho se carecía. “Correctamente entendido, el realismo jurídico es un intento por ser realistas a propósito del comportamiento judicial” (15). Responder, en síntesis, a la pregunta por qué el derecho es como es.

El nuevo programa del realismo surge ante la disponibilidad de instrumentos conceptuales y metodológicos de los que en su época careció el realismo. Los realistas clásicos carecieron tanto de una filosofía jurídica común como de un modelo explicativo articulado acerca del comportamiento judicial como de los datos y la metodología de la investigación empírica con que hoy se cuenta. La tradición realista responde a una teoría del derecho interesada en explicar el proceso de toma de decisiones y de construcción *ex post* de sus interpretaciones y motivaciones (16). Es decir, una teoría acerca de la legitimidad de la decisión judicial. Su tesis podría resumirse en la proposición propuesta por B. Leiter: “Los jueces responden, primariamente, al estímulo de los hechos” (17). La función del discurso jurídico es por ello la de ofrecer un soporte técnico al intento de los abogados de persuadir a los jueces en lo que concierne a los hechos. Los casos no son decididos sobre la base de reglas y razones puramente técnico-jurídicas, sino más bien como una reacción y respuesta de los jueces y tribunales frente a los hechos que se plantean en el caso.

---

(14) Véanse los estudios compilados por SUNSTEIN, C. R. (ed.), *Behavioral law & economics*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000, espec. los ensayos de C. Jolls, R. H. Thaler y el propio Sunstein.

(15) EPSTEIN, L., LANDES, W. M. y POSNER, R. A., *The behavior of federal judges. A theoretical & empirical study of rational choice*, Cambridge: Harvard University Press, 2013, p. 3.

(16) Para una caracterización de esta nota del realismo, cfr. TAMANAHA, B. Z., *Beyond the formalist -realist divide*, cit. caps. V y VI.

(17) LEITER, B., *Naturalismo y Teoría del Derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 56.

El nuevo realismo es, en cambio, una descripción acerca de cómo se configura, a través de incentivos y restricciones, el comportamiento judicial, particularmente en lo que se refiere al proceso de toma de decisiones. Enfoca a los jueces a través de la lente de un análisis empírico, positivo. No se pregunta por cómo decidirán los jueces, sino como deciden de hecho. La economía institucional y particularmente la teoría de la decisión y la economía del trabajo brindan la posibilidad de un tratamiento nuevo de la decisión judicial (18)

En esta línea se mueven también los estudios sobre “nueva gobernanza” —Edward Rubin, Charles Sabel, William Simon, la Escuela de Columbia y el interés por el micro-análisis de las instituciones (19)—. Se trata de una reacción desde adentro de la teoría neo-clásica y constituye una de las líneas más desarrolladas de encuentro entre economistas empíricos y juristas de orientación “realista”.

## b) El modelo actitudinal

Esta tendencia explora las posibilidades de estudiar las decisiones en el derecho a través del análisis de las actitudes, preferencias y valoraciones de los actores intervinientes en el proceso jurídico. El hecho de que los mecanismos de decisión de los jueces deban todavía poco a las presiones burocráticas del poder judicial, favorece este tipo de visiones, que enfoca primordialmente el comportamiento de los jueces desde la perspectiva del individualismo metodológico propio de la tradición conductista. Como todo comportamiento político y social, el de los jueces debe ser explicado con alguna referencia a los valores, actitudes o personalidades individuales. Eric Posner y Cass Sunstein han expresado este punto de vista, a través de estudios de los sesgos (*bias*) ideológicos, religiosos, políticos y doctrinales o del “efecto panel” de quienes toman las decisiones jurídicas (20).

Los estudios de este tipo se apoyan en materiales y métodos hasta no hace mucho inaccesibles y hoy al alcance del investigador. Ello explica la generalización de estudios apoyados en la Base de Datos de la Corte Suprema, los papeles privados de trabajo de los *justices* y que avanzan en el análisis y la predicción de decisiones en materia de *certiorari*, decisiones *on the merits*, opiniones, motivaciones de sentencias y formación y acuerdos o coaliciones en torno a decisiones (21). Sin negar la importan-

---

(18) Como ejemplo de este tipo de investigaciones, cfr. CROSS, F. B., *Decision-making in the US Courts of Appeals*, Stanford: Stanford University Press, 2007.

(19) Una síntesis de esta posición en VAN GEEL, T. R., *Understanding Supreme Court opinions*, N. York: Pearson Longman, 2009.

(20) SUNSTEIN, C., et al: *Are judges political? An empirical analysis of the Federal Judiciary*, Washington: The Brookings Institution, 2006.

(21) Clásico en este sentido SEGAL, J. A. y SPAETH, H. J., *The Supreme Court and the attitudinal model*, Cambridge: Cambridge University Press, 1993, revisado

cia que revisten los factores culturales, ideológicos y políticos en la formación de opinión y la adopción de decisiones, la importancia creciente de los métodos empíricos permite contar con una visión más rigurosa de los factores que inciden en el proceso de toma de decisiones de los jueces.

#### 4. LOS ENFOQUES CONTEXTUALISTAS

Desde estas orientaciones se aboga, en general, por la incorporación al análisis jurídico de las investigaciones acerca del entorno social, económico y político condicionante de las estrategias jurídicas y económicas. Se trata, sobre todo, de incorporar toda una visión pragmatista de la existencia humana, y de los modos como el derecho moldea la conducta social.

El frente de los abordajes contextualistas reúne a las diversas corrientes que se inscriben en el movimiento de *Law & Society*. Se insertan también los trabajos de *Critical Legal Studies* y su énfasis en los estudios antropológicos y sociológicos, del tipo de los desarrollados también por la Escuela de Wisconsin.

Economistas como Ayres (22), Donohue o Levitt convergen con sociólogos como Robert Nelson y Laura Beth Nielsen en la utilización de técnicas e instrumentos cuantitativos. Los historiadores jurídicos como Lawrence Friedman, Robert Gordon o William Novak y en general los sociólogos del derecho como Stewart Macaulay, Marc Galanter, Brian Garth, Jack Heintz y David Wilkins o Lawrence Friedman animan esta restauración de las investigaciones sociales aplicadas del tipo de las promovidas por *Law & Society* y las conferencias anuales de la American Bar Association sobre "Nuevo Realismo".

Hay en el contextualismo una amplia variedad de tendencias que se remonta a las primeras etapas de la sociología del derecho y que promete avances en los estudios sobre cultura jurídica y profesiones legales.

El principio central es la idea de que las ideas vienen "desde afuera", es decir desde el entorno social y nacen de un procesamiento interior de los datos de la experiencia recibida. Desde esta óptica, se presta un énfasis especial al proceso inductivo, con una confianza en el método comparado y en el arte de la construcción jurídica a partir de la reconstrucción racional de las experiencias vividas.

En esta línea de pensamiento se incluyen asimismo las investigaciones acerca del flujo comunicacional y la incidencia de los medios sobre la

---

en profundidad por sus autores en *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

(22) Cfr. una síntesis de sus aportes en AYRES, I., *Super crunchers. Why thinking-by-numbers is the new way to be smart*, N. York: Bantam Books, 2007.

conducta de los jueces. Por lo general, las investigaciones se centran en el caso de la Corte Suprema estadounidense, y en el proceso a través del cual sus miembros más destacados recogen del entorno social y cultural valores, ideas, agendas y preferencias sociales. Los procesan e incorporándolos a sus decisiones los vuelcan nuevamente hacia el exterior. Este tipo de estudios (23) explora la conexión entre, por un lado, los jueces y sus audiencias y, por otro, las opiniones judiciales —entendidas como verdaderos géneros literarios— y sus funciones en la sociedad. Destaca así la idea de que los jueces orientan sus decisiones en el sentido de una adaptación a las expectativas de aquellas audiencias cuya interpretación les importa —particularmente la propia comunidad de los propios operadores del derecho o los círculos de formadores de opinión tanto especializada como pública— (24).

### 5. LOS ENFOQUES INSTITUCIONALISTAS

Tal vez sea esta la orientación dominante, incentivada desde la influencia creciente de la economía institucional sobre los estudios jurídicos. Quienes se insertan en esta tendencia abogan por la incorporación de la perspectiva de las instituciones y sus modalidades de acción y decisión en materia económica.

El frente *institucionalista* reconoce a su vez tendencias variadas. En principio, destacan por su importancia los autores que observan con interés el crecimiento de la teoría de la administración, las ciencias administrativas y la amplia gama de expresiones del institucionalismo y neo-institucionalismo tanto económico como jurídico (25).

a) Microanálisis de las instituciones: Un primer enfoque es el dedicado a la investigación empírica de los procesos de *management* y toma de decisiones institucionales, tanto públicas como privadas. El foco principal apunta a dilucidar cómo piensan las instituciones, cómo componen su estrategias y cómo resuelven sus conflictos.

---

(23) Con un estudio de los casos paradigmáticos de Learned Hand, Oliver Wendell Holmes y Richard Posner, destaca como ejemplo de este tipo de enfoque DOMNARSKI, W., *In the opinion of the Court*, Urbana: University of Illinois Press, 1996.

