ISSN 0024-0079
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

2024 112

UBA
Universidad de Buenos Aires

ARGENTINA

Lecciones y Ensayos

Departamento de Publicaciones - Facultad de Derecho
Universidad de Buenos Aires

LECCIONES Y ENSAYOS

FACULTAD DE DERECHO

Decano
Dr. Leandro Vergara

Vicedecana
Dr. Silvia Nonna

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora
Mary Beloff

Subdirector
Luis R. J. Sáenz

Secretaria
Stefania Vujovich

CONSEJO DE REDACCIÓN
PRIMER SEMESTRE 2024

Director
Franco Ezequiel Almirón

Subdirector
Francisco Manuel Varacalli

Secretaria de Redacción
Juana Boggiano

Tutora
María Inés Ponce Balestri

Colaboradoras/es
Giuliana Maite Pérez Sanguinetti
Martina Sueiro
Valentina Campos Carmona
Juana Lukaszczuk
Tomás D'Alessio
Sabrina Sclar
Mateo Cardoso
Sofia San Juan Toledo
Carolina Mantiñan
Marcos Varela
Martina Smirnoff
María Florencia Acuña
Abril Grisotti

Quienes integran el Consejo de Redacción son estudiantes de grado de la Facultad de Derecho (UBA).

RÉPLICA

Lecciones y Ensayos invita a escribir respuestas o reacciones a los artículos publicados en la Revista. Para su publicación deberán ser enviadas, junto con los datos completos de la autora o del autor, a lye@derecho.uba.ar.

2024 | 112

FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

LECCIONES Y ENSAYOS

CONSEJO ASESOR

José Casás
María Laura Clérico
Aníbal D'Auria
Marisa Herrera
Sandra Negro
Marcelo Raffin
Mario Villar

Algunos derechos reservados
Copyright by Departamento de Publicaciones
Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires
Av. Figueroa Alcorta 2263, 1º P (C1425CKB) -
Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723
La responsabilidad por los hechos e ideas expuestos en los trabajos
está a cargo exclusivamente de los autores.

ISSN (en papel): 0024-0079.
ISSN (en línea): 2362-4620.

Los artículos de esta revista se distribuyen bajo una licencia Atribución-NoComercial-Sin-Derivadas 2.5 Argentina (CC BY-NC-ND 2.5 AR) https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/ar/
Usted es libre para: Compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato, bajo las siguientes condiciones: atribuir correctamente la fuente, proveer un link a la licencia, e indicar cualquier cambio en el material; no puede hacer uso del material con fines comerciales, ni distribuir el material modificado, en caso de mezcla, transformación o creación de nuevo material a partir de esta obra, sin permiso previo del editor y/o los respectivos autores.

Impreso en la República Argentina

Correspondencia: Dirigirse a

Departamento de Publicaciones
Facultad de Derecho - UBA
Av. Figueroa Alcorta 2263, 1º P
(C1425CKB) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
Tel./Fax: (54-11) 5287-6762

ÍNDICE

Editorial 13

Lecciones

Cauterucci, Gabriel, *El contrato social de los argentinos: sobre poder y libertad* 17

Caputo, Roque Nicolás, *Instrumentos fiscales de captación de la renta hidrocarburífera en Argentina* 47

Salinas, Juan Cruz, Yoldjian, Gaspar y Minicucci, Matías, *La autoría mediata de los administradores de empresas en virtud de su dominio de organización. Una construcción dogmática de dicho concepto* 73

Cabezas, Valentina Belén, *La Ley 26.396: problemas prácticos y vulneración de derechos* 111

Jarast, Federico, *¿Mudez y mudanza o mudanza y mudez? Reflexiones jurídicas sobre la eventual relocalización de la embajada argentina ante Israel en la ciudad de Jerusalén* 127

Americo, Pablo Fabián, *Los dos rostros de la anfisbena: constitucionalismo beligerante y república posible* 159

Ensayos

Gutiérrez Martínez, Joaquín, *El plazo para expedir decretos reglamentarios* 179

Entrevistas

Entrevista a Juan Carlos Maqueda 215

Comentarios de jurisprudencia

Carvajal Parra, Milagros Ain, *40 años de democracia: un fallo para entender los discursos de la Corte desde entonces* 229

Procedimiento de selección

¿Cómo publicar en *Lecciones y Ensayos*? 245

¿Cómo participar en *Lecciones y Ensayos*? 251

EDITORIAL

Con el inicio de un nuevo semestre, las y los estudiantes que dirigen e integran el Consejo de Redacción de *Lecciones y Ensayos* se reunieron una vez más para habitar este espacio de aprendizaje colectivo y abocarse a las tareas editoriales. Como resultado de esta labor, les presentamos el número 112, correspondiente al primer cuatrimestre del año 2024.

Quienes integran esta Revista son estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, una institución nacional, pública y gratuita. Estudiantes, graduadas, graduados, docentes, investigadoras, investigadores, no docentes y autoridades universitarias nos movilizamos el martes 23 de abril de 2024 en la primera Marcha Federal en defensa de la Universidad Pública.

¿De qué hablamos cuando hablamos de un país con educación pública? En la Argentina, de un laboratorio de conocimiento; del lugar donde la crítica es fomentada y la diversidad, alentada. Nuestra casa: donde investigamos, aprendemos, luchamos y cuestionamos. Nuestro es el compromiso de procurar que la UBA siga representando eso. En *Lecciones y Ensayos* somos orgullosamente parte de la educación pública y reivindicamos su valor como constitutivo de nuestra identidad. En ese sentido, desde nuestro aporte individual nos proponemos continuar con nuestra voluntad de fomentar el aprendizaje colectivo.

En el editorial del número anterior advertimos que estábamos ante tiempos de cambio y que estos no nos eran ajenos. *Lecciones y Ensayos* pretende hacer un aporte: mantener este espacio como un lugar de discusión y debate en pos de construir una democracia plena. Esta tarea implica dialogar, abordar y ampliar los horizontes de todas las discusiones que surjan. Esta también es la finalidad de *Lecciones y Ensayos*: ser parte de una universidad donde no se castigue el pensamiento crítico.

Para reforzar la idea de que la Argentina está en una etapa de cambios vertiginosos que son transversales a todos sus ámbitos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejará, al final de este año, de tener su conformación actual. El ministro Juan Carlos Maqueda finalizará, el día de su cum-

Lecciones y Ensayos, Nro. 112, 2024
"Editorial", pp. 13-14

pleaños número setenta y cinco, su periodo en el máximo tribunal del país. *Lecciones y Ensayos* ha tenido el honor de entrevistarlo para este número.

Sucesivos ministros de la Corte han manifestado que la institución trasciende a los miembros que la integran; marcan que el respeto por sus precedentes y formas hacen a la calidad del tribunal. Si establecemos un paralelismo con la Revista, creemos que este proyecto que inició en 1956 trasciende a los consecutivos Consejos. *Lecciones y Ensayos* es pasado, presente y futuro. Mantenemos la convicción de que este espacio no debe estar subordinado a la coyuntura política, social o económica. Sin embargo, no podemos mantenernos ajenos a una discusión que tiene como protagonista a las universidades nacionales, públicas y gratuitas.

Esperamos que disfruten este número tanto como nosotras y nosotros disfrutamos hacerlo y, como siempre, las puertas están abiertas a las y los estudiantes de esta Facultad que deseen formar parte de este espacio.

Consejo de Redacción

Lecciones

EL CONTRATO SOCIAL DE LOS ARGENTINOS. SOBRE PODER Y LIBERTAD*

Gabriel Cauterucci**

"But what is government itself, but
the greatest of all reflections
on human nature?"
Madison[1]
A Agustín Gordillo, in memoriam

Resumen: Abolir la Constitución. Volver a las *bases* alberdianas. Recuperar el ideario de los *padres fundadores*. Exterminar la justicia social, único obstáculo para desplegar plenamente nuestro potencial como *nueva y gloriosa Nación*.

¿Será cierto que son estas las respuestas a los problemas económicos de los argentinos? ¿Se puede atribuir a la arquitectura constitucional las reiteradas dificultades de las diversas políticas económicas implementadas en el decurso del siglo XX? ¿Qué se oculta detrás de estas afirmaciones?

Belicoso, aparentemente indómito, rebelde e indisciplinado, el discurso que despoja de legitimidad a la reforma constitucional parece esconder, detrás de su espectacular teatralidad, la reivindicación del ejercicio irrestricto de prerrogativas ilegítimas. En el presente trabajo procuraremos reflexionar sobre las diversas expresiones realizadas en torno de la *cuestión constitucional*. Para ello revisaremos el significado histórico del constitucionalismo con el objetivo de comprender la verdadera propuesta que subyace en esas manifestaciones.

Palabras clave: constitución nacional — dnu 70/2023 — poder — derecho constitucional — constitución de 1853 — reforma constitucional 1994 — ley bases y puntos de partida para la libertad de los argentinos — contrato social.

* Recepción del original: 30/01/2024. Aceptación: 26/07/2024.
** Abogado UBA.
1. *Cfr.* Hamilton, Madison & Jay, *The Federalist Papers, A collection of essays written in favor of the new constitution, as agreed upon by the federal convention, September, 17, 1787*, p. 294.

Abstract: Abolish the Constitution. Return to the a*lberdian* foundations. Recover the ideals of the *Founding Fathers*. Eradicate social justice, the only obstacle to fully unleashing our potential as *a new and glorious Nation*.

Are these truly the answers to Argentina's economic problems? Can the constitutional architecture be held responsible for the repeated difficulties of the various economic policies implemented throughout the 20th century? What lies hidden behind these assertions?

Belligerent, seemingly indomitable, rebellious and undisciplined, the discourse that strips constitutional reform of its legitimacy appears to conceal, behind its spectacular theatricality, a claim to the unrestricted exercise of illegitimate prerogatives. In this paper, we aim to reflect on the various statements made regarding the constitutional question. To do so, we will review the historical significance of constitutionalism with the objective of understanding the true proposal underlying these expressions.

Keywords: national constitution — dnu 70/2023 — power — constitutional law — 1853 constitution — 1994 constitutional reform — ley bases y puntos de partida para la libertad de los argentinos — social contract.

I. Introducción

En el fragor de las recientes discusiones suscitadas por el dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia n.º 70/2023[2] han sido expresados públicamente diversos argumentos que, a fuerza de precavidos, despiertan alarma debido al potencial que tienen para introducir en el desarrollo del debate equívocas justificaciones en favor del desmantelamiento de lo que podríamos denominar el "contrato social" de los argentinos. Contrato social cuya vigencia no ha sido cuestionada. No, al menos, abiertamente.

¿Sobre qué bases corresponde discutir el programa político de la coalición gobernante?

En tiempos de hiperbólica exaltación de la libertad contractual, no puede ser desatendido el deber de honrar el contrato social vigente en su significado más profundo.

2. Poder Ejecutivo Nacional, "DNU 70/2023".

Estas líneas no tienen otro propósito que ejercitar la memoria del lector: recordarle que, como sociedad, hemos celebrado un contrato cuyas cláusulas deben ser respetadas.

II. Planteo del problema

Con el fin de evitar reseñar opiniones que no han sido grabadas en letras de molde y, por esa misma razón, son susceptibles de ser eliminadas sin rastro alguno[3] utilizaremos las afirmaciones obrantes en el Decreto de Necesidad y Urgencia mencionado así como en el mensaje de elevación del Proyecto de Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos.[4]

Dice su autor:

> Esta crisis es producto de haber abandonado el modelo de la Democracia Liberal y Economía de Mercado plasmado en nuestra Constitución de 1853 y haber avanzado, durante décadas, hacia un modelo de Democracia Social y Economía Planificada que no solamente ha fracasado en nuestro país sino en todos los países en donde se ha implementado a lo largo de la Historia[...][5]

3. Me refiero a las publicaciones en redes sociales. El día 7 de enero de 2024 a las 18:56hs, la cuenta de "X" (Ex-Twitter) @JMilei calificó de "BRILLANTE" (en mayúsculas) un tuit de un usuario de la red social (@CharlyMiraOk) fechado el 7 de enero de 2024 a las 18:34 que decía: "Solo un poco de ironía: el decreto que debió haber dictado el presidente @JMilei debería haber constado de un solo artículo: 'Se restaura la única vigencia de la Constitución de 1853/60 y se derogan todas las disposiciones inferiores que la contradigan'". No escapa a quien suscribe que la red está plagada de ironías y sarcasmos, así como que no es posible siquiera corroborar la veracidad de las expresiones que allí se realizan. Pero así como es posible percibir la ironía en dicha manifestación, también es posible percibir, en la ironía, el sustrato de veracidad que se sugiere.

4. Poder Ejecutivo Nacional, "Bases y puntos de partida para la libertad de los argentinos", elevado al Congreso el 27 de diciembre de 2023 junto con el Mensaje de Elevación n.º 7/2023.

5. *Cfr*: "Mensaje de Elevación del proyecto de Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los argentinos", N.º 7/2023", p. 1.

La afirmación busca desacreditar las modificaciones y reformas realizadas con posterioridad a la sanción de la Constitución Nacional de 1853.

El argumento se replica, *mutatis mutandis*, en el fragmento que sigue:

> Con el espíritu de restituir el orden económico y social basado en la doctrina liberal plasmada en la Constitución Nacional de 1853 presentamos al Honorable Congreso de la Nación[...][6]

Está claro que se atribuye al presunto incumplimiento de las directivas y principios establecidos en la Constitución de 1853 la totalidad de los problemas económicos y sociales que atraviesa el país. La propuesta es clara: la solución es volver a la Constitución de 1853, de la cual nunca debimos habernos apartado. Apartarse habría sido el principio del fin. El remoto origen de nuestra decadencia como país, de nuestras imposibilidades.

La opinión no se encuentra huérfana de respaldo de prestigiosos juristas. En el suplemento del miércoles 10 de enero de 2024 de *La Ley* (segunda edición) pueden encontrarse las siguientes palabras:

> En cuanto al fondo, el DNU 70/2023 configura una situación extrema que supera la emergencia (que siempre es transitoria) y traduce la necesidad de volver a los postulados de la Constitución alberdiana, mediante la remoción de los obstáculos que, mediante un círculo vicioso de regulaciones, suprimen[...][7]

Coherente con esta postura también ha sido uno de los estudios jurídicos más reconocidos del país, a quien, tras bambalinas, se le atribuye la secreta redacción del proyecto de ley y del decreto.

Las preguntas que surgen son:

1) ¿Es posible *volver*[8] a la Constitución de 1853?
2) ¿Cuál es el diseño constitucional que está vigente?

6. *Cfr.* Mensaje de elevación, p. 10.
7. Cassagne, "Sobre la constitucionalidad del DNU 70/23".
8. Léase derogar las reformas posteriores.

3) ¿Representa un obstáculo la Constitución de 1994 para la aplicación de un plan económico como el propuesto?

III. El Poder

Antes de entender cabalmente qué es una Constitución debemos comprender qué es el poder.

Caudalosos ríos de tinta se han dedicado al tema del poder. Se ha discutido mucho sobre lo que ***es*** el poder y sobre lo que el poder *hace*.[9]

Así, mientras para Galbraith,[10] siguiendo a Weber, el poder es "la posibilidad de imponer la propia voluntad al comportamiento de otras personas", a Foucault el análisis de las relaciones de poder le permite afirmar que: "En todo lugar donde hay poder el poder se ejerce. Nadie, hablando con propiedad es su titular y, sin embargo, se ejerce en determinada dirección con unos de un lado y otros del otro".[11]

Imponer la propia voluntad sobre la de los demás solo requiere fuerza (psicológica, física, etc.). Someter, doblegar, o sojuzgar al otro (u otros) son formas de ejercer poder. Este sometimiento siempre está relacionado con el ejercicio de alguna forma de violencia.

