PENSAR EN DERECHO Nº17





PENSAR EN DERECHO

NRO. 17 AÑO 9

Directora

Mónica Pinto

Comité editorial

Guido Barbarosch Ivana Bloch María Victoria Famá Gisela Makowski Juan Pablo Mugnolo Alberto A. Spota Iván Cristóbal Tolnay de Hagymassy

Coordinación de la revista

Bárbara Weinschelbaum

Comité Académico

Susana Albanese Susana Cayuso Raúl Etcheverry Fernando García Pullés Carlos Ghersi Adrián Goldin Martín Krause Delia Lipszyc Luis Niño Renato Rabbi Baldi



Eudeba Universidad de Buenos Aires

1º edición: diciembre de 2020

Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires Sociedad de Economía Mixta Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires Tel: 4383-8025 / Fax: 4383-2202 www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina Hecho el depósito que establece la ley 11.723

ISSN: 2314-0194



OTOCOPIA AAL LIBRO WINDELITO WINDELITO WINDELITO Mignto en un sistema informática ni ou transpositio, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.



FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Autoridades

Decano: Dr. Alberto J. Bueres

Vicedecano: Dr. Marcelo Gebhardt

Consejo Directivo de la Facultad de Derecho

Claustro de profesores

Consejeros titulares

Prof. Oscar Ameal

Prof. Ernesto Marcer Prof. Leila Devia

Prof. Gonzalo Álvarez

Prof. Luis Mariano Genovesi

Prof. Luis Niño

Prof. Daniel R. Vítolo

Prof. Alfredo Vítolo

Claustro de graduados

Conseieros titulares

Ab. Carlos Mas Velez

Ab. Silvia Bianco

Ab. Fabián Leonardi

Ab. Fernando Muriel

Claustro de estudiantes

Consejeros titulares

Víctor F. Dekker

Catalina Cancela Echegaray

Yamila P. Ramos López

Luis R. López Lage

Consejeros suplentes

Ab. Ana Florencia Adelardi Miranda

Consejeros suplentes

Prof. Raúl Gustavo Ferreyra

Prof. Silvina González Napolitano

Prof. Juan Pablo Mugnolo

Prof. Marcelo Gebhardt

Prof. Mary Beloff

Prof. Carlos Clerc

Ab. Elisa Romano

Ab. Aldo C. Gallotti

Prof. Graciela Medina

Prof. Alejandro Argento

Ab. Oscar Jiménez Peña

Consejeros suplentes

Mauro C. Vera

María del Pilar Ciambotti

Javier W. Bica Ríos

Julia Ben Ishai

Representante No Docente

Sra. Lorena Castaño

Secretarios

Secretaria Académica: Dra. Silvia C. Nonna Secretario de Administración: Ab. Carlos A. Bedini Secretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil: Ab. Oscar M. Zoppi Secretario de Investigación: Dr. Daniel Pastor Secretario de Coordinación y Relaciones Institucionales: Ab. Marcelo Haissiner

Subsecretarios

Subsecretario Académico: *Ab. Lucas G. Bettendorff*Subsecretario de Administración: *Ab. Rodrigo Masini*Subsecretario de Investigación: *Dr. Emiliano J. Buis*Subsecretario Técnico en Administración: *Ab. Daniel Díaz*Subsecretario de Planeamiento Educativo: *Dra. Noemí Goldsztern de Rempel*

Índice

Dossier Reforma Judicial

| Transparencia, rendición de cuentas y garantías en términos de género. Notas para una reforma judicial integral |
|---|
| Notas al proyecto de ley de unificación de fueros y modificaciones a la Justicia Federal Penal (2020)21 Javier Augusto De Luca |
| La Reforma Judicial impulsada por el gobierno: diez primeras críticas33 Roberto Gargarella |
| La voluntad en la formación del Derecho Internacional Público: ¿un orden jurídico a medida? Lectio Magistralis pronunciada en ocasión de recibir el Doctorado Honoris Causa en la Universidad de Chile el 27 de septiembre de 201939 Mónica Pinto |
| Artículos recibidos por convocatoria abierta |
| Las interrelaciones entre el Derecho y la Genética desde la perspectiva integracionista de la Teoría trialista del mundo jurídico |

| El Tratado de Asunción, un acuerdo obsoleto para los desafíos del nuevo |
|---|
| escenario internacional |
| Flavio Floreal González |
| Conflicto de intereses e invalidez del acto administrativo en la Administración |
| Pública Nacional143 |
| Iván F. Romero Verdún |
| Carlos Tejedor y su <i>Curso de derecho criminal</i> . Un aporte a la enseñanza |
| del derecho penal y a la circulación de las ideas jurídicas en la Universidad |
| de Buenos Aires183 |
| Sandro Olaza Pallero |

Dossier Reforma Judicial

Transparencia, rendición de cuentas y garantías en términos de género. Notas para una reforma judicial integral

Laura Pautassi*

Resumen

El artículo presenta la necesaria incorporación del enfoque de género y de derechos humanos en el proceso de reforma judicial, destacando los compromisos y mecanismos de monitoreo internacional existentes. Advierte respecto a la obligación del Poder Judicial de producir información transparente, periódica y sin estereotipos de género, todos elementos centrales a considerar para su reforma.

Palabras clave: enfoque de género y derechos, reforma judicial, rendición de cuentas, Argentina.

Transparency, Accountability and Guarantees in Terms of Gender. Notes for a Comprehensive Judicial Reform

Abstract

The article presents the necessary incorporation of the gender and human rights approach in the judicial reform process, highlighting the existing international monitoring commitments and mechanisms. It warns against the obligation of the Judicial System to produce transparent,

^{*} Investigadora Principal Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) y del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Gioja, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; laurapautassi@derecho.uba.ar.

periodic information without gender stereotypes. These are all central elements to consider in the reform.

Keywords: Gender and Human Rights Framework, Justice Reform, Accountability, Argentina.

Acerca de consensos y enfoques

El consenso respecto a la necesaria e ineludible incorporación del enfoque de género en cualquier proceso de reforma judicial, pero no exclusivamente, sino en todo campo de intervención pública, ya no es objeto de discusión. Si bien las razones se presentan claras, no así el alcance del concepto, y mucho menos se evidencia que se arbitren los medios para avanzar al respecto. El salto de la retórica a la implementación efectiva es uno de los nudos críticos respecto a los procesos de reforma en general y ha quedado reflejado en muchas de las experiencias de reformas previas; sería deseable que las propuestas en curso sean superadoras.¹

La incorporación del núcleo central de Pactos y tratados de derechos humanos al plexo constitucional en Argentina, a partir de la reforma Constitucional de 1994, permitió recurrir al amplio reconocimiento de derechos y la importante jurisprudencia de los órganos de seguimiento y aplicación de los tratados de derechos humanos en los tribunales locales. Por lo pronto, garantizar la igualdad y no discriminación implica una obligación que alcanza a todas las áreas e instancias del Estado, las que deben incorporar como elemento ineludible de su accionar estándares de derechos humanos, que incluyen desde el diseño e implementación de políticas públicas que

1. Binder (2016), en un recorrido por las reformas judiciales en América Latina, particularmente respecto a la justicia penal, destaca las dificultades respecto a las tramas de la "ingeniería institucional" que requiere su transformación, particularmente en términos de cambios de una cultural judicial que involucra a burocracias y profesionales del derecho pero que necesariamente deben vincularse y articularse con las políticas públicas sectoriales y globales. En similar dirección, pero desde la experiencia de las mujeres víctimas de violencia de género, Bergallo y Moreno (2017), Di Corleto (2008), Gherardi (2017) y Heim (2016) identifican el androcentrismo jurídico y los cerrojos de género en la justicia.

promuevan su respeto y efectivización, pasando por el accionar el Poder Legislativo y garantizando el acceso ante un Poder Judicial independiente.

De este modo, el mandato se traslada a la creación de organismos del Estado competentes, tanto en términos técnicos como en lo político, que garanticen la existencia de mecanismos jurídicos y de política pública para que las personas puedan exigir la protección y satisfacción de los derechos de los que son titulares. Complementariamente, el empoderamiento ciudadano que otorga la titularidad de derechos brinda la posibilidad de desplegar estrategias variadas para monitorear y exigir el cumplimiento de dichas obligaciones. De este modo, en los últimos veinte años se han desplegado una variedad de recursos presentados ante el Poder Judicial, sean de carácter individual o colectivo, incluvendo distintas formas de activismo y exigibilidad en el campo de los derechos civiles, políticos y económicos, sociales y culturales (DESC), buscando la transformación estructural de las instituciones o prácticas ilegítimas del Estado en todas las áreas y haciendo valer la interdependencia de derechos.² En el caso de los derechos de las mujeres, es una forma de accionar central por parte de los movimientos de mujeres para garantizar la efectivización de derechos pero en muchos casos evidencian la adopción de medidas regresivas y buscan impedir su implementación.³ Al respecto, si la propuesta de reforma tiene como objetivo ampliar los canales de acceso a la justicia, la misma no puede realizarse sin una evaluación de la experiencia desarrollada.

Y esta experiencia muestra que los mandatos han sido renovados una y otra vez, sin que a la fecha se hayan cristalizado en transformaciones estructurales que den cuenta de la interdependencia de derechos. Valga como ejemplo el impulso de las organizaciones de mujeres para la modificación del Código Electoral Nacional a partir de la sanción en el 2017 de la Ley 27.412 de Paridad de género en los ámbitos representativos, y en su implementación

^{2.} En Abramovich y Pautassi (2008 y 2009) se analiza la primera década de activismo judicial en materia de DESCA, que ha sido aun más fértil en la siguiente década, aunque también se constatan múltiples retrocesos, particularmente en algunas jurisdicciones como la ciudad de Buenos Aires. Al respecto, Arcidiácono y Gamallo (2017), Bercovich y Maurino (2013), Bermúdez *et al.* (2014), Smulovitz (2008).

^{3.} Al trabajo pionero de Birgin y Kohen (2006) sobre acceso a la justicia, se fueron integrando posteriores abordajes en términos de género, entre otros Cardinaux *et al.* (2012), Clérico y Novelli (2015), Gherardi (2017) y Maffía *et al.* (2020).

en las elecciones de 2019, el incumplimiento notable de la misma, y la consiguiente convalidación por parte de los tribunales.⁴ Nuevamente, se constata la debilidad entre la norma y su implementación efectiva, en este caso, tanto en la cultura política y la cultura judicial, ambas altamente andróginas. Del mismo modo, al importante efecto que tuvo el Decr. 222/03 para cambiar la composición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con la incorporación de mujeres en el alto tribunal, la consiguiente creación de la Oficina de Violencia de Género (OVD), la Oficina de la Mujer, el diseño de los mapas de la Justicia de género permitió hacer visible la falta de mujeres en los puestos de mayor jerarquía de Poder Judicial.⁵ En este último caso, la disponibilidad de información permite año tras año evidenciar la lentitud en la promoción de las mujeres a los cargos de conducción en la justicia, ya que solo un 26% de los puestos de mayor ierarquía del Poder Judicial están ocupados por mujeres.⁶ En consecuencia, un proceso de reforma ineludiblemente debe revisar estos mecanismos y garantizar transparencia a partir de mecanismos de promoción, acciones afirmativas, reconocimiento de la mayor carga de responsabilidades de cuidados, eliminación de la discriminación salarial y un conjunto de medidas institucionales que garanticen el acceso y permanencia de mujeres y diversidades en todos los niveles de integración del Poder Judicial. Pero con la advertencia de que estos mecanismos son indispensables. Sin embargo, el enfoque de género no se detiene solo en el aumento de mujeres en la integración de tribunales y fueros a crearse, sino que es más amplia y profunda.

Cabe recordar que a partir de la Declaración del Milenio de Naciones Unidas las agendas de desarrollo establecieron la centralidad de los derechos humanos en la institucionalidad pública, en particular los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA). A la fecha ya se han promovido dos agendas concretas: la primera, la Agenda 2015 con 8

^{4.}Para conocer los argumentos, véase "Un fallo que atenta contra la impunidad", Natalia Gherardi, http://www.ela.org.ar/a2/index.cfm?muestra&aplicacion=APP187&cn-l=4&opc=47&codcontenido=4261&plcontampl=12.

^{5.} La OVD fue creada en 2006, la Oficina de la Mujer en 2009, y llevan adelante, entre otros, el Registro de Femicidios, https://www.csjn.gov.ar/om/index.jsp

^{6.}Mapa de la Justicia Argentina, 2019, Oficina Mujer, CSJN, https://om.csjn.gob.ar/mapagenero/login/mostrarLogin.html;jsessionid=kDYhryKE4txdlJJeAN26PCLUgxwgYNbIb2N7tEfztBli9Yqm5pGM!735823131.

Objetivos del Milenio (ODM) y la actual, la Agenda 2030 con 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). A nivel mundial el consenso establecido incluye además de objetivos y metas concretas que deben liderar los procesos de desarrollo, donde la centralidad del enfoque de género es evidente y a lo cual se suma una metodología concreta de intervención en el campo de lo público que considera que el conjunto de derechos humanos es la base, la guía para el diseño de las respuestas estatales en el campo de las políticas públicas en general y para cada uno de los poderes del Estado en particular.⁷

Se trata del enfoque de derechos humanos (EBDH) que establece una vinculación directa entre las obligaciones contenidas en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, sumado a la existencia de un *corpus* interpretativo realizado por los mecanismos de contralor y protección internacional de derechos humanos que precisan el alcance, el contenido, evalúan y monitorean a los Estados, y fijan pautas sobre las mejores formas de cumplir con las obligaciones positivas y negativas contenidas en cada derecho. La idea de "enfoque" de derechos provee la mirada transversal para incorporar los principios de derechos humanos en toda acción, plan, política, proyecto de ley, norma o sentencia judicial (Abramovich y Pautassi, 2009). Esto es, toda la institucionalidad pública, a nivel nacional, subnacional y local debe estar atravesada por los principios de derechos humanos.

Debido a que esta metodología propone un "atravesamiento" de los derechos humanos como fundamento, pero también en el quehacer de los decisores públicos, proviene de la teoría y de la práctica desarrollada por el feminismo contemporáneo, que identifica la estructura de poder asimétrica que establece distintos valores y jerarquías entre sexos e identidades sexuales, y propone un proceso transformador a partir de la aplicación del enfoque de género en su potencial igualitario (Pautassi, 2020). De esta forma, el enfoque de derechos humanos se nutre de esa experiencia de trabajo transversal impulsada por el feminismo, que no considera que el abordaje de las desigualdades de género corresponde solo a una repartición del Estado específica, sino que cada área, segmento e instancia pública debe adoptar el corpus de derechos humanos y lo debe integrar en sus políticas,

^{7.} La experiencia del funcionamiento del Poder Judicial durante la pandemia del Covid-19 es otro de los aprendizajes a considerar de cara a un proceso de reforma judicial. Cfr. Rossi (2020).

sentencias judiciales y proyectos de ley. Se busca promover una transformación, y no solo sumar prácticas o políticas aisladas, ya que precisamente las desigualdades y discriminaciones para con las mujeres e identidades de género tienen un carácter estructural. Allí una oportunidad extraordinaria es la capacitación obligatoria en temas de género y violencias que se lleva adelante a partir de la Ley Micaela (Ley 27.499) y cuyo impacto debe ser evaluado en los próximos años.

Sin embargo, ¿cuántos de estos compromisos han "atravesado" la institucionalidad pública? ¿Se advierte un mandato claro respecto a que se trata de obligaciones estatales en el campo de los derechos humanos que deben ser incorporadas en el accionar judicial? ¿Las acciones llevadas a cabo por las diversas instituciones estatales son respetuosas de la equidad de género, las diversidades sexuales y las identidades culturales? ¿Es posible medir el cumplimiento de derechos? ¿Los indicadores y la evidencia empírica son una herramienta adecuada para determinar el grado de avance en el cumplimiento de obligaciones estatales? ¿Es posible que una reforma judicial incorpore el EBDH? ¿Es posible erradicar los estereotipos de género en el accionar judicial?

No se puede desconocer que la principal forma de transparentar el Poder Judicial es conocer qué hace, cómo trabaja, quiénes y qué lugares ocupan mujeres, varones e identidades sexuales diversas, qué mecanismos de incorporación de las responsabilidades de cuidado se incluyen, entre otros aspectos centrales. Si una reforma, o propuesta de creación de cualquier instancia, no incluye mecanismos de evaluación permanente al interior del propio Poder Judicial, estará por un lado lejos de efectivizar las garantías de cumplimiento de derechos y más lejos aún de garantizar en enfoque de género y de derechos.

En estas notas, busco presentar que ya existen compromisos y mecanismos de monitoreo internacional que incorporan indicadores para medir periódicamente el cumplimiento de obligaciones estatales que sería fundamental que se incorporen en el proceso de reforma del Poder Judicial.

La evaluación y rendición de cuentas con base para la reforma

Resulta relevante recuperar el marco propuesto por la Agenda 2030. Por primera vez se ha establecido un objetivo, el ODS 16, que promueve "paz, justicia e instituciones sólidas" que se traduce en: promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles, con metas específicas como: "Promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos" (ODS 16, Meta 16.3), y "Crear instituciones eficaces, responsables y transparentes a todos los niveles" (Meta 16.6) entre otras. Debido a que el principio de universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, consagrado en la plataforma de acción de la Conferencia Mundial de Viena de 1993, los ODS están pensados en ese registro, por lo que el ODS 16 se integra con el ODS 5 (igualdad de género) y a su vez en el ODS 10 (reducción de las desigualdades).

De esta forma, el acceso a la justicia como parte constitutiva del ejercicio de derechos, además de constituir una obligación estatal ineludible, se integra como compromiso global y debería potenciar los acuerdos regionales pero particularmente su implementación a nivel nacional y subnacional. Debe ser integrado con mayor fuerza en cualquier proceso de reforma judicial. En concordancia, no basta con señalar que se garantiza un derecho, o que se restituyen otros, sino que tales garantías deben necesariamente cumplir con los estándares necesarios para que no sea una referencia "retórica" sino cierta. De allí la importancia del enfoque de derechos, el cual viene a fortalecer e intimar a los Estados respecto de sus obligaciones con los sujetos titulares de derechos cuyo espectro incluye a mujeres, varones e identidades sexuales diversas (LGBTIQ+). Este enfoque debe ser central a la hora de pensar un proceso de reforma que, otra vez, no quede en la narrativa de derechos o en una buena práctica como la redacción en lenguaje inclusivo. sino que efectivice precisamente mecanismos y acciones institucionales en relación con la igualdad de género.

Por ello, es fundamental incorporar los principales estándares interpretativos definidos a la fecha por el corpus de derechos humanos:⁸ i) universalidad, ii) contenido mínimo de los derechos, iii) la obligatoriedad

^{8.} Estos estándares se desprenden de la interpretación realizada en el corpus de derechos humanos, que si bien no se han compilado en directrices, se encuentran presentes a lo largo de los sucesivos marcos interpretativos, ver Ávila Santamarina (2020), Naciones Unidas, OACNUDH (2012), Pautassi (2010).

de progresividad y la consiguiente prohibición de no regresividad, iv) los compromisos financieros y presupuestarios, v) el principio de igualdad y no discriminación, vi) producción y acceso a la información, vii) acceso a la justicia en sentido amplio y viii) participación social y empoderamiento ciudadano. Estos estándares a su vez pueden ser operacionalizados de modo de verificar y evaluar si efectivamente un programa, una política pública o una sentencia judicial se basa en el corpus de derechos humanos. Es decir, solo en la medida en que la política pública responda a estos estándares se puede verificar la incorporación del enfoque de derechos. Sería oportuno que se apliquen de manera permanente, como forma de preadmisibilidad de cualquier instancia, de proyecto o sentencia judicial.

Sin embargo, y debido a que hay suficiente evidencia empírica acumulada, que nos demuestra que el solo compromiso o la presencia de una obligación no necesariamente implica su realización, es que los anteriores estándares deben ser traducidos en indicadores que califiquen la conducta de los Estados para cumplir con sus obligaciones e incorporen de manera transversal el *acceso a la justicia* en un sentido amplio. La experiencia concreta desarrollada a partir de la adopción de indicadores de progreso para medir el cumplimiento del Protocolo Adicional de la Convención Interamericana de Derechos Humanos en materia de DESC, Protocolo de San Salvador⁹ y el Mecanismo de Seguimiento de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, Convención de Belém do Pará (MESECVI)¹⁰ que han incorporado un examen sobre la posibilidad legal y fáctica de acceso a mecanismos de reclamo y protección de tipo administrativo y judicial es sumamente relevante. Así, al analizar los informes presentados por Argentina en los dos mecanismos, ¹¹ se

^{9.} En el caso del Protocolo de San Salvador el monitoreo lo realiza el Grupo de Trabajo para el Análisis de los informes nacionales del Protocolo de San Salvador, que ha definido una serie de indicadores (GTPSS, 2015) sumado a las Observaciones finales de los Estados parte, disponibles en: http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/.

10. En este caso, es el Comité de Expertas en Violencia (CEVI) el encargado de realizar el

^{10.} En este caso, es el Comite de Expertas en Violencia (CEVI) el encargado de realizar el monitoreo a los Estados parte (32 Estados) también a partir de indicadores de progreso (MESECVI, 2015), Gherardi y Pautassi (2017).

^{11.} Argentina presentó su informe nacional al Protocolo de San Salvador en 2016 respecto al primer agrupamiento de derechos, no habiendo cumplido a la fecha con el segundo informe, http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/Informe_Ar-

evidencia que no dispone de información respecto a los indicadores solicitados de acceso a la justicia. Se constata que el Poder Judicial ha avanzado en digitalizar las sentencias judiciales —algunos juzgados han realizado algunos avances interesantes—, pero no produce información de manera transversal, periódica y transparente.

Estos aspectos son centrales a la luz de una reforma judicial, la que debe incorporar desde su inicio y de manera transversal, la obligación del Poder Judicial de rendir cuentas. Para ello, deben arbitrarse los medios para que produzca información, de carácter interdisciplinario, que representa otra categoría central del EBDH, y que es entendida como herramienta clave para la participación ciudadana y de resguardo democrático, plural y respetuosa de las identidades de género, como también en relación con la responsabilidad horizontal y vertical (accountability) en las políticas públicas que implementan derechos.

Se trata de la obligación estatal de producir, bajo criterios validados internacionalmente, información de calidad y en cantidad suficiente y garantizar la publicidad y acceso libre a toda persona —con cualquier identidad— que lo requiera. Y no se trata de una obligación para algunos fueros o instancias, sino que es central al funcionamiento general del sistema de administración de justicia en el marco de un país federal. De lo contrario, no será una reforma sino simplemente cambios o ampliaciones en el número y composición de los juzgados.

Es de esperar que una reforma en la administración de justicia en curso impulse una transformación en tanto servicio público independiente, accesible, respetuoso de las diversidades de género, condiciones socioeconómicas y culturales, que rinda sistemáticamente cuentas de su accionar y centralmente que pase de la narrativa a una efectivización para la protección de derechos.

gentina_PSS_Revisado_Final.pdf En el caso de Belém do Pará el informe se presentó en 2017, disponible en https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/FinalReport2017-Argentina.pdf. En ambos casos es muy escaso el cumplimiento de la información, a lo cual se suma la todavía más escasa información de los ámbitos subnacionales y locales.

Bibliografía

- Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura, "Judicial Activism in the Argentine Health System: Recent Trends", en *Health and Human Rights: An International Journal*, vol. 10; N°2, pp. 53-65, 2008.
- Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura (comp.), *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009.
- Arcidiácono, Pilar y Gamallo, Gustavo, "Quince años de litigio habitacional en la Ciudad de Buenos Aires: de la 'otra ventanilla' al 'cierre del grifo'", en *Papeles de Trabajo*, Instituto de Altos Estudios Sociales de la Universidad Nacional de San Martín, Nº19, junio 2017.
- Ávila Santamarina, Ramiro, "Los argumentos sobre los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el caso Talía Gonzales Lluy vs. Ecuador: un antecedente del caso Cuscul Pivaral", en Morales Antoniazzi, M.; Clérico, L. y Ronconi, L. (coords.), *Interamericanización de los DESCA*. *El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ciudad de México, 2020.
- Bercovich, Luciana y Maurino, Gustavo (comps.), Los derechos sociales en la Gran Buenos Aires. Algunas aproximaciones desde la teoría, las instituciones y la acción, Buenos Aires, Eudeba, 2013.
- Bergallo, Paola y Moreno, Aluminé (eds.), *Nuevas institucionalidades de género en el sistema de justicia. Antecedentes, organización y agendas*, Buenos Aires, Editorial Jusbaires, 2017.
- Bermúdez, Ángeles, Carmona Barrenechea, Verónica y Royo, Laura, "Judicialización de la política habitacional de la Ciudad de Buenos Aires: entre la multiplicidad de programas la escasez de resultados", en Pautassi, Laura (dir.), *Marginaciones sociales en el área metropolitana de Buenos Aires. Acceso a la justicia, capacidades estatales y movilización legal*, Colección Derechos Sociales y Políticas Públicas, Buenos Aires, Biblos, 2014, pp. 85-133.
- Binder, Alberto, "La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo", en Niño Guarnizo, Catalina (coord.), *La reforma a la justicia en América Latina. Lecciones aprendidas*, Bogotá, Fundación Friedrich Ebert, 2016.
- Birgin, Haydée y Kohen, Beatriz (comps.), *Acceso a la Justicia como garantía de igualdad. Instituciones, Actores y experiencia comparada.*Buenos Aires, Editorial Biblos, 2006.

- Cardinaux, Nancy; Clérico, Laura; Aldao, Martín y Ronconi, Liliana, "Hacia la reconstrucción de un perfil de juez/a permeables a las demandas de identidad de género: el caso del contencioso administrativo tributario de la ciudad de Buenos Aires", en *Ambiente Jurídico*, Nº14, Universidad de Manizales, Colombia, 2012, pp. 16-33.
- Clérico, Laura y Novelli, Celeste, "La inclusión de la cuestión social en la perspectiva de género: notas para re-escribir Campo Algodonero", en *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, 2015, pp. 453-487.
- Di Corleto, Julieta (comp.), *Justicia*, *Género y Violencia*, Buenos Aires, Libraria, 2018.
- Gherardi, Natalia, "Juzgar con perspectiva de género: estrategias para avanzar en el acceso a la justicia", en Bergallo, Paola y Moreno, Aluminé (eds.), *Nuevas institucionalidades de género en el sistema de justicia. Antecedentes, organización y agendas*, Buenos Aires, Editorial Jusbaires, 2017.
- Gherardi, Natalia, "Violencia contra las mujeres en América Latina. Miradas sobre el acceso a la justicia y las condiciones estructurales en las que los femicidios se multiplican", en *Revista SUR* Nº24, Diciembre 2016, Disponible en http://sur.conectas.org/es/violencia-contra-las-mujeres-en-america-latina/
- Gherardi, Natalia y Pautassi, Laura, "Garantías en torno a una vida libre de violencia para las mujeres: avances en los mecanismos de supervisión del sistema interamericano de derechos humanos", en *Revista Derecho de Familia*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, marzo 2017, pp. 1-9.
- Grupo de Trabajo Protocolo de San Salvador, *Indicadores de progreso para medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador*, Grupo de Trabajo para el Análisis de los informes nacionales del Protocolo de San Salvador, Organización de Estados Americanos (OEA), Washington, 2015.
- Maffía, Diana; Gómez, Patricia, Moreno, Aluminé y Moretti, Celeste (comps.), *Intervenciones feministas para la igualdad y la justicia*, Buenos Aires, Editorial Jusbaires, 2020.
- MESECVI, Guía práctica para la aplicación del sistema de indicadores de progreso para la medición de la implementación de la Convención de Belém do Pará. Comisión Interamericana de Mujeres, Washington, DC, 2015.

- Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2012), *Indicadores de Derechos Humanos. Guía para la medición y aplicación*. Ginebra y Nueva York, HR/PUB/12/5.
- Pautassi, Laura, "La agenda de género a nivel regional: prácticas, enfoques y estrategias", en Herrera, Marisa, De la Torre, Natalia, Fernández, Silvia E. (dirs.) y Videtta, Carolina (coord.), *Tratado de Géneros, Derechos y Justicia*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2020.
- Pautassi, Laura, "Access to Justice in Health Matters: An Analysis Based on the Monitoring Mechanisms of the Inter-American System", en *Health and Human Rights Journal*, Harvard University Press, Boston, junio 2018, Volume 20, Number 1, pp. 185-197.
- Pautassi, Laura, "Indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Más allá de la medición", en Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura, *La medición de derechos en las políticas sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010.
- Rossi, Julieta, "El acceso a la justicia durante la pandemia: ¿a qué justicia, para quiénes y para qué?", en Bohoslavsky, J. (ed.), *Covid-19 y derechos humanos: la pandemia de la desigualdad*, Buenos Aires, Editorial Biblos, 2020.
- Smulovitz, Catalina, "La política por otros medios. Judicialización y movilización legal en la Argentina", en *Desarrollo Económico*, Buenos Aires, Vol. 48, Nº189-190, julio-septiembre/octubre-noviembre, 2008.

Notas al proyecto de ley de unificación de fueros y modificaciones a la Justicia Federal Penal (2020)

Javier Augusto De Luca*

1. Presentación

Estas notas constituyen la base de mi exposición ante Comisiones de Asuntos Constitucionales y de Justicia y Asuntos Penales del H. Senado de la Nación, el martes 18 de agosto de 2020, donde se discutieron varios proyectos de leyes remitidos a mediados de 2020 por el Poder Ejecutivo, en los que se proponen distintas modificaciones de la justicia federal penal y ministerios públicos.

También las usé para la jornada de exposiciones de varios profesores que organizaron las autoridades de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el 4 de septiembre de 2020.

Por eso, este no es un texto académico y tiene un tono coloquial y cierta falta de orden expositivo. Le agregaré algunas notas que dan cuenta de lo ocurrido desde la primera exposición hasta hoy.

2. Necesidad. Conveniencia. Oportunidad

En primer lugar, corresponde contextualizar la iniciativa en tratamiento. Al momento en que esto escribo, cuenta con media sanción del

^{*} Doctor en Derecho, UBA. Titular Asociado de Derecho Penal y Procesal Penal, Derecho UBA. Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal. Ex empleado, secretario de primera y segunda instancia en la justicia federal y secretario letrado de la Corte Suprema. Fui miembro de la Comisión redactora del Anteproyecto de Código Penal 2005-6. Miembro del Digesto Jurídico Argentino, responsable del área penal. Ex presidente de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal. Presidente del Grupo Argentino de la Asociación Internacional de Derecho Penal.

Senado, con algunas modificaciones del texto enviado por el Poder Ejecutivo Nacional.

Este proyecto no es una reforma en materia procesal, sino un intento de corregir de manera urgente situaciones de gran concentración y de desvío de poder, depositado en pocas manos, lo cual llevó a un deficiente producto del servicio de justicia, sin controles efectivos, es decir, en franco desapego a los principios básicos de la república y la democracia.

La reforma procesal penal en el ámbito federal ya fue sancionada en diciembre de 2014, y se dictaron varias leyes desde entonces para su modificación parcial e implementación.

Basta con leer el propio mensaje del PEN que acompaña el proyecto, que adscribe a un modelo de poder judicial reflejado en los proyectos y leyes que menciona. Las reformas troncales no pasan por acá, sino por la futura puesta en funcionamiento de instituciones que ya han sido sancionadas, como el Código Procesal Penal Federal y leyes complementarias. Una lectura atenta del mensaje permite ver que se enclava en el "mientras tanto", que está parando una hemorragia.

El asunto del abuso del poder no se soluciona sancionando a los magistrados que cometieron tropelías, sino cambiando el sistema en el que actuaron y actúan. Esto ya se sabe desde los estudios sobre corrupción administrativa y económica. El poder tiende a corromper a las personas y el poder absoluto a corromperlas absolutamente (Lord Acton).

La corrupción no es solo económica, sino funcional. Tan corrupto es el juez o fiscal que coimea como los que abusan de su poder. No alcanza con la previsión de los delitos contra la administración pública, el patrimonio y la libertad, y con su represión. Debe operarse sobre la prevención de conductas desviadas (designación, capacitación, transparencia, control permanente externo de gestión, asignación racional de competencias y cantidad de trabajo, etc.).

Si no se corrigen estos aspectos, un corrupto sucederá al que fue removido y así sucesivamente. Es ingenuo pensar que el sistema va a funcionar porque los magistrados nos vamos a portar bien. Y que castigando a los malos se va a disuadir a los demás de incurrir en delitos o causales de abuso y mal desempeño.

La crítica a la oportunidad de esta ley no es relevante para el análisis de su contenido. Siempre alegamos que estamos en crisis y emergencia. Y los casos judiciales nacen todos los días, no esperan.

La propuesta no revela favoritismo político alguno. No se vislumbra una violación a los principios de independencia, imparcialidad y de juez natural.

En materia penal, la crítica sobre la supuesta inobservancia de la distinción entre especializaciones no es relevante, porque todos hacemos derecho penal y procesal penal, y las especialidades son por delitos que igualmente todos tenemos el deber de conocer.

Esas especialidades no surgen de la Constitución, sino de la ley, y pueden ser modificadas por otra ley. Por ejemplo, ¿cuál es la razón constitucional por la que son de competencia federal los delitos de la ley de estupefacientes y no otros delitos contra la salud pública y la seguridad común?

Otro ejemplo, la Ley 27.308 de 2016 unificó las competencias de los juzgados correccionales y de instrucción, y a nadie se le ha ocurrido plantear que eso no podía hacerse porque un juez de instrucción no sabía nada de calumnias e injurias, y uno correccional de defraudaciones y estafas.

La inconsistencia de ese argumento es notable.

3. Las acordadas 4/18 y 7/18 de la Corte Suprema

Estas declaraciones de la Corte no son sentencias jurisdiccionales. Ya ahí mismo tenemos un problema, porque desde el art. 114 de la CN de 1994, la Corte no tiene competencia en cuestiones administrativas del Poder Judicial. Y si fueran sentencias jurisdiccionales, solo serían obligatorias legalmente en los casos en que fueran dictadas, y solo obligarían moralmente para todos los demás. Y a todo ello, debe agregarse que las declaraciones y fallos de la Corte solo pueden ser correctamente entendidas si se tiene en

^{1.} En materia criminal prevalece la jurisdicción por la materia. Para que ella opere el hecho debe estar previsto como delito en una ley nacional. Así, antes del dictado del Código Penal Nacional, cuando todo se regía por la Ley 49 de procedimientos y la Ley 50 de los delitos federales, la Corte declaró la incompetencia de la justicia federal en un proceso instruido con motivo del atentado cometido contra el presidente de la Nación Domingo F. Sarmiento (Fallos: 14:26. También, el homicidio de un legislador nacional cometido en territorio provincial en Fallos: 75:335). La Corte sostuvo que el atentado contra la vida del Presidente no se hallaba especificado como un delito especial de carácter federal en la legislación nacional, por lo tanto su represión debía involucrarse entre los delitos comunes contra las personas cuyo conocimiento corresponde a la justicia ordinaria.

cuenta qué es lo que el tribunal tenía que decidir y cómo era el caso y los agravios sometidos a su consideración. No son estándares en el aire, sino para las situaciones concretas que los motivaron.

Pero, bueno, se las cita en el Mensaje del PEN y en las reuniones anteriores de estas Comisiones del H. Senado. Se trata de dos acordadas que anularon el traspaso o transformación de un Tribunal Oral en lo Criminal en un nuevo Tribunal Oral en lo Criminal Federal con magistrados y personas incluidos. A mi modo de ver, ellas deben ser ponderadas en sus justos términos. Como señalé, solo tienen el alcance del asunto que tenían que tratar y su objetivo. Desde ese punto de vista, puede decirse que se agotaron en su propio cometido, y que no es posible extraer una doctrina general de ellas.

En primer lugar, fueron suscriptas por solo tres de sus miembros, con dos disidencias que refutan su línea argumental y ponen de manifiesto que, si bien esa transformación de un tribunal en otro se hizo en el marco de la Ley 27.307, el problema estaba en otro lado, es decir, que se habían salteado el concurso y acuerdo del Senado para el nuevo cargo. No se trataba de una reforma general de competencias.

El asunto versaba sobre una situación puntual, de coyuntura, que la mayoría cuestionó porque entendió que era similar a la de cubrir las vacancias de un tribunal oral federal nuevo sin concurso, propuesta del PEN y acuerdo del Senado, porque ese tribunal había sido seleccionado a dedo (autorizado por la Ley 27.307). Por ello sostengo que esas acordadas de tres jueces no pueden tener otro alcance que el de resolver ese asunto. Si la ley mencionada hubiera asignado nuevas competencias, que hasta el momento eran de los tribunales federales, a todos los tribunales nacionales, no habría podido ser objetada.²

El tema de las especialidades de las personas magistrados, a mi modo de ver, no es relevante. Lo único que importa son los tribunales y de sus

2. Un par de meses después de haber sostenido esta posición, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso CAF 11174/2020/1/RS1 "Bertuzzi y Bruglia", sentencia del 3 de noviembre de 2020, dijo lo mismo. No se puede nombrar jueces sin concurso. Solo se puede proceder de ese modo con los interinos, subrogantes o como se los llame, pero estos nunca serán definitivos si no han cumplido los pasos que marca la Constitución. Luego, los traslados definitivos no existen. Lo realmente preocupante es que mucha gente no sabe leer los fallos y acordadas de la Corte y les asigna un alcance que no tienen, basados en sus propios preconceptos.

competencias: en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires (y en los por entonces Territorios Federales), toda la vida hubo tribunales y ministerios públicos nacionales que convivían con los federales. Los primeros tenían competencia en tal o cual delito que el mismo legislador decidía si era federal o no (arts. 75, inc. 20, y 116 CN, disponen que el Congreso es soberano para crear los tribunales inferiores a la Corte).

No estoy hablando de que esa mayoría de la Corte expresamente abandonó en "Corrales" (Fallos: 338:1517, de 2015) la doctrina por la cual todos los tribunales de la Capital Federal son nacionales,³ porque ese razonamiento frente a la creación de la CABA como jurisdicción autónoma podría llevar exactamente a la solución contraria y declarar que donde decía "nacional" debía leerse "federal", es decir, que todos los tribunales dependientes de la Nación ubicados en la Ciudad de Buenos Aires son federales (teoría de la pertenencia a un poder del Estado Nacional).

Esa situación se mantuvo después de la reforma constitucional de 1994, que inventó la jurisdicción de la CABA. De hecho, el fuero en lo penal económico sigue investigando los delitos de cheque sin fondos y de contra orden de pago. Y el Decreto-Ley 1285/58, ratificado por Ley 14.467, sigue vigente pese a ser contradictorio con la Ley de Subrogancias 27.439. El art. 31 del 1285/58 dice que los tribunales federales se integran con sus miembros, y si no se puede, con los de igual rango de la justicia nacional.⁴

El proyecto de ley aquí en examen se hace cargo de ello y propone derogar esa norma del viejo decreto-ley, pero lo interesante aquí es que el asunto de las especialidades de los magistrados nacionales vs. federales no es de jerarquía constitucional.

^{3.} En el último considerando de "Corrales", expresamente dicen: "Por tanto, de aquí en más, a los efectos de dirimir cuestiones de competencia, no corresponde equiparar a los tribunales nacionales ordinarios con los federales".

^{4.} En el citado caso "Bertuzzi y Bruglia", del 3 de noviembre de 2020, la Corte ignoró completamente esta cuestión, se expidió de forma *extrapetita*, y dijo que los jueces que consideró interinos debían seguir en sus cargos hasta tanto se celebrara el concurso y designación de los efectivos. El argumento es grave, porque implica legitimar una antijuridicidad "mientras tanto" ya que si esos nombramientos son interinos, equivalentes a subrogancias, tampoco fueron realizados respetando el orden de las leyes de subrogancias o interinatos (Ley 27.439 y Decreto-Ley 1285/58).

Hay otros temas de los que no se ocupa este proyecto de ley, que para mí tienen la misma urgencia. Mientras se comienza a implementar el Código Procesal Penal Federal, el H. Congreso debería quitar las funciones administrativas a todos los tribunales. No coincido con este proyecto en dejar librados algunos aspectos de su implementación a distintos tribunales, porque ello no favorece la transparencia y el debido control externo de los actos del Poder Judicial.

La Corte. Si bien no forma parte de este proyecto de ley, habría que circunscribir solo funciones jurisdiccionales a la Corte. Debería quitársele las funciones administrativas y económicas (p.ej. habilitar tribunales, decidir que una reforma legal de tipo administrativo no se aplica, como el ingreso democrático, contratos, obras, cuerpos periciales, obra social, etc.). Así lo establece el art. 114 CN.

Debe pensarse seriamente en derogar el art. 280 del CPCC que es una expresión antirrepublicana y aristocrática del servicio de justicia. Y también en establecer plazos para que dicte sentencias (no más de 6 meses), cuyo incumplimiento signifique que la sentencia apelada quedará confirmada. Los conflictos de competencia podrían ser resueltos por un solo juez, y los demás podrían participar si lo quisieran, pues todos toman conocimiento del ingreso de los casos al Alto Tribunal por el sistema informático.⁵

Lo mismo debería hacerse con todos los demás tribunales. El gran poder de los jueces es el manejo de la agenda, que en el Código Procesal Penal Federal estaba pensado para que lo hiciera una oficina judicial que no dependiera de ellos. Esto fue desbaratado por las leyes posteriores al Código (sancionado en diciembre de 2014).

En cuanto al llamado traspaso de la justicia nacional a la CABA, cabe señalar que en "Corrales", la Corte no hizo mayoría sobre ese asunto. Solo dos jueces hablaron de ello en un *obiter dictum*, innecesario para resolver el caso (jueces Lorenzetti y Maqueda). Los otros dos jueces concurrieron en el único asunto a resolver, con base en tradicional jurisprudencia (Highton y Fayt).

^{5.} Como trabajé en la Secretaría Penal de la Corte, me consta que se podía tener el trabajo al día, con un tiempo aproximado de 6 meses de elaboración de estudio, proyecto y firma de las sentencias. Los invito a corroborar la estadística de 1997 de la Secretaría Penal. Y aclaro que el atraso no es un problema de los secretarios.

El voto de los dos primeros jueces debería haber terminado en el considerando 4°. Hasta allí llega la coincidencia con los otros dos votos, que lo resuelven en 10 renglones.

Pero aquellos, a partir del considerando 5° se ponen a hablar del traspaso de competencias no federales a la CABA. Pese a ello, no dicen lo que se les quiere hacer decir:

5°) Que, en esta línea, corresponde precisar que no podría admitirse la atribución de competencia a la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional para resolver respecto del recurso de casación antes aludido con base en el carácter nacional de los magistrados que la integran. Esto por cuanto, más allá de la innegable pertenencia al Poder Judicial de la Nación de los tribunales ordinarios de esta ciudad, la justicia nacional criminal no posee competencia en materia federal (cf. arts. 26 y 33 de la Ley 23.984).

Es decir que, si el Congreso suprimiera un "fuero" entero de la justicia nacional y le asignara competencia federal, no habría problema alguno.

Lo cual se confirma en el considerando 8°, donde dicen que el carácter nacional de los tribunales ordinarios es meramente transitorio y que su continuidad se encuentra supeditada a los convenios con la CABA. Allí hablan de la transferencia de competencias, no de los jueces nacionales ordinarios, y rematan que, por eso, a partir de ahora a los tribunales nacionales les dará el trato de tribunales locales de la CABA.

4. La garantía de la inamovilidad de los jueces. Las vacantes. Los concursos

Las Acordadas 4/18 y 7/18, suscriptas por solo tres jueces de la Corte, con dos disidencias, son otra muestra del lío en que se transformó todo esto. A mi modo de ver, era más simple decir que esa transformación de un Tribunal Oral en lo Criminal a Tribunal Oral en lo Criminal Federal no se inscribía en una reforma general de cese de competencias ordinarias, sino que era la creación de un nuevo Tribunal Federal al que se le estaban designando tres jueces nacionales en violación al régimen de concursos, sin propuesta del PEN, ni acuerdo del Senado, con cita de los arts. 99, inc. 4, y 114 CN. Todo

ello, sin ponerse a hablar de otras cosas porque, en definitiva, ese traspaso estaba dispuesto de manera mediata por Ley 27.307. El problema es que esa ley le asignó un cheque en blanco al Consejo de la Magistratura y entre cuatro paredes se decidió qué tribunal (qué jueces de la justicia nacional) traspasar y cuáles no.

Quiero aclarar que para llegar a esa crítica parto de la idea de que la garantía constitucional de inamovilidad de los jueces, independencia, imparcialidad, su competencia, etc., etc., es, en primer lugar, de los habitantes, no del Poder Judicial. Los jueces no pueden cesar en el cargo si no es por remoción, renuncia, jubilación o muerte (art. 115 CN). Por supuesto, el hombre/mujer juez tiene una garantía de tipo laboral contra atropellos de esa especie, pero la mirada de que la garantía desde los habitantes permite ver por qué no alcanza con que un juez se ponga de acuerdo con una mayoría del Consejo de la Magistratura para ser transferido a un puesto que le gusta más que el que tiene.

Es en ese contexto en el que el Consejo de la Magistratura se las ha ingeniado para saltearse olímpicamente la Constitución, que no solo exige propuesta del PEN y acuerdo del H. Senado para la designación de un juez, sino *concurso*. En un escritorio se arreglan las transferencias de un tribunal a otro, sin concurso, con lo cual se quedan en ascuas miles de posibles concursantes que tienen un derecho-expectativa legítimo, una chance, a aspirar a un cargo de juez que está vacante.⁶

Como adelanté, no coincido con el Proyecto en cuanto le da poderes administrativos a distintos tribunales para decidir la suerte de tal o cual juez a ocupar algún cargo.

6. Ustedes, que en su mayoría son senadores por las provincias, pueden imaginar fácilmente la situación. Una abogada o abogado, quizás una abogada que es secretaria de un juzgado hace ocho años, que tiene su arraigo y familia en una ciudad importante, ven que se produce la vacante de juez por la que han soñado toda una vida. Cuando se preparan para presentarse a un concurso, que es su única oportunidad en la vida en esa ciudad donde hay un solo juzgado o un solo tribunal oral, desde Buenos Aires le ponen juez que viene de otra provincia, por el simple hecho de que él se quería mudar. En los ministerios públicos fiscal y de la defensa la cuestión es distinta, porque la Constitución Nacional no lo prevé y porque están basados en los principios de unidad de actuación y jerárquico, por lo cual, los titulares de ambos organismos pueden asignar a un fiscal o defensor oficial a distintos lugares y funciones. Eso está previsto en las leyes de los Ministerios Públicos.

5. Traspaso a CABA

En cuanto al consentimiento que presten en el futuro los magistrados para ir a trabajar a la CABA, tiene algunos problemas.

Se desconoce el derecho de la CABA a no aceptarlos a todos "a paquete cerrado". Hoy la CABA tiene potestades constitucionales para designar a sus jueces, fiscales y defensores, y no se los puede imponer la Nación. Hay un problema adicional con los magistrados del Ministerio Público de la Nación, porque aquí nosotros no dependemos del Poder Judicial como ocurre en CABA, sino que somos un poder autónomo (art. 120 CN).

Pero, además, el proyecto agrega "o a quienes lo hubieren prestado", y ahí hay un problema que viene dado por la propia realidad. Ese consentimiento ya dado parece que se considera irrevocable, pero el consentimiento que ya fue dado por algunos, en realidad fue obtenido en circunstancias de dudosa libertad, en tanto fue exigido, de manera sorpresiva, a los concursantes para cargos de jueces nacionales como condición de ser incluidos en las ternas a las que habían accedido legítimamente por concurso, y todos podemos imaginar que una persona que está en esa situación no está en condiciones de oponerse libremente.

El asunto sería más sencillo si todo el fuero Nacional en lo Criminal y Correccional fuera fusionado con competencia federal penal. Desde Fallos: 17:22 (caso "Chumbita") los cambios de competencias, como las leyes sobre jurisdicción y organización judicial, son aplicables inmediatamente, sin que las partes se puedan agraviar de ello. Pero lo que no se puede hacer es razonar al revés, como si la garantía fuera del Poder Judicial y no se pudiera asignar otras competencias a jueces designados por el mismo poder del estado.

Con el criterio de que los jueces nacionales no pueden ser transformados en federales por razones de especialización, si a un fuero le agregaran una nueva competencia (por ejemplo, desde los 90 para acá, el delito ambiental, el *grooming*, la trata de personas, el femicidio, la desaparición forzada, etc.), deberían declarar que todos los jueces de ese fuero están incapacitados para juzgar los nuevos casos porque no concursaron y no fueron designados para ello. Lo mismo ocurre con los demás fueros. Un viejo juez civil no podría haber entendido en divorcios cuando se sancionó la ley que los permitió. Ese argumento es insostenible.

La competencia por la materia de todos los jueces nacionales es un asunto de nivel legal. La Constitución dice que los tribunales inferiores a la Corte los crea el congreso y con ello va implícita la potestad de asignarles el conocimiento de las materias que considere convenientes. Antes, como la CABA no existía como soberanía independiente, les asignó competencia en casos de derecho común (art. 75, inc. 12, CN), y ahora, que se creó esa soberanía estamos discutiendo qué hacer con esos tribunales y magistrados que los integran. Pero ello no puede hacernos perder de vista que siguen siendo tribunales inferiores a la Corte en los términos del art. 116 CN.

6. En las provincias

Deberían estudiarse las estadísticas, la cantidad y complejidad de las causas, así como el funcionamiento de los juzgados, defensorías oficiales y fiscalías existentes, para determinar si la cantidad y lugar de los juzgados del interior que se crearían es necesaria o no lo es.

En el interior tengo entendido que no es la materia penal el problema (mi intuición parte de mi visión desde la fiscalía ante la Cámara de Casación que recibe causas de todo el país, de lo cual observo que, salvo excepciones, son de escasa complejidad) sino los amparos de salud, las ejecuciones fiscales y los casos previsionales. Ahí tienen un trabajo enorme.

7. Cómo se ejecutaría esta reforma. Alguna propuesta

Se nombrarán subrogantes por un sistema distinto al de la Ley 27.439, que exige que no haya vacancia en el lugar donde se designará uno. Como una ley puede modificar otra, no hay problema.

Y además se trataría de gente que ya es juez/a, que sería interino, por el término que dure la sustanciación del concurso para nombrar un titular, y con acuerdo del Senado. Como se ve, estamos en el terreno de la conveniencia política de un sistema o del otro, pero no en el nivel constitucional. Desde esa mirada, tan inconstitucional sería la 27.439 como la propuesta.

El sistema no es inconstitucional, sino que parece inconveniente o innecesario. La transferencia de competencias a la ciudad es mandatoria por la CN, pero se podría ahorrar tiempo, dinero y conflictos si se pensara en trasladar competencias y no personas. Ello irá acompañado de partidas presupuestarias para que la Ciudad cree juzgados, fiscalías y defensorías, y fortalezca sus instalaciones para tratar con los asuntos.

Todos los tribunales nacionales existentes (y órganos de los ministerios públicos) podrían ser federalizados por ley del Congreso de la Nación, previa quita de las materias no federales, y de una manera general, no individualizada.

Insisto con este tema. Cuando tres jueces de la Corte en la Acordada 4/18 citan los votos de los jueces Petracchi y Belluscio en el precedente "del Valle Puppo" (Fallos: 319:339), no se refirieron a reemplazos o subrogancias transitorias, porque eso estaba previsto en el art. 31 del Decreto Ley 1285/58, donde los jueces nacionales tranquilamente podían (y pueden) integrar tribunales federales en los casos que allí se prevén. Es decir, en la Acordada 4/18 la Corte llegó a la conclusión de que los jueces no podían traspasarse definitivamente porque consideró que los tribunales federales en realidad eran nuevos tribunales y los magistrados no habían sido designados constitucionalmente en esos cargos. Este razonamiento puede ser equivocado, pero lo cierto es que no se trató de una imposibilidad por falta de especialidad en la materia por parte de los magistrados, porque la propia ley siempre previó que los nacionales podían intervenir en causas federales, interinamente, pero intervenir con todas las potestades al fin.

Tanto es así que los votos de la disidencia, de los jueces Rosenkrantz y Highton, refutan a la mayoría y le ponen como ejemplo el Decreto Ley 1285/58 que prevé el reemplazo mutuo, porque todos son penales.

En la solución superadora que propongo no estaríamos hablando de nuevos tribunales, sino de viejos tribunales que pasarían a tener otra competencia, que igualmente está dentro de un ámbito más grande de la propia (lo penal, con mismo procedimiento, misma parte general, mismo código penal, misma ejecución penal, etc.).

La misma Corte aclara su alcance en la Acordada 7/18.7

8. Epílogo

El problema mayor del proyecto es que queda para más adelante el fortalecimiento del MPF y MPD. Es en ese sentido que este proyecto no va en la misma línea del proceso acusatorio del código procesal penal federal porque mantiene la misma estructura vigente, pero, como dije al principio,

^{7.} Como dije más arriba, meses después de haber dicho esto, la Corte sostuvo lo mismo.

se anuncia que se trata de un "mientras tanto" vaya avanzando la aplicación del CPPF.

Se sigue pensando en el juez a cargo de un juzgado, de una estructura administrativa, de cámaras con funciones de superintendencia y de un Ministerio Público espejo del Poder Judicial. Y eso debería desaparecer.

Advierto que el citado código procesal penal federal ha sido tergiversado por obra de las leyes de implementación, dictadas desde 2015 hasta hoy, incluido un DNU que se arrogó competencias de derecho penal adjetivo, que hicieron renacer el criterio de que los jueces están atados a un juzgado o cámara en lugar de estar sueltos y ser asignados a distintos tipos de audiencias o procedimientos. El administrador judicial sigue siendo un empleado de los jueces. No se les quita a los jueces los temas administrativos, continúan manejando los tiempos de los procesos, siguen siendo jefes de personal, y deciden cómo se subrogan los tribunales vacantes, etc.

Y si esto es así, con o sin este proyecto, con o sin nuevo código procesal penal federal, con o sin ampliación de la Corte, todo el sistema seguirá funcionando igual.

Buenos Aires, 18 de noviembre de 2020

La Reforma Judicial impulsada por el gobierno: diez primeras críticas

Roberto Gargarella*

Resumen

En este trabajo se realizarán algunos comentarios acerca de la Reforma Judicial impulsada por el gobierno argentino.

Palabras clave: reforma judicial, crítica, democracia.

The Judicial Reform Promoted by the Government: Ten First Thoughts

Abstract

In this paper we will comment the recent Judicial Reform prometed by the government of Argentina.

Keywords: Judicial Reform, Criticism, Democracy.

^{*} Abogado (UBA); Sociólogo (UBA); Profesor titular de Derecho Constitucional (UBA); Master en Ciencias Políticas FLACSO; Doctor en Derecho (UBA); LLM (Universidad de Chicago); Jurisprudence Doctor (University of Chicago); Posdoctorado (Oxford University); Becario J. S. Guggenheim, 2001. Becario H. F. Guggenheim, 2003-4. Autor de una veintena de libros y un centenar de artículos sobre Derecho, Teoría Constitucional, Filosofía Política; robert@utdt.edu.

En este escrito, quisiera presentar diez primeros comentarios críticos a la Reforma Judicial anunciada por el Gobierno el día miércoles 29 de julio de 2020. Me detendré, por el momento, solo en algunas objeciones iniciales, relacionadas con la oportunidad de la Reforma; los procedimientos ideados para la misma; los fines alegados; los medios escogidos para satisfacer tales fines; y las omisiones en que incurrió la propuesta.

I. Oportunidad (Reforma en el contexto de una emergencia sanitaria y económica)

- i) Existen problemas obvios de *oportunidad*, dado que —conforme lo que sostiene el propio Poder Ejecutivo— nos encontramos en una situación de emergencia extrema, que es la que justificaría los poderes delegados al Presidente (y prorrogados inconstitucionalmente por él mismo, cfr. art. 76 CN), o el hecho de que se gobierne a través de decretos de necesidad y urgencia. Por supuesto, no existe el "momento óptimo" para llevar adelante una reforma, pero sí hay momentos peores, y resulta simplemente inimaginable un momento peor que este para pensar una reforma de este tipo.
- ii) La reforma propuesta resulta particularmente cuestionable en el contexto de la *emergencia sanitaria y económica*. En un momento de crisis de salud extrema, en donde cotidianamente nos preguntamos acerca de si contamos con las camas suficientes para atender los enfermos; y en el marco de la peor crisis económica del siglo –una crisis económica que aparece sorprendentemente desatendida— (el gobierno se jacta de no tener plan al respecto), no resulta atinado concentrar las pocas energías y recursos disponibles en la reforma judicial (mucho menos proponer la multiplicación del número de jueces, juzgados y secretarías, tal como lo hace el proyecto de Reforma en su eje central).

II. Procedimientos (Elitismo vs. democracia)

iii) Una reforma orientada a modificar uno de los "nervios más sensibles" de la Constitución –el Poder Judicial— requiere de un *acuerdo democrático extraordinario*: abrir un proceso *horizontal* de *discusión pública*; convocar formalmente a la oposición; y sentarse frente a una agenda de reforma *abierta*. Contra eso, se optó por un nuevo procedimiento de creación

institucional *elitista*, "*desde arriba*" y concentrado en una comisión *tecno-crática* (con una lógica similar a la que se advierte en el manejo de la pandemia: ausencia de discusión pública, desaliento de la discusión democrática y "gobierno de los expertos").

iv) Aparece un problema adicional cuando se presenta una Reforma Judicial ya cerrada, y *al mismo tiempo* se crea una Comisión orientada... al estudio de la reforma judicial. Se dirá que tales reformas (la que debe estudiar la Comisión de expertos; y la del proyecto de reforma) refieren a áreas o cuestiones diferentes, pero eso no resulta por completo cierto (por ejemplo, se le pide a la Comisión que estudie la puesta en marcha de la institución del Jurado, pero dicha institución bien podría reclamar intervención en cuestiones de las que hoy se ocupan los juzgados ya impactados por el proyecto presentado de Reforma Judicial —en los casos de corrupción del poder—).

III. Fines (El problema de la impunidad)

- v) La buena reforma es aquella que es capaz de responder a las necesidades o "tragedias" del propio tiempo, como decía Juan Bautista Alberdi. Si hubiera que mencionar, en la actualidad, cuáles son esas cruciales necesidades de nuestra era, propondría dos de ellas: una más general, la *desigualdad*; y otra más específica, la *impunidad del poder*. Nada de lo que la reforma propone aparece dirigido a enfrentar algunos de los que aparecen como grandes "dramas" judiciales de nuestra época.
- vi) Mucho peor aún, podría decirse que no ha habido paso, de todos los que ha dado el Gobierno desde su asunción hasta hoy, en el área de la justicia, que no se haya orientado en dirección directamente contraria a las sugeridas —los pasos del Gobierno se han orientado, en particular, a construir o asegurar la impunidad, y a "golpear" sobre los partidos de oposición—. Basta examinar cada una de las decisiones tomadas hasta hoy por la Oficina Anticorrupción (convertida en una de las oficinas públicas más indignas en la historia reciente del país); o por la Procuración del Tesoro; o las medidas tomadas para el desmantelamiento del Programa de Protección de Testigos; etc. Por lo demás, y para el caso de la Comisión de Reforma aquí bajo examen, el gobierno ha optado por darnos señales muy fuertes sobre su preocupación por "construir impunidad". Ello así, por caso, al incorporar en la Comisión, de modo por completo innecesario, a abogados del poder que hoy trabajan para la impunidad de algunas de las figuras más prominentes

del gobierno (incluyendo a la vicepresidenta), lo cual constituye una provocación difícil de tolerar para una ciudadanía agobiada por una historia de recurrente impunidad.

IV. Medios-Fines (Multiplicar el problema sin atacarlo)

vii) Al presentar la reforma, el Presidente hizo referencia a las finalidades de la misma, mencionando objetivos con los que nadie puede estar en desacuerdo. En particular, aludió a los fines de la "independencia" judicial; la "celeridad" en el tratamiento de las causas; y la "transparencia" de los procesos. Notablemente, sin embargo, ninguna de las reformas propuestas aparece, de ningún modo, como un medio idóneo, para atender los fines proclamados.

viii) Peor todavía, frente a dificultades judiciales relacionadas con *problemas estructurales* graves —problemas estructurales relacionados, muy en particular, con el funcionamiento del *fuero federal penal*— lo que se propuso es pasar de 12 juzgados federales a 46. Con lo cual, al no modificar una *estructura* corroída y corrupta, pero multiplicarla por 4, lo esperable es que el problema en cuestión no se disuelva, sino que se multiplique: esperablemente, esos nuevos juzgados reproducirán entonces los problemas de falta de independencia; lentitud y opacidad hoy distintivos de la estructura de "Comodoro Py." No tenemos una sola razón estructural para pensar lo contrario.

ix) El Presidente aludió en su presentación a la necesidad de terminar con la concentración de poder en materia judicial (aunque más valdría preocuparse primero por la concentración del poder en el Ejecutivo). Para servir a tal fin (desconcentrar el poder de los jueces), propuso luego un aumento en el número de juzgados (y, eventualmente, la ampliación del número de miembros de la Corte). Pero en esa afirmación (repetida por algunos de los doctrinarios miembros de la Comisión) hay un error conceptual, ya que la anti-democrática concentración de poder que criticamos en el Poder Judicial no se debe a que hay pocos jueces, sino al hecho estructural de que unas pocas personas, no elegidas directamente por el pueblo ni controladas por él, pueden decidir, más o menos discrecionalmente, cuestiones de fundamental importancia pública, que muchos pensamos que deberían quedar bajo el control y decisión ciudadanos. Por lo tanto, el problema de concentración de poder que atacamos, no se disuelve sino que se multiplica

cuando pasamos a tener ahora 46 (en lugar de 12) personas que no elegimos ni controlamos, pero que sin embargo deciden, de forma más o menos discrecional, sobre muchas de las cuestiones que más nos importan.

V. Omisiones (El problema de la desigualdad y la falta de acceso a la justicia de los sectores populares)

x) Es un problema que ni la reforma propuesta, ni la convocatoria de reformas realizada con la creación de la Comisión de expertos, incluya referencias a la lucha contra la impunidad y –agregaría de un modo particular– referencias a la democratización (real y no ficticia o retórica) del Poder Judicial; o a favorecer el acceso de los pobres y marginados a los servicios de justicia. Todos los países latinoamericanos que quisieron resolver el problema del acceso popular a los tribunales (por ejemplo, Colombia y Costa Rica) lo hicieron con reformas sencillas, posibles y asequibles, en materia de legitimidad o "standing"; instituciones tales como la tutela y la acción popular; o la regulación del litigio colectivo. Que tales reformas aparezcan completamente ausentes –siquiera mencionadas– en los proyectos de reforma, da cuenta del elitismo de la propuesta, y el modo en que ella se desentiende de las necesidades de los sectores populares.

Bibliografía

- Gargarella, R., *The Latin American Casebook. Courts Constitutions and Rights*, editado con J. G. Bertomeu, Routledge, Londres, 2016.
- Gargarella, R., *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina*, ed. con S. Guidi. 2 vols., La Ley, Buenos Aires, 2016.
- Gargarella, R., *Constitucionalismo, garantismo y democracia*, con D. Pastor, Ad Hoc, Buenos Aires, 2016.

La voluntad en la formación del Derecho Internacional Público: ¿un orden jurídico a medida?*

Mónica Pinto**

Resumen

Este trabajo se propone considerar el papel de la voluntad en la elaboración del derecho internacional público, la de los Estados y la de otros participantes en esos procesos, señalar los límites impuestos a esa autonomía de voluntad por el orden público internacional y comprobar en qué medida esa misma voluntad permitió a esos Estados y a los otros partícipes desobligarse.

Palabras clave: Derecho Internacional Público, voluntad, orden jurídico.

Will's Role in the Elaboration of Public International Law, a Tailored Legal Order?

Abstract

This article pursues the consideration of the will's role in the elaboration of public international law, targeting States' will as well as that of other participants in these processes; to flag the limits of the will's autonomy

^{*} Este texto fue la *Lectio Magistralis* pronunciada en ocasión de recibir el Doctorado Honoris Causa en la Universidad de Chile el 27 de septiembre de 2019.

^{**} Profesora emérita de la UBA; fue profesora titular regular de Derecho Internacional Público y Derechos Humanos y Garantías; Miembro del *Institut de Droit International*; integra la Comisión de Expertos sobre la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT; se desempeña como abogada y consejera en casos internacionales y como árbitro en materia de inversiones; pinto@derecho.uba.ar.

imposed by *public international order* and to assess if and how that will allowed States and other participants to get unbound.

Keywords: Public International Law, Will, Legal Order.

I. Introducción

El derecho internacional, como todos los derechos, responde a las características de la sociedad a la que se aplica. Se ha señalado que esas características están sustancialmente dadas por el rol determinante que juegan los Estados. Así, a veces con excesiva liviandad, otras como afirmación de cierta decepción, se ha sostenido que el derecho internacional es el ancho mundo de la autonomía de la voluntad en el que los Estados pueden hacer y deshacer a gusto y discreción y así soslayar el cumplimiento de las normas.

Si ello pudo haber parecido así en algún tiempo histórico, por cierto que no fue esa la realidad, y mucho menos lo es actualmente. Siempre hubo sujetos que respetaron las normas y sujetos que las violaron. Aunque una deba preguntarse en esas situaciones fronterizas si se está violando la norma o si se está generando una nueva. En todo caso, evocando a Julio Barberis, habría que ver de qué lado hay más y dónde están los buenos.

Y ese es un problema en el derecho internacional actual. Como señalaba Dame Rosalyn Higgins hace apenas unas semanas en la sesión del *Institut de Droit International* en La Haya, entre los elementos perturbadores del presente se verifica una degradación del derecho internacional que ha silenciado a los políticos y a los medios, pero también a nosotros, los juristas, que terminamos resultando cómplices de la violación del derecho internacional que nadie denuncia.

Sin perjuicio de que las fuentes del derecho internacional puro y duro sean las del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (ECIJ), la elaboración normativa en general no parece reducirse hoy solo a ellas ni ser solo obra de los Estados.

La descentralización propia del derecho internacional y el mayor número de temas que hoy resultan internacionales han facilitado nuevos escenarios para la elaboración normativa, como procesos multilaterales, tribunales, órganos de organizaciones internacionales, en los que participan también las organizaciones no gubernamentales e incluso los individuos.¹

Mi propuesta es considerar el papel de la voluntad en la elaboración del derecho internacional público, la de los Estados y la de otros participantes en esos procesos, señalar los límites impuestos a esa autonomía de voluntad por el orden público internacional y comprobar en qué medida esa misma voluntad permitió a esos Estados y a los otros partícipes desobligarse.

No pretendo adelantarles el final de esta saga con padre conocido, Hugo Grocio, pero de maternidad ignorada, pero ustedes sabrán que divorciarse del orden jurídico ino es una tarea evidente!

II. La autonomía de la voluntad de los Estados en los procesos de elaboración normativa: el enfoque clásico u horizontal de Westfalia

El derecho internacional es un producto histórico que responde a la necesidad de los Estados de relacionarse. Surge con el sistema de Estados. Es una creación de los Estados que se conforman al fin del Medioevo. Se trata de un pequeño grupo de Estados, ubicados en el mapa actual de la Europa occidental, monárquicos, absolutistas, cristianos. Si ellos crearon el derecho internacional o lo recuperaron de los esquemas pseudojurídicos anteriores a la paz de Westfalia no es lo que aquí interesa, sino señalar que, indudablemente, ese grupo de Estados necesitaba de un lenguaje común para fijar las reglas de juego, y el derecho internacional fue ese lenguaje.²

Esas reglas pasaban, sustancialmente, por establecer la igualdad jurídica de todos los Estados, y por ello la inmunidad de jurisdicción de cada uno frente a los tribunales o jueces del otro y, además, la prohibición de intervenir en los asuntos de otro estado.

Alan Boyle / Christine Chinkin, The Making of International Law, New York, OUP, 2007.

^{2.} De todo esto me he ocupado en *El Derecho Internacional. Vigencia y Desafíos*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004. Véase también Monique Chemillier-Gendrau, *Droit international et démocratie mondiale. Les raisons d'un échec*, Paris, Les éditions Textuel, 2002, p. 11.

Las normas en común eran pocas y consistían en lo que Louis Henkin dio en llamar "housekeeping arrangements",³ determinación y régimen jurídico de los espacios propios, los ajenos, los de nadie y de todos; normas para relacionarse y para definir las reglas de juego. De allí surgen las normas sobre soberanía territorial y en el mar; las normas sobre privilegios e inmunidades de los representantes de los monarcas (misiones especiales y agentes diplomáticos); las normas sobre tratados y sobre la costumbre.