(24) BAUM, L., *Judges and their audiences. A perspective on judicial behavior*, Princeton: Princeton University Press, 2006. Para un ejemplo de este tipo de enfoques en el caso del juez español, cfr. NIETO, A., *El malestar de los jueces y el modelo judicial*, Madrid: Trotta, 2010.

(25) Para una visión de conjunto, CLAYTON, C. W. y GILLMAN, H. (eds.), *Supreme Court decision-making. New institutionalist approaches*, Chicago: The University of Chicago Press, 1999. También, dedicado a la relación entre interpretación a propósito del *judicial review* y opinión pública, cfr. MARSHALL, T. R., *Public opinion and the Supreme Court*, Boston: Unwin Hyman, 1989 y, sobre todo, FRIEDMAN, B., *The will of the people. How public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*, New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

b) La Nueva Gobernanza. La escuela de la *nueva gobernanza* multiplica su influencia y atrae hoy las miradas de la mayor parte de los estudiosos del declive del constitucionalismo. Enfatiza la importancia de los procesos de innovación y el desarrollo y papel de las nuevas formas de regulación. Va más allá de las decisiones de los tribunales y atiende a la conformación y patrones de funcionamiento de las nuevas organizaciones.

c) En esta misma línea de preocupaciones se sitúa el *experimentalismo democrático* y las corrientes que aspiraban a redefinir el juego democrático en un ámbito caracterizado por el declive de la participación y la crisis de la representación política y social.

En su aplicación a algunas cuestiones clásicas de la problemática político-constitucional, la perspectiva neo institucional (26) destaca la importancia de algunos temas especialmente significativos en la discusión actual. Así, por ejemplo:

a) Las nuevas fronteras de la regulación. Los mercados están lejos de tender hacia una situación de equilibrio óptimo. La intervención pública —no necesariamente estatal tiene una función equilibradora—. La acción del Estado no solo limita los mercados. También procura moldearlos, promover nuevas zonas para el desarrollo de respuestas nuevas a necesidades también nuevas.

b) Las instituciones —particularmente las legislativas y jurisdiccionales— no solo garantizan y controlan la vigencia efectiva de la libertad de los mercados y la protección de los derechos de propiedad. También atienden a su desenvolvimiento y progreso. Tienden así a interpretaciones abiertas y proactivas, abiertas a la creatividad y la innovación de regulaciones establecidas, apuntando a proteger una gama cada vez más amplia de derechos y libertades fundamentales. Operan así de modo activo en estrategias de compensación y discriminación inversa, ampliando de un modo creciente y por todos los medios a su alcance a una ampliación creciente de las oportunidades de acceso al derecho y la justicia.

c) El derecho ofrece una infraestructura de apoyo a los mercados. Además de asegurar la circulación de los bienes y servicios, vela por la reduc-

---

(26) Para una visión de conjunto de la perspectiva institucional, cfr. SOLTAN, K., USLANER, E. M. y HAUFLE, V., "New Institutionalism: Institutions and social order", en SOLTAN, K., USLANER, E. M. y HAUFLE, V. (eds.), *Institutions and social order*, Ann Arbor: Michigan University Press, 1998. Para una visión de conjunto de las tendencias del Nuevo institucionalismo en las ciencias sociales, cfr. en especial PETERS, G., *Institutional Theory in political science. The "New Institutionalism"*, London: Pinter, 1999. espec. caps. 1, 2 y 9; SHAPIRO, I., SKOWRONEK, S. y GALVIN, D. (eds.), *Rethinking political institutions. The art of the State*. New York: New York University Press, 2006, espec. El trabajo de M. Tushnet "Institutions for implementing Constitutional Law", ps. 241-259; LUTZ, D. S., *Principles of constitutional design*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, caps. 1 y 8.

ción de los costos de transacción y por la compensación ante las consecuencias de las fallas de los mercados. Suple al menos en parte los equilibrios en la información, velando por las asimetrías y proporcionando a los actores económicos remedios para neutralizar el impacto de la desigualdad a través de estrategias de compensación. El análisis del derecho se integra asimismo a las estrategias sociales de gobernabilidad, a partir de una noción amplia de la gobernanza social.

d) El nuevo enfoque institucional supone una crítica tanto interna como externa a la idea tradicional de *eficiencia*. La idea de que ante el conflicto de prioridades se debe optar por la solución más eficiente tropieza con la evidencia que existen siempre diversas alternativas posibles, igualmente eficientes y con consecuencias distributivas diferentes. La solución es siempre política y los valores o parámetros para su adopción son plurales. Las críticas externas a la eficiencia enfatizan la cuestionable cientificidad y ecuanimidad del juicio de eficiencia y corresponde al derecho la articulación de estrategias de compensación y recomposición.

e) El análisis económico neo institucional reconoce la prioridad de la cuestión de la distribución. El mercado no lleva por sí mismo a una distribución óptima. Tampoco cabe esperar derrames espontáneos. La economía es poder y resulta en todo caso imprescindible el concurso de la decisión política para optimizar una distribución inteligente, sobre todo en escenarios globales de complejidad creciente.

f) El mercado no es un espacio natural. Es un espacio artificial, producto del derecho. Hay mercado porque hay derecho y no a la inversa. Las distorsiones del mercado suponen distorsiones del imperio del derecho, entendido en su más amplia diversidad de aspectos —principios, leyes, regulaciones, procesos, costumbres, precedentes—. La pretensión de una idea del mercado como una realidad preexistente al derecho —observa N. Irti— responde a un enfoque ideológico. Expresa la voluntad de poder o la aspiración y el deseo de un derecho diverso y diferente al derecho. Una sociedad con menos derecho es, en el fondo una sociedad con otro derecho. De allí que alegue, al mismo tiempo una pretensión de neutralidad política. La anti-política es siempre una política contra otra política, del mismo modo que el anti-derecho es siempre un derecho contra otro derecho (27).

## 6. LOS NUEVOS TÉRMINOS DEL DEBATE

Los términos del debate se amplían y profundizan. La teoría constitucional atraviesa en la actualidad por una situación paradójica. Por un lado, el derecho ocupa un lugar central en la agenda pública y en las

---

(27) IRTI, N., "Diritto della contemporaneità", en su *Diritto senza verità*, Bari: Laterza, 2011, ps. 75-75.

controversias ideológicas y políticas. La política se judicializa y el derecho se politiza. Desde los pensadores más destacados hasta el ciudadano común, desde políticos y legisladores hasta economistas, jueces, periodistas, comunicadores e intelectuales públicos hacen suya una agenda de temas en otro tiempo casi exclusivos de juristas y filósofos del derecho. El discurso jurídico pasa a ser patrimonio público común de una sociedad empeñada en procesos de reconstrucción de la legitimidad social y de definición de bases nuevas para la gobernabilidad, ante la presión desbordada de nuevas demandas sociales. Es así que, por un lado, la temática del derecho y algunos de sus problemas fundamentales pasa a formar parte del gran debate acerca del poder y sus relaciones con la sociedad. Como ha observado Dworkin, los debates públicos en torno a la revisión judicial de constitucionalidad constituyen un verdadero *forum of principles* que es, en la actualidad, el centro principal de la discusión filosófica y política.

Sin embargo, por otro lado, persiste una situación de aislamiento disciplinario sistemático difícilmente explicable si se advierte el papel que el derecho ha representado en el pensamiento de figuras centrales del pensamiento filosófico y social —baste pensar en la obra de filósofos contemporáneos como Foucault, Rawls, Gadamer, Perelman o Habermas, sociólogos como Parsons, Luhmann o Bourdieu, economistas como Keynes, Friedman, Hayek o Sen o toda la corriente de la moderna economía institucional (28)—. La enseñanza del derecho —observa P.W. Kahn— es

---

(28) La lista de los premios Nobel de las últimas décadas registra nombres muy significativos por su aporte al pensamiento jurídico e institucional. Así por ejemplo Elinor Ostrom y Oliver E. Williamson (2009) por sus aportaciones a la teoría económica de la gobernanza; Robert J Aumann y Thomas C Schelling (2005) por su contribución a la teoría del conflicto y la cooperación mediante el análisis de la Teoría de Juegos; George A. Akerlof, Michael Spence y Joseph Stiglitz (2001) por sus análisis de los mercados con información asimétrica; James J. Heckman y Daniel L. McFadden, (2000), por desarrollar la teoría y los métodos de análisis de datos estadísticos que son actualmente utilizados ampliamente para estudiar comportamientos individuales en economía y en otras ciencias sociales; Amartya Sen (1998) por sus contribuciones a la economía del bienestar y a la teoría de la justicia; John C. Hersanyi, John F. Nash y Reinhard Selten (1994) por sus avances en el análisis del equilibrio en la teoría de los juegos no cooperativos; Robert Fogel y Douglass C. North (1993), renovadores de la historia económica aplicando la teoría económica y métodos cuantitativos para explicar el cambio económico e institucional; Gary Becker (1992) por haber extendido el dominio del análisis microeconómico a un amplio campo del comportamiento y la interacción humanos, incluyendo comportamientos no mercantiles; Ronald H. Coase (1991) por su descubrimiento y clarificación del significado de los costes de transacción y los derechos de propiedad para la estructura institucional y el funcionamiento de la economía; James M Buchanan (1986) por su obra acerca de las bases contractuales y constitucionales de la teoría de la adopción de decisiones económicas y políticas; George J. Stigler por sus investigaciones acerca de las estructuras industriales, el funcionamiento



un caso de doble personalidad, donde estas tendencias se entrelazan e interpenetran, definiendo un nuevo espacio para la investigación.