Recordemos que para Benjamin,[12] la violencia solo puede ser concebida como un medio. Y ese ejercicio de la violencia se justifica en el alcance de la meta. Por eso, sostiene Chomsky: "[f]unciona. Habitualmente la violencia funciona. Así lo ha demostrado la historia del mundo".[13]

Para Galbraith:

> [...] los instrumentos mediante los que se ejercita el poder y las fuentes del derecho a ese ejercicio se hallan relacionados entre sí de una manera compleja. El uso del poder depende, en parte, de que

9. Lowenstein, cita aquel viejo refrán atribuido a Lord Acton: "El poder tiende a corromper, el poder absoluto tiene a corromper absolutamente" (*Cfr.* Lowenstein, *Teoría de la constitución*, pp. 28-29).
10. Galbraith, *La anatomía del poder*, p. 19.
11. Foucault, *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, p. 15.
12. Benjamin, "Critique of violence", p. 1: "that violence can first be sought only in the realm of means, not in the realm of ends".
13. Chomsky, *El terror como política exterior de Estados Unidos*, p. 101.

> se mantenga oculto, de que su sumisión no sea evidente a los que la prestan.[14]

El Estado es, en el orden social actual, quien detenta el monopolio[15] de la violencia. Esta característica se relaciona con el concepto del contrato social y es lo que, en definitiva, le permite imponerse de manera legítima.

Para no abusar de la paciencia del lector, solo agregaremos que la diferencia entre poder y dominación reside en que la dominación es el ejercicio *legitimado* del poder en el tiempo.[16]

En *Leviatán*, Hobbes —para quien la humanidad tiene un "perpetuo e incesante afán de poder que cesa solamente con la muerte"—,[17] explica que el vencedor debe obtener algún tipo de consentimiento por parte del vencido para que exista obediencia, es decir, dominación. También Platón recomendaba "a los legisladores que las leyes que hagan sean tales que el pueblo y la nación se sometan a ellas voluntariamente..."[18]

Entre nosotros, Nino explica:

> Es un hecho social aparentemente establecido que ningún sistema jurídico puede preservarse solo sobre la base del temor al empleo de la coacción y sin la creencia, difundida entre buena parte de los súbditos y de los mismos funcionarios, en la legitimidad moral de los órganos del sistema.[19]

14. Galbraith, *La anatomía del poder*, p. 19.
15. Nino lo define como un "cuasimonopolio": "El Estado, que dispone del cuasi monopolio de la fuerza disponible en una sociedad, emplea esa fuerza de dos modos [...]", y: "[e]ntre estos bienes están por supuesto, las instituciones políticas fundamentales con su cuasi-monopolio de la coacción —que incluye la defensa contra ataques externos—, organizaciones y prácticas religiosas e incluso aspectos sociales tan básicos como el lenguaje" (*Cfr*. Nino, *Ética y Derechos Humanos*, pp. 99 y 226; Nino, "La paradoja de la irrelevancia moral...", p. 122).
16. "La probabilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas dadas". *Cfr.* Weber, *Economía y sociedad. Esbozo de una...*, p. 43.
17. "De este modo señalo, en primer lugar, como inclinación general de la humanidad entera, un perpetuo e incesante afán de poder, que cesa solamente con la muerte" (*Cfr.* Hobbes, *Leviatán o la materia, forma y...*, p. 79).
18. *Cfr.* Platón, *Las leyes*, p. 160.
19. Nino, *Etica y Derechos Humanos*, pp. 99-100.

El problema radica en el inevitable abuso de poder. Lowenstein escribió: "Es evidente, y numerosas son las pruebas de ello, que allí donde el poder político no está restringido y limitado, el poder se excede".[20]

Ya Montesquieu había afirmado que todo hombre investido de autoridad abusa de ella y que "no hay poder que no incite al abuso, a la extralimitación".[21]

IV. El constitucionalismo

El origen y desarrollo del constitucionalismo se remonta a la protesta que dio lugar a la celebración de la Carta Magna de 1215, forma primigenia y remota.[22] El tema es extenso y desborda el objeto del presente trabajo. Lo fundamental, lo que debe ser tenido prioritariamente en cuenta por el lector, es que una Constitución no es otra cosa que un freno al poder político.[23]

Lowenstein explica que:

> Limitar el poder político quiere decir limitar a los detentadores del poder; esto es el núcleo de lo que en la historia antigua y moderna de la política aparece como constitucionalismo. Un acuerdo de la comunidad sobre una serie de reglas fijas que obligan tanto a los detentadores como a los destinatarios del poder, se ha mostrado como el mejor medio para dominar y evitar el abuso del poder político por parte de sus detentadores.[24]

Es por ello que "la constitución se convirtió así en el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder".[25]

20. Lowenstein, *Teoría de la constitución*, p. 28.
21. *Cfr.* Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, cap. IV: "[...] una experiencia eterna nos ha enseñado que todo hombre investido de autoridad abusa de ella. No hay poder que no incite al abuso, a la extralimitación. ¡Quién lo diría! Ni la virtud puede ser ilimitada. Para que no se abuse del poder, es necesario que la naturaleza misma de las cosas le ponga límites".
22. Ravinovich-Berkman, *Un viaje por la historia del derecho*, p. 257.
23. Las otras formas de ejercicio del poder no pudieron ser previstas. Urgía el control del poder político y especialmente el poder de imponer tributos. El poder privado —en los términos en los que los define Capella, *Los ciudadanos siervos* — aún no ha sido adecuadamente neutralizado.
24. Lowenstein, *Teoría de la constitución*, p. 29.
25. Lowenstein, *Teoría de la constitución*, p. 149.

Entre nosotros, Bidart Campos, ha enseñado que:

> El constitucionalismo clásico o moderno, surgido a fines del siglo XVIII con la independencia de las colonias inglesas de Norteamérica y con la Constitución de los Estados Unidos, tuvo el carácter de una reacción contra las formas de organización política que fueron propias del absolutismo monárquico, y colocó como como eje a la libertad y a los derechos civiles.[26]

Lasalle expresó:

> Los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de derecho, sino de poder, la verdadera Constitución de un país solo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen. Y las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social: de allí los criterios fundamentales que deben ustedes retener.[27]

El proceso jurídico-político, que se dispersó por el globo, tuvo como principal finalidad establecer un documento legal, preferentemente escrito y reunido en un solo texto, donde se fijaran las reglas y los límites, al ejercicio del poder.

V. La constitución de 1853-1860[28]

La corriente constitucionalista también germinó en nuestro suelo, dando lugar al nacimiento de la Constitución de 1853-1860. Esta constitución

26. Bidart Campos, *Manual de la Constitución reformada*, p. 110.
27. Lasalle, *¿Qué es una constitución?*, p. 64.
28. Bidart Campos explica que no es posible considerar a la Constitución de 1853 en forma aislada de la reforma de 1860, porque ambas integran el mismo ejercicio del poder constituyente originario: "pensamos que ese poder constituyente originario fue un poder constituyente abierto. O sea, que su ejercicio no quedó agotado en 1853, sino que abarcó un ciclo que se cerró en 1860". (*Cfr.* Bidart Campos, *Manual de la Constitución reformada*, p. 57).

se erigió como un valladar al ejercicio autoritario del poder político de turno.[29]

¿Cómo se construye ese dique al poder político? Principalmente de dos formas.

Como cuestión preliminar en este análisis, es imperativo señalar que la Constitución Nacional no solo ofrece garantías frente al poder, a través del reconocimiento de los derechos de los habitantes (es decir, su parte dogmática), sino también y de manera especialmente significativa, a través de su arquitectura, su diseño institucional y la manera en que se ejerce *legítimamente* dicho poder (la parte orgánica).[30]

Como es bien sabido, el poder se organiza en funciones que se controlan entre sí, encontrándose ampliamente superada la noción tradicional de los tres poderes de Montesquieu. Se distingue con mayor claridad en funciones de poder, ya que el poder solo puede ser uno.

Marienhoff[31] enseñaba que:

> De todo lo dicho despréndese que, con referencia a la actividad del Estado, no corresponde hablar de "separación de poderes", sino de "distribución de funciones" entre los órganos legislativo, ejecutivo y judicial. Cada uno de estos ejerce una sección del poder general del Estado.[32]

29. Los antecedentes de 1819 y 1823 podrían merecer —no sin ciertas reservas— igual consideración. La línea de continuidad es innegable. Afirma Alberdi "[...] la historia de la Revolución del Plata [...] y nuestras constituciones ensayadas en los cuarenta años precedentes [...] son la verdadera fuente de explicación y comento de la Constitución actual argentina". *Cfr.* Alberdi, *Estudios sobre la Constitución Argentina*, p. 161.

30. *Cfr.* Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, cap. IV.

31. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 41

32. El *derecho administrativo*, es decir, el estudio de las formas en que la Administración Pública ejercita válidamente su función en el marco constitucional se encuentra íntimamente ligado al *derecho constitucional*. Por eso Gordillo, explica que "El derecho administrativo es derecho constitucional y político, es lucha contra el poder —cualquier poder— en la defensa de los derechos de los individuos y asociaciones de individuos, es la aventura de pensar. Si se quiere hacer un derecho de la administración, un derecho legitimador del ejercicio del poder, entonces se está renunciando a hacer derecho. Todo allí es el poder, los corredores del poder, la influencia, la corrupción. Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, pp. 12-13.

Con dificultades, avances y retrocesos, se sancionó y promulgó la Constitución Nacional de 1853-1860. Presenta los rasgos característicos de su época. Presenta, también, las inevitables ***limitaciones*** de su época. Se la reconoce como una constitución de orientación liberal y son escasos los argumentos que se pueden presentar en contra de este rasgo evidente.[33]

VI. La Constitución de 1994

En el decurso del siglo XX, la Constitución Nacional fue profundamente vilipendiada. Objeto de modificaciones, inserciones, abrogaciones y un sinnúmero de vergonzosos etcéteras. No obstante, las postrimerías del siglo XX, traerían calma a tan tumultuoso devenir.

El 29 de diciembre de 1993 se sancionó la Ley 24.309 de Necesidad de la Reforma Constitucional.[34]

Dejando de lado las aspiraciones personales de ciertos mandatarios, así como el afán inquebrantable de obtener rédito político por parte de algunos integrantes de la Convención Constituyente reformadora, lo cierto es que la sociedad, a través de sus representantes alcanzó un Núcleo de coincidencias básicas (resultado del famoso *Pacto de Olivos*) que dio forma a lo que posteriormente se convertiría en la Constitución de 1994.

Esta Constitución, también fiel al espíritu de su tiempo, receptó otra corriente dentro del constitucionalismo: el *constitucionalismo social.*

Enseña Bidart Campos:[35]

> Las transformaciones sociales y valoraciones colectivas en avance dieron después lugar a un segundo ciclo, que tiene inicio en este siglo XX y es el constitucionalismo social. La primera constitución de este siglo es la mexicana dictada en Querétaro en 1917, patrimonio de nuestra América Latina, a la que siguió la alemana de Weimar de 1919, de mayor difusión universal.[36]

33. Es posible, sin embargo, realizar algunas salvedades. Existen rasgos conservadores que pueden ser vistos en una relación de tensión con el liberalismo que pregona.
34. República Argentina, Ley 24.390.
35. Bidart Campos, *Manual de la Constitución reformada*, p. 111.
36. En rigor, la Constitución de 1949 es la primera expresión de esta corriente.

La reforma termina por construir un Estado social y democrático de derecho,[37] que Bidart Campos describe como:

> Un Estado activo y no desertor ha de promover la liberación y el desarrollo de todas las personas, suprimiendo no solo las formas de explotación y opresión, sino las exclusiones y marginalidades sociales que conspiran contra la igualdad real de oportunidades y de trato.[38]

Tal vez el artículo que más claramente lo demuestra es el inciso 19 del artículo 75. Son atribuciones del Congreso:

> Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento.
> Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones [...]
> Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.
> Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras de autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales.

37. *Cfr.* Artículo 1.1. de la Constitución Española (1978): "España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político".
38. Bidart Campos, "La Constitución Económica (un esbozo desde...", p. 14.

Es este el diseño constitucional que se encuentra vigente.

Este año conmemorará su trigésimo aniversario. Hace tres décadas, los argentinos, de común acuerdo y después de un extenso debate celebramos un pacto, un acuerdo, un nuevo contrato social sobre la base de los anteriores y con una clara esencia prospectiva.

Registro un hecho. Un hecho observable. Sin emitir opinión alguna sobre sus méritos o conveniencia.

VII. ¿Son contradictorias entre sí?

Las afirmaciones citadas al inicio de este trabajo se perciben deliberadamente equívocas. Se sostiene con falsedad, prejuicio o mezquindad, la necesidad de regresar a la Constitución original como solución a los problemas económicos de los argentinos.

De la mera lectura de la norma que más claramente incorpora el constitucionalismo social, no se evidencia el obstáculo que supuestamente tendría esta forma de concebir el Estado. Obsérvese que la norma citada dice claramente "productividad de la economía nacional" y "defensa del valor de la moneda", por ejemplo. ¿Es la justicia social un impedimento? ¿Contradice la justicia social a la Constitución de 1853-1860? En absoluto.

Lo fundamental para el análisis radica en comprender que la Constitución de 1994 en modo alguno contradice a la Constitución de 1853-1860.

VIII. Dos formas posibles de demostrarlo

Bertrand Russell recomendó a las generaciones futuras ceñirse a los hechos (*"look only and solely at what are the facts"*). Tres hechos, dos históricos y uno normativo, pueden servir para respaldar mi afirmación. Estos son solo tres de los numerosos ejemplos que el lector puede encontrar en la historia de nuestro país. Deliberadamente evito los ejemplos del siglo XX. Los hechos remotos pueden protegernos de sesgos políticos-partidarios:

VIII.A. La crisis económica de 1890

No habían transcurrido treinta años desde la reforma de 1860. Juárez Celman ocupaba la primera magistratura. La Ciudad de Buenos Aires tenía

entonces 530.000 habitantes. En el año de 1889 habían ingresado al país 260.000 nuevos habitantes.[39]

La sociedad ya exhibía, según Balestra, sus defectos: "La honestidad transa con la codicia: ha llegado la hora de la coima: robo con hipocresía y encanallamiento, la peste más persistente de las democracias".[40]

Poco a poco comenzó a gestarse una gran burbuja especulativa: "El crédito se encarece por la demanda de capitales para el juego: no hay dinero para el comercio y la industria: todo el dinero, todos los capitales de la República son atraídos por la vorágine de la Bolsa".[41]

Por esos años, Julián Martel escribe *La Bolsa* (1891), una radiografía de la sociedad de la época: "El dinero abunda hoy que es un gusto, tanto que la gente no busca sino ocasión de gastarlo [...]".[42]

La crisis de 1890 fue una de las mayores de nuestra historia. Comparable a la de 2001. Corridas bancarias e inflación no estuvieron ausentes:

> El oro que a principios de 1889 empezó valiendo 147 pesos papel había llegado rápidamente a 240 por ciento; el encarecimiento de la vida se hacía insoportable [...] los papeles pasaban de mano en mano como una brasa [...] El drenaje de oro seguía en proporciones pavorosas...[43]

El estallido no se hizo esperar.