Así las cosas, el contexto del derecho internacional es un gran ámbito descentralizado en el que los Estados son los sujetos primarios y necesarios del derecho internacional y también agentes generadores de normas jurídicas internacionales, como diría mi profesora Hortensia Gutiérrez Posse.

De este modo, los Estados se vinculan a través de tratados, acuerdos formales, por escrito destinados a crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones entre las partes y regidos por el derecho internacional, como señala el artículo 2. a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. 4 Y en estos casos será, en general, bastante claro cuándo los Estados se comprometen, sobre qué y cómo cumplen ese compromiso.

Cierto es que no siempre los acuerdos entre Estados son formales y por escrito sino que también hay acuerdos informales, tácitos, cuando esa voluntad de las partes puede discernirse de los términos efectivamente empleados y de las particulares circunstancias del caso, como señalara la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso de la *Delimitación entre Qatar y Bahrein.*⁵ En el caso *Nicaragua/Honduras*, la Corte señaló que la prueba del acuerdo tácito debe ser convincente, especialmente si está estableciendo una frontera marítima permanente.⁶ En la misma línea, en el caso de la *Soberanía sobre Pedra Blanca/Pulau Batu Puteh*, la CIJ sostuvo que un acuerdo tácito debe surgir manifiestamente claro de la conducta de quienes

^{3.} Louis Henkin, *How Nations Behave*, 2nd. ed, New York, Columbia University Press, 1979, p. 16.

^{4. 1155} UNTS 331, en adelante CVDT.

^{5.} Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I. C. J. Reports 1994 (Qatar v. Bahrain, Jurisdiction and Admissibility, 1994), para. 23.

^{6.} Case concerning Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v Honduras), Judgment, I. C. J. Reports 2007, p. 659, paras. 253 and 256.

intervienen y de los hechos relevantes, especialmente cuando se trata, como era el caso para una de las partes, de un abandono de soberanía sobre parte de su territorio.⁷

En rigor, toda la jurisprudencia tiene en mira distinguir entre la voluntad de comprometerse jurídicamente y la gestión diplomática, amistosa entre los Estados. En este sentido es interesante lo que apunta un autor cuando señala que la voluntad manifiesta de asumir un compromiso jurídico es lo que distingue la acción jurídica de la conducta estatal relevante a los fines políticos. Se trata de una distinción que puede no ser sencilla en la práctica aunque sí lo sea en términos de derecho internacional; una cosa es la demostración de buena voluntad política a través de declaraciones de intención y otra bien distinta son las promesas o compromisos que van a crear un vínculo jurídico.⁸

Ello es así también respecto de la formación de la costumbre –universal, regional o bilateral –. Todos hemos aprendido que la práctica internacional es conteste en señalar la necesidad de dos elementos, una práctica estatal generalizada, homogénea, concordante llevada a cabo con el sentimiento de estar cumpliendo una obligación jurídica u *opinio juris sive necessitatis*. Sin embargo, basta con trabajar un rato en el campo del derecho internacional para notar que estos dos elementos vienen muy juntos y que la forma de percibirlos no es unánime.

En el señero *caso Lotus*, la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) analizó el planteo francés según el cual eran raros los casos internacionales de persecución penal en materia de abordaje y que ello era la prueba del consentimiento tácito de los Estados ante la jurisdicción del estado de pabellón. La Corte entendió que el planteo era infundado puesto que aun si el escaso número de decisiones internacionales permitiría comprobar que los estados habitualmente se han abstenido de perseguir penalmente, ello solo permitía concluir que lo hicieron porque estaban convencidos de que

^{7.} Case concerning Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middl Rocks and South Ledge (Malysia / Singapore), Judgment, 23 May 2008, I. C. J. Reports 2008, p. 12, para. 122.

^{8.} C. Eckhart, Promises of States under International Law (2012), p. 38. See also Arbitration regarding the Iron Rhine ("IJzeren Rijn") Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands, Decision, 24 May 2005, XXVII RIAA, p. 92, para. 142.

no estaban obligados a procesar penalmente; solo si la abstención estuviera motivada por la conciencia de un deber de abstención, podría hablarse de costumbre internacional.⁹ Del mismo modo, se expresa la CIJ en 1969 al decidir el *Caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte*.¹⁰

Las tesis relacionadas con la norma consuetudinaria revelan que basta con que una mayoría de Estados —una mayoría representativamente válida como muestra— concurra a la formación de la costumbre. En un enfoque sumamente principista, esto hecha por tierra aquello de que siempre los Estados participan de la elaboración de las normas que los vinculan.

En sentido opuesto, resulta difícil encontrar Estados que se opongan sistemáticamente a una nueva norma de derecho internacional general. Las tesis voluntaristas son más dogmáticas que pragmáticas en el mundo internacional y los ejemplos son escasos. Probablemente el más notable, aunque no el más ortodoxo, sea el *Caso de Derecho de Asilo*, en el que Colombia alegó la existencia de una costumbre regional que lo autorizaba como Estado asilante a calificar el delito pero la Corte no solo encontró que esa costumbre no se había probado sino que además de haberlo sido, tampoco hubiera podido oponerse a Perú que lejos de haber adherido a ella, la había repudiado al no ratificar las Convenciones de Montevideo de 1933 y 1939. Los persistentes objetores son escasos.

Si fuere necesario, para resolver conflictos puede acudirse también a los principios generales de derecho, esto es, los principios que surgen de las legislaciones nacionales para colmar las lagunas del derecho. Se trata de una participación bastante indirecta de la voluntad de los Estados que, en todo caso, suma a las coincidencias y marginaliza las divergencias.

Al iniciar su competencia contenciosa, en el *Caso del Estrecho de Corfú*, la Corte recriminó a Albania por no haber advertido a los navíos británicos de la existencia de minas en el mar territorial y señaló que esas obligaciones se basaban "en consideraciones elementales de humanidad, más absolutas

^{9.} Case of the S. S. Lotus, Judgment of 7 September 1927; P. C. I. J. Series A No. 10, p. 3, at p. 28.

^{10.} Case of the North Sea Continental Shelf, Germany/Denmark; Germany/The Netherlands, Judgment of 20 February 1969, I. C. J. Reports 1969, p. 3, para. 77.

^{11.} Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th 1950: I. C. J. Reports 1950, p. 266. at 276-277.

incluso en tiempo de paz que en tiempos de guerra, el principio de la libertad de las comunicaciones marítimas y la obligación, para todo Estado, de no permitir el uso de su territorio para fines contrarios a los derechos de otros Estados". La Además, en el ya mencionado *Caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte*, la CIJ se refirió a la noción jurídica de equidad como "un principio general directamente aplicable en tanto que derecho". La CIJ se refirió a la noción jurídica de equidad como "un principio general directamente aplicable en tanto que derecho".

Más allá del enunciado del artículo 38 ECIJ, se ha señalado que ciertas declaraciones unilaterales relativas a situaciones de hecho o de derecho pueden crear obligaciones jurídicas cuando esa es la intención manifiesta de sus autores y si tal intención resulta incuestionablemente de los términos del acto así como de las circunstancias de su adopción, como señalara la CIJ en los *Casos de los Ensayos Nucleares*. ¹⁴

En todo caso, en este esquema tanto los tribunales internacionales como los órganos de las organizaciones internacionales participan de la elaboración normativa por vías menos ortodoxas.

Respecto de lo primero, el artículo 38. 1. d) del ECIJ establece que las decisiones judiciales son una fuente auxiliar para la determinación de las reglas de derecho. Sin embargo, en los últimos 50, 70 años, prácticamente desde que se ha instalado el orden jurídico político multilateral de la segunda posguerra, los jueces internacionales han contribuido seriamente a la creación de derechos y obligaciones internacionales.

Baste recordar cómo en su sentencia en el *Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, la CIJ redefinió el ataque armado a los fines de la legítima defensa, ¹⁵ acotándolo a las formas más graves de empleo de la fuerza. ¹⁶

^{12.} Case of the Corfu Channel, Merits, Judgment 9 April 1949, I. C. J. Reports 1949, p. 4, at p. 22.

^{13.} Case of the North Sea Continental Shelf, Germany/Denmark; Germany/The Netherlands, Judgment of 20 February 1969, I. C. J. Reports 1969, p. 3, para. 71.

^{14.} Case of the Nuclear Essays, Australia v France, Judgment of 20 December 1974, I. C. J. Reports 1974, p. 253, para. 43.

^{15.} De estas cuestiones me ocupé en "L'emploi de la force Dans la jurisprudente des tribunaux internationaux", en *331 Recueil des cours de l'Academie de droit international de La Haye*, 2007, 1-157 [Paris, Brill, 2009].

^{16.} Military and Para-Military Activities in and against Nicaragua, Nicaragua v United States of America, Judgment 27 June 1986, I. C. J. Reports 1986, p. 14, para. 191.

La misma dinámica puede encontrarse en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el *Caso Barrios Altos contra Perú* que declara la incompatibilidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos de toda medida que tenga por objeto la amnistía o el perdón, que haga lugar a la prescripción de la acción o establezca la exclusión de responsabilidad de personas *prima facie* responsables de violaciones a los derechos humanos, como la tortura, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas. La Corte IDH consideró esas disposiciones inadmisibles y prohibidas por el derecho internacional de los derechos humanos.¹⁷

En el seno de las organizaciones internacionales, en período de guerra fría, se avanzaron criterios de interpretación de la Carta de las Naciones Unidas para agilizar el cumplimiento de los fines. Tempranamente el Consejo de Seguridad había iniciado la práctica de considerar que la ausencia de un miembro permanente no impedía la adopción de resoluciones. Así lo hizo en el caso de la protesta de Irán porque la Unión Soviética no retiraba el Ejército Rojo del norte del país, aun cuando del examen de la decisión y de las declaraciones de los miembros surgiría que eran decisiones sobre cuestiones de procedimiento.¹⁸ Más tarde, el mismo Consejo se ocupó de considerar que la abstención no equivalía a veto en caso de las hostilidades entre Indonesia y los Países Bajos en 1947. 19 La visión generalizada, expresada por el delegado del Reino Unido, consistía en señalar la escasa diferencia práctica entre la ausencia v la presencia con abstención.²⁰ Estos ensayos cobran visibilidad cuando estalla la guerra de Corea y ante la ausencia de Unión Soviética se adoptan las resoluciones S/RES/82-83-84 (1950) implementando lo previsto en los artículos 39, 40 y 42 de la Carta. Años más tarde, la CIJ se ocupará

^{17.} Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos (Chumbipuna Aguirre y otros vs. Perú), sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C Nº75.

^{18.} Repertoire of Practice of the Security Council, 1946-1951, Ch. IV, 177, available at www.un.org/en/sc/repertoire/46-51_04. pdf [last visited Dec 11, 2016].

^{19.} Repertoire of Practice of the Security Council, 1946-1951, Ch. IV, 174, available at www.un.org/en/sc/ repertoire/46-51/46-51_04. pdf [last visited Dec 11, 2016].

^{20.} Repertoire of Practice of the Security Council, 1946-1951, Ch. IV, 177, available at www.un.org/en/sc/repertoire/46-51_04.pdf [last visited Dec 11, 2016].

de validar esas decisiones en la Opinión Consultiva sobre Gastos ²¹ y en la relativa a Namibia. ²²

III. La voluntad como elemento para "desobligar" a los sujetos del derecho internacional

La voluntad de los Estados es determinante en la creación normativa internacional pero ello no autoriza a sostener que el producto de su actividad sea un conjunto informe y maleable de reglas. La voluntad concurre para crear una norma y durante el proceso de creación las alternativas son, eventualmente, infinitas. Mas una vez cristalizada la norma, ella se independiza de la voluntad de los Estados, se objetiviza. De este modo, la conducta estatal que no se acomoda a la norma expresa su inobservancia o violación.

Además, una de las características del derecho internacional es la pluralidad de fuentes de una misma norma. Así, un derecho o una obligación puede alegarse respecto de más de un sujeto a título de distintas fuentes de derecho: lo que para unos es una costumbre internacional, para otros consiste en una estipulación de un tratado en vigor entre ellos y, eventualmente, para otros es un principio general de derecho. Es casi un sistema de doble vía en un número muy importante de áreas; baste recordar que la CIJ decidió el *Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua* con base en el derecho consuetudinario para sortear la reserva de los Estados Unidos.²³

Así las cosas, no se trata de cualquier decisión para crear derecho y mucho menos de cualquier decisión para deshacer derecho.

De este modo, aun cuando los Estados generen normas a partir de sus propios intereses, que es lo usual en cualquier proceso de elaboración normativa, su carácter de "legisladores" no es óbice para la determinación

^{21.} Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion of 20 July 1962: I. C. J. Reports 1962, p. 151.

^{22.} Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1971, p. 16, para. 22.

^{23.} Military and Para-Military Activities in and against Nicaragua, Nicaragua v United States of America, Judgment 27 June 1986, I. C. J. Reports 1986, p. 14, para. 182.

objetiva de su conducta cuando se trata de la violación de una norma de derecho internacional.

En ocasiones, la CIJ no ha podido pronunciarse sobre ciertos hechos internacionalmente ilícitos por no haber sido aceptada su juridicción por los Estados pero eso no ha impedido que señalara sutilmente la existencia de violación. Así, al decidir sobre el *Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teherán*, la CIJ señaló que no podía dejar de comentar la incursión de unidades militares de los Estados Unidos en territorio iraní el 24-25 de abril de 1980; expresó que el señalamiento del carácter lícito o ilícito de la operación a la luz de la Carta de las Naciones Unidas y del derecho internacional general o las responsabilidades eventuales que podrían surgir no eran de su competencia en el caso y que tal operación no iba a ejercer ninguna influencia sobre su consideración respecto de la conducta de Irán.²⁴

En el *Caso de la Legalidad del Uso de Fuerza*, los asuntos que la ex República de Yugoslavia llevara contra los Estados Miembros de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), la CIJ subrayó que aunque los Estados no acepten su jurisdicción, como era el caso, siguen siendo responsables por los actos contrarios al derecho internacional que les sean imputables.²⁵

Así, los Estados se han visto confrontados con sus propias violaciones en los contextos más variados. El sesgo discriminatorio y la ausencia de los requisitos del debido proceso legal en los casos de pena de muerte a extranjeros dictadas por los tribunales de los Estados Unidos fueron subrayados por la Corte Internacional de Justicia en un crescendo que comienza con el *Caso Breard*, ²⁶ continúa con el *Caso LaGrand*, ²⁷ en el que se establece un

^{24.} Case of Diplomatic and Consular Staff of the United States in Tehran, Judgment 24 May 1980, I. C. J. Reports 1980, para. 93-94.

^{25.} Legality of Use of Force (Yugoslavia v Spain), Request for the Indication of Provisional Measures, Order of 2 June 1999, ICJ Reports 1999, p. 773, paras. 36-39.

^{26.} Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America), Provisional Measures, Order of 9 April 1998, I. C. J. Reports 1998, p. 248.

^{27.} LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment, I. C. J. Reports 2001, p. 466. De este tema me he ocupado en "De la protection diplomatique à la protection des droits de l'homme", en Revue générale de droit international public, 2002-3, pp. 513-548.

derecho individual del procesado, y sigue con el *Caso Avena*, ²⁸ que consagra el derecho de asistencia consular como un derecho humano en esos contextos, a la luz de lo establecido en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963. ²⁹

Si la República Islámica de Irán pudo ser condenada por la violación de los locales diplomáticos y consulares de los Estados Unidos en Teherán, Tabriz y Shiraz y por la privación de libertad de un número superior a las 300 personas, en *el Caso del Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teherán*, ³⁰ la decisión fue a la inversa en el *Caso de las Plataformas Petrolíferas*. Allí, los Estados Unidos alegaron que el ataque y la destrucción de las plataformas tuvo lugar en el contexto de una larga serie de ataques por las fuerzas militares y paramilitares iraníes contra los navíos de los Estados Unidos que ejercían actividades comerciales pacíficas en el Golfo Pérsico pero la Corte no consideró probados los extremos necesarios para consagrar un derecho a la legítima defensa a su favor. ³¹

IV. La voluntad en los procesos de elaboración normativa: el enfoque vertical

En el orden jurídico-político de la posguerra, las organizaciones internacionales se multiplicaron y ello fue una respuesta o manifestación de los cambios profundos que se estaban operando respecto de lo que había sido por años el orden de Westfalia. En tanto que entes formales, las organizaciones internacionales adquirieron capacidad y personalidad jurídica internacional y ello les permitió expresar una forma de cooperación. Ellas

^{28.} Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Judgment, I. C. J. Reports 2004, p. 12.

^{29. 596} UNTS 261.

^{30.} United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, 1. C. J. Reports 1980, p. 3.

^{31.} Case of the Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v United States of America), Judgment of 6 November 2003, I. C. J. Reports 2003, p. 27, para. 51., entre varios otros como el de UE, n medioambiente a travNovember 2003, I.C.J. Reports 2003, p.27, para.51 tares y paramilitare

avanzaron lo que Wolfgang Friedman denominó el derecho internacional de la cooperación. 32

Las organizaciones son también principios ordenadores de la comunidad internacional expresando esa institucionalización propia del esquema de posguerra que es la compañera ideal del multilateralismo. Algunas más que otras traducen esa institucionalidad que tempranamente se buscó.

Además, también son regímenes, esto es, en la definición de Krasner, conjuntos de principios explícitos e implícitos, normas, reglas y procedimientos de adopción de decisiones alrededor de los cuales convergen actores y expectativas en un área de las relaciones internacionales.³³ Esto es evidente en la creación y actuación de instancias de control establecidas en su ámbito que, en definitiva, deciden sobre el grado de cumplimiento de los Estados respecto de los compromisos asumidos por los Estados.

En el campo del derecho internacional de los derechos humanos, por ejemplo, la voluntad de los Estados ha permitido la adopción de tratados que han generado su propia estructura institucional, en muchos casos con reconocimiento de la capacidad para "decir el derecho". De esta suerte, algunos tratados –como los convenios regionales europeo, americano y africanocrean un tribunal de derechos humanos con capacidad para emitir sentencias vinculantes para las partes y que, naturalmente, deben ser cumplidas por los Estados. Nueve tratados fundamentales de derechos humanos³⁴ establecen órganos que incluyen entre sus funciones el trámite de peticiones o denuncias que se resuelven con decisiones que carecen del estatus de una sentencia pero que deben ser consideradas como de necesario cumplimiento por los Estados. También se han creado órganos de prevención como el Subcomité de la Tortura³⁵ cuya misión es la visita de los lugares en los que se encuentren personas privadas de libertad.

En estos ámbitos nuevamente podemos apelar a las elaboraciones normativas por actores distintos que los Estados. Las organizaciones expresan

^{32.} Wolfgang Friedman, *The Changing Structure of International Law*, New York, Columbia University Press, 1964.

^{33.} Stephen Krasner, International Regimes, Ithaca, Cornell University Press, 1963.

^{34.} Lo que en el contexto de las Naciones Unidas se ha dado en denominar los *Core Human Rights Treaties*.

^{35. 2375} UNTS 237.

capacidad para crear derecho en varios sectores y de muchas maneras. Así por ejemplo, en el contexto del Banco Mundial, y a los fines de ser tenidos en cuenta por sus funcionarios en el momento de aprobar los préstamos, se han adoptado Directivas³⁶ que son estándares operativos que devienen obligatorios cuando se incorporan en los acuerdos de préstamo y crédito. Esas directivas son derecho administrativo internacional pero pueden incluir, y de hecho lo hacen, normas adoptadas por órganos de las Naciones Unidas, como la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas³⁷ o como el Convenio 169 de la OIT sobre los Pueblos Indígenas y Tribales.³⁸ Como señala Benedict Kingsbury, las Directivas surgieron y ahora operan en un proceso normativo difuso que comprende la repetición, la elaboración y la aplicación de normas en un muy amplio espectro de actores que supera los que asume el artículo 38 ECIJ, tales como otras organizaciones internacionales, legisladores nacionales, ONGs, actores del mercado, pueblos indígenas, juristas y académicos.³⁹

Las organizaciones también ejercen una suerte de supervisión respecto del cumplimiento de los acuerdos internacionales por parte de los Estados. Así, las normas de la Constitución de la OIT obligan a los Estados a adecuar el orden normativo nacional para poder ratificar los convenios, y si no lo hacen deben informar de sus progresos y de los obstáculos para obligarse por ellos. Ello surge del artículo 19 (5) de la Constitución de la OIT en relación con los tratados no ratificados y las recomendaciones internacionales. Por otra parte, en relación con los Convenios en vigor, la Constitución de la OIT consagra la obligación de los Estados de presentar memorias trianuales respecto de los doce convenios fundamentales⁴⁰ y cada seis años respecto del

^{36.} José E. Álvarez, *International Organizations as Law-makers*, Oxford University Press, 2005, p. 235.

^{37.} A/RES/61/295.

^{38. 1650} UNTS 383.

^{39.} Benedict Kingsbury, "Operational Policies of International Institutions as Part of the Law-Making Process: The World Bank and Indigenous Peoples", in Guy S. Goodwin-Gill and Stefan Talmon (eds.), *The Reality of International Law* 323, at 325, Oxford, U. K. and New York: Clarendon Press, 1999.

^{40.} Los convenios fundamentales son los siguientes: Co29 sobre Trabajo Forzoso, 1930 y el Protocolo de 2014; Co87 Libertad Sindical, 1948; Co98 sobre Negociación colectiva, 1948; C100 sobre Igual Remuneración, 1951; C105 sobre Abolición del Trabajo Forzoso,

resto. De esta suerte, 187 Estados han asumido estas obligaciones que son supervisadas por la Comisión de Expertos para la Aplicación de los Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR),⁴¹ órgano creado en 1926. Es un procedimiento contradictorio, de modo que los tres actores de cada Estado puedan pronunciarse. De lo que se trata es de confrontar la información contenida en la Memoria del Estado con las obligaciones asumidas de modo de poder constatar su adecuación a las normas internacionales del trabajo. LA CEACR puede resolver que se formulen observaciones públicas a un Estado, resaltando logros o déficits. También puede decidir que se efectúe una Solicitud Directa, en cuyo caso el trámite no es público porque pretende concitar la atención del Estado y su cooperación. Lo cierto es que es notable el alto grado de cumplimiento de los Estados en la presentación de Memorias y en la atención a los señalamientos de la Comisión de Expertos.

Este mismo esquema es verificable en ámbitos como el del comercio internacional a través de los regímenes de la Organización Mundial del Comercio, 42 de las inversiones por la vía del sistema de solución de controversias del CIADI (Centro Internacional para el Arreglo de las Disputas sobre Inversión), 43 de las cuestiones relacionadas con el medioambiente a través de los Protocolos de Montreal a la Convención de Viena sobre la Capa de Ozono 44 y al de Kyoto a la Convención sobre el Cambio Climático, 45 entre varios otros.

Aunque pueda señalarse que en algún momento la voluntad de los Estados generó estos esquemas y aprobó su actuación, ciertamente el desarrollo posterior —mucho más libre del ojo del Estado— no requiere del

^{1957;} C111 sobre Discriminación (Empleo y Ocupación), 1958; C138 sobre Edad Mínima, 1973; C182 sobre Las Peores Formas de Trabajo Infantil, 1999; y los siguientes convenios sobre Gobernanza: C081 sobe Inspección del Trabajo, 1947 y el Protocolo de 1995; C122 sobre Política de Empleo, 1964; C129 sobre Inspección del Trabajo (Agricultura), 1969 y la C144 sobre Consultas Tripartitas, 1976.

^{41.} Monitoring Compliance with International Labour Standards. The key role of the ILO Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Geneva, ILO, 2019.

^{42.} https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu_e.htm

^{43. 575} UNTS 160.

^{44. 1522} UNTS 3.

^{45. 2303} UNTS 162.

consentimiento expreso de este. Difícilmente pueda argüirse que el Estado domina estos procedimientos.

Además, en el derecho internacional de la segunda posguerra, existen las normas de *jus cogens* o normas imperativas de derecho internacional general.

V. Un orden público internacional

El orden jurídico político de la segunda posguerra estableció dos de sus bases sustanciales a partir de la regulación de cuestiones que hasta ese momento eran casi privativas de los Estados, el uso de fuerza y el trato a las personas. La Carta de las Naciones Unidas estableció como uno de los principios del código de conducta de los Estados miembros la prohibición del uso de fuerza por los Estados en sus relaciones internacionales⁴⁶ excepto en caso de legítima defensa ante un ataque armado y hasta tanto el Consejo de Seguridad actúe en el caso.⁴⁷ La práctica posterior amplió el principio a todos los Estados, tal como lo expresó la A/RES/2625(XXV).

También la Carta de las Naciones colocó en el escenario de la cooperación entre los Estados el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos sin discriminación,⁴⁸ produciendo por esa vía la desuetudo del derecho del Estado de tratar a sus nacionales a discreción.⁴⁹ Como señalaba Roberto Moncayo, esto marca un avance positivo en la afirmación de contenidos éticos en las reglas positivas del derecho de gentes.

En ese escenario, se trata de admitir que algunas normas son fundamentales y otras no, que hay normas imperativas y no meramente dispositivas —esto es, que no pueden ser dejadas de lado por acuerdo de partes—. Siguiendo a Hermann Mosler, el orden público de la comunidad internacional consiste en principios y normas de aplicación que son de vital importancia para la comunidad internacional en su conjunto por lo que cualquier acción

^{46.} Carta de las Naciones Unidas, artículo 2(4).

^{47.} Carta de las Naciones Unidas, artículo 50.

^{48.} Carta de las Naciones Unidas, artículo 1(3).

^{49.} L. Oppenheim, International Law, 8a. ed., por H. Lauterpacht, 1955, pp. 640-641.

unilateral o acuerdo que contravenga esos principios no puede tener fuerza jurídica. 50

En 1969, la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados —que entrara en vigor en 1980 y que hoy rige para 123 Estados— 5^1 brindó un concepto de *jus cogens* como norma de derecho internacional general —es decir, una costumbre internacional de validez universal— aceptada y reconocida por la comunidad de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma posterior del mismo carácter. 5^2

Esa definición sirvió para declarar la nulidad absoluta de los tratados que se oponen a una norma de *jus cogens*,⁵³ la necesidad de dejar sin efecto los tratados en oposición a una nueva norma de *jus cogens*.⁵⁴ Sin embargo, no hay contenidos asignados a esa noción en la Convención de Viena ni en otro instrumento de carácter general eventualmente vinculante.

La Comisión de Derecho Internacional aportó algunas precisiones importantes desde lo normativo.⁵⁵ Así, los informes del Relator Especial Dire Tladi señalan que la norma de *jus cogens* es una norma no derogable que pertencece al derecho internacional general y que es aceptada y reconocida como tal. Las normas de *jus cogens* son de aplicación universal –y por ello excluyen al persistente objetor y tampoco reducen su aplicación a lo

- 50. H. Mosler, "The Internationl Society as a Legal Community", en 140 Recueil des cours, p. 34.
- 51. 1155 UNTS 331.
- 52. Artículo 53 de la CVDT: "[...] Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".
- 53. Artículo 53 de la CVDT: "Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general".
- 54. Artículo 64 de la CVDT: "Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general ('jus cogens'). Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará".
- 55. El relator especial Dire Tladi ha presentado cuatro informes a la CDI.

regional—, son superiores a otras normas y expresan valores fundamentales de la comunidad internacional.⁵⁶

Resulta evidente, pues, que la norma de *jus cogens* es un claro límite a la libertad de los Estados.⁵⁷ Pocas chances tiene aquí la voluntad para cambiar el curso del orden público internacional. Las menciones que la jurisprudencia de los tribunales internacionales ha hecho a estas normas subrayan los valores que ellas expresan.

En el descentralizado mundo del derecho internacional la determinación del *jus cogens* es, hasta ahora, tarea de los órganos judiciales, de la Corte Internacional de Justicia.⁵⁸

No son numerosos los contenidos normativos a los que se ha asignado el carácter de orden público. La ruta de la Corte Internacional de Justicia inicia con el genocidio, luego algunas normas de derechos humanos, más tarde la tortura, el derecho a la autodeterminación, la prohibición del uso de fuerza por los Estados.

El *iter* de la jurisprudencia internacional en este tema comienza con la Opinión Consultiva sobre las Reservas a la Convención de Genocidio de 1951, en la que la CIJ subraya que la Convención muestra la intención de las Naciones Unidas de condenar y sancionar el genocidio como un "crimen de derecho internacional" que supone una denegación del derecho a la existencia de grupos humanos enteros, una denegación que conmueve la conciencia de la humanidad y que resulta en grandes pérdidas humanas, y que es contraria a la ley moral y al espíritu y los propósitos de las Naciones Unidas como surge de la resolución 96(I) de la Asamblea General de 11 de diciembre de 1946.⁵⁹

^{56.} First report on Jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur, International Law Commission, 68th session, A/CN. 4/693 (2016), para. 61-72.

^{57.} First report on Jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur, International Law Commission, 68th session, A/CN. 4/693 (2016), para. 65.

^{58.} Sobre este tema he trabajado en "Commentaires sur la prééminence normative dans le domaine des droits humains", en *Réciprocité et universalité*. Sources et régimes du droit international des droits de l'homme. Mélanges en l'honneur du Professeur Emmanuel Decaux, París, Editions Pédone, 2017, pp. 119-134; "El jus cogens en la jurisprudencia internacional", en *Revista jurídica de Buenos Aires 2012*, 2013, pp. 3-21.

^{59.} Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Opinión consultiva, 28/05/1951, 1951 ICJ 15, p. 23: "The solution of these prob-

Apelar a la ley moral y señalar afrentas a la conciencia de la humanidad supone algún grado de referencia en valores. En todo caso, en esa opinión consultiva, la CIJ no solo reconoce la oponibilidad frente a todos de la prohibición y sanción del genocidio sino que de tal circunstancia deriva expresamente límites a las facultades de los Estados porque las normas en cuestión expresan valores fundamentales aceptados y reconocidos por los Estados en el orden jurídico político de posguerra. *Voilà!*

La prohibición del genocidio será frecuentemente invocada por la CIJ como ejemplo de norma de orden público. ⁶⁰ Para los derechos humanos, la Corte reserva la categoría de *erga omnes* ⁶¹ aunque años después considere que la prohibición de la tortura reviste el carácter de norma de *jus cogens*. ⁶² En el mismo sentido se había expresado años antes el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia en el caso *Furundzija*. ⁶³

En el campo del derecho internacional *tout court*, la CIJ ha reconocido el carácter *erga omnes* del derecho de los pueblos a la autodeterminación tal

lems must be found in the special characteristics of the Genocide Convention. The origins and character of that Convention, the objects pursued by the General Assembly and the contracting parties, the relations which exist between the provisions of the Convention, inter se, and between those provisions and these objects, furnish elements of interpretation of the will of the General Assembly and the parties. The origins of the Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as 'a crime under international law' involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which shocks the conscience of mankind and results in great losses to humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations (Resolution 96 (I) of the General Assembly, December 11th 1946)".

^{60.} Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and the Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina v Yugoslavia), Excepciones Preliminares, 1996 ICJ Reports 612, para. 31; Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, Judgment of 3 February 2006, ICJ Reports 2006, para. 64.

^{61.} Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, C. I. J. Recueil 1970, p. 3., para. 33-34.

^{62.} Questions relating the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v Senegal), Merits, Judgment 20 July 2012, ICJ Reports 2012, para. 99.

^{63.} *The Prosecutor v Anto Furundzija*, CPIY, Caso IT-95-17/1-T, fondo, 10 de diciembre de 1998, para. 154.

como evolucionó a partir de la Carta y del derecho de las Naciones Unidas.⁶⁴ Igualmente, consideró obligaciones *erga omnes* las normas de los Pactos de 1966, la Convención de los derechos del niño, incluido el derecho del pueblo palestino a la autodeterminación y las normas del derecho internacional humanitario.⁶⁵ También ha sostenido que las normas del derecho internacional humanitario son "principios intransgresibles del derecho internacional".⁶⁶

En su cuarto informe a la Comisión de Derecho Internacional, el Relator Especial Dire Tladi sostiene que a lo largo de sus 70 años de trabajo la CDI ha sido cautelosa al señalar un contenido normativo como de *jus cogens* pero sin embargo ha reconocido en ese carácter a las normas que prohíben la agresión o el uso de fuerza en forma contraria al derecho de la Carta, la prohibición del genocidio, la prohibición de la esclavitud, la prohibición del *apartheid* y de la discriminación racial, la prohibición de los crímenes contra la humanidad, la prohibición de la tortura, el derecho a la autodeterminación y las normas básicas del derecho internacional humanitario.⁶⁷

En resumen, de lo que se trata es de "la constatación, de una u otra forma, de que existen de hecho en derecho internacional público normas generales más importantes que otras, y que esta importancia, establecida en razón de su prioridad social, se traduce en el plano del derecho por una preeminencia o una primacía normativa. Además, las distintas categorías de normas fundamentales se distinguen en virtud de las consecuencias jurídicas que se les atribuyen". ⁶⁸ Cabría en rigor señalar que algunas normas del

^{64.} East Timor (Portugal v. Australia), I. C. J. Reports 1995, p. 90, p. 102, para. 29.

^{65.} Legal Consequences of the Construction of the Wall in Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2004, p. 136, especially at pp. 171-172, 196, paras. 88, 149 and 155.

^{66.} Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, para. 79; Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2010, p. 403, at p. 437, para. 81; Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I. C. J. Report 2012, p. 99, para. 19.

^{67.} Fourth Report on Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur, International Law Commission, 71st session, A/CN. 4/727 (2019), para. 60.

^{68.} Stefan Kadelbach, "Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other Rules – The identification of Fundamental Norms", en Christian Tomuschat & Jean-Marc Thouvenin (ed.),

derecho internacional de los derechos humanos junto con las relativas a la proscripción del empleo de la fuerza por los Estados en las relaciones internacionales son los dos grupos de derechos que integran el *jus cogens*. ⁶⁹ Asimismo, es pacífica su consideración como norma *erga omnes*. ⁷⁰ Ello no supone solamente poner de manifiesto frente a quiénes es oponible o es debida la obligación. Se trata de reconocer su preeminencia normativa, el hecho de que han sido objeto de un juicio que las distingue de otras que pueden ser modificadas o dejadas sin efecto por la voluntad de las partes, esto es por la autonomía de la voluntad. ⁷¹

VI. Conclusión preliminar

El derecho internacional no se aleja de los criterios del derecho, restringir legítimamente los derechos de todos para el bienestar de cada uno. La voluntad juega un papel importante que, además, es bien visible porque se trata de una sociedad de alrededor de 200 Estados y probablemente de un número mayor de organizaciones internacionales. En general, es válida la tesis de Louis Henkin en el sentido de que la mayoría de los Estados, la mayoría de las veces, respeta la mayoría de las normas del derecho internacional.⁷²

The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 21-40, esp. p. 26.

^{69.} Pierre-Marie Dupuy, "L'unité de l'ordre juridique international". Cours général de droit international public (2000), *297 Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2002, pp. 9-489 en p. 301.

^{70.} Stefan Kadelbach, "Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other Rules – The identification of Fundamental Norms", en Christian Tomuschat & Jean-Marc Thouvenin (ed.), The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 21-40, p. 26: "The examples usually given for both are the prohibition against aggressive war, genocide, crimes against humanity and war crimes, the core elements of humanitarian law and of human rights conventions, the right of peoples to self-determination and the protection of the environment from severe and lasting degradation" (el destacado me pertenece).

^{71.} Olivia Lopes Pegna, "Counter-claims and Obligations Erga Omnes before the International Court of Justice", en 9 EJIL (4) pp. 731-732.

^{72.} Louis Henkin, *How Nations Behave*, 2nd. ed., New York, Columbia University Press, 1979.

Como en todos los ámbitos, en el internacional, hay límites claros a lo que se puede hacer lícitamente. Por otra parte, existe también un orden público internacional que marca un claro límite a la libertad o autonomía de voluntad de los Estados. 73

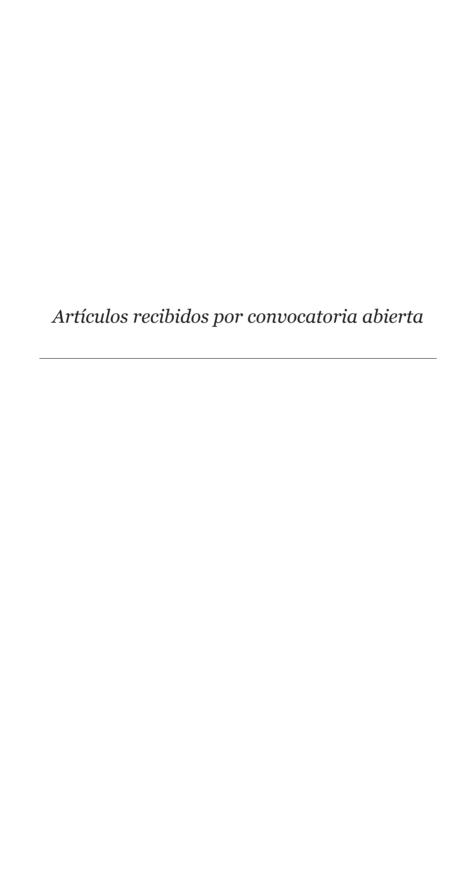
Nada de lo anterior apunta a sobrevalorar por excepcionales las características de esta rama del derecho a la que nos dedicamos. Finalmente, nos guste o no, participa de muchos de los defectos del derecho local que sin Miembros permanentes ni grandes potencias, debe trabajar duro todos los días para que las desigualdades no sean muchas y el derecho sea efectivo.

Bibliografía

- Boyle, Alan; Chinkin, Christine, *The Making of International Law*, New York, OUP, 2007.
- Dupuy, Pierre-Marie, "L'unité de l'ordre juridique international", Cours général de droit international public (2000), 297 Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 2002, pp. 9-489.
- Eckhart, C., Promises of States under International Law (2012), p. 38. (See also Arbitration regarding the Iron Rhine ("IJzeren Rijn") Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands, Decision, 24 May 2005, XXVII RIAA).
- Friedman, W., *The Changing Structure of International Law*, New York, Columbia University Press, 1964.
- Henkin, Louis, *How Nations Behave*, 2nd. ed., New York, Columbia University Press, 1979.
- Kadelbach, Stefan, "Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other Rules The identification of Fundamental Norms", en Christian Tomuschat & Jean-Marc Thouvenin (ed.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 21-40.
- Kingsbury, B., "Operational Policies of International Institutions as Part of the Law-Making Process: The World Bank and Indigenous Peoples", in

^{73.} First Report on Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur, International Law Commission, XX session, A/CN. 4/693 (2016).

- Guy S. Goodwin-Gill and Stefan Talmon (eds.), *The Reality of International Law* 323, at 325, Oxford, Clarendon Press, 1999.
- Mosler, H., "The International Society as a Legal Community", en *140 Recueil des cours*, p. 34.
- Oppenheim, L., International Law, 8a. ed., por H. Lauterpacht, 1955.



Las interrelaciones entre el Derecho y la Genética desde la perspectiva integracionista de la Teoría trialista del mundo jurídico

Matías Mascitti*

Quizá el hombre, después de haber rehecho su entorno, dé por fin media vuelta y empiece a rehacerse a sí mismo. William J. Durant (1885-1981)

> El progreso consiste en el cambio. Miguel de Unamuno y Jugo (1864-1936)

Tú, mi creador, quisieras destruirme, y lo llamarías triunfar. Recuérdalo, y dime, pues, ¿por qué debo tener yo para con el hombre más piedad de la que él tiene para conmigo?

Mary Shelley, Frankenstein (1797-1851)

Resumen

En el presente trabajo pretendemos desarrollar un análisis donde la Filosofía jurídica se integre y enriquezca con algunos conceptos genéticos, tratando de construir un puente entre el Derecho y esa rama de la Biología. A tal efecto, usamos, principalmente, el método comparativo de la metáfora como elemento de conexión entre ambas disciplinas científicas según el planteo tridimensionalista de la Teoría trialista del mundo jurídico. Pensar el derecho desde esta perspectiva nos permite aproximarnos al conocimiento de la Genética, que será una rama científica clave en la evolución de la

^{*} Abogado, Doctor en Derecho, UBA; matiasmascitti@gmail.com.

"humanidad aumentada" en esta sociedad red, proceso que probablemente se acelere en virtud de los cambios en nuestra forma de vida a causa de la pandemia generada por el coronavirus (Covid-19).

Palabras clave: Filosofía jurídica, derecho, genética, metáfora, conexión, teoría trialista, integración, sociedad red, pandemia.

The Interrelationships between Law and Genetics from the Integrationist Perspective of the Trialist Theory of the Juridical World

Abstract

In the present work we try to develop an analysis where legal philosophy is integrated and enriched with some genetic concepts, trying to build a bridge between Law and that branch of Biology. To this end, we mainly use the comparative method of metaphor as a connecting element between both scientific disciplines according to the three-dimensional approach of Trialist Theory of the juridical world. Thinking about Law from this perspective allows us to get closer to the knowledge of Genetics, which will be a key scientific branch in the evolution of "augmented humanity" in this network society, a process that is likely to accelerate due to changes in our way of life due to the pandemic caused by the Coronavirus (Covid-19).

Keywords: Legal Philosophy, Law, Genetics, Metaphor, Connection, Trialist Theory, Integration, Network Society, Pandemic.

1. Introducción

Con frecuencia se ha pretendido analizar el progreso científico-tecnológico, incluyendo la formación de las actuales tecnociencias, desde una óptica aislada, unilateral, al margen del desarrollo de las culturas, olvidando que ese progreso del saber operativo no es sino una parte esencial del progreso humano, intelectual, espiritual, moral, cultural, en suma, donde es necesario tener presente una recíproca interdependencia (Naciones Unidas, 1983).

A tal efecto, es dable destacar el enfoque integrador de la cultura de Bertalanffy, que partiendo de la biología sintetizó conocimientos y concibió la posibilidad de enunciar una teoría general de los sistemas (Bertalanffy, 1968).¹

Aunque la cultura y la civilización surgen del comportamiento de individuos biológicos, el comportamiento se generó en colectivos de individuos que interactuaban en ambientes específicos. Su comprensión exige no solo la Biología general y la Neurobiología, sino también las metodologías de las ciencias sociales (Damasio, 2016),² entre las que se encuentra la Ciencia jurídica. La conducta, especialmente la conducta humana, se convirtió en un punto de convergencia de diversas ciencias: Física, Química, Genética, Teoría de la evolución, Etiología y Sociología (Watson, 2016). A su vez, el Derecho regula las conductas de los ciudadanos en un ámbito permisivo y prohibitivo de una sociedad determinada.

A tal fin, procuramos relacionar el Derecho con la Genética, que es una rama de la Biología que estudia cómo los caracteres hereditarios se transmiten de generación en generación.³ La interrelación de la Genética

1. Bertalanffy la enunció como una teoría lógico-matemática que se proponía formular y derivar principios generales aplicables a todos los sistemas. Lino C. Mirabelli, "La teoría de sistemas en el Derecho y la Política", http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/75/la-teoria-de-sistemas-en-el-derecho-y-la-politica.pdf, fecha de consulta: 3/3/2020.

La teoría de sistemas es una teoría con pretensiones universalistas; aplicada sobre la sociedad, ella afirma poder describir y explicar su funcionamiento como un complejo sistema de comunicaciones. https://es.wikipedia.org/wiki/Niklas_Luhmann#Teor%C3%A-Da_de_sociedad, fecha de consulta: 10/5/2019.

La teoría de la sociedad no puede construirse sobre una metodología empírica, sino que debe depender de otra perspectiva que se encuentra en la teoría de sistemas, es decir fuera de la sociología, que ha madurado en contacto con la cibernética, las matemáticas, la biología y otras ciencias. Ver N. Luhmann, *Teoría de los sistemas sociales*, Editorial Iberoamericana, Barcelona, 1998.

- 2. "There are four 'bridges' between natural science and social science: cognitive neuroscience; human behavioral genetics; evolutionary biology; and environmental science. Via these intermediaries, he says, there has been gene-culture co-evolution, and it is in this respect above all that humans differ from other animals"; E. O. Wilson, *Consilience: The Unity of Knowledge*, Vintage, New York, 1998, p. 127.
- 3. https://www.ibbiotech.com/es/info/que-es-la-genetica/, fecha de consulta: 7/11/2018.

y el Derecho será clave para la determinación de los límites de lo que se considere vida, por ejemplo en sus relaciones con la posible vida robótica, con los desarrollos unilaterales de la inteligencia artificial (IA)⁴ y las vinculaciones con la vida de origen inorgánico.⁵ Ello podría acelerarse en virtud de que estamos inmersos en el "juego" de la vida,⁶ en la era de *big*

- 4. Los algoritmos están en nuestra vida. La biotecnología empieza a alargar procesos vitales. Hasta la finitud empieza a estar en crisis, también en lo tocante a la identidad genética. Ver A. Gil Domínguez, *Inteligencia artificial y Derecho*, Rubinzal-Culzoni, 2019. Ver pp. 16, 25, 26, 32 y 33.
- 5. Ver M. A. Ciuro Caldani, *El Derecho, la vida humana, la genética y el Cosmos*, 2019, http://www.centrodefilosofia.org/LibrosCiuro/El_Derecho_la_vida_humana.pdf, fecha de consulta: 7/5/2020.
- 6. "El juego como momento de ejercicio desinteresado, que es beneficioso para el cuerpo o, como decían los teólogos quita la *tristitia* producida por el trabajo, y seguramente agudiza nuestras capacidades intelectuales, si pretende cumplir esta función ha de ser forzosamente un paréntesis. No obstante, todas las civilizaciones han reservado unos días del año para el juego total, período que nosotros llamamos carnaval y que para otras civilizaciones son o han sido otra cosa. Durante el carnaval se juega ininterrumpidamente, pero para que el carnaval sea hermoso y no pesado ha de durar poco. Ahora bien, una de las características de la civilización en que vivimos es la carnavalización total de la vida, ya que siendo criaturas lúdicas por definición hemos perdido el sentido de las dimensiones del juego"; U. Eco, *A paso de cangrejo*, trad. por María Pons Irazazábal, Debate, Buenos Aires, 2007, pp. 93 y 96.

"El juego es la piel digital de la que estamos hechos desde hace al menos una década. Vivimos en una sociedad de lo lúdico y de lo virtual; la sociedad de la superficie"; A. Baricco, *The game*, 2019, Kindle edition.

"El ser humano, que ahora prefiere 'ejecutar las cosas rápida y superficialmente; incapaces de concentrarse, dispersos en una estéril multitarea, siempre pegados a cualquier ordenador, vagábamos por la corteza de las cosas sin otra razón aparente que no fuera la de limitar la posibilidad de una aflicción. Nada de lo que está ocurriendo habría sido posible antes de la revolución digital. Esta es la primera gran epidemia de la época del Game. [...] No podríamos cerrar un país de la manera en que lo estamos haciendo sin los instrumentos digitales de que disponemos. Esto va a llevarnos a interpretar la tecnología como una prolongación del cuerpo, que es lo que yo llamo humanidad aumentada. Vamos a ver el ordenador como si fuese nuestro brazo, un brazo que pudiese llegar mucho más lejos''; L. Fernández, "Alessandro Baricco: Esto nos va a lanzar al futuro definitivamente", 2020, https://elpais.com/cultura/2020-03-17/alessandro-baricco-esto-nos-va-a-lanzar-al-futuro-definitivamente.html, fecha de consulta: 7/5/2020.

data,⁷ donde las fronteras del mundo se expandieron de tal modo que las consecuencias del coronavirus (Covid-19) se transformaron en pandemia velozmente en esta sociedad red⁸ o transparente.⁹

Asimismo, usamos para integrar dichas disciplinas el concepto de metáfora¹⁰ entre la Genética y el mundo jurídico que estimula una mejor comprensión y un mayor diálogo entre ambas. Así, usamos giros penetrantes del lenguaje y de la metáfora reveladora; ilustrando de un modo comparativo conceptos importantes de ambas disciplinas desde la perspectiva de la Teoría trialista del mundo jurídico que lo considera como integrante del mundo político, compuesto por tres dimensiones: sociológica, normológica y dikelógica.¹¹ El mundo jurídico es un conjunto de repartos de potencia e

- 7. The world is too complex and too rich for little data. S. Stephens-Davidowitz, *Every-body Lies: Big Data, New Data, and What the Internet Reveals About Who We Really*, 2017, Kindle edition.
- 8. "Las herramientas y las máquinas son inseparables de la naturaleza evolutiva humana"; M. Castells, *La sociedad red*, versión castellana de Carmen Martínez Gimeno y Jesús Alborés, 2da. edición, Madrid, 2000.
- 9. "La sociedad de la transparencia de la era de big data se caracteriza por presentar el panóptico digital, donde el sujeto se expone por completo en la red. Esto permite que sea vigilado por los demás sometiéndose de modo voluntario"; B-C. Han, *La sociedad de la transparencia*, trad. por Raúl Gabás, Pensamiento Herder, 1ª edición, 5ª impresión, Barcelona, 2013, Kindle edition.
- 10. "Aristóteles, en el libro tercero de la *Retórica*, observó que toda metáfora surge de la intuición de una analogía entre cosas disímiles; Middleton Murry exige que la analogía sea real y que hasta entonces no haya sido notada (*Countries of the Mind*, II, 4)"; J. L. Borges, *Historia de la eternidad*, http://pacotraver.files.wordpress.com/2011/12/eternidad1.pdf, fecha de consulta: 7/11/2018. Según el Diccionario de la Real Academia Española, metáfora es: 1. f. Ret. alegoría (plasmación en el discurso de un sentido recto y otro figurado). http://dle.rae.es/?id=P4sce2c y alegoría consiste en: 3. f. Ret. Plasmación en el discurso de un sentido recto y otro figurado, ambos completos, por medio de varias metáforas consecutivas, a fin de dar a entender una cosa expresando otra diferente. http://dle.rae.es/?id=1gxeXmG. Fecha de consulta: 13/11/2018.
- "Aquello que más de una vez empezó como artificio de la imaginación poética germinó luego en una síntesis científica de la realidad. Quizás los grandes misterios convergen en el mismo foco refractados por cristales diferentes; quizás porque todo lenguaje es metafórico"; A. Rojo, *Borges y la física cuántica*, Siglo Veintiuno, 1ª ed., Buenos Aires, 2014, p. 17.
- 11. "En honor a la diosa griega Diké. Entre las divinidades griegas más directamente referidas a la justicia, cabe recordar a Zeus, Themis y Diké. Zeus era el dios 'padre', en relación

impotencia, o sea de lo que favorece o perjudica al ser, y a la vida en particular (dimensión sociológica), ¹² captados, es decir descriptos e integrados, por normas (dimensión normológica), y valorados, los repartos y las normas, por la justicia (dimensión dikelógica). ¹³ La profundización efectuada por la jurística en el mundo jurídico permite, además del enfoque de la complejidad pura del

con lo más alto, con la luz y con el día y estaba indisolublemente asociado al orden jurídico. Aunque 'Themis' y 'Diké' suelen traducirse como 'justicia', en realidad manifestaron dos concepciones diferentes: Themis es expresión de una voluntad superior al hombre; Diké es producto de la razón y la experiencia humana. El arco que se abre con el orden jurídico divino, se cierra con la referencia a la justicia humana. La relación entre estos dioses, sumamente difícil, es uno de los temas más esclarecedores de la Filosofía de la justicia"; M. A. Ciuro Caldani, "Zeus y Diké", en *Investigación y Docencia*, Rosario, Nº15, p. 3. La palabra dikelogía se encuentra en una obra de Altusio de 1617, pero el calvinista monarcómaco no la usó para el concepto de una ciencia de la justicia, sino que denominó así una enciclopedia del Derecho Positivo. W. Goldschmidt, *La Ciencia de la Justicia*, Depalma, reimpresión de la 1ª edición, Buenos Aires, 1986, Prólogo, p. XI.

12. El Trialismo reconoce adjudicaciones de potencia e impotencia. Estas adjudicaciones pueden provenir tanto de repartos como de distribuciones. Los primeros son aquellos que derivan de conductas humanas, en cambio las restantes emergen de la naturaleza, de las influencias humanas difusas o del azar.

La naturaleza produce distribuciones a través de realidades: geográficas, biológicas, psicológicas, etc. Mucho puede transformarse por los avances de la genética, sobre todo de la genética humana.

13. Sobre la Teoría Trialista ver, entre otros: W. Goldschmidt, Introducción Filosófica al Derecho. La Teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes, Depalma, 4ª. ed., Buenos Aires, 1973; Ciencia de la Justicia, cit.; "Trialismo Jurídico: Problemas y perspectivas", en Separata de Ius et Praxis, editada por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, Nº15, 1990, Apostilla de Palomino Manchego José F., Lima, Perú; "Tridimensionalismo, realismo genético, justicia", en LL 1983-A-, Sec. Doctrina; M. A. Ciuro Caldani, Derecho y Política, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976; Metodología Dikelógica, Fundación para las investigaciones jurídicas, Rosario, 2007; "El Trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura", en ED, t. 126, "Lecciones de Teoría General del Derecho", en Investigación y Docencia, Nº32, cit.; "Lugar del Trialismo en la historia del Derecho Natural", en Filosofía, Literatura y Derecho, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1986; G. J. Bidart Campos, "Epistemología del Derecho en honor de Werner Goldschmidt en sus 70 años", en LL 1980-D, Sec. Doctrina; Filosofía del Derecho Constitucional, EDIAR, Buenos Aires, 1969; "La Teoría trialista del mundo jurídico según Werner Goldschmidt", ED, t. 25; y M. Mascitti, El contrato de viaje turístico organizado, desde una perspectiva trialista, tesis doctoral UBA aprobada con nota sobresaliente en el año 2009.

mundo político, ¹⁴ el reconocimiento de la existencia de una parajusticia y de una parajuridicidad que se desarrollan en la utilidad, la belleza, verdad, etc., y respectivamente, en la economía, el arte, ciencia, etc.

Cuando se elabora una metáfora de cualquier tipo algo ocurre con el significado de las expresiones intervinientes: algo nuevo aparece porque la metáfora no sustituye a una expresión considerada literal, sino que introduce una novedad semántica. Una metáfora se produce cuando alguien hace converger y pone en intersección dos planos o universos de discurso ordinariamente separados (a veces incompatibles). Esta inédita convergencia produce un cambio en la percepción y organización de los hechos según una nueva lógica producto de la transferencia metafórica, pudiendo incluso inaugurar nuevos hechos. ¹⁵

Los enfoques filosóficos jurídicos relacionados con la Genética se encuadran dentro de la expresión compleja "Filosofía del Derecho de la Alta Tecnología". Esta es una rama filosófica relativamente joven, iniciada a mediados del siglo XX (Ciuro Caldani, 1997).

En el ámbito de la técnica se presentan relaciones significativas entre lo "artificial" y lo "natural" con la "modificación del mundo". En la técnica se busca la adaptación del mundo al sujeto. En ese sentido, resaltamos que la ingeniería genética fracciona la naturaleza y amplía o desfracciona

14. El Derecho o política jurídica es una de las ramas componentes del mundo político. La Política está compuesta por un conjunto de actos de coexistencia (dimensión sociológica), descritos e integrados por normas (dimensión normológica) y valorados, los actos y las normas, por los valores de convivencia (dimensión axiológica). Ciuro Caldani, *Derecho...*, cit., pp. 26, 27, 30, 31 y 125.

15. "La ciencia está llena de metáforas. Por citar solo algunas muy conocidas: el universo es una especie de organismo, o bien una 'máquina'; la humanidad o una civilización se 'desarrolla' o 'muere'; las leyes de la economía o de la sociología son equivalentes a las de la física newtoniana; el mercado se autorregula por la 'mano invisible'; la mente humana es una 'computadora' y una computadora es una 'mente'; la ontogenia humana repite la 'filogenia' o viceversa; la 'información' de una generación a otra de seres vivos se transmite mediante un 'código genético'. Y no se trata de meras formas de hablar para transmitir conocimiento a los legos, aunque en ocasiones lo sea, sino de un uso cognitivo de la metáfora"; H. A. Palma, "Metáforas en las ciencias. Un cambio de perspectiva", 2008, http://www.revistacts.net/elforo/736-el-debate-metaforas-en-las-ciencias-un-cambio-de-perspectiva, fecha de consulta: 7/11/2018.

la cultura, ¹⁶ que la caracterizamos como histórica a raíz de la intervención humana.

La realidad histórica de la técnica es tan vieja como la misma humanidad. En gran medida, la condición humana puede ser construida como una condición técnica. Se ha llegado a afirmar que el hombre empieza cuando comienza la técnica. ¹⁷

El Derecho de la Tecnología ha de ser una rama transversal destinada a enriquecer los planteos de las ramas jurídicas tradicionales (Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Penal, Derecho Procesal, Derecho Civil, Derecho Comercial, Derecho del Trabajo, etc.).

Un problema de gran relevancia en la Filosofía del Derecho, y en este caso del Derecho de la Tecnología, es el de las relaciones a menudo difíciles entre: el mercado, la economía, la democracia y los derechos humanos.

La pantonomía (pan=todo, nomos=ley que gobierna) de la verdad acerca de la actual situación de la vida muestra que la Bioética y el Bioderecho deben superar los moldes de las ciencias tradicionales con enfoques interdisciplinarios. Ante la verdad más profunda, las disciplinas consagradas resultan insuficientes (Ciuro Caldani, 1997). Hoy el Derecho se encuentra ante los desafíos científicos y técnicos de una nueva era (Ciuro Caldani, 2019).

En cuanto al desarrollo de la Genética, se acepta que la genética mendeliana es el mecanismo a través del cual tiene lugar la evolución¹⁸ darwiniana.¹⁹ Sin embargo, en el momento de su redescubrimiento, la teoría de

^{16.} Ver pp. 9, 17, 20 y 30.

^{17. &}quot;Se vive con la técnica pero no de la técnica, la técnica ha de valer dentro de la complejidad de la vida"; J. Ortega y Gasset, *La rebelión de las masas*, en *Obras Completas de José Ortega y Gasset*, Revista de Occidente, 5a. ed., Madrid, 1962, p. 197. Ver también J. Ortega y Gasset, *Meditación de la técnica*, en *Obras Completas de José Ortega y Gasset*, Revista de Occidente, t. V., 6a. ed., Madrid, 1964, p. 343; *Meditación de la Técnica*, http://portal.unedmotril.org/files/MEDITACI%C3%93N%20DE%20LA%20 T%C3%89CNICA%201.doc, 17-11-2010.

^{18. &}quot;La evolución opera por selección natural y la selección natural significa la supervivencia diferencial de los más aptos". R. Dawkins, *El gen egoísta. Las bases biológicas de nuestra conducta*, 1976, http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/944.pdf, fecha de consulta: 7/11/2018.

^{19.} Si en la teoría de Darwin los animales luchan recíprocamente para sobrevivir, en los cuentos de Carroll se enfrentan entre sí y con Alicia solo retórica o dialécticamente, re-

Mendel se consideró incompatible con la teoría de Darwin. Los intentos por conciliar estas dos grandes teorías de la Biología del siglo XIX se convirtieron en una cuestión dominante en la Genética de la primera parte del siglo XX y permitieron esbozar los principios que, en su esencia, se siguen aceptando (Henderson, 2010).

El principio fundamental de que todas las especies están relacionadas entre sí y que únicamente se diferencian unas de las otras en virtud de cambios aleatorios que solo se transmiten si tienen utilidad para la supervivencia o la reproducción se convirtió en el elemento básico de toda la Biología y también en la primera piedra de la Genética (Henderson, 2010).

En 1909, Johannsen propuso la expresión de gen y también los términos: de genotipo para describir la constitución genética de un organismo y de fenotipo para indicar las características físicas a que dan lugar los genes. Bateson puso en orden toda esa información e inició con ello una nueva ciencia: la Genética (Henderson, 2010).

El descubrimiento de la estructura de la molécula de ADN (ácido desoxirribonucleico) por Watson y Crick en 1953 dio origen a la biotecnología moderna (Cañedo Andalia y Guerrero Pupo, 2005).

Los cromosomas son una especie de hilos constituidos por cromatina (una combinación de ADN y de proteínas), que se localizan en el núcleo de la célula y que son los portadores de la mayor parte de la información genética de la célula (una pequeña parte se localiza en otras zonas, como las mitocondrias y los cloroplastos).

El ser humano posee 23 pares de cromosomas, es decir, 22 pares de autosomas y un par de cromosomas sexuales (X e Y). El número de cromosomas difiere en cada especie y, de modo casi invariable, se agrupan formando parejas: cada individuo hereda una copia de su madre y otra de su padre. Solo las células reproductivas, denominadas gametos (en los animales, los óvulos y los espermatozoides), contienen un conjunto único de cromosomas. Los genes que se localizan en el mismo cromosoma tienden a

flejando en parte las obsesiones lingüísticas del autor. En el capítulo sexto del cuento de las Maravillas, el Gato de Cheshire, con sus temibles garras y afilados dientes y su desconcertante sonrisa, se nos antoja un símbolo de la salvaje naturaleza de crueles garras y colmillos en la que veía proyectada el poeta Tennyson la teoría de la selección natural. L. Carroll, *Alicia en el país de las maravillas. A través del espejo*, edición de Manuel Garrido, trad. por Ramón Buckley, Cátedra, 8ª ed., Madrid, 2006, pp. 19 y 75.

heredarse de forma conjunta. Cuanto más próximos se disponen dos genes, mayores posibilidades de que sean heredados conjuntamente. Este concepto se denominó ligamento genético y representa un elemento clave para la detección de los genes que causan las distintas enfermedades genéticas.²⁰

2. Metáfora

2. a) Parte general

El genoma²¹ humano contiene historia incrustada ya que aloja fragmentos peculiares del ADN –algunos provenientes de antiguos virus– que en un pasado lejano quedaron intercalados en el genoma y que han permanecido pasivamente en él durante milenios. Asimismo el genoma imprime y borra en sí mismo marcas químicas en respuesta a alteraciones de su entorno, codificando, por tanto, una forma de memoria celular. Las mujeres llevan en sus células los genomas mitocondriales –las mitocondrias

20. "Las enfermedades hereditarias no siempre se deben a mutaciones en genes específicos; también pueden estar causadas por alteraciones cromosómicas o aneuploidías. Un ejemplo lo constituye el síndrome de Down, originado por la herencia de tres copias del cromosoma 21, en lugar de la herencia habitual de dos copias. Las aneuploidías de otros cromosomas son casi invariablemente mortales antes del nacimiento. A menudo provocan abortos e infertilidad; hoy es posible evaluar los embriones obtenidos mediante métodos de fecundación in vitro (FIV) para detectar este tipo de problemas e incrementar así las posibilidades de completar un embarazo a término"; Henderson, 50..., cit.

21. El genoma humano es el genoma del Homo sapiens, es decir, la secuencia de ADN contenida en 23 pares de cromosomas en el núcleo de cada célula humana diploide. De los 23 pares, 22 son cromosomas autosómicos y un par determinante del sexo (dos cromosomas X en mujeres, y un X y un Y en varones). El genoma haploide (es decir, una sola representación por cada par) tiene una longitud total aproximada de 3200 millones de pares de bases de ADN (3200 Mb) que contienen unos 20 000-25 000 genes. De las 3200 Mb, 2950 Mb corresponden a eucromatina y unas 250 Mb a heterocromatina. El Proyecto Genoma Humano produjo una secuencia de referencia del genoma humano eucromático, usado en las ciencias biomédicas en todo el mundo.

El proyecto llamado ENCODE (Encyclopedia of DNA Elements) o Genoma Humano II, anunciado en 2013, procura crear un compendio de cada elemento funcional del genoma humano, o sea, de cualquier parte de cualquier secuencia de cualquier cromosoma que cumpla una función codificadora o de instrucción. Ver pp. 12 y 13.

son estructuras subcelulares que sirven para producir energía y cada una de ellas contiene su propio genoma de solo treinta y siete genes— de todos sus futuros descendientes; así cada uno de nosotros puede rastrear su linaje mitocondrial hasta terminar en una sola hembra humana que existió en África hace unos doscientos mil años (Mukherjee, 2015). De este modo, se produce el fenómeno de la transtemporalidad en el genoma humano al igual que en el mundo jurídico, donde el tiempo²² jurídico abarca todo el pasado, todo el presente y todo el porvenir; influyendo, así, unos momentos sobre otros y captados estos por los protagonistas de otros.

Uno podría abstraer una propiedad curiosa del infinito y pensar en otros objetos, en otras situaciones, en las que una parte del objeto guarda la información del todo. Estos son los llamados objetos recursivos.

El Aleph de Borges —la pequeña esfera que guarda todas las imágenes del universo— es un objeto ficcional recursivo. Así, Borges en el cuento "El Aleph" juega con el lenguaje mediante el objeto recursivo; de este modo el autor nos demuestra —gracias a la creación de una ficción como el aleph—como podemos crear símbolos que causen progresivamente la fabricación de un lenguaje determinado (Mascitti, 2015).

Por consiguiente, cada uno de los valores absolutos de las ramas del mundo político es un objeto recursivo ya que —por separado— concentran toda la información axiológica de aquellas (Mascitti, 2012).

Desde la perspectiva de la biología, el ser humano sería un objeto recursivo. Basta una célula del ser humano para fabricar un clon. También, los mosaicos son objetos recursivos, la figura de las primeras baldosas se propaga al todo (Martínez, 2006).

A su vez, la secuenciación²³ completa del genoma humano no considera la función de un gen; es como la identificación de todas las palabras y

^{22. &}quot;La figura del tiempo, en Occidente, es históricamente ambigua e intermedia, es pre-filosófica. Ella no es resultado de mitologías primitivas, no proviene directamente de una herencia religiosa sino que tras la descomposición de las antiguas cosmogonías, cuando empieza a hacerse explícito el racionalismo griego y sobre los escombros del mundo olímpico, aparecerá entonces la personificación del tiempo. Éste sería el sustituto mitológico de un pensar que comienza a teorizar; su personificación, confiriéndole definitivamente esta función de instancia-sujeto, es ya el hecho de una abstracción"; F. Jullien, *Del tiempo: Elementos de una filosofía de vivir*, Arena Libros, Madrid, 2005, p. 82.

^{23.} Ver pp. 7, 8, 10, 11, 12, 13, 16, 17, 21, 24, 26 y 28.

letras de una enciclopedia sin referencia alguna a lo que cualquiera de ellas significa. La secuencia completa del genoma abrió la puerta a un universo inexplorado en la biología de organismos, como si fuese una enciclopedia infinitamente recursiva en que la entrada correspondiente a la palabra enciclopedia necesitara actualizarse constantemente (Mukherjee, 2015).

Construimos una metáfora categorizando: a) a las ramas del mundo jurídico como el conjunto de células especializadas;²⁴ y b) al mundo jurídico como la conjunción entre el genoma humano –que contiene al ADN y al ARN,²⁵ ambos lo identifican de modo estático–, el proteoma humano²⁶ –que le otorga vigencia– y el ambiente²⁷ –que colabora otorgándole identidad.²⁸

En lo tocante a la Genética destacamos que el Fenotipo = Genotipo + ambiente + desencadenantes + azar.

Esta fórmula capta la esencia de las interacciones entre herencia, azar, ambiente, variación y evolución, que determinan la forma y el destino de un

24. En el genoma humano existen enormes familias de genes, formadas por genes que se asemejan y cumplen funciones similares, que a menudo se unen en grupos. S. Mukherjee, *El Gen. Una historia personal*, Debate, 3ª ed., Buenos Aires, 2017, p. 383. Similar a las ramas del mundo jurídico que se identifican por un valor como denominador común de dichos grupos.

25. El ARN se puede definir como la molécula formada por una cadena simple de ribonucleótidos, cada uno de ellos formado por ribosa, un fosfato y una de las cuatro bases nitrogenadas (adenina, guanina, citosina y uracilo). El ARN celular es lineal y monocatenario (de una sola cadena), pero en el genoma de algunos virus es de doble hebra. https://es.wikipedia.org/wiki/%C3%81cido ribonucleico, fecha de consulta: 7/11/2018.

Además de los genes codificantes de proteínas, el genoma humano contiene varios miles de genes ARN, cuya transcripción reproduce ARN de transferencia (ARNt), ARN ribosómico (ARNr), microARN (miARN), u otros genes ARN no codificantes. https://es.m.wikipedia.org/wiki/Genoma_humano. fecha de consulta: 7/11/2018. Ver pp. 10, 11, 12, 19, 20, 21, 26 y 27.