Por un lado, la mayoría de los enfoques académicos siguen operando conforme a un enfoque tradicional: comentando textos, analizando conceptos, disputando concepciones doctrinales, analizando desarrollos legislativos y jurisprudenciales y sugiriendo avances y alternativas doctrinales. Por otro lado, un número cada vez más importante de autores reaccionan con impaciencia, en la convicción de que el estudio del derecho debe canalizarse más bien a través de la aplicación de los métodos y técnicas empíricas predominantes en otras disciplinas —la primacía parece corresponder hoy a la ciencia política y a la “otra” economía—. La verdad del derecho, piensan, sólo puede alcanzarse más allá del derecho (29).

Se diría que el primer grupo suscita remotas reminiscencias acerca del origen de la jurisprudencia en la religión y el análisis de los textos sagrados. Su análisis parte de la aceptación dogmática de los valores y los textos heredados de la tradición y de una actitud de cerrada vigilancia comunitaria ante toda desviación heterodoxa. Desde esta perspectiva, similar a la de la teología, el culto a los valores de la Constitución es el eje central de esta concepción. Se viene “desde” la Constitución, que es la verdad y se marcha “hacia” la decisión, la opinión, los acuerdos y la resolución de los problemas que el caso plantea.

El segundo grupo postula en cambio la apertura a los saberes con mayor capacidad expansiva en la sociedad contemporánea y adoptan a menudo posiciones de confrontación, desde perspectivas incluso adversarias a la dogmática tradicional —economía política, ciencia política, antropología, sociología y sobre todo economía—. La resolución de problemas y necesidades sociales es el eje de esta concepción. Se marcha “desde” la necesidad y los datos del problema y las fuentes sociales del derecho y se marcha hacia la resolución del problema, lo cual implica, entre otras actividades, una interpretación dinámica de la Constitución y los datos normativos.

Desde esta perspectiva, la ciencia jurídica puede ser vista como una actividad de producción teórica que tiene por objeto la experiencia jurídica y que se desenvuelve en el tiempo a través del trabajo de una comu-

---

de los mercados y las causas y efectos de la regulación; Herbert A. Simon (1978), por su investigación sobre el proceso de toma de decisiones en las organizaciones económicas; Milton Friedman (1976) por sus resultados en los campos del análisis del consumo, historia y teoría monetaria y por su demostración de la complejidad de la política de estabilización o John Hicks y Kenneth Arrow (1970) por la creación de la teoría del equilibrio económico general y la teoría del bienestar.

(29) KAHN, P. W., *The reign of law. Marbury vs. Madison and the construction of America*, New Haven: Yale University Press, 1997, p. IX.

nidad científica, compuesta por operadores de diversa naturaleza juristas, abogados, jueces, profesores, políticos, etc. que comparten determinados valores y objetivos, a la vez que discrepan en tantos otros (30).

¿Hasta qué punto puede hoy este tipo de enfoques, generalizados en diversos campos de las ciencias humanas proyectarse al ámbito de la ciencia jurídica y en especial la teoría constitucional? En la medida en que el proceso de institucionalización de la disciplina ha sido más rápido que el de disciplinas como la historia, la sociología o la ciencia política, resulta difícil comprender el retraso relativo que experimentan sus preocupaciones epistemológicas.

A ello se suma también una determinada problemática o conjunto de cuestiones que preocupan a la comunidad jurídica y que van conformando los objetivos y metas de la investigación científica. A título también provisorio, cabe subrayar la relevancia de los siguientes procesos, propio del nuevo proceso de hibridación interdisciplinaria que enriquece actualmente a las disciplinas jurídicas y muy particularmente a la teoría del derecho constitucional:

a) Ruptura de las demarcaciones disciplinarias tradicionales. Particularmente las fronteras tradicionales entre el estudio del mundo social de la modernidad —a cargo de la historia, la economía, la sociología, la teoría del estado o la ciencia política— del mundo tradicional o pre moderno. Dichas disciplinas hoy no se distinguen de la antropología, la psicología social, la sociobiología o la teoría de los sistemas sociales. Las fronteras entre el estudio del pasado y del presente tienden a difuminarse del mismo modo que las que delimitan los campos respectivos del mercado, el Estado y la sociedad civil —ámbitos cuya separación resulta esencial para la auto imagen de la sociedad y el derecho moderno—.

b) Sustitución de los límites disciplinarios establecidos a partir de la matriz historicista del siglo XIX por nuevos estudios de área e investigaciones interdisciplinarias. Emergencia de una nueva matriz disciplinaria, caracterizada por la convergencia de disciplinas diversas en función de programas de investigación focalizados, ausentes en la tradición académica del positivismo.

c) Presión creciente de los programas de investigación empírica en torno a temas centrales de las ciencias sociales, del tipo, por ejemplo, de la teoría de la modernización o el amplio campo de los estudios institucionales, plataforma de convergencia del derecho, la psicología social,

---

(30) Para un análisis con mayor profundidad de este aspecto, cfr. ZULETA PUCBIRO, E., *Elementos de Teoría del Derecho. Materiales para su estudio*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013, cap. 3 y AARNIO, A., ATIENZA, M. y LAPORTA, F. J., *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.

la teoría de las organizaciones, la sociología, la economía y el análisis socio-cultural.

d) Nuevos marcos de referencia que permiten reinterpretar algunos temas centrales de la teoría jurídica tradicional. Nociones tales como "legalidad", "validez", "eficacia" o "legitimidad" son hoy incomprensibles sin el concurso de las ciencias sociales, capaces de dar cuenta de todo lo que antecede, subyace o sigue al fenómeno jurídico. Los niveles de crecimiento económico, los estilos de desarrollo, las tendencias demográficas, la distribución de los recursos, las estructuras de la desigualdad, las tendencias en las actitudes y el comportamiento social, los patrones de distribución de la riqueza, las jerarquías sociales y las estructuras organizacionales, configuran hoy dimensiones indispensables para el abordaje de los problemas centrales de la teoría del derecho. El prestigio social y el reconocimiento extendido de los avances y el instrumental empírico de estas disciplinas, desempeñan hoy un papel central en cualquier estrategia de explicación científica o de justificación decisoria.

e) Superación de la tensión entre universalismo y particularismo, que deja así de ser vista como un obstáculo al progreso de la ciencia y pasa a convertirse en uno de los resortes básicos del desenvolvimiento de las disciplinas. El propio enfoque interdisciplinario, volcado a una tarea de introspección de las tareas básicas de la ciencia proporciona evidencias al respecto. Se reconocen en la verdad científica componentes históricos, éticos y políticos ausentes en la concepción tradicional de la dogmática positivista.

f) Reconocimiento de la complejidad esencial de los sistemas sociales históricos y de su composición por unidades múltiples e interactuantes entre sí, que se adaptan, aprenden e innovan las condiciones de su existencia.

## 7. UN NUEVO REALISMO CONSTITUCIONAL

Tiende así a esbozarse un nuevo marco conceptual, nacido del conocimiento de los sistemas evolutivos históricos complejos y de la posibilidad de incorporar al análisis la dinámica de los no-equilibrios y des-equilibrios, orientados a la posibilidad de soluciones alternativas múltiples. En este marco la teoría constitucional experimenta un retorno de los motivos y enfoques centrales del realismo.

Al mismo tiempo, la propia práctica del derecho ofrece un incentivo claro a esta recuperación de una tradición jurídica decantada.

Un rasgo central de este proceso es sin duda el paso desde una concepción "legalista" del Estado de Derecho a una concepción "constitucional", basada sobre todo en la idea de control difuso de constitucionalidad de las diversas instancias de producción normativa y en un interés

central por los problemas de la justificación "material" de los procesos de deliberación y toma de decisiones en todas las instancias del Estado.

En la medida en que se avanza hacia una concepción más bien controvertida del derecho, fruto en buena parte del prestigio global de los conceptos e instituciones fundamentales del constitucionalismo americano, crece el interés por los procesos de argumentación y justificación en el derecho.

La república constitucional supone, en sus desarrollos fundacionales en el constitucionalismo americano, una idea del derecho entendido como controversia orientada hacia la construcción de un equilibrio garantizado por los frenos y contrapesos del orden institucional. "El Estado constitucional —apunta Atienza— supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación (que la requerida por el Estado liberal —legislativo— de Derecho). En realidad, el ideal del Estado constitucional (la culminación del Estado de Derecho) supone el sometimiento completo del poder al derecho, a la razón: la fuerza de la razón frente a la razón de la fuerza. Parece por ello lógico que el avance del Estado Constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de las decisiones de los órganos públicos (31). La argumentación, ya sea en contextos deliberativos o en contextos de confrontación política abierta pasa a ser un ámbito cada vez más central de la razón pública. En la dinámica de los sistemas políticos contemporáneos, decidir supone, ante todo, argumentar.