Por supuesto que no puede ser reducida la crisis económica al problema bursátil[44]. Sería, como afirma Balestra: "imputar la tormenta al barómetro".[45]

39. *Cfr.* Balestra, *El noventa*, p. 7.
40. Balestra, *El noventa*, pp. 10-11.
41. Balestra, *El noventa*, p. 18.
42. Martel, *La Bolsa*, p. 55. Y en la página 66 se lee: "[...] todo el secreto, que ya no lo es para nadie, del extraordinario precio que alcanzaría la tierra en los famosos tiempos de la especulación. Las sociedades anónimas y los sindicatos, ayudados por los Bancos, que proporcionaban dinero a los especuladores, con perjuicio del comercio serio para el cual no lo había, dieron con propósitos culpables de sus directorios, valor exorbitante a esa misma tierra [...]". De la misma época es *Quilito* (1891), de Carlos María Ocantos. En Francia, la misma crítica realiza en *L'Argent* (1890-1891), Emile Zola a la especulación que advierte en la Bolsa de Paris.
43. Balestra, *El noventa*, p. 19.
44. Múltiples factores son sindicados como los causantes de la crisis entre los cuales se destaca (y se destacará en forma recurrente) la dependencia de la economía nacional a las economías extranjeras.
45. Balestra, *El noventa*, p. 44.

Sirve, sin embargo, para comprobar que el impacto de los problemas económicos en la sociedad de 1890 tuvo la misma intensidad que tienen todas las crisis económicas graves independientemente del marco constitucional en el cual se produzcan. Esta crisis económica se produjo, recordemos, bajo el imperio de la Constitución de 1853-1860[46].

¿Puede atribuirse al "apartamiento de la Constitución de 1853"? ¿Puede atribuirse a la existencia de la limitación que genera la incorporación de la justicia social?

La crisis de 1890 no fue la única[47] del siglo XIX. La primera crisis argentina ya había ocurrido en 1866, a raíz del conflicto de la lana de oveja y los problemas relacionados con su exportación y las retenciones. Bartolomé Mitre ocupaba entonces la presidencia.

Escribe Hilda Sábato:

> El resultado casi inmediato de la aplicación de estas medidas fueron un nuevo ciclo de expansión sin precedentes, que alcanzó su punto más alto hacia 1865, etapa de verdadera "fiebre del lanar". Los rebaños se multiplicaban, la producción crecía, las exportaciones alcanzaban cifras cada vez más altas.[48]

Sin embargo, en el año de 1866:

> La escasez de circulante y la valorización del peso argentino en 1865 –revirtiendo la tendencia de los años anteriores– afectaron negativamente a todos los sectores exportadores, incluyendo a los ga-

46. Es cierto que, con las reformas de 1866, pero también es cierto que los impuestos a las exportaciones ("retenciones") ya estaban presentes en la Constitución de 1853 y aún en la de 1860, que es la que establece el plazo de duración de estas hasta 1866, propuesta por la Provincia de Buenos Aires. Es decir, que la "*reforma*" de 1866, en rigor, prorrogó la situación existente. A los efectos del presente análisis resulta evidente que no impacta en las consideraciones desarrolladas.

47. Nuestro país registra crisis económicas en los años de 1866, 1873, 1890, 1914, 1930, 1952, 1959, 1975, 1981, 1989, 2001… desde la Constitución Nacional hasta fin del siglo XX.

48. *Cfr.* Sábato, *La crisis de ovejas en Buenos Aires. Capitalismo y ganadería: la fiebre del lanar, 1850-1890*, p. 36. También se recomienda Hora, *Historia Económica de la Argentina en el siglo XIX*, pp. 95-163.

> naderos del lanar. El consecuente incremento de las tasas de interés provocó el auge de la especulación, que alcanzó su máxima expresión durante la temporada de esquila [...] A estos problemas monetarios locales se sumaba una crisis comercial internacional [...] [49]

Panettieri enseña que:

> A esta situación se sumó otro hecho que ahondaría mucho más la crisis que sufrían los productos argentinos. Finalizada la Guerra de Secesión con el triunfo de los estados del norte, el gobierno de los Estados Unidos se lanzó definitivamente a una política proteccionista; como resultado de la misma se dictó la Ley de Lanas y Manufacturas de Lanas, cuya puesta en vigencia cerró prácticamente el mercado estadounidense a las lanas argentinas.[50]

Sin entrar demasiado en el tema bástenos señalar que se trata de dos crisis económicas durante la vigencia de la Constitución liberal.

¿Fue suficiente la Constitución de 1853-1860 para evitarlo?

VIII.B. La educación primaria "*gratuita*"

A los detractores de la Constitución de 1994 convendría recordarles que la Constitución de 1853, tenía escritas estas exactas palabras:

> Artículo 5º Cada Provincia confederada dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, y que asegure su administrador de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria gratuita. Las constituciones provinciales serán revisadas por el Congreso antes de su promulgación. Bajo estas condiciones el Gobierno Federal garante á cada Provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.[51]

49. *Cfr.* Sábato, *La crisis de ovejas en Buenos Aires...*, p. 37.
50. Panettieri, *Proteccionismo, liberalismo y desarrollo industrial*, p. 15.
51. República Argentina, Constitución Nacional, art. 5 (1853).

Fue la Provincia de Buenos Aires la que suprimió el término "gratuito" en la reforma de 1860 (la denominada "Reforma Pacífica").

Más allá de los justificadísimos fundamentos para tal supresión, lo cierto es que la Constitución de 1853 en su texto original promovía la educación primaria gratuita. Un claro ejemplo de constitucionalismo social anticipatorio inserto en el núcleo de la Constitución liberal.

Repásese la historia argentina y se verá que no ha sido un problema para los gobiernos posteriores a la sanción de la Constitución de 1853-1860, implementar políticas intervencionistas o proteccionistas, al igual que tampoco lo ha sido para los gobiernos posteriores a la reforma de 1994 aplicar de políticas de cuño netamente liberal.

El texto constitucional no es el problema. No lo fue para la aplicación de diversos, contradictorios y aún opuestos programas de gobierno. No lo fue tampoco para Estados Unidos que pudo aplicar políticas proteccionistas como hemos visto.

Y es que la discusión entre proteccionistas y liberales no es nueva ni exclusiva del siglo XX.

Panettieri[52] demuestra cómo la discusión sobre la aplicación de las distintas políticas económicas se repetía en cada tratamiento de la Ley de Aduana. Expone las discusiones parlamentarias de 1875, 1876 y 1879. Afirma:

> Las primeras manifestaciones propugnando una política económica proteccionista surgieron del sector ganadero, que sufría entonces las consecuencias de la crisis lanar de 1866/1867, Pronto otros sectores se sumaron a la posición de los ganaderos y la cuestión del proteccionismo tomó singular fuerza, acentuándose y adquiriendo un carácter más definido a partir de la crisis de 1873.[53]

52. Panettieri, *Proteccionismo, liberalismo y desarrollo industrial*, pp. 48, 65 y 114.
53. Panettieri, *Proteccionismo, liberalismo y desarrollo industrial*, p. 11. El autor transcribe una declaración de los Anales de la Sociedad Rural. Dice el orador: "sería una locura pretender que un país como el nuestro que está en pañales, dirémoslo así, respecto a la producción, puesto que es apenas pastoril, quiera proclamarse librecambista o desdeñando la protección por horror a un sistema que nadie defiende en absoluto caer en el error de perseguir con patentes a las industrias nacientes y con derechos a la exportación" (p. 17).

Así como Estados Unidos pudo aplicar políticas proteccionistas durante el siglo XIX, también nuestros gobiernos han podido considerarlas en el marco de la Constitución de 1853. Inversa situación se da luego de la reforma de 1994.

Esto se debe a que el constitucionalismo social no contradice en forma alguna al constitucionalismo clásico.

Explica Bidart Campos que:

> El constitucionalismo social no hace amputaciones al constitucionalismo clásico, sino que complementa y amplía, porque a los clásicos derechos civiles o individuales les agrega los derechos sociales, que ahora se desglosan en económicos, sociales y culturales.[54]

Dalla Vía tiene el mismo criterio:

> Pero ha sido la aparición de nuevos criterios, o mejor dicho, la mala interpretación de los mismos, la que ha generado el sobredimensionamiento del Estado, transformándose en un Estado de corte netamente intervencionista y culminando con la crisis de la que todos fuimos testigos[55]

y:

> Por el contrario, en la Constitución Argentina, el constitucionalismo social solo se entiende dentro y no fuera de la economía de mercado, como una continuidad "racional" del Estado liberal [...] De ese modo el constitucionalismo social argentino es una síntesis del pensamiento constitucional que no contradice ni desecha los principios liberales, sino que los afirma en el sentido del Nuevo Estado. [56]

Solo una interpretación mal intencionada puede dar fundamento a la supremacía de la Constitución de 1853-1860 por sobre la actual. La finalidad, como se advierte, es otra.

54. Bidart Campos, *Manual de la Constitución reformada*, p. 111.
55. *Cfr.* Dalla Vía, Graña, Sisinni y otros, *Manual de Teoría del Estado y...*, p. 212.
56. *Cfr.* Dalla Vía, Graña, Sisinni y otros, *Manual de Teoría del Estado y...*, p. 212.

Dalla Vía, cuyas palabras son de 1997, afirmó:

> Es por eso que el ideario constitucional argentino no se ha modificado, sino que se ha complementado a la luz de los aportes doctrinarios y de la necesidad de los tiempos, sin perder el norte libertario abierto en la gesta de mayo y grabado en el texto constitucional de 1853 a favor de la libertad y la iniciativa individual.[57]

Estas palabras coinciden con las de Vanossi, también de 1997, quien escribió:

> El Estado no puede matar a la gallina de los huevos de oro que es la producción, pero tampoco debe desentenderse del deber primario de brindar transparencia. Preservar las reglas de la competencia "bona fide" y sancionar la eventual indefensión de ese gran dominador común de la sociedad que es el consumidor.[58]

IX. La gran diferencia

Dejemos de lado, con fines meramente expositivos, la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos[59] y centrémonos en analizar las demás incorporaciones de la reforma de 1994. A poco que se observa, se percibe que estas pueden traducirse en mayores herramientas para el control del poder.

Dentro de estas herramientas —más allá de que luego hayan sido efectivamente puestas en práctica— se convinieron, entre otras, las siguientes:[60]

57. Dalla Vía, Graña, Sisinni y otros, *Manual de Teoría del Estado y...*, p. 218.
58. Vanossi, "El Estado", p. 29.
59. Cuya importancia si bien es incuestionable nos puede distraer del objeto del presente trabajo. Obviemos también los restantes tratados, así como el detalle de los derechos y garantías obrantes en ellos al solo efecto de dejar claro el punto, por supuesto que sin desmerecer ni en un ápice la importancia fundamental de su incorporación, reitero.
60. *Cfr.* República Argentina, Ley 24.390, art. 7.

1. Facultades del Congreso respecto del pedido de informes, interpelación y comisiones de investigación;
2. Incorporación del Defensor del Pueblo;
3. Incorporación del Ministerio Público como órgano extrapoder;
4. Garantías de la democracia en cuanto a la regulación constitucional de los partidos políticos, sistema electoral y defensa del orden constitucional;
5. Defensa de la competencia, del usuario y del consumidor.
6. Consagración expresa del *habeas corpus*;
7. Consagración expresa del amparo y del amparo colectivo;
8. Protección constitucional de los datos personales;
9. Control de la Administración pública mediante la Auditoria General de la Nación;
10. Regulación de la facultad presidencial de dictar reglamentos de necesidad y urgencia y procedimiento para agilizar el trámite de discusión y sanción de las leyes;
11. Regulación de la legislación delegada;
12. Incorporación de un senador por la minoría;
13. Iniciativa popular;
14. Consulta popular;
15. Derecho de resistencia a los actos de fuerza contrarios a la Constitución;

Nótese que la reforma constitucional no solo ha incorporado y ampliado las garantías de los habitantes (parte dogmática, Capitulo Segundo, "Nuevos derechos y garantías", arts. 36-43) sino que también ha aumentado claramente las herramientas para frenar el ejercicio autoritario del poder.[61]

61. No suman al análisis de los frenos al poder específicamente, pero no pueden pasarse por alto debido a su importancia los siguientes agregados: la Disposición Transitoria Primera ("La Nación Argentina ratifica su legitima e imprescriptible soberanía sobre las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sándwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser parte integrante del territorio nacional. La recuperación de dichos territorios y el ejercicio pleno de la soberanía, respetando el modo de vida de sus habitantes, y conforme a los principios del derecho internacional, constituyen un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino"), el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, así como el derecho a la preservación del medioambiente. Menos aún la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires.

Cumple así su íntima razón de ser. Lowenstein afirma: "En un sentido ontológico, se deberá considerar como el *telos* de toda constitución la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político".[62]

Este es el marco institucional. Objetivamente observado. Estas son las verdaderas bases sobre las cuales pueden ser planteadas todas y cada una de las modificaciones que se deseen, más allá de la opinión que pudiera tener cada uno de nosotros. Estas son las cláusulas del nuevo contrato social celebrado hace treinta años.

X. El principio de progresividad

En el fallo "Milone" (Fallos: 327:4607), así como en el fallo "Rivarola" (Fallos: 327:1532) la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó la importancia del principio de progresividad.

En Milone, expresamente sostuvo que:

> Así lo preceptúa también el principio de progresividad asentado en el art. 2.1 del citado Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en concordancia con el art. 11, inc. 1, por el que todos los estados han reconocido el derecho de toda persona a una mejora continua de las condiciones de existencia.[63]

El artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales dice:

> Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que se disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

62. Lowenstein, *Teoría de la constitución*, p. 151.
63. *Cfr.* CSJN, "Milone", considerando 6.

Por su parte el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dice:

> Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica; para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Sin lugar a duda, la introducción de nuevas herramientas para controlar al poder, es una mejora continua de las condiciones de existencia.[64]

XI. El contrato social

En rigor, el contrato social (*pactum societatis*) es anterior a la sanción de cualquier texto constitucional.

El concepto, cuyo origen se remonta a la Antigua Grecia,[65] fue ampliamente discutido al menos desde fines del siglo XVI. Fue principalmente diagramado por las contribuciones de Hobbes,[66] Locke[67]

64. Al menos, hasta que podamos ser realmente libres.

65. "Juraron recíprocamente, según las leyes dictadas por ellos para arreglar la autoridad de un lado y la sumisión del otro, los primeros no hacer más pesado el yugo del mando en lo sucesivo [...] y los segundos no intentar ni consentir que se intentara nada contra los derechos de sus soberanos, mientras se mantuviesen fieles a su promesa [...] Este convenio [...] era para los tres Estados [...] la mejor condición que puede tener una constitución política" (*Cfr.* Platón, *Las leyes*, pp. 159-160).

66. Hobbes, *Leviatán o la materia, forma y...*, como teoría que justifica la existencia de un Estado absolutista.

67. Locke, *Dos ensayos sobre el gobierno civil* Como teoría que explica el origen del Estado liberal. Debe destacarse que Locke estaba en contra del poder autoritario del Estado absolutista al cual consideraba ilegítimo. Para Locke, a diferencia de Hobbes, existe el "derecho de resistencia". Rawls explica que para Locke, "el del gobierno es un poder fiduciario, un poder que se detenta por la confianza del pueblo depositada a través del pacto social. Y cuando se viola esa confianza, vuelve a entrar en juego el poder constituyente [...]

y Rousseau[68] aunque cada una de las versiones tiene sus matices diferenciales.

En términos generales, afirma que el ser humano vivía, antes de organizarse en sociedades civilizadas, en un "*estado de naturaleza*" (conflictivo para Hobbes, de perfecta libertad, para Locke y de mayor bondad para Rousseau) donde solo se guiaba por su propio interés, en pos de la satisfacción de sus propias necesidades.

Pero como este estado de naturaleza exige una lucha perpetua (Hobbes), un peligro constante y un estado de inseguridad permanente (ante la ausencia de un juez imparcial, según Locke), los seres humanos, en una etapa de su desarrollo, celebraron un acuerdo, un pacto, un contrato social en el cual cedieron una porción de su libertad a cambio de seguridad y bienestar.

Renunciaron al ejercicio de la violencia cotidiana. Transfirieron esa potestad a un tercero, a un "amo" (Hobbes) quien se convirtió en el titular de ese ejercicio, de ese poder[69].