- 26. Ver pp. 11 y 12.
- 27. Ver pp. 2, 10, 11, 16, 27, 28, 29 y 30.
- 28. La identificación que se presenta en cada individuo a través del genoma humano no es identidad por cuanto es solo un principio material y estático individualizante. La identidad, en cambio, no solo tiene que ver con las obras, la formación dinámica y moral de la personalidad, elaborando la autoconformación y el desarrollo psíquico, sino que también recibe elementos del entorno, el ambiente y de la posición cultural propia.

organismo (Mukherjee, 2015).²⁹ Así, el fenotipo es un conjunto infinito³⁰ ya que es mayor que cualquier número dado de antemano a raíz de las variantes que contiene dicho universo. También el mundo jurídico es un conjunto infinito ya que solo podemos relacionar de modo perfecto uno a uno sus elementos continentes; por ejemplo: genes y ambiente, genes y azar, ambiente y variación, etc.³¹

2. b) Dimensión sociológica

Según el sistema de metáforas elaborado en el presente trabajo, el ADN, es decir los repartos, que contienen los genes -o sea las unidades de información $-^{32}$ o repartidores, 33 portan la información para producir las proteínas, que consisten en las potencias o impotencias o sea aquello que

- 29. Los genes de un organismo tienen efectos fenotípicos extendidos sobre el cuerpo de otro organismo. El teorema central del fenotipo extendido es el siguiente: la conducta de un animal tiende a maximizar la supervivencia de los genes "para" dicha conducta, estén o no esos genes en el cuerpo del animal particular que la practica. Ver R. Dawkins, *The extended phenotype. The Gene as the Unit of Selection*, https://web.natur.cuni.cz/filosof/markos/Publikace/Dawkins%20extended.pdf, fecha de consulta: 7/11/2018.
- "Identificación" no es un sinónimo de "identidad". El "genotipo" nos acerca a la identificación puramente biológica; el "fenotipo" es quizá base de la identidad. Es que el genotipo representa una parcialidad material de la identidad, que no está sujeta sin interferencia médica a mutaciones voluntarias (si a las naturales involuntarias), es decir es la parte estática y no dinámica de la personalidad.
- 30. Sobre la base de sus investigaciones sobre los conjuntos infinitos Georg Cantor (1845-1918) fue el primero capaz de formalizar la noción de infinito bajo la forma de los números transfinitos (cardinales y ordinales). Cantor descubrió que los conjuntos infinitos no tienen siempre el mismo tamaño, o sea el mismo cardinal: por ejemplo, el conjunto de los racionales es enumerable, es decir, del mismo tamaño que el conjunto de los naturales, mientras que el de los reales no lo es: existen, por tanto, varios infinitos, más grandes los unos que los otros. http://es.wikipedia.org/wiki/Cantor, fecha de consulta: 7/11/2018.
- 31. En consecuencia, podríamos afirmar que en la suma de las partes no hay más que partes. T. Hardy, *The collected poems of Thomas Hardy*, Wordsworth Poetry Library, Heredity, Ware, Hertfordshire, England, 2002, pp. 204 y 205.
- 32. Se los considera como la unidad de almacenamiento de información y unidad de herencia porque transmite esa información a la descendencia. La realización de esta función no requiere de la traducción del gen ni de su transcripción.
- 33. Los repartidores son los autores del reparto y son siempre hombres determinados.

beneficia o perjudica al ser. Esos ADN o repartos son duplicados en el ARN o normas,³⁴ que consisten en su descripción formal efectuada por terceros, valorados por la supervivencia³⁵ que consiste en el valor absoluto de la Genética al igual que el valor justicia es el valor supremo del mundo jurídico.

Las instrucciones del ADN han sido reunidas por selección natural.³⁶ Los genes ejercen una influencia estadística en la conducta humana, pero dicha influencia puede modificarse, anularse o invertirse por obra de otras influencias

- 34. La transcripción es el proceso en el que la secuencia de ADN de un gen se copia (transcribe) para hacer una molécula de ARN.
 - La ARN polimerasa es la principal enzima de la transcripción.
 - La transcripción comienza cuando la ARN polimerasa se une a una secuencia llamada promotor casi al inicio de un gen (directamente o a través de las proteínas auxiliares).
 - La ARN polimerasa utiliza una de las cadenas de ADN (la cadena o hebra molde) como plantilla para hacer una nueva molécula de ARN complementaria.
 - La transcripción termina en un proceso llamado terminación. La terminación depende de secuencias en el ARN que señalan el fin de la transcripción.

Las proteínas son las moléculas claves que le dan estructura a las células y las mantienen funcionando.

Si el gen que se transcribe codifica una proteína, la molécula de ARN se leerá para hacer una proteína en un proceso llamado traducción.

Las ARN polimerasas son enzimas que transcriben el ADN en ARN.

Un transcrito de ARN que está listo para su uso en la traducción se conoce como ARN mensajero (ARNm).

https://es.khanacademy.org/science/biology/gene-expression-central-dogma/transcription-of-dna-into-rna/a/stages-of-transcription, fecha de consulta: 6/11/2018.

35. Somos máquinas de supervivencia, vehículos autómatas programados a ciegas con el fin de preservar las moléculas egoístas conocidas con el nombre de genes. Ver pp. 6, 10, 13, 16, 26 y 28.

Esta cualidad egoísta del gen dará, normalmente, origen al egoísmo en el comportamiento humano. Sin embargo, hay circunstancias especiales en las que los genes pueden alcanzar mejor sus objetivos egoístas fomentando una forma limitada de altruismo a nivel de los animales individuales. R. Dawkins, *El gen...*, cit.

36. La selección darwiniana no actúa directamente sobre los genes. El ADN está encapsulado en la proteína, envuelto en membranas, protegido del mundo e invisible a la selección natural. La selección natural favorece algunos genes más que a otros no por la misma naturaleza de estos, sino por sus consecuencias, es decir, por sus efectos fenotípicos. Por consiguiente, todos los genes influyen de forma directa sobre la síntesis de las proteínas. La influencia de un gen sobre un sistema nervioso es siempre indirecta. *Idem*.

(Dawkins, 1976); verbigracia por el ambiente, que en nuestra comparación con el mundo jurídico constituiría un tipo de influencia humana difusa.³⁷

Así, los repartos adjudican potencias que luego pueden ser modificadas por las influencias humanas difusas. Por ejemplo, el ministro de economía de la nación dicta una resolución que refleja un reparto que pierde vigencia por las leyes del mercado, que caracterizamos como influencias humanas difusas.

La secuencia de ADN que conforma el genoma humano contiene la información codificada, necesaria para la expresión, altamente coordinada y adaptable al ambiente, del proteoma humano, es decir, del conjunto de las proteínas del ser humano. Las proteínas³⁸ son las principales biomoléculas efectoras; poseen funciones estructurales, enzimáticas, metabólicas, reguladoras y señalizadoras, organizándose en enormes redes funcionales de interacciones. En definitiva, el proteoma fundamenta la particular morfología y funcionalidad de cada célula. Asimismo, la organización estructural y funcional de las distintas células conforma cada tejido y cada órgano, y, finalmente, el organismo vivo en su conjunto. Así, el genoma humano contiene la información básica necesaria para el desarrollo físico de un ser humano completo.³⁹

Metafóricamente, el conjunto de actos ejemplares constituye el proteoma que permite la vigencia del mundo jurídico y que ayuda en la edificación de la realidad pero dentro de un marco de creatividad como oposición a la rutina.⁴⁰

37. La influencia humana difusa proviene de hombres indeterminados ya que en caso contrario se configurarían los llamados repartos.

"The echoing of the literature of the past has been a common device of modernist literature. Joyce's Ulysses is only the most famous example"; R. Posner, *Law and literature*, Harvard University Press, Cambridge, 2009, Kindle edition.

38. En la Biología, las proteínas desempeñan un papel fundamental para la vida y son las biomoléculas más versátiles y diversas. Son imprescindibles para el crecimiento del organismo y realizan una enorme cantidad de funciones diferentes, entre las que destacan: estructural, esta es la función más importante de una proteína (por ej.: colágeno), contráctil (actina y miosina), enzimática (por ej.: sacarasa y pepsina), homeostática, colaboran en el mantenimiento del pH (ya que actúan como un tampón químico), inmunológica (anticuerpos), producción de costras (por ej.: fibrina), protectora o defensiva (por ej.: trombina y fibrinógeno), transducción de señales (por ej.: rodopsina). https://es.wikipedia.org/wiki/Prote%C3%ADna, fecha de consulta: 7/11/2018.

39. https://es.wikipedia.org/wiki/Genoma_humano, fecha de consulta: 7/11/2018.

40. Ver M. A. Ciuro Caldani, "El mundo jurídico y creatividad", http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/928/764, fecha de consulta: 7/11/2018 y M.

En consecuencia, según nuestras metáforas las proteínas serían en algunos supuestos potencias o impotencias, en otros casos encargados del funcionamiento normativo⁴¹ y en otros supuestos la ejemplaridad⁴² que motoriza la dinámica del mundo jurídico.

La razonabilidad de un reparto conduce a su ejemplaridad; el reparto reputado razonable es un ejemplo para futuros repartos. Así, la ejemplaridad se basa en la calidad de cada reparto y de sus razones de ser generalizables. Dicha ejemplaridad se lleva a cabo conforme al esquema modelo-seguimiento. Pues, el reparto estimado es concebido modelo, cuyo seguimiento origina nuevos repartos semejantes. El reparto que desempeña la función de modelo, puede ser tanto un reparto autónomo como un reparto autoritario.⁴³

El llamado ADN basura es ADN que no codifica proteínas. Existen cuatro tipos de principios de esta clase de ADN. Los intrones son segmentos internos dentro de genes que son eliminados al nivel del ARN. Los pseudogenes son inactivados por una inserción o supresión. Las secuencias satélites son repeticiones cortas y las repeticiones dispersas son secuencias repetitivas más largas, mayormente derivadas de elementos móviles de ADN. Las regiones no codificadoras de proteínas del genoma dirigen la producción de moléculas de ARN que regulan el uso de las regiones codificadoras de proteínas del ADN. El ADN no codificador de proteínas dirige el uso de otra información en el genoma.⁴⁴

El principal resultado del Proyecto Genoma II es la utilidad del llamado ADN basura. El 80% del genoma humano tiene como mínimo una función bioquímica en algún tejido del cuerpo y en alguna fase del desarrollo o

Mascitti, "El abogado y su obra artística", en *Revista AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2017, http://revistas.usal.es/index.php/ais/article/view/18014, fecha de consulta: 7/11/2018.

^{41.} Ver pp. 19, 21 y 23.

^{42.} Ver pp. 21, 26, 30 y 31.

^{43.} Aquí aplicamos el poder normativo de lo fáctico. Esto significa que las conductas de reparto son susceptibles de reiteración y pueden ejemplarizarse. Cuando ello acontece, el deber ser real de una conducta única se generaliza como deber ser real para todos los repartos futuros equivalentes.

^{44.} https://www.allaboutscience.org/spanish/adn-basura.htm, fecha de consulta: 7/11/2018.

de la vida adulta. El 95% del genoma está implicado en la regulación de los genes convencionales. Por último, la mayoría de las variaciones implicadas en alguna enfermedad humana se ubica en estas zonas que se consideraban basura. 45

Por consiguiente, el código genómico es complejo ya que anexas a un gen hay secuencias de ADN portadoras de información sobre el momento y la ubicación de expresión del gen. No comprendemos el motivo de las ubicaciones geográficas de ciertos genes en el genoma y cómo las extensiones de ADN, que se hallan entre los genes, regulan y coordinan la fisiología de ellos (Mukherjee, 2015).

Dichas secuencias de ADN podrían actuar como límites geográficos del ADN codificante de proteínas al igual que en el mundo jurídico los repartos sufren las limitaciones geográficas. En el funcionamiento de los repartos, el repartidor puede encontrar límites derivados de la naturaleza de las cosas (necesarios), donde ubicamos los límites geográficos, y límites establecidos por los propios repartidores (voluntarios).

El gen director o maestro es aquel gen que actúa como factor clave controlando a otros genes. Su acción determina el comportamiento de estos genes y dirige sus funciones. 46

En nuestro sistema de metáforas, en el mundo jurídico los genes directores o maestros serían los supremos repartidores; así como el director es el supremo repartidor del microorden de la orquesta musical.

El comportamiento animal, ya sea altruista o egoísta, se encuentra bajo el control de los genes solo de un modo indirecto, pero en un sentido muy poderoso. Los genes ejercen un poder fundamental en el comportamiento por medio del dictamen de la forma de construcción de las máquinas de supervivencia y de sus sistemas nerviosos. Sin embargo, el sistema nervioso

^{45.} https://elpais.com/sociedad/2012/09/05/actualidad/1346866919_254591.html, fecha de consulta: 7/11/2018.

^{46.} Es el caso del gen Sxl, el gen maestro para el desarrollo sexual en Drosophila, el splicing diferencial controlado por este gen maestro determinará el sexo en Drosophila. En humanos se puede observar un proceso similar. https://es.wikipedia.org/wiki/Gen_maestro, fecha de consulta: 7/11/2018. A su vez, el gen FOXP2 es el director o maestro del lenguaje. M. Cevallos, "El gen maestro y el don del lenguaje", http://www.comoves.unam.mx/numeros/articulo/137/el-gen-maestro-y-el-don-del-lenguaje, fecha de consulta: 7/11/2018.

toma las decisiones inmediatas y aquellas sobre la continuidad de las máquinas de supervivencia. Por tanto, los genes son los diseñadores de la política primaria; los cerebros son sus ejecutivos (Dawkins, 1976).

Los genes especifican que los circuitos innatos ejercen una influencia poderosa sobre casi todo el conjunto de circuitos que pueden ser modificados por la experiencia. Dicha influencia es ejercida mediante neuronas moduladoras que actúan sobre el resto de los circuitos. Estas neuronas moduladoras se localizan en el tallo cerebral y en el prosencéfalo basal y están influidas por las interacciones del organismo en cualquier momento dado. Las neuronas moduladoras distribuyen neurotransmisores (como dopamina, norepinefrina, serotonina y acetilcolina) a amplias regiones de la corteza cerebral y a los núcleos subcorticales (Damasio, 2016).

Las neurociencias muestran evidencia de que la tensión que sentimos entre la emoción y la razón, entre la intuición y la deliberación, se basa en una tensión entre sistemas que compiten en el cerebro. Los argumentos emocionales se codifican en la parte medial de la corteza frontal y la evidencia a favor de las consideraciones racionales, por el contrario, en la parte lateral de la corteza frontal.

El sistema racional o deliberativo es el único que puede seguir reglas, comparar objetos en varios de sus atributos y hacer elecciones deliberadas entre opciones (Kahneman, 2011). La incertidumbre y la duda son dominios del sistema racional. Por consiguiente, el Trialismo fortifica dicho sistema a través del estudio tridimensional del objeto jurídico que permite una perspectiva interdisciplinaria cuyo método supone una vinculación adecuada entre sus contenidos.

Gran parte de nuestras decisiones están guiadas por nuestros estados afectivos —regulados en parte por el lóbulo frontal— y por procesos implícitos que muchas veces no alcanzan la conciencia (Manes y Niro, 2014).

El mundo jurídico presenta rasgos de ambos procesos de pensamiento. Por ejemplo, el sistema racional se percibe en las resoluciones judiciales,⁴⁷

47. "La búsqueda de veredictos verdaderos se ve obstaculizada por deficiencias en lo que los actores jurídicos entienden y cómo tienden a pensar. Por ejemplo, algunos miembros del jurado no comprenden la evidencia científica o no aprecian cómo el sesgo de selección y las dependencias probatorias deberían impactar en un caso. Además, una serie de sesgos cognitivos puede afectar los juicios efectuados por cualquier operador jurídico. Los sesgos claves son: de confirmación, de retrospectiva y memoria, de creencias, de encuadre

en los actos jurídicos unilaterales, en el matrimonio –salvo en los supuestos donde la razón está profundamente condicionada por la emoción– y en los contratos que requieren negociación.

En cambio, en la rama del Derecho penal resulta notorio cómo las emociones juegan un rol clave en la toma de decisión en estado de necesidad, en legítima defensa o en estado de emoción violenta (Mascitti, 2017).

Por su parte, el Derecho del consumo tutela al recipiendario de la impotencia provocada por la publicidad generada a través de diversas técnicas de marketing que colocan al consumidor en un estado de desprotección, que fomenta la toma de decisión en un estado emocional dirigido por la conducta empresaria. Hoy, este poder de inducción se potencia por medio del uso de programas de aprendizaje automático o machine learning usando la información que los usuarios incorporan a la red. 50

y anclaje y de ajuste insuficiente. En resumen, aunque la búsqueda de la verdad en el juicio es un objetivo importante, la presencia de otros objetivos y las deficiencias en los procesos de conocimiento y pensamiento de los diversos actores jurídicos pueden dificultar esta investigación"; J. J. Koehler and J. B. Meixner, "Decision Making and the Law: Truth Barriers", https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2217003, fecha de consulta: 27/6/2017.

^{48. &}quot;El sistema emocional es crédulo y el sistema racional se encarga de dudar y de no creer, pero el sistema racional o deliberativo está a veces ocupado y a menudo es perezoso. Existen, pues, evidencias de que las personas son más susceptibles de ser influidas por mensajes persuasivos vacuos, como los publicitarios, cuando están cansadas o agotadas". Kahneman, *Pensar...*, cit.

^{49. &}quot;El aprendizaje automático es un proceso que usa conceptos de múltiples materias, por ejemplo: estadística, modelado cerebral, modelado psicológico, teoría del control adaptativo, IA y modelos evolutivos. Un proceso importante de aprendizaje automático se denomina entrenamiento, donde la máquina se alimenta con datos sobre eventos pasados para que la máquina pueda anticipar eventos futuros"; J. Luna González, "Tipos de aprendizaje automático", https://medium.com/soldai/tipos-de-aprendizaje-autom%-C3%A1tico-6413e3c615e2, fecha de consulta: 29/7/2019.

[&]quot;Although machine learning can be divided in three categories: supervised, unsupervised and reinforcement, the current work will not focus on the differences between each type of machine learning"; R. Sunil, "Essentials of Machine Learning Algorithms (with Python and R Codes)", https://www.analyticsvidhya.com/blog/2017/09/common-machine-learning-algorithms/, fecha de consulta: 3/2/2020.

^{50.} Los datos y las conclusiones de la psicoinformática pueden explotarse con fines comerciales, como publicidad y marketing. Los consumidores cuentan otras historias sobre

A su vez, el Derecho laboral nos muestra los casos de mobbing o acoso laboral donde los trabajadores son colocados en una situación que contamina emocionalmente su toma de decisiones en el ambiente laboral, afectando, de este modo, sus derechos personalísimos (Mascitti, 2017).

Finalmente, en el Derecho de familia las emociones se manifiestan en situaciones conflictivas que derivan en divorcio conyugal y en desacuerdos que culminan en la toma de decisión judicial sobre ejercicio de la responsabilidad parental (art. 642 del Código Civil y Comercial de la Argentina), donde resulta clave el análisis de la situación emocional del menor para considerar el interés superior del niño que constituye un principio general de la responsabilidad parental conforme inc. a) del art. 639 inc. a del Código Civil y Comercial de la Argentina (Mascitti, 2017).

La secuencia completa del genoma humano facilitará la medicina personalizada, causando un aumento significativo de la información para obtener una adecuada toma de decisión médica y jurídica.

Los genes deben efectuar una tarea análoga a una predicción o conjetura. En el momento en que se construye un embrión de una máquina de supervivencia tanto los peligros como los problemas de su vida son parte del futuro (Dawkins, 1976).

Uno de los medios que tienen los genes para resolver el problema relativo a las predicciones en medioambientes impredecibles es construir una capacidad de aprendizaje (Dawkins, 1976).

La capacidad de predecir o conjeturar a partir del genoma humano estaba restringida por dos limitaciones fundamentales. En primer término, la mayoría de los genes no son proyectos sino que son recetas. La segunda restricción es la naturaleza intrínsecamente impredecible de algunos genes. La mayoría de los genes enlazan con otros factores desencadenantes —por ejemplo: el ambiente, el azar, la conducta o incluso las situaciones prenatales— para determinar la forma y la función de un organismo, así como sus efectos futuros. Sin embargo, cuando la investigación sobre los genes y los genomas se perfeccione, sea más completa y se disponga de mejores medios

sí mismos a través del llamado Internet de las cosas (IOT, en su acepción inglesa) que está compuesto por dispositivos inteligentes que transmiten información a ubicaciones remotas para realizar sus funciones. La ropa inteligente y los electrodomésticos inteligentes logran objetivos para los consumidores, al tiempo que permiten a las empresas recopilar datos precisos y objetivos sobre hábitos de ejercicio o compras de comestibles.

computacionales –traduciendo el proceso genético en algoritmos predictivos–,⁵¹ los genetistas serán capaces de leer y entender mejor el genoma, al menos en un sentido probabilístico (Mukherjee, 2015).

Asimismo, existe la conjetura de las adjudicaciones, en especial de los repartos, que se producen en la positividad normosociológica del Derecho. En sentido general, la conjetura es el "... juicio que se forma de las cosas o acaecimientos por indicios y observaciones". Todo nuestro conocimiento se nutre en gran medida de suposiciones en las que ponemos algo como realidad y la vida jurídica se apoya en ellas de modo permanente.⁵² La conjetura se diferencia de lo meramente posible, donde existe en mayor grado la conciencia de que algo puede o no realizarse. Contiene la afirmación, aunque no del todo cierta, de que algo acaecerá (Ciuro Caldani, 2000).⁵³ ⁵⁴ La conjetura es un mecanismo que promueve la transtemporalidad.⁵⁵

Un triángulo de consideraciones ha limitado hasta hoy nuestros intentos de intervención en los seres humanos. Aquel está formado por: a) el sufrimiento extraordinario, b) los genotipos altamente penetrantes y c) las intervenciones justificables. A medida que relajamos los límites que impone este triángulo necesitamos nuevos preceptos biológicos, culturales y sociales para determinar: las intervenciones genéticas que pueden ser permitidas o restringidas y las circunstancias en que estas intervenciones puedan ser seguras o permisibles (Mukherjee, 2015). A tal efecto, existirán posturas

^{51.} Ver pp. 3, 25, 26 y 32.

^{52.} Importa "... predecir las conductas, no solo para determinar la eficacia de las normas sino para determinar nuestras actitudes acerca de ellas y también para prevenir o modificar los hechos futuros"; R. A. Guibourg, "La certeza de los criterios", en *DOXA*, N°24, cit., 2001, http://cervantesvirutal.com/portal/doxa, p. 608, fecha de consulta: 9/3/2020.

^{53.} Acerca de la conjetura en el Derecho cabe recordar, v. gr., G. W. Leibniz, *Para una balanza del Derecho que permita apreciar los grados de las pruebas y de las probabilidades*, en *Escritos Filosóficos* (rec.), trad. Roberto Torretti, Tomás E. Zwanck y Ezequiel de Olaso, Buenos Aires, Charcas, 1982, pp. 370-371.

^{54.} En la vertiente del realismo norteamericano, Holmes, con su profunda comprensión de la dimensión sociológica del Derecho, dijo que "... el objeto de nuestro estudio es; [...] predicción: la predicción de la incidencia de la fuerza pública por mediación de los tribunales de justicia"; O. W. Holmes, *La senda del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 15.

^{55.} Ver p. 8.

abstencionistas o intervencionistas⁵⁶ que requerirán previas consideraciones interdisciplinarias con una nueva constitución de la pirámide de los valores en juego y un flujo de información adecuado para una mejor toma de decisión.

Goldschmidt, fundador del Trialismo, si bien quedó adherido a la quizás imprescindible referencia a la conducta humana —que elige entre diversas posibilidades— y a la libertad, ambos soportes de gran parte de la juridicidad actual, tuvo el gran mérito de dejar disponible la posibilidad de desenmascarar lo que condiciona o quizás determina nuestra conducta (Ciuro Caldani, 2016). Aquí aparece la posibilidad de vincular los avances en los estudios genéticos que permiten analizar las causas del accionar de los repartidores, es decir, los factores genéticos que influyen en la toma de decisiones de los repartidores.

Para que exista evolución, un organismo debe ser capaz de generar variación genética. La mutación⁵⁷ es uno de los mecanismos para ello; la mutación consiste en alteraciones en la secuencia del ADN que pueden cambiar la estructura y por ende la función de una proteína.⁵⁸

"Las mutaciones aparecen de manera independiente a la selección natural, no a consecuencia de esta" (Henderson, 2010).

El deseo de homogeneizar o normalizar a los humanos debe ser contrarrestado por los imperativos biológicos de mantener la diversidad y la anormalidad. La normalidad es la antítesis de la evolución (Mukherjee, 2015).

También, el Derecho evoluciona a través de mutaciones. La jurisprudencia, creando repartos descriptos en normas individuales muta o transforma otros repartos reflejados en normas generales —legales o jurisprudenciales—, conforme la tradición jurídica vigente en una nación.

Difiere la influencia de la jurisprudencia del Civil Law y del Common Law en lo tocante a la regla del *stare decisis*. Aunque en los países del Common Law rige la doctrina de la fuerza obligatoria del precedente, se trata de

^{56.} Ver pp. 29 y 30.

^{57.} Ver pp. 19, 20, 26, 27 y 28.

^{58.} Existen genes —denominados mutantes— que manipulan los índices de errores de copia de los otros genes. Por definición, un error de copia es una desventaja para el gen que ha sido mal copiado; pero influye ventajosamente en el gen mutante egoísta que induce al error, pues incrementa su presencia en el acervo génico. R. Dawkins, *El gen egoísta*..., cit.

una doctrina flexible. En Inglaterra, por ejemplo, la doctrina de la obligatoriedad del precedente no es aceptada de modo absoluto como en el pasado. Aunque la doctrina del stare decisis no puede asimilarse al valor y función que los precedentes judiciales tienen en los sistemas de Civil Law, en estos sistemas el valor de los precedentes no puede desconocerse.

La doctrina del *stare decisis* significa que el tribunal debe seguir los precedentes, es decir, los casos similares futuros deben ser decididos del mismo modo que los casos precedentes. Los precedentes son de dos tipos en función de su grado de autoridad: persuasivos y obligatorios. El valor persuasivo u obligatorio de un precedente no es inherente al precedente mismo, sino al grado de autoridad del tribunal que lo ha pronunciado.

En el Common Law, basta que haya una decisión in point, es decir, aplicable al caso presente, para que un juez se vea obligado, en principio, a seguirla. Ello no ocurre en los países del Civil Law; en estos países existe un cierto respeto por la jurisprudencia, por los precedentes, pero no por un precedente.

Por consiguiente, en el Common Law –en principio– el Derecho evoluciona a partir de normas generales emitidas por los jueces generando su imitación o nuevas normas generales jurisprudenciales. Por el contrario, en el Civil Law el Derecho progresa a partir de las normas individuales jurisprudenciales que aplican las normas legales, que son generales o las descartan, declarando su carencia,⁵⁹ ya sea histórica o axiológica, para sancionar nuevas normas individuales.

Así, para que el Derecho evolucione es condición indispensable la mutación operada por la jurisprudencia vinculada a la dimensión fáctica bajo la luz de los faros axiológicos.

Su consecuencia es el progreso o "evolución" del mundo jurídico a través de los repartos que adjudican potencia e impotencia —por ejemplo la vida y la muerte— como el ADN le brinda recetas a las "proteínas" que llevan a cabo el proceso de destrucción, necesario para evitar la aparición de las mutaciones cancerígenas y regeneración de las células.

Por último destacamos que en nuestro universo de metáforas consideramos que todo el ADN del organismo humano constituye el orden de los repartos del mundo jurídico.

2.c) Dimensión normológica

El dogma central de la Genética es que el flujo de actividad y de información es: ADN-ARN-proteína. Solo muy raras veces la información fluye del ARN al ADN. El ADN, por tanto, es la "copia maestra" de la información genética, que permanece en "reserva" dentro del núcleo. El ARN, en cambio, es la "copia de trabajo" de la información genética.⁶⁰

Construimos una metáfora relacionada con el funcionamiento normativo como medio para la realización de los repartos proyectados, es decir la norma o ARN es la copia de trabajo del reparto o ADN.

La pretensión de verdad con que se construyen las normas conforme la Teoría trialista requiere conceptuar un complejo proceso de funcionamiento normativo en el que los repartos proyectados que se captan pueden llegar a convertirse en repartos realizados (Ciuro Caldani, 2001).

El dogma central de la Biología dice que en los procesos celulares el flujo de información va del ADN al ARN y de ahí a las proteínas. No obstante, este dogma tiene sus excepciones en los retrovirus. Este tipo de virus se caracteriza porque su información genética no está almacenada en una molécula de ADN sino en una molécula de ARN y para que estos virus puedan multiplicarse es necesario que su información genética pase de ARN a ADN. Para ello, necesitan una enzima especial, la transcriptasa inversa. 61 Algunos

60. El ARN es similar al ADN, pero presenta algunas diferencias estructurales. La más importante es la de que en vez de la base timina utiliza un nucleótido similar denominado uracilo (U). También es más inestable, presenta un ciclo vital más breve en la célula y forma muchos tipos diferentes de moléculas que desempeñan funciones especializadas. La molécula adaptadora de Crick es una forma denominada ARN mensajero (ARNm), una molécula de una sola cadena en la que se transcriben los genes. Este ARNm se utiliza para la elaboración de las proteínas mediante un proceso denominado traducción.

61. La nueva innovación en el desarrollo de la UT Austin es una enzima que lleva a cabo la transcripción inversa pero también puede "corregir", o revisar su trabajo al copiar el código genético. La enzima permite, por primera vez, que grandes cantidades de información de ARN sean copiadas con precisión casi perfecta. Ellefson y el equipo de investigadores diseñaron la nueva enzima mediante evolución dirigida para entrenar a una ADN polimerasa de alta fidelidad (correctora) para que utilizara plantillas de ARN. La nueva enzima, llamada RTX, conserva una función de corrección muy precisa y eficiente, mientras copia ARN. La exactitud se multiplica al menos por tres y puede ser hasta 10 veces más precisa. Esta nueva enzima podría mejorar los métodos utilizados para leer el ARN de las célu-

de los retrovirus más conocidos son: el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) que causa el SIDA y el coronavirus (Covid-19).

Los retrovirus serían similares a algunos conceptos normativos que le otorgan nitidez a la realidad social y le incorporan sentidos generando materializaciones, personales y no personales.

Esto coindice con el propósito trialista de referirse a la verdad de las normas, no solo en cuanto al contenido de la voluntad de los autores sino respecto de su cumplimiento y de la influencia que las propias normas ejercen sobre los hechos (Ciuro Caldani, 2001).

Así como el gen es un replicador natural en la naturaleza, las ideas científicas son un ejemplo de un replicador en la cultura. El nuevo caldo es el caldo de la cultura humana. Al replicador de la unidad de transmisión cultural o unidad de imitación lo llamamos meme. Cuando se planta un meme fértil en la mente, se convierte en un vehículo de su propagación, del mismo modo que un virus puede parasitar el mecanismo genético de una célula anfitriona. Algunos memes tienen mayor éxito que otros en el acervo de memes de modo similar a algunos genes dentro de los organismos. Este supuesto es análogo al de la selección natural (Dawkins, 1976).

De un modo similar, como el mundo jurídico es parte de la cultura, los conceptos son influencias humanas difusas que se transmiten producto de una fusión y de una mutación constante causando los respectivos memes dentro de su universo. Ello refleja la importancia de la investigación académica, de los fallos relevantes, de las normas legales y de la influencia de la cultura en el desarrollo conceptual.

Las copias genéticas que contienen errores de transcripción son similares a las normas infieles. Las normas son fieles o infieles según el acierto con que captan la voluntad de sus autores.

Las normas sobre regulación genética son impactantes ya que los repartos descriptos gozan de la capacidad de cambiar el resto de la realidad.⁶²

las. https://www.tendencias21.net/Una-enzima-evita-errores-en-la-transcripcion-del-ARN_a42859.html, fecha de consulta: 7/11/2018. Ver p. 27.

^{62.} This emerging interdisciplinary area requires interaction between science and law to effectively understand the nature and consequences of the issues arising and how to adequately anticipate and address them.

[&]quot;Technology is advancing far more rapidly than our ability to legislate or otherwise deal with the moral ramifications of our newfound expertise". D. L. MCLochlin, "Whose ge-

Los genes construyen una computadora veloz y ejecutiva para su beneficio y la programan con antelación con reglas y consejos para brindarle la capacidad de afrontar tantas eventualidades como ellos pueden anticipar. Pero la vida, de modo similar al juego de ajedrez, ofrece demasiadas eventualidades para permitir que todas ellas sean previstas (Dawkins, 1976). Encontramos similitud con los repartos descriptos por normas generales que programan el futuro acatamiento promoviendo la ejemplaridad, elemento proteico del mundo jurídico, que resulta vital para el funcionamiento de este.

El silenciamiento y la activación de genes por medio de proteínas reguladoras —llamadas factores de transcripción—⁶³ son los "maestros directores" de la sinfonía de los genes en las células. Estos directores pueden reclutar otras proteínas —llamadas asistentes— para dejar marcas químicas permanentes en los genes y asegurar que las etiquetas se conserven en el genoma. Así, las etiquetas se pueden añadir, borrar, amplificar, disminuir, conectar y desconectar como respuesta a señales de una célula o de su entorno. Estas marcas pueden funcionar como notas escritas encima de una frase o como signos y anotaciones en las páginas de un libro que modifican el contexto del genoma sin necesidad de cambiar las palabras impresas. De este modo, cada célula de un organismo hereda el mismo libro, pero tachando frases y añadiendo otras, o silenciando o activando palabras, o subrayando frases; por tanto, cada célula podría ser capaz de escribir una novela única sobre un texto básico (Mukherjee, 2015).

A estos "maestros directores" dentro del mundo jurídico los identificamos con la figura del encargado del funcionamiento normativo.

El funcionamiento de las normas significa una actividad repartidora y solo entendiéndolo de ese modo, atendiendo a quiénes son repartidores,

netic information is it anyway? A legal analysis of the effects that mapping the human genome will have on privacy rights and genetic discrimination", en *John Marshall journal of computer and information law* 609, 2001, 19, p. 615.

^{63.} Un factor de transcripción (a veces llamado factor de unión a una secuencia específica de ADN) es una proteína que une secuencias específicas de ADN, controlando así la transcripción de la información genética de ADN a ARN mensajero. Los factores de transcripción hacen esto solos o junto con otros complejos proteicos promoviendo (como un activador) o silenciando (como un represor) el reclutamiento de la RNA polimerasa a genes específicos. https://es.wikipedia.org/wiki/Factor_de_transcripci%C3%B3n, fecha de consulta: 7/11/2018.

quiénes son recipiendarios, es decir los entes que reciben la potencia o impotencia emitida por el reparto, qué se reparte, en qué forma se llega a la decisión y cuáles son las razones (móviles, razones alegadas y razones sociales), puede ser comprendido. Reconocer, interpretar, determinar, elaborar, argumentar, aplicar y sintetizar normatividades es repartir potencia e impotencia, beneficiar y perjudicar en marcos de repartos y de distribuciones.⁶⁴

En el mundo jurídico, dentro del funcionamiento de la norma, la tarea de la interpretación de la norma tiene como meta el logro de su fidelidad. ⁶⁵ Su problemática concierne, por ende, a la norma formal. Aunque las reglas sobre la interpretación se refieren principalmente a la norma general, ellas también son útiles para la norma individual (Goldschmidt, 1973).

"La historia, madre de la verdad; la idea es asombrosa. Menard, contemporáneo de William James, no define la historia como una indagación de la realidad sino como su origen. La verdad histórica, para él, no es lo que sucedió; es lo que juzgamos que sucedió." Por tanto, Borges, en el cuento "Pierre Menard, autor del Quijote", destruye la noción de interpretación histórica, ya que al ser la historia el origen de la verdad carece de sentido interpretar algo que, como aún no es verificable, se halla fuera del ámbito científico.

En el universo ficcional borgeano, el proceso y las condiciones históricas de enunciación modifican todos los enunciados. El sentido es un efecto frágil (y no sustancial) relacionado con la enunciación: emerge en la actividad de escribir-leer y no está enlazado a las palabras sino a los contextos de las palabras. Última consecuencia de esta hipótesis, la productividad estética e ideológica de la lectura hace imposible la repetición. No hay modo de que un texto sea idéntico a su doble, no hay ningún espejo que ofrezca una transcripción exacta. Todos los textos son absolutamente originales, lo

64. Aunque sean "impartiales" e "imparciales" (al menos en la medida en que podemos serlo los seres humanos) al momento de asumir los casos, los encargados del funcionamiento se convierten en partes interesadas, porque del trámite y de la solución dependen consecuencias que les pueden ser muy importantes (conservación de los cargos, ascensos, castigos institucionales, consideración y repudio sociales, etc.). M. A. Ciuro Caldani, "Complejidad del funcionamiento de las normas", http://bibliotecajuridicaargentina. blogspot.com/2008/02/complejidad-delfuncionamiento-de-las.html, fecha de consulta: 7/11/2018.

65. Ver p. 20.

cual equivale a afirmar que ninguno puede aspirar a esta cualidad distintiva (Sarlo, 1995).

Por consiguiente, conforme Borges, el intérprete normativo al efectuar su tarea siempre crea inevitablemente una norma creando un oxímoron llamado "intepretación elaboradora".

En consecuencia, la interpretación elaboradora borgeana es similar a la tarea empleada por las proteínas "asistentes" que "interpretan" las órdenes de los genes dejando marcas químicas permanentes en ellos que modifican el contexto del genoma sin necesidad de cambiar las palabras impresas; así su función es interpretativa y creativa.

"Pensar es olvidar diferencias, es generalizar, abstraer. En el abarrotado mundo de Funes no había sino detalles, casi inmediatos." Por consiguiente, Funes el memorioso estaba imposibilitado de desarrollar o comprender una teoría ya que esta es todo sistema de ideas caracterizado por cierto conjunto básico (pero refutable) de hipótesis peculiares que procura adecuarse a una clase de hechos.

Una célula sin la capacidad de silenciar selectivamente partes de su genoma sería como Funes el memorioso. El genoma contiene la memoria para construir cada célula de todos los tejidos de cada organismo; esta es una memoria tan abrumadamente profusa y diversa que una célula desprovista de un sistema de represión y reactivación selectiva podría ser invalidada por ella.

En consecuencia, el encargado del funcionamiento normativo, al igual que dichas células, se ve forzado a fraccionar el complejo causal y la justicia ya que no somos ni omnipotentes ni omniscientes. La capacidad de usar cualquier recuerdo depende de modo funcional y paradójicamente de la capacidad de silenciar la memoria, es decir, de fraccionarla; tal vez el sistema epigenético⁶⁶ exista para permitir el funcionamiento del genoma (Mukherjee, 2015).

Todo lenguaje funciona en virtud del cumplimiento de los siguientes requisitos: términos, son las palabras que emplea el lenguaje; definiciones, que se refieren a los términos; reglas, que pueden ser gramaticales o de

66. La epigenética (del griego *epi*, en o sobre genética) se define como el estudio de los mecanismos que regulan la expresión de los genes sin una modificación en la secuencia del ADN. Establece la relación entre las influencias genéticas y ambientales que determinan un fenotipo. https://es.wikipedia.org/wiki/Epigen%C3%A9tica, fecha de consulta: 7/11/2018.

construcción; textos, son cadenas de palabras formadas mediante la aplicación adecuada de las reglas.

Existe simetría entre los elementos de construcción de los distintos tipos de lenguaje mediante los sistemas genético y normativo jurídico.

La base para entender el lenguaje normativo jurídico es igual a aquella que sirve para comprender el lenguaje en general. Lingüísticamente el lenguaje normativo no puede distinguirse de, por ejemplo, el lenguaje de la literatura, aspecto clave cuando se intenta definir la teoría del derecho. No obstante, "... no hay una lógica coherente con el lenguaje natural. El lenguaje corriente no solo está plagado de ambigüedades, vaguedades y toda suerte de imprecisiones significativas que justifican apartarse de él en los procesos de reconstrucción racional, sino que acumula en su seno intuiciones incompatibles que no pueden superarse más que reformándolo, abandonando intuiciones que pueden ser muy sólidas". Aunque el lenguaje normativo también puede padecer dichas imperfecciones. Al respecto Carrió dice que el "... uso incorrecto o el abuso del lenguaje, tanto en la sola expresión gramatical, como en lo que en un sentido amplio se ha llamado los límites internos y externos del lenguaje normativo producen distintas formas de sinsentido, que incluye lo disparatado y lo absurdo". 67 68

67. Wittgenstein, en el *Tractatus logico-philosophicus*, distingue entre sinsentido, no sentido y contrasentido. Un contrasentido es una contradicción, como "aquí y ahora llueve y no llueve". Un sinsentido es una proposición que parece decir algo sobre la realidad pero nada dice. Un ejemplo son las tautologías, como llueve o no llueve, proposición que parece informar empíricamente sobre la realidad pero no lo hace. Un uso típicamente sin sentido de esta tautología se encuentra en el episodio del Caballero Blanco de *A través del espejo*. Un no sentido es para el primer Wittgenstein la proposición filosófica, que pretende expresar lo místico o lo inefable. L. Carroll, *Alicia...* cit., p. 80.

- "—No hace falta —le contestó Alicia— porque permanece en el mismo año durante mucho tiempo.
- -Eso es justamente lo que hace el mío -dijo el Sombrerero.

Alicia se quedó totalmente desconcertada. El comentario del Sombrerero parecía no tener ningún sentido, aunque se expresara correctamente"; *Idem*, p. 172.

68. Hay desjudicialización si no se alcanza la ratio decidendi o no se la manifiesta con claridad, si se renuncia a la claridad de pensamiento que brinda la doctrina y si el lenguaje empleado no es accesible a las partes. M. A. Ciuro Caldani (Disertaciones, comunicaciones y ponencias). Proyecciones académicas del Trialismo. Sobre la judicialidad, la judicialización y la desjudicialización. Nuevamente sobre la estrategia en la complejidad jurídica, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Vol. II,

A su vez, el sistema genético elabora su lenguaje, que como cualquier lenguaje está construido con elementos estructurales básicos, así: alfabeto, vocabulario, sintaxis y gramática. El alfabeto de los genes consta de solo cuatro letras, las cuatro bases del ADN (A, C, G y T). El vocabulario se compone de códigos de triples: tres bases de ADN que se leen juntas codifican un aminoácido en una proteína. A su vez, una proteína es una frase que un gen codifica usando elementos alfabéticos ensartados en una cadena. Y la regulación de los genes crea un contexto para que estas palabras y frases tengan un significado. A las secuencias reguladoras adjuntas a un gen, es decir las señales para activar o desactivar un gen en determinados momentos y en determinadas células, se las puede considerar la gramática interna del genoma (Mukherjee, 2015).

Por medio del lenguaje podemos vincular el Derecho con la IA y con la Genética. Observamos el crecimiento de sistemas de asistencia jurídica basados en aprendizaje automático⁶⁹ –se basan en la biomimetización imitando el mecanismo de aprendizaje de los cerebros humanos— que pertenecen a la IA conexionista.⁷⁰ Los sistemas expertos –entorno lógico con capacidad de gestionar una base de conocimientos propia, resolver problemas específicos, producir nuevos conocimientos y explicar su razonamiento— jurídicos pretenden situar la IA al servicio del Derecho (Bourcier, 2003). A su vez, los

Rosario, 2018, http://www.centrodefilosofia.org/ProyeccionesII/Proyecciones_Académicas_del_Trialismo_II.pdf, fecha de consulta: 7/11/2018.

^{69.} Ver 15.

^{70.} En el mundo se han creado empresas que prestan servicios jurídicos de IA que podríamos agrupar conforme estas categorías: a) Facturación + Aplicaciones de tiempo, b) Colaboración + Plataformas de datos legales, c) Plataformas de contratación, d) Seguridad de datos + Sistemas de riesgo, e) Revisión de documentos, f) Sistemas expertos + Bots legales, g) Investigación legal + Análisis, h) Contratos inteligentes, i) Automatización de flujos de trabajo + Herramientas de transacción. https://www.artificiallawyer.com/al-100-directory/, fecha de consulta: 2/7/2019. Es posible ver algunas de ellas, en: https://www.legalrobot.com/, https://thoughtriver.com/, http://www.riverviewlaw.com/meet-kim-the-power-behind-riverview-laws-legal-virtual-assistant-plans/, https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2018/05/23/how-ai-and-machine-learning-aretransforming-law-firms-and-the-legal-sector/, https://emerj.com/ai-sector-overviews/ai-in-law-legal-practice-current-applications/, https://jurimetria.wolterskluwer.es/content/Inicio.aspx, https://predictice.com/ y http://www.rossintelligence.com.

algoritmos genéticos son uno de los cuatro pilares en que se apoya la IA.⁷¹ Los algoritmos deben ser capaces de ser escritos en un lenguaje determinado.⁷² La Biología ha llegado a la conclusión de que los organismos son algoritmos.⁷³ Así los biólogos desmantelaron el muro que separaba lo orgánico de lo inorgánico; transformaron la revolución informática, que pasó de ser un punto solo mecánico a un cataclismo biológico y transfirieron la autoridad de los individuos humanos a los algoritmos conectados en red.

En Genética, una mutación sin sentido (nonsense) es un tipo de mutación puntual en una secuencia de ADN que provoca la aparición de un codón de terminación prematuro, llamado también codón sinsentido, en el ARNm transcripto, que conduce, a su vez, a la producción de un producto proteico truncado, incompleto y por lo general no funcional. Se diferencia de las

- 71. Para Nilsson los pilares básicos en los que se apoya la IA son:
 - Búsqueda del estado requerido en el conjunto de los estados producidos por las acciones posibles.
 - · Algoritmos genéticos (análogo al proceso de evolución de las cadenas de ADN).
 - Redes neuronales artificiales (análogo al funcionamiento físico del cerebro de animales y de humanos).
 - Razonamiento mediante una lógica formal análogo al pensamiento abstracto humano. https://inteligenciaartificial170.wordpress.com/2016/09/04/pilares-basicos-segun-nilsson/, fecha de consulta: 2/7/2019.

72. Una de estas características interesantes de los algoritmos es que, desde un punto de vista ontológico, son: a) una estructura sintáctica que codifica la información precisada en la especificación, b) abstractos y, c) en muchos casos, también formales. Son abstractos porque consisten en una secuencia de símbolos sin que actúen relaciones causales. Los algoritmos son formales en tanto que siguen las leyes lógico-matemáticas, que describen cómo manipular sistemáticamente la secuencia de símbolos que los componen. Los algoritmos son ontológicamente diferentes de las especificaciones y de los procesos computacionales. Por ejemplo, el algoritmo se escribe en pseudo-código, en lenguaje imperativo (e.g., Fortran, C), en un lenguaje interpretado (e.g., Python), en un lenguaje funcional (e.g., Haskell), etc. J. M. Durán, "Ciencia de la computación y filosofía: unidades de análisis del software", en *Principia: An International Journal of Epistemology*, 22(2): 203-227.

73. "El tecno humanismo conviene en que el homo sapiens ya ha terminado su recorrido histórico y ya no será relevante en el futuro, pero concluye que, por ello, debemos utilizar la tecnología para crear el homo deus, un modelo humano superior"; Y. N. Harari, *Homo Deus. Breve historia del mañana*, trad. por Joandomèc Ros, Debate, 1ª ed., Buenos Aires, 2016, pp. 415, 416 y 417. Ver pp. 32 y 33.

mutaciones con cambio de sentido o contrasentido, en que, en estas últimas, la mutación puntual provoca el cambio de un aminoácido por otro. Algunas de las enfermedades genéticas más graves tales como la talasemia o la distrofia muscular de Duchenne son producidas por mutaciones sinsentido.⁷⁴

El lenguaje evoluciona por medios no genéticos y a mayor velocidad, en órdenes de magnitud, que la evolución genética (Dawkins, 1976).

En el universo de nuestras metáforas el conjunto de ARN consiste en el ordenamiento normativo, que es la captación lógica neutral del orden de repartos. El ordenamiento normativo contiene las normas, o ARN, que codifican la información de los repartos, o ADN, que provoca que la ejemplaridad —es decir, las proteínas— realice el valor solidaridad⁷⁵ apoyado en el seguimiento de los repartos que son considerados razonables.

2.d) Dimensión dikelógica

A pesar de que la evolución pueda parecer, en un sentido indeterminado, algo "positivo", considerando especialmente que nosotros somos su producto, nada "desea" evolucionar. La evolución sucede a pesar de todos los esfuerzos de los replicadores para impedirlo. Hoy a los replicadores se los define como genes y nosotros somos sus máquinas de supervivencia (Dawkins, 1976). La supervivencia consiste en el valor absoluto de la Genética como la justicia es el valor supremo del mundo jurídico.

Los avances científico-tecnológicos constituyen un factor que motoriza el desarrollo humano. Sin embargo, la elección de objetivos y metas con relación a este campo requiere los correspondientes límites axiológicos para su desarrollo adecuado tutelando la dignidad humana.

Las posibilidades abiertas por la ingeniería genética, sobre todo de contar en cierto futuro con hombres "fabricados", planificados e inicialmente determinados, plantean significativos problemas a la Dikelogía que se refieren a muy diversos aspectos, incluyendo sus proyecciones más "básicas", relacionadas con las nociones de: valor, justicia y persona. El deber ser del valor es siempre un despliegue del ser, pero con la ingeniería genética el ser se muestra más que nunca en sus enormes posibilidades de

^{74.} https://es.m.wikipedia.org/wiki/Mutación_sin_sentido, fecha de consulta: 7/11/2018. 75. Ver pp. 30 y 31.

evolución, haciendo muy difícil de reconocer el deber ser del valor (Ciuro Caldani, 1989).

Por medio de la transcriptasa inversa, cada ARN de una célula podría ser utilizado como una plantilla para construir su gen correspondiente. Así, un biólogo podría generar una "biblioteca" de todos los genes "activos" en una célula similar a una biblioteca de libros agrupados por temas.

De modo análogo decimos que de las valoraciones efectuadas por los jueces extraemos los criterios generales orientadores que nos ofrecen un "catálogo" para la resolución de los distintos tipos de conflictos.

Las múltiples valoraciones nos proporcionan una colección abundante de normas individuales expresivas de soluciones justas del caso. La labor científica abstrae de esta colección un reducido número de principios valorativos, que desempeñan una función auxiliar en combinación con determinaciones concretas.

Al hilo de las diversas valoraciones, los hombres llegamos a inducir criterios generales de valor. El material empírico de la intuición eidética, por medio de la cual desprendemos de la valoración concreta el criterio de valor, comprende no solo las normas individuales sino también las normas generales. Asimismo, los criterios de valor se infieren de las valoraciones: positivas, negativas, impersonales y personales.

En el campo genético, una mutación se define únicamente por su desviación de la norma, es decir, es lo opuesto al tipo natural o a aquella variante que más comúnmente se da en la naturaleza. Incluso la naturaleza del "desajuste" es mudable; como el ambiente está constantemente sujeto a cambios, la definición de la enfermedad tiene que variar con él (Mukherjee, 2015).

Una mutación no puede por sí misma proporcionar ninguna información real sobre una enfermedad. La definición de la enfermedad se basa en las discapacidades específicas causadas por una incongruencia o desajuste entre la dotación genética de un individuo y su entorno, entre una mutación, las circunstancias de la existencia de una persona y sus objetivos de supervivencia o de superación.

En lo seres humanos, la "aptitud" no puede juzgarse en términos absolutos. Por el contrario, la falta de "aptitud" —enfermedad, término coloquial— está definida por el desajuste relativo entre un organismo y su ambiente (Mukherjee, 2015).

Existen métodos novedosos de ingeniería genética en lo tocante al proceso de edición de los genes para evitar dicha desconexión entre el organismo y su ambiente; por ejemplo la tecnología CRISPR, que es una herramienta de edición del genoma que actúa como unas tijeras moleculares capaces de cortar cualquier secuencia de ADN del genoma de forma específica y que permiten la inserción de cambios en ella. Asimismo, destacamos la genética dirigida que es la práctica de estimular una herencia predispuesta o sesgada de genes particulares para alterar poblaciones enteras. La combinación de CRISPR-genética dirigida es solo efectiva bajo ciertas condiciones, por ejemplo, requiere reproducción sexual y generaciones cortas de descendencia; no obstante, esta tecnología garantizará a los humanos el poder de diseñar no solo individuos sino incluso poblaciones y especies, impactando así en sistemas ecológicos enteros.

En comparación con el mundo jurídico, afirmamos que existen normas "no aptas" o "enfermas", es decir, aquellas que sufren un desajuste en relación con su ambiente o realidad. A tal efecto, el encargado del funcionamiento de la norma puede declarar su carencia porque se la descarta (carencia dikelógica) y elaborar, como un ingeniero genético, la norma que la reemplaza.

El genoma humano plantea una enorme carencia histórica por novedad científico-técnica que a nuestro parecer en muchos aspectos no debe resolverse en términos de "autointegración" analógica con las respuestas tradicionales de la propiedad privada. Cuestiones tan novedosas requieren soluciones nuevas, de "heterointegración", donde el equilibrio entre lo privado y lo común,⁷⁶ que es valioso para los bienes tradicionales, materiales o inmateriales, no es necesariamente adecuado (Ciuro Caldani, 2001).

El principio de que es imposible establecer el potencial genético de cualquier ser humano sin igualar primero los ambientes resulta el

76. "Existe en la literatura jurídica general coincidencia en reconocer en el concepto amplio de 'orden público', un límite a la investigación científica y sus posibles aplicaciones, de modo particular cuando es relativa al propio ser humano. En ese sentido, existe similitud entre las posturas sostenidas en el Derecho argentino y los principios que informan la reciente legislación francesa sobre Bioética (1994). En nuestra doctrina y jurisprudencia, se identifica al orden público con ideas y creencias, morales, filosóficas y políticas que cohesionan a una sociedad en un momento dado, cuyo desconocimiento pone en peligro su propia existencia"; S. D. Bergel, "El Genoma Humano y los límites del Patentamiento", en *Revista El Derecho*, Buenos Aires, 5/X/1193. Este es un concepto de especial significación para el derecho de patentes.

argumento genético más conveniente a favor de la igualdad (Mukherjee, 2015).⁷⁷

El Régimen para ser justo debe ser humanista, es decir, precisa considerar al hombre como fin, respetándolo en su complejidad pura, con sus caracteres de unicidad, de igualdad⁷⁸ y de comunidad, sobre todo mediante el liberalismo político, la democracia y la res pública, respectivamente.

El argumento genético de la predominancia de la influencia de los genes o del ambiente —la naturaleza o la crianza— depende del contexto. Así cuando las condiciones ambientales son precarias ejercen una influencia desproporcionada; en cambio la influencia de los genes aumenta cuando tales condiciones desaparecen (Mukherjee, 2015). Esto refuerza el principio de que la igualdad de todos los seres humanos contiene dos exigencias; cada una de ellas se basa en una afirmación. La primera de ellas postula que todos los hombres tengan igual intervención en el gobierno de la cosa pública; y el restante de los requerimientos, encapsulado en el dogma de la igualdad, requiere la igualdad de oportunidades y se relaciona con la afirmación de que todos los hombres tienen un origen común (Goldschmidt, 1973).

La clase de régimen de justicia puede ser intervencionista, es decir paternalista, o abstencionista.

El paternalismo justificable apunta a la superación de una desigualdad resultado de una incompetencia básica. Así, el principio de que es imposible establecer el potencial genético de cualquier ser humano sin igualar primero los ambientes permite la justificación de la intervención del Estado para la tutela del ser humano en determinados ambientes.

77. "The genetic knowledge and potential therapeutic capacities that the Human Genome Project will likely bring us will further strain our commitment to equality of opportunity and will force new decisions about the value of equality of opportunity relative to other social and political values and institutions"; D. W. Brock, "The Human Genome Project and Human Identify", en *Houston Law Review* 29 (1992): 12.

78. Para Bobbio aquellos que se declaran de izquierda dan mayor importancia en su conducta moral y en su iniciativa política a lo que convierte a los hombres en iguales, o a las formas de atenuar y reducir los factores de desigualdad; los que se declaran de derecha están convencidos de que las desigualdades son un dato imposible de eliminar y que ni siquiera deben desear su supresión. N. Bobbio, *Derecha e Izquierda. Razones y significados de una distinción política*, Taurus Pensamiento, 8ª ed., Madrid, 1996, pp. 15, 167 y 168. Puede verse en http://www.consensocivico.com.ar/uploads/5434598d9056eBobbio_Derecha-e-Izquierda%2, fecha de consulta: 7/11/2018.

Asimismo, el paternalismo libertario (Sunstein y Thaler, 2003) consiste en una versión moderada de régimen paternalista ya que los recipiendarios pueden elegir y tomar una decisión libremente pese a estar influidos por los repartidores, es decir por los planificadores del gobierno⁷⁹ en marcha en el caso del paternalismo estatal. En consecuencia, esta corriente del paternalismo goza de preferencia axiológica sobre el paternalismo tradicional ya que brinda mayor tutela a la elección libre del sujeto protegiendo de ese modo el principio supremo de justicia.⁸⁰

El llamado paternalismo libertario es un oxímoron. 81 Ambos conceptos reflejan el sentido común y son más atractivos juntos que separados. Los paternalistas libertarios diseñan políticas para mantener e incrementar la libertad de elección de los recipiendarios. El aspecto paternalista radica en la influencia de los llamados "arquitectos de la elección" en la influencia en la toma de decisión de los recipiendarios con el norte de mejorar su bienestar. 82

El valor solidaridad es inmanente a los seres humanos y se trata de una suma de: genética, biología, ambiente y cultura (Manes y Niro, 2016). Por tanto, desde el Trialismo afirmamos que el valor solidaridad se sustenta en la ejemplaridad del progreso social que se basa en la confianza.

79. En nuestro sistema de metáforas los planificadores del gobierno en marcha serían los encargados de señalar quiénes son los supremos repartidores o genes y cuáles son los criterios supremos de reparto, o sea, como son los criterios para que el ADN produzca proteínas.

80. El contenido de la justicia muestra un principio que exige adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para su personalización. A la luz de este principio se advierten los caracteres que requieren los repartos y los regímenes para ser justos. M. A. Ciuro Caldani, "Comprensión integrada de la jurística dikelógica", en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Nº13, Rosario, 1985, p. 116.

Acerca del análisis del principio supremo de justicia, instrumento del liberalismo cuyo fin es el humanismo, en algunos clásicos de la literatura universal que pueden ser interesantes para el mundo jurídico en cuanto a la comprensión de las condiciones en el interior de la vida social en que fueron concebidas, ver M. Mascitti, "El principio supremo de justicia en algunos clásicos de la literatura universal", http://e-juridico.org/revistas/ojs-2.4.8/index.php/RDJS/article/view/5/2, fecha de consulta: 7/11/2018.

81. Ver p. 23.

82. Sobre la toma de decisiones en el mundo jurídico, ver Mascitti, "Un enfoque...", cit.

La confianza es un elemento esencial del Derecho tradicional. La sociedad de la transparencia deteriora la confianza. Ra La confianza solo es posible en un estado medio entre saber y no saber. Confianza significa que a pesar del no saber en relación con el otro, es posible construir una relación positiva con él. La confianza hace posibles acciones a pesar de la falta de saber. Si lo sé todo de antemano, sobra la confianza. La transparencia es un estado en el que se elimina todo no saber. Donde domina la transparencia, no se da ningún espacio para la confianza (Han, 2013). Ra

La característica de la robustez de la confianza debe consistir en un faro que nos guíe en el orden de repartos del mundo jurídico, priorizando el modelo de ejemplaridad que construye el pilar del valor solidaridad del régimen de justicia.

3. Conclusión

La metáfora tiene cualidades estéticas y retóricas así como funciones heurísticas y didácticas. Además ella tiene un valor cognoscitivo por sí misma. En efecto, en numerosas ocasiones el científico describe y explica la realidad a través de la metáfora (Palma, 2008).

Por medio del presente trabajo proponemos el uso de la metáfora para generar un vínculo entre la Genética y del mundo jurídico con el objetivo de generar una perspectiva científica creativa⁸⁵ que permita un enlace con miras al futuro, donde ambas disciplinas cumplirán un rol clave en el desarrollo de la humanidad.

La Bioética y el Bioderecho han de ser caminos para que, luego del humanismo precientífico y pretecnológico que acompañó al Renacimiento, la

83. La confianza, que produce espacios libres de acción, no puede suplantarse simplemente por el control. "Los hombres tienen que creer y confiar en su gobernante; con su confianza le conceden una cierta libertad de acción y renuncian a un constante examen y vigilancia. Sin esa autonomía, de hecho no podrían dar ningún paso"; R. Sennett, *Respeto. Sobre la dignidad del hombre en un mundo de desigualdad*, Anagrama, Barcelona, 2003, p. 152.

84. Ver p. 3.

85. Ver pp. 12 y 23.

nueva y grandiosa expansión vital genere un nuevo humanismo más abierto y esclarecido que el anterior (Ciuro Caldani, 1997).⁸⁶

La emergencia de las neurociencias en las últimas décadas ha sido alimentada por avances en la Genética y en nuevos métodos científicos; algunos de ellos usan herramientas de alta tecnología que no estaban disponibles para los científicos de generaciones anteriores (Manes y Niro, 2014).

El aislamiento causado por la emergencia sanitaria causada por el coronavirus (Covid-19) tendrá como efecto el aumento del hábito del uso de la tecnología digital en la humanidad aumentada.⁸⁷ En consecuencia, esto generará una mayor pérdida del miedo al contacto y al uso de los instrumentos novedosos de la sociedad red⁸⁸ que acelerará el desarrollo de la industria del big tech.

"Parece claro que al menos por el momento el temor ante las posibilidades sorprendentes, hasta cierto punto 'misteriosas', llevará a disposiciones prohibitivas, pero también sabemos que el empuje de las fuerzas históricas, que arraigan en la grandiosa fuerza dinámica de Occidente, puede terminar venciendo esas prohibiciones." "Tal vez, el hombre occidental, que tanto viene haciendo para diferenciarse de la naturaleza, encuentre ahora un nuevo título para replantear en profundidad su relación con ella" (Ciuro Caldani, 2000).

86. "These advances in genetic science require an innovative approach towards law and regulation, taking into consideration the reality and speed of technological advances and the subsequent ethical and legal issues that arise from potential misuse of genetic information"; *Genetic discrimination. Transatlantic perspectives on the case for a European-level legal response*, ed. by G. Quinn, A. De Paor and P. Blanck, Routlegde, New York, 2015, p. 30.

87. Ver p. 3.

88. Ver p. 3.

89. "There is a danger that granting patents that tie up their use will inhibit future innovation, a danger that becomes acute when a patented process is no more than a general instruction to 'apply the natural law', or otherwise forecloses more future invention than the underlying discovery could reasonably justify"; Supreme Court of the United States, Mayo collaborative services, DBA Mayo Medical Laboratories, et al. v. Prometheus Laboratories, Inc., https://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/10-1150.pdf, fecha de consulta: 7/11/2018.

No existe ningún deber de transformar en hechos todas las posibilidades que hoy ofrece la tecnociencia. Al afirmar esto cuestionamos el "imperativo tecnológico", en el sentido de "hacer, todo lo que es posible hacer", en un ámbito donde interactúan la facticidad técnica, la libertad y la responsabilidad humana, siendo que en última instancia la clave para una orientación positiva (realizadora de valores) en el uso del colosal aparato tecnológico depende del tipo de hombre que lo maneje (Mandrioni, 1990).90

Una vez que el ser humano goce del poder de controlar los genes. no habrá creencias, valores ni instituciones que estén seguros. Ello conectado al perfeccionamiento de la IA podría desencadenar la aparición de seres que algunos llaman deus, seres que reemplazarían a los homo sapiens, durante el siglo XXI. Esta creación de los homo deus tiene su fundamento en el descubrimiento de los biólogos, como dijimos, de que los organismos son algoritmos; por consiguiente, la realidad será una malla de algoritmos bioquímicos y electrónicos sin fronteras claras y sin núcleos individuales. El homo deus podría ser un modelo humano superior que conserve algunos rasgos humanos esenciales, pero también que goce de capacidades físicas y mentales mejoradas que le permitan seguir siendo autónomo incluso frente a los algoritmos no conscientes más sofisticados. 91 A tal efecto, según el tecnohumanismo, quizá unos pocos cambios adicionales en nuestro genoma y otra reconexión de nuestro cerebro bastarán para poner en marcha una segunda revolución cognitiva (Harari, 2016).

De este modo, mutaría la supremacía de los valores en el mundo político. ⁹² Así, la libertad de información consistiría en el valor absoluto del mundo político, en su piedra basal por la importancia de la información y la interconectividad total; desplazando de ese modo al valor humanidad.

^{90.} M. A. Ciuro Caldani, "Presentación", Reunión Abierta del 17 de noviembre de 2010, http://www.centrodefilosofia.org/PresReuAbAltaTec.pdf, fecha de consulta: 7/11/2018. Las cuestiones jurídicas relacionadas con la nueva Genética guardan estrecha relación con la libertad de investigación como derecho humano fundamental, que requiere de control público cuando una investigación puede afectar la dignidad de la persona y los derechos legítimos de terceros. D. Gracia, "Libertad de Investigación y Biotecnología", en Ética y Biotecnología, ed. por Javier Gafo, Univ. Pontificia Comillas, Madrid, 1993.

^{91.} Ver pp. 3, 16, 25 y 26.

^{92.} Ver pp. 4 y 8.

El mito de Frankenstein enfrenta al *homo sapiens* con su posible sustitución por seres distintos que no solo poseen un físico diferente, sino mundos cognitivos y emocionales muy disímiles (Harari, 2018).

Bibliografía

- L. B. Andrews, "People as products: the conflict between technology an social values", http://www.iascculture.org/THR/archives/Technology/4.3EAndrews.pdf, fecha de consulta: 7/11/2018.
- A. Baricco, *The game*, 2019, Kindle edition.
- S. D. Bergel, "El Genoma Humano y los límites del Patentamiento", en *Revista El Derecho*, Buenos Aires, 5/X/1193. Este es un concepto de especial significación para el derecho de patentes.
- L. v. Bertalanffy, *General System Theory*, Foundations, Development, Applications, London, 1968.
- G. J. Bidart Campos, "Epistemología del Derecho en honor de Werner Goldschmidt en sus 70 años", en *LL* 1980-D, Sec. Doctrina.
- Filosofía del Derecho Constitucional, EDIAR, Buenos Aires, 1969.
- G. J. Bidart Campos, "La Teoría trialista del mundo jurídico según Werner Goldschmidt", en *ED*, t. 25.
- N. Bobbio, *Derecha e Izquierda. Razones y significados de una distinción política*, Taurus Pensamiento, 8ª ed., Madrid, 1996, pp. 15, 167 y 168. Puede verse en http://www.consensocivico.com.ar/uploads/5434598d9 056eBobbio_Derecha-e-Izquierda%2, fecha de consulta: 7/11/2018.
- J. L. Borges, *Historia de la eternidad*, http://pacotraver.files.wordpress. com/2011/12/eternidad1.pdf, fecha de consulta: 7/11/2018. http://dle.rae.es/?id=1gxeXmG. Fecha de consulta: 13/11/2018.
- D. Bourcier, *Inteligencia artificial aplicada al derecho*, Editorial UOC, Pompeu Casanovas, Barcelona, 2003, p.70.
- D. W. Brock, "The Human Genome Project and Human Identify", en *Houston Law Review* 29 (1992): 12.
- M. Castells, *La sociedad red*, versión castellana de Carmen Martínez Gimeno y Jesús Alborés, 2da. edición, Madrid, 2000.
- R. Cañedo Andalia y J. C. Guerrero Pupo, "Nociones de bioquímica y genética útiles para los profesionales de la información del sector de la salud", 2005, http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1024-94352005000100005, fecha de consulta: 7/11/2018.

- L. Carroll, *Alicia en el país de las maravillas. A través del espejo*, edición de Manuel Garrido, trad. por Ramón Buckley, Cátedra, 8ª ed., Madrid, 2006, pp. 19 y 75.
- M. Cevallos, "El gen maestro y el don del lenguaje", http://www.comoves. unam.mx/numeros/articulo/137/el-gen-maestro-y-el-don-del-lenguaje, fecha de consulta: 7/11/2018.
- M. A. Ciuro Caldani, *Derecho y Política*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976.
- Metodología Dikelógica, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2007.
- El Derecho, la vida humana, la genética y el Cosmos, 2019, http://www.centrodefilosofia.org/LibrosCiuro/El_Derecho_la_vida_humana.pdf, fecha de consulta: 7/5/2020.
- "El Trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura", en *ED*, t. 126.
- "Zeus y Diké", en *Investigación y Docencia*, Rosario, Nº15, p. 3.
- "Lecciones de Teoría General del Derecho", en Investigación y Docencia, Nº32, cit.
- "Lugar del Trialismo en la historia del Derecho Natural", en Filosofía, Literatura y Derecho, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1986.
- "La Bioética y el Bioderecho en la cultura de nuestro tiempo", 1997, http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/la_bioetica_y_el_ bioderecho_en_la_cultura_de_nuestro_tiempo.pdf, fecha de consulta: 7/11/2018.
- Una Teoría trialista del mundo jurídico, FDER Edita, Rosario, 2019, p. 58.
- (Disertaciones, comunicaciones y ponencias). Proyecciones académicas del Trialismo. Sobre la judicialidad, la judicialización y la desjudicialización. Nuevamente sobre la estrategia en la complejidad jurídica, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Vol. II, Rosario, 2018, http://www.centrodefilosofia.org/ProyeccionesII/Proyecciones_Académicas_del_Trialismo_II.pdf, fecha de consulta: 7/11/2018.
- "El mundo jurídico y creatividad", http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/in-dex.php/iyd/article/viewFile/928/764, fecha de consulta: 7/11/2018.
- "Complejidad del funcionamiento de las normas", http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com/2008/02/complejidad-delfuncionamiento-de-las.html, fecha de consulta: 7/11/2018.