El retorno al realismo es así uno de los impulsos centrales en la pretensión del derecho de recuperar el centro de gravedad del sistema social. Está claro que no se trata del realismo de los filósofos —en sus diversas variantes—. Es más bien el realismo de los juristas y los jueces, enfocado en los tiempos actuales en los temas constitucionales. Lo que determina este nuevo enfoque es el cambio profundo en la propia naturaleza del fenómeno jurídico, la radical indeterminación de la normatividad, la ampliación de los márgenes para la discreción en la toma de decisiones bajo condiciones de alta complejidad e incluso el pluralismo radical del contexto de valores e ideas propio de las sociedades actuales.

A impulsos del prestigio reciente de las orientaciones teóricas y prácticas predominantes en el constitucionalismo americano se afianza incluso una concepción general de las vinculaciones entre teoría y práctica que, de algún modo, podría tipificarse como *instrumentalismo pragmático* (32). Sus presupuestos básicos serían los siguientes:

---

(31) ATIENZA, M., *El derecho como argumentación*, cit. p. 75.

(32) La expresión se utiliza en un sentido en muchos sentidos similar al propuesto por SUMMERS, R. S.: *Instrumentalism and American legal theory*, Ithaca: Cornell University Press, 1982 y *Form and function in a legal system. A general*

- a) Una concepción amplia de la normatividad, entendida en términos tanto de reglas como de principios, tanto en términos de estructura como de función.
- b) Una preocupación por la consideración del derecho en su conjunto como una práctica social argumentativa compleja abarcadora tanto de la cultura jurídica interna como de la cultura jurídica externa.
- c) Una valoración del proceso interpretativo tanto en términos estrictos de proceso como de resultado y de consecuencias socialmente contextualizadas.
- d) Una rehabilitación plena —y en algunos autores incondicional— de la tradición de la filosofía práctica, acompañada de una revisión crítica de la teoría del discurso jurídico y una superación de los límites otrora infranqueables entre sus dimensiones descriptivas y prescriptivas.
- e) Identificación de criterios y reglas de reconocimiento abiertos a una integración entre derecho, política y moral.
- f) Reconocimiento de una pretensión general de corrección del derecho en su triple dimensión de norma, hecho y valor.
- g) Superación de la idea del derecho como técnica específica de motivación de la conducta social. Ampliación de las perspectivas de una sociología integradora de las dimensiones normativas y no normativas del derecho. Redescubrimiento de la importancia del no derecho.
- h) Interés central por los problemas y principios de la justificación racional y razonable de las decisiones públicas en un contexto de pluralismo democrático.
- i) Tematización explícita de los problemas del conflicto y de la toma de decisión en las diversas instancias del Estado constitucional de Derecho.
- j) Visión instrumental y finalista de los procesos de decisión en el derecho. Definición de la práctica como criterio fundante e inspirador de las prácticas institucionales.

Desde esta perspectiva, argumentar es generar razones contextualmente suficientes para decisiones plausibles respecto de problemas complejos en los que las necesidades de la cultura jurídica interna —propia

---

*study*, Cambridge : Cambridge University Press, 2006. Para un análisis de los presupuestos socio-culturales de la tradición del instrumentalismo pragmático, cfr. ATIAS, C. H., "American legal cultural and traditional scholarly order", en *46 Louisiana Law Review* (1986), ps. 117-1136.

de los operadores del derecho— se interpenetran con las necesidades y compromisos que plantea la cultura jurídica externa, propia de la sociedad en su conjunto (33).

## 8. NEO REALISMO CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA

En este punto, la teoría del derecho se abre a los desafíos actuales que plantea la teoría de la democracia, entendida a su vez como una teoría necesariamente *crítica*. La justificación filosófico-política implica un esfuerzo racional de determinación de las condiciones bajo las cuales una decisión puede ser considerada una solución razonada y razonable desde el punto de vista de las exigencias de una aceptabilidad democrática.

De allí la importancia creciente de una teoría jurídica volcada a la recuperación del realismo jurídico en sus diversas interpretaciones y tendencias. Es decir, una teoría abierta a las relaciones entre teoría y praxis, capaz de integrar a su estudio temas y problemas como los indicados. Una teoría jurídica así entendida se perfila como especialmente necesaria y urgente, sobre todo en tiempos de democracias inciertas y de baja intensidad, en las que la decadencia de la soberanía de la ley corren parejas a la generación de condiciones de emergencia permanente, la demanda de intervención discrecional de los poderes estatales y, sobre todo, la demanda igualmente creciente de acceso de la sociedad a nuevos y mejores derechos (34).

---

(33) De allí incluso un cambio en la propia forma de exposición filosófica, basado en el abandono de la aplicación de los métodos formales de la lógica al campo de la argumentación. En la medida en que el derecho es percibido como parte de la argumentación cotidiana, se reconoce el hecho de que la misma es a menudo tan compleja que ningún argumento formal puede ser suficiente para representar la lógica que preside la mayor parte de los problemas decisorios que en la vida de todos días afronta el razonamiento jurídico. Una de las fuentes más frecuentes de confusiones y debates surge precisamente —contra lo que podría pensarse, del refinamiento casi siempre superfluo del cálculo lógico—. Cfr. la referencia al respecto de BOWELL, T. y KEMP, T., *Critical thinking*, Londres: Routledge, 2002, p. VII. Para una visión de las tendencias actuales en torno a la relación entre argumentación y toma de decisiones, cfr. RIEKE, R. D. y SILLARS, M. O., *Argumentation and critical decision-making*, N. York: Longman, 2001, espec. caps. 1 y 15; BREST, P. y KRIGIER, L. H., *Problem solving, decision making and professional judgement*, Oxford: Oxford University Press, 2010; KLEIN, D. y MITCHELL, G. (eds.), *The psychology of judicial decision making*, Oxford: Oxford University Press, 2010. BARON, J., *Thinking and deciding*, 3a ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2000. Para una revisión de las tendencias en el campo de la psicología de la decisión, cfr. ROSSI, S. y VAN DER HENST, J. B. (eds.), *Psychologies du raisonnement*, Bruselas, De Boeck, 2007.

(34) Para una visión de conjunto, los ensayos recopilados en VVAA.: *La sociedad litigiosa*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judi-

Es este un punto central en la tradición que continúa la propuesta realista norteamericana. Acierta en tal sentido W. Twining cuando, historiando la aparición del realismo a través de un estudio sobre Karl Llewellyn y su época (35), sugiere que una comprensión adecuada del realismo y de sus proyecciones intelectuales requiere, ante todo, una valoración de ciertos factores contextuales que explican su génesis y desarrollo.

El realismo de los realistas americanos no fue una filosofía del derecho. Fue, ante todo, una reflexión de juristas acerca del proceso de interpretación y aplicación del derecho, en el contexto de un cambio sustantivo en las relaciones entre el derecho y la sociedad.

Desde un principio, pesó sobre los juristas de la época un conjunto de problemas específicos, desconocidos para sus colegas en el *common law* o en el derecho continental. Tareas como la de adaptar el *common law* a las condiciones del nuevo mundo y particularmente la de hacer compatible su unidad en un medio heterogéneo y organizado de modo difuso y sobre la base de una pluralidad de jurisdicciones fueron sin duda decisivas para la generación de un estilo y una cultura jurídica peculiares.

La neutralización del poder gubernamental a través de su división y difusión social impulsó, en el periodo de entreguerras, un protagonismo social del poder judicial que el peso del tiempo y el crecimiento de las competencias gubernamentales han contribuido paradójicamente a incrementar. La importancia relativa de los tribunales, su alta visibilidad y protagonismo político, su conflicto entre función propuesta y ejercicio efectivamente desempeñado, han sido fuentes de inspiración constante para la doctrina del realismo.

Desde entonces, la gran tradición del realismo procuró precisamente conciliar ambos aspectos desde una perspectiva compartida con el movimiento más amplio en las ideas culturales y filosóficas, genéricamente caracterizable —en expresión de Morton White— como “revuelta contra el formalismo”. Holmes representó así, en la Jurisprudencia o teoría del derecho, lo que Dewey y el pragmatismo en la filosofía, Veblen en la economía, J.H. Robinson o Ch. Beard en la historia del derecho.

Todos ellos rechazaron la pretensión hegemónica de la lógica deductiva y las analogías matemáticas en sus respectivas disciplinas. Al mismo tiempo reivindicaron el papel de la vida, la experiencia, la atención a los procesos sociales y a la institucionalización de las necesidades vitales de la cultura y la sociedad. Privilegiaron así conceptos tales como contexto, función, crecimiento, experiencia, desarrollo o proceso. Recelaron de la

---

cial, 2008, espec. los aportes de F. Sanchez Romeu, J. J. García de la Cruz Herrero y J. J. Gonzalez Rivas.