De este modo se formó la sociedad civil, donde el Estado tiene el monopolio del ejercicio de la violencia.

Varios pensadores han cuestionado la mera posibilidad de su existencia. Uno de los primeros ha sido, tal vez, Jellinek[70] para quien "la teoría contractual, pensada lógicamente a fondo, no funda al Estado sino que lo disuelve" y:

> El defecto mayor de la fundamentación iusnaturalista del contrato es la imposibilidad de demostrar el compromiso absoluto del individuo por el consenso expresado una vez. Si el hombre es libre por

---

del pueblo" (Rawls, *Lecciones sobre la historia de filosofía política*, p. 166).

68. Rousseau, *El contrato social: o los principios del derecho político*. Recuérdese que Sarmiento escribió: "el Contrato Social vuela de mano en mano: Mably y Raynal son los oráculos de la prensa" (Sarmiento, *Facundo o civilización y barbarie de...*, p. 139).

69. Rousseau difiere en la forma en que se celebró ese acuerdo. No se trataría de un acuerdo multilateral sino una forma de pacto de adhesión de individuo a la generalidad: "Estas cláusulas, bien estudiadas, se reducen a una sola, a saber: la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a la comunidad entera, porque, primeramente, dándose por completo cada uno de los asociados, la condición es igual para todos; y siendo igual, ninguno tiene interés en hacerla onerosa para los demás." (*Cfr*. Rousseau, *El contrato social: o los principios del derecho político*, p. 14).

70. *Cfr*. Dalla Vía, *Instituciones de Derecho Político y Constitucional...*, pp. 20-24.

> esencia, entonces no puede ser refutada la idea de Rousseau según la cual la libertad es irrenunciable, pero en este caso, el individuo no puede resolver el contrato cuando lo quiere en virtud de esa libertad irrenunciable.

Es cierto que resulta poco creíble que los seres humanos hayamos celebrado un contrato universal en un remoto pasado, así como también es cierto que resulta evidentemente cuestionable la potestad de los sujetos contratantes para obligar no solo a quienes no lo hemos celebrado sino además a las generaciones venideras de seres humanos.[71]

Sin embargo, lo incuestionable es su utilidad como modelo de análisis. Al respecto, Sola escribió:

> El contrato social es un modelo de legitimación de la pertenencia del individuo dentro del Estado. Es una justificación de la existencia del gobierno [...] Los modelos teóricos deben ser considerados primariamente por la certeza de sus predicciones antes que por la realidad de sus presunciones. Esta es una buena aclaración para quienes piensan que es históricamente falso hablar de un contrato que nunca fue concluido o de un estado de naturaleza que nunca existió.[72]

El propio Jellinek es de este parecer. Si bien cuestiona la posibilidad de su existencia, reconoce su virtualidad histórica al decir que: "Su efecto histórico ha sido y es, no obstante, inmenso. Todo el Estado moderno ha sido influenciado profundamente por ella, tanto en su edificación como en sus instituciones".[73]

En cualquier caso, lo que no resulta cuestionable es que en el año de 1994 los argentinos celebramos un pacto, un contrato social fundado en un núcleo de coincidencia que hemos considerado básicas, respetando el proceso legal especialmente previsto por el ordenamiento jurídico y con

71. Ello sin pasar por alto el sometimiento al mismo por parte de las comunidades originarias del mundo desconocido entonces por el sujeto europeo. Véase, al respecto, Chumbita, "El desplazamiento en la teoría de la propiedad de John Locke: del criterio de necesidad a la teoría del valor para justificar la colonización inglesa en América", pp. 25-52.
72. Sola, *Tratado de Derecho y Economía, Herramientas de Economía para…*, p. 431.
73. *Cfr.* Dalla Vía, *Instituciones de Derecho Político y Constitucional...*, p. 22.

un amplio acuerdo de la gran mayoría de los actores sociales, culminando en la sanción de la Constitución de 1994, síntesis de los intereses entonces en pugna.

Este pacto social, convenido voluntariamente, es a la vez el cimiento y la cúspide del ordenamiento jurídico vigente en este suelo. Por eso, creo que es dentro de este pacto social que puede proponerse cualquier tipo de programa, plan o proyecto político, económico o de cualquier otra índole. No fuera de él.

El propio Alberdi escribió en sus Bases: "Chile debe la paz a su constitución, y no hay paz durable en el mundo que no repose en un pacto expreso, conciliatorio de los intereses públicos y privados".[74]

No creo ser temerario al afirmar que hoy disponemos de ese contrato social conciliatorio, con ese equilibrio que menciona Alberdi.

XII. Conclusiones

¿Qué se está planteando cuando se recomienda el retorno a la Constitución de 1853-1860?

Lo que se está proponiendo es la desarticulación de las herramientas de control. Herramientas insuficientes en la Constitución de 1853-1860 debido a las limitaciones propias del contexto en que emergió.

Quiero ser los más claro posible con el lector: No sería ilegítimo ni reprochable en forma alguna que se propusiera una reforma constitucional. La misma Constitución prevé el mecanismo para su modificación total o parcial.[75] Pero esto no ha sido planteado más que en forma subrepticia.[76]

Lowenstein afirma:

> Toda constitución escrita, como toda obra humana, no solamente es en sí incompleta, sino que aquí la deficiencia es mayor, ya que cada constitución no es más que un compromiso entre las fuerzas

74. *Cfr.* Alberdi, *Bases y puntos de partida para...*, p. 164.
75. República Argentina, "Constitución Nacional", art. 30.
76. Ese y no otro parece ser el significado de la frase "puntos de partida" que ostenta el título de la Ley. ¿Estamos ante un nuevo punto de partida? ¿Cuál sino la Reforma de 1994 es el verdadero nuevo punto de partida?

> sociales y grupos pluralistas que participan en su conformación. Si se modifica la situación de equilibrio también será necesaria una reforma de la constitución.[77]

En definitiva, el programa de gobierno de la coalición gobernante, las ideas propuestas, los objetivos buscados y aún la nueva estructura de la Administración Pública, son todas propuestas perfectamente válidas. No podemos descartar de plano la posibilidad de aciertos. Sería necio negar esa posibilidad.

Lo que no puede ocurrir es que se ignoren las bases de la negociación. Lo que no puede ocurrir es que no se honre la palabra empeñada. Que se pase por alto el pacto social existente, el contrato social en vigencia.

XIII. Epílogo

Todos los programas de gobierno son atendibles. Todas las propuestas merecen ser tratadas, escuchadas y debatidas en un entorno de respeto mutuo. Nadie, en definitiva, puede saber a ciencia cierta quien tiene razón. Y no sería extraño que el menos pensado tuviera éxito.

Sin embargo, cualquier propuesta debe ser sostenida —al menos en la actual forma de organización jurídica argentina—, respetando los principios sobre los cuales, todo razonamiento posterior debe depender. Es con base en la Constitución vigente, que pueden plantearse todas las propuestas, aun la propuesta de una reforma constitucional.

Todas las propuestas deben incorporar el diálogo democrático. Así se ha estructurado el ejercicio del poder en este tipo de sistemas de convivencia.[78]

Es por esta razón que los argumentos vertidos despiertan alarma. Porque, sin decirlo abiertamente, sugieren la modificación unilateral de un consenso dialogado, convenido, consensuado. Nada menos que una derogación de la Constitución reformada.

Una derogación unilateral fundada en la supuesta primacía de la Constitución de 1853-1860 y en la presunta voluntad de los "padres fundadores", lo que resulta peligroso para un Estado social y democrático de derecho.

77. Lowenstein, *Teoría de la Constitución*, p. 199. El énfasis me pertenece.
78. Esto es, en el marco de la estructura de dominación vigente.

Dice el DNU:

> Que se torna imperioso acrecentar actividades productivas que permitan expandir la producción y reducir los precios de los productos fomentando asimismo el desarrollo de las economías regionales, de manera de hacer realidad el plan federal que nuestros padres fundadores tuvieron en mente al sancionar la Constitución Nacional [...][79]

Chomsky, refiere:

> Pero si realmente se creyera en la doctrina liberal del siglo XVIII, la doctrina de los padres fundadores, eso es lo que estaríamos pidiendo. Ellos no se oponían solo a un Estado poderoso. Se oponían a las concentraciones de poder. En sus tiempos las concentraciones de poder visibles eran el Estado, el sistema feudal y la Iglesia y a eso se oponían. En el siglo XIX surgió una nueva concentración de poder a la que no habían prestado demasiada atención, el poder corporativo, que tenía un grado de influencia y de dominación sobre nuestras vidas mucho más allá de lo que podrían haber previsto los padres fundadores.[80]

Cuando los "padres fundadores" de Estados Unidos intentaron construir el país y darle una Constitución, lo hicieron proponiendo la constitución que daría unidad, no imponiéndola. Sometiéndola al diálogo democrático, lo que entiendo corresponde en el caso dada la magnitud e importancia que el tema exige.

En *El Federalista*, se puede leer esta interesante reflexión:

> Admítase, porque es un hecho, que este plan [el proyecto de Constitución] es solo recomendado, no impuesto, pero permítase recordar que no se recomienda ni para la aprobación ciega ni para a la reprobación ciega, sino para esa consideración tranquila y sincera

79. Poder Ejecutivo Nacional, "DNU 70/2023", p. 8.
80. Entrevista Noam Chomsky y la democracia disuasiva, de Charles M. Young, en Clarín, del 14 de mayo de 1981, citada por Vanossi, "El Estado", p. 21.

que la magnitud e importancia del tema exige y que ciertamente debe recibir.[81]

Bibliografía

Alberdi, Juan B., *Estudios sobre la Constitución Argentina*, Imprenta de la Tribuna Nacional, 1866, Buenos Aires, Obras Completas, Vol. V.

——, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Biblioteca del Congreso de la Nación, 2017, Buenos Aires.

Balestra, Juan, *El noventa*, Hyspanoamérica, Biblioteca Argentina de Historia y Política.

Benjamin, Walter, "Critique of violence", en Bullock, Marcus & Jennings, Michael (eds.), *Walter Benjamin. Selected Writings*, The Belknap press of Harvard University Press, 1996, Cambridge, Massachusetts, Vol. 1, pp. 236-252.

Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, 1996, Buenos Aires.

——, "La Constitución Económica (un esbozo desde el derecho constitucional argentino)", en *Cuestiones Constitucionales*, 2002, N.º 6, enero-junio 2002, pp. 3-16.

Capella, Juan R., *Los ciudadanos siervos*, Trotta, 2005, Madrid.

Cassagne, Juan C., "Sobre la constitucionalidad del DNU 70/23", en *Suplemento La Ley*, AR/DOC/59/2024.

Chomsky, Noam, *El terror como política exterior de Estados Unidos*, Libros del Zorzal, 2001, Buenos Aires.

Chumbita, Joan S., "El desplazamiento en la teoría de la propiedad de John Locke: del criterio de necesidad a la teoría del valor para justificar la colonización inglesa en América", en *Cuyo: Anuario de Filosofía Argentina y Americana*, Vol. 28, N.º 2, 2011, pp. 25-52.

81. "Admit, for so is the fact, that this plan is only recommended, not impose, yet let it be remembered that it is neither recommended to blind approbation, no to blind reprobation; but to that sedate and candid consideration which the magnitude and importance of the subject demand and which is certainly ought to receive". *Cfr*. Hamilton, Madison & Jay, *The Federalist Papers, A collection of essays written in favor of the new constitution, as agreed upon by the federal convention, September, 17, 1787*, p. 9.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Milone", "Milone Juan Antonio c/ Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/ accidente — Ley 9.688", 26/10/2004, *Fallos 327:4607*.

Dalla Vía, Alberto R., *Instituciones de Derecho Político y Constitucional: Teoría del Estado y de la Constitución*, Abeledo Perrot, 2013, Buenos Aires.

Dalla Vía, Alberto R., Graña, Eduardo, Sisinni, Nicolás y otros, *Manual de Teoría del Estado y del Gobierno*, Editorial de Belgrano, 1997.

Foucault, Michel, *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, séptima reimpresión, Alianza, 2000, Madrid.

Galbraith, John K., *La anatomía del poder*, Ariel, 2015, Barcelona, Ferrer Aleu, José (trad.).

Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, 2009.

Hamilton, Alexander, Madison, James & Jay, John, *The Federalist Papers, A collection of essays written in favor of the new constitution, as agreed upon by the federal convention, September, 17, 1787*, Fall River Press, 2017, Nueva York.

Hobbes, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de un república eclesiástica y civil*, 5ª reimpresión., FCE, 2005, Buenos Aires.

Hora, Roy, *Historia Económica de la Argentina en el s. XIX*, Siglo XXI, 2010.

Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una constitución?*, El Aleph, 1989, Madrid.

Locke, John, *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Espasa-Calpe, 1991, Madrid, Abellán, Joaquín (ed.), Giménez Gracia, Francisco (trad.), Colección Austral.

Lowenstein, Karl, *Teoría de la constitución*, Ariel, 1986, Barcelona.

Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, 1965, Buenos Aires.

Martel, Julián, *La Bolsa*, Estrada, 1955.

Montesquieu, Charles L., *El espíritu de las leyes*, Losada, 2007.

Nino, Carlos S., *Etica y Derechos Humanos*, Astrea, 1989, Buenos Aires.

——, "La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia", en *Análisis Filosófico*, Vol. VI, N.º 2, pp. 65-82, URL https://analisisfilosofico.org/index.php/af/article/view/790/347, consultado el 10/12/2024.

Panettieri, J., *Proteccionismo, liberalismo y desarrollo industrial*, Centro Editor de América Latina, 1983, Buenos Aires.

Platón, *Las leyes*, Medina y Navarro editores, 1872, De Azcárate, Patricio (ed.), Obras Completas, Libro III, tomo 9.

Poder Ejecutivo Nacional, "DNU 70/2023", Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023 bases para la reconstrucción de la economía argentina, 29/12/2023, *BORA 21/12/2023*.

——, "Mensaje de elevación del proyecto de Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los argentinos 7/2023, 27/12/2023, *MEN-2023-7-APN-PTE*".

——, "Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los argentinos", proyecto de ley enviado al Congreso de la Nación el 27/12/2024, *INLEG-2023-153324710-APN-PTE*.

Ravinovich-Berkman, Ricardo D., *Un viaje por la historia del derecho*, Quorum, 2004, Buenos Aires.

Rawls, John, *Lecciones sobre la historia de filosofía política*, Paidós, Barcelona, Santos Mosquera, Albino (trad.).

Reino de España, Constitución Española, *BOE 29/12/1978*.

República Argentina, Constitución Nacional, 01/05/1853.

——, Ley 24.390, Declaración de la necesidad de la reforma de la Constitución Nacional, 08/01/1994, *BORA 31/12/1993*.

——, Constitución Nacional, Ley 24.430, 24/08/1994.

Rousseau, Jean-Jacques, *El contrato social: o los principios del derecho político*, Aleph, 1999, Buenos Aires.

Sábato, Hilda, *La crisis de ovejas en Buenos Aires. Capitalismo y ganadería: la fiebre del lanar, 1850-1890*, Sudamericana, 1989, Buenos Aires.

Sarmiento, Domingo F., *Facundo o civilización y barbarie de las pampas argentinas*, Biblioteca del Congreso de la Nación, 2018.

Sola, Juan V., *Tratado de Derecho y Economía, Herramientas de Economía para el análisis jurídico*, La Ley, 2013.

Vanossi, Reinaldo, "El Estado" en Dalla Vía, Alberto R. Graña, Eduardo, Sisinni, Nicolás, y otros, *Manual de Teoría del Estado y del Gobierno*, Editorial de Belgrano, 1997.

Weber, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de una sociología comprensiva*, 2ª edición en español de la 4ª en alemán, Fondo de Cultura Económica, 1964, Madrid.