- La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000, pp. 10 y 11.
- "Razones del Trialismo (A Werner Goldschmidt, treinta años después)", http://www.centrodefilosofia.org/IyD/IyD526.pdf, fecha de consulta: 7/11/2018.
- "Norma y verdad en la Teoría trialista del mundo jurídico", en Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Nº25, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2001.
- "Dikelogía básica e ingeniería genética", 1989, http://www.cartapacio. edu.ar/ojs/index.php/centro/article/download/366/276, fecha de consulta: 7/11/2018.
- "Comprensión trialista del sentido comunitario del genoma humano", http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/byb/article/view/239/142, fecha de consulta: 7/11/2018.
- "Comprensión integrada de la jurística dikelógica", en Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Nº13, Rosario, 1985, p. 116.
- "La Bioética y el Bioderecho en la cultura de nuestro tiempo", http://www. egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/la_bioetica_y_el_bioderecho_ en_la_cultura_de_nuestro_tiempo.pdf, fecha de consulta: 7/11/2018.
- "Presentación", Reunión Abierta del 17 de noviembre de 2010, http://www.centrodefilosofia.org/PresReuAbAltaTec.pdf, fecha de consulta: 7/11/2018.
- "Aportes para la ubicación iusfilosófica del conocimiento del genoma humano", en *JA*, 2000-IV-1014.
- A. Damasio, *El error de Descartes*, Drakontos Bolsillo, 1ª ed. 4ª reimpr., Buenos Aires, 2016, pp. 136 y 137.
- R. Dawkins, *El gen egoísta. Las bases biológicas de nuestra conducta*, 1976 http://biologia.utalca.cl/wp-content/uploads/2018/01/El-Gen-Egoista.pdf, fecha de consulta: 7/6/2019.
- The extended phenotype. The Gene as the Unit of Selection, https://web. natur.cuni.cz/filosof/markos/Publikace/Dawkins%20extended.pdf, fecha de consulta: 7/11/2018.
- J. M. Durán, "Ciencia de la computación y filosofía: unidades de análisis del software", en *Principia: An International Journal of Epistemology*, 22(2): 203-227.

- U. Eco, *A paso de cangrejo*, trad. por María Pons Irazazábal, Debate, Buenos Aires, 2007.
- L. Fernández, "Alessandro Baricco: Esto nos va a lanzar al futuro definitivamente", 2020, https://elpais.com/cultura/2020-03-17/alessandro-baricco-esto-nos-va-a-lanzar-al-futuro-definitivamente.html, fecha de consulta: 7/5/2020.
- Genetic discrimination. Transatlantic perspectives on the case for a European-level legal response, ed. by G. Quinn, A. De Paor and P. Blanck, Routlegde, New York, 2015, p. 30.
- A. Gil Domínguez, Inteligencia artificial y Derecho, Rubinzal-Culzoni, 2019.
- W. Goldschmidt, *La Ciencia de la Justicia*, Depalma, reimpresión de la 1ª edición, Buenos Aires, 1986, Prólogo, p. XI.
- Introducción Filosófica al Derecho. La Teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes, Depalma, 4ª ed., Buenos Aires, 1973.
- "Trialismo Jurídico: Problemas y perspectivas", en Separata de Ius et Praxis, editada por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, Nº15, 1990, Apostilla de Palomino Manchego José F., Lima, Perú.
- "Tridimensionalismo, realismo genético, justicia", en LL 1983-A-, Sec. Doctrina.
- D. Gracia, "Libertad de Investigación y Biotecnología", en *Ética y Biotecnología*, ed. por Javier Gafo, Univ. Pontificia Comillas, Madrid, 1993.
- B-C. Han, *La sociedad de la transparencia*, trad. por Raúl Gabás, Pensamiento Herder, 1^a edición, 5^a impresión, Barcelona, 2013, Kindle edition.
- Y. N. Harari, *Homo Deus, Breve historia del mañana*, trad. por Joandomèc Ros, Debate, 1^a ed., Buenos Aires, 2016, pp. 415, 416 y 417.
- De animales a dioses. Breve historia de la humanidad, trad. por Joandomèc Ros, Debate, 14^a ed., Buenos Aires, 2018, p. 451.
- T. Hardy, *The collected poems of Thomas Hardy*, Wordsworth Poetry Library, Heredity, Ware, Hertfordshire, England, 2002, pp. 204 y 205.
- M. Henderson, *50 cosas que hay que saber sobre genética*, 2ª edición, Barcelona, 2010, http://www.librosmaravillosos.com/50cosas-genetica/pdf/50%20cosas%20que%20hay%20que%20saber%20sobre%20 genetica%20-%20Mark%20Henderson.pdf, fecha de consulta: 7/11/2018.
- O. W. Holmes, La senda del Derecho, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 15.

- F. Jullien, *Del tiempo: Elementos de una filosofía de vivir*, Arena Libros, Madrid, 2005, p. 82.
- R. A. Guibourg, "La certeza de los criterios", en *DOXA*, Nº24, cit., 2001, http://cervantesvirutal.com/portal/doxa, p. 608.
- D. Kahneman, *Pensar rápido, pensar despacio*, Debate, 2011, http://www.medicinayarte.com/img/kahneman_daniel_pensar_rapido_pensar_despacio.pdf, fecha de consulta: 7/11/2018.
- J. J. Koehler and J. B. Meixner, "Decision Making and the Law: Truth Barriers", https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2217003, fecha de consulta: 27/6/2017.
- G. W. Leibniz, *Para una balanza del Derecho que permita apreciar los grados de las pruebas y de las probabilidades*, en *Escritos Filosóficos* (rec.), trad. Roberto Torretti, Tomás E. Zwanck y Ezequiel de Olaso, Buenos Aires, Charcas, 1982, pp. 370/1.
- N. Luhmann, *Teoría de los sistemas sociales*, Editorial Iberoamericana, Barcelona, 1998.
- J. Luna González, "Tipos de aprendizaje automático", https://medium. com/soldai/tipos-de-aprendizaje-autom%C3%A1tico-6413e3c615e2, fecha de consulta: 29/7/2019.
- H. D. Mandrioni, *Pensar la Técnica Filosofía del Hombre Contemporá*neo, ed. Guadalupe, Buenos Aires, 1990.
- F. Manes y M. Niro, *El cerebro argentino. Una manera de pensar, dialogar y hacer un país mejor*, Planeta, Buenos Aires, 2016, p. 350.
- Usar el cerebro. Conocer nuestra mente para vivir mejor, Planeta, Buenos Aires, 2014, pp. 239 y 240.
- G. Martínez, *Borges y la matemática*, 1^a edición, Seix Barral, Buenos Aires, 2006, p. 20.
- M. Mascitti, *El contrato de viaje turístico organizado, desde una perspectiva trialista*, tesis doctoral UBA aprobada con nota sobresaliente en el año 2009.
- "El abogado y su obra artística", en Revista AIS: Ars Iuris Salmanticensis, Ediciones Universidad de Salamanca, 2017, http://revistas.usal.es/index.php/ais/article/view/18014, fecha de consulta: 7/11/2018.
- "Un enfoque interdisciplinario para la toma de decisiones en el mundo jurídico", http://www.centrodefilosofia.org/IyD/IyD5210.pdf, fecha de consulta: 7/11/2018.

- "El universo de Borges y el mundo jurídico", http://www.centrodefiloso-fia.org/IyD/IyD%20507.pdf, fecha de consulta: 7/11/2018.
- "Aportes para la integración de la matemática en el mundo jurídico", en Revista Persona, 2012, http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=61499&print=2, fecha de consulta: 7/11/2018.
- "El principio supremo de justicia en algunos clásicos de la literatura universal", http://e-juridico.org/revistas/ojs-2.4.8/index.php/RDJS/article/view/5/2, fecha de consulta: 7/11/2018.
- D. L. McLochlin, "Whose genetic information is it anyway? A legal analysis of the effects that mapping the human genome will have on privacy rights and genetic discrimination", en *John Marshall journal of computer and information law* 609, 2001, 19, p. 615.
- L. C. Mirabelli, "La teoría de sistemas en el Derecho y la Política", http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/75/la-teoria-de-sistemas-en-el-derecho-y-la-politica.pdf.
- S. Mukherjee, *El Gen. Una historia personal*, Debate, 3^a ed., Buenos Aires, 2017, pp. 382, 384, 394 y 397.
- Naciones Unidas, Los Derechos Humanos y los Adelantos Científicos y Tecnológicos, New York, 1983.
- J. Ortega y Gasset, La rebelión de las masas, en Obras Completas de José Ortega y Gasset, Revista de Occidente, 5ª ed., Madrid, 1962, p. 197.
- Meditación de la técnica, en Obras Completas de José Ortega y Gasset, Revista de Occidente, t. V., 6a. ed., Madrid, 1964, p. 343; Meditación de la Técnica, http://portal.unedmotril.org/files/MEDITACI %C3%93N%20DE%20LA%20T%C3%89CNICA%201.doc, 17-11-2010.
- H. A. Palma, "Metáforas en las ciencias. Un cambio de perspectiva", 2008, http://www.revistacts.net/elforo/736-el-debate-metaforas-en-las -ciencias-un-cambio-de-perspectiva, fecha de consulta:7/11/2018.
- R. Posner, *Law and literature*, Harvard University Press, Cambridge, 2009, Kindle edition.
- A. Rojo, *Borges y la física cuántica*, Siglo Veintiuno, 1^a ed., Buenos Aires, 2014, p. 17.
- B. Sarlo, *Borges, un escritor en las orillas*, Ariel, Buenos Aires, 1995, http://www.borges.pitt.edu/bsol/bseo.php, fecha de consulta: 7/11/2018.
- R. Sennett, *Respeto. Sobre la dignidad del hombre en un mundo de desigualdad*, Anagrama, Barcelona, 2003, p. 152.

- S. Stephens-Davidowitz, *Everybody Lies: Big Data, New Data, and What the Internet Reveals About Who We Really,* 2017, Kindle edition.
- R. Sunil, "Essentials of Machine Learning Algorithms (with Python and R Codes)", https://www.analyticsvidhya.com/blog/2017/09/common-machine-learning-algorithms/, fecha de consulta: 3/2/2020.
- C. Sunstein y R. Thaler, "Libertarian Paternalism", en *The American Economic Review*, AER, 93 (2), 2003, pp. 175-179.
- Supreme Court Of The United States, Mayo collaborative services, DBA Mayo Medical Laboratories, et al. v. Prometheus Laboratories, Inc., https://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/10-1150.pdf, fecha de consulta: 7/11/2018.
- P. Watson, *Convergence*, the idea at the heart of science, 2016, Kindle edition.
- E. O. Wilson, *Consilience: The Unity of Knowledge*, Vintage, New York, 1998, p. 127.
- https://www.tendencias21.net/Una-enzima-evita-errores-en-la-transcripcion -del-ARN_a42859.html, fecha de consulta: 7/11/2018.
- https://es.khanacademy.org/science/biology/gene-expression-centraldog-ma/transcription-of-dna-into-rna/a/stages-of-transcription, fecha de consulta: 6/11/2018.
- https://www.ibbiotech.com/es/info/que-es-la-genetica/, fecha de consulta: 7/11/2018.
- https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmsctech/351/351.pdf, fecha de consulta: 8/5/2020.
- https://inteligenciaartificial170.wordpress.com/2016/09/04/pilares-basi-cos-segun-nilsson/, fecha de consulta: 2/7/2019.
- https://www.artificiallawyer.com/al-100-directory/, fecha de consulta: 2/7/2019.

https://www.legalrobot.com/

https://thoughtriver.com/

http://www.riverviewlaw.com/meet-kim-the-power-behind-riverview-laws-legal-virtual-assistant-plans/

https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2018/05/23/how-ai-and-machine-learning-are-transforming-law-firms-and-the-legal-sector/

https://emerj.com/ai-sector-overviews/ai-in-law-legal-practice-current -applications/

https://jurimetria.wolterskluwer.es/content/Inicio.aspx

https://predictice.com/ y http://www.rossintelligence.com.

http://www.academia.edu/23668040/Met%C3%A1foras_y_modelos_cient%C3%ADficos._El_lenguaje_en_la_ense%C3%B1anza_de_las_ciencias, fecha de consulta: 7/11/2018.

El Tratado de Asunción, un acuerdo obsoleto para los desafíos del nuevo escenario internacional

Flavio Floreal González*

Resumen

El Mercosur fue concebido para un mundo que ya no existe. Es posible vislumbrar que la competencia entre EE.UU. y China se desarrolle en un escenario conformado por diversos "tableros de ajedrez" en los que podrán dirimirse simultáneamente "partidas" de contenido geopolítico, militar, económico, tecnológico, cultural, etc. Considerando la importancia que las cuestiones extrazona siempre han tenido para definir cursos de acción en la integración latinoamericana, existen incentivos para ajustar el orden jurídico e institucional del Mercosur a los desafíos que depara el nuevo contexto. En este artículo analizaremos hasta qué punto el Tratado de Asunción se ha vuelto obsoleto. Y también examinaremos cómo impacta el desarrollo a mitad de camino de la unión aduanera en la implementación de los acuerdos que celebra el Mercosur con terceros estados.

Palabras clave: Mercosur, China, EE.UU., nuevo escenario internacional, cadenas de valor, ruta de la seda, instituciones, Tratado de Asunción, Acuerdo Mercosur Unión Europea, regional, unión aduanera, solución de controversias, dumping.

^{*} Abogado, UBA. Magister en Relaciones Internacionales, FLACSO. Profesor regular adjunto de Derecho de la Integración, Facultad de Derecho, UBA. Profesor Titular de Cátedra en Introducción al Conocimiento de la Sociedad y el Estado del Ciclo Básico Común, UBA. Coautor del Manual de Derecho de la Integración, editado por Thomson Reuters-La Ley. Autor de Dumping y subsidios en el comercio internacional, editado por Editorial Ad Hoc. Colaboración en otras obras. Autor de diversos artículos de doctrina en la materia; gonfero@yahoo.com.ar.

The Asunción Treaty, an Obsolete Agreement for the New International Arena

Abstract

The Mercosur was conceived for a world that doesn't exist anymore. It's possible to see that the competition between the US and China runs in a scenery which is formed by different "chessboards" where they can settle "rounds" of geopolitic, military, economic, technologic, cultural content at the same time. Considering the importance of the extrazone issues that they have always had about determinating the action courses of latin american integration, there are incentives to adjust the legal and institutional order of Mercosur to the challenges of the new context. In this article we are going to analyze how far the Asunción Treaty has become obsolete and how this Treaty impacts the unfinished development of the customs union in the implementation of the agreements that Mercosur signs with third states.

Keywords: Mercosur, China, USA, New International Map, Silk Route, Asunción Treaty, Dumping.

I. Introducción

Apenas se desató la pandemia del Covid-19, la República Argentina decidió retirarse de las negociaciones comerciales que desarrollaba el Mercado Común del Sur (Mercosur) con Corea del Sur, Singapur, Líbano, Canadá y la India. Luego volvió sobre sus pasos limitándose a reclamar que tales negociaciones contemplen la creación de mecanismos de salvaguarda para la producción nacional.

En verdad, más allá de dicho contratiempo, la agenda extrazona aportó logros significativos para el Mercosur. El tratado con la Unión Europea (UE) fue un verdadero hito. Después de veinte años se concretó uno de los acuerdos internacionales de comercio más importantes del mundo en tanto prevé conformar una zona de libre comercio de ochocientos millones de personas.

Sin embargo, también hay que decir que la intención de algunos países miembros de "flexibilizar" el bloque, en otras palabras, de prescindir de la negociación conjunta para habilitar la posibilidad de negociar por su cuenta futuros acuerdos comerciales con terceros estados, parece evidenciar que el Mercosur atraviesa cierta desorientación estratégica frente al escenario internacional que se perfila en las primeras décadas de este siglo.¹

Frente a ese panorama, considero que sería interesante examinar la cuestión desde una perspectiva sistémica vinculando la política extrazona del Mercosur con el nuevo escenario. ¿Acaso pueden desligarse la una del otro? Es ilógico desligar cualquier decisión que pretenda tomarse con la política extrazona del Mercosur sin tener en cuenta el contexto internacional. ¿Y no sería también necesario examinar si el Tratado de Asunción contempla las herramientas jurídicas e institucionales para enfrentar los desafíos de dicho nuevo escenario? ¿Hasta qué punto puede verse afectado el Mercosur, a la hora de hacer valer sus derechos en los tratados internacionales que celebre con otros países, por el desarrollo a mitad de camino de la unión aduanera concebida al inicio del proceso? ¿Hasta qué punto impacta la unión aduanera "cada vez más imperfecta" en la "solidez" del bloque cuando se vincula con el mundo?²

Para abordar tales cuestiones primero tendremos que considerar cuál es la fisonomía del escenario internacional que está emergiendo. Porque en el derecho de la integración, al igual que en cualquier otra rama jurídica, no es posible efectuar un análisis crítico de cualquier institución o sistema de normas sin considerar la realidad sobre las que operan.

- 1. Uruguay y Paraguay hace tiempo que reclaman esa posibilidad. Brasil en su momento negoció un acuerdo bilateral con México. Ver https://www.lanacion.com.py/2015/05/13/hay-consenso-en-el- Mercosur-para-negociar-acuerdos-fuera-del-bloque/
- 2. La unión aduanera es una de las herramientas que tienen disponibles los estados para avanzar en procesos de integración comercial. Si tomamos, por ejemplo, la definición que se da en el artículo XXIV párrafo 8 del GATT, podemos decir que es un modelo en el que dos o más estados celebran un acuerdo para fundir sus respectivos territorios aduaneros en uno común eliminando las restricciones —arancelarias y no arancelarias— en el comercio recíproco mientras desarrollan, en el plano extrazona, o sea en su vínculo con terceros países, una política comercial común. Esa política comercial común debiera contemplar, para ser consistente con la idea de un territorio aduanero fusionado, un arancel externo común, el establecimiento de una autoridad aduanera común, una renta aduanera compartida que eventualmente luego será repartida entre los estados miembros y normas aduaneras comunes, por ejemplo, en materia de comercio desleal proveniente de terceros estados. Como veremos en el punto correspondiente, el plano extrazona quedó a mitad de camino. Allí examinaremos las consecuencias de tal situación en el tema que nos ocupa.

II. El nuevo escenario

Como se dijo, antes de examinar la política extrazona del Mercosur corresponde analizar, aunque sea brevemente, el proceso de transición de poder que se está evidenciando en el escenario internacional.³

La caída del muro de Berlín dio cuenta del fin de la Guerra Fría tras el estrepitoso colapso de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). Estados Unidos de América (EE.UU.) se erigió en la potencia hegemónica que promovía regímenes para fortalecer el libre comercio de bienes y servicios. La globalización de las inversiones, especialmente las financieras, fue también un rasgo distintivo de un nuevo orden en el que hubo ganadores y perdedores.

Precisamente, uno de los ganadores fue China. Al punto que muchos señalan que desplazará a EE.UU. en su condición de potencia hegemónica cuando promedie el siglo XXI.

Comparado con el de EE.UU., el PBI chino era insignificante a principios de la década del noventa del siglo pasado. Hoy se estima que el tamaño de ambas economías será similar para el año 2030.⁴ Y de persistir la actual tendencia, China tendrá la economía más grande del planeta en el año 2050.⁵

No obstante, hay que decir que, más allá de quien ocupe el tope del "ranking", el mundo seguirá contando con tres grandes "fábricas" que nucleen las cadenas de valor en la producción de bienes y servicios: EE.UU., China y Alemania. Cada una de ellas será el centro de una red regional en la

- 3. Según Joseph Nye Jr. en "The Future of Power", en *Public Affairs*, 2011, Parte II, la *transición* de poder en el escenario internacional se verifica cuando pasa de un actor estatal a otro, mientras que la *difusión* se produce cuando el poder pasa de los estados a los actores no estatales (por ejemplo una ONG, organizaciones mafiosas, terroristas, etc.).
- 4. Esta previsión es avalada incluso por el propio gobierno de EE.UU. que da cuenta de la virtual paridad de PBI entre EE.UU. y China para el año 2030 (PBI de EE.UU.: U\$S 22,33 billones. PBI de China: U\$S 20,56 billones (ver informe de estimación de PBI del Departamento de Agricultura de EE.UU. en https://www.ers.usda.gov/data-products/international-macroeconomic-data-set.aspx).
- 5. Según lo estimara Price Waterhouse & Cooper en su informe actualizado de 2017 "The World in 2050" disponible en https://www.pwc.com/gx/en/issues/economy/the-world-in-2050.html#keyprojections.

que las empresas segmenten la producción de bienes y servicios según los incentivos que se ofrezcan. 6

Hay que agregar que China ya no se conforma con ser el principal exportador de manufacturas o con tener la economía más grande del mundo. También decidió afrontar el desafío de ponerse a la vanguardia en aquellos ámbitos donde manda la tecnología. Por ejemplo, lidera la carrera en la tecnología del 5G, en la comunicación cuántica para el encriptado de mensajes y decidió dar sus primeros pasos para emitir la primera moneda soberana digital con vistas a disputar la supremacía del dólar estadounidense como moneda de cambio global.⁷

EE.UU. tomó nota de la irrupción del nuevo escenario esgrimiendo un discurso nacionalista y estableciendo una estrategia defensiva. Impuso aranceles por miles de millones de dólares para frenar las importaciones chinas en bienes que incorporan tecnologías industriales, en especial aquellos relacionados con el plan *Made in China 2025*. También adoptó medidas en materia de 5G. En respuesta, el país asiático impuso o elevó aranceles para productos importados desde EE.UU. Luego ambas partes acordaron cierta distensión hasta que surgieron nuevos entredichos por el manejo inicial que tuvo China del Covid-19.⁸ Ello evidencia un escenario

- 6. Para ampliar, ver *Global Value Chain Development Report 2017 Measuring and Analyzing the impact of GVC's on Economic Development*. Edit. por World Bank Group, IDE-JETRO, OECD, UIBE, WTO.
- 7. El programa *Made In China 2025* es una de las iniciativas del gobierno para incentivar la creación de innovación y autosuficiencia en sectores considerados estratégicos para el desarrollo y liderazgo del país a nivel internacional. EE.UU. respondió a tal desarrollo prohibiendo, por razones de seguridad, al aprobar el gasto de defensa, la adquisición de equipos de telecomunicaciones a Huawei y ZTE. El yuan digital, por su parte, limitará el control que efectúa el gobierno de EE.UU. de de las transacciones en dólares estadounidenses mediante el SWIFT (Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication) en todo el mundo. En consecuencia, EE.UU. verá limitada su posibilidad de imponer sanciones a los países o empresas que comercien con estados castigados, por ejemplo, el caso de Irán por su desarrollo nuclear, etc. El yuan digital creará su propia zona de influencia monetaria disputando la hegemonía que tenía el dólar.
- 8. El canciller chino Wang Yi acusó a EE.UU. de diseminar falsas acusaciones sobre el manejo de la pandemia y que estaban empujando a su país al borde de una nueva Guerra Fría. Ver BBC 24/5/20 https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52793278.

de tensión en el que comienza a crujir el sistema multilateral concebido después de la Segunda Guerra Mundial para garantizar la paz y el desarrollo de las naciones.

Siguiendo a Robert Gilpin podemos concluir que tales disputas reflejan la competencia entre ambas potencias por la hegemonía del sistema internacional de naciones. En su obra War and Change in World Politics argumentó que la teoría de las guerras hegemónicas que había esbozado Tucídides –en su estudio sobre la segunda guerra del Peloponeso librada entre Esparta y Atenas a partir del año 431 a.C.- constituía uno de los pilares fundamentales para el estudio de las relaciones internacionales. Según su teoría, los cambios fundamentales en el sistema internacional generan inestabilidad y pueden gatillar guerras por la hegemonía. Un sistema internacional es estable cuando los cambios que se producen en su seno no afectan los intereses vitales de la potencia hegemónica. Tales sistemas se apoyan en una inequívoca jerarquía de poder establecida por esa potencia hegemónica. Potencia a la que ningún otro actor se atreve a desafiar. Mientras que un sistema inestable se verifica cuando dicha jerarquía se ve socavada por cambios tecnológicos y económicos que son mejor aprovechados por una potencia emergente. Esos cambios erosionan la posición del estado hegemónico y pueden precipitar una guerra. El resultado de esa guerra definirá la estructura del sistema internacional. En definitiva, se trata de un juego de suma cero en el que la victoria de uno implicará la derrota del otro. 9 Dicha teoría fue criticada porque ponía el acento en los aspectos económicos del cambio del poder pero no desarrollaba suficientemente la cuestión de las variaciones o estabilidad del poder político o militar. Por ejemplo, daba cuenta del rol hegemónico de Inglaterra durante el siglo XIX basado en su poderío comercial y naval sin dar suficiente tratamiento al hecho de que tal liderazgo debía convivir con un sistema de equilibrio de poder político en el continente europeo de tipo multipolar.10

^{9.} Ver Robert Gilpin, "The Theory of Hegemonic War", en *The Journal of Interdisci- plinary History*, vol. 18, N°4, 1988, pp. 591-613. Antes, como se dijo, dicho autor había desarrollado su teoría en Robert Gilpin, *War and Change in World Politics*, New York, Cambridge University Press, 1981.

^{10.} Stanley Hoffmann, *Jano y Minerva*. *Ensayos sobre la guerra y la paz*, Buenos Aires, 1991, Grupo Editor Latinoamericano, p. 127.

Tal crítica nos zambulle en la visión que tiene la escuela realista de las relaciones internacionales. Precisamente, para un autor clásico de dicha corriente de pensamiento, el cambio del sistema internacional estaría dado por las variaciones que se verifiquen en los equilibrios de poder que existen entre las naciones, fundamentalmente, a partir de sus capacidades en el terreno político y militar. La Cacaso China está en condiciones de desafiar el liderazgo militar de EE.UU. cuando el presupuesto militar de los americanos supera ampliamente al de todos los demás países juntos?

Luego el neorrealismo, considerando también aspectos geopolíticos y militares, no puso tanto el acento en la dinámica de los equilibrios de poder sino en los cambios que se verifican en la configuración de la estructura del sistema internacional. Siguiendo dicha teoría, corresponde analizar si se está pasando de un sistema unipolar (por el hecho de que únicamente EE.UU. tiene capacidad de despliegue global aunque Rusia también tenga arsenales significativos de armas nucleares pero una zona de intervención en el terreno acotada a lo regional) a uno bipolar por la eventual incorporación de China en la medida que amplíe sus capacidades militares hasta acortar la brecha que la separa de EE.UU. Para la escuela en cuestión, los sistemas multipolares son más inestables que los bipolares. 12 Morgenthau consideraba que la aparición de las armas nucleares había limitado considerablemente la posibilidad de una guerra a gran escala. Según su visión, la carrera armamentista generaba la disuasión y equilibrio de poder suficientes para garantizar la paz. Raymond Aron esgrimió apenas concluida la Segunda Guerra Mundial, cuando recién se había desatado la compe-

^{11.} Hans Morgenthau, *Política entre las naciones. La lucha por el poder y la paz*, Grupo Editor Latinoamericano, 3ª edición, Buenos Aires, 1986. En el capítulo 11 analiza las distintas variaciones que pueden darse en los equilibrios de poder.

^{12.} Kenneth Waltz, *Teoría de la Política Internacional*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1988. En la p. 120 da cuenta de que un sistema internacional no puede ser caracterizado, desde un punto de vista sistémico, a partir de la interacción de los estados sino desde la posición que ocupan en su estructura a partir, principalmente, de su poder político y militar. Por lo tanto, para definir si hay un cambio, no cuentan las variaciones en las interacciones de las unidades sino las modificaciones en la posición de las mismas. El mundo podrá ser unipolar, bipolar o multipolar en función de la dotación de recursos políticos y militares que detenta cada uno.

tencia por el dominio de la energía nuclear con fines bélicos, que la paz sería imposible pero que la guerra a gran escala era improbable. Una muestra de lo dicho nos lo brinda la crisis que se suscitó entre EE.UU. y la URSS por la instalación de misiles soviéticos en Cuba en 1962. Ambas potencias estuvieron al borde del conflicto nuclear pero al mismo tiempo activaron los canales diplomáticos para evitarlo. A modo de anécdota, pero bastante reveladora, podemos contar que en la puerta de ingreso a la sala de situación ubicada en el Departamento de Estado del gobierno de EE.UU., donde el presidente y sus colaboradores más cercanos analizaban la evolución de la crisis, había un cartel que decía: "En la era de la guerra nuclear, las naciones deben hacer la guerra como los puercoespines hacen el amor: suavemente". 14

No obstante, cabe preguntarse si existe siquiera la posibilidad de un escenario de tensión o de guerras de baja intensidad por el control de zonas de influencia –al estilo de las que acontecieron durante la Guerra Fría– cuando existe una gran interdependencia económica entre ambas potencias. No perdamos de vista que también existe tal interdependencia entre China y sus vecinos en el marco de la iniciativa de la Franja y la Ruta de la Seda. ¹⁵ Una interdependencia que casi no existió entre EE.UU. y la

13. Raymond Aron, Le grand schisme, París, 1948, Gallimard.

14. Para un análisis profundo de cómo interactuaron las distintas instancias políticas y burocráticas de ambos gobiernos durante aquella crisis recomiendo leer de Graham Allison, *La esencia de la decisión. Análisis explicativo de la crisis de los misiles de Cuba*, Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1988. También allí, en la p. 298, se encuentra citado el texto del cartel que mencionamos en este párrafo.

15. La Iniciativa de la Franja y la Ruta, propuesta por China en 2013, se ha convertido en una de las plataformas de mayor desarrollo en materia de cooperación internacional. La iniciativa tiene por objeto construir una red de comercio e infraestructura que conecte Asia con Europa y África a lo largo de las antiguas rutas comerciales de la Ruta de la Seda para buscar, según plantea China, el desarrollo y prosperidad comunes. Tal iniciativa está en proceso de ampliarse en América Latina. Se trata de corredores económicos mediante la construcción y ampliación de infraestructuras viales, ferroviarias, portuarias, logísticas, plantas de energía, transmisión de datos, por los que circularía libremente el comercio entre China y el resto del mundo. Algo que podría recordarnos ciertos patrones en el desarrollo ferroviario argentino durante el siglo XIX, orientado en buena medida para transportar la producción agrícola al puerto de Buenos Aires desde donde luego era transportada a Gran Bretaña.

URSS durante la Guerra Fría. Por lo que veremos unos párrafos más adelante, la interdependencia pareciera ser bastante disuasoria, aunque hoy podría estar en riesgo. En efecto, no debiera desdeñarse que el escenario mute a uno más conflictivo si EE.UU. avanza en imponer restricciones a la política de *desarrollo pacífico* de China. ¹⁶ Sin embargo, en el plano militar dicho conflicto podría manifestarse en guerras por el control del ciberespacio, dada la importancia que adquirió el control de la opinión pública del adversario a la hora de conseguir resultados compatibles con los intereses propios. ¹⁷

Tales interrogantes serán resueltos por el tiempo. No obstante, queda claro que nos dirigimos a un mundo donde las cuestiones geopolíticas vuelven a cobrar protagonismo.

Hasta ahora China ha sido cuidadosa. Digamos que avanzó hacia su desarrollo caminando en puntas de pie. Durante la era encabezada por Deng Xiaoping, en los albores del proceso que le permitió alcanzar su actual estatus de potencia, estuvo más enfocada en lograr su transformación que en ser protagonista del sistema internacional. Luego, su propia evolución la obligó a levantar el perfil y a participar cooperativamente en las principales organizaciones internacionales para intentar, entre otras cosas, moderar las restricciones que sufrían sus exportaciones. Hoy promueve un mundo estable y organizado en base al libre comercio. En el contexto de esa política debe ser analizado el cambio retórico de Hu Jintao en el año 2004, cuando decide reemplazar la palabra "ascenso pacífico" por "desarrollo pacífico". La idea era limar del discurso oficial cualquier palabra que mostrara a China como una amenaza al statu quo internacional.

^{16.} Han Zhen y T. V. Paul, "China's Rise and Balance of Power Politics", en *The Chinese Journal of International Politics*, 2020, 1-26 doi: 10.1093/cjip/poz018, Oxford University Press on behalf of The Institute of International Relations, Tsinghua University. Imaginemos tal escenario, por ejemplo, si EE.UU. logra la relocalización en su territorio de buena parte de las empresas americanas hoy ubicadas en China.

^{17.} Para ampliar sobre la nueva fisonomía que adquirió el poder militar ver Joseph Nye Jr. en "The Future of Power", *op. cit.*, p. 39 y ss.

^{18.} Ello explica, por ejemplo, su incorporación a la Organización Mundial de Comercio (OMC).

Además, China ha desplegado *soft power* para ganar influencia.¹⁹ Ha provisto a los estados de menor desarrollo relativo de asistencia financiera e infraestructura. Transformarse en uno de los principales importadores de materias primas también la tornó atractiva –e imprescindible durante la crisis financiera global de 2008– para dichos países.²⁰

Sin embargo, los últimos años nos muestran que China está dispuesta a subir un par de peldaños en su estatus. El pensamiento de Xi Jinping sobre el "socialismo con características chinas para una nueva era", en el marco del XIX Congreso del Partido Comunista Chino, con un discurso más nacionalista que ideológico, plantea nuevos desafíos con vistas al centenario del triunfo de la revolución. Si todo marcha como planean, en 2049 estarían disputando el liderazgo de EE.UU. más allá del terreno económico.²¹

- 19. Joseph Nye Jr. ha desarrollado el análisis de los distintos tipos de poder y sus dinámicas en diversas obras. Bound to Lead. The Changing Nature of American Power, New York, Basic Books, 1990; Soft Power. The Means to Success in World Politics, Public Affairs, 2004; The Future of Power, Public Affairs, 2011. El soft power es la capacidad que tienen los grandes estados de lograr resultados a través de la atracción en vez de la coacción. Se basa en la habilidad para lograr que las preferencias de los otros actores coincidan con las que la potencia hegemónica intenta imponer en la agenda internacional en base a su cultura, los valores políticos que promueve, su política exterior y su diplomacia pública. El hard power, por su parte, son los recursos tradicionales de coacción que puede utilizar una potencia, tales como la amenaza del uso de la fuerza, las presiones económicas, etc. En su obra, analiza que una potencia desarrollará un smart power cuando haga un uso combinado de ambos tipos de poder, según las circunstancias del caso, teniendo en cuenta el carácter complementario que ambos presentan.
- 20. Para ver en detalle cómo China ha desarrollado su soft power, por ejemplo, en Latinoamérica ver Isabel Rodríguez Aranda y Diego Leiva Van de Maele, "El soft power en la política exterior de China: consecuencias para América Latina", en *Polis* [en línea], 35 | 2013, Publicado el 01 octubre 2013, URL: http://journals.openedition.org/polis/9179. Editada por CEDER, Santiago de Chile.
- 21. En el discurso de Xi Jinping se plantearon dos etapas: 1) desde 2020 hasta 2035: lograr la modernización para concretar la construcción integral de una sociedad china modestamente acomodada y un país con poderío económico, científico y tecnológico y 2) desde 2035 hasta 2050: China pretende transformarse en un poderoso país socialista moderno ubicado a la cabeza en fortaleza nacional integral e influencia internacional que se erguirá entre todas las naciones del mundo. Ese camino no implica cerrarse al mundo, sino por el contrario, hacerlo mediante la apertura y el vínculo cooperativo y armonioso con las demás naciones y sin ánimos de lograr una hegemonía o de interferir en la vida interna de las naciones. Sin embargo, consciente de su inminente situación en el sistema

Al igual que sucedió en EE.UU., cuando emergió como potencia tras la Segunda Guerra Mundial, están surgiendo en China distintas escuelas de pensamiento en materia de teoría de las relaciones internacionales: la marxista, la económicamente pragmática y la tradicional.²² Precisamente la segunda y la tercera de las mencionadas nos muestran una China enfocada en desarrollar sus capacidades de un modo pacífico y armonioso en un mundo interdependiente. Tales escuelas parecieran inspirar el discurso oficial del gobierno chino. Y en algún punto se tocan con la escuela teórica de la interdependencia que surgió en Occidente.

Recordemos que la escuela de la interdependencia surgió en EE.UU. en la segunda mitad del siglo XX. Pone el acento en la mutua interrelación de los estados. Sin embargo la interdependencia no se da por la mera vinculación entre ellos sino por los efectos, y principalmente, por los costos que derivan de esa interrelación.²³

Cabe preguntarse, si tenemos en cuenta los costos, hasta qué punto podrá ser armoniosa la interdependencia que promueve el discurso de China. La interdependencia no necesariamente trae aparejado un beneficio mutuo,

de naciones, también ha decidido fortalecer sus fuerzas armadas. El presupuesto militar chino aumenta más que el asignado a otras áreas de su gobierno. China es el segundo presupuesto militar a nivel mundial, detrás de EE.UU., pero a gran distancia en cuanto a su nivel de inversión. Para ver sintéticamente el estado de ambos países en el terreno militar, ver cuadros basados en fuentes del Departamento de Defensa de EE.UU. en https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-39274331.

^{22.} Yan Xuetong, "Chinese Values vs. Liberalism: What Ideology Will Shape the International Normative Order?", en *The Chinese Journal of International Politics*, 2018, 1-22 doi: 10.1093/cjip/poy001. Advance Access Publication Date: 8 February 2018 Article Published by Oxford University Press on behalf of The Institute of International Relations, Tsinghua University. La escuela marxista no tiene respaldo, mientras que la tradicional –inspirada entre otros, por Confucio– nos muestra a China interactuando con el mundo para construir un orden armónico y pacífico basado en una gobernanza cooperativa –incluso con EE.UU.– que exceda lo económico. La corriente pragmática económica pone el acento en un orden económico basado en el libre comercio. Ver también Monserrat Pintado Lobato, "Hacia una Teoría China de las Relaciones Internacionales. Evolución, Proyectos Teóricos y Pertinencia Práctica", en *Revista Española de Derecho Internacional. Sección Estudios* Vol. 70/1, enero-junio 2018, Madrid, pp. 201-225.

^{23.} Robert O. Keohane & Josephe Nye, *Poder e Interdependencia. La política mundial en transición*, Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1988, p. 22.

ni un panorama de equilibrio en materia de costos y beneficios. Por el contrario, será la asimetría en esa interdependencia lo que provea a un estado capacidad de influencia sobre otro, en definitiva, de más poder para controlar los resultados de la relación garantizándose mayores ganancias.²⁴

A diferencia de la perspectiva que ofrecen los teóricos de la escuela realista, en la que el escenario está definido fundamentalmente por la disputa militar, la teoría de la interdependencia nos muestra un mundo más complejo y con matices. Un mundo donde los temas militares comparten protagonismo con los económicos, los sociales, los culturales, los ambientales, el dominio de las nuevas tecnologías, etc. Un mundo donde la interacción no es únicamente estatal, sino que también participan, o irrumpen algunas veces con violencia, organizaciones no estatales.²⁵

En consecuencia, según dicha escuela, en una visión que comparto, podríamos concluir que nos dirigimos a un escenario donde competirán nuevamente dos potencias por el liderazgo global. Una competencia que se desarrollará simultáneamente en diversos "tableros de ajedrez" en los que se dirimirán —en interrelaciones de mayor o menor interdependencia, cooperación o conflicto— "partidas" de contenido geopolítico, militar, económico, tecnológico, cultural, etc. Juegos en los que ganará una u otra potencia según sea el tablero. Y en los que también incidirá el *smart power* que desarrolle cada una haciendo valer su peso en los tableros que son más fuertes para morigerar los costos que sufran en los que son más débiles.

Siempre que no surjan situaciones imprevistas que modifiquen abruptamente el escenario, y aun cuando EE.UU. y otras potencias sigan tallando fuerte, la tendencia nos dice que China pisará fuerte en la agenda económica y tecnológica pero que la tendrá más difícil en otras áreas.

Un escenario complejo e inestable, como todo período de transición de poder de una potencia a otra. Un escenario en el que los países del Mercosur deberán agudizar su visión estratégica para descifrar en qué áreas se hallan las oportunidades para el desarrollo de sus naciones.

^{24.} Op. cit., p. 22.

^{25.} Op. cit., p. 41 y ss.

^{26.} Para ampliar ver Lee Hsien Loong, "The Endangered Asian Century", en *Foreign Affairs*, July/August 2020. Edit. por el Council on Foreign Relations.

III. ¿Cuáles son los incentivos para que el Mercosur sea la herramienta político-institucional que utilicen nuestros países para enfrentar los desafíos del nuevo escenario internacional?

Retomamos en este punto el examen de la política extrazona del Mercosur y su vínculo con el nuevo escenario internacional.

Los países del Mercosur pueden afrontar dicho escenario actuando por su cuenta (mediante la llamada "flexibilización"), o bien de manera conjunta utilizando al bloque como plataforma política. Sin embargo, aclaro que no es intención de este trabajo el analizar la primera opción. La idea no es examinar alternativas hipotéticas sino trabajar con el marco institucional que existe: el Mercosur y sus herramientas jurídicas e institucionales para desarrollar la política extrazona.

Después de todo, la historia nos muestra que nuestras naciones, a diferencia de otras experiencias, por ejemplo la europea, han utilizando mecanismos de cooperación e integración para enfrentar las vicisitudes del mundo. Los acontecimientos extrarregionales han sido importantes para impulsar iniciativas en la integración sudamericana.²⁷

Ello ya puede observarse en los antecedentes remotos de la integración sudamericana.

27. El proceso comunitario europeo se desarrolla después de las dos guerras mundiales de la primera mitad del siglo XX. Sus motivos son de orden político e intracontinental: garantizar la paz en un continente que había librado numerosas guerras a lo largo de su historia. Y en ese sentido, logró su cometido ya que no hubo guerras dentro del espacio de integración desde su creación. El éxito de sus instituciones supranacionales, su sistema normativo y su sistema para dirimir controversias son también una evidencia del fracaso del sistema de alianzas y equilibrio de poder con el que los países europeos habían tratado de disuadir a sus rivales de expandirse a través de la guerra. Fueron instituciones más eficaces para lograr la paz que los equilibrios de poder que se habían intentando en el pasado. El Preámbulo del Tratado de la Unión Europea en su tercer párrafo textualmente dice: "... Recordando la importancia histórica de que la división del continente europeo haya tocado a su fin y la necesidad de sentar unas bases firmes para la construcción de la futura Europa...". Nuestro continente, afortunadamente, padeció muchas menos guerras interestatales logrando los países resolver sus diferendos por medios pacíficos. El lograr la paz no requirió de mecanismos de integración como en el caso europeo.

En el Congreso Anfictiónico de Panamá de 1826, Bolívar quiso impulsar una confederación de estados sudamericanos para establecer una alianza militar que disuadiera cualquier intento de reconquista española prohijada por las monarquías europeas en el marco del Congreso de Viena de 1815. La amenaza externa motorizó la reunión de dicho congreso. El proyecto bolivariano de confederación –inspirado en el sueño de Colombeia, la gran federación americana concebida por Francisco Miranda–²⁸ pretendía crear una asamblea general e incluso un sistema de cooperación militar con el aporte de contingentes de soldados y pertrechos en caso de agresión externa.²⁹ Finalmente, aquella confederación no se concretó pues muchos la vieron como un instrumento político para que Bolívar expandiera su influencia en el continente.³⁰

28. En 1798 Francisco Miranda pergeñó la idea de conformar una federación llamada Colombeia, nombre inspirado por Cristóbal Colón, gobernada por cabildos y un congreso de características supranacionales sobre los territorios que iban desde la ribera oeste del río Misisipi hasta el Cabo de Hornos, con capital en el Istmo de Panamá.

29. Indalecio Liévano Aguirre, "El Congreso de Panamá: Bolivarismo y Monroísmo", en Desarrollo Económico, Vol. 8, Nº30/31, América Latina 4# (Jul. - Dec., 1968), pp. 193-241. 30. Por ejemplo, las Provincias Unidas del Río de la Plata no concurrieron al congreso y lo hicieron en los términos que se reproducen a continuación en sus partes pertinentes: "... Hemos demostrado que la idea de establecer una autoridad suprema o sublime que regle los negocios más importantes entre los Estados del Nuevo Mundo, es bajo todos aspectos peligrosa, y no sería extraño que llegara a ser el germen de guerras destructoras entre pueblos que tanto necesitan del sosiego de la paz. Por consiguiente, si este es el objeto grande y principal de la reunión de un Congreso Americano en Panamá, nosotros creemos que la República de las Provincias Unidas debe resistirse franca y firmemente a concurrir a él por medio de sus plenipotenciarios [...] La influencia que tendría en las deliberaciones la República de Colombia, o sin que ella la ejerza de hecho, la sola actitud que le han dado los sucesos para poderla ejercer, bastarían para inspirar celos y hacer que se mirase con prevención el ajuste más racional, el pacto más benéfico, el tratado en que se estableciesen con más escrupulosa igualdad los derechos y los deberes de todos los Estados de la liga. Esta idea nos asusta y nos hace mirar con horror el proyecto de celebrar tan temprano un tratado común entre Estados que, bajo diferentes aspectos, no pueden sin imprudencia, comprometerse en semejante pacto... En efecto, en el estado actual de cosas, poco o nada tiene que temer una intervención por parte de los poderes de Europa, ni ellos probablemente aspirarán a tenerla, si nosotros no cometemos la imprudencia de solicitarla en nuestras diferencias". Texto extraído de Fabián Velarde y Felipe Escobar, El Congreso de Panamá en 1826, Panamá, Editorial Minerva, Biblioteca Nacional, p. 32 y ss.

Después de muchas décadas en las que las ideas integracionistas no salieron del papel, en el año 1960 se firmó el Tratado de Montevideo por el que los estados de la región crearon la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC). La idea era avanzar en un área de libre comercio donde los estados miembros eliminaban restricciones en el comercio recíproco. Esa ventaja arancelaria pretendía ser un incentivo para que nuestros países sustituyeran la importación de manufacturas provenientes de los países centrales por aquellas producidas en nuestra región. Se buscaba morigerar así el patrón de inserción centro-periferia que padecían nuestras economías desde tiempos coloniales. Raúl Prebisch había dicho: "... Disuelta la constelación hispánica que unía estrechamente a estos países. un siglo y medio de nobles expresiones, de emotivas manifestaciones de confraternidad no ha logrado otra forma de vinculación económica que la impuesta por cierta complementariedad primaria. Es otro el camino a seguir ahora. La época que el crecimiento de estos países estaba impulsado desde afuera ha terminado irreversiblemente...".³¹ En lo que específicamente concierne a este artículo, ALALC no preveía la celebración de acuerdos en bloque porque era una zona de libre comercio, y como tal, carecía de una política comercial común frente a terceros. De todos modos, su creación fue incentivada por cuestiones sistémicas vinculadas al patrón de inserción de nuestras economías.

Pero ALALC también quedó en buenas intenciones luego de que los países no avanzaran decididamente en la eliminación arancelaria al comercio intrazona. Además, los países andinos pretendían desarrollar por su cuenta un proceso de integración más ambicioso, con un mercado común al estilo europeo. De este modo, luego de años de parálisis, ALALC fue reemplazada por una nueva construcción institucional: la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). Dicha organización fue creada por el Tratado de Montevideo de 1980. Entre otras cuestiones, los estados miembros allí acordaron: 1) privilegiar la vía *subregional* para avanzar en acuerdos de cooperación o integración más profundos mediante la celebración de acuerdos de

^{31.} Raúl Prebisch, "El Mercado Común Latinoamericano", en *Comercio Exterior* T* IX N* 5, mayo de 1969, también publicado en *Integración & Comercio*, BID INTAL, Número Especial 35 años, p. 31.

alcance parcial entre algunos de sus miembros,³² b) recortar sus ambiciones en materia de cooperación económica *regional* abandonando el proyecto de crear una zona de libre comercio para intentar avanzar en cambio con un área de preferencias.³³ En materia de relacionamiento externo, ALADI tampoco tenía una política comercial común, ni una política extrazona dejando que los estados miembros encararan esa cuestión por su cuenta o a través de las distintas organizaciones que fueran creando mediante el uso de los acuerdos de alcance parcial.

Precisamente, en el año 1988 Argentina y Brasil firmaron el Tratado de Integración Cooperación y Desarrollo. Entre otros motivos, fue celebrado como un instrumento para "preparar a las dos naciones para los desafíos del siglo XXI".³⁴ Se trataba de un acuerdo marco que debía luego ser implementado por acuerdos específicos. Planteaba que ambos países conformarían un espacio económico común pero nada decía de conformar un bloque frente a terceros estados. Fue firmado en un período en el que la URSS estaba dando sus últimos pasos, y junto con ella, el escenario que había surgido después de la Segunda Guerra Mundial.

En 1989 se produce la caída del muro de Berlín. EE.UU. se transformaba así en la potencia hegemónica que promovía un mundo basado en un orden económico liberal y globalizado. En el plano comercial, ello se tradujo en la difusión de acuerdos de libre comercio por todo el planeta.

En tal escenario, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay firmaron el 26 de marzo de 1991 el Tratado de Asunción por el que crearon el Mercado Común del Sur (Mercosur). El Mercosur fue un acuerdo de alcance parcial de ALADI (el Acuerdo de Complementación Económica –ACE– Nº18).

- 32. Tratado de Montevideo 1980, ALADI art. 7 y siguientes. Se trata de lograr acuerdos de alcance parcial que sean más ambiciosos que la propia ALADI. Intentar lograr entre pocos lo que no habían podido lograr entre todos los miembros de la vieja ALALC.
- 33. Tratado de Montevideo 1980, ALADI art. 4. Se pudo modificar el objetivo de pretender concretar una zona de libre comercio por una instancia menos ambiciosa (un área de preferencias) porque el GATT había permitido esa posibilidad para los acuerdos regionales de los países en vías de desarrollo en la Cláusula de Habilitación del año 1979. Antes, el art. XXIV del GATT solo habilitaba la celebración de acuerdos regionales que pretendieran avanzar en una zona de libre comercio o una unión aduanera.
- 34. Tratado de Integración Cooperación y Desarrollo suscripto por Argentina y Brasil hecho en Buenos Aires el 29 de noviembre de 1988, considerando 5.

En el Mercosur, a diferencia de las experiencias anteriores, se decidió encarar una política comercial común frente a terceros estados. Indudablemente, el escenario internacional justificaba avanzar en esa dirección. El impacto de la globalización, la aceleración económica en términos relativos del Sur frente al Norte, el impacto de las nuevas tecnologías en acotar las limitaciones económicas ocasionadas por las distancias físicas, la revolución de la economía de la información, y el surgimiento de actores económicos y financieros globales ávidos por mejorar su posicionamiento aprovechando las ventajas de cada región llevaron a la difusión de los acuerdos de comercio entre naciones.³⁵ A su vez, frente a la conformación de grandes bloques económicos, en desmedro del multilateralismo, los países del área abandonaron la estrategia de "llaneros solitarios"³⁶ por una política que aumentara la dimensión de mercados incentivando la inversión y potenciando la capacidad de negociación frente a los otros bloques.

Ello se vio expresamente reflejado en el tratado constitutivo del Mercosur. Concretamente, el Preámbulo del Tratado de Asunción dice en uno de sus párrafos: "... TENIENDO en cuenta la evolución de los acontecimientos internacionales, en especial la consolidación de grandes espacios económicos y la importancia de lograr una adecuada inserción internacional para sus países". Y luego reafirma sus intenciones cuando acto seguido dice: "... EXPRESANDO que este proceso de integración constituye una respuesta adecuada a tales acontecimientos". 38

De este modo, a partir de esas premisas, se montó en el Tratado de Asunción una batería de herramientas jurídicas e institucionales para enfrentar el desafío de un mundo en el que se iban conformando grandes bloques económicos.

^{35.} Seminario "El Sur de las Américas en un mundo en transición: Escenarios y políticas", Buenos Aires, enero 1995, organizado por FLACSO Argentina y Forosur, conclusiones mesa 1, p. 4 y ss.

^{36.} Jorge González Izquierdo, "Prioridades y opciones para la integración latinoamericana", en *Integración Latinoamericana*, N°193, BID INTAL, Buenos Aires, 1993, p. 15. Ver también Mónica Hirst, "Condicionantes y motivaciones del proceso de integración y fragmentación en América Latina", en *Integración & Comercio*, N°175, BID INTAL, Buenos Aires, 1992, p. 24.

^{37.} Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991, Preámbulo párrafo 3.

^{38.} Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991, Preámbulo párrafo 4.

En primer lugar se decidió avanzar en la concreción de una unión aduanera. Como dijimos, dicho modelo de integración implica la fusión de diversos territorios aduaneros en uno común mediante la eliminación de barreras arancelarias y no arancelarias en el comercio recíproco (plano intrazona) y la implantación de un arancel externo común junto con una política comercial común frente a terceros estados (plano extrazona).³⁹ Sumemos a ello que luego se le otorgó personería jurídica para poder celebrar acuerdos internacionales con otros países o grupo de países como un sujeto de derecho internacional.⁴⁰

A partir de esos instrumentos, el Mercosur celebró acuerdos internacionales de comercio de diversa índole. Algunos fueron más bien declarativos, concebidos para establecer un marco en el que transcurrieran futuras negociaciones que derivaran luego en un acuerdo con obligaciones concretas. Y otros fueron operativos para desarrollar áreas de preferencias o zonas de libre comercio entre el Mercosur y un país o grupo de países.

Con respecto a los miembros de ALADI, se les otorgó el estatus de Estados Asociados mediante acuerdos bilaterales, los *Acuerdos de Alcance parcial de Complementación Económica (ACE)*. En dichos acuerdos se ha establecido un cronograma para la conformación de una zona de libre comercio o un área de preferencias entre el Mercosur y los países firmantes según el caso. Los países con los que el Mercosur firmó tales acuerdos son:

Chile formalizó su asociación al Mercosur el 25 de junio de 1996 con la suscripción del Acuerdo de Complementación Económica Mercosur-Chile.⁴¹

Bolivia se asoció el 17 de diciembre de 1996, mediante la firma del Acuerdo de Complementación Económica Mercosur-Bolivia. 42 El 18 de octubre de 2004 se firmó el Acuerdo de Complementación Económica del Mercosur con Colombia, Ecuador y Venezuela (luego este último adhirió como miembro pleno del Mercosur). 43

^{39.} Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991, arts. 1, 5 y normas concordantes.

^{40.} Protocolo de Ouro Preto del 17 de diciembre de 1994, art. 34.

^{41.} ACE 35.

^{42.} ACE 36.

^{43.} ACE 59.

El 30 de noviembre de 2005 se suscribió el Acuerdo de Complementación Económica Mercosur-Perú.⁴⁴

México (miembro de ALADI) no es miembro asociado del Mercosur pero celebró un acuerdo marco en cuyo seno los Estados del Mercosur han celebrado tratados bilaterales con aquella nación para establecer áreas de preferencias económicas.⁴⁵

Cuba (también miembro de ALADI) no es un país asociado al Mercosur pero firmó el 21 de julio de 2006 un acuerdo para el otorgamiento de preferencias arancelarias recíprocas.⁴⁶

Además de los Acuerdos de Complementación Económica firmados en el marco de la ALADI, el Mercosur firmó acuerdos de comercio preferencial y zonas de libre comercio, según el caso, con la India, Egipto, Sudáfrica e Israel. También está negociando con Marruecos, Turquía y Jordania.

Sin dudas, el más significativo, por tamaño de las economías, y por la variedad de temas incluidos en la negociación, fue el acuerdo que el Mercosur celebró con la UE tras veinte años de negociaciones. Es un acuerdo que excede lo comercial pues plantea una alianza estratégica entre dos bloques que reúnen a ochocientos millones de personas. Como se dijo, además de otorgarse ventajas comerciales (por ejemplo, la UE elimina aranceles para el 92% de los productos del Mercosur y otorga una preferencia para el 7,5% restante), las partes avanzan en otras áreas: cooperación política y cultural estratégica, servicios, inversiones, compras públicas, políticas para PyMES y medio ambiente.

Sin perjuicio de que todavía se encuentra pendiente su aprobación, y que dicho proceso se anticipa complicado, el acuerdo con la UE también

^{44.} ACE 58.

^{45.} En verdad el acuerdo marco (ACE 54) fue suscripto el 5 de julio de 2002, dos días después que el acuerdo bilateral (ACE 53) que habían firmado Brasil y México (el 3 de julio de 2002) para otorgarse preferencias arancelarias recíprocas. Ello fue criticado por sus otros socios del Mercosur porque debilitó la política comercial común del bloque. Uruguay luego firmó el 15 de noviembre de 2003 un acuerdo (ACE 60) con México para establecer una zona de libre comercio con lo que se agravó la situación planteada. Antes, el 27 de septiembre de 2002 el Mercosur había firmado un acuerdo sobre automotores con México (ACE 55).

^{46.} ACE 62.

nos revela que ya no estamos frente al escenario internacional que dio lugar al nacimiento del Mercosur. Precisamente, no se trata de un acuerdo para promover exclusivamente el libre comercio de mercaderías, sino que avanza en cuestiones actuales como el medio ambiente.

Tengamos presente que cuando se firmó el Tratado de Asunción, internet todavía no era una herramienta de uso masivo. En las décadas por venir los estados enfrentarán nuevos desafíos a partir de la difusión de nuevas tecnologías y su impacto en los escenarios interno e internacional. Entre tantos otros, podemos mencionar el impacto de la robótica en el mundo del trabajo, de la nanotecnología en la fabricación de materiales y también se prevé la modificación radical que puede traer aparejada la biotecnología en la producción de alimentos. Tengamos presente además la situación marginal de nuestra región en las cadenas de valor que se han conformado alrededor de EE.UU., China y Alemania según analizamos brevemente en el punto anterior. No hay una "fábrica sudamericana" de bienes y servicios. 47 Frente a las redes regionales encabezadas por dichas potencias económicas, urge potenciar al Mercosur como plataforma de nuestras economías pues pareciera que la dimensión nacional ya no resulta suficiente si queremos evitar los errores del pasado (ser la periferia de una potencia hegemónica) que nos condenaron a ser meros proveedores de materias primas. ¿Acaso queremos repetir experiencias como las del Pacto Roca Runciman?⁴⁸

¿Y qué impacto tendrán las futuras tecnologías de la información en la vida cotidiana de las personas y en el poder político de los estados? ¿Nos conviene manejar nuestros "territorios virtuales" a nivel nacional o conviene avanzar en una política común?

No olvidemos tampoco las consecuencias que traerá aparejado el cambio climático. Un tema que tendrá relevancia estratégica para los países del Mercosur por su condición de productores de alimentos.

^{47.} Ver "Global Value Chain Development Report 2017", informe cit. cap. 3. Allí se desarrolla la situación marginal de nuestra región y de África en las cadenas de valor global organizadas en forma de red alrededor de EE.UU., China y Alemania.

^{48.} El Pacto Roca Runciman fue suscripto entre Argentina y Gran Bretaña el 1 de mayo de 1933. En dicho instrumento Argentina otorgó numerosas ventajas para garantizar el acceso de sus exportaciones de carne al mercado británico. Es considerado un símbolo de la dependencia de nuestro país con la Gran Bretaña imperial que enfrentaba su ocaso en la primera mitad del siglo XX.

Sumemos a lo dicho las modificaciones estructurales que ya desarrollamos al inicio de este trabajo con la irrupción de China como potencia emergente más allá de lo económico. Nuestros estados tendrán que repensar su estrategia y evaluar las mejores opciones para enfrentar el nuevo escenario de competencia entre EE.UU. y China. Determinar si lo haremos como free riders o si nos conformaremos con ser una mera terminal dependiente de uno de los centros de poder. China ya tiene una política para nuestros países. ⁴⁹ EE.UU. hace rato que tiene claro lo que pretende de nosotros. ¿Acaso no llegó la hora de definir la nuestra? ¿En qué situación queremos estar cuando lleguemos a la primera mitad del siglo XXI? ¿Por qué nos ha resultado hasta ahora imposible pensar estratégicamente en el Mercosur que necesitamos para el año 2050? Todo ello nos habla de la necesidad de incluir en el Mercosur un capítulo vinculado con la geopolítica. Ya no se trata de hablar exclusivamente de economía, sino de organizar una nueva red de poder regional. Nuestros países tienen intereses compartidos independientemente de la afinidad ideológica de los gobernantes de turno. Los incentivos para la integración sudamericana, como se ha ejemplificado en este punto, estuvieron dados por los desafíos que provienen del escenario internacional antes que por la escasa complementariedad de nuestras economías. Frente a las asimetrías que sufren nuestros países frente a las grandes potencias, sería inteligente construir redes de cooperación e integración para morigerar los efectos de semejantes desequilibrios en resguardo de nuestros intereses. Transformar nuestros dispersos intereses compartidos en una organización internacional con recursos y herramientas institucionales y jurídicas para promover un interés común.

Ya dijimos que la competencia por la hegemonía se dirimirá en diversos "tableros de ajedrez". Nuestros países deberían analizar cuáles son las ventajas que podremos obtener, en tanto *free riders*, en los tableros que podamos participar. Pues dichas ventajas son las que debieran determinar nuestra política extrazona. Obviamente, tenemos poco para tallar en algunos tableros, como el militar, pero deberíamos tener un mayor protagonismo en otros, como por ejemplo, el mercado de materias primas, los alimentos elaborados y la energía. Podríamos también encontrar nichos interesantes

^{49.} Documento sobre política China hacia América Latina y el Caribe del 24 de noviembre de 2016. China prefiere relacionarse a través de acuerdos bilaterales de país a país.

en materia de servicios, en algunas ramas científicas-tecnológicas y seguramente tendremos mucho para decir en cuestiones geopolíticas, en las vinculadas al control político y económico del ciberespacio, en las ambientales, en narcotráfico y en la gestión de otras problemáticas sociales.

Analizar en profundidad dichas cuestiones excede este trabajo. Si consideramos necesario en la introducción del presente artículo vincular la política extrazona del Mercosur con el nuevo escenario internacional, se lo hizo para promover una reflexión sobre los incentivos que ofrece el mismo. Pero la idea no es dar aquí respuestas, sino poner el acento en la relevancia de las preguntas que tenemos por delante. Preguntas imprescindibles para definir la política extrazona del Mercosur frente a los desafíos de las próximas décadas.

IV. ¿Contempla el Tratado de Asunción las herramientas jurídicas e institucionales para enfrentar tales desafíos? ¿Y qué impacto tiene su aplicación a mitad de camino en los acuerdos con terceros países que celebra el bloque?

El Tratado de Asunción es un tratado marco que debió luego ser implementado mediante la adopción de protocolos complementarios y normas producidas por las instituciones del Mercosur. Así fue caracterizado, entre otros, en el Fallo de de la CSJN "Whirlpool Puntana SA (TF 21.671-A) c/ Dirección General de Aduanas" en el que se dijo que es un tratado que fija los objetivos y fines para lograr el mercado común y establece en grandes líneas los instrumentos para llegar a su consecución, más allá de que se ocupa de algunas medidas concretas en sus anexos, como el "Programa de Liberación Comercial" del Anexo I. 50

Por lo tanto, para analizar si el Mercosur cuenta con las herramientas jurídicas e institucionales necesarias para enfrentar los desafíos del nuevo escenario debemos recurrir al examen del Tratado de Asunción pero también de sus protocolos y de las normas que han producido las instituciones.

50. Ese fallo mereció mi crítica en Flavio Floreal González, "Análisis de la sentencia de la CSJN 'Whirlpool Puntana SA (TF 21.671-A) c/ Dirección General de Aduanas' en materia de retenciones a la exportación en el Mercosur", artículo publicado por diario jurídico *La Ley* el 13 de marzo de 2015.

Expuesta entonces la metodología, siguiendo un orden lógico primero nos enfocaremos en examinar si el Mercosur cuenta con ámbitos institucionales para responder aquellas preguntas que nos formulamos al final del capítulo previo. Concretamente, si cuenta con ámbitos institucionales para pensar estratégicamente el Mercosur que necesitamos para el año 2050. Y aclaro que pongo el foco en un ámbito institucional regional pues difícilmente podrá encararse dicho análisis desde los ámbitos gubernamentales nacionales que suelen estar absorbidos —y muchas veces sobrepasados— por el manejo de sus propias coyunturas cotidianas.

El problema es que el diseño institucional del Mercosur presenta deficiencias para que puedan encararse en su ámbito cuestiones estratégicas. Desarrollé dicha problemática en numerosos trabajos.⁵¹ No cuenta con órganos permanentes que se dediquen a pensar cuestiones como las que abordamos en este artículo, ni otras que merezcan ser examinadas con visión panorámica. Incluso el órgano ejecutivo (el Grupo Mercado Común, GMC) siquiera es permanente. Todo depende de órganos donde los estados adoptan políticas –y normas derivadas– en las que suele quedar relegada la perspectiva de profundizar la integración a favor de otros intereses o necesidades. Y ello ha sido un obstáculo para que el Mercosur evolucione de ser un acuerdo centrado en promover el libre comercio de mercaderías a desarrollar en profundidad cuestiones de otra índole.⁵² Entre otras, tuvo pocos logros concretos en cuestiones significativas como el comercio de servicios, promoción de inversiones, comercio desleal proveniente de terceros mercados, nuevas tecnologías, etc.⁵³

^{51.} Entre otros, en Flavio Floreal González, "Mercosur: incompatibilidad de sus instituciones con la necesidad de perfeccionar la unión aduanera", en *Integración & Comercio* Nº9, BID INTAL, Septiembre-Diciembre 1999, p. 89.

^{52.} Aunque avanzó en acuerdos por otros temas, por ejemplo, entre otros, en materia de cooperación judicial y policial, derechos humanos, infraestructura, educativos, culturales y algunas cuestiones migratorias, una muy buena parte de la agenda del Mercosur sigue dominada por el tratamiento que se da a las barreras intrazona y extrazona al comercio de mercaderías.

^{53.} El Protocolo sobre Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados No Partes del Mercosur del 5 de agosto de 1994 nunca pudo entrar en vigencia porque faltó la ratificación de Brasil. El Protocolo de Montevideo sobre el Comercio de Servicios del Mercosur, firmado en Montevideo el 15 de diciembre de 1997, entró en vigor pero no

Lo dicho nos permite adelantar que el Tratado de Asunción ha devenido obsoleto. El nuevo escenario internacional que hemos descripto en este artículo justifica su modificación. Tal debiera ser el resultado que provenga del ámbito institucional concebido para analizar cuestiones vinculadas al desarrollo estratégico del Mercosur. El mundo hegemonizado por EE.UU. que promovió el libre comercio tras la caída del muro de Berlín ha quedado en el pasado. Cuando se creó el Mercosur ni siquiera existía internet como herramienta de uso masivo. Hoy, además de lo económico, cobran importancia cuestiones de naturaleza geopolítica, ambiental y tecnológica que bien podrían ser incluidas dentro de su ámbito de aplicación.