(35) TWINNING, W., *Karl Llewellyn and the realist movement*, Norman: The University of Oklahoma Press, 1973, espec. ps. 3-70.

a-historicidad de la tradición utilitarista inglesa, reclamando un lugar central para las ciencias positivas, el método histórico, la interpretación económica, el análisis económico, la naciente sociología y la psicología experimental.

### 9. UNA NUEVA AGENDA PARA EL DEBATE CONSTITUCIONAL

A su vez, por el lado del *análisis constitucional*, cabe señalar algunos puntos centrales para la agenda del nuevo realismo constitucional.

a) Se impone por lo pronto revisar una cierta idea de la Constitución entendida simplemente como una carta de libertades negativas. Es decir de libertades *contra* el Estado. La nueva agenda inspirada por el realismo convoca a reconsiderar la importancia de esa otra parte de la Constitución, que apunta más bien a las libertades positivas o libertades *para*. La Constitución asegura los beneficios y los fueros de la libertad, pero al mismo tiempo promueve un nuevo orden: La idea de bienestar general es correlativa y no opuesta al reconocimiento neo constitucionalista de los derechos individuales. Junto a los derechos, los deberes; junto a los medios, los fines; junto a las libertades individuales, los poderes y las responsabilidades de la sociedad.

b) Desde esta perspectiva, se impone asimismo la necesidad de revisar la hegemonía ideológica alcanzada por una cierta idea en exceso abstracta de los derechos fundamentales. Es menester superar la idea simplista de un catálogo de derechos absolutos protegidos desde una visión activista de la función jurisdiccional, que reivindica para sí el papel de custodia de la Constitución, por encima y más allá de los avances "políticos" de la legislación. Tanto o más que esta lista rígida de derechos debe importar la capacidad efectiva de los equilibrios institucionales para derivar y consolidar nuevas formas de acceso al derecho y a las libertades, a partir de la matriz constitucional establecida. Así, por ejemplo, cuando en la etapa del constitucionalismo social se derivaron los derechos sociales a partir del catálogo originario de libertades formales o el auge más moderno del desarrollo de libertades como las referidas a la educación, a partir de una noción más integral de ciudadanía. Tan importantes como las cláusulas que reconocen y consagran límites al poder y garantías a los derechos son las cláusulas de la Constitución que definen las estructuras de los poderes o que establecen los deberes y responsabilidades que tales derechos implican para las diversas ramas del gobierno federal o para los poderes provinciales y locales (36).

---

(36) Para un balance actual del desequilibrio entre la idea de la Constitución entendida como una carta de derechos y la idea de la constitución como una estructura organizativa del poder político, cfr. para el caso americano espec. BARBER, S. A., *Welfare & the Constitution*, Princeton: Princeton University Press,



c) Se impone por ello superar una noción igualmente simplista del papel y de la acción promotora del Estado. La idea del Estado que subsidia, compensa, indemniza o provee de modo paternalista debe ceder paso a la realidad de un Estado capaz de regular en libertad, a través formas de diversas de *partenariado (partnership)* público/privado. Capaz de abrir nuevos espacios más allá del Estado y de su capacidad de regulación y control. La ida todavía difusa y en construcción de *gobernanza* social pasa a convertirse en un concepto clave.

d) El mercado no es, desde esta perspectiva, un espacio natural. Es un espacio artificial, producido por el derecho. Hay mercado porque hay derecho y no a la inversa. Las distorsiones del mercado suponen distorsiones del imperio del derecho, entendido en su más amplia diversidad de aspectos —principios, leyes, regulaciones, procesos, costumbres, precedentes—. La pretensión de una idea del mercado como una realidad preexistente al derecho —observa N. Irti— responde a un enfoque ideológico. Expresa la voluntad de poder o la aspiración y el deseo de un derecho diverso y diferente al derecho. Una sociedad con menos derecho es, en el fondo una sociedad con *otro* derecho. De allí que alegue, al mismo tiempo una pretensión de neutralidad política. La anti-política es siempre una política contra *otra* política, del mismo modo que el anti-derecho es siempre un derecho contra *otro* derecho (37).

e) Se impone revisar una noción demasiado acotada de la idea de gobierno, basada en la teoría pura de la República Constitucional, teorizada a partir de finales del siglo XVIII, desde premisas políticas y culturales ya superadas por la experiencia de sociedades complejas. Ello implica aceptar una idea más completa y compleja de *gobernanza*, entendida como gobierno de la complejidad en la que, más que de la idea tradicional de una división/separación de poderes, cabe hablar de interdependencia de poderes. Frente al énfasis unilateral en un derecho constitucional “de los derechos”, un interés y énfasis mayor en los temas y problemas de un derecho constitucional en definitiva más “estructural”. Es decir, preocupado por los problemas actuales del gobierno y por la consideración del derecho como una herramienta activa de igualdad activa, de justicia material y de libertad efectiva.

## 10. EL CONSTITUCIONALISMO EN LA ERA POST REGULATORIA

Surge así, de modo gradual, una agenda para la transformación de unas relaciones entre derecho, sociedad y economía jamás negadas aunque muchas veces soslayadas por un pensamiento débil y sobre todo defen-

---

2003 y WILKINSON, J. H., “Our structural Constitution”, *Columbia Law Review* 104 (2004), 1686-1709.

(37) IRTI, N., “Diritto della contemporaneità” en su *Diritto senza verità*, Bari: Laterza, 2011, ps. 75-75.

sivo como el del formalismo jurídico. Se intenta superar una actitud adaptativa ante la crisis y se proponen en cambio opciones activas y responsables en favor de un Estado de Derecho efectivamente vigente, situado por definición y principio más allá de los avatares del ciclo recurrente de las crisis económicas e institucionales. La crisis de la ley, el cuestionamiento de sus pretensiones de racionalidad, la duda creciente en torno a sus funciones tradicionales en la vida social exigían, en efecto, renovaciones teóricas y metodológicas sustanciales. La pérdida de auto-evidencia del mensaje legislativo llevaba a un cuestionamiento de su sentido y situaba por tanto a la interpretación en el centro de la teoría del derecho.

En un mundo de explosión legislativa, de “leyes desbocadas” (38) signado por una desconfianza en la racionalidad, autosuficiencia y plenitud hermética del derecho legislado, el derecho se convierte, ante todo, en una práctica interpretativa, a cargo de un número creciente actores y a lo largo de un proceso de complejidad creciente, cuya descripción desborda los marcos normativos descriptos en las constituciones y regulaciones propias del procedimiento legislativo tradicional (39). Su aplicación es, ante todo, negociación social, a través de un proceso comunitario de construcción interpretativa, en el que participan tanto el poder legislativo como el ejecutivo y el judicial.

Los tiempos actuales marcan toda una época de convergencias entre concepciones y doctrinas opuestas. En este sentido, la propuesta del realismo recupera un carácter central. Al igual que la época actual, la era del realismo originario, en las primeras décadas del siglo XX, no fue una época de consensos teóricos y metodológicos. El conflicto primó sobre los acuerdos. Sin doctrinas dominantes y con un debate todavía mínimo en torno a la utilidad comparativa de las diversas alternativas disponibles, para el realismo estaba claro que a la tarea de construcción de nuevos modelos y alternativas requería una convocatoria amplia y pluralista a todos los puntos de vista y enfoques disciplinarios posibles. La situación actual no es muy diferente y en muchos sentidos los hechos actualizan la vigencia de aquel programa originario.

Las últimas décadas plantean cambios cualitativos en la visión acerca de la intervención del derecho en la sociedad. Como ya se ha subrayado, los factores catalizadores de las nuevas tendencias no han sido las influencias socio-culturales *extrínsecas* al mundo del derecho —como

---

(38) GARCIA DE ENTERRIA, E., *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid: Civitas, 1999.

(39) Para un estudio actualizado de las transformaciones del proceso legislativo, cfr. MANNING, J. F. y STEPHENSON, M. C., *Legislation and regulation*, N. York: Thomson Reuters/ Foundation Press, 2010, caps. 3 y 4. También, HETZEL, O. J., LIBONATI, M. E. y WILLIAMS, R. F., *Legislative Law and Statutory Interpretation: cases and materials*, N. York: Lexis-Nexis, 2001, caps. ps. 171-186.

podrían ser la renovación de los estudios sobre interpretación en el resto de las ciencias humanas, la importancia creciente de las perspectivas de la hermenéutica filosófica, la renovación de los estudios literarios, el desarrollo general y multifacética de la teoría de la argumentación, o el propio el interés de los juristas por las teorías filosófico-jurídicas post positivistas—.

Más bien al contrario, los impulsos decisivos han provenido sobre todo de factores *intrínsecos*, tales como la renovación y el debate conceptual en la doctrina judicial, el impacto generado por los cambios en el papel del derecho y las decisiones judiciales en la vida social y la explosión de los antagonismos y conflictos jurídicos, políticos, morales y culturales suscitados por las nuevas funciones del derecho en la sociedad. El dato central es la complejidad de la estructura y la dinámica social.