INSTRUMENTOS FISCALES DE CAPTACIÓN DE LA RENTA HIDROCARBURÍFERA EN ARGENTINA*

Roque Nicolás Caputo**

Resumen: El escrito parte del concepto económico de renta de los recursos naturales, realiza un repaso por el régimen de propiedad de los yacimientos de hidrocarburos y describe las características de los instrumentos fiscales destinados a la captación de la renta hidrocarburífera por parte del Estado argentino.

Palabras clave: hidrocarburos — recursos naturales — renta económica — regalías — canon — impuestos

Abstract: The paper starts from the economic concept of rent from natural resources, reviews the property regime of hydrocarbon deposits and describes the characteristics of the fiscal instruments destined to capture hydrocarbon rent by the Argentine State.

Keywords: hydrocarbons — natural resources — economic income — royalties — surface fee — taxes

I. Presentación

Este trabajo busca describir los mecanismos institucionales existentes en nuestro país destinados a la captación de la renta hidrocarburífera por parte del Estado, tratando de insertar este tópico en la actual discusión sobre el rol de los hidrocarburos en el desarrollo económico de la Argentina.

Las distintas visiones sobre el rol del sector hidrocarburífero en el desarrollo del país oscilan entre las estrategias economicistas y aquellas que ven los hidrocarburos como recursos estratégicos garantes de la soberanía

* Recepción del original: 05/04/2024. Aceptación: 27/07/2024.
** Graduado.

nacional.[1] Más allá del debate, cualquier posición que se adopte debe tener en cuenta la problemática de la renta que generan los recursos naturales no renovables y su distribución social.

Ello es así dado que el carácter finito de estos recursos hace que sea necesario diseñar instrumentos fiscales adecuados para asegurar una captación aceptable de la renta por parte del Estado sin desincentivar la actividad. El conjunto de instrumentos de captación suele determinar las tasas de inversión del sector, la dinámica de la explotación y los ingresos estatales con la consiguiente distribución del ingreso y la inversión en infraestructura y educación, por lo que un adecuado diseño es de suma trascendencia.

El manejo de una correcta política fiscal del sector primario implica generar ahorros que pueden ser elementos de estabilización en momentos de crisis y precios internacionales bajos, y reducir efectos negativos en los tipos de cambio en momentos de auge, evitando lo que se conoce como "enfermedad holandesa".[2]

En esta presentación resulta necesario aclararle al lector que estas palabras no pretenden agotar el tema que se describe, ya que ameritaría un

1. Los hidrocarburos, dada la dependencia de nuestra matriz energética a estos, son un bien económico vital, cuyo valor impacta en la producción industrial y agrícola, entre otros sectores, y en el consumo de las familias, lo cual genera la discusión sobre si se debe considerarlos como un insumo estratégico y, por lo tanto, permitir una mayor injerencia estatal en la industria o, simplemente, como cualquier otro bien. Durante casi todo el siglo XX preponderó dicha noción estratégica del petróleo y el gas natural. Esta concepción fue abandonada por los enfoques del Consenso de Washington, que se expresaron en políticas económicas concretas que provocaron la transformación de los hidrocarburos en una *commodity* más, cuyo valor y asignación debían estar determinados por las leyes del mercado. Durante el siglo XXI el debate floreció nuevamente y está plenamente vigente. *Cfr.* Mansilla, *Hidrocarburos y política energética*...

2. En la década de los 1960 en Países Bajos fueron halladas grandes reservas de gas natural, que trajo consigo un gran aumento en el ingreso de divisas por la exportación de ese hidrocarburo, apreciándose de ese modo el tipo de cambio. Este *shock* de ingresos, que podría interpretarse inicialmente como algo positivo, generó problemas en otros sectores de la economía, fundamentalmente en el manufacturero. El efecto riqueza del aumento de la exportación de recursos naturales retira recursos del sector transable tradicional (manufacturero) y los lleva al sector no transable (servicios, construcción), esto es así ya que la mayor demanda de bienes no transables solo puede satisfacerse por medio de una mayor producción, en tanto la mayor demanda de bienes transables pueden importarse. En síntesis, lo que se denomina "enfermedad" es la caída de la producción manufacturera. Larraín & Sachs, *Macroeconomía en la economía global*, p. 633.

verdadero tratado debido a la gran cantidad y diversidad de información académica existente. Esto es solo un aporte a la conversación pública.

Del mismo modo, se deja establecido que solo se describirán los instrumentos fiscales propios de la actividad extractiva de hidrocarburos, por lo que se dejarán a un lado los tributos generales, ya sean locales o federales. También debe dejarse asentado que no se realizará un análisis sobre la distribución de la renta entre el productor, el Estado (nacional o provincial) y el consumidor,[3] ni una crítica a la situación actual de los instrumentos en nuestro país.

Este opúsculo se estructura de la siguiente manera: en primer término, se esbozará el concepto económico de renta y el régimen constitucional de la propiedad de los hidrocarburos en nuestro país y, en segundo término, se realizará un repaso teórico sobre los distintos instrumentos fiscales destinados a captar renta y sus características, para luego avanzar sobre los mecanismos vigentes en la legislación argentina.

II. El concepto económico de renta

Los recursos naturales, a diferencia del resto de las mercancías, no son reproducibles por el trabajo humano y son distribuidos entre las naciones por la arbitraria naturaleza del territorio. Esta condición y sus diferentes productividades, junto con su apropiación, generan lo que se denomina renta de la tierra.

Los economistas clásicos (Smith, Ricardo y Marx) destinaron buena parte de sus obras a analizar el fenómeno económico de la renta de la tierra.[4] Ricardo, profundizando las nociones de Smith, desarrolló el concepto de renta diferencial, mientras que Marx incorporó a la doctrina económica el de renta absoluta.

La tesis de Ricardo presume distintas productividades de las parcelas apropiadas de tierra, donde las menos productivas (marginales) son las que determinan los precios de mercado. Como las tierras que arrojan frutos o productos con menos costos se venden al precio que determinan las de

3. Einstoss, *Precios, tarifas y subsidios a la energía. El problema de regulación energética 2003-2019.*
4. Roncaglia, *La riqueza de las ideas: una historia del pensamiento económico.*

mayores costos, aquellas generan un diferencial en la ganancia, la renta. Al estar privatizada la tierra, su propietario se queda con parte de la renta que paga por su uso el capitalista que la explota.

Siguiendo este razonamiento, podríamos concluir que las tierras menos productivas no generarían renta. Sobre este asunto es donde Marx desarrolla el concepto de renta absoluta en el Tomo III de *Das Kapital*, que es aquella que produce aún la tierra marginal bajo ciertas condiciones. Esto es así, explica, ya que la composición orgánica del capital en la agricultura es menor que en la media de las otras actividades económicas y por el poder de monopolio que otorga la propiedad privada que impide la nivelación de la tasa de ganancia.[5]

Sintetizando, podemos decir que la renta económica de los recursos naturales es el excedente que resulta de deducir del valor bruto de producción todos los costos inherentes, incluyendo las remuneraciones de todos los factores asociados. O sea, que incluye una tasa de utilidad sobre el capital invertido más un adicional por el riesgo de la actividad. Como se explicó, en estas actividades un aumento de precios de los productos o una disminución de costos genera una renta por sobre la tasa media de ganancia de la economía.[6]

Dicho esto, debe tenerse presente que el mercado hidrocarburífero a nivel mundial se encuentra concentrado en unos pocos países y en pocas empresas productoras, por lo que el precio del barril o del gas no se define por un mercado en competencia. La concentración genera cartelizaciones sobre las decisiones de producción que hace que el precio internacional, sobre todo del crudo, no sea una consecuencia económica sino política en muchos casos.[7]

5. Barrera, "La renta petrolera en Argentina: un análisis...", explica: "Para Marx incluso en la tierra de menor calidad el propietario obtiene su tributo, ya sea producto de la existencia de renta absoluta o de monopolio. En el caso de la renta absoluta, esta se genera debido a la menor composición orgánica de capital respecto del promedio de la economía, lo que deviene en una mayor masa de plusvalía (situación que Marx señala que puede comprobarse en el sector agropecuario). La segunda de ellas (la de monopolio) se manifiesta en actividades con producciones concentradas o con cualidades especiales y excepcionales...".

6. Torroba, *Evolución de la renta hidrocarburífera en…*, propone la siguiente ecuación para modelar el concepto de renta petrolera: R= (P*Q)-EC-DC-LC-OC. Dónde: R: Renta Petrolera; P: Precio de frontera del petróleo; Q: Cantidad de hidrocarburos extraídos; EC: Exploration Costs (costos de exploración); DC: Development Costs (costos de desarrollo); LC: Lifting Costs (costos de extracción); OC: Otros costos.

7. Einstoss, *Precios, tarifas y subsidios a la energía. El problema de regulación energética*

Esta concentración a nivel mundial se ve replicada a nivel local, siendo muy pocos los operadores que concentran la mayoría de la producción de petróleo y gas en las provincias productoras. En la Argentina existen diez provincias con yacimientos de hidrocarburos, Jujuy, Salta, Formosa, Mendoza, Neuquén, Río Negro, La Pampa, Chubut, Santa Cruz y Tierra del Fuego, agrupadas en la Organización Federal de Estados Productores de Hidrocarburos (OFEPHI), aunque la cuenca neuquina y la austral son las más productivas. A su vez, cinco empresas representan el 75 % de la producción de crudo y cuatro, cerca del 80 % de gas natural, siendo Yacimientos Petrolíferos Fiscales Sociedad Anónima (YPF) la principal empresa del sector.[8]

Ahora bien, lo expuesto refleja que la renta que generan los recursos naturales se reparte, en principio, entre su propietario y el capitalista que adelanta la inversión para su explotación. En nuestro país el sector privado es el principal inversor para la exploración y explotación de los yacimientos de hidrocarburos y el propietario de estos es el Estado nacional o provincial según su ubicación. Por esta razón, a continuación, se describirá el régimen de la propiedad de los yacimientos de hidrocarburos en la Argentina.

III. Apostilla sobre el dominio de los yacimientos de hidrocarburos en la Argentina

Para comenzar este punto debemos decir que el inciso *b* del artículo 236 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN, Ley 26.994) establece que son bienes privados del Estado nacional, provincial o municipal, sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas, sustancias fósiles y toda otra de interés similar, según lo normado por el Código de Minería. Este artículo ya es toda una definición sobre el régimen regalista que adopta nuestro país. Cabe aclarar que el derecho de dominio sobre el yacimiento es diferente del derecho sobre su producto, el cual es propiedad del titular del derecho de explotación o exploración (art. 6º Ley 17.319).

Mundialmente se conocen tres modelos de propiedad de los recursos del subsuelo, el modelo "civilista" que reconoce la propiedad de la rique-

2003-2019.

8. Einstoss, *Precios, tarifas y subsidios a la energía...*, p. 44.

za del subsuelo al titular del inmueble, el "dominial" donde la propiedad de las riquezas del subsuelo pertenecen al Estado (propiedad minera) de manera independiente a la propiedad de la superficie y el "regalista" que si bien mantiene la separación de la propiedad en superficiaria y minera, postula al Estado como titular de dominio sobre el subsuelo, no como titular de un dominio netamente patrimonial, sino de un dominio eminente.[9]

Al respecto, nuestro CCyCN en el artículo 1945 dispone que el dominio de una cosa comprende los objetos que forman un todo con ella o son sus accesorios. El dominio de una cosa inmueble se extiende al subsuelo y al espacio aéreo, en la medida en que su aprovechamiento sea posible, excepto lo dispuesto por normas especiales. Tanto está norma como la antes citada tenían una versión igual en el Código de Vélez (Ley 340).

Por su parte, el Código de Minería (Ley 1.919) establece en su artículo 7º que las minas son bienes privados de la Nación o de las Provincias, según el territorio en que se encuentren. Sin embargo, el Estado solo puede explotarlas excepcionalmente, quedando esta actividad en manos de las personas privadas (art. 9º y 21º del Código de Minería).

Posteriormente a la sanción del Código de Minería (1886) se descubrió petróleo en Comodoro Rivadavia (1907) y el Estado nacional argentino adoptó una posición diametralmente opuesta a lo establecido en el Código; reservó parte de los yacimientos para que sean explotados directamente por el Estado[10] (Ley 7.059 de 1910). Aquí comienza un periplo normativo y jurisprudencial sobre el dominio de los yacimientos que continúa hasta el día de hoy.

En diciembre de 1994 la Convención Constituyente incorporó al texto constitucional la última parte del artículo 124 que establece que "corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio". Ahora bien, sobre el significado de dominio originario y su alcance se han invertido ríos de tinta, por lo que esa cuestión no se abordará en este trabajo. Sin embargo, podemos decir en apretada síntesis que la doctrina especializada, en su mayoría, identifica el dominio originario con el dominio eminente del Estado sobre su territorio.[11]

9. Cardinali & Lescano, "Dominio y jurisdicción sobre hidrocarburos en la República Argentina".

10. No hace falta recordarle al lector el cambio paradigmático que significó la transición del carbón al petróleo, cuestión que fue bien ponderada por el gobierno de entonces.

11. Sacristán, *Algunas reflexiones sobre los recursos naturales…*: "Se desprende, de la

Una cuestión sobre la que sí debemos detenernos es la distinción entre dominio y jurisdicción.[12] Durante muchas décadas el dominio de los hidrocarburos y su jurisdicción estuvieron en cabeza del Estado nacional, así lo establecía el artículo 40 de la Constitución de 1949 y la primera formulación de la ley de hidrocarburos separada del Código de Minería (Ley 14.773 de 1958) y el texto original del artículo 1º de la actual Ley de Hidrocarburos (Ley 17.319 de 1967).

Esta distinción resulta importante para determinar qué Estado es competente para establecer el régimen de captación de la renta de los hidrocarburos, porque si bien el titular del dominio de los yacimientos son las provincias (o la Nación según su ubicación), quien tiene competencia para legislar sobre ciertos instrumentos de captación es la Nación. En el mismo sentido, también debe prestarse especial atención a la distribución de competencias tributarias, como se verá más adelante.

A esos efectos, cabe recordar que nuestro país adopta como forma de organización política la de Estado federal, así lo dispone el artículo 1º de nuestra Constitución Nacional (CN), esto significa que coexisten dentro del seno de la República Argentina un conjunto de Estados (provincias) integrantes de un Estado superior denominado federal (art. 31 y 128 de la CN). Las provincias siempre entendieron ser parte de una historia común y buscaron la unión nacional, no así una unidad de régimen.[13]

Los poderes provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires[14] (CABA) son no enumerados y amplios, fundamentalmente en su diseño institucional, pero aquellos poderes delegados a la Nación no pueden ser ejercidos por aquellas. Una de las materias delegadas por las provincias fue la de dictar el derecho de "fondo" o "común" a todo el país (art. 75 inc. 12 de la CN), y allí se encuentra enunciado el Código de Minería.

---

apretada reseña efectuada, una opinión doctrinaria mayoritaria, encabezada por Cassagne, a favor de la equiparación entre las dos expresiones que analizamos [Dominio eminente y originario]".

12. Debe entenderse, en este caso, como la competencia de emitir normas sobre una materia determinada y no como el atributo del Poder Judicial.

13. González, *Manual de la Constitución Argentina.*

14. CSJN, "Bazán, Fernando s/ Amenazas". A partir de la reforma constitucional de 1994 se incorporó la CABA a la organización federal (art. 129) como "ciudad constitucional federada".