Definir en su preámbulo y su parte dispositiva otros contenidos que no sean meramente comerciales daría cuenta de un Mercosur integral y actualizado a los desafíos de los tiempos por venir. Es cierto que las nuevas problemáticas podrían incorporarse mediante la adopción de protocolos complementarios, pero no hay que dejar de tener en cuenta el aspecto simbólico que representa el hecho de que el Tratado de Asunción se encuentre monopolizado por la cuestión del libre comercio de mercaderías. Sobre dicho tratado se apoya todo el proceso de integración. Debiera por lo tanto reflejar las distintas políticas que se desarrollen en su seno sin dar cuenta –desde lo simbólico – de la prevalencia de unas políticas sobre otras. Pero además la falencia puede exceder lo simbólico para tener consecuencias concretas: en el laudo emitido por el Tribunal Permanente de Revisión (TPR) del Mercosur para dirimir la controversia entre Uruguay y Argentina por restricciones a la importación de neumáticos remoldeados se determinó que el principio de libre comercio tenía prevalencia sobre otros principios (en ese caso Argentina había invocado una excepción para restringir el ingreso desde Uruguay de neumáticos remoldeados por motivos ambientales).⁵⁴ Cabe preguntarse entonces si es políticamente correcto y jurídicamente adecuado estructurar el Mercosur en función de un tratado que denota la primacía del libre comercio de mercaderías sobre otras políticas cuando, entre tantas otras nuevas problemáticas, el mundo enfrenta las graves consecuencias del

se cumplieron sus cronogramas. Las nuevas tecnologías no tuvieron mayor tratamiento. 54. Laudo 1/05 del TPR Mercosur emitido el 20 de diciembre de 2005 en la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre "Prohibición de importación de neumáticos remoldeados", párrafo 17.

cambio climático, la irrupción de nuevas tecnologías, las corrientes migratorias, etc. Nótese que para resolver el diferendo el TPR analizó, entre otras disposiciones, el Preámbulo del Tratado de Asunción. Allí se menciona al pasar la cuestión ambiental, pero luego la parte dispositiva no tiene cláusulas sobre el tema. Eso denota falencias en el Tratado de Asunción: una cosa es tener un tratado marco (que plantee grandes directrices que luego deban ser desarrolladas por normas derivadas producidas por las instituciones) y otra es tener un tratado mudo. El preámbulo no es una parte del tratado meramente decorativa. Es una herramienta importante para su hermenéutica, especialmente si consideramos la importancia del método teleológico para discernir el sentido de las cláusulas de un tratado de integración. 55

Tengamos además especialmente en cuenta que incorporar al tratado como políticas obligatorias comunes del Mercosur las materias que definirán el nuevo escenario —por ejemplo, el 5G— nos permitirá construir argumentos para justificar nuestra negociación en bloque, especialmente, con China que hasta ahora ha privilegiado la vía bilateral.

¿Y qué sucede con la implementación del Tratado de Asunción? ¿Qué impacto tiene su aplicación a mitad de camino en los acuerdos con terceros países que celebra el bloque?

Para abordar tales cuestiones primero nos enfocaremos en dilucidar de qué se trata dicha "aplicación a mitad de camino" para luego analizar su impacto en los acuerdos en cuestión.

El Mercosur planteó la necesidad de avanzar en el logro del mercado común desarrollando primero una unión aduanera. Para fundir los territorios aduaneros nacionales en un territorio aduanero común los estados

55. Los procesos de integración son dinámicos: parten de un punto (existencia de restricciones) para llegar a una meta (su eliminación) en un plazo concreto. Cuando se suscitan controversias sobre el sentido de una cláusula del tratado que lo constituyó, o de una norma producida por sus instituciones, es fundamental tener en cuenta cuál es el objetivo que se quiere concretar. Pues en un proceso dinámico las normas deben interpretarse teniendo especialmente en cuenta la meta a la que se quiere llegar. De lo contrario se pierde la razón de ser en el camino seguido. El método teleológico (que tiene el cuenta el fin y objeto de la norma) es uno de los métodos para interpretar tratados previstos por el artículo 31 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados de 1969, que suele tener cierta preponderancia en su aplicación por los sistemas jurisdiccionales o arbitrales concebidos para dirimir disputas en los procesos de integración.

se comprometieron a eliminar las barreras al comercio intrazona y a establecer un Arancel Externo Común (AEC) que reemplazara los derechos de importación nacionales. ⁵⁶ Dicho instrumento fue adoptado en el año 1994, mediante la Decisión 22/94 del Consejo Mercado Común (CMC). El AEC sustituyó los aranceles nacionales a partir del 1 de enero de 1995. Sin embargo, tuvo un régimen de excepciones desde su implementación. Tales excepciones se dieron en Bienes de Capital, Informática y Telecomunicaciones. En estos sectores rigen los aranceles nacionales. Luego se acordaron más excepciones al AEC a través de listas nacionales. Estas listas son conocidas como "perforaciones" adicionales al AEC en las que cada Estado tiene un número fijo de excepciones pudiendo variar cada seis meses la composición de los productos que las integran. ⁵⁷

¿Quién cobra el AEC? Cada Estado cobra el AEC cuando un producto es importado desde un tercer estado a su territorio aduanero. Pero en el Mercosur también se ha desnaturalizado el cobro del AEC pues, en ciertos casos, los productos importados de extrazona deben pagarlo dos veces. En efecto, cuando un producto proveniente de un tercer estado ingresa al Mercosur por un país para dirigirse luego a otro Estado miembro, paga el AEC dos veces: primero en el país por donde ingresó y luego en el país de destino final. Ese doble pago es perjudicial para el exportador pues se torna anticompetitivo, pero también, para el importador y los consumidores que ven subir sus costos y los precios injustificadamente. Los productos extrazona deben circular libremente por el interior de una unión aduanera una vez que pagan el AEC. Una vez pago el AEC, el producto proveniente de un tercer estado debería ser considerado como si fuera un producto originario del Mercosur. El pago del AEC debería "nacionalizar" el producto extrazona para que circule libremente dentro del Mercosur. El doble pago del AEC se debe a que los estados son celosos de su recaudación aduanera. En el Mercosur, a diferencia de lo que sucede en la UE, donde los impuestos aduaneros conforman una renta común que integra el presupuesto comunitario, la renta aduanera seguirá perteneciendo a los estados nacionales.

^{56.} Tratado de Asunción, art. 1º.

^{57.} Dec. CMC 56/10 art. 46 y ss. estableció que cada Estado Parte podrá mantener una Lista Nacional de Excepciones al Arancel Externo Común (AEC) en los siguientes términos. Los estados pudieron modificar dichas listas periódicamente.

Sumemos a lo dicho que el Mercosur no cuenta con una autoridad aduanera común.

Tampoco tiene normas ni procedimientos comunes para enfrentar la competencia desleal (el dumping, por ejemplo) que pueda provenir de terceros países.

De lo dicho, podemos concluir que la construcción de la unión aduanera ha quedado a mitad de camino. No hubo fusión de los territorios aduaneros en uno común, ni tampoco se ha creado una autoridad común para gestionarla. En los hechos, más allá del discurso jurídico que surge de los tratados, no hay un espacio aduanero —y mucho menos económico— integrado. A lo sumo, podemos caracterizar al Mercosur como una unión tarifaria imperfecta (por la existencia de AEC en los temas donde no hay perforaciones).

Y ello impacta negativamente en los acuerdos internacionales que celebra el Mercosur.

En efecto, más allá de que negocie acuerdos internacionales como un bloque, cuando se pasa a la etapa de la implementación del tratado el Mercosur, en tanto bloque, se diluye.

Veamos por qué con algunos ejemplos.

Como se anticipó, el Mercosur no cuenta con una autoridad común que investigue y sancione el dumping o los subsidios que afecten a su industria. Dichas prácticas son investigadas y sancionadas a nivel nacional. Fero no es lo mismo gravar un producto extrazona con un derecho antidumping que afecte su ingreso en todo el territorio del Mercosur que aplicarlo únicamente respecto del territorio de un estado miembro. Una empresa extrazona tendrá menos incentivos para incurrir en esta clase de prácticas desleales en el primer supuesto que en el segundo. Y en el caso inverso, o sea cuando la investigada es una firma o un grupo de empresas de nuestra región, nuestras contrapartes tendrán menos incentivos para aplicarnos arbitrarias sanciones por dumping si recayeran sobre toda una rama de la industria del Mercosur en vez de hacerlo respecto de la que esté basada en un solo país.

^{58.} Ver análisis de experiencia comparada —a nivel multilateral, regional y nacional— en materia de normas de fondo, órganos y procedimientos para tratar el dumping y los subsidios en el comercio internacional en Flavio Floreal González, *Dumping y Subsidios en el Comercio Internacional*, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 2001.

Lo mismo puede decirse respecto de otras cuestiones, por ejemplo, en materia de cumplimiento de normas técnicas, fitosanitarias, ambientales o de cualquier índole. En cualquier caso, la unión aduanera a mitad de camino diluye los incentivos para que nuestras contrapartes cumplan con sus acuerdos en debida forma pues las eventuales retaliaciones, salvo que la medida afecte a todo el Mercosur, seguramente serán dispuestas por nuestros países a nivel nacional.

Para colmo, tales incentivos también se diluyen cuando se trata de ejercer derechos frente a esos eventuales incumplimientos en los procedimientos de solución de controversias que prevén los tratados.

Los acuerdos internacionales de comercio que firma el Mercosur con terceros estados suelen establecer sistemas arbitrales para dirimir controversias. Sistemas que obviamente son concebidos para garantizar cierta eficacia y cumplimiento en los acuerdos. Ellos en general prevén que los países del Mercosur podrán litigar en tanto bloque o individualmente.⁵⁹ El problema es que el Mercosur, más allá de lo que dice el acuerdo, raramente podrá hacerlo en bloque. En los hechos, al no tener perfeccionada la unión aduanera, será demandado el estado que dictó el acto objetado. Salvo que todos los estados dicten un acto similar, el Mercosur raramente será demandado. Distinto sería el caso si tuviera una autoridad aduanera común con potestad para regular una política comercial frente a terceros. En ese caso, siempre seríamos demandados como bloque. Y a la hora de reclamar por nuestros derechos se da idéntica situación: nuestros países solo podrán demandar el cumplimiento de un tratado en conjunto cuando se trate de una medida que afecte a todos. Caso contrario deberán reclamar individualmente. Para ponerlo en pocas palabras, nuestros países negocian acuerdos desde el Mercosur pero a la hora de litigar frente a un eventual incumplimiento deben hacerlo individualmente. El bloque casi no tendrá chances de existir en el sistema de solución de controversias.

El punto es que no estamos ante un problema de naturaleza meramente procesal. Se trata de tener más o menos peso a la hora de ofrecer

59. Ver por ejemplo el Acuerdo Preferencial de Comercio Mercosur India del 25 de noviembre de 2004, Anexo V art. 16 y 17; Tratado de Libre Comercio con Israel del 18 de diciembre de 2007 Capítulo XI art. 1, Acuerdo Preferencial de Comercio Mercosur con la Unión Aduanera de África del Sur del 15 de diciembre de 2008 Anexo 5 art. 1; Tratado de Libre Comercio Mercosur con Egipto del 2 de agosto de 2010 Capítulo 4 art. 3.

incentivos para que nuestras contrapartes cumplan un tratado. El sistema de solución de controversias se concibe para dirimir un conflicto —e indirectamente— para ofrecer incentivos para el cumplimiento de un acuerdo. Buena parte de esos incentivos residen en las medidas compensatorias que pueda aplicar el estado afectado para resarcirse del perjuicio sufrido. Medidas compensatorias que tendrán distinto peso a la hora de inducir el cumplimiento según puedan ser dispuestas por un país o por el bloque en su conjunto.

Y toda la problemática en análisis cobra todavía más relevancia si examinamos el acuerdo de asociación estratégica que firmó el Mercosur con la UE. Allí también se mantiene la situación descripta en los párrafos precedentes. Los europeos podrán frenar el ingreso de nuestros bienes –por ejemplo por una medida fitosanitaria— a todo el mercado europeo; mientras que nosotros frente a idéntica contingencia apenas podremos hacerlo en los mercados nacionales que se vean específicamente afectados. Y lo mismo sucederá si tenemos que dirimir una disputa. El Mercosur raramente podrá reclamar o ser reclamado en bloque, mientras que la UE siempre litigará como tal. ⁶⁰ Ello se debe a que la UE ha conformado una auténtica unión aduanera, mientras que nosotros no.

En función de lo expuesto, es necesario avanzar en la efectiva concreción de la unión aduanera. Su implementación a mitad de camino impacta negativamente en la implementación de los acuerdos internacionales que firme el bloque. El escenario internacional brinda incentivos para profundizar la integración en todos sus aspectos, incluso, el intrazona.

V. Conclusión

El Mercosur fue concebido para un mundo que ya no existe. Es posible vislumbrar que la competencia entre EE.UU. y China se desarrolle en un escenario conformado por diversos "tableros de ajedrez" en los que podrán dirimirse simultáneamente "partidas" de contenido geopolítico, militar, económico, tecnológico, cultural, etc., en las que puede haber diferentes ganadores en cada tablero.

60. Acuerdo Asociación Estratégica Mercosur Unión Europea suscripto el 28 de junio de 2019, redacción provisional, Título XXX Capítulo I art. 2.

Considerando la importancia que las cuestiones extrazona siempre han tenido para definir cursos de acción en la integración latinoamericana, existen incentivos para ajustar el orden jurídico e institucional del Mercosur a los desafíos que depara el nuevo contexto.

Hemos analizado hasta qué punto el Tratado de Asunción se ha vuelto obsoleto. Y también qué cuestiones son necesarias para lograr que el Mercosur sea un bloque cuando negocia un acuerdo con otro país o grupo de países, pero también cuando lo implementa.

Estamos frente a un escenario complejo e inestable. Un escenario en transición en el que los países del Mercosur deberán agudizar su visión estratégica para descifrar oportunidades para el desarrollo de sus naciones.

Bibliografía

- Allison, Graham, *La esencia de la decisión. Análisis explicativo de la crisis de los misiles de Cuba*, Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1988.
- Aron, Raymond, Le grand schisme, París, Gallimard, 1948.
- Gilpin, Robert, "The Theory of Hegemonic War", en *The Journal of Inter-disciplinary History*, vol. 18, N^o4, 1988.
- War and Change in World Politics, New York, Cambridge University Press, 1981.
- González, Flavio Floreal, "Mercosur: incompatibilidad de sus instituciones con la necesidad de perfeccionar la unión aduanera", en *Integración & Comercio*, N°9, Buenos Aires, BID INTAL, Septiembre-Diciembre 1999.
- Dumping y Subsidios en el Comercio Internacional, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 2001.
- "Análisis de la sentencia de la CSJN 'Whirlpool Puntana SA (TF 21.671-A) c/ Dirección General de Aduanas' en materia de retenciones a la exportación en el Mercosur", en *La Ley*, 13 de marzo de 2015.
- González Izquierdo, Jorge, "Prioridades y opciones para la integración latinoamericana", en *Integración Latinoamericana*, Nº193, Buenos Aires, BID INTAL, 1993.
- Hirst, Mónica, "Condicionantes y motivaciones del proceso de integración y fragmentación en América Latina", en *Integración & Comercio*, Nº175, Buenos Aires, BID INTAL, 1992.

- Hoffmann, Stanley, "Jano y Minerva. Ensayos sobre la guerra y la paz", Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1991.
- Keohane, Robert & Nye, Joseph, *Poder e Interdependencia. La política mundial en transición*, Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1988.
- Lee, Hsien Loong, "The Endangered Asian Century", en *Foreign Affairs*, edit. por el Council on Foreign Relations. July/August 2020.
- Liévano Aguirre, Indalecio, "El Congreso de Panamá: Bolivarismo y Monroísmo", en *Desarrollo Económico*, Vol. 8, Nº30/31, América Latina, Nº4 (Jul.-Dic., 1968).
- Morgenthau, Hans, *Política entre las naciones. La lucha por el poder y la paz*, Grupo Editor Latinoamericano, 3ª edición, Buenos Aires, 1986.
- Nye, Joseph, Bound to Lead. The Changing Nature of American Power, New York, Basic Books, 1990.
- "Soft Power, The Means to Success in World Politics", en *Public Affairs*, 2004.
- "The Future of Power", en *Public Affairs*, 2011.
- Pintado Lobato, Monserrat, "Hacia una Teoría China de las Relaciones Internacionales. Evolución, Proyectos Teóricos y Pertinencia Práctica", en *Revista Española de Derecho Internacional. Sección Estudios*, Vol. 70/1, Madrid, enero-junio 2018.
- Prebisch, Raúl, "El Mercado Común Latinoamericano", en Comercio Exterior T* IX Nº5, mayo de 1969, *Integración & Comercio*, edit. BID INTAL Número Especial 35 años.
- Rodríguez Aranda, Isabel y Leiva Van de Meale, Diego "El soft power en la política exterior de China: consecuencias para América Latina", en *Polis* [en línea], 35 | 2013, Publicado el 01 octubre 2013, URL: http://journals.openedition.org/polis/9179. Editada por CEDER, Santiago de Chile.
- Velarde, Fabián y Escobar, Felipe, *El Congreso de Panamá en 1826*, Panamá, Editorial Minerva, Biblioteca Nacional.
- Waltz, Kenneth, *Teoría de la Política Internacional*, Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1988.
- Yan, Xuetong, "Chinese Values vs. Liberalism: What Ideology Will Shape the International Normative Order?", en *The Chinese Journal of International Politics*, 2018, 1-22 doi: 10.1093/cjip/poy001, Advance Access Publication Date: 8 February 2018 Article Published by Oxford

- University Press on behalf of The Institute of International Relations, Tsinghua University.
- Zhen, Han y Paul, T. V., "China's Rise and Balance of Power Politics", en *The Chinese Journal of International Politics*, 2020, 1-26 doi: 10.1093/cjip/pozo18, Oxford University Press on behalf of The Institute of International Relations, Tsinghua University.

Conflicto de intereses e invalidez del acto administrativo en la Administración Pública Nacional

Iván F. Romero Verdún*

Resumen

El presente artículo tiene como objeto analizar la incidencia de los conflictos de intereses en la invalidez del acto administrativo, de acuerdo al marco legal existente para la Administración Pública Nacional. A este efecto, en primer lugar, se parte de precisar el concepto de conflicto de intereses y la regulación vigente. Posteriormente, se procede a enlazar tales consideraciones con el régimen de invalidez del acto administrativo. En este examen, se procede a indagar sobre puntos tales como en qué elementos esenciales repercute el conflicto de intereses, si este conlleva a configurar algún vicio de la voluntad, si pueden reconocerse vicios leves y cómo cabe interpretar lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley 25.188.

Palabras clave: acto administrativo, conflictos de intereses, derecho administrativo, régimen de invalidez del acto administrativo, corrupción.

Conflict of Interest and Invalidity of the Administrative Act in the National Public Administration

Abstract

This paper aims to analyze the incidence of conflicts of interest on the invalidity of administrative acts, according to the existing legal framework

^{*} Abogado (UBA), argentino. Maestrando en Derecho Administrativo (Universidad Austral), título en trámite. Ayudante docente de Elementos de Derecho Administrativo (UBA); ivan.rvk@gmail.com.

for the National Public Administration. To this end, firstly, we specified the concept of conflict of interest and the current regulation. Subsequently, we proceed to link such considerations to the regime of invalidity of administrative acts. In this examination, we review points such as in which essential elements does the conflict of interests has an impact, if defects of consent could be produced, if minor defects can be admitted and how could the provisions of Article 17 of Law 25.188 be interpreted.

Keywords: Administrative Act, Conflict of Interest, Administrative Law, Invalidity of Administrative Acts, Corruption.

I. Introducción

Si bien puede presumirse sencillo, el abordaje de los conflictos de intereses desde el régimen de invalidez del acto administrativo es un asunto que presenta no menores dificultades. Es que, por fuera de las cuestiones específicas propias de la regulación, pueden formularse interrogantes válidos en relación a cuáles son las piezas esenciales del acto que se ven afectadas, si media la configuración de un vicio de la voluntad, si en todos los casos media un vicio de gravedad, entre otros puntos.

De este modo, con la complejidad de este tema presente y con base en las normas aplicables a la Administración Pública Nacional, este trabajo intentará aportar un poco de claridad en torno a la vinculación entre el conflicto de intereses y el régimen de invalidez del acto administrativo. Para esta empresa, se comenzará por una conceptualización de la noción de conflicto de intereses y los distintos tipos existentes, junto con la descripción de la ordenación vigente. Luego y seguidamente, se procederá a relacionar estas consideraciones con el régimen de invalidez del acto administrativo, para lo cual se examinará la repercusión del conflicto de intereses en los elementos del acto, los vicios de la voluntad, la distinción entre actividad reglada y discrecional, los supuestos de los artículos 2 inciso i), 13, 14, 15 y 17 de la Ley N°25.188 (en adelante LEP) y el incumplimiento a las previsiones del Decreto N°202/17.

II. Conflictos de intereses: Legislación nacional, tipos y gestión adecuada

II.1. Conflictos de intereses y tipología

Se ha sostenido que la definición de conflictos de intereses es una cuestión estipulativa, puesto que depende del alcance que se le quiera dar a este término.¹ No obstante, y sin perjuicio de la variedad de enfoques que puedan adoptarse, puede afirmarse que en el ámbito público estatal se ha pasado a una definición objetiva de este concepto, es decir, sin relevancia de la motivación interior del agente. Esta es la caracterización que sigue la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y, en nuestro país, la Oficina Anticorrupción.²

A modo de explicación de este enfoque, sobre la base de un estudio del tema en Estados Unidos y Canadá, Andrew Stark ha señalado que mientras décadas atrás se intentaba mirar dentro de la mente del funcionario para determinar si estaba conflictuado, se ha pasado a reconocer que nunca puede saberse con certeza si la persona está subjetivamente conflictuada, con la consiguiente admisión de un criterio objetivo. El esquema subjetivo, apunta, permitía a algunos funcionarios mantener ciertos intereses mientras que a otros en los mismos puestos no, al tiempo que esa diferencia de tratamiento se basaba en imperfectas evaluaciones sobre la persona, su estado mental y su capacidad psicológica.³ En una orientación distinta, la adopción de una mirada objetiva y externa del conflicto ha llevado, por ejemplo, a prohibir a todos los funcionarios que entren en algunas situaciones establecidas "por la simple razón de que esas circunstancias pudieran

^{1.} De Michele, R., "Los conflictos de interés en el sector público", Coalición por la Transparencia, Guatemala, 2004.

^{2.} La Oficina Anticorrupción ha indicado que "la situación de conflicto de intereses se configura en forma objetiva, no importa cuáles sean las intenciones del funcionario y el beneficio concreto que este hubiere obtenido o podido obtener", Resolución RESOL-2019-24-APN-OA#MJ del 16/09/2019, punto XII.

^{3.} Cf. Stark. A., "Legislación relativa a conflicto de intereses en Estados Unidos y Canadá: Lecciones de la experiencia norteamericana", en Eréndira Sandoval I. (coord.), *Corrupción y Transparencia: Debatiendo las fronteras entre Estado, mercado y sociedad*, México, Siglo XXI, UNAM, Instituto de Investigaciones Sociales, 2009, 404-406.

conducir a conflicto interno subjetivo, si no en todos, por lo menos en algunos funcionarios".⁴

Así las cosas, actualmente y en relación a la función pública, el conflicto de intereses puede ser definido como una situación objetiva que se produce cuando un interés relevante privado del funcionario confronta o puede confrontar con el desempeño de sus deberes y responsabilidades públicas.⁵ Esta definición describe únicamente un estado, lo cual no implica por sí solo la comisión de ningún delito o infracción. En cambio, los diferentes reproches jurídicos que puedan realizarse estarán vinculados con la falta de gestión adecuada de tal conflicto.

De forma más precisa y en consideración de la incidencia de la regulación legal en este asunto, se ha sostenido que los elementos configurativos de un conflicto de intereses en la gestión pública presuponen: a) La existencia de un interés público y un interés privado; b) la conexión entre tal función y dicho interés, en la que por regla el funcionario debe poseer atribuciones sobre tales intereses, aunque excepcionalmente podrá no tenerlas y c) que la situación haya sido calificada como un conflicto de intereses. ⁶ Resulta interesante que esta postulación haya agregado la nota de calificación o tipicidad de la situación como conflicto, componente que las definiciones provenientes de otras disciplinas no incluían.

Será entonces la norma la que acotará y fijará cuáles intereses privados resultarán jurídicamente relevantes y la que determinará cuál es el mecanismo adecuado para neutralizar los efectos del conflicto de intereses.⁷

^{4.} Stark, 406.

^{5.} Cf. OECD, Recommendations of the council on OECD Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service, OECD/LEGAL/0316. En similar sentido, el proyecto de ley de un nuevo régimen de ética pública elaborado por el Poder Ejecutivo (INLEG-2019-13024451-APN-PTE del 06/03/2019) dispone: ARTÍCULO 27. — Existe conflicto de intereses en el ejercicio de la función pública cuando concurren o pueden concurrir el interés público propio del ejercicio de las funciones con un interés particular, sea o no de carácter económico. Se trata de una situación objetiva que se configura independientemente de la intención del funcionario.

^{6.} Cf. Larocca, A. C., "Los conflictos de intereses aparentes en el Estado Constitucional de Derecho", en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* Nº487, 2019, 25-28.

^{7.} Ibid., 27-28.

Con base en tal caracterización, en este estudio se abordarán los escenarios que reúnan la nota de calificación o tipicidad de una situación como conflicto de intereses. Sin embargo, más adelante, en función de lo previsto por los artículos 9 y 41 del Código de Ética de la Función Pública –Decreto $N^041/99-y$ ciertas normas en materia de excusación, me permitiré examinar sucintamente la posibilidad de conflictos comprendidos tan solo por un deber general, o si se quiere, "atípicos".

Dicho esto, es relevante señalar que, en la literatura en materia de integridad pública y anticorrupción, se suele distinguir los conflictos de intereses en tres categorías. En primer lugar, se contemplan los conflictos de intereses *reales* o *actuales*, los que configuran situaciones en las que el funcionario ya se encuentra en un conflicto de intereses o, visto retrospectivamente, se encontró en tal estado durante un período determinado. En segundo lugar, se describen los *conflictos de intereses potenciales*, los que constituirían escenarios en los cuales, en razón del cargo y los intereses privados del funcionario, existe la posibilidad de que medie una confrontación de intereses en un futuro. Por último, se han reconocido los denominados *conflictos aparentes*, que son explicados como estados en los cuales, desde la mirada del público y terceros, aparenta darse una confrontación entre los deberes o competencias del funcionario y sus intereses privados, pese a que ello no es efectivamente así.⁸

Como puede apreciarse, solo los dos primeros tipos entrarán en la definición antes referida del concepto de conflicto de intereses, mientras que el tercero solo determinará una apariencia de aquel. Respecto de estos últimos, justamente por ello se ha observado que, pese a su importancia en este tema, los "conflictos de intereses aparentes" no son conflictos de intereses. Por tal motivo, se ha sugerido que resultaría más apropiado hablar de "apariencia de conflictos de intereses".9

El propósito de la clasificación referida es diferenciar para poder proyectar distintas acciones para cada hipótesis. Es decir, tiene una finalidad para su abordaje desde el enfoque de las políticas públicas. De todas maneras, prestará cierta utilidad para el estudio de la invalidez del acto administrativo puesto que permitirá indagar sobre cuál es la gestión adecuada y

^{8.} Cf. OECD, cit.

^{9.} Larocca, 30.

debida para tratar el conflicto. Es así que, en una de sus publicaciones oficiales, la Oficina Anticorrupción, autoridad de aplicación de la ley Nº25.188,¹º asoció como principales mecanismos de gestión para cada tipo de conflicto los siguientes: a) para el actual: prohibición de actividad; b) para el potencial: el deber de abstención, y c) para el aparente: herramientas de transparencia y control, como sería el caso de los Decretos Nº201/2017 y Nº202/2017.¹¹

En lo que sigue, se abordarán estos distintos procedimientos, con la advertencia de que si bien se intentará vincular cada tipo de conflicto a una determinada regulación y gestión, como lo pretende hacer el citado órgano, como se verá, tal relación no es del todo perfecta.

Por otra parte, se aclara que en este análisis no se incluirá al Decreto N°201/17 dado que gestiona conflicto de intereses en el marco de la representación en juicio de la Administración Nacional, en cuyo ámbito los potenciales actos a dictarse en incumplimiento de aquel (allanamientos, desistimientos, quitas, esperas, transacciones, conciliaciones, convenios, entre otros) deberán analizarse a la luz de las prescripciones procesales. Tampoco será aquí examinada la restricción al desempeño de actividades privadas con posterioridad al cese de un cargo público, contemplada en el artículo 46 del Decreto N°41/99, en razón de la falta de incidencia en el tema de examen.

II.2. Gestión de los conflictos

II.2.1. Distinción entre incompatibilidad y conflictos de intereses

Antes de comenzar con la tarea propuesta, dedicaré unos párrafos a hacer una digresión en torno a la noción de incompatibilidad, la cual particularmente en La ley N^o 25.188 resulta confundible. Ello así, en tanto el

10. Anteriormente, por gracia de la Resolución del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos N^0 17/00, luego por el Decreto 174/2018 (Anexo II) y actualmente en razón del Decreto N^0 50 del 19/12/2019 (Anexo II), el cual dispone entre sus objetivos: "3. Ejercer las funciones que le correspondan en carácter de autoridad de aplicación de la Ley N^0 25.188".

11. Larocca, A. C., Ética pública y conflictos de intereses. Estudio para su prevención y su adecuada gestión, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Oficina Anticorrupción, 2019, 67.

capítulo V se titula "Incompatibilidades y Conflictos de Intereses" y dentro de este no se hace una clara distinción entre ambas categorías. Asimismo, toda vez que, a mi modo de ver, existe cierta discrepancia en doctrina en torno al concepto de incompatibilidad, puesto que las explicaciones brindadas son realizadas para tener un significado general, pero son construidas sobre la base de una legislación específica.

Se ha dicho así que la diferencia entre incompatibilidad y conflicto de intereses radicaría en que con la primera se protege al erario público frente al riesgo de que resulte imposible cumplir varias funciones al mismo tiempo o que el Estado pueda abonar más de un salario, mientras que en los segundos se protegería la imparcialidad, igualdad de trato y la independencia. Asimismo, se ha afirmado que la regulación de los conflictos de intereses buscaría preservar la equidad y la imparcialidad del funcionario evitando que su interés privado genere o pueda generar una colisión con los intereses públicos por los que debe velar. En cambio, las normas que regulan las incompatibilidades tendrían por objeto la protección de la integridad psicofísica del funcionario público, la ordenación del mercado de trabajo, fortalecimiento de la eficacia de la labor administrativa, el establecimiento de un medio jurídico para evitar abusos en la distribución de cargos públicos, y la defensa y garantía del interés público en la actuación de los funcionarios. Su la defensa y garantía del interés público en la actuación de los funcionarios.

Contra lo expuesto, se propone entender la incompatibilidad como un instituto o técnica, de origen legal, reglamentario o constitucional, de impedimento de dos o más actividades o beneficios, de forma simultánea y fundada en razones de interés público.¹⁴ Se trata así de un instituto que carece

^{12.} Ivanega, M. M., "Los conflictos de intereses en las contrataciones públicas", en *Revista del Régimen de la Administración Pública* - Jornadas sobre Cuestiones Estructurales de Derecho Administrativo. Instituciones, Buena Administración y Derechos Individuales / Jornadas organizadas por la Universidad Austral, 2018, 445.

^{13.} Zin, M., Incompatibilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, 14, citado en Nattero, P. y Baragli, N., Conflictos de intereses: disyuntivas entre lo público y lo privado y prevención de la corrupción. Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación - PNUD Argentina, 2009, 25-26.

^{14.} La definición propuesta se acerca la conceptualización hecha por Martínez, quien la entiende como un "impedimento de origen reglamentario, legal o constitucional, para desempeñar simultáneamente dos o más cargos o percibir determinadas asignaciones o

de finalidades precisas apriorísticas, ya que la legislación permite advertir su utilización para una amplia diversidad de presumibles objetivos. En efecto, puede apreciarse que se ha utilizado la incompatibilidad para regular desde la prohibición a los legisladores de ejercer cargos en el Poder Ejecutivo (art. 72 CN)¹⁵ hasta cuestiones de muy distinta cualidad como determinar cuáles compensaciones de gastos son admitidas en paralelo con otras. ¹⁶ Es por tal motivo que, por fuera de una referencia al interés público, otro elemento teleológico puntual no puede formar parte de la definición.

Así, entre todos los posibles fines que puede asumir una incompatibilidad, uno de ellos será la posibilidad de proveer a la gestión de algún tipo de conflicto de intereses, especialmente el de tipo actual *actual* o *real*, como se abordará a continuación.

En cuanto a las consecuencias, cabe agregar que este tipo de restricciones presentan diferentes formas para ser efectivizadas dentro de la legislación, como pueden ser el exigir la renuncia a una de las actividades o beneficios, la exclusión de una de las actividades o beneficios decididas por la Administración, o el permiso o autorización de una autoridad designada por la norma para purgar la incompatibilidad.¹⁷

haberes juntamente con el ejercicio de un cargo". Sin embargo, el autor luego le atribuye a esta finalidades como las previamente expuestas (exclusividad, evitar pagar dos salarios, etc.); Martínez, A. H., "Transparencia y corrupción en materia de contrataciones públicas: Conflictos de intereses", en *RDA* 2020-127, 46. En similar sentido, también se ha referido que la incompatibilidad es "el obstáculo que encuentra el agente o funcionario público para desempeñar dos o más cargos públicos, comprende una situación jurídica impuesta por la ley, prohibiendo al agente ejercer dos o más cargos o actividades, pues el ejercicio de tales tareas es interpretado como pernicioso para la consecución del interés público"; Barraza, J. I. y Schafrik, F. H., "Inhabilidades e incompatibilidades de los funcionarios o agentes públicos", en *LL*-1996-E, 1001.

^{15.} Disposición a la que se le ha atribuido la finalidad de: a) mantener la separación orgánica y estructural de poderes, b) mantener la independencia de los poderes y preservar al Legislativo de las interferencias del Ejecutivo y c) garantizar la libertad de criterio de los legisladores, la autonomía de sus opiniones para decidir e impedir la eventual incompatibilidad de funciones; Gelli, M. A., *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, 2da ed., Buenos Aires, La Ley, 2004, 534.

^{16.} Art. 6 ap. II régimen aprobado Decreto Nº911/2006.

^{17.} Cf. Barraza y Schafrik, cit.

II.2.2. La gestión adecuada ante los conflictos de intereses reales y potenciales

De conformidad con lo expresado previamente, los conflictos de intereses reales o actuales son aquellas situaciones en las que el funcionario ya se encuentra en un conflicto de intereses (o visto retrospectivamente, se encontró en tal estado durante un período determinado). En estos casos, las recomendaciones de abordaje desde el ámbito de las políticas de integridad sugieren como acción principal la renuncia a la actividad que ocasiona el conflicto.

En el marco de la Ley Nº25.188 de ética pública (LEP), la norma dispone determinaciones de esta índole en el artículo 13. Así, se establece:

ARTÍCULO 13. — Es incompatible con el ejercicio de la función pública:

a) dirigir, administrar, representar, patrocinar, asesorar, o, de cualquier otra forma, prestar servicios a quien gestione o tenga una concesión o sea proveedor del Estado, o realice actividades reguladas por este, siempre que el cargo público desempeñado tenga competencia funcional directa, respecto de la contratación, obtención, gestión o control de tales concesiones, beneficios o actividades;

b) ser proveedor por sí o por terceros de todo organismo del Estado en donde desempeñe sus funciones.

Como puede observarse, la ley utiliza la técnica de la incompatibilidad para manejar estos estados de conflicto. Estos dos impedimentos se hacen efectivos, en primer lugar, con la exigencia de renuncia contemplada en el artículo 15 inc a) LEP. Esta disposición prescribe: "En el caso de que al momento de su designación el funcionario se encuentre alcanzado por alguna de las incompatibilidades previstas del artículo 13, deberá: a) Renunciar a tales actividades como condición previa al cargo".

En cuanto a los conflictos de tipo potencial, es decir, en los cuales existe la posibilidad de que medie una confrontación de intereses en un futuro, estos se encuentran captados principalmente por dos normas. La primera, la estipulación prevista por el artículo 2 inciso i) LEP, la que determina el deber para el funcionario público de: "Abstenerse de intervenir en todo

asunto respecto al cual se encuentre comprendido en alguna de las causas de excusación previstas en la ley procesal civil". Por medio de este reenvío, se consagra el deber de excusación para los supuestos previstos por el artículo 17 del Código Procesal Civil y Comercial. La segunda, el art. 15 inciso b) LEP el que, en complemento a la renuncia precedente, establece que si el agente se encuentra en alguna de las hipótesis del artículo 13, deberá: "Abstenerse de tomar intervención durante su gestión, en cuestiones particularmente relacionadas con las personas o asuntos a los cuales estuvo vinculado en los últimos TRES (3) años o tenga participación societaria". 19

A propósito, se destacarán cuatro cuestiones sobre la aplicación de estos artículos (13 y 15 LEP).

i) Competencia funcional directa: este concepto es utilizado por el artículo 13 inciso b) para delimitar el ámbito del conflicto de intereses. En relación, se ha expresado que la competencia funcional directa es un concepto jurídico indeterminado, el cual debe "considerarse como aquella relación

- 18. Art. 17. Serán causas legales de recusación:
- 1) El parentesco por consanguinidad dentro del cuarto grado y segundo de afinidad con alguna de las partes, sus mandatarios o letrados.
- 2) Tener el juez o sus consanguíneos o afines dentro del grado expresado en el inciso anterior, interés en el pleito o en otro semejante, o sociedad o comunidad con alguno de los litigantes, procuradores o abogados, salvo que la sociedad fuese anónima.
- 3) Tener el juez pleito pendiente con el recusante.
- 4) Ser el juez acreedor, deudor o fiador de alguna de las partes, con excepción de los bancos oficiales.
- 5) Ser o haber sido el juez autor de denuncia o querella contra el recusante, o denunciado o querellado por éste con anterioridad a la iniciación del pleito.
- 6) Ser o haber sido el juez denunciado por el recusante en los términos de la ley de enjuiciamiento de magistrados, siempre que la Corte Suprema hubiere dispuesto dar curso a la denuncia.
- 7) Haber sido el juez defensor de alguno de los litigantes o emitido opinión o dictamen o dado recomendaciones acerca del pleito, antes o después de comenzado.
- 8) Haber recibido el juez beneficios de importancia de alguna de las partes.
- 9) Tener el juez con alguno de los litigantes amistad que se manifieste por gran familiaridad o frecuencia en el trato.
- 10) Tener contra el recusante enemistad, odio o resentimiento que se manifieste por hechos conocidos. En ningún caso procederá la recusación por ataques u ofensa inferidos al juez después que hubiere comenzado a conocer del asunto.
- 19. Ver Larocca, Ética pública..., 120-134.

entre el funcionario y las empresas susceptible de generar un conflicto de intereses en situaciones de máxima proximidad entre el cargo desempeñado y la actividad privada".²⁰ En esta línea, se ha señalado que no es necesario para la configuración de esta hipótesis que tales atribuciones sean decisorias, sino que basta que el funcionario deba intervenir de algún modo en las instancias de contratación, control o gestión del procedimiento.²¹

ii) Tenencia accionaria: la Oficina Anticorrupción ha sostenido que no existe ninguna disposición que obligue a un funcionario a desprenderse de su capital como condición para acceder a la función pública.²² En este sentido, no cabría encuadrar esta tenencia en ninguno de los incisos del artículo 13 sino en el art. 15 inciso b), el cual solo consagra un deber de abstención. No obstante, con base en el deber de prudencia, en carácter de *recomendación*, el referido organismo ha sugerido la adopción de medidas adicionales tales como la constitución de un fideicomiso ciego administración y disposición o, el desprendimiento de las acciones.²³

- 20. Dictámenes 234:478 (2000) punto 3.f), el cual tuvo como base la opinión plasmada en la Resolución OA/DPPT $N^{\circ}38$ del 14/09/2000.
- 21. Larocca, Ética pública..., 88.
- 22. Resoluciones OA/DPPT Nº446 del 18/06/2014, Nº509 del 15/01/2016, RESOL-2016-4-E-APN-OA#MJ del 30/09/2016 y RESOL-2018-14-APN-OA#MJ del 21/03/2018.
- 23. Resoluciones RESOL-2016-1-E-APN-OA#MJ del 09/09/2016, RESOL-2018-14-APN-OA#MJ del 21/03/2018. Por otra parte, el proyecto de ley de ética pública elaborado por la Oficina Anticorrupción (INLEG-2019-13024451-APN-PTE del 06/03/2019) contempló lo siguiente:

ARTÍCULO 32. — Los funcionarios con jerarquía o funciones equivalentes o superiores a las de Subsecretario del PODER EJECUTIVO NACIONAL, y los miembros de los órganos de gobierno de los Entes Reguladores de Servicios Públicos, no podrán ser titulares de: a. Acciones u opciones sobre acciones, bonos o cualquier otro título valor emitido por sociedades anónimas abiertas cuya actividad se encuentre sujeta al ámbito de su competencia o su cotización pudiera verse influenciada sustancialmente por los actos que emitieran; b. Participaciones sociales en sociedades cerradas cuya actividad se encuentre sujeta al ámbito de su competencia y en una cantidad suficiente para formar la voluntad social o para controlarla por cualquier otro medio. En el caso de que, al momento de asumir el cargo, el funcionario se encuentre alcanzado por alguna de las situaciones previstas en este artículo deberá enajenar los títulos valores o las opciones a un tercero o bien constituir un fideicomiso ciego de administración y disposición de acuerdo con los parámetros que establezca la reglamentación. La opción se ejercerá sin perjuicio del deber de abstención que corresponda mientras el bien subsista en el patrimonio del funcionario. El funcionario

iii) Políticas generales y deber de excusación: el mismo órgano ha sostenido que el deber de excusación no alcanza al dictado de medidas generales que inciden indirectamente sobre la actividad de las sociedades de las cuales el funcionario tiene participación accionaria o respecto de las personas con las cuales tuvo un vínculo anteriormente. El fundamento esbozado es que no se verificaría una relación directa que pueda configurar un conflicto de intereses, toda vez que el desempeño de la función pública conlleva de por sí la carga de adoptar decisiones que, de una manera u otra, afectan a los actores del mercado. Por tanto, se ha entendido que la fijación de políticas generales no haría incurrir, a priori, en conflictos de intereses que vulnerarían las prescripciones emanadas de la LEP. En contraste, sería solo en aquellas contingencias específicas en las que el agente público tiene que resolver casos particulares donde la competencia funcional directa adquiriría relevancia. No obstante, la Oficina Anticorrupción ha distinguido la referida hipótesis del caso en el cual, si bien media una resolución general por la que se implementa una política de gestión, el número de afectados por la norma es finito e individualizable, lo que torna exigible la excusación.²⁴

iv) Plazo de abstención: han existido discrepancias en cuanto al modo de computar el plazo del artículo 15 inciso b) LEP, el cual ordena al agente abstenerse de "tomar intervención, durante su gestión, en cuestiones particularmente relacionadas con las personas o asuntos a las cuales estuvo vinculado en los últimos TRES (3) años o tenga participación societaria". Es que, por un lado, en algunos pronunciamientos, la OA consideró que el plazo de tres años se extendía desde el nombramiento y durante toda la gestión del funcionario, hasta su cese. En cambio, en otras intervenciones se consideró que el plazo cesa transcurridos los tres años desde la vinculación con la empresa. La última interpretación de la OA, plasmada

deberá ejercer e instrumentar las opciones previstas en este artículo dentro del plazo de SESENTA (60) días hábiles desde la asunción en el cargo.

^{24.} Resolución OA/DPPT Nº103 del 25/04/2003, RESOL-2016-4-E-APN-OA#MJ del 30/09/2016.

^{25.} Resolución OA/DPPT Nº89/02 del 04/12/2002, Nº122 del 12/03/2009, 141 del 22/02/2010 y 364 del 21/02/2013, entre otras.

^{26.} Resolución OA/DPPT $\rm N^0$ 94 del 21/03/2003, 113 del 13/10/2006, 427 del 21/02/2014, entre otras.

en resoluciones de la anterior gestión y respaldada en la última publicación institucional del ente, adhiere a la segunda de estas hermenéuticas, para lo cual toma en cuenta la finalidad de la última reforma de la Ley $N^{o}25.188$ – producida por el Decreto $N^{o}862/2001$ – y cierta sistematicidad con la forma de computar años que dispone el artículo 14 de la misma ley. 27

Una mención aparte merece el artículo 14 LEP, el cual dispone que aquellos funcionarios que hayan tenido intervención decisoria en la planificación, desarrollo o concreción de privatizaciones o concesiones de empresas públicas o servicios públicos tendrán vedada su actuación en los entes o comisiones reguladoras de esas empresas o servicios, por el período de tres años inmediatamente posteriores a la última adjudicación en la que hayan participado.

En relación, presenta cierta dificultad ubicar el conflicto que aquí subyace en la categoría de potencial o real. En algunos casos, el funcionario podrá haber intervenido en la planificación de toda la privatización de un sector, por lo que de pasar a ser autoridad de control habría un conflicto real siempre. Sin embargo, también podría haber intervenido tan solo en una privatización de varias realizadas en el sector, por lo que el conflicto tendría una naturaleza asimilable a potencial.

Por fuera de su vinculación con la tipología de conflictos, se ha dicho que el sentido de la disposición reside en evitar que quien incluso como funcionario participó en un proceso de privatización actúe luego en un organismo con atribuciones para controlar o revisar dicho proceso, lo cual podría conllevar el ocultar eventuales irregularidades. En este sentido, en mi opinión, nuevamente la ley acude a la técnica de la incompatibilidad para gestionar un conflicto de intereses. Nótese que el funcionario que se desempeñó en algunos puntos de una privatización podrá tener un interés privado en que las irregularidades por él cometidas no sean luego advertidas, lo que un rol en los órganos de control podría facilitar.

Por último, es dable acotar que, al operar como una inhabilitación a ocupar cargo, la contravención al artículo 14 LEP se presenta como la hipótesis de menor probabilidad de ocurrencia en contraste con las demás.

^{27.} Resolución OA/DPPT Nº523/16 del 07/09/2016 y Larocca, Ética pública..., 121-125. 28. Larocca, Ética pública..., 168.

II.2.3. La gestión adecuada en los conflictos de intereses aparentes. Decreto N^o 202/17

Como se indicó precedentemente, los denominados conflictos de intereses aparentes, o más bien *apariencia de conflictos de intereses*, resultan ser escenarios en los cuales no se configura un conflicto en el sentido precedentemente definido (comprensivo de los de tipo real y potencial). Empero, son situaciones en las que existe una percepción generalizada de que la imparcialidad de un funcionario podría encontrarse afectada. Contra estos, la literatura ha recomendado su abordaje mediante la utilización de protocolos para su gestión. En nuestro país, si bien al momento no existe un marco general que regule esta categoría, se encuentran vigentes los Decretos N°201/17 y 202/17, los que han sido caracterizados como mecanismos de tratamiento de conflictos aparentes, de aplicación para las situaciones específicas que regulan.²⁹

Sin perjuicio de que puedan hacerse observaciones a la relación entre tales decretos y el concepto de conflictos de intereses aparentes,³⁰ por motivos esencialmente explicativos –y de acompañamiento al criterio del órgano rector para la Administración Pública Nacional– se asociará esta reglamentación a este tipo de conflicto (se recuerda a su vez, que se ha aclarado en el punto II.1 la razón de por qué no se aborda el Decreto Nº201/2017 en este trabajo).

Por medio del Decreto N^o 202/2017 se aprobó un procedimiento consistente en un sistema de declaración jurada a suscribir por parte de particulares, al cual sucede una serie de reglas y mecanismos, en caso de que se determine la existencia de alguno de los vínculos comprendidos.

^{29.} Ibid., 142-143.

^{30.} Para el caso del Decreto N°202/17, podría observarse que solo los supuestos contenidos en el artículo 1º de este régimen son aparentes, en tanto, además, los funcionarios no partan de tener establecida una intervención en el caso (ej.: si un procedimiento se inicia en un organismo descentralizado pero está previsto que intervenga el ministro del ramo en alguna etapa, ministro que a su vez es acreedor de uno de los interesados, no hay una apariencia de conflicto, hay un conflicto de interés). Así, ciertos casos del artículo 1º y los contenidos en el artículo 2º parecen más bien conflictos de tipo potencial, dado que comprenden a funcionarios que pueden llegar a intervenir y decidir sobre el asunto.

El artículo 1º de este decreto contempla la hipótesis de apariencia de conflicto de intereses comprensiva de las más altas autoridades nacionales y dispone:

ARTÍCULO 1º — Toda persona que se presente en un procedimiento de contratación pública o de otorgamiento de una licencia, permiso, autorización, habilitación o derecho real sobre un bien de dominio público o privado del Estado, llevado a cabo por cualquiera de los organismos y entidades del Sector Público Nacional comprendidas en el artículo 8º de la Ley Nº24.156, debe presentar una "Declaración Jurada de Intereses" en la que deberá declarar si se encuentra o no alcanzada por alguno de los siguientes supuestos de vinculación, respecto del Presidente y Vicepresidente de la Nación, Jefe de Gabinete de Ministros y demás Ministros y autoridades de igual rango en el Poder Ejecutivo Nacional, aunque estos no tuvieran competencia para decidir sobre la contratación o acto de que se trata:

- a) Parentesco por consanguinidad dentro del cuarto grado y segundo de afinidad,
- b) Sociedad o comunidad,
- c) Pleito pendiente,
- d) Ser deudor o acreedor,
- e) Haber recibido beneficios de importancia,
- f) Amistad pública que se manifieste por gran familiaridad y frecuencia en el trato.

En caso de que el declarante sea una persona jurídica, deberá consignarse cualquiera de los vínculos anteriores, existentes en forma actual o dentro del último año calendario, entre los funcionarios alcanzados y los representantes legales, sociedades controlantes o controladas o con interés directo en los resultados económicos o financieros, director, socio o accionista que posea participación, por cualquier título, idónea para formar la voluntad social o que ejerza una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas.

Sucesivamente, por artículo 2º el decreto prescribió que deberá presentarse idéntica declaración y en los mismos supuestos previstos por el artículo 1º, cuando la vinculación exista en relación al funcionario con rango a inferior a ministro "que tenga competencia o capacidad para decidir sobre la contratación o acto que interese al declarante". Esta última regla derivó en que, desde su dictado, en los pliegos particulares de cada Ministerio u organismo se declare quiénes son los sujetos con tal capacidad decisoria, entre los que suelen encontrarse a secretarios, máximas autoridades de un ente descentralizado —quienes poseen por lo general rango de Secretario— y máximas autoridades regionales de cada organismo, en caso de que estos últimos tengan delegadas o asignadas competencias decisorias sobre algún asunto.

El decreto no alcanzó solamente a los procedimientos de adquisición de bienes, servicios y obras sino también a las adjudicaciones de derecho reales de dominio sobre algún bien estatal³¹ y a la amplia variedad de adjudicaciones de licencia.

Ahora bien, en caso de detectarse un conflicto de intereses entre el interesado y alguno de los sujetos del artículo 1º o 2º del Decreto Nº202/17, el artículo 4º prevé el deber de seguirse un procedimiento de tres etapas:

- 1) Comunicación a la Oficina Anticorrupción y la Sindicatura General de la Nación;
- 2) Dar a publicidad la totalidad de las actuaciones en la web de la repartición y en la de la Oficina Anticorrupción y mantener actualizado y
- 3) Adoptar, de manera fundada, al menos uno de los siguientes mecanismos: pactos de integridad, participación de testigos sociales, veeduría especial de organismos de control, audiencias públicas.³² El funcionario sobre los cuales se hubiese declarado un conflicto de intereses deberá además abstenerse de intervenir en el caso y será sustituido por el funcionario al que le tocaría intervenir en caso de excusación.³³

^{31.} Estos últimos sobre derechos reales y dominio, igualmente comprendidos en el Decreto Nº1023/01 (art. 4 inciso a) y regulados particularmente en el Manual de Procedimientos aprobado por Disposición 62 - E/2016 (Capítulo VII).

^{32.} La Resolución RESOL-2017-11-APN-OA#MJ del 19/05/2017 precisó las reglas a seguir para cada uno de estos mecanismos: pacto de integridad (Anexo II), testigo social (Anexo III), veedurías de organismos de control (Anexo IV) y audiencias públicas (Anexo V).

^{33.} En el caso de que el conflicto involucre al jefe de Gabinete y simultáneamente a otro ministro, se dispone que serán de aplicación las reglas fijadas en los artículos 9 $^{\rm o}$ y 10 del Decreto N°977/95.

Por último, se prevé que los mecanismos de integridad fijados deberán aplicarse en todas las etapas del procedimiento y de ejecución del contrato.

Al respecto, han mediado tres normas de interés complementarias del decreto:

- i) Lineamientos de la Oficina Anticorrupción: por medio de la Resolución OA Nº11/2017³⁴ se estipuló que la obligación de presentar la declaración se tendrá por cumplida una vez presentado ante el organismo el formulario aprobado allí como Anexo. Indicó asimismo que las autoridades convocantes deberán informar en cada procedimiento los nombres y cargos de los funcionarios con competencia o capacidad de decisión sobre la contratación o acto correspondiente, para lo cual aclaró: "La omisión en la declaración jurada no será considerada falsa cuando aquellos no tengan competencia o capacidad para el dictado del acto definitivo que interese al declarante" (art. 1º). Esta precisión vino a solucionar algunas inquietudes en cuanto al alcance de la "capacidad decisoria" del art. 2º del Decreto 202/17.³5
- ii) Comunicación de la Oficina Nacional de Contrataciones: de forma posterior a los referidos lineamientos, para el caso de bienes y servicios –comprendidos por el Decreto Nº1023/01 y Decreto Nº1030/2016–, a través de la Comunicación General Nº76/17³⁶ la Oficina Nacional de Contrataciones determinó un procedimiento para la carga y actualización de la declaración jurada para contrataciones enmarcadas en la plataforma COMPRAR. Este sistema parecería sustituir en este ámbito a la declaración

^{34.} Resolución RESOL-2017-11-APN-OA#MJ del 19/05/2017.

^{35.} Por otra parte, preceptuó algunas directrices que pueden sintetizarse de la siguiente manera: a) El organismo debe incorporar en las actuaciones una copia de la última actualización presentada de la Declaración Jurada; b) si se requiere una inscripción previa a un registro, las autoridades deben poner a disposición los formularios electrónicos para el cumplimiento de la declaración; c) en tal último caso, los interesados deben manifestar si la declaración jurada de tal registro se encuentra actualizada; d) cuando no se requiera la inscripción, la declaración debe acompañarse en la primera oportunidad prevista de presentación ante el organismo, y e) antes del 31 de marzo de cada año deberá actualizarse tal declaración para el caso de inscripciones en registros (arts. 2º y 3º).

^{36.} NO-2017-11955383-APN-ONC#MM del 19/06/2017.

adjuntada como anexo.³⁷ También, por medio de este reglamento, la ONC determinó que las Unidades Operativas de Compras deben suministrar la información para que los oferentes puedan cumplir con la obligación establecida en el artículo 2º del Decreto Nº202/17, con indicación de nombres y cargos de los funcionarios con competencia para autorizar la convocatoria, elección de procedimiento, aprobación de los pliegos, dejar sin efecto, declarar desierto, aprobar el procedimiento, adjudicar y declarar fracaso.

iii) Recomendaciones en contrataciones sobre COVID-19: si bien aclarado en una recomendación para unas contrataciones especiales, la Oficina Anticorrupción sugirió que si ocurriera un cambio de funcionarios durante el procedimiento y antes de la emisión del acto administrativo de cierre, el organismo deberá informar a la mayor brevedad posible los nombres de las nuevas autoridades, a través de los mismos medios y plazos previstos, a efectos de que los interesados actualicen lo declarado oportunamente.³⁸

II.2.4. ¿Conflictos de intereses fundados en deberes generales?

Inicialmente se coincidió en que, para configurar conflictos de intereses, la situación en particular debe estar calificada o tipificada como tal. A su vez, la ley debe prever el modo de neutralización del conflicto (excusación, renuncia, etc.). Sin embargo, resulta pertinente la pregunta acerca de si, por fuera de los escenarios antes vistos y específicamente regulados, es exigible

37. La comunicación estableció que al inscribirse en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO) los interesados deben completar la "Declaración Jurada de Intereses" y declarar si se encuentran o no alcanzados por los supuestos de vinculación de los artículos 1º y 2º del Decreto Nº202/17. Luego, en oportunidad de presentarse como oferentes en un procedimiento particular, deben "verificar si corresponde modificar algo de lo declarado, principalmente en relación a la vinculación referida en el artículo 2º". Así, para los procedimientos que se canalizan por COMPRAR, la obligación de presentar la declaración jurada se tendría por cumplida con su carga y actualización en el SIPRO, a la vez que la obligación de manifestar que la declaración está actualizada se encuentra cumplida con la presentación de la oferta. En el caso de que la contratación no se realice por medio, la declaración jurada debe acompañarse junto con la presentación de la oferta y ser actualizada en el SIPRO.

38. Documento, "Recomendaciones para fortalecer la integridad y transparencia en contrataciones públicas celebradas en el marco de la emergencia por COVID-19", apartado 3, aprobado como anexo a la Resolución RESOL-2020-5-APN-OA#PTE.

una conducta extra al funcionario. Como base de tal inquietud toman relevancia dos preceptos del Código de Ética de la Función Pública, aprobado por el Decreto Nº41/99. En este sentido, el artículo 9º de tal cuerpo consagró el deber de prudencia al indicar que la función pública debe inspirar confianza en la comunidad y que deben evitarse acciones que pudieran poner en riesgo la función pública, el patrimonio del Estado o la imagen que debe tener la sociedad acerca de sus servidores. Por otra parte, el artículo 41 puntualizó que "el funcionario no puede mantener relaciones ni aceptar situaciones en cuyo contexto sus intereses personales, laborales económicos o financieros pudieran estar en conflicto con el cumplimiento de sus deberes y las funciones a su cargo".

Adicionalmente, como fue visto, el artículo 2 inciso i) de la LEP ordena al funcionario "Abstenerse de intervenir en todo asunto respecto al cual se encuentre comprendido en alguna de las causas de excusación previstas en ley procesal civil". A su vez, el artículo 6º de la LNPA estipula que la excusación de los funcionarios se regirá por el artículo 3º del Código Procesal Civil y Comercial. Al respecto, la disposición del citado Código establece: "[el magistrado] Asimismo podrá hacerlo [excusarse] cuando existan otras causas que le impongan abstenerse de conocer en el juicio, fundadas en motivos graves de decoro o delicadeza". De acuerdo con esta ilación de normas, para el funcionario público alcanzado por la LEP o la LNPA, el decoro sería también una causal de excusación.

En un abordaje inicial a esta cuestión, la Oficina Anticorrupción ha evaluado si más allá de las permisiones de la LEP, resulta atinente que se ponderen complementariamente algunas circunstancias, en casos en que por motivo de relevancia institucional la solución de la norma resulte insuficiente para garantizar la imparcialidad o la correcta imagen que debe tener la sociedad de sus servidores. Esta indagación no ha llevado a exigir, aunque sí a recomendar, con base en el deber de prudencia, algunas medidas como el desprendimiento de tenencias accionarias o la constitución de un fideicomiso ciego. ³⁹ El Órgano no parece haberse expedido sobre el posible alcance del artículo 30 CPCC.

Por tanto, de conformidad con la interpretación oficial, medidas adicionales de gestión de conflictos lo serán al efecto de recomendación. En

^{39.} Resolución RESOL 2016-1-E-APN-OA#MJ.

razón de este carácter, la omisión de las medidas sugeridas —o que hubieran podido sugerirse— no parece que pudiera tener incidencia para invalidar un acto administrativo. Por otra parte, sin que exista una opinión oficial, lo que en principio dispone la remisión al artículo 30 CPCC es un margen potestativo para el funcionario.

Es claro que esta mirada otorga seguridad y es además coincidente con que las restricciones a derechos deban estar estipuladas por ley. No obstante, puede ser que queden cosas para decir sobre estos conflictos fundados en deberes generales o "atípicos", en lo que concierne a la exigibilidad de acciones de gestión. Pese a ello, en este trabajo me limitaré simplemente a dejar planteada la cuestión, sin pretender ahondar en este punto. Esto así, dado que requeriría una producción específica sobre este interrogante y, asimismo, para no adicionar aún más complicaciones al tema de objeto.

III. Régimen de invalidez

III.1. Conflicto de intereses y vicios del acto administrativo

III.1.1. Vicios en los elementos esenciales

Con el marco jurídico presente, se intentará determinar cuáles son los vicios que suponen un acto administrativo dictado mediando conflicto de intereses. A este respecto, se iniciará con un examen de los vicios correspondientes en los elementos esenciales, cuestión en la que tomarán relevancia los diferentes alcances y modos de interpretar los defectos contenidos en el artículo 14 de la LNPA.⁴⁰ Luego, se continuará con un análisis de los vicios de la voluntad y sucesivamente, se considerará la repercusión de la distinción entre actividad reglada y discrecional en este asunto.

Pues bien, comenzando por el artículo 14 inciso b) de la LNPA, esta disposición consagra como vicio la incompetencia en razón de la materia,

40. Debe resaltarse que se presenta una dificultad inicial en el análisis de estos supuestos, en tanto, como se ha observado, si se traza un paralelismo entre tales incisos y los artículos 7 y 8 de la ley de procedimientos, no existen coincidencias absolutas; Cf. Balbín, C. F., *Tratado de Derecho Administrativo*, 2da ed., Tomo III, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, 80.

el tiempo o el grado, aspecto que conecta con el elemento competencia del artículo 7 inciso a) de la LNPA. De acuerdo con los alcances de esta pieza, no parece que la gestión adecuada exigible del conflicto incida en este elemento. Más bien y por el contrario, por regla, será justamente en razón de la competencia que tiene asignada el agente que se dará objetivamente el conflicto.⁴¹

El inciso en análisis también contempla el defecto en la causa, por no existir esta o ser falsos los hechos o el derecho invocado, lo cual se enlaza con el artículo 7 inciso b) de la LNPA y se distingue de concepciones iusprivatistas de la causa vinculadas al origen o fin de las obligaciones. ⁴² En lo que atañe a este elemento, el conflicto de intereses tampoco parece afectarlo de manera directa. Los hechos que habilitan el dictado del acto pueden existir, estar comprobados en el expediente administrativo y ser conducentes, pese a lo cual el funcionario puede haber omitido excusarse, renunciar a la otra actividad o aplicar el protocolo para conflictos de intereses aparentes. Lo mismo puede decirse sobre las normas que dispongan los requisitos para el dictado del acto. No necesariamente por el conflicto de intereses la ley invocada se encontrará derogada, no existirá o mediará una falta de correspondencia entre el derecho objetivo vigente aplicado y el acto.

Me adelantaré unos pasos, a fin de relevar los elementos motivación, finalidad y forma, encuadrables dentro de los vicios a las formas esenciales y la finalidad, contenidos en la última parte del art. 14 inc b) de la LNPA. En este sentido, si se adopta el concepto de motivación como la exteriorización de la causa y la finalidad; ii) la finalidad como el deber de perseguir los propósitos que surjan de las normas, sin perseguir encubiertamente otros fines públicos o privados y iii) la forma como el medio en que se exterioriza la declaración (en principio, por escrito),⁴³ tampoco parece que se vean afectados *necesariamente* estos elementos de mediar un conflicto de intereses desde una perspectiva objetiva del conflicto.

^{41.} Como un caso anormal, podrá analizarse retrospectivamente el cuadro en el que un funcionario incompetente intervino, a su vez, en conflicto de intereses.

^{42.} Ver Comadira, J. R., El acto administrativo: en la ley nacional de procedimientos administrativos, Buenos Aires, La Ley, 2011, 36, y Cassagne, J. C., Curso de Derecho Administrativo, 12va ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2018, 685-686.

^{43.} Cf. Comadira, 43-53.

Así las cosas, la resta obtenida nos deja con los elementos objeto y procedimiento, contenidos respectivamente en los incisos c) y d) del artículo 7 de la LNPA. Sobre estos se ahondará a continuación.

En cuanto al objeto, el art. 14 inciso b) no receptó expresamente una referencia a tal pieza v en cambio, estableció que el acto sería nulo si mediare "violación de la ley aplicable". Una interpretación amplia de este término podría entender que siempre que se verifique algún otro vicio, se daría entonces también un vicio por violación de la lev. Sin embargo, en contra de tal lectura, Balbín ha planteado una posición interesante en la cual se ocupa de definir el alcance de este vicio. En primer lugar, señala, habría que diferenciar la causa del obieto del acto. El vicio en la causa acontecería cuando la norma invocada no existe o es falsa (es decir, cuando no integra el ordenamiento jurídico), mientras que el vicio en el objeto se presentaría cuando medien contradicciones entre el acto y el sentido, alcance y cumplimiento de las normas. En segundo lugar, las violaciones a la ley por infracción a los restantes elementos esenciales que prevén los arts. 7º y 8º de la LNPA deben reconducirse a los vicios para cada elemento (salvo para el elemento objeto), lo que permitiría advertir con mayor claridad los diferentes defectos de los actos. 44 Esta diferenciación, estimo, ofrece una respuesta plausible para caracterizar este vicio⁴⁵ y, en síntesis, postula que solo operará un defecto en el obieto cuando se contravenga lo dispuesto en una norma y, además, esa contravención no pueda ser ubicada en otro vicio.

Con base en esta hermenéutica, del universo de conflictos que fueron analizados en el punto II.2. habrá un caso en el cual el incumplimiento a la gestión adecuada del conflicto incidirá en el objeto. Esto ocurrirá ante la contravención al artículo 14 LEP, norma que opera como una inhabilitación para ocupar un cargo por un determinado plazo. Se trata de un escenario en donde media un incumplimiento a un precepto legal y tal falta no es reconducible a otra pieza esencial.

Pero por fuera del excepcional escenario del artículo 14 LEP, afirmaré que es en el elemento *procedimiento* en donde se verifica de forma

^{44.} Balbín, 192-193.

^{45.} Sin perjuicio de que la distinción entre norma inexistente y norma que existe aunque se contraría pueda resultar de difícil de determinación en algunos casos.

a originaria y necesaria el defecto del acto en los restantes supuestos,⁴⁶ lo cual queda comprendido dentro del vicio a las formas esenciales a las que alude el artículo 14 inciso b) de la LNPA.⁴⁷ Es que, en estas hipótesis, la gestión adecuada del conflicto se traduce en la exigencia de un procedimiento previo a adoptar (excusación, renuncia a alguna actividad o cumplimiento de los lineamientos del Decreto N°202/17).⁴⁸

Es dable remarcar que, en estos casos, el vicio en otros elementos del acto será contingente y no atado a la mera producción del conflicto. De este modo, no siempre que medie un conflicto de intereses se habrá producido un vicio en la competencia (ej.: por asumir la competencia de otro Ministerio), en la causa (ej.: por decidir en contradicción con los hechos asentados en el expediente), en el objeto (ej.: por asignar un beneficio económico más alto que el tope legal permitido), en la motivación (ej.: por carecer de una fundamentación adecuada de la decisión, particularmente si es discrecional) o en la finalidad de aquel (ej.: por hacerlo para beneficiar a un familiar y no para satisfacer el interés público). Un vicio en otro elemento podrá o no verificarse.

Mas merece tenerse en cuenta que, de manera *indirecta* y en conjunción con otras irregularidades o el tipo de actividad, el conflicto de intereses puede constituir una pieza indiciaria de un vicio en la finalidad por desviación de poder. A este respecto, corresponderá evaluar: a) la existencia de otros defectos en la tramitación –por fuera del incumplimiento a la gestión debida– (ej.: no haberse seguido el procedimiento de selección correspondiente para una adquisición, la determinación de precios pagados significativamente más altos que los de mercado, etc.) y b) en qué medida la actuación de la Administración fue reglada y discrecional (se volverá más adelante sobre este último punto). Es por tanto que, en conexión con otras anomalías, el conflicto puede incidir en valoración de la desviación de poder

^{46.} En igual sentido en cuanto a la afectación al elemento procedimiento, Villar, F., "La revocación de los actos administrativos en conflictos de interés. ¿Deben revocarse en todos los casos?", en *Revista Argentina de Derecho Administrativo* Nº2, Universidad Austral, junio 2019.

^{47.} Comadira, 105.

^{48.} Adviértase que la renuncia a la actividad vedada, en los términos del artículo 15 inciso a) LEP, no es una condición previa para el dictado del acto de designación en el cargo sino para asunción de este.

e incluso, llevar a concluir la existencia de una injerencia beneficiadora por parte de una autoridad para con un particular, circunstancia que conduce además a la posible comisión del delito de negociaciones incompatibles (art. 265 CP).⁴⁹

Destaco que las conclusiones que se arriban aquí parten del entendimiento y alcance otorgado precedentemente al elemento objeto y al vicio de violación a la ley aplicable. Una interpretación distinta de la asumida podrá conducir a valorar que en los supuestos de los artículos 2 inciso i), 13 y 15 LEP, además de un vicio en el procedimiento, también hay un defecto en el objeto.

III.1.2. Vicios de la voluntad

Resulta necesario, por otro lado, efectuar ciertas precisiones en torno a los vicios de la voluntad contenidos en el artículo 14 inciso a) de la LNPA al prescribir que el acto es nulo cuando la voluntad de la Administración "resultare excluida por error esencial; dolo en cuanto se tengan como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos; violencia física o moral sobre el agente; por simulación absoluta".