El contexto actual de la legislación agrega, a su vez, algunos factores adicionales que presionan sobre el cuerpo de doctrinas heredadas y explican el interés actual por la teoría de la interpretación de la ley. El más importante es acaso, el proceso de cambio experimentado en el ámbito de la legislación. Buena parte del debate actual gira en torno a la pérdida de confianza en el papel tanto de la legislación y en las capacidades de respuestas efectivas desde el ámbito de la función judicial. Otro problema de pareja importancia es la convicción extendida de que los poderes judiciales operan más como *sponsors* o presentadores de proyectos nacidos fuera del congreso, sea en el Ejecutivo o en las diversas instancias de la burocracia estatal, o de grupos de presión e interés y organizaciones públicas y privadas donde se producen de hecho las iniciativas y proyectos legislativos (40). La intención del legislador pasa a ser así una ficción de utilidad cada vez más sospechosa y cuestionable para el intérprete.

La razón es simple. Tanto las leyes y las regulaciones administrativas como las decisiones judiciales han dejado de ser datos naturales y obvios, que reflejan sin más una supuesta racionalidad inherente al orden jurídico. Ni la ley puede ya ser considerada como un producto de la voluntad y la razón ilustrada ni las decisiones judiciales una expresión emanada de la “boca de la ley”. Las democracias actuales viven un proceso de auténtica mutación institucional, en los que los problemas del cambio y la innovación constitucionales, hasta no hace mucho soslayados o considerada como un capítulo menor de la dogmática cons-

---

(40) Para una descripción de estos procesos de drafting extra-legislativo, cfr., por ejemplo, NUTTING, C. B y DICKERSON, R., *Legislation. Cases and materials*, St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1978, ps. 187-191; ANDRES, G., *Lobbying reconsidered. Under the influence*, N. York: Pearson/Longman, 2009, caps. 7 y 9; BLACK, A. E., *From inspiration to legislation. How an idea becomes a bill*, N. York: Pearson/Prentice Hall, 2007, ps. 122 y ss.

titucional, ha pasado a ocupar un lugar central en las preocupaciones de las nuevas orientaciones de la teoría y el derecho constitucional. La vigencia de las notas propias del Estado de Derecho no puede darse por supuestas. Atraviesan por situaciones de emergencia y cuestionamiento casi constantes. Enfrentan retos desconocidos para las visiones tradicionales y nada lleva a pensar en un futuro de características como las conocidas.

El impacto de los nuevos debates constitucionales sobre las ideas recibidas es importante y muy significativo sobre todo en el campo de lo que, de un modo provisorio, cabría denominar "teoría de la legislación". Las posiciones en disputa trascienden el campo de la dogmática constitucional y desafía de modo abierto los principios fundamentales del Estado de Derecho. La crisis general de las construcciones ideológicas, el derrumbe de las democracias totalitarias y el avance de las democracias pluralistas está lejos de haber consolidado una suerte de "Fin de la Historia" del tipo de los preconizados por algunas profecías apresuradas. El signo de los tiempos actuales es más bien el de la incertidumbre. El nuevo conflicto de visiones en manera alguna excluye el retorno de los fundamentalismos, el impulso de nuevas formas de intolerancia religiosa y política e incluso el recurso desesperado a modalidades inéditas de violencia terrorista.

La noción tradicional y siempre polémica de "Estado de Derecho" vuelve así al centro del debate y pasa a ser un eje de expectativas, proyecciones, convergencias y divergencias entre perspectivas diversas de análisis y debate. Una reconstrucción histórico-conceptual de la noción de imperio de la ley, de su evolución en la teoría jurídica y política de la modernidad y de sus proyecciones en el nuevo marco de la sociedad global puede contribuir, acaso, a un balance actual y prospectivo de los desarrollos futuros del derecho y la teoría de la interpretación judicial. En una era de crisis de las instituciones, el proceso de judicialización tiende a incrementarse y la teoría y práctica de la interpretación es el ámbito de esta tensión esencial. El derecho y los tribunales se encuentran, por así decirlo "disponibles". Intervienen, participan y toman parte. El proceso deviene una arena centrífuga y multipolar, donde interactúan conflictivamente actores que desbordan el papel de las partes. Los tribunales interpretan y dan contenido y dinamismo a los programas constitucionales y legislativos. De un modo creciente, sus pronunciamientos adquieren el valor de precedentes.

El fenómeno jurídico presenta así aspectos multifacéticos y cambiantes. Es, a un mismo tiempo, texto y contexto, norma y hecho, teoría y práctica, valores y decisiones, expectativas y evidencias, principios, reglas y procedimientos, conductas y estándares o parámetros de evaluación social o individual de las mismas. Todo intento de reducir el enfoque de la ciencia del derecho a un análisis de las normas tropieza, inevitable-

mente, con la realidad de su heterogeneidad y complejidad fundamental.

La noción de “Buen Gobierno” opera como una premisa fundamental para la reconstrucción de una teoría de la interpretación legislativa adaptada a las funciones actuales del derecho en la sociedad. La apertura de un proceso de alta incertidumbre en torno al orden económico afecta de modo decisivo muchas de las premisas de lo que se suele entender por “seguridad jurídica”. Las reformas económicas tardarán en consolidarse y la interpretación deberá reconocer contextos sociales de alta competencia y confrontación social.

Nuevos valores y actitudes sociales configuran así nuevos patrones de comportamiento social. El nivel de calidad y avance de las reformas económicas sigue sin embargo contrastando con el descenso en los niveles de calidad institucional. Sociedades capaces de avanzar hacia grados cada vez mayores de racionalidad en sus expectativas exhibirán, al mismo tiempo, grados de discrecionalidad y primitivismo institucional que generará, a su vez, reservas cada vez más serias en torno a las posibilidades de continuidad de las reformas.

La experiencia recogida indica, sin embargo, que las reglas del buen gobierno son tan universales como las reglas de la buena economía o el buen derecho. Implican participación y sustentabilidad del desarrollo humano, aceptabilidad y legitimidad, transparencia, equidad e igualdad de oportunidades. Implica sobre todo, reconocimiento de la soberanía del Estado de Derecho: división de poderes, garantías efectivas de los derechos fundamentales, control de la arbitrariedad y discrecionalidad de los gobernantes, espíritu de concertación, respeto a las minorías políticas y sociales. Lucha efectiva contra la corrupción pública y privada y, sobre todo, confianza, que es la base fundamental de la tolerancia democrática. Son reglas que, conforme a las particularidades propias de cada ámbito de la función estatal, se aplican a todos los poderes, sin que ninguno de ellos pueda arrogarse una posición de “independencia” o superioridad respecto al conjunto (41).

---

(41) Cfr. En un caso de tan importantes repercusiones internacionales, como el caso “Garzón”, la doctrina sentada por el Tribunal Supremo de España en su *Sentencia Nº: 79/2012* del 9 de febrero de 2012, en Causa especial “Garzón”: “En un sistema democrático como el regulado en la Constitución española, el Poder Judicial se legitima por la aplicación de la ley a la que está sujeto, y no por la simple imposición de sus potestades. De manera que el Estado de Derecho se vulnera cuando el juez, con el pretexto de aplicación de la ley, actúa solo su propia subjetividad concretada en una forma particular de entender la cuestión a resolver, y prescindiendo de todos los métodos de interpretación admisibles en derecho, acoge un significado irracional de la norma, sustituyendo así el imperio de la ley por un acto contrario de mero voluntarismo. La superación del simple positivismo, que pudiera conducir a actuaciones materialmente injustas, resulta de la Constitución

La idea de "buen gobierno" remite en realidad a una noción actualizada de la idea tradicional de "gobierno". Contribuyen a la nueva configuración semántica tanto una convergencia de nuevos valores como nuevas elaboraciones conceptuales, nacidas de una reconstrucción racional de la vasta experiencia histórica del Estado democrático contemporáneo en sus tres variantes fundamentales: la democracia liberal, la democracia republicana y la democracia deliberativa propia de los modernos debates sobre la justificación racional de la democracia.

En su acepción más tradicional, "gobierno" es el ejercicio de la autoridad política, económica y administrativa en orden a la conducción de los asuntos públicos. Al mismo tiempo, es también el conjunto de mecanismos, procesos, relaciones e instituciones a través de las cuales los ciudadanos y los titulares del poder público y privado articulan sus intereses, ejercen sus derechos y obligaciones y arbitran sus diferencias. Lo que agrega el concepto actual de buen gobierno es la idea de un gobierno que abarca todos los métodos utilizados por la sociedad para distribuir el poder y gestionar los recursos públicos y su utilización efectiva, eficiente, transparente, controlable, participativa y responsable de cara a las necesidades básicas de la sociedad.

"Buen Gobierno" refiere a una síntesis de calificaciones que hacen del gobierno algo que es, al mismo tiempo, participativo, sustentable, legítimo, transparente, equitativo, igualitario, tolerante, pluralista y respetuoso del Estado de Derecho (42).