Volviendo sobre la distinción entre dominio y jurisdicción, la Corte Suprema de Justicia de la Nación[15] (CSJN) en el año 1929 expresó:

> [...] no son conceptos equivalentes ni correlativos y que pueden existir uno sin la otra; así la jurisdicción sobre las playas y riberas que no importa el dominio nacional sobre ellas, así la que se ejerce sobre establecimientos nacionales ubicados en inmuebles no adquiridos y así el dominio privado del Estado general en bienes situados en las provincias y sobre los cuales no ha fundado obras o establecimientos de utilidad nacional: en estos hay dominio y no jurisdicción.[16]

Asimismo, en un muy citado fallo, la CSJN en el año 1979 consideró:

> Al conferir al Poder Legislativo de la Nación la facultad de dictar el Código de Minería, la Constitución Nacional le otorgó la atribución de establecer en su integridad el régimen legal de las minas, entre las cuales se encuentran los hidrocarburos.[17]

Reconoce, de este modo, la jurisdicción sobre la materia hidrocarburífera.

Más recientemente, en 2011, la CSJN dejó claramente establecido, al declarar inconstitucional una norma que desvirtuaba el régimen federal de regalías hidrocarburíferas, que:

> [...] el artículo 124, *in fine*, de la Constitución Nacional solo reconoce a las provincias el dominio originario de los recursos naturales ubicados en su territorio mas no la jurisdicción sobre ellos. Dicha conclusión no se ve alterada por la sanción de la Ley 26.197, desde que su artículo 2º, *in fine*, mantiene la responsabilidad sobre el diseño de la política energética en cabeza del Poder Ejecutivo Nacional.[18]

15. Diana, "El dominio de los recursos naturales...".
16. CSJN, "Marconetti, Boglione y Cía. c/ Municipalidad de Santa Fe s/ juicio contencioso administrativo".
17. CSJN, "Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/ Mendoza, Provincia...".
18. CSJN, "Chevron San Jorge S.R.L. C/ Neuquén, Provincia...".

Entonces, siguiendo esta línea argumental, podemos afirmar que el reconocimiento constitucional del dominio originario de las provincias sobre los hidrocarburos no sustrajo la jurisdicción nacional sobre estos, dado el carácter de Derecho común que implica la legislación sobre hidrocarburos y minería.

IV. Características de los instrumentos fiscales de captación de la renta

Llegados a este punto, debemos adentrarnos en la descripción de las características teóricas de los instrumentos fiscales utilizados para la captación de la renta hidrocarburífera.[19]

Antes de avanzar debemos decir que existen, a grandes rasgos, las siguientes modalidades de explotación de los recursos hidrocarburíferos: 1) a través de una empresa nacional de forma directa monopolizando el mercado (actualmente la literatura especializada las denomina National Oil Companies "NOC"), 2) por un sistema de licencias o concesiones a inversores privados, 3) por un sistema de contratos asociativos entre inversores privados y la empresa nacional titular de la explotación, o 4) un sistema híbrido que combine alguno o todos los anteriores.

En los países que cuentan con importantes reservas, la forma más habitual de captar directamente la renta es a través de la explotación por parte de empresas públicas o mixtas.

El ordenamiento jurídico de nuestro país, aunque recepta la existencia de las empresas públicas y destaca su importancia, no permite (a partir de 2014 y hacia el futuro) que los Estados se reserven áreas para su exploración y explotación exclusiva (art. 11 y 91 bis de la Ley 17.319).

También, como se expresó, existen mecanismos contractuales de riesgo compartido entre el Estado y las empresas privadas, que incorporan una participación creciente por parte de aquel en las utilidades del negocio a medida que este alcanza mayores tasas de retorno.[20] En nuestro país, por ejemplo, el artículo 4º de la Ley 26.154 establecía que aquellas empresas

19. En los textos especializados se denomina a la porción de renta que capta el gobierno como "government take".
20. Acquatella, Altomonte, Arroyo y otros, "Rentas de recursos naturales no renovables...".

que pretendían acceder a beneficios fiscales creados por dicha norma debían asociarse obligatoriamente con la empresa pública Energía Argentina SA.[21] Otro mecanismo utilizado, ya no de captación, sino de distribución de la renta, es la fijación de precios máximos de los bienes primarios o de los destilados.

Ahora sí, entrando en la descripción de los instrumentos fiscales, se destaca que el sector de hidrocarburos y minero tienen ciertas características propias que deben tenerse en cuenta a la hora de diseñar el sistema aplicable. Entre las principales se señalan: los altos costos hundidos y los largos períodos de producción, el riesgo en las etapas iniciales, las asimetrías de información con el gobierno, el agotamiento del recurso, el sometimiento a los mercados internacionales, las altas —aunque variables— rentas económicas y el poder de mercado que adquieren las empresas del sector.[22]

Una primera clasificación general de los instrumentos fiscales se basa en la distinción entre aquellos que gravan las ganancias y los que recaen en la producción. Asimismo, es posible clasificar los gravámenes por las distintas etapas de la explotación sobre la que impactan. Las etapas del *upstream* son la adjudicación de los yacimientos, la exploración, el desarrollo, la explotación y la clausura o abandono.

En las primeras etapas del desarrollo productivo de los proyectos es usual la utilización de instrumentos de monto fijo. Entre estos se encuentran las subastas o concursos entre los operadores interesados en la obtención de las licencias o concesiones como mecanismo competitivo para seleccionar al operador más eficiente que permita capturar el valor esperado de la renta económica potencial. Es utilizado también el requerimiento de una suma de dinero fija (bonos) para la firma de contratos, para el caso de éxito en la etapa de exploración (confirmación de la viabilidad del proyecto) o al momento de iniciar la explotación (producción efectiva).

Estos instrumentos no relacionados con los resultados de la explotación del recurso tienden a garantizar un mínimo ingreso fiscal disociado de la suerte del proyecto, liberando del riesgo de la explotación al Estado. Un ejemplo de esta modalidad en nuestro país, como se verá más adelante, es el canon o los bonos de concesión o prórroga.

21. República Argentina, Ley 25.943.
22. Gómez Sabaíni, Jimenez & Morán, *El impacto fiscal de la explotación...*

Históricamente el instrumento específico más extendido para gravar la producción a nivel mundial es la "regalía", que adopta diversas modalidades. El hecho imponible y la alícuota de este instrumento pueden recaer sobre la unidad de producción (*ad quantum*) o sobre una variable económica como los precios de venta (*ad valorem*). En la actualidad, la mayoría de las alícuotas de las regalías son variables en función de los precios (regalías contingentes), buscando captar las rentas extraordinarias que se generan con precios altos y aliviar la carga fiscal en momentos de crisis.

Por otro lado, los Estados han ido introduciendo impuestos específicos, gravando hechos que los impuestos a las ganancias o utilidades comúnmente no alcanzan. Estos tributos se denominan "impuestos sobre la renta económica pura de los recursos". La diferencia principal entre el impuesto a las ganancias o utilidades y el impuesto específico sobre la renta es que en este último se permite deducir de la base imponible el costo de oportunidad del capital invertido y están basados en los flujos de efectivo, existiendo varias modalidades teóricas.[23] Las alícuotas de los impuestos a la renta por lo general son sustancialmente más altas que las que alcanza a las ganancias únicamente.

Otra modalidad de captación es a través de mecanismos que modifican el impuesto general a las ganancias, fundamentalmente en las deducciones por el capital invertido. En este caso, se le permite a la empresa deducir una tasa de retorno sobre la totalidad de los activos, eliminando la distinción entre capital propio o deuda.

Sobre esta última modalidad de impuesto se han propuesto diversas alternativas. Algunos ejemplos son el método de deducción del patrimonio neto de la empresa o el de deducción del capital total. Asimismo, se conoce en la literatura especializada el denominado impuesto "Brown", que corresponde a una tasa plana aplicada sobre el flujo de caja anual, y el Estado debe subsidiar a la empresa en los períodos de flujo de caja negativo con un monto igual al que cobrará durante los períodos de flujo positivo. Otra modalidad de este último impuesto radica en permitir aplicar los quebrantos a períodos futuros en lugar del subsidio estatal.

Como adelantamos, la estabilidad fiscal y la presión del sistema son aspectos importantes a la hora de definir las inversiones, por lo tanto, el sistema fiscal aplicable debería poseer ciertas características ideales. Tendría

23. Jorratt, *Renta económica, régimen tributario y transparencia...*

que garantizar una recaudación adecuada sin distorsionar las decisiones de inversión (neutralidad) y ser simple, equitativo, flexible y progresivo. Otro aspecto para destacar en el diseño de un régimen fiscal para este sector es la competencia fiscal por las inversiones extranjeras que existe entre distintos países.

En las industrias extractivas se observa una acumulación de gravámenes de los distintos niveles de gobierno que terminan impactando en los rendimientos de las empresas. Por esta razón, una correcta armonización de las potestades tributarias de los distintos niveles estatales es muy importante.

También, los Estados suelen realizar adaptaciones de los impuestos a las ganancias con el objeto de fomentar la actividad. En especial, se conceden exenciones, deducciones especiales o diferimientos. Por ejemplo, suele utilizarse que los gastos de exploración se deduzcan de la base imponible del año en que se incurren o que puedan activarse y luego amortizarse, también se suele utilizar la depreciación acelerada de los activos durante la etapa de explotación. Otro incentivo teórico está dado por la posibilidad de establecer deducciones o rebajas en las bases imponibles a medida que se vaya verificando el agotamiento del recurso.[24]

En ese sentido, por ejemplo, en 2021 el Poder Ejecutivo Nacional envió al Congreso un proyecto de ley titulado "Régimen de Promoción de Inversiones Hidrocarburíferas".[25] El proyecto buscaba fomentar el incremento de la producción de petróleo y gas para el autoabastecimiento y las exportaciones. Entre los beneficios fiscales que se pretendían establecer se encontraban la amortización acelerada de bienes de uso en el impuesto a las ganancias, exención del impuesto a las ganancias por cesión parcial de áreas, un régimen especial de cancelación de impuestos para grandes inversiones utilizando quebrantos acumulados, estabilidad en los derechos de exportación y devolución anticipada del impuesto al valor agregado, entre otros.

Por último, debe tenerse presente que las condiciones fiscales suelen variar según la naturaleza del yacimiento (costa adentro, costa afuera, convencional, no convencional), así como su momento productivo o etapas de explotación (primaria, secundaria, terciaria), dados los distintos costos involucrados.

24. Gómez Sabaíni, Jimenez & Morán, *El impacto fiscal de la explotación...*
25. El proyecto no llegó a ser tratado en el recinto.

V. Instrumentos fiscales específicos en nuestro país

En primer lugar, debemos decir que en nuestro país existe un gran elenco de instrumentos fiscales que contribuyen a la apropiación de la renta por parte del Estado. Muchos de estos instrumentos son prestaciones pecuniarias coactivas de origen legal, es decir, tributos, y muchos otros tienen naturaleza contractual como se analizará *infra.* Cuando hablamos de tributos, debemos dejar en claro que dentro de la distribución de potestades que vimos en el punto III, nuestra Constitución establece una división de poderes tributarios, asignando facultades exclusivas al Estado federal y a los Estados provinciales, facultades concurrentes.

La potestad tributaria de fijar contribuciones directas les corresponde a las provincias en virtud del sistema originario de separación de fuentes. Sin embargo, la Nación puede establecer impuestos directos de manera concurrente pero excepcional. En cambio, la facultad de legislar sobre tributos indirectos es concurrente (art. 75 inc. 2 de la CN). La Nación conserva el poder de legislar en materia aduanera y de establecer los derechos de exportación e importación que deben ser uniformes en todo el país (art. 75 inc. 1 de la CN).

El sistema de reparto de competencias tributarias y sus resultados debe ser regulado por una ley convenio (art. 75 inc. 2 y cláusula transitoria sexta de la CN), actualmente dicha función es suplida "transitoriamente" por la Ley 23.548 de Coparticipación de Recursos Fiscales de 1988 y distintos pactos fiscales entre el Estado nacional y los Estados provinciales que integran el denominado derecho intrafederal. Son coparticipables los impuestos indirectos internos y los directos creados, por tiempo determinado, por el Estado nacional, con excepción de la parte o el total de los que tengan asignación específica. Los municipios poseen igualmente potestad tributaria (art. 5 y 123 de la CN), aunque acotada generalmente al cobro de tasas retributivas de servicios y contribuciones por mejoras.

Entonces podemos afirmar que la actividad hidrocarburífera se encuentra alcanzada por instrumentos fiscales de captación no tributarios y por tributos tanto nacionales como provinciales y municipales, que alcanzan toda la cadena de valor de la actividad.

Entre los impuestos nacionales generales se pueden mencionar el impuesto a las ganancias (Ley 20.628), el impuesto al valor agregado (Ley 23.349), el impuesto a los créditos y débitos en cuentas bancarias (Ley 25.413) y los derechos de importación y exportación (Ley 22.415, Código

Aduanero). Los impuestos provinciales generales más comunes son el impuesto a los ingresos brutos, el impuesto de sellos e inmobiliario. A nivel municipal se encuentran multiplicidad de tasas, muchas de ellas que vulneran la prohibición de analogía de la ley de coparticipación y generaron múltiples fallos de la CSJN delimitando su alcance y naturaleza.

Esta superposición de jurisdicciones tributarias genera conflictos permanentes entre los distintos niveles estaduales y con las empresas. Tal es así, que el artículo 24 de la Ley 27.007 establece que el Estado nacional y los Estados provinciales propiciarán la adopción de un tratamiento fiscal uniforme que promueva las actividades hidrocarburíferas a desarrollarse en sus respectivos territorios.

Asimismo, las compañías del sector gozan del derecho a la estabilidad fiscal, que consiste en el beneficio de no modificación de los tipos impositivos y/o la creación de nuevos hechos imponibles diferentes a los existentes al momento de la adjudicación de la concesión o el permiso que la Ley de Hidrocarburos otorga a los actores de la industria, para que sirva como estímulo para la inversión (art. 56 inc. a de la Ley 17.319). La ley deja a salvo el aumento general de los impuestos y a las tasas y contribuciones. Nuestra CSJN en 2019 se valió del régimen establecido en la mencionada ley para suspender la aplicación de alícuotas diferenciales del impuesto a los ingresos brutos que pretendía cobrar la provincia de Neuquén a empresas petroleras, reconociendo el derecho de estas a la estabilidad fiscal.[26]

Este derecho se sustenta en el elevado costo hundido que importa la inversión inicial, que no se recuperará en caso de abandonar el proyecto; y como medio para suprimir la contingencia (imposible de cuantificar) que importaría la decisión del gobierno de aumentar los impuestos, en una situación de inviable salida, en tanto la empresa no tendría más opción que seguir produciendo.

Ahora bien, a continuación, se describirán los principales instrumentos fiscales específicos para la captación de la renta hidrocarburífera. En primer lugar, se tratarán los establecidos en la Ley 17.319 con las reformas introducidas por la Ley 27.007, luego se realizará un repaso por los derechos de exportación a los hidrocarburos ("retenciones") y por último los gravámenes sobre los combustibles.

26. CSJN, "Chevron Argentina SRL c/ Neuquén, Provincia del s/ acción declarativa".

V.A. Instrumentos de captación de la Ley 17.319

En las secciones 6ª y 7ª de la Ley 17.319 denominadas "Tributos" y "Canon y Regalías", respectivamente, se establecen los siguientes instrumentos: a) impuesto especial a la renta, b) canon y bonos de prórroga y de explotación, y c) regalías.

V.A.1. Impuesto especial a la renta

El artículo 56, luego de establecer que los titulares de los permisos de exploración y concesiones de explotación tendrán a su cargo el pago de todos los tributos provinciales y municipales existentes a la fecha de la adjudicación y que en el orden nacional estarán sujetos, con arreglo a las normas de aplicación respectivas y en cuanto correspondiere, al pago de derechos aduaneros, impuestos u otros tributos que graven los bienes importados al país y de recargos cambiarios, y las obligaciones de la sección 7ª de la ley, establece el impuesto especial a la renta (inciso c). El Decreto 6.815/1969 sancionó las normas interpretativas de los diversos aspectos que conforman la determinación de la obligación impositiva creada por el artículo comentado.