Cierto sector de la doctrina, en una posición que pone énfasis en el carácter objetivo de la irregularidad, reconduce estos vicios de la voluntad a los concernientes a los elementos del acto. Se ha referido así que en el marco de la Administración, i) el error "esencial" que contempla dicho artículo debe ser relacionado con los supuestos de exclusión o vicio grave de un elemento esencial por lo que el dolo solo generaría la nulidad en cuanto se encuentre gravemente afectada la causa; ii) que el vicio de violencia solo tiene significación jurídica cuando afecta algún elemento esencial del acto, aunque adquiere diferentes matices en caso de actividad discrecional, y iii) que en la hipótesis de simulación –en la que por cierto no habría vicio de la voluntad sino intención— siempre habría invalidez, puesto que se verían afectados algunos o todos los elementos esenciales.⁵⁰

49. Se ha sostenido que el funcionario incurre en este delito cuando "condiciona la voluntad negocial de la administración, por la inserción del interés particular", el cual se plasma en una injerencia aprovechadora, Colombo, M. y Honisch, P., *Delitos en las contrataciones públicas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2012, 151.

50. Cf. Comadira, 90-95. En similar sentido, Hutchinson también vincula el supuesto de error esencial y dolo con el vicio en la causa, mientras que la simulación implicaría un fin

Balbín, en una postura distinta, plantea que en algunos casos el presupuesto de la voluntad es relevante y en otros no. Por esta razón, manifiesta que "en el campo de los actos enteramente reglados, el presupuesto volitivo es casi irrelevante ya que el agente debe necesariamente obrar y a su vez hacerlo de un modo predeterminado". Sin embargo, indica que en el ámbito de los actos discrecionales el presupuesto volitivo sería relevante y consecuentemente sus vicios también, dado que aquí estos defectos no podrían ubicarse entre los elementos esenciales del acto sino únicamente en el aspecto volitivo. Bajo esta perspectiva, si los vicios de la voluntad inciden en cualquiera de los elementos esenciales del acto, entonces no habría que aplicar el inciso a) del artículo 14 LNPA. En cambio, cuando el vicio esté presente en el marco de un acto cuyos elementos son válidos, los defectos en el consentimiento y voluntad serían jurídicamente relevantes; el acto sería válido desde el punto de vista objetivo pero inválido desde la perspectiva subjetiva.

Por otra parte, en réplica a otras lecturas, el citado profesor agrega que el intento de reconducción de los vicios de la voluntad a los de los elementos esenciales del acto llevaría a afirmar que el legislador incorporó el inciso a) del artículo 14 sin ningún sentido. En esta línea, ejemplifica escenarios en los cuales sería necesario centrar el defecto sobre el aspecto volitivo. Esto debería ocurrir, observa, cuando si bien se consignó un hecho cierto el agente subjetivamente tuvo en cuenta otro hecho para decidir cómo lo hizo; en el caso de dolo, si el agente otorgó subsidios no en razón de los antecedentes (aun cuando estos fuesen ciertos) sino por favores obtenidos a cambio del dictado del acto; si el acto discrecional es cierto pero el agente obró con vicios en su discernimiento y voluntad por violencia, y cuando el Estado decide otorgar subsidios por el máximo pudiendo haberlo hecho por montos menores (discrecionalidad) aunque se ejerció violencia sobre el agente.

distinto del aparente, lo que sería reconducible a la desviación de poder. En cuanto a la violencia sobre el agente, incidiría en un vicio en la causa o en el objeto, aunque tendría una repercusión particular en el caso de ejercicio de actividades discrecionales; Cf. Hutchinson, T., *Régimen de Procedimientos Administrativos*, 9^a ed., Buenos Aires, Astrea, 2013, 138-139.

^{51.} Cf. Balbín, 236. El autor aclara, no obstante, que puede existir un pequeño halo de decisión porque el agente puede obrar o no hacerlo.

^{52.} Cf. Balbín, 236-238.

Con base en tales parámetros, al analizar puntualmente vicios de la voluntad, ubica dentro de estos a la falta de excusación, cuando el funcionario debería haberlo hecho y a los supuestos de los artículos 13, 14 y 15 LEP, sin perjuicio de reconocer que en estos últimos casos también pueda residenciarse un vicio en el elemento objeto o dolo. Por tanto, en el supuesto de omisión de excusación, el acto sería objetivamente legítimo y, a pesar de ello, el agente habría obrado de modo condicionado en su consentimiento y voluntad, defecto en el aspecto volitivo que se replicaría en los citados casos de la ley de ética pública.⁵³

Es claro que la regulación de los vicios de la voluntad que efectúa la LNPA es por demás problemática y exige cierto esfuerzo interpretativo para su análisis. Si bien puede admitirse que un vicio como el de violencia presenta autonomía respecto de los vicios a los elementos, en otros, como en el supuesto de dolo, el propio artículo parece remitir al elemento causa al agregar "en cuanto se tengan como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos". Sobre este punto, el ejemplo de Balbín no parece muy atinente de acuerdo con la exégesis de la norma y, además, parecería reconducible al elemento finalidad. También, parecerían reconducibles los vicios por error esencial y simulación (a causa, objeto o finalidad). Pese a ello, su postura tiene mérito al intentar buscar una solución equilibrada entre ambos tipos de vicios, puesto que, de lo contrario, el artículo 14 inciso a) de la LNPA sería calificable de redundante. El asunto es que se presenta difícil, con excepción del caso de la violencia, encontrar situaciones en donde tales vicios de la voluntad no sean reconducibles a los vicios del artículo 14 inciso b) de la LNPA.

Con este marco doctrinal presente, considero que ni con una ni otra de las posturas reseñadas puede afirmarse que el conflicto de intereses se refleje en un vicio de la voluntad. Especialmente, no se comparte que la omisión de la excusación y los casos de conflictos de intereses de los artículos 13, 14 y 15 LEP (y también las contravenciones al art. 2 inciso i) LEP y al Decreto 202/17) se presenten como vicios de este tipo. Balbín estima que ante la falta de excusación no media ninguno de los vicios contemplados en el art. 14 inciso b) de la LNPA, por lo que adquirían relevancia jurídica los vicios de la voluntad. Mas, como se vio, esto no es así, dado que se ve afectado el elemento procedimiento (la gestión adecuada omitida) o, para el caso espe-

^{53.} Cf. Balbín, 237 y 242.

cífico del art. 14 LEP, el objeto. Parecería que, en esta postulación, subyace una caracterización subjetiva del conflicto de intereses, es decir, el entender que se ven afectados el consentimiento y la finalidad. Pero esta cuestión no necesariamente se verificará, ni tampoco interesa bajo la concepción objetiva de conflicto de intereses.

III.2. Valoración de la gravedad del vicio

III.2.1. Distinción de actividad reglada y discrecional

Anteriormente se dijo que si bien es solo en el elemento procedimiento en donde se radicará de forma directa un vicio en el acto administrativo, ello no obstará a que puedan presentarse otras irregularidades de manera contingente. A tal fin, además de mencionarse el rol que podrán tener otras irregularidades, se propuso revisar la incidencia en este asunto de la distinción entre actividad reglada y discrecional.

Desde la dogmática del Derecho Administrativo se ha referido que cuando la norma atributiva de la facultad define con exactitud y completitud la decisión que debe ser tomada, su ejercicio se denomina "reglado". En cambio, la discrecionalidad se daría cuando la facultad normativamente que tiene conferida el órgano administrativo le permite ponderar creativamente los intereses en juego y adoptar una determinación, entre otras igualmente válidas.⁵⁴ Empero, se ha observado que no existen potestades íntegramente discrecionales porque como mínimo el legislador debe necesariamente regular el aspecto competencial, a la vez que es difícil hallar potestades íntegramente regladas.⁵⁵ En relación, adicionalmente se presentan los denominados conceptos jurídicos indeterminados (ej.: "ruina", "baja recaudación"), los cuales pueden verificarse tanto en el antecedente como en el consecuente de la norma. Estos caracteres, se explica, conducen a una actividad de subsunción o de comprobación por parte de la Administración, es decir que se da o no el concepto.⁵⁶

^{54.} Cf. Alonso Regueira, E., *El control de Convencionalidad de la actividad administrativa*, Buenos Aires, Lajouane, 2017, 16.

^{55.} Cf. Balbín, Tomo I, 874-875.

^{56.} Comadira, J. R. y Escola, H. J., *Curso de Derecho Administrativo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, 105-106.

Sin perjuicio de los matices que existen en el tema, en la práctica administrativa es posible efectuar una diferenciación, en tanto el consecuente de la norma deba ser completado por una actividad preponderantemente volitiva de la Administración o no. En esta línea, Villar, al abordar un tipo de conflicto de intereses – que él denomina "genéricos" y que podríamos asociar con los de tipo potencial comprendidos por el art. 2º i) de la Lev Nº25.188-, destacó que resultaría de vital importancia determinar los elementos reglados o discrecionales del acto administrativo, esto es, si el acto tiene como objeto otorgar un acto en cuyo dictado estén determinados todos pasos a seguir a partir del cumplimiento de ciertos requisitos.⁵⁷ Por tanto, afirma, si los vicios no llegasen a impedir la existencia de alguno de los elementos esenciales, el acto sería de tipo anulable, toda vez que, si el funcionario no hubiese contado con un conflicto, no habría cambiado el resultado del acto.⁵⁸ Esta interpretación recuerda en parte las consideraciones plasmadas anteriormente en torno a los vicios de la voluntad y la actividad reglada, en las que se descartaba la relevancia de la voluntad del funcionario dado que el acto hubiese sido dictado del mismo modo, de no haber mediado vicio. De consiguiente, una lectura de este tipo permite amalgamar el defecto en el elemento procedimiento -falta de gestión adecuada del conflictocon el precepto del artículo 15 de la LNPA y entonces, postular que en algunos casos el vicio podrá presentarse con carácter leve.

En cambio, creo que no puede postularse lo mismo para actos en los que ha mediado una actividad preponderantemente discrecional. En esta hipótesis, si bien no de manera directa, ya que ni la actividad discrecional determina *per se* que el conflicto redunde en vicio en la finalidad, la regularidad del acto presentará mayores dudas. En esta línea, es posible proponer que, si se conjuga un conflicto de intereses con una decisión discrecional, tal situación operará a modo de presunción de una falla en la finalidad, la que igualmente podrá ser desvirtuada por la motivación del acto y la inexistencia de otras irregularidades.

En función de lo dicho hasta aquí, tomando solo la circunstancia de que el acto fue dictado sin que el funcionario haya cumplido con la gestión

^{57.} Existirá, no obstante, una valoración del funcionario en la etapa de examen.58. Cf. Villar, cit.

debida para tratar tal conflicto y sin que mediaren otras irregularidades o el ejercicio de una actividad preponderantemente discrecional que, en contexto y en razón de la insuficiente motivación haga presumir una finalidad afectada, podría llegar a considerarse que el vicio, en definitiva, es leve (sin perjuicio del reproche disciplinario o político al funcionario involucrado). A esta conclusión llegó la Procuración del Tesoro en un caso comprendido por el artículo 2 inciso i) de la Ley Nº25.188 –conflicto de intereses entre padre e hijo—, en el cual sentó que la omisión en que incurriera el agente podría dar lugar a la aplicación de sanciones disciplinarias, pero no conllevaba la invalidez de las contrataciones.⁵⁹

Sin embargo, los conflictos particulares comprendidos por los artículos 13, 14 y 15 de la LEP agregan otra variable:

Artículo 17. — Cuando los actos emitidos por los sujetos del artículo 1º estén alcanzados por los supuestos de los artículos 13, 14 y 15, serán nulos de nulidad absoluta, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. Si se tratare del dictado de un acto administrativo, este se encontrará viciado de nulidad absoluta en los términos del artículo 14 de la Ley 19.549.

Las firmas contratantes o concesionarias serán solidariamente responsables por la reparación de los daños y perjuicios que por esos actos le ocasionen al Estado.

La disposición en comentario abre un significativo interrogante: ¿cómo se relaciona esta declaración de invalidez del acto con el artículo 14 de la LNPA?

Al respecto, a poco de la sanción de la Ley N°25.188 Frandsen hubo de postular dos interpretaciones. La primera implicaría considerar que lo establecido vendría a adicionarse a los incisos a) y b) del artículo 14 de la LNPA, como una especie de tercer apartado. Bajo esta exégesis, cualquiera de las deficiencias, con independencia del sentido de la resolución, aparejarían la invalidez del acto. No sería necesario entonces la determinación de una desviación en la finalidad y la norma obraría de manera disuasiva sobre las posibles interferencias particulares en la gestión de los intereses públicos.

^{59.} Dictámenes 266:76 (2006).

No obstante, señaló, tal hermenéutica puede perturbar el régimen general de invalidez de la LNPA, al no permitir generar un equilibrio entre el interés que demanda la supresión del acto y otro que demanda la supresión de los actos que contravienen el ordenamiento jurídico. A fin de solucionar esta desavenencia, el autor planteó que podría interpretarse que la alusión al artículo 14 de la LNPA significaría que el acto administrativo es nulo "cuando fuere emitido mediando violación a la finalidad que inspiró su dictado, según lo dispuesto por su inc. b)", es decir, cuando fuese dictado mediando fines extraños a los que justifican su dictado. ⁶⁰

La Oficina Anticorrupción, por su parte, si bien ha declarado que la competencia para declarar la invalidez del acto corresponde al organismo que la dictó, razón por la cual en la mayoría de los casos devuelve las actuaciones para la evaluación de este aspecto, en algunas situaciones ha procedido a efectuar consideraciones sobre el artículo 17 LEP. Así, ha esbozado que pese a que no es relevante la significancia de la contratación, la intención del funcionario o la circunstancia de que se trate de una operación aislada para que se configure un conflicto de intereses, sería aplicable el principio que establece que "carece de sentido dictar la nulidad por la nulidad misma, por cuanto su declaración debe corresponder a un concreto perjuicio para alguna de las partes, no correspondiendo adoptarla por el mero interés formal del incumplimiento de la ley". 61

Merece observarse que la posición citada de la Oficina Anticorrupción, basada a su vez en una doctrina de la Procuración del Tesoro, 62 es por demás problemática. Es que, por medio de esta, se extrapolan —en mi opinión, incorrectamente— consideraciones dogmáticas realizadas en torno a otros

^{60.} Frandsen, Ignacio Carlos, "Las incompatibilidades de la ley de ética de la función pública y la nulidad de los actos administrativos", en *El Derecho Administrativo* 00/01, 371, 2000.

^{61.} Resolución Nº488/2015 del 06/06/2015. Ver también Resoluciones OA/DPPT Nº103 del 25/04/03 y Nº434/14. Ya en años más recientes, la Oficina Anticorrupción parece haber evitado pronunciamientos sobre el alcance específico del citado artículo 17 de la Ley 25.188 y ha deferido a las reparticiones el examen sobre su aplicación concreta a conflictos de intereses detectados; ver Resoluciones RESOL-2018-28-APN-OA·MJ del 18/10/2018, RESOL-2019-13-APN-OA#MJ del 06/05/2019 y RESOL-2019-24-APN-OA#MJ del 16/09/2019.

^{62.} Dictámenes 256:134 (2006), 262:548 (2007), entre otros.

sistemas de nulidades, como resulta ser el del sistema procesal civil (en cuyo ámbito todas las nulidades son de carácter relativo y se vinculan con el derecho de defensa). De consiguiente, no se tiene presente la especificidad del régimen administrativo, sus diferentes contenidos, y por ello, se evita construir una solución razonable a partir de este cuerpo normativo.

Personalmente, sin perjuicio de reconocer lo opinable de esta cuestión, estimo que la remisión al artículo 14 de la LNPA conduce también a analizar lo dispuesto por el artículo 15 de la LNPA y, por ende, la admisión de vicios leves. En contra podrán invocarse los términos empleados por el artículo 17 LEP, los cuales atribuyen al acto el carácter de "viciado de nulidad absoluta". Sin embargo, adviértase que similar redacción aparece en el art. 14 de la LNPA al contemplar: "El acto administrativo es nulo, de nulidad absoluta e insanable en los siguientes casos", cuestión que no es obstáculo para la valoración de la gravedad de los vicios según lo dispuesto por el artículo 15 de la LNPA. El citado artículo 17 LEP podía haber establecido un régimen de invalidez independiente pero no parece haberlo hecho al indicar que la nulidad se dará "en los términos del artículo 14 de la Ley 19.549". Por estos motivos, estimo que existe un margen interpretativo, al igual que en el régimen procedimental nacional, para valorar la gravedad del vicio.

Por fuera del ámbito interpretativo, acerca de la conveniencia de la norma, entiendo cuestionable la determinación prevista por el artículo 17 LEP. El acto dictado mediando conflicto de intereses no está necesariamente viciado en su finalidad y aunque lo estuviese, situaciones jurídicas creadas al amparo pueden merecer ser protegidas a raíz de otros principios jurídicos. Antes que una rígida instrucción de anulación que se desentiende de sus consecuencias, resultarían valiosas algunas pautas para determinar cuándo se configura un defecto grave y algunos estándares para valorar la tensión entre la legalidad y otros principios jurídicos. ⁶⁴ En este marco, también

^{63.} Artículo 15. — Si se hubiere incurrido en una irregularidad, omisión o vicio que no llegare a impedir la existencia de alguno de sus elementos esenciales, el acto será anulable en sede judicial.

^{64.} En otros países, como España, la ley ha amparado el mantenimiento de efectos jurídicos de actos administrativos inválidos. En este sentido, Cano Campos ha explicado que principios como el de seguridad jurídica, la protección de la confianza legítima, la continuidad de los servicios públicos, entre otros, pueden meritar proteger determinadas situaciones. Esta ponderación con el principio de legalidad, afirma, es realizada generalmente por

podría darse cierta entidad a la distinción entre la actividad reglada y discrecional que obró en el dictado del acto. 65

A propósito de lo expuesto, pueden traerse a mención las interesantes palabras de Doménech Pascual, quien desde un enfoque del análisis económico del derecho y en consideración del régimen español, señala que si puede constatarse con certeza que el vicio en el procedimiento (como en nuestro caso podría ser la omisión de excusación) no mermó en el acierto de la decisión cuestionada (es decir, la decisión hubiese sido la misma), el único costo de considerarla válida sería, aparentemente, generar cierto incentivo para que las autoridades incurran nuevamente en vicios semejantes en el futuro. Aun así, apunta, parece difícil pensar que tal costo exceda los costos que suponen la anulación del acto, tales como (i) eliminar una regulación que cumple todas las condiciones en virtud de las cuales cabe suponer que se trata de la más conveniente para los intereses públicos; ii) volver a la regulación anterior, que puede no ser conveniente para el interés general; v, en su caso (iii) tramitar un nuevo procedimiento para sustituir la decisión inválida por otra. Asimismo, advierte que la eficacia disuasoria de la invalidez es, por lo general, relativamente débil, dado que las autoridades no suelen internalizar los costos sociales que encierra la invalidez de los actos administrativos que dictan; en cambio podrían ser más eficientes otros mecanismos de disuasión, como la responsabilidad patrimonial por los daños. 66

el juez o la Administración, pero también puede ser hecha por el legislador en abstracto; Cano Campos, T., "Consideraciones generales sobre la invalidez en el Derecho Administrativo", en *Documentación Administrativa - Nueva Época* N°5, 2018, 18. En igual sentido sobre otra norma de la materia, Romero Verdún, Iván F., "Cláusula anticorrupción del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional", en *Revista del Régimen de la Administración Pública* N°500/501, pp. 18-21.

^{65.} Pese a ello, el último del proyecto de reforma de ley de ética pública desarrollado por la Oficina Anticorrupción (INLEG-2019-13024451-APN-PTE del 06/03/2019), si bien meritorio en su generalidad, en este aspecto se limitó a replicar en casi iguales términos lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley 25.188, aunque sin remisión a la LNPA (art. 36).

^{66.} El autor distingue en este análisis tres supuestos: a) si puede constatarse con una certeza prácticamente absoluta que el vicio de procedimiento no ha mermado el acierto de la decisión cuestionada; b) sí puede constatarse con certeza que el vicio de procedimiento ha influido en el resultado de la decisión y c) si no puede afirmarse ni descartarse con certeza que el vicio de procedimiento haya influido en la decisión adoptada. De acuerdo con sus consideraciones, estima como solución más razonable mantener la validez del acto en

Más bien, antes que la invalidez, lograr una mejora en la observancia de las reglas de gestión de los conflictos de intereses podría encontrar mejor resultado a través de actividades de tipo preventivo —como pueden ser capacitaciones en materia de integridad pública— y procedimientos que permitan una detección temprana y eficiente de aquellos, así como también mecanismos de internalización de los costos para el funcionario. 67

III.2.3. Incumplimientos al Decreto Nº202/17

En lo que concierne al Decreto N°202/17, dados los diferentes escenarios y etapas que el procedimiento prevé, es posible efectuar una división en tres supuestos de anomalías, las que repercutirán directamente en el elemento procedimiento: a) falta del organismo en publicar las listas de funcionarios del art. 2º (funcionarios con rango menor a ministro con capacidad decisoria sobre el acto); b) omisión de presentación o actualización de la declaración jurada; c) falsedad de esta; d) ausencia de adopción de alguno de los mecanismos de integridad establecidos.

Es útil comenzar este análisis por el punto a), puesto que existe una interpretación oficial sobre las consecuencias de esta hipótesis. Recuérdese que el decreto en estudio instruye, como primera medida, el publicar la lista de funcionarios comprendidos por su artículo 2º, de manera que los interesados puedan expedirse también acerca de si tienen un conflicto de intereses con estos. Ahora bien, en relación, la Oficina Nacional de Contrataciones concluyó que la omisión de publicación de quiénes son estos agentes debe ser encuadrada en el artículo 18 del régimen aprobado por el Decreto Nº1023/01. Este artículo establece que la comprobación de que en un llamado a contratación se hubieran omitido los requisitos de publicidad

el supuesto a) y declarar la invalidez en los supuestos b) y c); Cf. Doménech Pascual, G., "Las irregularidades no invalidantes desde una perspectiva económica", en *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa: Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, La Laguna, 3 y 4 de febrero de 2017*, Madrid, INAP, 2017, 161-164.

^{67.} Necesidad remarcada por la OCDE en relación a la Administración Nacional argentina; OECD, *Estudio de la OCDE sobre Integridad en Argentina: Lograr un cambio sistémico y sostenido*, Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública, París, OECD Publishing, 2019, 195-223.

y difusión previa o se hubieran determinado cláusulas cuyo cumplimiento solo pudieran lograrlo determinados interesados u oferentes, "dará lugar la revocación inmediata del procedimiento, cualquiera fuere el estado de trámite en que se encuentre, y a la iniciación de las actuaciones sumariales pertinentes". Además, descartó la posibilidad de subsanación de tal deficiencia mediante la intimación a acompañar la declaración jurada con posterioridad a la apertura de ofertas.⁶⁸

Según la mirada de la ONC, el incumplimiento de tal difusión no resulta una deficiencia menor –encuadrable en el art. 17 del Decreto Nº1023/01 sobre errores subsanables– sino significativa. En el caso en examen, el órgano rector intervino con el procedimiento de adquisición en curso. A pesar de ello, de haberse ya perfeccionado el contrato (acto administrativo), parecería que dado el peso otorgado a este deber de difusión, desde el régimen de invalidez de la LNPA haría considerar que medió un vicio grave en el procedimiento. Esta parecería ser la única interpretación oficial a la fecha en cuanto a la difusión de los funcionarios comprendidos en el art. 2º del Decreto Nº202/17. Si bien las irregularidades b) y c) antes nombradas son cualitativamente distintas, una lectura del mismo tenor llevaría a entender que existe un vicio grave en el procedimiento también en estas situaciones.⁶⁹

Sentado lo expuesto, trataré de ahondar en una interpretación alternativa, que parta de distinguir si, en función de los hechos, debía o no seguirse algún mecanismo de integridad. Para esto unificaré las hipótesis en estudio en dos grupos:

68. IF-2019-01250981-APN-ONC#JGM del 08/01/2019. Merece señalarse que la aplicación del artículo 18 del RCAN es a su vez otro cantar, dado que pueden sostenerse dos interpretaciones de aquel. Por un lado, que cuando ordena la "revocación inmediata del procedimiento", su alcance temporal finaliza con la perfección del contrato y hace referencia al procedimiento, no a un acto en particular. Sin embargo, en una lectura que no se comparte, la ONC sostuvo que el alcance de tal revocación se extendía también a la ejecución y comprendía el contrato. Ver Dictamen ONC IF-2017-05245541-APN-ONC#MM del 04/04/2017.

69. Es importante recordar que el ámbito de aplicación del Decreto Nº202/17 es mucho más amplio que el de las competencias de la ONC, por lo que podrán verificarse distintas opiniones al respecto por parte de otros órganos, particularmente la Procuración del Tesoro.

i) Falta de publicación de las listas de los funcionarios del art. 2º del Decreto Nº202/17 (a) u omisión de presentación jurada (b): corresponde señalar que ambos defectos no parecen producir una merma a la competencia, ni tampoco otorgan una ventaja comparativa para alguno de los interesados. De igual forma, merece observarse que no necesariamente porque medien estas negligencias habrá acontecido un conflicto de intereses, ni siquiera aparente. En efecto, supóngase que un organismo: a) yerra en incluir al Subadministrador dentro de la citada lista de funcionarios con competencia para decidir sobre en la convocatoria; b) advierte esta omisión luego de perfeccionado el contrato; c) se comprueba que, de todas maneras, ninguno de los interesados tenía algún vínculo con tal funcionario. Similar situación se daría si en un procedimiento el oferente omite acompañar o actualizar la declaración jurada pero queda determinado que igualmente no tenía ningún tipo de vínculo con los funcionarios de los artículos 1º y 2º. En ambas circunstancias, en tanto no media ninguna conexión, podría sostenerse que el vicio procedimental es leve, pues aun de haberse publicado la lista correctamente o haberse acompañado la declaración, no se hubiese adoptado ninguno de los mecanismos de integridad consagrados por la norma. En sentido inverso, si se incurrió en alguna de estas omisiones y existía alguno de los ligámenes contemplados, considero que el vicio sería grave -lo que tornaría irregular el acto- dado que se habría tornado exigible la adopción de alguno de los mecanismos de integridad.

ii) Falsificación de contenido de la declaración jurada mediando vinculación positiva (c)⁷⁰ y omisión de aplicar el procedimiento de integridad requerido (d): En estos casos, el vicio en el procedimiento parecería adquirir un tenor mayor y llevaría, en principio, a ponderar la irregularidad del acto. Más en algún escenario podrían llegar a invocarse las consideraciones sobre actividad discrecional y reglada para sostener la levedad del vicio.

A esta posición que se ensaya podría oponérsele el artículo 6º del Decreto Nº202/17, el cual dispone que la omisión de presentar declaración jurada podrá ser considerada causal suficiente de exclusión del

^{70.} Es evidente que también se podría falsificar la declaración e igualmente no tener ningún vínculo. Pese a ello, el sentido de la norma parecería apuntar al caso en que se falsifica teniendo vínculo.

procedimiento y que la falsedad de la información será considerada una falta de máxima gravedad, a los efectos que correspondan en los regímenes sancionatorios aplicables. Sería así planteado que tal calificación de reproche hace que todas las omisiones y falsedades configuren un vicio grave. Creo, en cambio, que la norma justamente ató la gravedad de los reproches a esos ámbitos (exclusión del procedimiento y disciplinario) y no al régimen de invalidez.

IV. Conclusiones

Con base en lo desarrollado en este trabajo, pueden esbozarse las siguientes consideraciones:

- 1) Actualmente, en relación a la función pública, el conflicto de intereses es comprendido como una situación objetiva –sin relevancia en la motivación interior del agente–, la que se produce cuando un interés relevante privado del funcionario confronta o puede confrontar con el desempeño de sus deberes y responsabilidades públicas.
- 2) En cuanto al concepto de incompatibilidad, se ha propuesto entender esta figura como un instituto o técnica, de origen legal, reglamentario o constitucional, de impedimento de dos o más actividades o beneficios, de forma simultánea y fundada en razones de interés público. Se trata así de un instituto que carece de finalidades precisas apriorísticas, ya que la legislación permite advertir su utilización para una amplia diversidad de presumibles objetivos.
- 3) De acuerdo al alcance otorgado al vicio de violación a la ley y al elemento objeto, solamente en el supuesto del artículo 14 LEP mediará un vicio de esta naturaleza. En las restantes hipótesis, será en el elemento procedimiento en donde se verifica de forma directa el defecto del acto. Esto así, dado que la gestión adecuada del conflicto se traduce en la exigencia de un procedimiento previo a adoptar (excusación, renuncia a alguna actividad o cumplimiento de los lineamientos del Decreto Nº202/17). En estos casos, el vicio en otros elementos del acto será contingente y no estará atado a la mera producción del conflicto. No obstante, en conjunción con otras irregularidades o el tipo de actividad, el conflicto puede contribuir a valorar la existencia de una desviación de poder e incluso la de una injerencia beneficiadora, escenario

- que conduce además a la posible comisión del delito de negociaciones incompatibles (art. 265 CP).
- 4) Con base en una concepción objetiva de conflicto de intereses, se ha rechazado que estos pueden configurar un vicio de la voluntad en los términos del artículo 14 inciso a) de la LNPA.
- 5) Teniendo presente la distinción entre actividad reglada y discrecional, se ha analizado la posibilidad de que el vicio en el procedimiento –falta de gestión adecuada del conflicto– pueda presentarse como leve en el primer caso. Sin embargo, el concurso de un conflicto de intereses con una decisión preponderantemente discrecional podrá operar a modo de una símil presunción de la falla en la finalidad, la que podrá ser desvirtuada.
- 6) Luego de haberse analizado varias posturas en torno al artículo 17 de la Ley Nº25.188, se opinó que la remisión que efectúa esta disposición al artículo 14 de la LNPA conduce también a meritar lo dispuesto por el artículo 15 de la LNPA y, por ende, a la admisión de vicios leves que no impidan la existencia del elemento. De esta manera, se ha postulado la existencia de un margen interpretativo, al igual que en el régimen procedimental nacional, para valorar la gravedad del vicio.
- 7) En cuanto a la conveniencia del artículo 17 LEP, se ha juzgado que antes que una rígida instrucción de anulación resultarían valiosas algunas pautas para determinar cuándo se configura un defecto grave y algunos estándares para valorar la tensión entre la legalidad y otros principios jurídicos, así como la distinción entre actividad reglada y discrecional.
- 8) Por último, en cuanto al Decreto N°202/17, se ha diferenciado la existencia de cuatro situaciones. En dos de estas, i) falta de publicación de la lista de funcionarios del art. 2º de la norma y ii) omisión de presentación jurada, puede admitirse un vicio leve, en tanto no se hubiese producido alguno de los supuestos de ligamen. Ello así, puesto que en ninguno de ambos casos se hubiesen adoptado los mecanismos de integridad consagrados por la norma. El acto, de consiguiente, sería regular. En contraste, iii) de mediar falsificación de contenido de la declaración jurada existiendo vinculación o, iv) de omitirse aplicar el procedimiento de integridad requerido existiendo vínculo, el vicio en el elemento será grave, lo que lo tornará irregular.

Bibliografía

- Alonso Regueira, E., *El control de Convencionalidad de la actividad administrativa*, Buenos Aires, Lajouane, 2017.
- Balbín, C. F., *Tratado de Derecho Administrativo*, 2da ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.
- Barraza, J. I. y Schafrick, F. H., "Inhabilidades e incompatibilidades de los funcionarios o agentes públicos", en LL-1996-E, 1001.
- Cano Campos, T., "Consideraciones generales sobre la invalidez en el Derecho Administrativo", en *Documentación Administrativa Nueva Época* Nº5, 2018, 7-26.
- Cassagne, J. C., *Curso de Derecho Administrativo*, 12va ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2018.
- Colombo, M. y Honisch, P., *Delitos en las contrataciones públicas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2012,
- Comadira, J. R., El acto administrativo: en la ley nacional de procedimientos administrativos, Buenos Aires, La Ley, 2011.
- Comadira, J. R. y Escola, H., *Curso de Derecho Administrativo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.
- De Michele, R., "Los conflictos de interés en el sector público", Coalición por la Transparencia, Guatemala, 2004.
- Doménech Pascual, G., "Las irregularidades no invalidantes desde una perspectiva económica", en *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa: Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, La Laguna, 3 y 4 de febrero de 2017, Madrid, INAP, 2017.
- Frandsen, I. C., "Las incompatibilidades de la ley de ética de la función pública y la nulidad de los actos administrativos", en *El Derecho Administrativo* 00/01, 371, 2000.
- Gelli, M. A., *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, 2da ed., Buenos Aires, La Ley, 2004.
- Hutchinson, T., *Régimen de Procedimientos Administrativos*, 9^a ed., Buenos Aires, Astrea, 2013.
- Ivanega, M. M., "Los conflictos de intereses en las contrataciones públicas", en *Revista del Régimen de la Administración Pública*. Jornadas sobre Cuestiones Estructurales de Derecho Administrativo. Instituciones.

- Buena Administración y Derechos Individuales. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, 2018.
- Larocca, A. C., Ética pública y conflictos de intereses. Estudio para su prevención y su adecuada gestión, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Oficina Anticorrupción, 2019.
- "Los conflictos de intereses aparentes en el Estado Constitucional de Derecho", en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública Nº487, junio 2019.
- Martínez, A. H., "Transparencia y corrupción en materia de contrataciones públicas: Conflictos de intereses", en *RDA* 2020-127.
- OECD, Recommendations of the council on OECD Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service, OECD/LEGAL/0316.
- "Estudio de la OCDE sobre Integridad en Argentina: Lograr un cambio sistémico y sostenido", en Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública, París, OECD Publishing, 2019.
- Romero Verdún, Iván F., "Cláusula anticorrupción del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional", en *Revista del Régimen de la Administración Pública* N°500/501, 2020.
- Stark, A., "Legislación relativa a conflicto de intereses en Estados Unidos y Canadá: Lecciones de la experiencia norteamericana", en Sandoval I., Eréndira (coord.), *Corrupción y Transparencia: Debatiendo las fronteras entre Estado, mercado y sociedad*, México, Siglo XXI, UNAM, Instituto de Investigaciones Sociales, 2009.
- Villar, F., "La revocación de los actos administrativos en conflictos de interés. ¿Deben revocarse en todos los casos?", en *Revista Argentina de Derecho Administrativo* Nº2, Universidad Austral, junio 2019.
- Zin, M., *Incompatibilidades de Funcionarios y Empleados Públicos*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, 14, citado en Nattero, P. y Baragli, N., *Conflictos de intereses: disyuntivas entre lo público y lo privado y prevención de la corrupción*, Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación PNUD Argentina, 2009.

Carlos Tejedor y su *Curso de derecho criminal*. Un aporte a la enseñanza del derecho penal y a la circulación de las ideas jurídicas en la Universidad de Buenos Aires

Sandro Olaza Pallero*

Resumen

Este trabajo aborda la enseñanza penal por parte de Carlos Tejedor en su *Curso de derecho criminal*. El objetivo es desentrañar la procedencia de las fuentes en el primer texto de enseñanza argentino dedicado al derecho penal. La obra, de autoría de uno de los más destacados juristas rioplatenses, fue editada en Buenos Aires en 1860 y vuelta a publicar en la misma ciudad en 1871. El tema investigado se inserta en la historia de la enseñanza del derecho y la circulación de las ideas jurídicas en la Universidad de Buenos Aires.

Palabras clave: Carlos Tejedor, Enseñanza jurídica, Historia del derecho penal, Universidad de Buenos Aires.

^{*} Abogado y doctor por la Universidad de Buenos Aires (Área Historia del Derecho). Profesor adjunto regular de Historia del Derecho (Universidad de Buenos Aires). Profesor titular de Historia Constitucional (Universidad del Salvador). Investigador adscripto del Instituto A. L. Gioja. Director del proyecto DeCyT 1824 "La obra codificadora de Carlos Tejedor y su significado. Sus ideas a través de la enseñanza del derecho penal"; solazapallero@derecho.uba.ar.

Carlos Tejedor and the *Course in Criminal Law*. A Contribution to Teaching Criminal Law and the Intelectual Exchange in the University of Buenos Aires

Abstract

This work addresses the criminal teaching by Carlos Tejedor in his *Course in Criminal Law*. The objective is to unravel the origin of the sources in the first Argentine teaching text dedicated to criminal law. The work, authored by one of the most prominent Rio de la Plata jurists, was edited in Buenos Aires in 1860 and republished in the same city in 1871. The investigated subject is inserted in the history of the teaching of law and the circulation of the legal ideas at the University of Buenos Aires.

Keywords: Carlos Tejedor, Legal Education, History of Criminal Law, University of Buenos Aires.

1. Introducción

Tejedor esclareció con sus aportes intelectuales y reflexiones gran parte de las controversias decisivas que atraviesan la historiografía penal argentina. Basta recordar su prefacio de la primera edición del *Curso de derecho criminal* en julio de 1860, donde destacaba que la necesidad de la enseñanza del derecho criminal lo motivó a hacer algunos apuntes aumentados y corregidos presentados bajo la forma de un curso completo:

La necesidad de enseñar el derecho criminal, nos aconsejó hacer algunos apuntes, que son los mismos que, aumentados y corregidos, presentamos bajo la forma de un curso completo. Para escribir esos apuntes, compulsamos cuanto libro de la materia cayó en nuestras manos, tomando de unos el método, de otros las ideas, y de los códigos las disposiciones legales. La obra pues que ofrecemos, tiene solamente el mérito de aplicación, rejuveneciendo, por decirlo así, con principios sacados de los mejores autores, un

derecho que, como las leyes de que trata, resiste el estudio por su antigüedad y barbarie.¹

La segunda edición se hizo en 1871 por la librería de Claudio María Joly, establecimiento fundado en 1848. Constaba de mil ejemplares y la imprenta pertenecía a Pablo Coni.² La edición fue costeada por el gobierno, que destinó una cantidad de ejemplares para el depósito de libros y los demás fueron cedidos al autor.³ Esta obra era mencionada en un fallo de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires del 6 de septiembre de 1879. Se dispuso que el reo de robo con fractura y heridas Manuel Rodríguez debía ser castigado con ocho años de penitenciaría a pesar de que la legislación española lo penaba con muerte, azotes o galera "pero que según la jurisprudencia establecida era mayor que la que asigna el artículo 316 del Código Penal vigente (Véase Tejedor, Derecho Criminal, tomo 1°, núm. 437)".⁴

Tejedor va a tratar de encontrar la solución a la problemática penal que fuera acorde a la realidad nacional. Desde la Revolución de Mayo y hasta la demorada codificación el derecho penal indiano mantuvo su vigencia con una severidad en los métodos inquisitivos y las penas legales.⁵ Asimismo,

- 1. Tejedor, Carlos, Curso de derecho criminal, Buenos Aires, Imprenta Argentina, 1860, p. 4.
- 2. Tejedor, Carlos, Curso de derecho criminal, Buenos Aires, Librería de C. M. Joly, 1871.
- 3. Juan María Gutiérrez en el catálogo de los libros didácticos publicados en Buenos Aires entre 1790 y 1867 mencionó a esta obra: "Tejedor (Carlos). Curso de derecho criminal (dictado en la Universidad de Buenos Aires), Buenos Aires, 1860, en 2 v. en 4°. El primer tomo comprende el examen de las leyes de fondo; el 2° o segunda parte el de las leyes de forma. La impresión de este libro fue costeada por el gobierno, tomando una cantidad de ejemplares para el depósito de libros y cediendo el resto de la edición al autor. Imprenta Argentina del Nacional"; Gutiérrez, Juan María, Noticias históricas sobre el origen y desarrollo de la enseñanza pública superior en Buenos Aires. 1868, presentación de Jorge E. Myers, Bernal, Universidad Nacional de Quilmes, 1998, p. 429.
- 4. Acuerdos y sentencias dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Autos acordados desde 1810. Acuerdos extraordinarios, resoluciones y noticias referentes a la administración de justicia. Segunda edición autorizada que hizo de la publicación el secretario de la Suprema Corte Dr. Aurelio Prado y Rojas, Buenos Aires, Jacobo Peuser, 1892, t. II., pp. 523-524.
- 5. La voz "Revolución" expresa los cambios políticos o las acciones que procuraron dicho fin en el ámbito iberoamericano cuando se separó de la corona española. El término fue de uso infrecuente en el área rioplatense hasta principios del siglo XIX cuando logró una

se continuaba con la aplicación de las Recopilaciones de Castilla y de Indias y supletoriamente las Partidas. Su *Curso de derecho criminal* fue un gran aporte a la enseñanza del derecho y varias de sus fuentes también se transcribieron en su *Proyecto de Código Penal*. También se ha identificado a Tejedor como exponente de la escuela clásica del derecho penal. Sin embargo, esto no significa que se lo considere discípulo de su contemporáneo Francisco Carrara, a quien no citó nunca en sus textos.⁶

Entre los autores mencionados en el *Curso de derecho criminal* se encontraban filósofos, teólogos, juristas, literatos, prácticos, canonistas y médicos con ideas que representaban al humanismo, ilustración, utilitarismo y clasicismo. Los primeros abogados argentinos estuvieron influenciados por Beccaria, Filangieri, Carmignani y Bentham. Sin embargo, la historiografía de principios del siglo XX ignoraba si ese influjo fue común o fácil y si se generalizó su lectura. En cambio, se aseguraba que la *Práctica criminal de España* de José Marcos Gutiérrez fue un libro indispensable para magistrados y abogados.⁷

Esta investigación está articulada en torno a la hipótesis de que las fuentes utilizadas por Tejedor fueron en su mayor parte europeas. De esta

rápida difusión como efecto de la Revolución Francesa, la crisis de la monarquía española y sobre todo la Revolución de Mayo, que la puso al alcance de vastas capas sociales. Los románticos como Carlos Tejedor entendían que la Revolución de Mayo, aún inacabada, estaba inserta en un vasto proceso de transformación mundial. Nadie podía dudar que la Revolución de Mayo era "nuestra gloriosa revolución nacional" y, por lo tanto, se convirtió en una fuente de legitimidad invocada por todos los sectores. Véase Wasserman, Fabio, "Revolución", en Goldman, Noemí (edit.), *Lenguaje y revolución. Conceptos políticos clave en el Río de la Plata, 1780-1850*, Buenos Aires, Prometeo, 2008, pp. 159-174.

^{6.} Véase Silva Riestra, Juan, Evolución de la enseñanza del derecho penal en la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires - Instituto de Historia del Derecho Argentino, 1943; Levene, Ricardo, Historia del derecho argentino, Buenos Aires, G. Kraft, 1956, t. X, p. 640; Díaz Couselo, José María, "La tradición indiana y la formación del derecho argentino", en Temas de Historia Argentina y Americana Nº7, Buenos Aires, Julio-Diciembre de 2005, pp. 43-93; Levaggi, Abelardo, El derecho penal argentino en la historia, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho - Eudeba, 2012, p. 43.

^{7.} Pestalardo, Agustín, *Historia de la enseñanza de las ciencias jurídicas y sociales en la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Imprenta Alsina, 1914, pp. 113-114. Rivarola, Rodolfo, *Derecho penal argentino. Parte general*, Madrid, Hijos de Reus, 1910, pp. 11-12.

hipótesis se despliega otra línea de análisis: verificar si de estas fuentes las españolas y francesas fueron las dominantes. En torno a esta hipótesis y línea de análisis se estudian los diferentes temas que se abordan en este trabajo eminentemente de historia jurídica.

2. Tejedor y la cátedra

Carlos Tejedor inauguró en el Departamento de Jurisprudencia de la Universidad de Buenos Aires el dictado de la materia derecho mercantil v criminal. Se desempeñó como titular de la cátedra desde el 18 de diciembre de 1856 hasta 1858 v del 17 de abril de 1861 hasta 1863.⁸ El 5 de marzo de 1857, el gobernador Pastor Obligado y el ministro de gobierno Dalmacio Vélez Sarsfield comunicaban que el estudio de Jurisprudencia de la Universidad de Buenos Aires debía comprender las cátedras nuevamente creadas en la lev de presupuesto: derecho civil, derecho natural y de gentes, derecho canónico, derecho internacional privado, derecho criminal v mercantil y economía política. Se consideraba también los tres años de práctica en la Academia de Jurisprudencia y se destinaba "cuando menos un año para la enseñanza teórica del derecho mercantil y criminal, que no se cursaron en las aulas". 9 El 13 de septiembre de 1858, Tejedor reemplazaba a Dalmacio Vélez Sarsfield como asesor de gobierno del Estado de Buenos Aires. Después de consultar con el gobernador Valentín Alsina, Tejedor buscó se lo reemplazara en la cátedra con algún docente capaz de seguir con el dictado del curso y no interrumpir los estudios del alumnado.¹⁰

^{8.} El rector comunicaba el nombramiento de catedráticos en derecho de gentes a Ángel Navarro y en derecho criminal y mercantil a Carlos Tejedor. Al día siguiente se notificaba a los catedráticos la designación, invitándolos a tomar posesión de sus cargos. El rector de la Universidad de Buenos Aires al ministro de gobierno de Buenos Aires, Buenos Aires, 17 de abril de 1861. Archivo Histórico de la Universidad de Buenos Aires [En adelante AHU-BA], R-020. Leiva, Alberto David, "La enseñanza penal de Carlos Tejedor", en *Revista de Historia del Derecho* N°26, Buenos Aires, 1998, p. 195.

^{9.} Decreto del gobernador de Buenos Aires Pastor Obligado y el ministro de gobierno Dalmacio Vélez Sarsfield, Buenos Aires, 5 de marzo de 1857. AHUBA, R-020.

^{10.} Leiva, Alberto David, *Carlos Tejedor*. *Dictámenes del asesor de gobierno del Estado de Buenos Aires*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1996, pp. 13-14.

El 20 de abril de 1860, el ministro de gobierno Tejedor se dirigió al rector de la Universidad de Buenos Aires para comunicarle la resolución tomada respecto de la solicitud de los estudiantes Bernabé E. Quintana, Juan José Montes de Oca y Antonio E. Malaver. Los alumnos pedían que en los exámenes generales que debían rendir no se les tomaran las asignaturas de derecho penal y mercantil. No obstante, el informe que consideraba los contratiempos de los solicitantes en sus cursos, no les era aplicable la regla de cuatro años de estudios teóricos y dos de práctico. Tejedor agregaba que se resolvía que en el examen general no estuvieran incluidos derecho penal y mercantil y se comunicaba esta decisión al rector.¹¹

El 8 de junio de 1860, el rector Antonio Cruz Obligado propuso al ministro de gobierno Domingo F. Sarmiento adoptar como texto universitario el *Curso de derecho criminal* dictado por Tejedor e imprimirlo por cuenta del Estado:

El Dr. Don Carlos Tejedor, mientras sirvió la cátedra de Derecho Criminal, ha dictado un curso para esta asignatura recibido con grande aceptación y clasificado de notable por personas idóneas. Trabajos de tal naturaleza, sería sensible que se perdiesen sin ver la luz pública, no solo por lo que ellos hablan a favor del adelanto e ilustración del país, sino porque, es de mucha utilidad para los alumnos de Derecho desde que está calcado sobre los últimos adelantos de la ciencia, y además teniendo en cuenta las peculiaridades que nos conciernen. Me permito, por lo tanto, creyendo hacer en ello un servicio a la juventud proponer a V. S. la impresión de la obra del Dr. Carlos Tejedor, por cuenta del Estado, dejándole a aquél la propiedad y el expendio de la obra, como mínima retribución de su trabajo; y con designándole, sin embargo para su venta un precio módico que se pueda ultrapasar, y que lo ponga al alcance de todos, v declarándolo además el gobierno curso universitario en materia criminal, para más los requisitos que estime convenientes.¹²

^{11.} El ministro de gobierno al rector de la Universidad, Buenos Aires, 20 de abril de 1860. AHUBA, R-018.

^{12.} El rector de la Universidad de Buenos Aires al ministro de gobierno, Buenos Aires, 8 de junio de 1860. AHUBA, R-019.

El 14 de febrero de 1863, el rector remitía al gobernador la carta de Tejedor del 12 de enero, donde renunciaba a la cátedra. El rector consultaba si se debía abrir un concurso para proveer la cátedra o si se podía posponer. En carta al ministro de gobierno Mariano Acosta, el rector decía que Tejedor había sido nombrado asesor de gobierno y estaba muy ocupado para desempeñar su cátedra. Tejedor insistía en su renuncia y acababa de manifestarlo con insistencia al rectorado. Planteaba si era factible la formación de un concurso de oposición para llenar esa vacante como estaba dispuesto o si vista la inutilidad que siempre se había dado en ese sistema para proveer las cátedras del Departamento de Jurisprudencia "puedo buscar y proponer candidato idóneo para subrogar al doctor Tejedor". El 20 de febrero el gobierno aceptó la renuncia y seis días después se ordenó abrir concurso. Finalmente no se presentó opositor al concurso y se nombró catedrático a Miguel Esteves Saguí, quien aceptó el cargo el 10 de abril. 13

Entre los alumnos de Tejedor en 1862 que posteriormente tuvieron una destacada actuación en el foro y en el ámbito académico se puede mencionar: en cuarto año a Pastor S. Obligado y José Gregorio López; en tercer año a Amancio Alcorta y Carlos Saavedra Zavaleta; en segundo año a Luis Lagos, Mariano Castellanos, Leopoldo Basavilbaso y Domingo Moyano; y en primer año a Luis Beláustegui y Manuel Belgrano. 4 Otros de sus alumnos, Antonio E. Malaver y Dardo Rocha, dejaron apuntes de sus clases contenidas en el programa de la materia. En los apuntes de Malaver se daba importancia al procedimiento en el plenario que difería del sumario, en que aquel era contencioso y este no. A esto agregaba que era público aunque no siempre ni en todos sus actos. Sin embargo, todos los de la prueba, aun los reservados, se realizaban con citación del acusador y acusado. 15

^{13.} El rector de la Universidad de Buenos Aires al gobernador, Buenos Aires, 14 de febrero de 1863. AHUBA, R-022.

^{14.} Relación de los alumnos de derecho criminal que han presentado sus matrículas en tiempo hábil al efecto. Buenos Aires, 21 de abril de 1862. AHUBA, R-021.

^{15.} Tejedor, Carlos, "Procedimientos en el plenario", en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires* N°6, vol. I, Buenos Aires, septiembre de 1922, p. 673.

Tejedor reemplazó a Ángel Navarro como vicerrector de la Universidad de Buenos Aires desde el 29 de noviembre de 1861 al 28 de mayo de 1862. ¹⁶ El 30 de septiembre de 1862, el secretario de la Universidad comunicaba a Pablo Cárdenas que por orden del rector debía suceder en el cargo de vicerrector a Tejedor según el reglamento por el lapso de seis meses. En la misma fecha también se notificaba a Tejedor que había vencido el tiempo por el cual desempeñaba el cargo de vicerrector en turno y "entre desde mañana a funcionar en ese cargo por otros seis meses el señor catedrático de derecho civil doctor don Pablo Cárdenas". Asimismo, se remitió una circular a efectos de notificar la decisión a catedráticos y alumnos. ¹⁷

El 26 de abril de 1861, el secretario José María Reybaud notificaba a los catedráticos que por orden del rector Juan María Gutiérrez debían adjuntar a la mayor brevedad sus programas de examen. ¹⁸ Tiempo después, Tejedor se dirigía al rector y le remitía el programa solicitado por las circulares del 12 de abril y 10 de agosto de 1861. ¹⁹

3. Selección de conceptos en el Curso de derecho criminal

A continuación se realizará una selección de los siguientes conceptos contenidos en el *Curso de derecho criminal* de Tejedor: "Origen, extensión e interpretación de las leyes criminales", "Jueces de paz", "Juez correccional", "Jueces del crimen", "Tribunal superior de justicia", "Ministerio fiscal", "De las justificaciones", "De la locura", "De la fuerza o violencia", "De la defensa legítima", "Caso fortuito", "Estupro", "Violación", "La pena de muerte", "De los delitos militares y marítimos" y "La confesión del reo". ²⁰ El análisis de

^{16.} El secretario de la Universidad José María Reybaud al vicerrector Ángel Navarro, Buenos Aires, 28 de noviembre de 1861. AHUBA, R-020.

^{17.} El secretario de la Universidad Miguel García Fernández al catedrático de derecho civil Pablo Cárdenas, Buenos Aires, 30 de septiembre de 1862. AHUBA, R-021.

^{18.} El secretario de la Universidad José María Reybaud a los catedráticos de derecho civil, derecho de gentes, derecho criminal y mercantil, derecho canónico y economía política. Buenos Aires, 26 de abril de 1861. AHUBA, R-021.

^{19.} Carlos Tejedor al rector de la Universidad. Buenos Aires, 12 de agosto de 1861. AHUBA, R-020.

^{20.} Cabe destacar que se ha modernizado la ortografía de estos conceptos contenidos en

estos conceptos permitirá apreciar que Tejedor inauguró la "segunda época" de la enseñanza del derecho penal, en palabras de Jiménez de Asúa. Con esta selección conceptual se tendrán elementos suficientes para comprender que Teiedor fue el primero que se dio cuenta de que existía una dogmática penal de carácter público. Es indudable que juzgar la obra de Tejedor a la luz del derecho penal actual y de la sistemática vigente sería anacrónico. Asimismo, un acercamiento histórico jurídico implica algo más que una descripción de textos pasados. Jiménez de Asúa, al hacer un balance de las obras y tratados generales argentinos impresos antes o durante la vigencia del Código Penal de 1886, elogiaba, en primer lugar, al Curso de derecho criminal de Tejedor "aunque hoy no tiene más que interés histórico". ²¹ Tejedor fue un ecléctico al igual que los franceses Rossi, Rauter, Bertauld, Le Seyller, Molinier, Boitard, Trébutien, Chauveau, Hélie, Ortolan y Blanche. Un eclecticismo que estuvo presente en las fuentes que incluyó en su Curso, que contenía conceptos que procedían tanto de la tradición romano-canónica del ius commune como del moderno derecho penal liberal. Como uno de los integrantes de la Generación de 1837, Tejedor participó de las concepciones románticas, historicistas v eclécticas.22

3.1. Origen, extensión e interpretación de las leyes criminales

En la introducción de la primera parte del *Curso de derecho criminal*, la sección tercera: *Origen, extensión e interpretación de las leyes criminales* en las ediciones de 1860 y 1871 era igual, sin modificaciones y contenía seis parágrafos (13-18).²³ Al tratar el origen, extensión e interpretación de la

el texto de Tejedor. Cfr. "Índice de la primera parte", en Tejedor, *Curso..., Primera parte* (1860), pp. 367-374 e "Índice de la segunda parte", Tejedor, *Curso..., Segunda parte* (1860), pp. 237-241.

^{21.} En materia penal, en Francia predominó el eclecticismo con Rossi, Rauter, Bertauld, Le Seyller, Molinier, Boitard, Trébutien, Chauveau y Hélie, Ortolan y Blanche. Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. I, pp. 874-875 y 893-895.

^{22.} Tau Anzoátegui, Víctor, *Las ideas jurídicas en la Argentina (Siglos XIX-XX)*, Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1977, p. 62.

^{23.} Tejedor, Curso..., Primera parte (1860), pp. 12-14 y Curso..., Primera parte (1871), pp. 13-16.

legislación criminal, Tejedor decía que por la constitución política argentina las leyes eran ciertos actos discutidos y votados libremente por la mayoría de los miembros de la asamblea legislativa:

Por nuestra constitución política las leyes son ciertos actos discutidos y votados libremente por la mayoría de la asamblea legislativa. El gobierno no puede hacer sino decretos o reglamentos para su aplicación particular; y los tribunales de justicia, tienen la misión de ejecutarlas, con la prohibición de oponer inconvenientes o razones de derecho en su ejecución. Pero las leyes no obligan desde que se hacen, sino desde que se promulgan, considerándose hecha la promulgación desde que se publican en los periódicos, o se inscriben en el Registro Oficial, *Moneat lex prius quam feriat*, decía Bacon.

En Estados Unidos sucedía otra situación -citaba a Tocqueville-, donde estaba admitida la revisión de la constitución. Si hubiera conflicto entre ella y la ley, era siempre preferible revisar aquella. Podía ser también que la verdadera razón era templar con esta intervención de la magistratura la omnipotencia de la democracia. Por otra parte, ninguna norma debía violentarse. En el caso de las penales existía siempre peligro de abuso, por lo tanto, las leves generalmente no disponían sino para lo futuro. Tejedor partía de la base del artículo 156 de la Constitución de Buenos Aires de 1854 que mencionaba que ninguna ley tendría fuerza retroactiva. El Reglamento de 1817 estipulaba que las causas criminales de toda clase que hasta ese momento se hallasen pendientes sin este nuevo método de defensa, seguirían en sus posteriores actuaciones el común del derecho. Sin embargo, el artículo constitucional y las Partidas confundían lo civil con lo criminal. No olvidaba Tejedor el carácter transitorio del Reglamento de Justicia. Respecto a las leves de procedimiento y las que fijaban las prescripciones recordaba a Trébutien, que afirmó que al ahondarse en la garantía de la defensa se negaba la retroactividad. De esta manera, Tejedor creía en la irretroactividad como lo establecía el Fuero Juzgo pero siempre que los nuevos trámites fueran mejores medios de encontrar la verdad. Desde su punto de vista, nadie tenía derechos adquiridos contra la manifestación del principio de legalidad. El carácter mixto de las leyes de la prescripción no podía destruir el principio, si se exceptuaba la acción privada. En este sentido, Tejedor se apoyaba en una de sus principales fuentes: la Nueva Recopilación de Castilla.²⁴

3.2. Jueces de paz

El primer capítulo *Jueces de paz* en la segunda parte (Leyes de forma), libro primero (Principios generales), título cuarto (De la organización y jerarquía de los tribunales) en la edición de 1860 contenía dos parágrafos (106-107).²⁵ Cuando se reeditó en 1871, el capítulo se mantuvo igual.²⁶ Respecto a la organización y jerarquía de los tribunales, Tejedor decía que los jueces de paz eran los primeros magistrados capaces de ejercer alguna jurisdicción criminal. Por ley del 24 de diciembre de 1821 reemplazaron a los antiguos alcaldes de hermandad y alcaldes de la Mesta en la campaña. En la ciudad debían conocer de las demandas que las leyes y prácticas declaraban verbales. Penas como la de azotes ya estaban en desuso y tanto los jueces de paz de ciudad y de campaña no tenían jurisdicción criminal:

Los jueces de paz son los primeros magistrados que se nos presentan capaces de ejercer alguna jurisdicción criminal. Según la ley de su institución, ellos debían reemplazar entre nosotros a los antiguos alcaldes de hermandad, y alcaldes llamados de la Mesta, en la campaña; y en la ciudad conocer de las demandas que las leyes y práctica vigente declaraban verbales. Un decreto autorizó después a los de campaña para conocer de los robos de ganados que no excediesen de seis cabezas de cualquier especie, acompañados de dos vecinos.

Tejedor mencionaba el decreto del 17 de enero de 1823 sobre intervención de los jueces de paz en la venta de objetos robados. Sin embargo,

^{24.} Tejedor, *Curso...*, *Primera parte* (1860), pp. 11-14. *Nueva Recopilación de Castilla*, en *Los códigos españoles concordados y anotados*, Madrid, Imprenta de M. Rivadeneyra, 1850, t. XI. [Se cita, en adelante, N. R., seguido por el número de libro, título y ley respectivamente] 2.1.26.

^{25.} Tejedor, Curso..., Segunda parte (1860), pp. 56-57.

^{26.} Tejedor, Curso..., Segunda parte (1871), pp. 57-58.

había un error en la redacción, pues la norma era del 30 de enero de $1823.^{27}$

Cabe aclarar que Tejedor en su vida pública se interesó por esta temática, como lo informaba Francisco de las Carreras el 15 de marzo de 1861 al ministro de gobierno Pastor Obligado. Tejedor había escrito un manual para servir de guía a los jueces de paz de campaña en el desempeño de la jurisdicción criminal competente y en la ejecución de las diligencias ordenadas por los juzgados superiores. El Tribunal acompañado de su fiscal examinó el trabajo y opinó que llenaba en forma satisfactoria el objetivo propuesto por el gobierno. Contenía formularios para los jueces de paz –legos en su mayoría – v normativa que mencionaba en su Curso de derecho criminal. Se calificaba al Manual de jueces de paz en los procesos criminales como "útil y bien desempeñado trabajo" y se lamentaba que no se les hubiera dado una igual instrucción en la parte civil que les competía, la que también presentaba dificultades en la práctica.²⁸ Advirtió Ángel J. Carranza que el contenido de esta temática Tejedor lo vertió en dos manuales que el gobierno le encomendó para uso de los jueces de paz de campaña en materia civil y criminal -publicados en 1861- y que reafirmaban su prestigio de jurisconsulto.²⁹ En el Manual para los jueces de paz en las demandas civiles y asuntos administrativos, Tejedor aclaraba que las funciones civiles y administrativas de los jueces de paz eran comunes tanto para los de la ciudad como los de la campaña. Sin embargo, al residir en la capital las principales autoridades, los jueces de la ciudad recibían menos comisiones y la misma jurisdicción propia era más limitada. La causa era que no concurría en ellos la razón de la distancia que había obligado a extender la jurisdicción de los de campaña a

^{27.} Tejedor, Curso..., Segunda parte (1860), pp. 56-57. Ley del 24 de diciembre de 1821, en Registro Oficial del gobierno de de Buenos Aires N°22, Buenos Aires, Imprenta de la Independencia, 1821, pp. 190-193; N. R. 8.13.3 y 5.4.1; Hevia Bolaños, Juan de, Curia Philipica. Madrid, Oficina de Ramón Ruiz, 1797. Parte III § 5, N°11, p. 194. Sobre robos, Buenos Aires, 30 de enero de 1823, en Prado y Rojas, Aurelio, Leyes y decretos promulgados en la Provincia de Buenos Aires desde 1810 á 1876. Recopiladas por el Dr. Aurelio Prado y Rojas, Buenos Aires, Imprenta del "Mercurio", 1877, t. I, p. 376.

^{28.} Tejedor, Carlos, *Manual de jueces de paz en los procesos criminales*, Buenos Aires, Imprenta Argentina de El Nacional, 1861, pp. 3-4.

^{29.} Carranza, Ángel J., *Bosquejo histórico acerca del doctor Carlos Tejedor y la conjuración de 1839*, Buenos Aires, Imprenta de Juan A. Alsina, 1879, pp. 116-117.

cosas y asuntos que en general no debían entender. Los jueces de paz tenían que hacer una pronta justicia y poco dispendiosa en los asuntos contenciosos. Se disponía que el juicio ante ellos fuera verbal y se dijera solamente la verdad.³⁰

3.3. Juez correccional

El segundo capítulo Juez correccional en la segunda parte (Leves de forma), libro primero (Principios generales), título cuarto (De la organización y jerarquía de los tribunales) en la edición de 1860 contenía tres parágrafos (108-110).³¹ Sin embargo, en la edición de 1871 el mismo capítulo tenía nueve parágrafos (108 a 110 y 114-119).³² Mencionaba Tejedor que en el mismo año que se establecieron los jueces de paz se nombraron comisarios para la ciudad y campaña, que debían concurrir donde se cometiera un delito, apoderarse del delincuente y cómplices, levantar una información y remitir todo a la justicia ordinaria. El artículo 4 del decreto del 18 de diciembre de 1830 derogó esta facultad de los comisarios de ciudad. Por lo tanto, los hechos correccionales de los que se debía ocupar el jefe de policía eran vagancia, borrachera, falta de papeleta, armas prohibidas, insultos a personas, falta de respeto a la autoridad doméstica, riñas sin heridos graves, deshonestidad pública, palabras obscenas y falta de cumplimiento de los decretos de policía. Tejedor era consciente de la gran cantidad de delitos en la campaña y opinó que la jurisdicción correccional debía corresponder a los jueces de paz declarados independientes de los prefectos en todo lo que no era administrativo "así como en la ciudad corresponde al juez especialmente creado".

En este estado se creó la Municipalidad, con algunas funciones policiales, especialmente en la campaña: después, un juzgado correccional para la capital, que despacha en la Policía, y cuyas atribuciones son los delitos que por su naturaleza den lugar a una

^{30.} Tejedor, Carlos, Manual para los jueces de paz en las demandas civiles y asuntos administrativos, Buenos Aires, Imprenta de La Tribuna, 1861, pp. 3-4.

^{31.} Tejedor, Curso..., Segunda parte (1860), pp. 57-58.

^{32.} Tejedor, Curso..., Segunda parte (1871), pp. 58-65.

pena correccional: declarándose tales: 1º aquellas que no pasen de ocho días a tres años de detención, prisión o servicio en el ejército: 2º las multas y penas pecuniarias desde 590 hasta 10.000 pesos: y últimamente los suprimidos comisarios de campaña, en número de 25, con prefectos a su cabeza, que por la naturaleza de sus funciones abarcaban en la campaña algunas de las funciones del jefe de policía, pero sin poder conocer judicialmente según las mismas leyes de su institución, sino en el caso de que la tranquilidad pública exigiese proceder contra alguno y ordenar su prisión, avisándole al juez respectivo con remisión de sus antecedentes. En la campaña, pues, parece que la jurisdicción correccional debe corresponder todavía a los jueces de paz, declarados independientes de los prefectos, en todo lo que no es administrativo, así como en la ciudad corresponde al juez especialmente creado.³³

El fundamento de Tejedor era que ninguna ley había revocado en ellos las facultades que antes ejercían y que tampoco se podía atribuir a los jueces del crimen de campaña desde que se han admitido delitos y penas correccionales.³⁴ Incluía la ley del 6 de octubre de 1857 –citada erróneamente, en

33. Tejedor, *Curso...*, *Segunda parte* (1860), pp. 57-58. Tejedor citaba el artículo 7 de la ley del 15 de septiembre de 1857 pero en realidad la ley es del 6 de septiembre de 1857 y tenía seis artículos. El artículo 1º establecía que la jurisdicción correccional en el distrito señalado a los jueces del crimen de la ciudad correspondería en lo sucesivo a un juez letrado especial. Nada dice esta ley sobre los jueces de paz de campaña y su jurisdicción criminal. *Registro Oficial de la Provincia de Buenos Aires*. *Año 1856*, Buenos Aires, Imprenta del Mercurio, 1875, pp. 115-116.

34. Ley del 24 de diciembre de 1821, en *Registro Oficial del gobierno de de Buenos Aires*, Buenos Aires, Imprenta de la Independencia, 1821, pp. 190-193; Decreto señalando la parte que deben tomar los comisarios en la formación de los sumarios, 18 de diciembre de 1830, en *Recopilación de las leyes y decretos promulgados en Buenos Aires, desde el 25 de mayo de 1810, hasta fin de diciembre de 1835. Segunda parte*, Buenos Aires, Imprenta del Estado, 1836, pp. 1078-1079. Tejedor nombraba el artículo 3 de la ley del 30 de octubre de 1858: "El conocimiento de las causas de las que habla el artículo anterior, corresponderá en la ciudad al juez de paz, por medio de proceso verbal, sin apelación, en el efecto suspensivo. De esta apelación conocerá en la campaña el juez del crimen sin más recurso". *Registro Oficial del Estado de Buenos Aires. 1858*, Buenos Aires, Imprenta del Mercurio, 1876, pp. 133-134.

realidad era del 6 de septiembre de 1857— y que ordenaba que la jurisdicción correccional de los jueces del crimen de la ciudad de Buenos Aires iba a corresponder en lo sucesivo a un juez letrado especial. Aclaraba que las penas correccionales eran: 1) Las que no pasaban de ocho a tres años de detención, prisión o servicio en el ejército y 2) La multa o pena desde quinientos hasta diez mil pesos.³⁵

3.4. Jueces del crimen

El tercer capítulo *Jueces del crimen* (Leyes de forma), libro primero (Principios generales), título cuarto (De la organización y jerarquía de los tribunales) en la edición del *Curso de derecho criminal* de 1860 contenía dos parágrafos (111-112).³⁶ Sin embargo, en la edición de 1871 se suprimió este capítulo con sus respectivos parágrafos. Decía Tejedor que a pesar de la revolución de 1810 todavía existían los alcaldes de la hermandad y los ordinarios. El orden de derecho exigía que todos los que habitaban en sus distritos acudieran a ellos en sus litigios civiles o criminales.³⁷ Su jurisdicción criminal era la misma de los alcaldes mayores o jueces de letras de ciertas poblaciones.

Conocían por consiguiente en primera instancia de todas las causas civiles y criminales, hasta la sentencia definitiva. Nosotros hemos dividido la jurisdicción civil de la criminal, y extendido la segunda a la campaña con distritos determinados. No así en la ciudad donde los jueces administran indistintamente justicia civil y criminal, y aún se suplen con los civiles en ciertos casos. De las sentencias de unos y otros, cuando conocían en 1ª instancia, hay apelación al tribunal superior de justicia en sus dos salas. Pero su fallo mediante juicio breve y sumario, dice la ley, concluye el

^{35.} Tejedor, Curso..., Segunda parte (1860), p. 58. Rejistro Oficial de la Provincia de Buenos Aires. Año 1857, Buenos Aires, Imprenta del Mercurio, 1875, pp. 115-116.