A su vez, el "buen gobierno" responde a modernas exigencias de la gestión pública, que imponen condiciones de aptitud para el desarrollo de los métodos y recursos del gobierno, eficaz y eficiente, promotor de nuevas condiciones económicas y sociales y, sobre todo, controlable, regula-

---

y, especialmente, de sus normas sobre derechos fundamentales, que constituyen al tiempo una guía interpretativa y un límite infranqueable. Desde esta perspectiva, la previsión legal del delito de prevaricación judicial, no puede ser entendida en ningún caso como un ataque a la independencia del Juez, sino como una exigencia democrática impuesta por la necesidad de reprobar penalmente una conducta ejecutada en ejercicio del poder judicial que, bajo el pretexto de la aplicación de la ley, resulta frontalmente vulneradora del Estado de Derecho".

(42) Para un desarrollo más amplio de la noción de "Buen Gobierno", cfr. UNDP: *Reconceptualising Governance*. UNDP Management Development and Governance Division: Discussion Paper 2. N. York, 1997 y *Governance. The World Bank Experience*. Washington DC: World Bank, 1994. Asimismo, GRINDLE, M. (ed.), *Getting Good Government. Capacity building in the public sectors of developing countries*, Cambridge: Harvard Institute for International Development, 1997. RHODES, R. A. W., *Understanding governance. Policy networks, governance, reflexivity and accountability*, Buckingham: Open University Press, 2001 y NYE, J. S. y DONAHUE, J. D. (eds.), *Governance in a globalizing world*, Washington: Brookings Institution Press, 2000.

ble, orientado a la calidad, sensible a las necesidades sociales, cada vez más complejas y cambiantes" (43).

La idea contemporánea de "Gobernanza" (*Governance*) gira en torno las condiciones del desarrollo de las funciones de gobierno bajo una doble exigencia: por un lado, la necesidad de un ejercicio cada vez más complejo, sofisticado y técnicamente de la actividad gubernativo y, por otro, la creciente desconfianza y vigilancia crítica por parte de ciudadanos cada vez más informados, conscientes de sus derechos y conocedores de los mecanismos de participación y reclamación.

Las condiciones apuntadas son enfrentadas a partir de la determinación de cinco principios básicos, presente en la mayor parte de los documentos internacionales vigentes sobre la materia (44):

a) **Apertura** (*Openess*). Las instituciones deben funcionar de modo abierto. Deben comunicar lo que hacen, cómo lo hacen y detallar las decisiones que toman. Deben utilizar para ello un lenguaje accesible y comprensible para el público general, para mejorar los niveles de confianza en instituciones complejas.

b) **Participación**. La calidad, relevancia y efectividad de las políticas públicas dependen de la capacidad de las instituciones para garantizar una participación amplia e inclusiva de los ciudadanos a lo largo de la cadena de decisiones que toda política pública implica —desde la concepción y el diseño hasta las diversas fases de su implementación—. El mejoramiento en la participación lleva a una mejora en la confianza en el resultado final de las políticas y en las instituciones que las llevan a cabo.

c) **Rendición de cuentas** (*Accountability*). Los roles en los procesos legislativos y ejecutivos deben ser cada vez más claros y responsables en los procesos de balance y rendición de cuentas de los recursos utilizados. El monitoreo y evaluación de las políticas que se implementan forman parte esencial del proceso de desarrollo e implementación de las políticas públicas.

d) **Efectividad** (*Effectiveness*). Las políticas deben ser efectivas, puntuales y desarrolladas en los tiempos previstos. Los resultados que producen deben basarse en objetivos claros y, en lo posible, deben ser sometidos a evaluación de sus impactos futuros y en comparación respecto de expe-

---

(43) Entre la literatura ya inabarcable sobre el tema de la gobernanza, cfr. especialmente el documento Commission of the European Communities, *The European Governance. A white Paper*, Bruselas: COM (2001) 428 25-7-2001.

(44) Cfr. sobre todo el ya apuntado *The European Governance. A White Paper*, cit., p. 10. En general, para una idea amplia de la problemática de *governance*, ver LEVI-FAUR, D. (ed.), *The Oxford Handbook of Governance*, Oxford: Oxford University Press, 2014.

riencias pasadas. La efectividad depende también de la implementación de las políticas de un modo proporcionado y de decisiones que se tomen en el nivel más apropiado.

e) **Coherencia.** Las iniciativas, acciones y políticas deben ser coherentes y fácilmente comprensibles. La coherencia requiere liderazgo político y un sentido fuerte de la responsabilidad por parte de las instituciones, que permitan asegurar enfoques consistentes en el contexto de sistemas cada vez más diferenciados y complejos.

Los principios expuestos suponen una visión integrada de su aplicación práctica. Cada uno de ellos se refuerza en su relación dinámica con los demás. Suponen asimismo un enfoque basado en dos principios complementarios: proporcionalidad y subsidiaridad. Es decir, que la selección y utilización de los medios debe guardar una relación de proporcionalidad flexible con los objetivos y fines perseguidos y que las decisiones deben ser tomadas al nivel más apropiado. De modo tal que ningún nivel se sobreponga a niveles inferiores con capacidad para adoptarlas. El gobierno debe posibilitar el desarrollo libre y natural de los niveles inferiores que abarca y contiene (45).

Todo ello exige un programa amplio de reconstrucción de la propia idea democrática, en el que imperan exigencias en el sentido de la necesidad de recobrar la confianza en las instituciones como base para procesos decisoriales a largo plazo. Ello impone nuevas relaciones entre interés general e intereses particulares y nuevas dimensiones de la responsabilidad social. Sobre todo, exige el desarrollo de toda una cultura de la consulta, el diálogo y el acceso a la información.

Las sociedades actuales han dejado atrás los conflictos de clase y de ideologías. Las fronteras políticas tradicionales tienden a difuminarse. La gestión de la gobernabilidad supone estrategias de desarrollo económico y políticas públicas a través de herramientas financieras, fiscales y sociales cada vez más complejas y sofisticadas.

El "buen gobierno" —*good governance*— es el efecto de un funcionamiento integrado de mecanismos reguladores, cuyo nivel y capacidad de cooperación integrada define el nivel y grado de calidad de la gobernanza social. El resultado es un gobierno que podría calificarse como *débil*, en el buen sentido de preparado para asumir experiencias de prueba y error e imponer sus orientaciones a través de un *soft power*

---

(45) Una explicación más amplia del juego de estos principios puede verse en D'ATENA, A., *Costituzionalismo multilivello e dinamiche istituzionali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2007 y, para una aplicación concreta de un caso nacional paradigmático como el italiano, BUDELLI, S., *Dinamismi centripeti del multilivello solidale*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2007.



orientado a la persuasión y el convencimiento de la sociedad (46). Su fortaleza ya no residirá tanto en sus mecanismos de coercibilidad cuanto en su inteligencia y capacidad para implementar políticas activas y programas de acción adaptados y proporcionados a la naturaleza y características efectivas de los procesos sociales.

Más que capacidad para legislar, ejecutar y juzgar, el poder debe ganar en posibilidades de anticipar escenarios, poner en marcha respuestas estratégicas, evaluar sus impactos directos e indirectos, estimar las consecuencias no previstas ni deseadas, desarrollar agendas e iniciativas en red. Gobernar implica y exige inteligencia prospectiva, flexibilidad operativa y articulación de mecanismos de alerta y respuesta temprana ante efectos no deseados.

En este proceso, el derecho pasa a desempeñar funciones nuevas apenas entrevistas por las visiones ortodoxas. Su función de mecanismo de estabilización y administración de expectativas sociales le otorga un papel preponderante entre el resto de las herramientas y formas de acción directa e indirecta de encauzamiento de la conducta social.

La superación del positivismo y del formalismo ha hecho del realismo jurídico —en sus diversas variantes— un impulso central en la teoría actual. Se trata de un realismo determinado por los cambios profundos en la propia naturaleza del fenómeno jurídico, la indeterminación radical de la normatividad, el incremento de los márgenes para la discreción en la toma de decisiones bajo condiciones de alta complejidad e incluso el pluralismo radical de las sociedades actuales.

Recuperar esta tradición es un punto central en la tarea de rehabilitación de un derecho constitucional constitutivamente abierto a las dimensiones del cambio y, al mismo tiempo, firmemente comprometido en la defensa de los principios de lo que en la tradición jurídica occidental se sigue concibiendo como *imperio de la ley* o Estado de Derecho.

---

(46) Para la noción de “soft power”, cfr. sobre todo NYE, J. S., *Soft power. The means to success in world politics*, N. York: Public Affairs, 2004 y *The future of power*, N. York: Public Affairs, 2011.