El inciso d del artículo establece que los permisionarios y concesionarios quedan exentos del pago de todo otro tributo nacional, presente o futuro, de cualquier naturaleza o denominación —incluyendo los tributos que pudieran recaer sobre los accionistas u otros beneficiarios directos de estas rentas— que tengan vinculación con la actividad a que se refiere ese artículo. A pesar de la vigencia de la ley, dicho tributo no se encuentra en aplicación al día de la fecha.[27]

El hecho imponible es la obtención de utilidades por el ejercicio de los derechos que otorgan los permisos y las concesiones, y la base imponible es la utilidad neta, determinada de acuerdo con lo que establecía el entonces impuesto a los réditos, hoy a las ganancias, y lo que prevé el artículo bajo análisis.

El punto I del inciso c prevé cómo se fijará el precio de los hidrocarburos, estableciendo que será el que se cobre en operaciones con terceros, el valor corriente de mercado en caso de empresas integradas y el

27. Yolis, *La regulación de la tributación energética. Tratado de regulación de la energía*.

efectivamente percibido en operaciones de exportación o el precio de referencia fijado administrativamente en caso de no poderse determinar este último.

En el punto II, establece una deducción especial al permitirse restar las sumas efectivamente invertidas en gastos directos de exploración solamente durante el primer período del plazo básico del correspondiente permiso. El punto III prevé un esquema de amortización acelerada de máquinas y otros activos fijos.

La alícuota del impuesto es del cincuenta y cinco por ciento (55 %) (punto VI del inciso c) y el punto IX permite diferimientos, regímenes especiales de amortización y de gastos comunes en caso de empresas con objeto múltiple. Al ser un impuesto directo y nacional tiene que ser coparticipable (punto X). Una observación que le cabe es que no es por tiempo determinado como impone actualmente el artículo 75 de la CN. Debe tenerse en cuenta que la redacción de este articulado es previa a la reforma de 1994.

Por último, se destaca que el artículo 95 de la Ley de Hidrocarburos establece que este tributo especial no será aplicable a quienes suscriban con las empresas estatales contratos de locación de obras y servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos, o con igual fin se asocien con ellas sin constituir personas jurídicas distintas de las de sus integrantes, los que quedarán sujetos, en cambio, a la legislación fiscal general que les fuere aplicable.

V.A.2. Canon y bonos de prórroga y de explotación

La Ley de Hidrocarburos establece en los artículos 57 y 58 la obligación por parte de los permisionarios y concesionarios del pago de un canon de exploración o de explotación. Dicho canon se abona en función de la superficie comprendida en el permiso o la concesión y la etapa contractual pertinente, es fijo y el obligado es el titular del contrato. El pago se realiza anualmente y por adelantado. El canon es una carga que surge de la ley y es un requisito para poder llevar adelante los derechos que nacen de los permisos y de las concesiones.[28]

El Decreto 820/1998 instruyó a la Secretaría de Energía de la Nación a realizar la reglamentación técnica para la aplicación de lo dispuesto en

28. Cabral Nonna, "Los incentivos económicos del canon de...".

el artículo 58 de la Ley 17.319, en función de esto la Secretaría de Energía dictó la Resolución 588/1998 que aprobó el acta acuerdo de liquidación del canon.

El acta acuerdo diferenció las áreas en tres clases: i) áreas de concesión: comprendidas como las superficies delimitadas por el decreto de adjudicación de la concesión y las modificaciones que las hubieren afectado, a las cuales les corresponde un canon de explotación; ii) lotes de explotación: formados por las superficies del área de concesión que el concesionario defina para la explotación de hidrocarburos y las actividades de desarrollo que la Secretaría de Energía verifique en estas áreas; y iii) superficies remanentes, que son las del área de concesión no abarcadas por lotes de explotación. Asimismo, el Decreto 3.036/1968 reformado por el Decreto 1.770/2005 reglamenta los pormenores de la liquidación del canon.

Por su parte, el artículo 58 bis (incorporado en 2014) prevé el pago de bonos en dos situaciones, i) "de prórroga" en concesiones de explotación, y ii) "de explotación" en actividades complementarias de explotación convencional de hidrocarburos y dentro de la Concesión de Explotación No Convencional de Hidrocarburos, cuyo monto máximo será igual a la resultante de multiplicar las reservas comprobadas remanentes: i) al final del período de vigencia de la concesión, o ii) asociadas a la explotación convencional de hidrocarburos al final del período de vigencia de la concesión, por el dos por ciento (2 %) del precio promedio de cuenca aplicable a los respectivos hidrocarburos durante los dos (2) años anteriores al momento: i) del otorgamiento de la prórroga, o ii) del otorgamiento de la Concesión de Explotación No Convencional de Hidrocarburos.

Con el fin de evitar la desactualización periódica del canon, expresado en montos fijos en pesos, resultó prudente establecerlo, según su tipo y período, en valores equivalentes a barriles de petróleo, según las variaciones que experimente el precio del crudo nacional en el mercado interno, en consonancia con lo determinado por el artículo 102 de la Ley de Hidrocarburos, ya que en septiembre del 2020 se dictó, a tal fin, el Decreto 771.

V.A.3. Regalías

Las regalías son el instrumento más utilizado por los Estados para captar parte de la renta hidrocarburífera, y en nuestro país está legislado en los artículos 59 a 65 de la Ley 17.319, los Decretos 1.671/1969 y

1.757/1990 y las Resoluciones de la Secretaría de Energía de la Nación 155/1992, 188/1993, 73/1994 y 435/2004.

El régimen de regalías varía en los distintos Estados federales del mundo, de acuerdo a quién ostente la titularidad del dominio de los yacimientos. Por ejemplo, en los Estados Unidos de América, la tasa de las regalías se determina en cada contrato de concesión, dado que el propietario del recurso es el superficiario.

Por su parte, en Brasil la tasa viene determinada por el Estado federal y este es quién la percibe, dado que el propietario del recurso es la Unión. En la Argentina, como se verá, la alícuota se encuentra determinada por una ley dictada por el Congreso Nacional, pero la regalía corresponde a cada Estado provincial.[29] Cuestión esta última por la separación entre dominio y jurisdicción, como se vio.

En cuanto a su naturaleza jurídica, la CSJN ha establecido por mayoría que

> [...] el particular carácter que tuvo en el espíritu del legislador otorgándole rasgos más bien cercanos a lo convencional, aspecto sin duda ajeno a la naturaleza impositiva *stricto sensu* [...].[30]

Esta decisión tiene importantes implicancias prácticas, ya que de haberse considerado un tributo aplicaría el principio de legalidad y las restricciones que se vieron *supra* sobre la distribución de competencias en materia tributaria.

Por lo expuesto, desde el punto de vista del Estado, la regalía consiste en un mecanismo convencional de captación de parte de la renta que generan los recursos no renovables que son de su dominio originario. Desde la mirada del concesionario o permisionario importa una carga económica decisiva para su empresa y que debe tener en cuenta para el cálculo de beneficios.

La obligación de pago de la regalía es mensual y nace con la producción de hidrocarburos (petróleo, gas natural, gasolina), el obligado es el permisionario o concesionario y el destinatario de los fondos es el Estado provincial o nacional dependiendo del territorio donde se encuentren los

29. Yolis, "La distribución de las regalías en...".
30. CSJN, "Neuquén, Provincia del c/ Capex SA s/ cobro de regalías".

yacimientos. El artículo 2 de la ley corta estableció que las regalías hidrocarburíferas correspondientes a los permisos de exploración y concesiones de explotación de hidrocarburos en vigor al momento de su entrada en vigencia, se calcularán conforme lo disponen los respectivos títulos (permisos, concesiones o derechos) y se abonarán a las jurisdicciones a las que pertenezcan los yacimientos.

El cálculo de las regalías se realiza sobre el precio en boca de pozo del petróleo crudo y del gas natural, que se determina restando del precio de venta las deducciones admitidas por la ley. Estas deducciones son los gastos de transporte y los descuentos por tratamiento del producto admitidos en los respectivos contratos.[31] Al respecto, debe destacarse lo que sostuvo la CSJN que en lo

> [...] que se refiere específicamente al criterio que debe seguirse para el cálculo de las regalías, el sistema de la Ley 17.319 tomaba —y sigue haciéndolo en el presente— como dato básico el precio que ha sido cobrado por el concesionario al disponer de su producción (arts. 61 y 56, inc. c, apartado I) [...].[32]

Es habitual que las empresas petroleras se encuentren integradas verticalmente, ocupando todos los eslabones de la cadena de valor, por lo que en ese caso no existe precio efectivamente cobrado por el concesionario. Frente a esto, la Secretaría de Energía de la Nación determinó que estas empresas deberán acordar con la jurisdicción correspondiente el precio de referencia para el cálculo y liquidación de las regalías y en caso de que no se llegue a un acuerdo el Estado fijará el precio, teniendo en cuenta el valor corriente del producto al tiempo de enajenarse o industrializarse (Resolución 435/2004).

La alícuota es del 12 % en el caso de concesionarios y del 15 % de permisionarios. En el caso de concesionarios, el Poder Ejecutivo podrá reducir las alícuotas hasta el 5 % teniendo en cuenta la productividad, condiciones y ubicación de los pozos (art. 59). Asimismo, la autoridad de aplicación podrá reducir la alícuota hasta un cincuenta por ciento (50 %) respecto de proyectos de producción terciaria, petróleos extra pesados y costa afuera

31. Lanardone & Giménez Gowland, "Canon y Regalías: La nueva 'Sección VII'...".
32. CSJN, "La Pampa, Provincia de c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía) s/ cobro de pesos".

(art. 27 ter) y podrá reducir hasta el veinticinco por ciento (25 %) el monto correspondiente a la producción de hidrocarburos y durante los diez años siguientes a la finalización del proyecto piloto a favor de concesiones de explotación no convencional (art. 28).

V.B. Derechos de exportación

Los derechos de exportación, conocidos prosaicamente como "retenciones", son impuestos cuyo hecho imponible nace cuando se produce la salida de la mercadería del territorio aduanero por tiempo indeterminado, "exportación para consumo". La CSJN zanjó la discusión sobre su naturaleza en *Fallos 337:388*, estableciendo categóricamente que es un impuesto y que, por lo tanto, rige el principio de legalidad tributaria. El Código Aduanero regula los elementos estructurales de este tributo, su aspecto material, subjetivo y temporal.

El Congreso delegó a través de varias leyes de emergencia en el Poder Ejecutivo la potestad de modificar las alícuotas de acuerdo con las necesidades de la economía nacional. Con la sanción de la Ley de Emergencia Económica y Reforma del Régimen Cambiario (Ley 25.561), a comienzos de 2002, se introdujeron las retenciones a las exportaciones de crudo (20 %) y combustibles líquidos (5 %). Posteriormente, en mayo de 2004 las retenciones a las ventas de petróleo crudo se incrementaron en un 5 %, y en julio de ese mismo año, pasaron a ser móviles, en relación con la evolución del precio internacional del crudo. Posteriormente, el régimen sufrió varias modificaciones en función de la variación del precio de estos *commodities*.[33]

Luego de un breve período sin "retenciones" en 2018 se dictó el Decreto 793/2018 por medio del cual se vuelve a aplicar este impuesto a todas las exportaciones con algunas particularidades, alcanzando a todos los hidrocarburos y sus derivados.

En 2019, por el artículo 52 de la Ley 27.541, de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el Marco de la Emergencia Pública, se estableció que la alícuota de los derechos de exportación para hidrocarburos y minería no podrá superar el ocho por ciento (8 %) del valor imponible o del precio oficial *free on board* (FOB). Posteriormente, el Decreto 488/2020 en su artículo 7º reglamentó el esquema de retenciones.

33. Barneix, "Las retenciones como herramienta de política...".

La implementación del impuesto a las exportaciones de hidrocarburos y derivados apunta, además de la recaudación fiscal, a desacoplar los precios del mercado interno de los que regían en el mercado internacional intentando evitar presiones inflacionarias.

V.C. Impuestos a los combustibles

Por último, para cerrar esta descripción, haremos mención de los impuestos específicos que gravan a los combustibles líquidos en el mercado interno. Los impuestos específicos que rigen para los combustibles son el Impuesto a los Combustibles Líquidos y al Dióxido de Carbono (Ley 23.966), Impuesto sobre el Gasoil y el Gas Licuado para Uso Automotor (Ley 26.028) y el Impuesto sobre las Naftas y Gas Natural Comprimido (Ley 26.181).

El impuesto creado por la Ley 23.966 grava la transferencia a título oneroso o gratuito de los productos de origen nacional o importado que se detallan en el artículo 4º de la norma. Los sujetos pasivos son los importadores, las empresas refinadoras y productoras de combustibles líquidos y otros derivados de hidrocarburos. El impuesto se calcula aplicando a los productos gravados aplicando montos fijos en pesos por litro, que se publican en la página web de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP).

La Ley 27.430 modificó la Ley 23.966 realizando adecuaciones en el impuesto sobre los combustibles líquidos e introduciendo un nuevo impuesto al dióxido de carbono. El impuesto al dióxido de carbono se establece como una suma fija por cada tipo de producto que se publica también en la página de la AFIP. El Decreto 501/2018, la resolución general de la AFIP 4.311/2018 y la Resolución 323/2020 de la Secretaría de Energía de la Nación reglamentaron dicha normativa regulando los citados gravámenes.

La Ley 26.028 creó un impuesto con afectación específica sobre la transferencia, a título oneroso o gratuito, o importación, de gasoil o cualquier otro combustible líquido que lo sustituya en el futuro, que regirá hasta el 31 de diciembre de 2024, estableciendo en sus artículos 2º y 3º los sujetos pasivos y el objeto de este, respectivamente. La alícuota del impuesto es del veintidós por ciento (22 %).

Por su parte, la Ley 26.181 establece un impuesto sobre la transferencia a título oneroso o gratuito o importación de naftas y sobre el gas natural

distribuido por redes destinado para el uso como combustible en automotores (GNC), o cualquier otro combustible líquido que los sustituya en el futuro, que regirá hasta el 31 de diciembre de 2029. Las alícuotas varían según el tipo de combustible alcanzado y la ley dispone que las alícuotas podrán ser incrementadas o disminuidas por el Poder Ejecutivo Nacional en hasta un veinte por ciento (20 %) de su cuantía, para todos o cada uno de los combustibles gravados por la ley.

VI. Conclusiones

Del estudio realizado puede concluirse que nuestro país recepta en su ordenamiento jurídico, en gran medida, los mecanismos ideales de captación que han sido reseñados más arriba, impuesto especial a la renta, canon, bonos y regalías, más los impuestos indirectos sobre los combustibles y los derechos de exportación. Sin embargo, el principal instrumento que es el impuesto especial a la renta se encuentra abrogado.

Más allá de que la Argentina se debe un nuevo sistema de coparticipación de impuestos por mandato constitucional, debería abordar también, en dicho contexto, un debate sobre el régimen fiscal aplicable a las industrias extractivas más importantes como son los hidrocarburos y la minería.

Este régimen debe ser el resultado de un pacto entre la nación y las provincias que armonice los tributos generales existentes y genere un marco institucional específico estable y previsible que motorice la inversión y permita una captación justa de la renta por parte de los Estados. Esto es sin perjuicio de que los diferentes pactos firmados a la fecha, aunque han previsto acuerdos parciales, no han abordado la problemática de manera integral.

Por ejemplo, el último acuerdo programático suscripto entre las jurisdicciones en materia de energía, el Acuerdo Federal Energético de 2016, previó en su artículo 11 la creación de una comisión que debía analizar la carga impositiva del sector energético con el fin de homogeneizar criterios impositivos y evaluar la creación de beneficios fiscales. Dicha tarea no fue realizada.