^{36.} Tejedor, Curso..., Segunda parte (1860), pp. 59-60.

^{37.} Aclaraba Tejedor: "La elección de estos jueces se hacía como la de los regidores y oficios de la república. Tejedor, *Curso..., Segunda parte* (1860), p. 59. N. R. 8.31.9; *Recopilación de leyes de los Reinos de las Indias*, Madrid, Boix editor, 1841, t. I. [Se cita, R. I., seguido por el número de libro, título y ley respectivamente] 5.2.1.

asunto en las causas correccionales, que pueden resolver los jueces de paz de campaña, y que pasan al juez del crimen del distrito por apelación o consulta.

En cuanto a las funciones de los jueces del crimen de campaña, debían transmitir todas las semanas al defensor de pobres una lista de los expedientes existentes en el juzgado. De acuerdo al artículo 29 del Reglamento de administración de justicia de 1813 –que citaba Tejedor—, se debía hacer la visita de cárcel junto a la primera autoridad del partido.³⁸

3.5. Tribunal superior de justicia

El cuarto capítulo *Tribunal superior de justicia*, libro primero (Principios generales), título cuarto (De la organización y jerarquía de los tribunales) en la edición de 1860 contenía siete parágrafos (113-119).³⁹ Sin embargo, en la reedición de 1871 se suprimió el capítulo referente al *Tribunal superior de justicia* y el parágrafo 113, mientras que los parágrafos 114-119 pasaron a integrar el capítulo segundo *Juez correccional*.⁴⁰ Decía Tejedor que el tribunal superior de justicia, antiguamente denominado cámara de justicia, tenía en sala plena la superintendencia de la administración de justicia civil y criminal en todo el Estado con las mismas atribuciones de las Audiencias. Conforme a sus salas conocía de la apelación de los jueces de primera

38. Tejedor, *Curso..., Segunda parte* (1860), pp. 59-60. Ley del 24 de diciembre de 1821, en *Registro Oficial del gobierno de Buenos Aires*, Buenos Aires, Imprenta de la Independencia, 1821, pp. 190-193; Ley del 28 de noviembre de 1853, en *Registro Oficial del Gobierno de Buenos Aires*. *Año de 1853*, Buenos Aires, Imprenta de "El Orden", 1856, pp. 155-156; Ley del 21 de octubre de 1856, en *Rejistro Oficial de la Provincia de Buenos Aires*. *Año 1856*, Buenos Aires, Imprenta del Mercurio, 1875, p. 83; Art. 11 del Reglamento de Administración de Justicia dado por la Asamblea General Constituyente de las Provincias Unidas del Río de la Plata del 6 de agosto de 1813: "En las ciudades subalternas de provincia, y en las capitales de ellas, la primera autoridad civil con las justicias ordinarias visitará las cárceles una vez a la semana, aunque sea en domingo, celando el progreso de las causas, removiendo los obstáculos que se opongan a su finalización, y cortando por prudentes arbitrios las que sean de poca entidad", en Levaggi, *Orígenes de la codificación argentina...*, p. 51.

- 39. Tejedor, Curso..., Segunda parte (1860), pp. 60-64.
- 40. Tejedor, Curso..., Segunda parte (1871), pp. 62-65.

instancia. Incluso se podía apelar de la una a la otra si la segunda sentencia no era del todo conforme con la primera. Sin embargo, si en la sentencia había condenación de muerte se debía otorgar recurso a la otra sala cualquiera fuera la naturaleza del delito.⁴¹ Tejedor desarrollaba aspectos histórico-jurídicos de la organización judicial castellana indiana al recordar a los alcaldes del crimen, alcaldes ordinarios, Audiencias y el Consejo de Indias:

Antiguamente, los alcaldes del crimen formaban una de las salas de cada audiencia y decidían en 1ª instancia de las causas criminales dentro de las cinco leguas, con súplica ante ellos mismos, sin otra instancia ni recurso. Pero de las que conocían en primera instancia los alcaldes ordinarios se apelaba para dicha sala en vista y revista. Las audiencias en general debían proveer de forma que los delitos no queden sin castigo, haciendo sus oidores como hemos dicho, las veces de los alcaldes del crimen, donde no los había. Y encima de las Audiencias, estaba todavía el Consejo que entendía de las residencias, de los comisos, de la segunda suplicación, y de otras materias entregadas a veces en Indias a las mismas Audiencias. Todo esto, con las modificaciones que requiere el sistema republicano, ha pasado a nuestro tribunal de justicia.

Afirmaba Tejedor que una de las obligaciones principales del tribunal eran las visitas semanales y generales de cárcel con la concurrencia de los jueces del crimen, escribanos, procuradores y abogados de pobres:

41. El art. 125 de la Constitución de Buenos Aires señalaba: "El tribunal superior tendrá la superintendencia en toda la administración de justicia". Constitución de Buenos Aires sancionada en 11 de abril de 1854, Besanzon, Imprenta de José Jacquin, s/d. El artículo 9 de la ley del 29 de septiembre de 1857 establecía: "El Superior Tribunal Pleno, se formará, cuando menos, de siete jueces, si no se pidiese su integración y conocerá 1°) de todo recurso de toda apelación que se interpusiese de resoluciones del gobierno, en asuntos con particulares, mientras no se establezca el Tribunal especial, de que habla el artículo 129 de la Constitución; 2°) de los recursos de fuerza y protección de los juzgados y tribunales eclesiásticos; 3°) de los negocios contenciosos, pertenecientes al patronato de las iglesias; 4°) tendrá la superintendencia de toda la administración de justicia". Rejistro Oficial de la Provincia de Buenos Aires. Año 1857, Buenos Aires, Imprenta del Mercurio, 1875, pp. 97-98.

Las particulares se hacen por dos ministros en comisión, las generales por el tribunal pleno, sin restringirlas a las tres de que hablan las leyes españolas, sino siempre que vienen muchos días de fiesta política o religiosa. La visita es un acto de jurisdicción que comprende a todos los presos en cualquier parte que estén, y en ella se da cuenta de todas las causas menos de las que están en sumario. Pero esta jurisdicción se ha limitado por las leyes a ciertas cosas. Así, no pueden resolverse en la visita sino cuestiones de excarcelación, conmutación permitida de penas, y las relativas al régimen interior de las cárceles, abusos de sus empleados, y paralización de las causas criminales, sin que haya recurso de estas resoluciones. Solo en casos de poca monta y en que no haya interés de parte conocida, se pueden tomar otras providencias sobre lo principal.⁴²

Recalcaba Tejedor que en lo criminal no había relación escrita respecto a que los dichos de los testigos debían verse a la letra y que los escribanos del tribunal tenían el deber de pasar a los fiscales después de la visita un estado de los procesos criminales: "Solo advertiremos: 1º que en lo criminal no hay relación escrita porque los dichos de los testigos, deben verse a la letra; 2º que los escribanos del tribunal están en el deber de pasar a los fiscales, después de la visita, un estado de los procesos criminales".43

42. Tejedor, *Curso...*, *Segunda parte* (1860), pp. 61-62. Art. 37 del Reglamento de Administración de Justicia dado por la Asamblea General Constituyente de las Provincias Unidas del Río de la Plata del 6 de agosto de 1813: "Las Cámaras en el lugar donde residan harán indefectiblemente la visita de cárcel ordinaria, y en las Pascuas la general que hasta aquí se ha practicado, concurriendo a este acto todos los jueces, alguaciles, ministros, escribanos, procuradores y abogados de pobres encarcelados", en Levaggi, *Orígenes de la codificación argentina...*, p. 52.

43. Tejedor, *Curso...*, *Segunda parte* (1860), pp. 63-64. Tejedor remitía a la acordada del 3 de febrero de 1835 que disponía que frente a los abusos de presos con escritos arbitrarios y desarreglados en las visitas de cárcel la Cámara de Justicia ordenaba que no se introdujeran otros escritos o memoriales que los presentados ante el procurador, los abogados defensores de pobres en lo criminal y en los juzgados de primera instancia competentes. Debían estar firmados por el abogado defensor o nombrado judicialmente o el defensor general. Por otra parte, se ordenaba que el escribano de la Cámara sacaría tres testimonios públicos con el contenido de los procesos y colocaría uno en la tabla interior

3.6. Ministerio fiscal

El capítulo quinto *Ministerio fiscal*, libro primero (Principios generales), título cuarto (De la organización y jerarquía de los tribunales) en la edición de 1860 contenía cinco parágrafos (120-124).⁴⁴ La reedición de 1871 mantuvo el capítulo V: Ministerio fiscal con los mismos números de parágrafos (120-124).⁴⁵ Tejedor opinaba que en el desarrollo histórico de este instituto en Grecia y Roma no se dejaban de nombrar las acusaciones populares, defensores civitatum y el procurator caesaris. Las Partidas contemplaban los personeros del rev y patronos del fisco para razonar y defender en juicio las cosas y derechos de la corona. En el siglo XIII aparecieron por primera vez en Valencia dos funcionarios. El primero era el abogado fiscal que debía acusar en los delitos, cuidar de la ejecución de las penas y defender la jurisdicción real. El segundo era el abogado patrimonial encargado de la defensa de las cuestiones del real patrimonio, del erario y la recaudación de impuestos. Luego, se agregaron los procuradores fiscales que cuidaban la denuncia de los delitos. Decía Tejedor que el ministerio fiscal era una institución moderna con las funciones de velar por el interés del Estado y de la sociedad, promover la represión de los delitos, la defensa judicial de los intereses estatales y la observancia de las leves que determinaban la competencia de los tribunales. Al principio se nombraron agentes fiscales y después fiscales acompañados de dos agentes. El ministerio fiscal estaba dividido en dos, uno de gobierno y otro adscripto al tribunal de justicia. Tejedor criticaba la norma que había efectuado la división y que no había cuidado de determinar las funciones y el resultado fue que el ministerio fiscal carecía de unidad y de dirección:

Hoy el ministerio fiscal está dividido en dos, uno de gobierno, y otro adscripto especialmente al tribunal superior de justicia.

de la lista de los pleitos pendientes en la Cámara, otro en la puerta exterior de la Casa de Justicia y el último adentro de la puerta de comunicación entre el primer patio y zaguán de la cárcel. Sobre la forma en que los presos deben elevar sus peticiones, y ordenando que los visiten los defensores al menos una vez por semana, en *Acuerdos y sentencias dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires...*, t. II., pp. 24-25.

^{44.} Tejedor, Curso..., Segunda parte (1860), pp. 64-66.

^{45.} Tejedor, Curso..., Segunda parte (1871), pp. 65-67.

Pero la ley que hizo la división no se ha cuidado de determinar las funciones respectivas; y el resultado ha sido que el ministerio fiscal carece de unidad y dirección. El fiscal de gobierno solo recibe órdenes del Poder Ejecutivo y parecen pertenecerle todas las cuestiones económicas y administrativas. A su turno, el del tribunal, solo las recibe de este, y sus funciones son las de los antiguos fiscales en lo judicial. Los mismos agentes que representan la acción pública en los juzgados inferiores no tienen relación de dependencia respecto de los fiscales.⁴⁶

3.7. De las justificaciones

El término *justificación* significaba para la doctrina de la época: "La prueba que se hace de alguna cosa con instrumentos o testigos y especialmente la probanza que hace el reo de su inocencia o justicia desvaneciendo los cargos que se le han hecho". A su vez *justificativo* quería decir: "Lo que sirve para probar o acreditar alguna cosa; como instrumento justificativo, con que se acredita la verdad de lo que se ha deducido; hecho justificativo, que sirve para probar la inocencia de un acusado".⁴⁷

46. Tejedor, Curso..., Segunda parte (1871), p. 65. Morin, Achille, Dictionnaire du droit criminel répertoire raisonné de legislation et de jurisprudence, en matiére criminelle, correctionnelle et de pólice, Paris, Chez A. Durand libraire-editeur, 1842, pp. 522-531; Código de las Siete Partidas, en Los códigos españoles concordados y anotados, Madrid, Imprenta de M. Rivadeneyra, 1848, t. III. [Se cita, en adelante, el número de partida, título y ley respectivamente] 4.18.12; R.I. 2.5.14; Tejedor mencionaba a Juan Bautista Larrea en su alegato II Nº11. Larrea, Joan Bapt., Allegationum pars prima, Ludgune, Petri Borde, Joannis & Petri Arnaud, 1590, p. 9. Tejedor citaba la acordada del 24 de septiembre de 1821 que establecía que el regidor continuara con las visitas a los presos "a fin de que no estén sepultados en la cárcel sin saber el mérito, ni estado de sus causas, sino que su comunicación con ellos, sea tanto para consolarlos, como para aprovecharse de las excepciones y defensas que les sean favorables". El mismo encargo se hacía al agente fiscal del crimen "por lo que respecta a la averiguación de los crímenes, para que no queden impunes". Deberes del defensor de pobres y Agente Fiscal en lo Criminal, Acordada del 24 de septiembre de 1821, en Acuerdos y sentencias dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires..., t. II., p. 18.

47. Escriche, Diccionario razonado de legislación..., p. 346.

La edición de 1860 del *Curso de derecho criminal*, capítulo quinto *Justificaciones*, libro primero (Principios generales), título primero (De los delitos en general) contenía dos parágrafos (59-60).⁴⁸ La reedición de 1871 mantuvo el mismo número de capítulo pero cambió el título por *De las justificaciones*, libro primero (Principios generales), título primero (De los delitos en general) con los mismos números de parágrafos (59-60).⁴⁹ Tejedor señalaba que Dios brindó a todos los hombres inteligencia y libertad:

Habiendo dado Dios a todos los hombres inteligencia y libertad, los ha constituido responsables de sus actos delante de la ley moral. Esta responsabilidad existe *a fortiori* a los ojos de la ley social, desde que es conocida mediante su promulgación. Pero cesa naturalmente, cuando falta alguna de las condiciones expresadas o no existen completas. De aquí las circunstancias atenuantes, las excusas y justificaciones de que pasamos a ocuparnos, empezando por las últimas. Llámase justificaciones a las causas que excluyendo la intención criminal, establecen la inocencia del agente, y rechazan la aplicación de la pena.⁵⁰

Las fuentes de Tejedor eran Trébutien, Chauveau, Hélie y el Código de Prusia: "Todo el que carece de libertad para obrar libremente, dice el código prusiano, ni puede cometer delito, ni sufrir pena".⁵¹ Trébutien mencionaba causas de privación de la inteligencia (edad, demencia, fiebre, sonambulismo) y de privación de la libertad (coacción moral y física y legítima defensa).⁵² El hecho descripto por la figura delictiva punible por regla se ejecutaba en determinadas circunstancias que causaban u originaban su justificación y por ende su impunidad. Las antiguas legislaciones contenían

^{48.} Tejedor, Curso..., Primera parte (1860), pp. 41-42.

^{49.} Tejedor, *Curso...*, *Segunda parte* (1871), pp. 42-43.

^{50.} Tejedor, Curso..., Primera parte (1860), p. 41.

^{51.} Tejedor, *Curso...*, *Primera parte* (1860), p. 41. Chauveau, Adolphe y Hélie, Faustin, *Théorie du Code Pénal*, Bruxelles, Societé Typographique Belge, 1843, t. I, p. 258.

^{52.} Trébutien, Eugéne, *Cours elementaire de droit criminel*, Paris, Auguste Durand, 1854, t. I, pp. 109-147. Véase la crítica de esta postura, Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. III, p. 1046.

más causas de justificación expresas que algunas de los principales códigos penales del siglo XIX. 53

Tejedor enumeraba las justificaciones y respecto del alibí o coartada mencionaba que no era menos importante que las otras:

Tales son la locura, la defensa, la fuerza y el *alibí* o coartada. Divídense en *generales* o *especiales*. Generales cuando se extienden a todos los delitos. Especiales, cuando solo pueden invocarse en un delito o clase de delitos. Ligadas por un vínculo estrecho con las excusas, se confunden con frecuencia; pero el buen método exige que las tratemos aparte.⁵⁴

3.8. De la locura

El libro primero del *Curso de derecho criminal* abarca los Principios generales que contiene el artículo primero *De la locura*, capítulo quinto, título primero De los delitos en general con seis parágrafos (61-66).⁵⁵ Tejedor consideraba que esta justificación era tan evidente que aunque el legislador no la hubiera expresado, su importancia no sería menos poderosa sobre el espíritu de los jueces. La justicia moral no podía reconocer un delito en la acción de una persona privada de su juicio. Pero las dificultades se presentaban cuando se quería hacer la aplicación a la casuística. Se preguntaba Tejedor cómo se conocía la locura y

53. Señalaba Núñez que este amplio elenco de causas de justificación expresadas, por las reglas jurídicas positivas de más autorizada tradición no fue acogida por los códigos francés de 1810 y toscano de 1853. El Código francés de 1810 no preveía ninguna causa de justificación como principio general de impunidad. Solo establecía en su "Parte general" causas de carácter subjetivo como la demencia y la violencia irresistible (art. 649) y la minoridad (art. 66). La orden de la ley y el mandato de autoridad legítima (art. 327) y la legítima defensa (arts. 328 y 329) solo estaban previstos como justificadores del homicidio, lesiones y golpes. Núñez, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1959, t. I, pp. 308-309.

54. Tejedor, *Curso...*, *Primera parte* (1860), p. 60. Trébutien, *Cours elementaire de droit criminel*, t. I, p. 109.

55. Tejedor, *Curso...*, *Primera parte* (1860), pp. 41-42. La reedición de 1871 mantuvo la misma estructura. Tejedor, *Curso...*, *Segunda parte* (1871), pp. 42-43.

se acreditaba la lesión de las facultades intelectuales que constituía la demencia legal:

¿Cómo se conoce la locura? ¿Cómo se acredita la lesión de las facultades intelectuales que constituye la demencia legal? ¿En qué casos la justicia debe declarar responsable al acusado, no obstante la enfermedad que invoca? La ciencia médica distingue dos grados principales, el *idiotismo* y la *locura*. El idiotismo, *fatuitas*, es una especie de estupidez, que reconoce diversos grados. Los afectados tienen un círculo muy estrecho de ideas y carecen totalmente de carácter. Su inteligencia no se ha desarrollado nunca, o se ha revelado de una manera incompleta. El idiota nace tal. La locura es un término general que comprende a todo individuo cuya inteligencia se perturba, debilita o extingue, después de adquirir su desarrollo.

Tejedor distinguía la manía, *furor*, como un delirio general, variable, que se aplicaba a toda clase de objetos:

El enfermo no puede tener ninguna idea fija. Una increíble actividad excita las operaciones delirantes del espíritu. El maníaco es el juguete continuo de ideas falsas e incoherentes, de rápidas alucinaciones. Pero otras veces, el delirio compone particularmente de una idea o serie de ideas exclusiva en torno de las cuales se agrupan, por decirlo así, las demás ideas desordenadas. Entonces toma el nombre de *monomanía*, o manía sin delirio, conocida también en la antigüedad con el nombre de melancolía.

Esquirol expresaba que cada especie de locura se podía ver en los artículos del Diccionario de ciencias médicas: delirio, idiotismo, manía, monomanía, melancolía y loco. Estas eran las especies mencionadas por Tejedor. 56

56. Tejedor, *Curso...*, *Primera parte* (1860), pp. 42-46. La obra de Jean Étienne Dominique Esquirol *Dictionaire des sciences médicales* fue traducida al castellano y ampliada por sus traductores entre 1821 y 1827. En la primera etapa había traductores no médicos y en la

3.9. De la fuerza o violencia

El libro primero del *Curso de derecho criminal* abarca los Principios generales que contiene el artículo segundo *De la fuerza o violencia*, capítulo quinto, título primero De los delitos en general con siete parágrafos (67-73).⁵⁷ Tejedor destacaba que la fuerza podía ser física o moral pero una y otra tenían que ser graves *vis major humanis viribus* para producir el efecto de justificación. La primera consistía –según Pufendorf– en que a pesar de la resistencia del hombre sus miembros eran empleados en hacer o sufrir algo. Pero esta fuerza material no podía ser frecuente y más común era la fuerza moral y también más difícil de apreciarla. Su procedencia era la amenaza de un mal más o menos grave, si alguien se negaba a cometer un delito o la orden de una persona que tenía mando sobre alguien.

Tejedor mencionaba a Julio Claro y Farinaccio al señalar que los criminalistas admitieron la fuerza entre las causas justificativas:

No es pues sin razón que los criminalistas admiten la fuerza entre las causas justificativas. Las leyes no hablan sino del miedo grave que anula los *pleitos* o *posturas*; pero es claro que estas mismas disposiciones tienen aplicación en lo criminal. Antes vimos que en la complicidad que resulta de la ejecución de una orden de juez competente, el agente es declarado irresponsable. Con cuánta más razón debe serlo si obra bajo el imperio de miedo de muerte, o de tormento de cuerpo, o de perdimiento de miembro, o de recibir deshonra.

Según Tejedor los autores distinguían varias clases de amenazas. Las dirigidas a la vida, a los miembros, a la persona y que eran las más poderosas. Por el contrario, las que recaían sobre los bienes exigían menos el sacrifico de la conciencia:

segunda etapa quedaron dos traductores médicos. Tejedor leyó la versión en francés y de ahí sacó todos sus conceptos del término "locura". *Diccionario de ciencias médicas, por una sociedad de los más célebres* profesores *de Europa*, Madrid, Imprenta de don Mateo Repullés, 1824, t. XXIII, pp. 2-58. Chauveau y Hélie, *Théorie du Code Pénal*, t. I, pp. 258-262. Mata, Pedro, *Tratado de medicina y cirugía legal*, Madrid, Imprenta de Suárez, 1846, t. I, p. 473. 57. Tejedor, Curso..., Primera parte (1860), pp. 46-51. La reedición de 1871 mantuvo la misma estructura. Tejedor, Curso..., Segunda parte (1871), pp. 47-52.

La más ligera incertidumbre sobre este punto convertiría la justificación en excusa. Livingston por esta razón en su proyecto de Código exige que el delito se cometa en presencia del que emplea la violencia, y mientras dura. Debe considerarse sobre todo la edad, el sexo, y la condición de las personas. Las reglas morales nunca son absolutas.

Según Tejedor la violencia ejercida por una orden de un superior, podría aplicarse a los casos de un comandante militar, un funcionario, un padre o un marido. En el ámbito de los militares se sostenía la doctrina de la obediencia pasiva. Los militares no debían juzgar ni ver sino con los ojos de sus superiores. El jefe únicamente era el responsable de una orden criminal:

Esta doctrina nos parece demasiado absoluta. Toda obediencia debe cesar cuando la orden es abiertamente criminal. No es cierto tampoco que los militares sean siempre ciegos instrumentos. La ordenanza los obliga muchas veces a verificar la legitimidad de las órdenes que reciben. La misma decisión debe aplicarse con más severidad a los funcionarios del orden civil, pero modificando su responsabilidad según los actos.⁵⁸

Tejedor entre otras fuentes mencionaba a San Agustín, quien afirmaba: "porque también el soldado, cuando, obedeciendo, a su capitán, a quien inmediatamente está sujeto, mata a un hombre, por ninguna ley civil incurre en la culpa de homicida". ⁵⁹ También se refería al artículo 40 del *Código Penal de Luisiana* de autoría de Edward Livingston. ⁶⁰

^{58.} Tejedor, *Curso...*, *Primera parte* (1860), pp. 46-51. Vicente y Caravantes, José, *Código penal y reformado; comentado novísimamente*, Madrid y Santiago, Librerías de don Ángel Calleja editor, 1851, p. 63. Chauveau y Hélie, *Théorie du Code Pénal*, t. I, pp. 280-281.

^{59.} Agustín, San, La ciudad de Dios del gran padre y doctor de la Iglesia San Agustín, obispo de Hipona, Madrid, Imprenta Real, 1793, t. I, p. 113.

^{60.} Livingston, Edward, "Code of crimes and punishments", en *A system of penal law, for the state of Louisiana: consisting of a code of crimes and punishments, a code of procedure, a code of evidence, a code of reform and prison discipline, a book of definitions,* Philadelphia, James Kay, 1833, p. 371.

3.10. De la defensa legítima

El libro primero del *Curso de derecho criminal* incluve los Principios generales que comprende el artículo tercero De la defensa legítima, capítulo quinto, título primero De los delitos en general con ocho parágrafos (74-81). 61 Tejedor aludía a Cicerón cuando expresaba que el derecho de defender la vida cuando estaba amenazada constituía una lev de lo natural.⁶² La confirmación de esta realidad estaba mencionada por el Digesto y las Partidas.⁶³ En esta forma, lo mismo repitieron el Fuero Real, las leves del Estilo y las Recopiladas.⁶⁴ Advertía Tejedor que la legislación castellana y patria parecían admitir esta defensa. Sin embargo, en el antiguo derecho se discutía mucho si el ultraje al honor bastaba para colocar a la persona en estado de legítima defensa. El derecho de castigar solo debía confiarse a la autoridad pública por el peligro que existía en dejar al ofendido como juez en su propia causa. 65 Como afirmaba Séneca, esta decisión tenía que modificarse al tratarse de ultrajes irreparables, donde era preferible la muerte tamquam libertas et pudicitia et mens bona. 66 De allí resultaba que en esos casos no se trataba propiamente de un simple ultraje, sino de un delito contra la persona, de una mancha que pesaría sobre toda la vida de la víctima:

- 61. Tejedor, *Curso...*, *Primera parte* (1860), pp. 51-58. La reedición de 1871 mantuvo la misma estructura. Tejedor, *Curso...*, *Segunda parte* (1871), pp. 52-58.
- 62. Cicerón señalaba en la oración la defensa de Milón de que una ley no escrita sino natural que no se aprendió, oyó ni leyó "sino que la tomamos, bebimos y sacamos de la misma naturaleza: en la que no hemos sido enseñados, sino criados, no se nos ha impuesto, sino imbuido; de que, si nos viésemos caer en alguna emboscada, o invadidos de la fuerza, y armas de salteadores, o enemigos, fuese justo y bueno todo medio, por donde nos pudiésemos salvar"; Cicerón, Marco Tulio, *Oraciones escogidas de Marco T. Cicerón*, Barcelona, Imprenta de Sierra y Martí, 1829, t. I., p. 19.
- 63. Las Partidas eximían de toda pena al que mataba "viniendo el otro contra él, trayendo en la mano cuchillo sacado ó espada ó piedra ó palo ó otra arma qualquier con que lo pudiese matar [...] e non ha de esperar que el otro lo fiera primeramente, porque podría acaescer que por el primer golpe podría morir el que fuese acometido, e después non se podría amparar". P. 7.8.2.

64. N. R. 8.23.4.

65. P. 7.10.14.

66. Séneca, *Oeuvres complétes de Sénéque*, Paris, J. J. Dubochet et compagnie editeurs, 1858, p. 145.

Por eso, el jurisconsulto Paulo pone en la misma línea el homicidio cometido por defender la vida o el honor. De la misma opinión participaban Grocio y Pufendorf, y puede decirse que esta es la regla general de la antigua jurisprudencia, consignada también en varias de nuestras leyes. Leyes citadas, y las que dan este derecho al marido por el honor de la mujer, al padre que mata al hombre que encuentra yaciendo con su hija, y al que mata al que se lleva una mujer por fuerza para violarla.

Para Tejedor otra condición era que la defensa debía ser *necesaria*. Así llamaba a la requerida por un peligro *actual* y en *proporción* a la fuerza del ataque. Según Farinaccio –otro jurista nombrado por Tejedor– cometería exceso aquel que se sirviese de un arma mortífera cuando el agresor no la tuviese o huyera. Pero para Tejedor esta regla era de una aplicación práctica muy difícil. Gregorio López estimaba –citado en el *Curso de derecho criminal*– lícito matar si un hombre robusto empleaba el puño contra uno débil y advertía que en esa materia había que considerar muchas circunstancias. ⁶⁷ Asimismo, otra condición para legitimar la defensa era que la agresión fuera injusta, es decir, no ordenada por la ley ni ejecutada por autoridad legítima. La excepción de la defensa protegía a los parientes según la ley Cornelia. Por último, aclaraba Tejedor que si el acusado obraba fuera del caso de legítima defensa no gozaba de los beneficios de esta excepción. Solo se tendría en cuenta la provocación como circunstancia atenuante. ⁶⁸

3.11. Caso fortuito

El libro primero del *Curso de derecho criminal* abarca los Principios generales que contiene el artículo cuarto *Caso fortuito*, capítulo quinto, título primero De los delitos en general con un parágrafo (82).⁶⁹ Según Tejedor los antiguos distinguían tres clases de homicidios: 1) Homicidio voluntario (*homicidium dolosum*), 2) Homicidio casual (*homicidium casuale*) y 3)

^{67.} P. 7.8.2.

^{68.} Tejedor, Curso..., Primera parte (1860), p. 58.

^{69.} Tejedor, *Curso...*, *Primera parte* (1860), pp. 58-60. La reedición de 1871 mantuvo la misma estructura. Tejedor, *Curso...*, *Segunda parte* (1871), pp. 58-60.

Homicidio sin intención (homicidium culposum). El homicidio casual no constituía delito. De acuerdo a la legislación castellana se exigía: 1°) Que el matador jurara que la muerte acaeció por ocasión y no por voluntad y 2°) Que probara con hombres buenos que no tenía enemistad con el muerto, si no, de lo contrario debía sospecharse que lo hizo con malicia y sufriría una pena extraordinaria. Consideraba Tejedor la dificultad de determinar cuándo el delito era puramente casual y si procedía de una imprudencia o falta de previsión. Enumeraba algunos ejemplos como el homicidio cometido por un soldado que hacía fuego en lugares destinados a ejercicios. También el caso de los jinetes que corrían en los mismos parajes y no podían detener a tiempo su caballo.

Es casual, según ellas, el homicidio que comete un soldado que hace fuego en lugares destinados al ejercicio; el de los jinetes que corren en los mismos parajes y no pueden detener a tiempo su animal; el de los trabajadores que construyendo un edificio, tienen cuidado de poner una señal, o de avisar a los transeúntes; el del barbero que es empujado violentamente por otro, haciendo su oficio en lugares apartados.⁷⁰

3.12. Estupro

El libro tercero del *Curso de derecho criminal* incluye De los delitos privados que abarca el título tercero De los delitos contra el pudor y la honra, capítulo segundo *Estupro* con cuatro parágrafos (362-365).⁷¹ Tejedor al definir el estupro destacaba que era la violenta desfloración de mujer virgen o el acceso contra su voluntad. En rigor, el estupro se verificaba únicamente cuando la desfloración se obtenía por halagos o promesas. Consideraba que si era por fuerza física merecía el nombre de violación. Mencionaba a Vilanova y al derecho canónico que llamaba cesación de la virginidad y que comprendía el estupro y la violación. Por otra parte, señalaba que en la práctica

^{70.} Tejedor, *Curso...*, *Primera parte* (1860), pp. 58-59. "Desaventura mui grande, dicen, acaece á las vegadas á los omes que matan á otros por ocasión, non queriéndolo fazer". P. 7.8.4. N. R. 8.23.4.

^{71.} Tejedor, Curso..., Primera parte (1860), pp. 253-255. La reedición de 1871 mantuvo la misma estructura. Tejedor, Curso..., Segunda parte (1871), pp. 240-243.

no estaba en uso, excepto la disposición del derecho canónico que mandaba casarse con la estuprada y dotarla.

En la práctica no está en uso sino la disposición del derecho canónico que manda casarse con la estuprada y dotarla, que los tribunales han suavizado todavía obligando solo a una de las dos cosas. Está mandado además que dándose por el reo fianza de estar a derecho y pagar juzgado y sentenciado no se le moleste con prisión, bastando aun la juratoria, en caso de no poder dar otra. Esta materia en fin, como dice Vilanova, se rige más por el concepto que por la realidad. Su prueba misma es muy difícil, porque basta un solo día para disipar las señales del desfloramiento. Debe advertirse sin embargo que la estuprada honesta tiene a su favor la presunción de derecho, aunque solo *juris tantum*.

Tejedor citaba la opinión de Vilanova que indicaba que toda mujer soltera "tiene a su favor la presunción de que es virgen; cuya inteligencia, como es *juris tantum*, *non juris et de jure*, admite prueba en contrario". La mujer que reclamaba el estupro fundaba su intención en que era virgen "en aquel entonces, y en que fue seducida, o que sin voluntad libre y espontánea suya se perpetró; cuyos fundamentos estriban en la expuesta presunción de derecho que los sostiene". Por lo tanto, la condición de ser honesta y recatada era de más mérito que la misma virginidad. Mostraba que "podía darse el caso que una soltera que había sido desflorada goce las mismas acciones de estupro que aquella que nunca dejó su virginal entereza".⁷²

3.13. Violación

El libro tercero del *Curso de derecho criminal* incluye De los delitos privados, que abarca el título tercero De los delitos contra el pudor y la honra, capítulo tercero *Violación* con cuatro parágrafos (366-371).⁷³ Tejedor

^{72.} Tejedor, *Curso...*, *Primera parte*, pp. 253-255. Vilanova y Mañes, Senén, *Materia criminal forense*, *o tratado universal teórico y práctico*, *de los delitos y delincuentes*, París, Librería Hispano-Francesa de Rosa, 1827, t. III, pp. 199-200.

^{73.} Tejedor, *Curso..., Primera parte* (1860), pp. 256-260. La reedición de 1871 mantuvo la misma estructura. Tejedor, *Curso..., Segunda parte* (1871), pp. 243-247.

mencionaba que antiguamente se confundía la violación con el rapto que la suponía y comprendía. De acuerdo al derecho canónico —citaba a Gmeiner— la violación no era tampoco más que un estupro *calificado*. Tejedor consideraba violación toda cópula ilícita ejecutada por fuerza o contra la voluntad de la persona. Tejedor citaba a Chauveau cuando aclaraba que el derecho castellano no castigaba con este título cualquier atentado al pudor ni un hecho semejante al otro. La violencia tenía por objeto goces sexuales y el atentado la injuria o la venganza. Aquella consistía en un acto único y compuesto de una serie de actos diferentes:

Así, la cópula es una circunstancia esencial de este delito común con el estupro. Debe ser ilícita, porque si un marido emplease la fuerza no cometería delito. *In eam habet manus injectionem*, decía la glosa romana. Cuanto en estas cosas, dice también una ley de Partida, ha poder el marido en el cuerpo de la mujer, y la mujer en el cuerpo del marido.

Señalaba Tejedor que esta disposición también regía si los cónyuges estuviesen separados porque la separación no disolvía el matrimonio. Pero esto –como mencionaba Farinacio– se entendía de marido *post perfectum matrimonium*, no del novio aunque fuese en la víspera de contraer matrimonio. Por otra parte, debía ser por *fuerza*, porque sin este requisito no habría absolutamente delito de violación. Daba el ejemplo de quien escalaba o rompía las puertas de una casa para penetrar hasta donde se hallaba una mujer que lo esperaba y se entregaba voluntariamente y en este caso no existía culpabilidad.

Conviene advertir sin embargo que ni la mujer propia puede ser forzada a cometer actos extraños al fin del matrimonio, y que el marido que usase de la fuerza para esto, cometería en rigor delito de sodomía agravado por la violación. La ley romana se contentaba con la pena de muerte para todos los delitos contra la naturaleza qui masculum liberum invito stupraverit, capite punitur. Gómez es el primero que refiere un ejemplo de la aplicación de este principio a un marido, qui propiam uxorem contra naturam carnaliter cognoverat, y que según él fue quemado vivo.

Destacaba Tejedor que en el caso de las mujeres que vivían de la prostitución Justiniano no aplicaba pena; sin embargo, los autores creían que debía imponerse una extraordinaria y esto mismo disponía la legislación castellana y patria. En palabras de Tejedor, la "mujer licenciosa" no había enajenado la libertad de disponer de su persona. Pero si era víctima de violación la pena debía ser menor porque los resultados "no son los mismos" y el culpable "ha podido no creer en la resistencia". Decía que la violencia no podía presumirse. "Ella debe resultar o de la resistencia de la víctima, o de los actos fraudulentos del culpable". Así, el hecho de abusar de una loca que no se defendió por su enfermedad mental —citaba a Chauveau— no constituía un acto de violación. Es decir, no tuvo conciencia de su acción. La pena por violación era la de muerte. Por otra parte, la acción duraba treinta años y en defecto de los parientes podía deducirla cualquiera del pueblo.⁷⁴

3.14. De la pena de muerte

El libro primero Principios generales del *Curso de derecho criminal*, Parte primera, incluye el título segundo De las penas en general, capítulo tercero penas corporales o aflictivas, artículo primero *De la pena de muerte* con tres parágrafos (115-117).⁷⁵ Decía Tejedor que nadie ignoraba las grandes discusiones a que dio lugar la pena de muerte "la primera y más terrible de las corporales". Citaba las opiniones de Beccaria, Bentham, Boeresco, Diderot, Filangieri, Livingston, Montaigne, Montesquieu, Morellet, Pastoret, Rossi, Rousseau y Voltaire. Montaigne había expresado el deseo de ver desembarazada su aplicación de los tormentos que la acompañaban.⁷⁶

^{74.} Tejedor, *Curso...*, *Primera parte* (1860), pp. 256-260. Gmeineri, Xaverii, *Institutiones juris ecclesiastici*, Viennae, J. G. Weingand, 1782, t. II, p. 836. "Otrosi seyendo allegados en vno carnalmente el marido, e la muger, non ha poder ninguno dellos en su cuerpo para entrar en Orden, o fazer otro voto, nin para guardar castidad, sin voluntad del otro". P. 4.2.7.

^{75.} Tejedor, *Curso..., Primera parte* (1860), pp. 81-83. La reedición de 1871 mantuvo la misma estructura. Tejedor, *Curso..., Segunda parte* (1871), pp. 81-82.

^{76.} En opinión de Bentham, Montaigne fue superior a su siglo en este punto: "Todo cuanto excede a una muerte simple, dice, me parece pura crueldad". Bentham, Jeremías, Teoría de las penas y de las recompensas sacada de los manuscritos de Jeremías Bentham jurisconsulto inglés por Estevan Dumont, Barcelona, Imprenta de D. Manuel Saurí, 1838, t. I, p. 172.

Beccaria fue el primero que la promovió, negaba a la sociedad este derecho, porque según él la sociedad tenía por principio un contrato, y nadie podía convenir en ceder a otro el derecho de quitar la vida. Rousseau, partiendo del mismo principio, hace derivar esta facultad del derecho de la guerra, desde que los malhechores pueden considerarse enemigos de la sociedad.

Tejedor rescataba a Filangieri, quien hablaba sobre este tema y opinaba que en el estado natural todo hombre tenía el derecho de matar al que violaba las leyes naturales. Este derecho se transmitía a la sociedad al tiempo de su formación.⁷⁷

Otros han dicho, la pena de muerte era ilegítima, porque el hombre tiene un derecho personal a la existencia, y este derecho es inviolable. Esta es la misma razón bajo otra forma que hacía decir a Beccaria que el suicidio sería legítimo si la sociedad poseyese semejante derecho. Pero se ha contestado que si nadie tiene el derecho de matarse, tampoco lo tiene de acelerar su muerte dejándose condenar a presidio, o disponer de su honor y libertad, lo que haría injustos todos los castigos: que el derecho a la existencia es inviolable pero a condición de no atacar a otra existencia: que la pena es un medio necesario de la justicia social, y esta un deber: que siendo la pena la privación de un bien, todo bien puede ser materia de penalidad.

Por último, para Tejedor —en concordancia con Montesquieu— la pena de muerte constituía un remedio de una sociedad enferma. Mencionaba que habría locura en abolirla mientras las cárceles "permanezcan en el estado en que se hallan". Sin embargo, reconocía que estaba muy difundida en la legislación patria y tenía el gran defecto de ser irreparable.⁷⁸

^{77.} Filangieri mencionaba sobre el poder punitivo del Estado: "Pero queda dicho que no desea solamente conservarse el hombre, sino conservarse con tranquilidad, y que para conseguirlo ha de confiar en los otros: que confíe en el gobierno, que no le usurpará sus derechos". Respecto a la pena de muerte decía "que su vida protegida por las leyes, no le será quitada, sí solo en el caso que por sus delitos haya perdido el dulce derecho de conservarla". Filangieri, *Ciencia de la legislación...*7, p. 13.

^{78.} Tejedor, Curso..., Primera parte (1860), pp. 81-83. Decía Beccaria: "No es, pues, la

Si bien Valentín Alsina no fue mencionado en el *Curso de derecho criminal*, es importante conocer su opinión sobre la pena de muerte que dividía a los juristas en la época. Alsina expresó que ciertos delitos, por su inmensa trascendencia, no podían ser castigados con otra pena —que les fuera proporcional— que no fuese la pena de muerte.

Las circunstancias fijan la elección de estas; y así es que cuando a la enormidad del delito, se aquejan las pruebas de una perversidad, que prudentemente puede juzgarse incorregible, la sociedad debe a la seguridad de sus miembros, al escarmiento, y a su moral, un grande ejemplo, un remedio radical, que en efecto aplica, interponiendo entre sí, y el criminal, la barrera del sepulcro.

En 1848, Alsina criticaba la falta del debido proceso y la condena a muerte de Camila O'Gorman. Decía que en Europa aun a los sorprendidos con las armas que empuñaban contra el gobierno eran escuchados y al ser castigados por la autoridad, esta cuidaba sus formas con la fundamentación de su sentencia "que la prensa se encarga de apoyar o combatir mientras en Buenos Aires, una tiranía sin modelo, que se llama gobierno, fusila sin forma a una joven seducida".⁷⁹

3.15. De los delitos militares y marítimos

El libro cuarto De los delitos de legislación especial del *Curso de derecho criminal*, Parte primera, contiene el título segundo *De los delitos militares y*

pena de muerte derecho, cuando tengo demostrado que no puede serlo: es solo una guerra de la nación contra un ciudadano, porque juzga útil o necesaria la destrucción de su ser". Beccaria, Cesare, Tratado de los delitos y de las penas traducido del italiano por D. Juan Antonio de las Casas, Madrid, Joachin Ibarra, 1774, p. 143.

^{79.} Alsina, Valentín, *Discurso sobre la pena de muerte*, Montevideo, Imprenta Republicana, 1829, en Bellemare, Guret, *Plan general de organización judicial para Buenos Aires. Reedición facsímil (1829)*, noticia preliminar de Ricardo Levene, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Instituto de Historia del Derecho, 1949, pp. 8-9; *Asesinato de Camila O'Gorman. Escrito por el Sr. Dr. D. Valentín Alsina, Gobernador y Capitán General de la Provincia de Buenos Aires*, reimpresión de la edición en Montevideo de 1848, Buenos Aires, El Guardia Nacional, 1852, p. 21.

marítimos, seis capítulos, catorce artículos con veintidós parágrafos (491-512). ⁸⁰ Tejedor estudió el fuero militar y sostuvo que la conservación de la disciplina era la condición fundamental de los ejércitos de mar y tierra, por lo tanto, eran necesarias penas especiales y una jurisdicción excepcional. De acuerdo a las Ordenanzas Militares de Carlos III, los consejos de guerra eran establecidos "para que las tropas se contengan en aquella exacta obediencia y disciplina militar que conviene". Además de las Ordenanzas Militares reunía como antecedentes a las Partidas, la ley del 5 de julio de 1823, la ley del 24 de noviembre de 1852 sobre el enrolamiento y la opinión de Chaveau y Colón de Larriátegui. La existencia de esta jurisdicción importaba a la buena administración de la justicia. Cabe recordar que solo el militar podía comprender los deberes que convenía hacer respetar. A pesar de que la mayoría de la literatura jurídica militar era española, Tejedor mencionaba a Broglie –citado por Chauveau— quien sostenía a la jurisdicción militar como legítima y necesaria.

El fuero militar no es moderno. La legislación romana tenía ya un conjunto de disposiciones especiales, y en España, según el testimonio de Colón, ellas son también muy antiguas. De él se encuentran en las Partidas rastros llenos de cordura. Los yerros contra la orden de la Caballería, dice una de sus leyes, son así como vender, o empeñar o jugar las armas o no obedecer al caudillo, u otros semejantes.

Tejedor –de acuerdo con Chauveau– destacaba que la jurisdicción militar no debía extenderse más allá:

Napoleón mismo decía que siempre que la jurisdicción común estuviese presente debían someterse a ella todos los delitos. Los militares pueden ser considerados bajo dos puntos de vista. Como tales han contraído obligaciones de un orden especial. Pero como ciudadanos deben estar sometidos a las leyes generales que rigen el país.

80. Tejedor, *Curso...*, *Primera parte* (1860), pp. 347-358. La reedición de 1871 mantuvo la misma estructura. Tejedor, *Curso...*, *Segunda parte* (1871), pp. 328-339.

Tejedor mencionaba que los guardias nacionales en cuartel o campaña estaban antes equiparados a los militares y sujetos a sus leyes:

Pero la ley ha distinguido últimamente. Las faltas graves contra la disciplina que se juzgan por un consejo correccional, y la pena puede ser de uno hasta tres meses de prisión en el cuartel. Pero en caso de muerte, heridas, u otro delito común, aunque esté de servicio, conoce la justicia ordinaria.⁸¹

En 1858, el alumno Dardo Rocha tomó apuntes del curso impartido por Tejedor con tablas impresas para estudiar el derecho penal militar. Según Abásolo, los contenidos jurídicos militares del *Curso de Derecho Criminal* respondían a preocupaciones didácticas pero con un enfoque bastante alejado de la realidad del foro castrense argentino. En ese contexto resultarían palpables las carencias de Tejedor que escribió desde el ángulo de la pura teoría con desconocimiento de importantes aspectos del orden jurídico militar patrio y el derecho consuetudinario castrense aplicado. ⁸² Resulta interesante la opinión del diputado Tejedor sobre una ley de reclutamiento, donde manifestó que los contingentes de milicias llevados a la frontera "no ha sido más que una leva, arriando materialmente a los hombres, arriando los jueces de paz a sus enemigos, a los que han querido, pero no a los ociosos, vagos y jugadores". Insistía en que a la fecha el juez de paz clasificaba a su antojo a los vagos y que "se ha infringido constantemente las disposiciones legales". ⁸³

3.16. Confesión del reo

El libro segundo De los procedimientos comunes del *Curso de dere*cho criminal, Parte segunda, incluye el título segundo De la averiguación

^{81.} Tejedor, Curso..., Primera parte (1860), pp. 347-358.

^{82.} Abásolo, Ezequiel, *El derecho penal militar en la historia argentina*, Córdoba (Argentina), Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2002, pp. 319, 320 y 325.

^{83.} Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires. 1857, sesión del 10 de junio de 1857, pp. 184-185.

del delito, capítulo quince *Confesión del reo*, con catorce parágrafos (216-229). Señalaba Tejedor que la confesión era la última diligencia del sumario, es decir, el acto por el que el juez acompañado del escribano presentaba al acusado los datos que contra él surgían. Mencionaba los siguientes autores: Álvarez Posadilla, Beccaria, Covarrubias, Escriche, Gómez de la Serna, Hevia Bolaños, Lardizábal, Gregorio López, Montalbán, Tapia, Vélez Sarsfield, Vilanova y Vizcaíno. No aludía directamente a Feuerbach sino al Código de Baviera. De acuerdo a estas fuentes, Tejedor dijo que al reo se le hacían cargos para que explicara, negara, confesara o disculpara los hechos. En derecho civil —citaba las Partidas— se definía este acto como el otorgamiento que hacía una parte a la otra en juicio. Se

Según el Reglamento de justicia del año 17 debía tomarse dentro de diez días, pero este término ha caído en desuso, y el mismo reglamento permitía prorrogarlo por justos motivos. Antiguamente la confesión se tomaba bajo juramento, pero hoy se considera inhumano e impropio que las leyes que castigan el perjurio, abran ellas mismas la puerta.

Tejedor recordaba que las Partidas disponían que la confesión se debía tomar en lugar apartado, sin otras personas que el juez y el escribano. Cuando el juez no era letrado podía estar presente el asesor. Para tomar la confesión el juez se preparaba, sacaba una minuta de los cargos principales y previo auto procedía y comenzaba de nuevo por las preguntas generales. Se llamaba *cargo* a la manifestación que el juez hacía al reo de la criminalidad que contra él resultaba, exhortándolo a que diera explicaciones y confesara o negara el delito. *Reconvención* era la réplica del mismo después de la contestación del acusado donde se insistía para convencerlo o impugnar sus respuestas. Tejedor mencionaba a Gómez de la Serna y Montalbán al expresar que la confesión debía tomarse aunque constara plenamente el delito. Su objeto no era solo averiguar este sino los motivos que se tuvieron

^{84.} Tejedor, *Curso..., Primera parte* (1860), pp. 114-119. La reedición de 1871 mantuvo la misma estructura. Tejedor, *Curso..., Segunda parte* (1871), pp. 114-119.

^{85. &}quot;Conocencia es respuesta de otorgamiento, que faze la vna parte a la otra en juyzio". P. 3.13.1.

en cuenta para cometerlo. Decían Gómez de la Serna y Montalbán sobre la palabra confesión:

La palabra *confesión*, en el sentido en que en este lugar lo tomamos, no significa prueba, sino un trámite del proceso criminal, en que el juez ante un escribano presenta al acusado los datos que contra él aparecen en la causa, y le hace los cargos que resultan para que el reo explique los hechos, los niegue, los confiese o los disculpe.⁸⁶

Tejedor incluía la opinión de Tapia al opinar que las declinatorias de jurisdicción se desestimaban hasta después de concluido el acto. En efecto, Tapia señalaba:

Siendo la confesión un acto progresivo, no se admite excepción alguna dilatoria ni perentoria que sea capaz de suspenderla, excepto la de falta absoluta de jurisdicción o suspensión efectiva de esta. ⁸⁷

Tejedor describía el aspecto final de la confesión tomada al reo:

Concluida la confesión, se lee al reo quien tiene el derecho, como en la indagatoria de hacer aclaraciones, y rubricar sus fojas, antes de firmarla. Si el reo no sabe firmar, se acostumbra hacerle poner una cruz, y se expresa así al pie de la confesión. Pero si no quiere firmar, o se ha negado a contestar a los cargos, es conveniente además que firmen la confesión dos testigos, haciendo ratificarse al reo en su negativa delante de ellos.

Aclaraba Tejedor que aunque la confesión era la última parte del sumario, tampoco se cerraba sino que se suspendía para proseguirla si así era

^{86.} Gómez de la Serna, Pedro y Montalbán, Juan Manuel, *Tratado académico-forense de procedimientos judiciales*, Madrid, Librería de Sánchez, 1853, t. III, p. 148.

^{87.} Tapia, Eugenio de, Febrero novísimo, ó Librería de jueces, abogados y escribanos refundida, ordenada bajo nuevo método, y adicionada con un tratado del juicio criminal y algunos otros, Valencia, Imprenta de don Ildefonso Mompie, 1837, t. VII, p. 339.

conveniente. De esta manera —mencionaba a Vilanova— se salvaba su naturaleza individual. Tejedor creía que la comunicación íntegra no solo era acorde a la ley sino sin inconveniente alguno. Derivación de lo referido era que con la confesión empezaba la publicidad del juicio. Había que tomar la precaución de concluirla en un solo acto y con ella cesaba la incomunicación del reo y se le entregaba el proceso para su defensa. Por otra parte, muchos jueces solían excederse hasta ofrecer el perdón a uno de los reos si delataba a los cómplices en su confesión. Con ese proceder faltaban no solo a la moral sino que traspasaban sus facultades. Tejedor aludía a Lardizábal, quien sostuvo que con este proceder se autorizaba la traición detestable aun entre los malvados. Tampoco el perdón era una atribución de los jueces. El reo tendría un completo derecho en retractar la confesión obtenida de ese modo. Aclaraba Tejedor que el código penal de Baviera anulaba la confesión obtenida con preguntas capciosas. Por otra parte, citaba a Beccaria, que prefería una ley general que permitiera el indulto al cómplice en estos casos. ⁸⁸

Es importante destacar las siguientes opiniones de estos autores incluidos en el *Curso de derecho criminal*. Feuerbach agregaba que durante los interrogatorios y fuera de ellos el juez debía abstenerse de todos aquellos medios de lograr una confesión que pudiera anular o debilitar el crédito de la misma. Entre ellos se encontraban:

Las preguntas capciosas, es decir, preguntas con contenido o sentido plural, cuya afirmación o negación general, incluso contra la intención del declarante, aparezca como la admisión de una circunstancia que lo perjudica.⁸⁹

88. Tejedor, *Curso..., Primera parte* (1860), pp. 114-119. "Pero deue el estar delante quando lo atormentaren, otrosi el que ha de cumplir la justicia por su mandado, e el Escriuano que ha de escreuir los dichos de los que han a atormentar, e non otro. E deuele dar el tormento en lugar apartado". P. 7.30.3. El artículo XVII del Capítulo III del Reglamento de 1817 estipulaba: "Ningún reo estará incomunicado después de su confesión, y nunca podrá dilatarse ésta por más de diez días, sin justo motivo, del que se pondrá constancia en el proceso, haciéndose saber el embarazo al reo, y sucesivamente de tres en tres días, si éste continuase". Reglamento Provisorio dictado por el Congreso Nacional para las Provincias Unidas de Sudamérica el 8 de diciembre de 1817, en Levaggi, *Orígenes de la codificación argentina...*, p. 53.

89. Feuerbach, Anselm von, Tratado de derecho penal común vigente en Alemania, tra-

Por su parte Mittermaier distinguió en las preguntas capciosas:

... o la respuesta del inculpado está concebida de modo que no puede razonablemente inferirse en ella la confesión de una participación cualquiera en el crimen, o bien, compelido y envuelto en la red de preguntas capciosas, ha hecho una confesión formal y completa. En el primer caso, la confesión no tiene ningún valor probatorio; será tácita cuando más, y como tal, no podría producir por sí una condena. En el segundo, se le debe entera fe, a menos que no existan fundadas razones para temer que, sorprendido por las preguntas hechas, o por no haber comprendido bien su sentido y tendencia, pueda haber prestado en cierto modo, sin saberlo, la confesión de un crimen, de que él no es autor. 90

Beccaria señaló que algunos tribunales ofrecían impunidad al cómplice de un grave delito que descubriera al otro. Las ventajas eran evitar delitos importantes. Al respecto, opinaba:

Pareciérame que una ley general, la cual prometiese impunidad al cómplice manifestador de cualquier delito, fuese preferible a una especial declaración en un caso particular; porque así evitaría las uniones con el temor recíproco, que cada cómplice tendría de revelarse a otro.⁹¹

4. Conclusiones

En el contexto en que Tejedor publicó la primera edición del *Curso de derecho criminal* no era muy frecuente —al menos en Buenos Aires— la circulación de libros de enseñanza jurídica. A pesar de que el rector Antonio

ducción de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeier, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, pp. 326-327.

^{90.} Mittermaier, Carl Joseph Anton, *Tratado de la prueba en materia criminal o exposi*ción comparada de los principios en materia criminal, prólogo y apéndice de Primitivo González del Alba, Madrid, Reus, 1929, p. 193.

^{91.} Beccaria, Tratado de los delitos..., pp. 215-216.

Sáenz dispuso la publicación impresa de los cursos de los profesores de la Universidad de Buenos Aires, las pocas nociones sobre derecho criminal estaban contenidas en otras asignaturas. Por otra parte, la Universidad porteña experimentó una nueva etapa de transformaciones después de la caída de Rosas, en especial durante los rectorados de José Barros Pazos y Juan María Gutiérrez.⁹² Se creó la materia derecho criminal v mercantil v uno de los principales problemas era la falta de profesores en condiciones de dirigir la cátedra y la ausencia de textos para organizar el estudio de la materia. Solo Tejedor fue capaz de asumir la recién creada cátedra y de escribir el primer libro de enseñanza penal. Todo esto acorde al pensamiento penal dominante y a las exigencias propias de una moderna Universidad de Buenos Aires. Tejedor en su enseñanza del derecho criminal abordaba una cuestión muy importante y que preocupó a la elite académica y política desde 1810: la administración de justicia en su enseñanza del derecho criminal. Respecto a la cultura jurídica universitaria no hay que dejar de mencionar que la Universidad de Buenos Aires fue separada totalmente del modelo impuesto por las tradiciones escolásticas. Después de analizar una gran cantidad de fuentes – europeas en su mayor parte – con autores de distintas tendencias, se puede apreciar una rica cultura jurídica de Tejedor reflejada en su *Curso* de derecho criminal. Las fuentes incluidas en este texto revelan la gran utilidad que tenían los libros de derecho, tanto para la enseñanza jurídica como para el ejercicio de la profesión. Los autores más citados eran Álvarez Posadilla, Avrault, Bonnier, Chauveau, Domat, Dupin, García Govena, Gómez de la Serna, Montalbán, Gutiérrez, Hevia Bolaños, Llamas, Merlin, Morin, Ortolan, Pastoret, Pothier, Tapia, Tocqueville, Toullier, Vatel, Vilanova y Vizcaíno Pérez. Se puede establecer -como se ha demostrado en la clasificación de las fuentes- la presencia de canonistas, romanistas, glosadores, comentaristas, escolásticos, humanistas, racionalistas, ilustrados, utilitaristas y clasicistas. Las fuentes del Curso de derecho criminal en su mayor parte de procedencia francesa y española indican el predominio jurídico europeo y del nuevo liberalismo en el derecho penal.

92. Con relación a estas transformaciones en la Universidad de Buenos Aires, véase Buchbinder, Pablo, *Historia de las Universidades Argentinas*, Buenos Aires, Sudamericana, 2010, pp. 50-51.

Anexo

Fuentes utilizadas por Carlos Tejedor en su *Curso de derecho* criminal

Las fuentes utilizadas por Carlos Tejedor en su *Curso de derecho criminal* reflejan su vasta cultura jurídica impartida a través de sus enseñanzas en la Universidad de Buenos Aires. Esto se puede apreciar en el estudio de las fuentes que incluyó en este texto de enseñanza penal. Fuentes jurídicas compuestas por tratados, compendios, comentarios, textos legales romanos, canónicos, visigodos, castellanos, indianos, reales cédulas y pragmáticas, argentinos y extranjeros. Asimismo, fuentes no jurídicas: obras de filosofía, literatura y medicina. A las que se agregan los textos legales romanos, canónicos, castellanos, patrios y extranjeros. ⁹³ En el discurso jurídico volcado en las tesis doctorales de los alumnos de la Universidad de Buenos Aires en la primera mitad del siglo XIX se mencionaban varios autores que Tejedor incluyó en su texto de enseñanza criminal. Fueron los casos de Francisco Solano Antuña, ⁹⁴ Fernando del Arca, ⁹⁵ Marco Manuel de Avellaneda, ⁹⁶ Miguel

- 93. Conviene aclarar que al tratar con ideas jurídicas, literatura de derecho y corrientes del pensamiento, es importante una clasificación de las fuentes que permiten su orden y división. A tal efecto, fueron útiles los modelos de clasificación de obras y autores de Esteban F. Llamosas, Luis Jiménez de Asúa y Víctor Tau Anzoátegui. Llamosas, Esteban F., La literatura jurídica de Córdoba del Tucumán en el siglo XVIII. Bibliotecas corporativas y privadas. Libros ausentes. Libros prohibidos, Córdoba, 2008, pp. 38-44; Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de derecho penal, Buenos Aires, Losada, 1950, t. I; Tau Anzoátegui, Víctor, Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992.
- 94. Beccaria, Bentham, Blackstone y Filangieri, Antuña, Francisco Solano, *Tesis sobre la confiscación de los bienes en los crímenes de lesa-patria; presentada a la Universidad de Buenos Aires para recibir el grado de doctor en leyes, por Francisco Solano Antuña,* Buenos Aires, Imprenta de la Independencia, 1834. Biblioteca Nacional. Colección Candioti [En adelante BN-CC].
- 95. Beccaria y Bentham. Arca, Fernando del, *Disertación sobre la pena de muerte presentada a la Universidad de Buenos Aires para recibir el grado de doctor en leyes*, Buenos Aires, 1832. BN-CC.
- 96. Beccaria, Bentham, Montesquieu, Rousseau, Filangieri y Lardizábal. Avellaneda, Marco M. de, *Tesis sobre la pena capital por Marco M. de Avellaneda*, Buenos Aires, 1834. BN-CC.

Cané, ⁹⁷ Bernabé Caravia, ⁹⁸ Carlos Eguía, ⁹⁹ Bernardo de Irigoyen, ¹⁰⁰ Marcos Paz, ¹⁰¹ Manuel Quiroga de la Rosa, ¹⁰² José María Reybaud ¹⁰³ y Francisco Villanueva. ¹⁰⁴ Por último, hay que destacar que en todo ordenamiento jurídico es fundamental establecer diversos campos: la enseñanza jurídica, la creación legal, la elaboración jurisprudencial y la aplicación del Derecho. Si a esto se agrega que sobre esos campos inciden de forma constante las ideas y la práctica, se verá todo esto reflejado en las fuentes utilizadas por Tejedor. ¹⁰⁵

I. Obras jurídicas

Tratados, compendios y comentarios

ÁLVAREZ POSADILLA, Juan. *Práctica criminal por principios o modo y forma* de instruir procesos criminales, Valladolid, Imprenta de la Viuda e Hijos de Santander, 1794 (2ª edición Madrid, Viuda de Ibarra, 1797). 106

- 97. Beccaria. Cané, Miguel, Disertación sobre las penas, Buenos Aires, 1835. BN-CC.
- 98. Bentham, Filangieri, Mably y Rousseau. Caravia, Bernabé, *Tesis sobre la pena de muerte*, Buenos Aires, Imprenta Argentina, 1832. BN-CC.
- 99. Beccaria. Eguía, Carlos, *Tesis sobre el derecho de gracia y remisión de pena por Carlos Eguía*, Buenos Aires, 1835. BN-CC.
- 100. Filangieri. Irigoyen, Bernardo de, *Disertación sobre la necesidad de reformar el actual sistema legislativo pronunciada por Bernardo de Irigoyen*, Buenos Aires, Imprenta del Estado, 1843. BN-CC.
- 101. Beccaria. Paz, Marcos, *Tesis sobre la pena de muerte sostenida en la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1834. BN-CC.
- 102. Bentham, Dupin, Montesquieu, Rousseau y Tocqueville. Quiroga de la Rosa, Manuel J., *Tesis sobre la naturaleza filosófica del derecho*, Buenos Aires, Imprenta de la Libertad, 1837. BN-CC.
- 103. Beccaria, Bentham, Filangieri, Montesquieu y Rousseau. Reybaud, José María, *Tesis sobre la pena de muerte pronunciada y sostenida en la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1834. BN-CC.
- 104. Beccaria, Bentham, Filangieri, Montesquieu y Rousseau. Villanueva, Francisco, *Tesis sobre la pena de muerte*, Buenos Aires, 1832. BN-CC.
- 105. Tau Anzoátegui, Casuismo y sistema... p. 31.
- 106. Juan Álvarez Posadilla (1750-1814). Corregidor y fiscal del crimen de la Audiencia. Autor de *Práctica criminal por principios o modo y forma de instruir procesos crimi-*

AYRAULT, Pierre. De L'ordre et instruction iudiciaire, dont les Anciens Grecs & Romains ont usé en accusations publiques, Paris, Libraire Iuré Jacques du Puys, 1576.¹⁰⁷

Baldo de Ubaldi. Practicae Iuris utriusque. 108

Bartolo de Saxoferrato. Omnium iuris interpretum antesignani, commentaria.¹⁰⁹

Beccaria, Cesare. Tratado de los delitos y de las penas. 110

nales, obra de práctica forense dirigida a los jóvenes para evitar los errores de la mera ejecución sin guía adecuada. Casagrande, Agustín E., "Literatura Práctica en el siglo XVI-II. El *orden* procesal en la historia de la justicia rioplatense", en *Revista de Historia del Derecho* N°49, Buenos Aires, enero-junio 2015, pp. 16-17.

107. Pierre Ayrault (1536-1601). Autor de *De L'ordre et instruction iudiciaire, dont les Anciens Grecs & Romains ont usé en accusations publiques*, libro sobre el orden y la instrucción judicial que profundizaba sobre quién tenía la carga de la prueba en el juicio penal. Ayrault fue alumno de Jacques Cujas, abogado en el Parlamento de París y ocupó varios puestos de responsabilidad política en su ciudad natal. Martínez Patón, Víctor, *Análisis histórico de la responsabilidad penal corporativa*, tesis doctoral, Madrid-París, Universidad Autónoma de Madrid - Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2016, p. 269.

108. Baldo de Ubaldi (1327-1400). Discípulo de Bartolo de Saxoferrato y uno de los más importantes exponentes de la escuela de los comentaristas. Nació en Perugia, estudió en las universidades de Pisa y Perugia (aquí tuvo como maestro a Bartolo) y luego enseñó en las casas de Bolonia, Florencia, Pavía y Pisa. Cultivó casi todos los aspectos del ius commune (derecho romano, canónico y feudal). Escribió muchas obras sobre derecho civil y una sobre dos libros de las Decretales. Llamosas, *La literatura jurídica...*, p. 143. Levene, Ricardo, "Apuntes sobre la enseñanza del derecho, de José Felipe Funes (1813)", en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* N°2, Buenos Aires, 1950, p. 170.

109. Bartolo de Saxoferrato (1314-1357). Jurista italiano que examinó entre otros temas la causa de la ley, el estatuto general para proceder en los crímenes de lesa majestad, el modo de proceder contra los contumaces, la cláusula derogatoria, la extensión de la casuística aplicable y su entrada en vigor. Escribió mucho sobre los cuerpos del derecho civil. Véase Fairén Guillén, Víctor, "El proceso en la Extravagante Ad Reprimendum del emperador Enrique VII (1313) y su exégesis por Bartolo de Sassoferrato. Sumariedad penal y civil", en *Anuario de Historia del Derecho Español* N°73, Madrid, enero 2003, pp. 265-286. Levene, "Apuntes sobre la enseñanza...", p. 171.

110. Cesare Beccaria (1738-1794). El Marqués de Beccaria fue el más importante de los penalistas ilustrados gracias al *Tratado de los delitos y de las penas*, opúsculo dado a luz de manera anónima. Se lo considera la primera obra donde las ideas renovadoras alcanzaron plena unidad temática y se dieron las bases necesarias para levantar un estado de derecho

BENTHAM, Jeremías. *Teoría de las penas y de las recompensas y Tratados de Legislación civil y penal*, traducción española de Ramón Salas, 1ª edición, Madrid, 1820 y otra hecha en París, Laconte et Lassere, 1838.¹¹¹

BLACKSTONE, William. Comentarios sobre las leyes de Inglaterra. ¹¹²
BOERESCO, Basile. Traité comparatif des délits et des peines, tesis doctoral, 1857. ¹¹³

Boerius, Nicolaus. Pars decisionum aurearum. 114

BONNIER, Édouard. *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, Paris, Joubert, 1843.¹¹⁵

opuesto al estado de arbitrariedad. Esta obra fue atacada por la Inquisición española y defendida por el Consejo de Castilla. Levaggi, *El derecho penal argentino...*, pp. 29-30. Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 662.

111. Jeremías Bentham (1748-1832). Autor de *Teoría de las penas y de las recompensas y Tratados de Legislación civil y penal*, libros de filosofía jurídico-penal. Bentham es considerado uno de los constructores del derecho penal liberal. Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. I, pp. 229 y 475.

112. William Blackstone (1723-1780). Autor de *Comentarios sobre las leyes de Inglate- rra.* Jiménez de Asúa la llamó obra de exposición del derecho penal por carecer del sistema que en el continente europeo caracteriza esa especie bibliográfica. Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 471.

113. Basile Boeresco (1830-1883). Jurista rumano, profesor de la Facultad de Derecho de Bucarest. En su tesis trató los principios fundamentales, los delitos y las penas. Sostuvo que a pesar de las diferentes leyes y costumbres vigentes en las naciones con variantes entre los países y provincias, el hombre social debía desprenderse de prejuicios locales. Boeresco, Basile, *Traité comparatif des délits et des peines au point de vue philosophique et juridique*, Paris, A. Durand, 1857, p. 1.

114. Nicolaus Boerius (1469-1539). Abogado del Parlamento de Bourges. Fue considerado por Luis de Morales Polo como "autor de los más graves que han escrito en Francia; que imprimió sus decisiones cerca del año de 1600". Morales Polo, Luis de, *Epitome de los hechos, y dichos del emperador Trajano*, Valladolid, Antonio Suárez Solís, 1654, p. 36.