## ÍNDICE GENERAL

<i>El rol de la Corte Suprema de Justicia de Argentina en relación con el control de convencionalidad y su incidencia en el derecho interno</i> .....	1
Por MARÍA GABRIELA ÁBALOS	
<i>Análisis del marco jurídico. Efectos. Oportunidad y conveniencia de la nueva Carta Orgánica del Banco Central (ley 26.739) —el poder monetario—</i> .....	47
Por DOUGLAS ELESPE	
<i>El neoconstitucionalismo y la “sobreinterpretación” constitucional</i> .....	69
Por EMILIO A. IBARLUCÍA	
<i>Desde el gobierno electrónico al expediente judicial</i> .....	95
Por ANTONIO A. MARTINO	
<i>El poder constituyente como intérprete de la Constitución</i> ...	143
Por NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS	
<i>La responsabilidad penal por el contenido de sentencias. Los casos sobre prevaricato del juez español Baltasar Garzón</i> .....	153
Por ALFONSO SANTIAGO	
<i>Juicio político y renuncia presidencial en América Latina: las teorías en torno de las caídas presidenciales</i> .....	181
Por MARIO D. SERRAFERO	
<i>Nuevos itinerarios del realismo constitucional</i> .....	199
Por ENRIQUE ZULETA PUCEIRO	

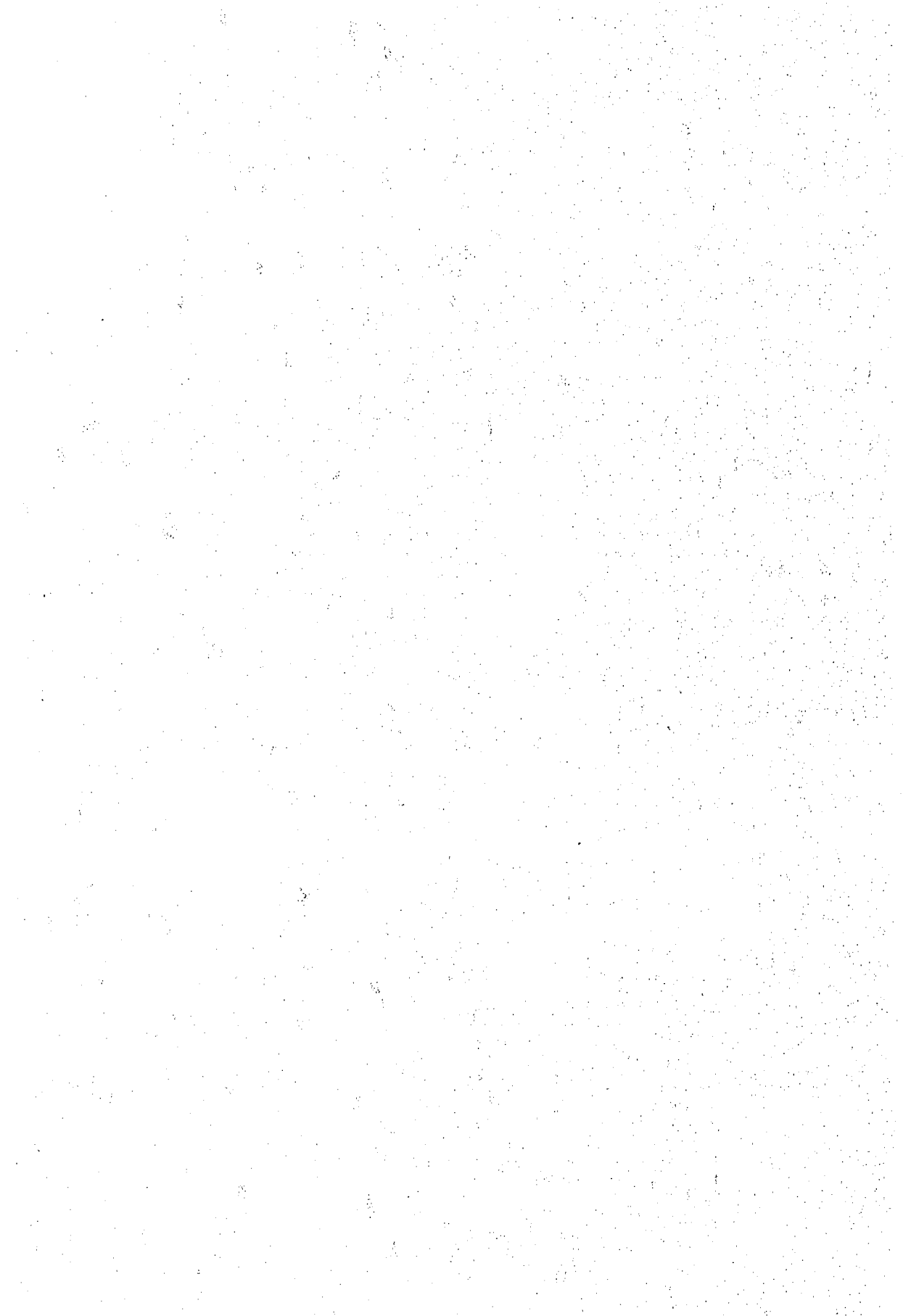




**SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 1ª QUINCENA DE ABRIL DE 2014  
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130  
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA**





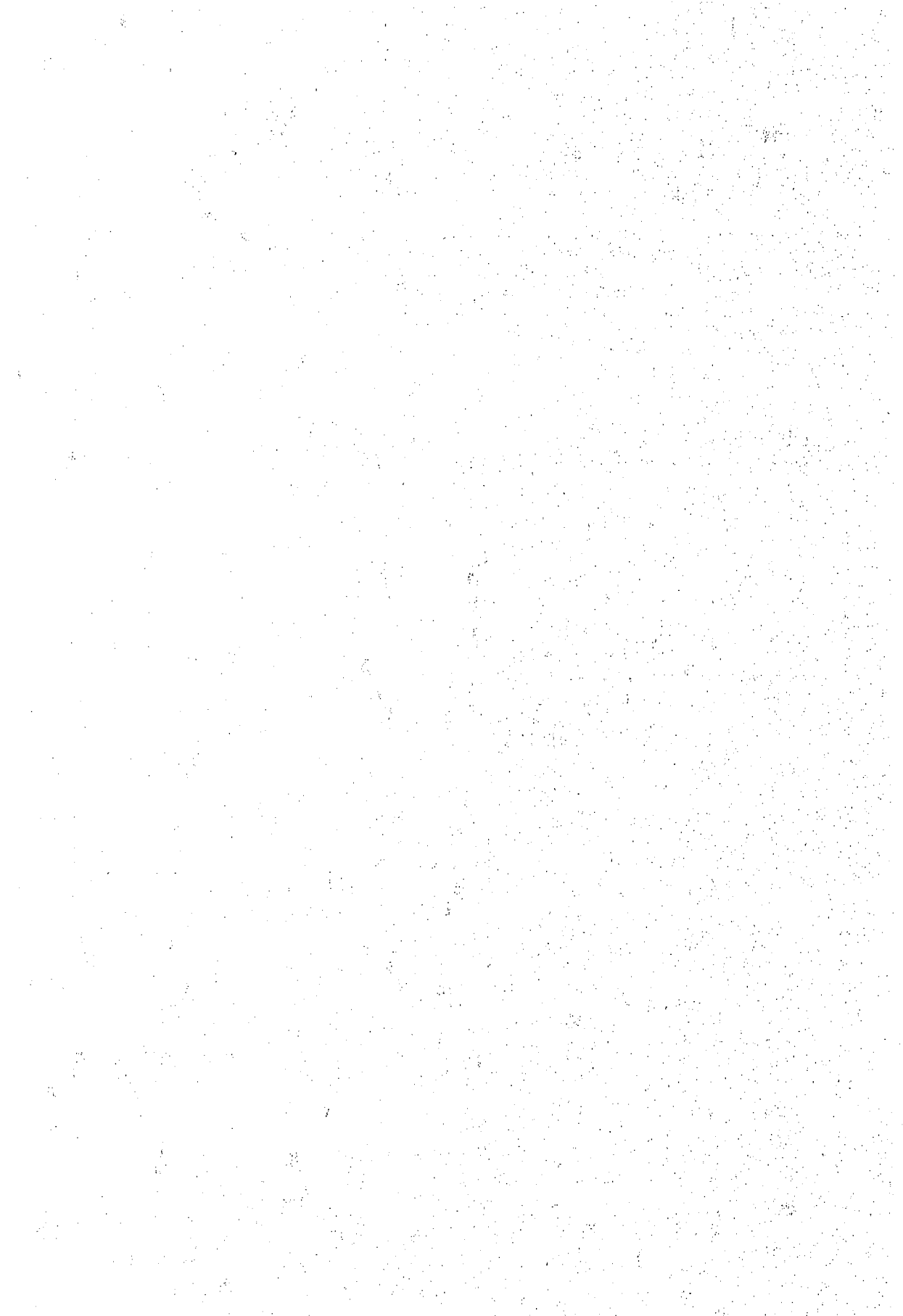
















2012



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

ISBN 978-987-03-2677-9



9 789870 326779

Av. Alvear 1711 1° piso  
(1014) / Ciudad Autónoma de Buenos Aires  
(011) 4815-6976 / 4812-9327  
[www.academiadederecho.org.ar](http://www.academiadederecho.org.ar)  
[academiadederecho@fibertel.com.ar](mailto:academiadederecho@fibertel.com.ar)