115. Édouard Bonnier (1808-1877). Autor de *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*. Fue una obra de las más importantes en materia de pruebas judiciales. Bonnier demostró que las disposiciones de la legislación sobre las pruebas no descansaban en principios arbitrarios o tradicionales, sino en las leyes mismas del entendimiento humano. Este trabajo ha sido considerado como un complemento de los que escribieron Bentham, Mittermaier, Le Gentil y otros. Bonnier, Édouard, *Tratado teó*-

Burlamaqui, Jean-Jacques. Elementos del derecho natural (1774). ¹¹⁶ Bynkershoek, Cornelius van. De foro competenti legatorum (1721). ¹¹⁷ Calvinus, Joannes. Magnum lexicón iuridicum. ¹¹⁸ Carmignani, Giovanni. Teoría de las leyes de la seguridad social (1843). ¹¹⁹ Castro, Manuel Antonio de. Prontuario de práctica forense. ¹²⁰ Claro, Julio. Practica civilis et criminalis (1565). ¹²¹

rico-práctico de las pruebas en derecho civil y penal, México, Imprenta de la Biblioteca de Jurisprudencia, 1874, p. 3.

116. Jean-Jacques Burlamaqui (1694-1748). Nació en Ginebra y fue catedrático de derecho en su ciudad natal. Viajó por Francia, Holanda e Inglaterra. *Elementos del derecho natural* fue una obra póstuma publicada en 1774 de acuerdo a los manuscritos originales. Contiene una colección de las reglas de esta ciencia. Burlamaqui, *Elementos del derecho natural*, Burdeos, Imprenta de D. Pedro Beaume, 1834, t. I, pp. VI-IX.

117. Cornelius van Bynkershoek (1673-1743). Jurista holandés. En *De foro legatorum* trabajó entre otros temas la inmunidad de los diplomáticos. Véase, Borba Casella, Paulo, "Desenvolvimento do direito internacional na concepção de Cornelius van Bynkershoek", en *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, N°103, São Paulo, 2008, pp. 563-592.

118. Joannes Calvinus (1550-1615). Jurisconsulto alemán de fines del siglo XVI y comienzos del XVII. Profesor de derecho en la Universidad de Heidelberg. Llamosas, *La literatura jurídica...*, p. 202.

119. Giovanni Carmignani (1768-1847). Precursor de la dogmática penal moderna y llamado maestro por Francisco Carrara. Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. I, pp. 376-377.

120. Manuel Antonio de Castro (1772-1832). Jurista y docente argentino. En un debate sobre los recursos extraordinarios de injusticia notoria y la irretroactividad de las leyes, Tejedor respondía al diputado Elizalde: "En un libro que estudiamos todos en la Academia de Jurisprudencia está sentado por un testigo ocular, por el Dr. Castro, que desde el año 10 hasta el 14 el ejecutivo entendía de estos recursos y nada más natural". Esta obra tuvo una destacada importancia en la vida jurídica argentina desde su publicación inicial en 1834 y la segunda en 1865. Sesión del 30 de julio de 1858, en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados del Estado de Buenos Aires. Año de 1858*, Buenos Aires, Imprenta Especial de Obras de "La República", 1883, p. 355. Sobre esta obra y su autor, Cfr. Abásolo, Ezequiel, "Las sanas doctrinas del doctor Castro en los tiempos de la codificación. Pervivencia de la cultura jurídica indiana en la segunda edición del *Prontuario de Práctica Forense*", en Íd., *Bastante más que "degradantes andrajos de nuestra pasada esclavitud". Fragmentos sudamericanos de la pervivencia de la cultura jurídica indiana durante el siglo XIX*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2014, pp. 38-42.

121. Julio Claro (1525-1575). Penalista y práctico italiano. Fue el más célebre de todos los prácticos. Desempeñó el cargo de senador en Milán y llamado por Felipe II figuró en el

Comte, Charles. Traité de législation (1827). 122

COVARRUBIAS Y LEIVA, Diego. Opera juridica. 123

Cujas, Jacques. Citado por Tejedor a través del Comentario crítico-jurídico-literal a las ochenta y tres Leyes de Toro de Sancho Llamas y Molina 124

Cumani, Raphaelis. *Index rerum, et verborum.*¹²⁵ Chauveau, Adolphe. *Théorie du Code pénal.*¹²⁶ Domat, Jean. *Derecho público.*¹²⁷

Consejo de Italia. Llamosas, *La literatura jurídica...*, p. 254. Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 269.

122. Charles Comte (1782-1837). Abogado, político y periodista francés. Sostenía la aplicación del método analítico al estudio de la moral y la legislación para conocer las causas y efectos de las acciones e instituciones humanas. Comte, Carlos, *Tratado de legislación, ó exposición de las leyes generales según los cuales los pueblos prosperan, decaen ó quedan estancados*, París, Librería de F. Rosa, 1827, t. I, p. 78.

123. Diego Covarrubias y Leiva (1512-1577). Doctor en derecho canónico en la Universidad de Salamanca, donde dictó lecciones. Ocupó diversos e importantes cargos, fue oidor de la Chancillería de Granada, obispo de Segovia y presidente del Consejo de Castilla. Concurrió también al Concilio de Trento. De sólida formación humanista, manejó los filósofos e historiadores clásicos. Llamosas, *La literatura jurídica...*, p. 176.

124. Jacques Cujas (1522-1590). Figura principal del humanismo jurídico francés, hizo hincapié en la historia del derecho romano y en la interpretación crítica y filológica de las fuentes. Nació en Toulouse y murió en Bourges, enseñó derecho en Cahors, Valence, París, Turín y Bourges. Llamosas, *La literatura jurídica...*, pp. 176-177.

125. Raphaelis Cumani o Raffaele Raimondi (¿?-1427). Abogado francés. Profesor de derecho en la Universidades de Pavía y Padua. Autor de *Consilia, sive responsa acvtissimorvm* (1575). Véase, Sbriccoli, Mario, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato político alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, Giuffré, 1974.

126. Adolphe Chauveau (1802-1868). Nació en Poitiers en 1802. Ejerció la profesión de abogado en su ciudad natal y en París. Luego fue letrado del Consejo de Estado y del Tribunal de Casación. Se desempeñó como catedrático de derecho administrativo y decano de la Facultad de Derecho de Toulouse. Junto con Hélie fue autor de *Théorie du Code pénal*. La sexta edición fue anotada por Edouard Villey, París, 1887 en siete tomos. Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 291.

127. Jean Domat (1625-1696). Jurisconsulto francés. Autor de *Derecho público*, donde sostuvo que las naciones sancionaron leyes y establecieron un orden de gobierno. Dios hacía subsistir la "sociedad de los hombres" por tres enlaces: religión; vinculación entre

Dupin, André. De la libre defensa de los acusados (1815). 128

Escriche, Joaquín. Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense. 129

Farinaccio, Próspero. *Praxis et theorica criminalis*. ¹³⁰ Filangieri, Cayetano. *La ciencia de la legislación*. ¹³¹ Galilea, Alejo. *Examen filosófico-legal de los delitos* (1846). ¹³²

el género humano y el orden de cada Estado "que une todas las familias que le componen bajo un mismo gobierno, ya se conozca en él la verdadera religión, o ya se ignore". Domat, Jean, Derecho público escrito en francés por M. Domat, y traducido al castellano por el Dr. Juan Antonio Trespalacios, Madrid, Imprenta de Benito Cano, 1788, t. II, pp. VIII-IX.

128. André Marie Jean Jacques Dupin (1783-1865). Abogado y político francés. Autor de *De la libre defensa de los acusados* publicada en 1815 y reeditada en 1824 con traducción al español en 1842. Entre otros temas investigó el empleo de los agentes provocadores y el proceso judicial a Jesucristo. En *De la libre defensa de los acusados* decía que un abogado "no solamente tenía que defender los intereses pecuniarios de sus clientes en los procesos puramente civiles, sino que debe estar preparado a defender la libertad, el honor y la vida de los ciudadanos en materia criminal". Dupin, André, *De la libre defensa de los acusados*, Madrid, Librería de Ríos, 1842, pp. 5-7.

129. Joaquín Escriche (1784-1847). Jurista español autor del *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, obra donde según sus palabras "se definen y explican todos los términos del derecho con exactitud y claridad". Escriche, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, Caracas, Imprenta de Valentín Espinal, 1840, p. IV.

130. Próspero Farinaccio (1544-1618). Práctico, decisionista y conciliarista italiano nacido en Roma. Estudiante de la Universidad de Padua, fue consejero de la Sacra Consulta y fiscal de la Reverenda Cámara Apostólica. Esta obra tuvo mucha difusión en las bibliotecas americanas. Llamosas, *La literatura jurídica...*, p. 167.

131. Gaetano Filangieri (1753-1788). Jurista italiano. Señalaba en *Ciencia de la legislación*: "El sacerdocio ya no se mezcla en el gobierno. El Estado goza tranquilidad, y el altar está más bien servido". Filangieri, Cayetano, *Ciencia de la legislación*. *Escrita en italiano por el caballero Cayetano Filangieri traducida al castellano por don Jayme Rubio Abogado de los Reales Consejos*, Madrid, Imprenta de Manuel González, 1787.

132. Alejo o Alejandro Galilea (primera mitad siglo XIX). Abogado español. Miembro de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid y correspondiente del Instituto Industrial de España. Autor de *Examen filosófico-legal de los delitos* dividido en dos tomos, libros, título y capítulos. Estaba precedido de un título preliminar, donde desenvolvía la teoría de los delitos. Gutiérrez Fernández, Benito, *Examen histórico del derecho penal*, Madrid, Librería de Sánchez, 1866, pp. 440-441.

GARCÍA GOYENA, Florencio. Código criminal español según las leyes y prácticas vigentes (1843). 133

GAYO, Cayo. *La Instituta* (1845). 134

GMEINER, Javier. Institutiones Iuris Ecclesiastici método scientifica adornatae (2 vols., Buenos Aires, 1835). 135

Godofredo, Dionisio. Código Theodosiano. 136

GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBÁN. Juan Manuel, Derecho civil de España y Tratado académico forense de procedimientos judiciales. 137

133. Florencio García Goyena (1783-1855). Jurista español. Autor del *Código criminal español* dedicado a la reina María Cristina de Borbón, a quien llamaba "Restauradora de las Leyes" y que consagraba sus "toscos trabajos sobre la parte más importante y delicada de la legislación". García Goyena, Florencio, *Código criminal español según las leyes y prácticas vigentes comentado y comparado con el penal de 1822, el francés y el inglés*, Madrid, Librería de los señores viuda de Calleja é hijos, 1843, t. I, pp. 5-6.

134. Gayo (120-178). Jurista romano. Autor de la *Instituta*. En el prefacio del traductor francés se señalaba que apenas se sabía de esta obra contenida en el *Brevarium Alaricionum* cuando en 1816 el historiador Niebuhr la descubrió en un palimpsesto de la biblioteca del cabildo de Verona. Se advertía que Gayo era enseñado en Francia, Alemania, Países Bajos, Rusia, Suecia y Escocia. Gayo, *La Instituta de Gayo*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, 1845, pp. V-VI.

135. Franz Xavier Gmeiner (1752-1828). Sacerdote y teólogo austríaco. Doctor en filosofía y profesor de historia de la Iglesia. Su *Kirchenrecht* aparecido en 1779 fue traducido al latín bajo el título *Institutiones Iuris Ecclesiastici* y publicado varias veces, incluso en Buenos Aires, donde se hizo la quinta edición en 1835. Bravo Lira, Bernardino, "El derecho indiano después de la Independencia en América española: Legislación y doctrina jurídica", en *Historia* vol. 19, Santiago de Chile, 1984, p. 17.

136. Dionisio Godofredo (1549-1622). Humanista francés nacido en París y muerto en Estrasburgo. Fue discípulo de Ramus en la Universidad de Lovaina y cursó estudios en Colonia y Heidelberg. Después de abrazar el protestantismo huyó de Francia y dictó clases en Ginebra y Heidelberg. Su edición del *Corpus iuris civilis*, realizada en Ginebra en 1583, fue varias veces reeditada. Llamosas, *La literatura jurídica...*, p. 177.

137. Pedro Gómez de la Serna y Tully (1806-1871). Jurista y político español. Juan Manuel Montalbán (1806-1889). Jurista español y catedrático de jurisprudencia en la Universidad de Madrid. Ambos escribieron *Derecho civil de España y Tratado académico forense de procedimientos judiciales*. En el prólogo de la primera edición del *Tratado* advertían que "la revolución lenta sin interrupción se está verificando en nuestras actuaciones judiciales, aún no ha llegado a su término: esto no sucederá hasta el día en que los proyectados códigos de procedimientos civiles y criminales lleguen a ser una ley de la monarquía". Gómez de la Serna, Pedro y Montalbán, Juan Manuel, *Tratado*

GROCIO, Hugo. *De jure belli et pacis*. ¹³⁸
GUIZOT, François. *De la peine de mort en matière politique*. ¹³⁹
GUTIÉRREZ, José Marcos. *Práctica criminal de España*. ¹⁴⁰
HÉLIE, Faustin. *Théorie du Code pénal*. ¹⁴¹
HEVIA BOLAÑOS, Juan de. *Curia Philipica*. ¹⁴²

académico-forense de procedimientos judiciales, Madrid, Librería de Sánchez, 1855, t. I, pp. V-VI.

138. Hugo Grocio (1583-1645). Jurista y escritor holandés. Autor de *De jure belli et pacis*. Sostuvo Jiménez de Asúa que la teoría del contrato social tuvo su origen en Grocio y fue desenvuelta por Rousseau y los enciclopedistas en Francia, Hobbes en Inglaterra, Fichte en Alemania y Beccaria en Italia. Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. II, p. 35.

139. François Guizot (1787-1874). Jurista y político francés. Autor de *Tratado sobre la pena de muerte en materia política*. Su padre fue condenado a ser guillotinado por los revolucionarios. En el prefacio de esta obra, Guizot señalaba que "esta es la época más favorable para atacar por este rumbo el uso de la pena de muerte en materia política". Guizot, François, *Tratado sobre la pena de muerte en materia política*, Valladolid, Imprenta de la viuda de Roldán, 1835, p. VIII.

140. José Marcos Gutiérrez (mediados del siglo XVIII - ¿1818-1819?). Abogado y traductor español. Natural de Alhama de Granada y graduado en la Universidad de Granada, su nombre plantea dudas a la historiografía. Habitualmente es conocido como Marcos Gutiérrez para diferenciarlo de otros criminalistas apellidados Gutiérrez. Según Benito Gutiérrez, que analizó el plan de *Práctica criminal de España*, a cada delito se reunía la respectiva pena "combinando las leyes de nuestros códigos interpretadas según el pensamiento de los mejores expositores, resulta que como práctico, el trabajo nada deja que desear, aunque le falta mucho bajo el aspecto científico". Gutiérrez Fernández, *Examen histórico...*, pp. 432-433.

141. Faustin Hélie (1799-1884). Abogado y asesor del Tribunal de Casación. Miembro de la Academia de Ciencias Morales y Políticas (1855). Vicepresidente del Consejo de Estado (1879). Junto con Chauveau fue autor de la *Théorie du Code pénal* dividida en noventa y ocho capítulos, donde se tratan todas las materias comprendidas en los cuatro libros del Código Penal francés. También escribió las introducciones a los tratados de Beccaria y Rossi. Gutiérrez Fernández, *Examen histórico...*, p. 419. Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 291.

142. Juan de Hevia Bolaños (1570-1623). Natural de Oviedo, se desconoce si tuvo estudios universitarios. Trabajó como oficial de varios notarios en España, para pasar luego a Quito y Lima, donde se desempeñó como portero de la Real Audiencia. En 1603 publicó en Lima su famosa *Curia Filípica*, obra de práctica procesal apoyada en la legislación y numerosas citas eruditas. Llamosas, *La literatura jurídica...*, pp. 154-155.

LARDIZÁBAL, Manuel de. Discurso sobre las penas. 143

LARREA, Juan Bautista. Allegationum pars prima. 144

LE GRAVEREND, Jean Marie. *Traité de la législation criminelle en France*. ¹⁴⁵ LIVINGSTON. Edward. *Criminal Code of Louisiana*. ¹⁴⁶

Locré de Roissy, Jean Guillaume. La Législation civile, commerciale et criminalle de la France. 147

Lucas, Charles. Du système pénal et du système répressif. 148

LLAMAS Y MOLINA, Sancho. Comentario crítico-jurídico-literal a las ochenta y tres Leyes de Toro (1827).¹⁴⁹

143. Manuel de Lardizábal y Uribe (1739-1820). Jurista mexicano que se destacó en el humanismo penal junto a sus predecesores Beccaria y Montesquieu. Lardizábal no se limitó a copiar a Beccaria y expuso puntos de vista propios y en algunos extremos combatió las ideas del jurista italiano. Además, su obra trataba de la pena e incidentalmente aludía a los delitos. Levaggi, *El derecho penal argentino...*, p. 31. Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 662.

144. Juan Bautista Larrea (1590-1645). Decisionista y alegacionista nacido en Vitoria, fue miembro del Consejo de Castilla, fiscal del Consejo de Hacienda y oidor en Granada. Fue catedrático de Código, Instituta y volumen en la Universidad de Salamanca. Llamosas, *La literatura jurídica...*, p. 174.

145. Jean Marie Le Graverend (1776-1827). Jurista francés. Director de Asuntos Penales e Indultos. Este autor afirmaba que las leyes representaban el progreso de las luces. La legislación era la verdadera historia moral de los pueblos. Le Graverend, Jean Marie, *Traité de la législation criminelle en France*, Paris, L'Imprimerie Royale, 1816, t. I, p. VIII.

146. Edward Livingston (1764-1836). Jurista estadounidense. Autor de un proyecto de Código Penal para Luisiana en 1825 y que adaptó a la legislación penal norteamericana. Fue presentado al Senado en 1828 sin que fuera tratado. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 1980, t. I. p. 371.

147. Jean Guillaume Barón de Locré de Roissy (1758-1840). Jurista francés. Sostuvo que la Asamblea de 1789 se preocupó por instaurar un Código de Instrucción Criminal y un Código Penal. El objetivo principal del Código Penal fue ajustar la legislación criminal a la Constitución de 1791. Locré de Roissy, Jean Guillaume. *La Législation civile, commerciale et criminalle de la France*, Paris, Treuttel et Würtz, 1827, t. I, p. 195.

148. Charles Lucas (1803-1889). Abogado penalista francés. Fue uno de los exponentes del nuevo liberalismo penal francés. Según Jiménez de Asúa: "Las nuevas concepciones de la monarquía de Julio que se condensan por Broglie, Guizot, Cousin y Joufroy, repercuten en el orden penal con Pellegrino Rossi y en el penitenciario con Charles Lucas". Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 282.

149. Sancho de Llamas y Molina (1744-1829). Magistrado y consejero de Castilla. Este

Mably, Gabriel Bonnot de. De la législation, ou principes des loix. 150

Menochius, Jacobus. *De arbitrariis iudicum quaestionibus & causis* (1599).¹⁵¹

MERLIN DE DOUAI, Philippe-Antoine. Répertoire universel et raisonné de jurisprudence en matière civile, criminelle, canonique et bénéficiale y questions de droit.¹⁵²

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. Tratado de la prueba en materia criminal. ¹⁵³

Montesquieu, Barón de [Charles de Secondat]. El espíritu de las leyes. 154

autor se propuso comentar las leyes de Toro para "formar un epítome o resumen de sus disposiciones que me sirviera de prontuario para la resolución de las dudas que me ocurrieran en el ejercicio de la judicatura". Llamas y Molina, Sancho de, *Comentario crítico-jurídico-literal á las ochenta y tres Leyes de Toro*, Madrid, Imprenta de Repullés, 1827, t. I, p. III.

150. Gabriel Bonnot de Mably (1709-1785). Filósofo y hombre público francés llamado el abate Mably. Sostuvo la importancia de las leyes para reprimir y regular la ambición del Estado y de los magistrados. Mably, Gabriel Bonnot de, *De la législation, ou principes des loix*, Amsterdam, Joseph Wiswald, 1776, p. 200.

151. Jacobus Menochius (1532-1607). Natural de Pavía y autor de los *Consilia* y las *Quaestiones*. Jiménez de Asúa lo ubicó dentro de los glosadores, posglosadores y prácticos. El valor de los prácticos decayó y su misión fue reducida a escribir meras complicaciones o vocabularios. Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 270.

152. Philippe Antoine Merlin de Douai (1754-1838). Jurista francés. Diputado por Nord a la Convención votó la pena capital a Luis XVI. Afirmó que el rey era culpable de conspiración contra la libertad del pueblo francés. Asimismo, según el Código Penal este era un gran crimen. Merlin de Douai, Philippe-Antoine, *Opinion de Philippe-Antoine Merlin de Douai, Député du Départament du Nord sur le procés de Louis XVI*, Paris, Imprimée par ordre de la Convention Nationale, 1793, pp. 1-2.

153. Carl Joseph Anton Mittermaier (1787-1867). Jurista alemán. Profesor de derecho en la Universidad de Heidelberg. Se propuso en 1834: "Determinar los medios con cuyo auxilio puede hacerse constar con la mayor certeza la verdad de los hechos que son objeto de los debates judiciales en materia civil o criminal; comparar los diversos modos de proceder en los pueblos civilizados, para obtener este resultado, y dar a conocer sus inconvenientes y ventajas". Mittermaier, Carl Joseph Anton, *Tratado de la prueba en materia criminal ó exposición comparada de los principios en materia criminal y de sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra, etc.*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1877, pp. VI-VII.

154. Charles de Secondat Barón de Montesquieu (1689-1755). Jurista y filósofo francés.

MORIN, Pierre-Achille. *Dictionnaire du droit criminel*. ¹⁵⁵
NICOLINI, Niccola. *Principes philosophiques et pratiques de droit penal*. ¹⁵⁶
ORTOLAN, Joseph-Louis-Elzéar. *Éléments de droit penal*. ¹⁵⁷
PASTORET, Emmanuel. *Des loix pénales*. ¹⁵⁸
PHILLIPS, Richard. *De las facultades y obligaciones de los jurados*. ¹⁵⁹

Con fina ironía atacó al derecho penal en sus bases "desalojando del espíritu inquieto de Federico el Grande los últimos restos de la influencia de Wolff". Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 214.

155. Pierre-Achille Morin (1803-1874). Morin destacaba la indiferencia por el estudio del derecho criminal y lo atribuía a la multiplicidad de leyes y a la falta de comentarios indispensables. Reconocía a los publicistas del siglo XVIII las nuevas bases del derecho de castigar. *Dictionnaire du droit criminel...*, pp. I-II.

156. Niccola Nicolini (1772-1857). Jurista italiano. Profesor de derecho en la Universidad Real y abogado general de la Corte de Casación. Ortolan consideró a Nicolini "como el primero de los criminalistas napolitanos de nuestros días". El pensamiento de Nicolini fue el de hacer que la ciencia volviera a la senda trazada por Vico. Nicolini, Niccola, *Principios filosóficos y prácticos de derecho penal, traducidos al español por el Lic. Ignacio Otero*, México, Imprenta de J. Abadiano, 1864, pp. I-II.

157. Joseph-Louis-Elzéar Ortolan (1802-1873). Jurista francés. Los *Elementos de derecho penal* comprendían la penalidad, la jurisdicción y el procedimiento. El carácter de la obra era filosófico con un plan perfecto desde el punto de vista de la ciencia pura y de la escuela. Se apartaba del principio de justicia absoluto y colocaba el fundamento del derecho de castigar en las diversas fórmulas del derecho social. Gutiérrez Fernández, *Examen histórico...*, pp. 416-417.

158. Claude-Emmanuel Joseph Pierre Marqués de Pastoret (1755-1840). Jurista francés. Fue uno de los célebres criminalistas que cerraron la serie de trabajos legislativos del siglo XVIII sobre la penalidad. Su *Tratado de legislación penal* se divide en cuatro partes. Incluía los principios generales, derecho de castigar y de gracia, penas en general, los crímenes y el procedimiento, entre otros temas. Gutiérrez Fernández, *Examen histórico...*, p. 368.

159. Richard Phillips (1767-1840). Maestro y editor inglés. Autor de *De las facultades y obligaciones de los jurados*, donde sostuvo que cualquiera que pudiera ser el origen del jurado "es la barrera y salvaguardia del pueblo contra la voluntad despótica de un príncipe o de sus agentes; y el procedimiento por jurados es la línea que separa una nación de esclavos de otra nación de hombres libres". Phillips, Richard, *De las facultades y obligaciones de los jurados puesto en castellano, y aumentado con la parte legislativa que sobre jurados está en práctica en Francia y en los Estados-Unidos de la América septentrional, por Antonio Ortiz de Zárate y Herrera, Madrid, Imprenta de I. Sancha, 1821*, p. 6.

POTHIER, Robert Joseph. Tratado de las obligaciones. 160

Pufendorf, Samuel. Derecho natural y de gentes, notas de Jean Bayberac 161

Romagnosi, Giovanni Domenico, Genesi del diritto penale. 162

Rossi, Pellegrino. *Traité de Droit pénal*, París, 1829. 163

SERVAN, Antoine de. De la influencia de la filosofía sobre la instrucción criminal. 164

STEPHEN, Henry John. Summary of the criminal law (1840). 165

160. Robert Joseph Pothier (1699-1772). Jurista francés. Provenía de una familia de magistrados. Los traductores anónimos de Pothier destacaron que por sus métodos nuevos "claros y analíticos, ha abierto una carrera antes desconocida, formando una escuela que ha contribuido más que ninguna otra al progreso de una ciencia tan vasta como difícil". Pothier, Robert Joseph, *Tratado de las obligaciones traducido al español con notas de derecho patrio por una sociedad de amigos colaboradores*, Barcelona, Imprenta y litografía de J. Roger, 1839, pp. 5-6.

161. Samuel Pufendorf (1632-1694). Jurista alemán. Según Jiménez de Asúa los iluministas alemanes que siguieron a Pufendorf desecharon la idea meramente retributiva. Entre ellos mencionó a Christian Thomasius y Christian Wolff. Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 214.

162. Giovanni Domenico Romagnosi (1761-1835). Jurista italiano. Mientras se renovaban las leyes, el derecho penal se construía por científicos con acento liberal como Romagnosi. Su obra *Génesis del derecho penal* sirvió de base para la redacción del Código de Wurtemberg. Gutiérrez Fernández, *Examen histórico...*, p. 389. Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 229.

163. Pellegrino Rossi (1787-1848). Esta obra fue traducida al italiano y al español. Traducción española de Cayetano Cortés, Madrid, 1839. Jurista y político italiano, nació en Carrara en 1787. Partidario de Joaquín Murat, luego se exilió en Suiza donde fue diputado. En Francia fue profesor de derecho constitucional y embajador en Roma entre 1845 y 1848. Nombrado primer ministro por Pío IX, fue asesinado en Roma en 1848. Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. I, pp. 291 y 694.

164. Antoine de Servan (1737-1807). Abogado general en el parlamento de Grenoble. La *mercurial* pronunciada por Servan en 1766 sobre la administración de justicia criminal era una amplificación de la temática tratada por Beccaria. Aceptaba un estado de naturaleza anterior a la sociedad civil fundada sobre la convención. Explicaba el origen del derecho de castigar y señalaba como fin de la pena la prevención y el ejemplo. El hombre en el estado de naturaleza tenía el derecho de repeler la fuerza con la fuerza. Gutiérrez Fernández, *Examen histórico...*, p. 392.

165. Henry John Stephen (1787-1864). Abogado y militar inglés. En Summary of the cri-

Tapia, Eugenio de. Febrero novísimo o, Librería de jueces, abogados y escribanos.¹⁶⁶

TIRAQUELLUS, Andreas. De poenis. 167

Tocqueville, Alexis de. La democracia en América. 168

Toullier, Charles Bonaventure Marie. Le droit civil français. 169

Trébutien, Eugéne. Cours elémentaire de Droit criminel (dos volúmenes, París, 1854).¹⁷⁰

ULPIANO. Mencionado en las *Institutas* de Justiniano. 171

minal law trataba entre otros temas: la naturaleza de los delitos y sus castigos, de las personas capaces de cometer delitos, delitos principales y accesorios, ofensas a Dios y a la religión y ofensas a las leyes de las naciones. Seguía los comentarios de William Blackstone. Stephen, Henry John, *Summary of the criminal law*, Philadelphia, John Littell, 1840, pp. 1-15.

166. Eugenio de Tapia García (1776-1860). Jurista e historiador español. El tratado del juicio criminal en el *Febrero* contenía: De los delitos y de las penas; De la acusación, denuncia y pesquisa y de los diversos fueros a que pueden estar sujetos los delincuentes; Sustanciación del juicio criminal. De la sumaria; Del estado segundo o plenario de la causa criminal. Véase Tapia, *Febrero novísimo...*, t. VII.

167. André Tiraqueau (1488-1588). Jurista francés. Señaló Jiménez de Asúa: "Un práctico muy citado, aunque no lo recuerden ahora algunos tratadistas franceses, fue Andrés Tiraqueau o Tiriquello". Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 272.

168. Alexis Henri Charles de Clérel Vizconde de Tocqueville (1805-1859). Jurista y político francés. Tocqueville en la décima edición de *La democracia en América* en 1848 advertía que esta obra fue escrita hacía quince años: "La monarquía existía entonces: hoy se halla destruida. Las instituciones de América, que solo eran un objeto de curiosidad para la Francia monárquica, deben serlo de estudio para la Francia republicana". Tocqueville, Alejandro de, *De la democracia en América*, Madrid, Imprenta de don José Trujillo hijo, 1854, p. 8.

169. Charles Bonaventure Marie Toullier (1751-1835). Jurisconsulto francés y profesor universitario. Fue el primer comentarista del Código Civil francés. Perteneció a la Escuela de la Exégesis. Véase Cortabarría, Jorge Juan, "El Code Napoleón y sus comentaristas como fuentes del Código Civil argentino", en *Iushistoria* N°1, Buenos Aires, 2005, pp. 1-14.

170. Eugéne Trébutien (1820-1866). Abogado y profesor en las universidades de Rennes y Caen. Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 291.

171. Ulpiano (170-228). Jurista romano autor de obras destinadas a instruir a los funcionarios públicos como *De officio proconsulis*. Mommsen, Teodoro, *Derecho penal romano*, Bogotá, Temis, 1976, p. 339.

VATEL, Charles. Código penal para el reino de Baviera. 172

VICENTE y CARAVANTES, José. Código penal reformado y Tratado de los procedimientos en los juzgados militares.¹⁷³

VILANOVA Y MAÑES, Senén. *Materia criminal forense* (1827).¹⁷⁴ VIZCAÍNO PÉREZ, Vicente. *Código y práctica criminal*.¹⁷⁵

II. Obras no jurídicas

Filosofía

AGUSTÍN DE HIPONA. La ciudad de Dios. 176

172. Charles Vatel (1816-1885). Jurista e historiador francés. Tradujo al francés el *Código Penal de Baviera*. Vatel, en la dedicatoria a Bonneville de Marsangy, presidente del tribunal de Versalles, decía que los criminalistas alemanes habían hecho servicios eminentes a la ciencia penal y penitenciaria, en *Code pénal de Royaume de Baviére, traduit de l'allemand, par Ch. Vatel*, Paris, Auguste Durand, 1852, p. V.

173. José Vicente y Caravantes (1820-1888). Jurista español. Gutiérrez Fernández observó: "Dos tratados debemos a este autor sobre la materia objeto de nuestro estudio: el uno es el Código Penal reformado; el otro un tomo muy abultado, el 5° de la antigua y reputada obra de Febrero, dada recientemente a luz bajo su dirección". Gutiérrez Fernández, *Examen histórico...*, p. 461.

174. Senén Vilanova y Mañes. Abogado de los Reales Consejos. Jiménez de Asúa lo ubicó como un práctico tardío. Autor de "una buena obra práctica elegantemente redactada" (Materia criminal forense o Tratado universal teórico y práctico, de los delitos y delincuentes en género y especie, cuatro tomos, Madrid, 1807). Jiménez de Asúa, Tratado de derecho penal, t. I, p. 663.

175. Vicente Vizcaíno Pérez (1729-1799). Fiscal de la Audiencia de Galicia. Autor de *Código y práctica criminal*. Mencionaba en esta obra que durante el tiempo en que se desempeñó como fiscal observó que en muchas de las causas que iban a la Audiencia de Galicia en consulta "faltan las precisas circunstancias para comprobar el cuerpo del delito, por cuyo defecto, y otros que se advierten en la sustanciación, no se puede condenar a los reos en las penas que prescribe el derecho en aquel caso". Vizcaíno Pérez, Vicente, *Código y práctica criminal*, Madrid, Imprenta de la viuda de Ibarra, 1797, t. I, p. III.

176. Todo el derecho penal "cubierto de sangre" y "sadismo" se esforzó en renunciar a la venganza en palabras de Jiménez de Asúa, que reconoció a *La ciudad de Dios* de San Agustín como un texto que inspiró en ese objetivo a autores como Tomás Moro y Campanella. Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 212.

ARISTÓTELES. El arte de la retórica. 177

BACON, Francis. The works of Francisc Bacon. 178

CICERÓN. La República. 179

COMTE, Augusto. Curso de filosofía positiva. 180

DIDEROT, Denis. Mencionado en el *Tratado de legislación civil y penal* de Jeremías Bentham. ¹⁸¹

Hobbes, Thomas, Leviatán, 182

Kant, Emmanuel. Principios metafísicos de la doctrina del derecho. 183

- 177. Aristóteles (384-322 a.C.). Filósofo griego. Para Aristóteles el derecho era una ciencia práctica que se vinculaba con el fin de la ley penal que era parte de ella. Durán y Bas, Manuel, Discurso leído ante el claustro de la Universidad de Barcelona en el acto solemne de la recepción del catedrático de Elementos de Derecho Mercantil y Penal de España Dr. D. Manuel Durán y Bas el día 28 de Noviembre 1862, Barcelona, Imprenta y Librería Politécnica de Tomás Gorchs, 1862, p. 10.
- 178. Desde la antigüedad se aspiró a la humanización de los castigos. Pero fue en el Renacimiento donde ese deseo humanitario culminó. Un ejemplo es el modelo de felicidad colectiva que supuso la *Nueva Atlántida* de Francis Bacon (1561-1626). Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 212.
- 179. Marco Tulio Cicerón (106-43 a.C.). Jurista y político romano. Cicerón expuso el fundamento racional de la pena que era el interés del Estado. Sintetizó el principio que sirvió de base a la legislación criminal de griegos y romanos. Durán y Bas, *Discurso leído ante el claustro de la Universidad de Barcelona...*, p. 11.
- 180. Augusto Comte (1798-1857). Filósofo francés. Según Comte la organización social se debía establecer sin Dios y sin rey, por el solo culto sistemático de la humanidad. Durán y Bas, *Discurso leído ante el claustro de la Universidad de Barcelona...*, p. 15.
- 181. Denis Diderot (1713-1784). Filósofo y enciclopedista francés. El continente europeo recibió las ideas liberales de la justicia penal inglesa que fueron reelaboradas por los enciclopedistas Diderot, D'Alembert, Holbach y Helvétius. Se produjo una rebelión contra la penalidad dominante. Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 214.
- 182. Thomas Hobbes (1588-1679). Filósofo inglés. Sostuvo Hobbes que del contrato social derivaba el derecho de castigar. La seguridad pública era el fin para el que se reunieron los hombres en sociedad. Gutiérrez Fernández, *Examen histórico...*, p. 297.
- 183. Emmanuel Kant (1724-1804). Filósofo alemán. Kant opinaba sobre la pena de muerte que la merecían los asesinos, los que mandaron cometer este crimen y sus cómplices. Si el número de criminales era muy grande y perjudicara al Estado, el soberano como juez podía aplicar una pena inferior. Gutiérrez Fernández, *Examen histórico...*, p. 398.

MORELLET, André. Mencionado como traductor de Cesare Beccaria, *Trata-do de los delitos y de las penas*. ¹⁸⁴

Platón. Protágoras. 185

Rousseau, Juan Jacobo, El contrato social. 186

SÉNECA De clementia 187

TÁCITO, Cavo Cornelio, Los anales. 188

Literatura

ALCIATO, Andrea. Los emblemas. 189

Medicina

Esquirol, Étienne. Dictionaire des sciences médicales. 190

184. André Morellet (1727-1819). Filósofo y enciclopedista francés. Traductor de Beccaria. El gran jurista italiano en carta a Morellet afirmó: "Yo debo todo a los libros franceses". Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 218.

185. Platón (427-347 a.C.). Filósofo griego. Poetas, oradores y filósofos como Platón trabajaron para ordenar las costumbres públicas y privadas en la antigua Grecia. Gutiérrez Fernández, *Examen histórico...*, p. 17.

186. Juan Jacobo Rousseau (1712-1778). Filósofo y escritor ginebrino. Rousseau sostuvo que una vez fijados los límites del poder soberano surgía el derecho de castigar. Gutiérrez Fernández, *Examen histórico...*, p. 11.

187. Lucio Anneo Séneca (4 a.C.-65). Filósofo y orador romano. El tratado *De Clementia* dedicado a Nerón contribuyó a la depuración del elemento pasional, donde oponía a la crueldad la severidad, a la misericordia la clemencia, como virtudes que se debía practicar. Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 642.

188. Cornelio Tácito (55-120). Político e historiador romano. Tácito describió el procedimiento penal en sus obras. Gutiérrez Fernández, *Examen histórico...*, pp. 69-70.

189. Andrea Alciato (1492-1550). Italiano, fue uno de los primeros juristas en aplicar al derecho los métodos y técnicas del humanismo. Estudió derecho en Pavía, Milán y Bolonia, fue discípulo de Jasón del Mayno y dictó clases en Bolonia, Avignon y Bourges, contribuyendo a la difusión del humanismo jurídico en Francia. La *Emblemata*, que se tradujo al castellano en rimas, no es una obra estrictamente jurídica. Llamosas, *La literatura jurídica...*, p. 178.

190. Jean Étienne Dominique Esquirol (1772-1840). Psiquiatra francés. El *Tratado completo de las enajenaciones mentales* publicado por Esquirol en 1838 fue el resultado de

MATA, Pedro. *Tratado de medicina y cirugía legal*. ¹⁹¹ ORFILA, Mateo Pedro. *Lecciones de medicina legal y forense*. ¹⁹²

III. Textos legales

Textos legales romanos

CORPUS IURIS CIVILIS. 193 CODEX IUSTINIANI (529). 194 DIGESTUM NOVUM (533). 195

cuarenta años de estudios y observaciones. Recordó: "He observado los síntomas de la locura; he estudiado los hábitos y las necesidades de los enajenados en medio de los que he pasado mi vida". Esquirol, Étienne, *Tratado completo de las enagenaciones mentales revisada, refundida y adicionada por el Dr. D. Pedro Mata*, Madrid, Librería de don León de Pablo Villaverde, 1856, p. 3.

191. Pedro Mata y Fontanet (1811-1877). Médico y político español. Autor de *Tratado de medicina y cirugía legal*. Mata señalaba que su tratado era el producto de trece años de enseñanza: "Con el tiempo que regento mi cátedra no solo he podido penetrar más en el intrincado y difícil terreno de la medicina forense, haciendo cada vez más mío el estudio de sus delicadas cuestiones, sino que he llegado a dar a mi doctrina más unidad, más sistema y más originalidad". Mata, *Tratado de medicina y cirugía legal*, t. I, pp. VII-VIII.

192. Mateo Pedro Orfila (1787-1853). Médico y químico español. Véase Lorén Esteban, Santiago "Orfila: Pionero de la emigración de cerebros", en *Revista de Estudios Histórico-Informativos de la Medicina* N°10, Barcelona, 1972, pp. II-XVI.

193. El derecho romano (el *Corpus Iuris Civilis*) integraba el orden impuesto por el derecho penal castellano-indiano en cuanto fundamento positivo de la cultura jurídica. Levaggi, *El derecho penal argentino...*, p. 71.

194. El Codex fue el primero de los libros promulgados de la compilación justinianea. La constitución *Haec quae necessario* de febrero de 528 encargó la tarea de elaborar un código sobre la base de los anteriores (Gregoriano, Hermogeniano, Teodosiano) a una comisión de juristas de la corte de Justiniano. Es una compilación de leyes, recopilación de constituciones imperiales que comprende doce libros divididos en títulos. Llamosas, *La literatura jurídica...*, p. 137.

195. La comisión para agrupar los iura, es decir, el material de la jurisprudencia clásica, fue encomendada a Triboniano en 530. El trabajo duró tres años y tuvo como resultado la confección de los Digesta o Pandectae en su voz griega. El Digesto (voz en singular que proviene de la Edad Media) recogió y compiló en cincuenta libros las opiniones y textos de los juristas clásicos. Llamosas, *La literatura jurídica...*, p. 137.

Institutiones Iustiniani Imperatoris (533).¹⁹⁶ Lex duodecim tabularum.¹⁹⁷ Lex Cornelia.¹⁹⁸ Lex Julia.¹⁹⁹ Lex Pompeya.²⁰⁰

Textos legales canónicos

CORPUS IURIS CANONICI.²⁰¹

196. Antes de finalizada la composición del Digesto, Justiniano encargó a Triboniano y otros profesores la redacción de un manual de derecho para uso de los escolares. El texto fue promulgado al mismo tiempo que el Digesto y fue realizado sobre la base de las Instituciones de Gayo. Constaba de cuatro libros divididos en títulos. Llamosas, *La literatura jurídica...*, pp. 137-138.

197. En Roma como en todos los pueblos primitivos el derecho penal tuvo un origen sacro. Desde la ley de las XII Tablas (siglo V a.C.), el derecho se encontraba laicizado y se estableció la distinción entre los *delicta publica* y los *delicta privata*. Zaffaroni, *Tratado de derecho penal*, t. I. p. 336.

198. La justicia republicana romana en manos de los comicios posteriormente fue delegada en tribunales penales llamados *Quaestiones*. A las *Quaestiones* se les entregó el juzgamiento para casos especiales y luego en forma permanente. Su competencia se amplió por delitos y las sucesivas leyes que se le asignaron fueron conocidas como *Corneliae* y *Juliae*. Zaffaroni, *Tratado de derecho penal*, t. I. p. 337.

199. La ley *Juliae* penaba como crímenes *majestatis* los delitos de traición, rebelión, sedición y conspiración para asesinar a dignatarios. Se expresaba claramente que "el delito que se dice de majestad es próximo al sacrilegio". *Zaffaroni, Tratado de derecho penal*, t. I. p. 339.

200. El derecho penal romano no señalaba un plazo máximo general para el procedimiento probatorio; sin embargo, a veces las leyes especiales que se daban en situaciones concretas suplían este vacío, como lo hizo la ley Pompeya respecto de la causa iniciada por el asesinato de Clodio. Mommsen, *Derecho penal romano*, p. 276.

201. La vigencia del derecho canónico (el *Corpus Iuris Canonici* y extravagantes además de los cánones indianos) se impuso en una sociedad cristiana a la que pertenecía tanto la población española peninsular y criolla como los indígenas convertidos. Levaggi, *El derecho penal argentino...*, p. 71.

Textos de legislación real

Visigodo

FUERO JUZGO, 202

Castellanos

FUERO REAL (1255).²⁰³

LEYES DE LAS SIETE PARTIDAS, glosadas por Gregorio López (1555).²⁰⁴

LEYES DEL ESTILO.²⁰⁵

LEYES DE TORO.²⁰⁶

NUEVA RECOPILACIÓN DE LEYES DE CASTILLA (1567).²⁰⁷

Ordenanzas de S. M. para el régimen, disciplina, subordinación, y servicio de sus exércitos.

202. La *Lex Visigothorum* o *Ley Visigótica* fue comenzada por Chindasvinto (641-652) y continuada por Recesvinto (649-672), fue bautizada por Ureña con el nombre de *Liber Iudiciorum* y mucho más tarde la traducción romanceada se denominó *Fuero Juzgo*. Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. I, pp. 117-118.

203. El Fuero Real fue una de las principales fuentes legales del derecho penal castellano-indiano. Nació en 1255 del propósito alfonsino de unificar la legislación de su reino y se concedió como fuero municipal a varias localidades. Levaggi, *El derecho penal argen*tino..., p. 73. Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 535.

204. Las Siete Partidas de Alfonso el Sabio (1256-1265) fue otra de las principales fuentes legales. La Partida VII (salvo los dos últimos títulos) estaba dedicada a los delitos y las penas, sin perjuicio de la existencia de algunas leyes más en las anteriores partes. Según Jiménez de Asúa, en su época tuvo más importancia doctrinal que legal. Levaggi, *El derecho penal argentino...*, p. 73. Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 536.

205. Alfonso X sancionó el Fuero Real corregido por las Leyes de Estilo. Más que leyes eran decisiones de los tribunales. Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. I, pp. 534-535.

206. Las Ordenanzas Reales de Castilla resultaban insuficientes por la gran variedad que había en el entendimiento de algunas de sus leyes. Para solucionar este estado de cosas, a petición de las Cortes de Toledo de 1502, se compusieron las Leyes de Toro. Fueron preparadas por el doctor Palacios Rubios y publicadas en 1505. Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 562.

207. La Nueva recopilación castellana de 1567 fue una de las principales fuentes legales. Levaggi, *El derecho penal argentino...*, p. 73.

REALES CÉDULAS Y PRAGMÁTICAS.

Indianos

RECOPILACIÓN DE LEYES DE LOS REINOS DE INDIAS (1680).²⁰⁸

Textos de legislación argentina

CONSTITUCIÓN DEL ESTADO DE BUENOS AIRES (1854).

ESTATUTOS PROVISORIOS.

CÓDIGO DE COMERCIO PARA EL ESTADO DE BUENOS AIRES (1859).

REGLAMENTO DE JUSTICIA DE 1817.²⁰⁹

REGISTRO OFICIAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.

Decretos del 7 de febrero de 1822, 31 de mayo de 1822, 2 de julio de 1822, 17 de enero de 1823, 19 de enero de 1825, 31 de octubre de 1829, 5 de enero de 1830 y 18 de diciembre de 1830.

Leyes del 30 de octubre de 1821, 24 de diciembre de 1821, 22 de junio de 1822, 28 noviembre de 1853, 19 de septiembre de 1854, 11 de octubre de 1854, 21 de octubre de 1856, 6 de julio de 1857, 15 de septiembre de 1857, 29 de septiembre de 1857, 6 de octubre de 1857, 20 de octubre de 1858, 20 de agosto de 1859 y 16 de septiembre de 1859.

Textos de legislación extranjera

CÓDIGO PENAL DE BAVIERA (1813) traducido por Charles Vatel.²¹⁰

208. Después del arduo proceso y de largos años que demandó la recopilación de leyes indianas, fue promulgada por Carlos II en 1680 y publicada por primera vez en la imprenta de Julián de Paredes al año siguiente. Llamosas, *La literatura jurídica...*, p. 142.

209. Sobre el Reglamento Provisorio del 3 de diciembre de 1817, cfr. Levaggi, Abelardo, *Orígenes de la codificación argentina: Los reglamentos de administración de justicia*, Buenos Aires, Universidad del Museo Social Argentino, 1995, pp. 35-39.

210. En Baviera existió un Proyecto de Código Penal en 1802 debido a Kleinschrod y después apareció el Código de 1813. Su existencia está inseparablemente ligada, según Jiménez de Asúa, "al penalista más descollante de principios del siglo XIX: Anselmo von Feuerbach, encargado por el gobierno bávaro de componer el Proyecto, estampó a pesar de todas las dificultades y obstáculos, su poderosa personalidad en el Código de 1813". Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 278.

CÓDIGO PENAL DE AUSTRIA (1852).²¹¹
CÓDIGO PENAL DEL BRASIL (1830).²¹²
CÓDIGO PENAL DE ESPAÑA (1848-1850).²¹³
CÓDIGO PENAL DE FRANCIA (1832).²¹⁴
CÓDIGO PENAL DE LUISIANA (1821).²¹⁵

211. En Austria, José II promulgó el 2 de abril de 1787 la ley sobre el castigo de los delitos del 13 de enero del mismo año, que significó el más agudo contraste con la Teresiana. Este Código se promulgó con modificaciones para toda la monarquía en la edición revisada de 1852, base del derecho penal austríaco hasta la disolución del imperio en 1918. Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. I, pp. 277-278.

212. El Código Penal del Brasil del 16 de diciembre de 1830 tuvo presente en muchos puntos al Código napolitano de 1819 y también al Código francés de 1810. Lo compuso la Asamblea general a base de los Proyectos de Bernardo Pereira de Vasconcelos y Clemente Pereira. Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 1046.

213. El Código de 1848 fue obra de un gobierno español moderado que consolidó tímidas conquistas liberales. En lo científico tenía influencia de Rossi que aplicó el eclecticismo filosófico de Cousin al derecho penal transmitido al Código por su principal redactor Joaquín Francisco Pacheco. La pena era para Rossi retribución hecha por el juez legítimo de un mal por otro mal. Este código se inspiró en el Código penal del Brasil de 1830, copia a su vez del Código napolitano y a su vez del francés de 1810, por lo tanto, pertenecía a la rama legislativa francesa y reconocía como tronco común al Código napoleónico. El Código de 1848 se reformó por decreto del 30 de junio de 1850. Su sentido fue marcadamente reaccionario, se aumentó la gravedad de algunos delitos, como los de atentado, desacato, desórdenes públicos y otras infracciones políticas. Además se extendía la punición de la conspiración y proposición a toda clase de delitos. Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. I, pp. 575-577.

214. El Código Penal de 1810 llamado Código de Napoleón —proyecto hecho en 1804—tuvo fuerza obligatoria desde el 1º de enero de 1811. Un nuevo liberalismo penal surgió en Francia cuando se extendieron las circunstancias atenuantes de 1824 y 1832. Esta última ley modificó el cuerpo legal en cuanto a la medida de la pena con la introducción de las circunstancias atenuantes y que inspiró a todos los países en buena parte del siglo XIX. Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. I, pp. 276-277.

215. El 10 de febrero de 1820 el senado y la cámara de representantes del Estado de Luisiana reunidos en sesión general acordaron que se encargara la redacción de un Proyecto de Código Penal en idiomas francés e inglés a un ciudadano versado en legislación. El 13 de febrero de 1821 se eligió a Edward Livingston para el desempeño de aquella comisión. Ortolan, M., *Curso de legislación penal comparada*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, 1845, pp. 32-33.

Código Penal de Nápoles (1819).²¹⁶
Código Penal de Prusia (1851).²¹⁷
Código Penal de las Dos Sicilias (1819).²¹⁸
Código Penal Sardo (1839-1859).²¹⁹
Legislación estadounidense.
Legislación inglesa.
Legislación francesa.

Bibliografía

I. Directas

1. Manuscritas

Archivo Histórico de la Universidad de Buenos Aires. Biblioteca Nacional, Colección Candioti.

2. Impresas

Acuerdos y sentencias dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Autos acordados desde 1810. Acuerdos extraordinarios, resoluciones y noticias referentes a la administración

216. El Código Penal de 1819 fue formado en el modelo de la legislación francesa. Según Ortolan a pesar de la promulgación de este código "no por eso se han entorpecido los trabajos de la ciencia en aquella nación, pues se han publicado posteriormente obras de mucho mérito". Ortolan, *Curso de legislación...*, pp. 11 y 215.

217. En Prusia se promulgó después de una larga preparación el Código Penal que entró en vigor el 1º de julio de 1851, muy inspirado en el Código francés que en la tradición alemana. Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 278.

218. En el Reino de las Dos Sicilias se promulgó en 1819 un Código que en su segunda parte incluía las leyes penales y en la cuarta el procedimiento. Según Jiménez de Asúa este código "fue uno de los mejores, todavía es hoy digno de loa". Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 277.

219. En Italia se agitó un intenso trabajo en el campo del derecho penal. Los estados sardos restauraron las Constituciones de 1770 y después apareció el Código de 1839 y luego el de 1859. Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 277.

- de justicia. Segunda edición autorizada que hizo de la publicación el secretario de la Suprema Corte Dr. Aurelio Prado y Rojas, Buenos Aires, Jacobo Peuser, 1892, t. II.
- Agustín, San, La ciudad de Dios del gran padre y doctor de la Iglesia San Agustín, obispo de Hipona, Madrid, Imprenta Real, 1793, t. I.
- Alsina, Valentín, Asesinato de Camila O'Gorman. Escrito por el Sr. Dr. D. Valentín Alsina, Gobernador y Capitán General de la Provincia de Buenos Aires, reimpresión de la edición en Montevideo de 1848, Buenos Aires, El Guardia Nacional, 1852.
- Discurso sobre la pena de muerte, Montevideo, Imprenta Republicana, 1829, en Bellemare, Guret, Plan general de organización judicial para Buenos Aires. Reedición facsímil (1829), noticia preliminar de Ricardo Levene, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Instituto de Historia del Derecho, 1949, pp. 1-40.
- Antuña, Francisco Solano, Tesis sobre la confiscación de los bienes en los crímenes de lesa-patria; presentada a la Universidad de Buenos Aires para recibir el grado de doctor en leyes, por Francisco Solano Antuña, Buenos Aires, Imprenta de la Independencia, 1834.
- Arca, Fernando del, Disertación sobre la pena de muerte presentada a la Universidad de Buenos Aires para recibir el grado de doctor en leyes, Buenos Aires, 1832.
- Avellaneda, Marco M. de, *Tesis sobre la pena capital por Marco M. de Avellaneda*, Buenos Aires, 1834.
- Beccaria, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas traducido del italia*no por D. Juan Antonio de las Casas, Madrid, Joachin Ibarra, 1774.
- Bentham, Jeremías, *Teoría de las penas y de las recompensas sacada de los manuscritos de Jeremías Bentham jurisconsulto inglés por Estevan Dumont*, Barcelona, Imprenta de D. Manuel Saurí, 1838, t. I.
- Boeresco, Basile, *Traité comparatif des délits et des peines au point de vue philosophique et juridique*, Paris, A. Durand, 1857.
- Bonnier, Édouard, *Tratado teórico-práctico de las pruebas en derecho civil y penal*, México, Imprenta de la Biblioteca de Jurisprudencia, 1874.
- Burlamaqui, *Elementos del derecho natural*, Burdeos, Imprenta de D. Pedro Beaume, 1834, t. I.
- Cané, Miguel, Disertación sobre las penas, Buenos Aires, 1835.
- Caravia, Bernabé, *Tesis sobre la pena de muerte*, Buenos Aires, Imprenta Argentina, 1832.

- Cicerón, Marco Tulio, *Oraciones escogidas de Marco T. Cicerón*, Barcelona, Imprenta de Sierra y Martí, 1829, t. I.
- Code pénal de Royaume de Baviére, traduit de l'allemand, par Ch. Vatel, Paris, Auguste Durand, 1852.
- Código de las Siete Partidas, en Los códigos españoles concordados y anotados, Madrid, Imprenta de M. Rivadeneyra, 1848, t. III.
- Comte, Carlos, *Tratado de legislación*, *ó exposición de las leyes generales según los cuales los pueblos prosperan*, *decaen ó quedan estancados*, París, Librería de F. Rosa, 1827, t. I.
- Constitución de Buenos Aires sancionada en 11 de abril de 1854, Besanzon, Imprenta de José Jacquin, s/d.
- Chauveau, Adolphe y Hélie, Faustin, *Théorie du Code Pénal*, Bruxelles, Societé Typographique Belge, 1843, t. I.
- Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados del Estado de Buenos Aires. Año de 1857, Buenos Aires, Imprenta Especial de Obras de "La República", 1883.
- Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados del Estado de Buenos Aires. Año de 1858, Buenos Aires, Imprenta Especial de Obras de "La República", 1883.
- Diccionario de ciencias médicas, por una sociedad de los más célebres profesores de Europa, Madrid, Imprenta de don Mateo Repullés, 1824, t. XXIII.
- Domat, Jean, *Derecho público escrito en francés por M. Domat, y traducido al castellano por el Dr. Juan Antonio Trespalacios*, Madrid, Imprenta de Benito Cano, 1788, t. II.
- Dupin, André, *De la libre defensa de los acusados*, Madrid, Librería de Ríos, 1842.
- Durán y Bas, Manuel, Discurso leído ante el claustro de la Universidad de Barcelona en el acto solemne de la recepción del catedrático de Elementos de Derecho Mercantil y Penal de España Dr. D. Manuel Durán y Bas el día 28 de Noviembre 1862, Barcelona, Imprenta y Librería Politécnica de Tomás Gorchs, 1862.
- Eguía, Carlos, Tesis sobre el derecho de gracia y remisión de pena por Carlos Eguía, Buenos Aires, 1835.
- Escriche, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, Caracas, Imprenta de Valentín Espinal, 1840.
- Esquirol, Étienne, Tratado completo de las enagenaciones mentales revi-

- sada, refundida y adicionada por el Dr. D. Pedro Mata, Madrid, Librería de don León de Pablo Villaverde, 1856.
- Feuerbach, Anselm von, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, traducción de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeier, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.
- Filangieri, Cayetano, Ciencia de la legislación. Escrita en italiano por el caballero Cayetano Filangieri traducida al castellano por don Jayme Rubio Abogado de los Reales Consejos, Madrid, Imprenta de Manuel González, 1787.
- García Goyena, Florencio, *Código criminal español según las leyes y prácticas vigentes comentado y comparado con el penal de 1822, el francés y el inglés*, Madrid, Librería de los señores viuda de Calleja é hijos, 1843, t. I.
- Gayo, *La Instituta de Gayo*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, 1845.
- Gmeineri, Xaverii, *Institutiones juris ecclesiastici*, Viennae, J. G. Weingand, 1782, t. II.
- Gómez de la Serna, Pedro y Montalbán, Juan Manuel, *Tratado académico-forense de procedimientos judiciales*, Madrid, Librería de Sánchez, 1855, t. I.
- Gómez de la Serna, Pedro y Montalbán, Juan Manuel, *Tratado académi-co-forense de procedimientos judiciales*, Madrid, Librería de Sánchez, 1853, t. III.
- Guizot, François, *Tratado sobre la pena de muerte en materia política*, Valladolid, Imprenta de la viuda de Roldán, 1835.
- Gutiérrez, Juan María, Noticias históricas sobre el origen y desarrollo de la enseñanza pública superior en Buenos Aires desde la época de la extinción de la Compañía de Jesús en el año 1767, hasta poco después de fundada la Universidad en 1821; con notas, biografías, datos estadísticos y documentos curiosos, inéditos o pocos conocidos, presentación de Jorge E. Myers, Bernal, Universidad Nacional de Quilmes, 1998.
- Gutiérrez Fernández, Benito, *Examen histórico del derecho penal*, Madrid, Librería de Sánchez, 1866.
- Hevia Bolaños, Juan de, *Curia Philipica*. Madrid, Oficina de Ramón Ruiz, 1797. Irigoyen, Bernardo de, *Disertación sobre la necesidad de reformar el actual sistema legislativo pronunciada por Bernardo de Irigoyen*, Buenos Aires, Imprenta del Estado, 1843.

- Larrea, Joan Bapt., *Allegationum pars prima*, Ludgune, Petri Borde, Joannis & Petri Arnaud, 1590.
- Le Graverend, Jean Marie, *Traité de la législation criminelle en France*, Paris, L'Imprimerie Royale, 1816, t. I.
- Leiva, Alberto David, *Carlos Tejedor. Dictámenes del asesor de gobierno del Estado de Buenos Aires*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1996.
- Livingston, Edward, "Code of crimes and punishments", en A system of penal law, for the state of Louisiana: consisting of a code of crimen and punishments, a code of procedure, a code of evidence, a code of reform and prison discipline, a book of definitions, Philadelphia, James Kay, 1833.
- Llamas y Molina, Sancho de, *Comentario crítico-jurídico-literal á las ochenta y tres Leyes de Toro*, Madrid, Imprenta de Repullés, 1827, t. I.
- Mably, Gabriel Bonnot de, *De la législation, ou principes des loix*, Amsterdam, Joseph Wiswald, 1776.
- Mata, Pedro, *Tratado de medicina y cirugía legal*, Madrid, Imprenta de Suárez, 1846, t. I.
- Merlin de Douai, Philippe-Antoine, *Opinion de Philippe-Antoine Merlin de Douai, Député du Départament du Nord sur le procés de Louis XVI*, Paris, Imprimée par ordre de la Convention Nationale, 1793.
- Mittermaier, Carl Joseph Anton, *Tratado de la prueba en materia criminal* ó exposición comparada de los principios en materia criminal y de sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra, etc., Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1877.
- Tratado de la prueba en materia criminal o exposición comparada de los principios en materia criminal, prólogo y apéndice de Primitivo González del Alba, Madrid, Reus, 1929.
- Mommsen, Teodoro, Derecho penal romano, Bogotá, Temis, 1976.
- Morales Polo, Luis de, *Epitome de los hechos, y dichos del emperador Trajano*, Valladolid, Antonio Suárez Solís, 1654.
- Morin, Achille, Dictionnaire du droit criminel répertoire raisonné de legislation et de jurisprudence, en matiére criminelle, correctionnelle et de pólice, Paris, Chez A. Durand libraire-editeur, 1842.
- Nicolini, Niccola, *Principios filosóficos y prácticos de derecho penal, traducidos al español por el Lic. Ignacio Otero*, México, Imprenta de J. Abadiano, 1864.

- Nueva Recopilación de Castilla, en Los códigos españoles concordados y anotados, Madrid, Imprenta de M. Rivadeneyra, 1850, t. XI.
- Ortolan, M., *Curso de legislación penal comparada*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Literaria y tipográfica, 1845.
- Paz, Marcos, Tesis sobre la pena de muerte sostenida en la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1834.
- Phillips, Richard, *De las facultades y obligaciones de los jurados puesto en castellano, y aumentado con la parte legislativa que sobre jurados está en práctica en Francia y en los Estados-Unidos de la América septentrional, por Antonio Ortiz de Zárate y Herrera, Madrid, Imprenta de I. Sancha, 1821.*
- Pothier, Robert Joseph, *Tratado de las obligaciones traducido al español* con notas de derecho patrio por una sociedad de amigos colaboradores, Barcelona, Imprenta y litografía de J. Roger, 1839.
- Prado y Rojas, Aurelio, *Leyes y decretos promulgados en la Provincia de Buenos Aires desde 1810 á 1876. Recopiladas por el Dr. Aurelio Prado y Rojas*, Buenos Aires, Imprenta del "Mercurio", 1877, t. I.
- Quiroga de la Rosa, Manuel J., *Tesis sobre la naturaleza filosófica del derecho*, Buenos Aires, Imprenta de la Libertad, 1837.
- Recopilación de leyes de los Reinos de las Indias, Madrid, Boix editor, 1841, t. I.
- Registro Oficial de la Provincia de Buenos Aires.
- Registro Oficial del Estado de Buenos Aires.
- Registro Oficial del gobierno de Buenos Aires.
- Reybaud, José María, Tesis sobre la pena de muerte pronunciada y sostenida en la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1834.
- Séneca, *Oeuvres complétes de Sénéque*, Paris, J. J. Dubochet et compagnie editeurs, 1858.
- Stephen, Henry John, *Summary of the criminal law*, Philadelphia, John Littell, 1840.
- Tapia, Eugenio de, Febrero novísimo, ó Librería de jueces, abogados y escribanos refundida, ordenada bajo nuevo método, y adicionada con un tratado del juicio criminal y algunos otros, Valencia, Imprenta de don Ildefonso Mompie, 1837, t. VII.
- Tejedor, Carlos, *Curso de Derecho Criminal*, Buenos Aires, Imprenta Argentina, 1860.
- Curso de Derecho Criminal, Buenos Aires, Librería de C. M. Joly, 1871.

- Manual de jueces de paz en los procesos criminales, Buenos Aires, Imprenta Argentina de El Nacional, 1861.
- Manual para los jueces de paz en las demandas civiles y asuntos administrativos, Buenos Aires, Imprenta de La Tribuna, 1861.
- "Procedimientos en el plenario", en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires* N°6, vol. I, Buenos Aires, Septiembre de 1922, pp. 673-700.
- Tocqueville, Alejandro de, *De la democracia en América*, Madrid, Imprenta de don José Trujillo hijo, 1854.
- Trébutien, Eugéne, *Cours elementaire de droit criminel*, Paris, Auguste Durand, 1854, t. I.
- Vicente y Caravantes, José, *Código penal y reformado; comentado novisimamente*, Madrid y Santiago, Librerías de don Ángel Calleja editor, 1851.
- Vilanova y Mañes, Senén, *Materia criminal forense, o tratado universal teórico y práctico, de los delitos y delincuentes*, Paris, Librería Hispano-Francesa de Rosa, 1827, t. III.
- Villanueva, Francisco, Tesis sobre la pena de muerte, Buenos Aires, 1832.
- Vizcaíno Pérez, Vicente, *Código y práctica criminal*, Madrid, Imprenta de la viuda de Ibarra, 1797, t. I.

II. Indirectas

- Abásolo, Ezequiel, *El derecho penal militar en la historia argentina*, Córdoba (Argentina), Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2002.
- "Las sanas doctrinas del doctor Castro en los tiempos de la codificación. Pervivencia de la cultura jurídica indiana en la segunda edición del Prontuario de Práctica Forense", en Íd., Bastante más que "degradantes andrajos de nuestra pasada esclavitud". Fragmentos sudamericanos de la pervivencia de la cultura jurídica indiana durante el siglo XIX, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2014, pp. 37-51.
- Borba Casella, Paulo, "Desenvolvimento do direito internacional na concepção de Cornelius van Bynkershoek", en *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo* N°103, São Paulo, 2008, pp. 563-592.
- Bravo Lira, Bernardino, "El derecho indiano después de la Independencia en América española: Legislación y doctrina jurídica", en *Historia* vol. 19, Santiago de Chile, 1984, pp. 5-51.

- Buchbinder, Pablo, *Historia de las Universidades Argentinas*, Buenos Aires, Sudamericana, 2010.
- Carranza, Ángel J., *Bosquejo histórico acerca del doctor Carlos Tejedor y la conjuración de 1839*, Buenos Aires, Imprenta de Juan A. Alsina, 1879.
- Casagrande, Agustín E., "Literatura Práctica en el siglo XVIII. El *orden* procesal en la historia de la justicia rioplatense", en *Revista de Historia del Derecho* N°49, Buenos Aires, enero-junio 2015, pp. 1-31.
- Cortabarría, Jorge Juan, "El Code Napoleón y sus comentaristas como fuentes del Código Civil argentino", en *Iushistoria* N°1, Buenos Aires, 2005, pp. 1-14.
- Díaz Couselo, José María, "La tradición indiana y la formación del derecho argentino", en *Temas de Historia Argentina y Americana* N°7, Buenos Aires, julio-diciembre de 2005, pp. 43-93.
- Fairén Guillén, Víctor, "El proceso en la Extravagante Ad Reprimendum del emperador Enrique VII (1313) y su exégesis por Bartolo de Sassoferrato. Sumariedad penal y civil", en *Anuario de Historia del Derecho Español* N°73, Madrid, Enero 2003, pp. 265-286.
- Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Losada, 1950-1992, ts. I y III.
- Leiva, Alberto David, "La enseñanza penal de Carlos Tejedor", en *Revista de Historia del Derecho* N°26, Buenos Aires, 1998, pp. 195-209.
- Levaggi, Abelardo, *El derecho penal argentino en la historia*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho Eudeba, 2012.
- Orígenes de la codificación argentina: Los reglamentos de administración de justicia, Buenos Aires, Universidad del Museo Social Argentino, 1995.
- Levene, Ricardo, "Apuntes sobre la enseñanza del derecho, de José Felipe Funes (1813)", en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* N°2, Buenos Aires, 1950, pp. 168-171.
- Historia del derecho argentino, Buenos Aires, G. Kraft, 1956, t. X.
- Lorén Esteban, Santiago, "Orfila: Pionero de la emigración de cerebros", en *Revista de Estudios Histórico-Informativos de la Medicina* N°10, Barcelona, 1972, pp. II-XVI.
- Llamosas, Esteban F., La literatura jurídica de Córdoba del Tucumán en el siglo XVIII. Bibliotecas corporativas y privadas. Libros ausentes. Libros prohibidos, Córdoba, 2008.

- Martínez Patón, Víctor, *Análisis histórico de la responsabilidad penal corporativa*, tesis doctoral, Madrid-París, Universidad Autónoma de Madrid - Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2016.
- Núñez, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1959, t. I.
- Pestalardo, Agustín, *Historia de la enseñanza de las ciencias jurídicas y sociales en la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Imprenta Alsina, 1914.
- Rivarola, Rodolfo, *Derecho penal argentino. Parte general*, Madrid, Hijos de Reus, 1910.
- Sbriccoli, Mario, Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato político alle soglie della scienza penalistica moderna, Milano, Giuffré, 1974.
- Silva Riestra, Juan, *Evolución de la enseñanza del derecho penal en la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires Instituto de Historia del Derecho Argentino, 1943.
- Tau Anzoátegui, Víctor, *Casuismo y sistema*. *Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992.
- Wasserman, Fabio, "Revolución", en Goldman, Noemí (edit.), *Lenguaje y revolución. Conceptos políticos clave en el Río de la Plata, 1780-1850*, Buenos Aires, Prometeo, 2008, pp. 159-174.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 1980, t. I.