Sin embargo, se insiste en el enfoque sobre mecanismos de excepción a las normas generales, cuando se conocen sistemas específicos cuya finalidad es receptar las particularidades del sector y optimizar su desempeño. Generar desgravaciones, deducciones o exenciones especiales conspira contra la transparencia y una buena gestión fiscal.

La creación de un régimen fiscal específico para los hidrocarburos, con sus correspondientes autoridades de aplicación, reportará mayores beneficios para la industria, el Estado y los consumidores, que plagar el sistema existente con regímenes de promoción y normas de excepción que se convierten en un verdadero galimatías.

Bibliografía

Acquatella, Hugo, Altomonte, Hugo, Arroyo, Andrés y otros, "Rentas de recursos naturales no renovables en América Latina y el Caribe: evolución y participación estatal, 1990-2010", en *Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)*, Seminarios y Conferencias n.º 72.

Administración Federal de Ingresos Públicos, "Régimen de operadores de hidrocarburos beneficiados por destino industrial", Resolución General AFIP 4.311/2018, 24/09/2018.

Barneix, Pablo, "Las retenciones como herramienta de política sectorial en el sector de hidrocarburos en el período 2002-2012", en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja (2017)*, n.º 18, pp.145-168.

Barrera, Mariano, "La renta petrolera en Argentina: un análisis de las últimas dos décadas", en *Ensayos de Economía*, n.º 43, p. 93-116.

Cabral Nonna, Bernardo H., "Los incentivos económicos del canon de exploración y explotación de hidrocarburos. La demora de la autoridad de aplicación como legítima fuente de reclamos. Una nueva mirada", en *Revista Argentina de Derecho de la Energía, RADEHM,* n.º, pp. 21-40.

Cardinali, Bruno L. & Lescano, Federico, "Dominio y jurisdicción sobre hidrocarburos en la República Argentina", en *Revista Argentina de Derecho de la Energía, RADEHM*, n.º 17, pp. 41 -74.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Chevron Argentina SRL c/ Provincia de Neuquén s/ acción declarativa", 19/02/2019.

——, "Bazán, Fernando s/ Amenazas", 04/04/2019, *Fallos 342:509*.

——, "Chevron San Jorge SRL c/ Provincia de Neuquén s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", 01/11/2011, *Fallos 334:1162.*

——, " Provincia de La Pampa c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía) s/ cobro de pesos", 10/12/2020.

——, "Provincia de Neuquén c/ Capex SA s/ cobro de regalías", 11/12/2007, *Fallos 330:5144.*

——, "Provincia de Neuquén c/ Estado Nacional (Ministerio de Desarrollo Social — Instituto Nacional de Asuntos Indígenas) s/ Impugnación de actos administrativos y acción declarativa de certeza", 11/09/2018, *Fallos 341:1148.*

——, "Marconetti, Boglione y Cía. c/ Municipalidad de Santa Fe s/ Juicio contencioso administrativo", 29/05/1929, *Fallos 154:312.*

——, "Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/ Provincia de Mendoza y otros s/ nulidad de concesión minera", 03/05/1979, *Fallos 301:341*.

Diana, Nicolás, "El dominio de los recursos naturales en la Constitución de 1994 (en particular, los hidrocarburos)", en Benente, Mauro, *Las deudas y promesas incumplidas de la reforma constitucional de 1994. A 25 años*, Edunpaz, 2019.

Einstoss, Alejandro, *Precios, tarifas y subsidios a la energía. El problema de regulación energética 2003-2019*, Eudeba, 2020, Buenos Aires.

Gómez Sabaíni, Juan C.; Jiménez, Juan P. & Morán, Dalmiro, El *impacto fiscal de la explotación de los recursos naturales no renovables en los países de América Latina y el Caribe,* Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2015.

González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina,* La Ley, 2001, actualizado por Quiroga Lavié, Humberto.

Jorratt, Michel, *Renta económica, régimen tributario y transparencia fiscal de la minería del litio en la Argentina, Bolivia (Estado Plurinacional de) y Chile*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2022.

Lanardone, Tomás & Giménez Gowland, Matías, "Canon y regalías: La nueva 'Sección VII' del Título II de la Ley de Hidrocarburos", en *Revista Argentina de Derecho de la Energía, RADEHM*, n.º 5, pp. 287-315.

Larraín, Felipe B. & Sachs, Jeffrey D., *Macroeconomía en la economía global,* 2ª ed., Prentice Hall y Pearson Educación, 2022.

Mansilla, Diego, *Hidrocarburos y política energética: De la importancia estratégica al valor económico: Desregulación y Privatización de los hidrocarburos en Argentina*, Ediciones CCC, Centro Cultural de la Cooperación Floreal Gorini, 2007, Buenos Aires.

Poder Ejecutivo Nacional, "Normas para determinar la obligación impositiva por parte de los titulares de permisos de exploración o concesión de explotación de hidrocarburos", Decreto 6.815/1969, 03/11/1969.

——, "Racionalización del Gasto Público", Decreto 1.757/1990, 08/10/1990.

——, Decreto 1.671/1969 reglamentario Ley 17.319, 15/05/1969.
——, Decreto 501/2018 reglamentario Ley 23.966, 01/06/2018.
——, Decreto 820/1998, 17/06/1998.
República Argentina, "Código Aduanero", Ley 22.415, 05/02/1981.
——, "Código Civil y Comercial de la Nación", Ley 26.994, 01/08/2015.
——, "Código Civil", Ley 340, 29/09/1869.
——, "Código de Minería", Ley 1.919, 25/11/1886.
——, "Constitución Nacional", Ley 24.430, 10/01/1995.
——, "Creación Energía Argentina SA", Ley 25.943, 02/11/2004.
——, "Fondo Hídrico de Infraestructura", Ley 26.181, 20/12/2006.
——, "Ley de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario", Ley 25.561, 06/01/2002.
——, "Ley de Hidrocarburos", Ley 17.319, 30/06/1967.
——, "Modificaciones a la Ley de Hidrocarburos", Ley 27.007, 31/10/2014.
——, "Financiamiento del Régimen Nacional de Previsión Social", Ley 23.966, 15/08/1991.
——, "Impuesto a la Transferencia o Importación del Gas Oil", Ley 26.028, 05/05/2005.
——, "Ley de Nacionalización de los Hidrocarburos", Ley 26.741, 04/05/2012.
——, "Fondo Minero Provincial de Córdoba", Ley 7.059, 29/08/2010.
Roncaglia, Alessandro, *La riqueza de las ideas: una historia del pensamiento económico,* Prensas Universitarias de Zaragoza, 2006.
Sacristán, Estela B., *Algunas reflexiones sobre los recursos naturales en la Constitución Nacional,* La Ley, Sup. Esp. Const., 2019.
Secretaría de Energía de la Nación, "Concesionarios de Explotaciones Petroleras", Resolución 155/1992, 07/01/1993.
——, "Informe Permisionarios y Concesionarios", Resolución 435/2004, 12/05/2004.
——, "Pago de Gas Natural y Gasolina", Resolución 188/1993, 09/08/1993.
——, "Régimen de Operadores de Hidrocarburos Beneficiados por Destino Industrial", Resolución 323/2020, 19/08/2020.
——, Resolución 73/199 modificatoria Resolución 188/1993, 15/04/1994.
——, Resolución 588/1998 complementaria Decreto 820/98, 07/12/1998.
Torroba, Agustín, *Evolución de la renta hidrocarburífera en Argentina 1993-2018: impactos en la cadena de valor,* Centro de Estudios de la Actividad Regulatoria Energética, Universidad de Buenos Aires, 2019.
Yolis, Lisandro, "La distribución de las regalías en materia de hidrocarburos en países federales. Análisis comparado: Estados Unidos de

América, Brasil y Argentina", en *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería, RADEHM,* n.º 6, pp. 1-25.

——, *La regulación de la tributación energética. Tratado de regulación de la energía,* Instituto Argentino de la Energía "General Mosconi", 2017.

LA AUTORÍA MEDIATA DE LOS ADMINISTRADORES DE EMPRESAS EN VIRTUD DE SU DOMINIO DE ORGANIZACIÓN. UNA CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DE DICHO CONCEPTO*

Juan Cruz Salinas, Gaspar Yoldjian & Matías Minicucci**

Resumen: La teoría de los aparatos organizados, concebida por Roxín, fue ampliamente receptada por la doctrina y la jurisprudencia para fundar la responsabilidad de los altos mandos y mandos medios en el marco de organizaciones ilícitas. Sin embargo, respecto de las empresas, la evolución jurisprudencial y doctrinal no ha llegado a una posición definitiva. Por ello, en el marco del presente trabajo, se ha propuesto como objetivo determinar si la teoría de los aparatos organizados puede ser extendida y aplicada para fundar la responsabilidad de los administradores de empresas y, a partir de allí, se ha buscado construir un concepto de "dominio de organización" a su medida. Para llevar a cabo dicha investigación, se realizaron entrevistas a administradores de empresas y a actores penales con relevancia en la temática. Los resultados de la presente investigación han permitido concluir que las empresas deben ser consideradas aparatos organizados de poder y, por lo tanto, puede hablarse de un dominio de organización del administrador de empresa. Conforme la teoría aquí desarrollada, el dominio de organización está supeditado a la configuración de los siguientes presupuestos: 1) que exista una orden o falta de control del administrador hacía sus subordinados; 2) que dicha orden o falta de control involucre o tenga una adecuada relación con competencias y funciones de sus subordinados; 3) que dicha orden o falta de control hiciera posible la conducta típica ejecutada por el subordinado. La existencia de dichos presupuestos funciona como un límite

* Recepción del original: 07/02/2024. Aceptación: 14/08/2024.
** Juan C. Salinas: Para mi papá. Por ser mi fuente de inspiración y darme su incondicional apoyo en este camino que es la vida; Gaspar Yoldjian: A Silvia y Lucía por su inquebrantable apoyo y amor incondicional; Matías Minicucci: A mis padres, Evangelina y Marcelo por darme todo el amor y la contención que necesitaba, y que voy a seguir necesitando...

adecuado y razonable que determinan el ámbito de responsabilidad del administrador por los delitos cometidos por sus dependientes.

Palabras clave: aparatos organizados de poder — autoría mediata — administrador — empresa — dominio de organización — indirect perpetration

Abstract: The theory of Organized Power Structures, conceived by Roxín, has been widely embraced by doctrine and case law to establish the liability of high-ranking and mid-level leaders within illicit organizations. However, in the corporate context, neither jurisprudence nor academic doctrine has reached a definitive position on this issue. Therefore, the objective of this study is to determine whether the theory of Organized Power Structures can be extended and applied to establish the liability of corporate administrators and, consequently, to develop a concept of "organizational control" tailored to this framework. To conduct this research, interviews were carried out with corporate administrators and legal actors relevant to the topic. The findings of this study suggest that companies should be considered Organized Power Structures, and thus, it is possible to recognize the organizational control of corporate administrators. According to the theory developed herein, organizational control is contingent upon the fulfillment of the following prerequisites: (1) the existence of an order or lack of oversight by the administrator over their subordinates; (2) such order or lack of oversight must involve or bear an appropriate relationship to the subordinate's competencies and functions; (3) the order or lack of oversight must enable the subordinate's commission of the criminal act. These prerequisites provide a reasonable and appropriate boundary that determines the scope of the administrator's liability for crimes committed by their subordinates.

Keywords: organized power structures — indirect perpetration — administrator — corporate — organization domain

I. Introducción

La "autoría mediata mediante aparatos organizados de poder" es una construcción de Claus Roxin, elaborada en 1963, para explicar, desde una óptica dogmática penal, la responsabilidad de quien, sin ejecutar materialmente el hecho, domina la realización o evitación del resultado típico, a partir del dominio de la voluntad de sus subordinados en un aparato or-

ganizado de poder.[1] Al desarrollar su teoría, Roxin, en principio, dejó por sentada su inaplicabilidad a las personas jurídicas constituidas conforme a derecho, puesto que, según él, "el dominio de organización solo puede existir allí donde la estructura en su conjunto se encuentra al margen del ordenamiento jurídico",[2] ya sea que se trate de una organización que se sirve y utiliza el aparato del Estado para cometer delitos, o bien, se trate de movimientos clandestinos, banda organizada de criminales, y grupos semejantes.

Respecto de las organizaciones ilícitas, la responsabilidad por el dominio de la organización ha ido encontrando amplia acogida en la doctrina y jurisprudencia para enjuiciar a los altos mandos y mandos medios. En el orden nacional, debe destacarse la Causa Nro. 13/84, mejor conocida como "Juicio a las Juntas Militares", resuelta por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal (CNCC).[3] En el orden local, debe destacarse la Causa "Cantero", resuelta por el Colegio de Cámaras de Apelación en lo Penal, de la ciudad de Rosario (CCPROS).[4]

Ahora bien, cuando se trata de organizaciones constituidas conforme a derecho, la situación se vuelve más problemática. En este punto, tanto la doctrina como la jurisprudencia discuten si la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder puede ser extendida y aplicada para fundar la responsabilidad de los administradores en los delitos de empresa.

Responder este interrogante será uno de los objetivos centrales del presente trabajo. El segundo de ellos consistirá en construir un concepto de "dominio de organización" a la medida del administrador de empresas. Para ello, utilizaremos la teoría elaborada por Günther Jakobs; quien, si bien se opone de manera radical a la teoría formulada por el Prof. Claus Roxin,[5] elabora un nuevo criterio de atribución de responsabilidad, basado en deberes, roles y competencias,[6] que tomaremos prestado para desarrollar el concepto de "dominio de organización" del administrador aquí procurado.

1. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*.
2. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, pp. 276-278.
3. CNCC, "Juicio a las Juntas".
4. CCPROS, "Causa 'Los Monos".
5. Jakobs, "Sobre la Autoría del Acusado Alberto Fujimori", p. 108.
6. Jakobs, "El ocaso del dominio del hecho...".

A partir de este marco teórico, la hipótesis que se busca considerar es que es posible afirmar que el administrador posee "dominio de organización" de la empresa; sin perjuicio de que este dominio estará condicionado a las características propias de la empresa —la cual no es estrictamente un aparato organizado de poder—. En estos términos, el administrador, en virtud de sus competencias y funciones, poseería el dominio de evitación de todos aquellos resultados típicos relacionados con delitos en beneficio de la empresa (dominio de organización del administrador); y, en virtud de dicho dominio, deberá ser responsabilizado a título de autor mediato cuando él imparta órdenes a sus dependientes en miras a la ejecución por parte de estos de delitos en beneficio de la empresa, o bien, cuando estructure y organice la empresa de modo tal de permitir que los dependientes puedan ejecutar libremente, en el marco de sus funciones, delitos en beneficio de esta.

En el marco del presente trabajo, serán entrevistados actores penales con relevancia en la materia; tales como: el fiscal provincial de la ciudad de Rosario, de la Unidad de Delitos Económicos, Dr. Sebastián Narvaja, el defensor particular Dr. Oscar Romera, y el juez del Colegio de Jueces en materia penal de la ciudad de Rosario, Dr. Román Lanzón. Y, también, los siguientes administradores de empresas, Sr. Gabriel Nuncio Maidá, integrante del directorio del Banco Coinag, y el Sr. Ariel Carrabs, integrante del directorio y administrador de Fabaher SA.

A los fines expositivos, el presente trabajo estará estructurado en tres títulos: en primer lugar, desarrollaremos la teoría de los aparatos organizados de poder ideada por Roxin y su recepción por parte de la doctrina y jurisprudencia. En el segundo capítulo, indagaremos respecto de si, conforme sus elementos, estructura y concepto, la empresa puede ser considerada un aparato organizado de poder. Y, en el tercer capítulo, se desarrollará un concepto de "dominio de organización" del administrador, tomando prestado, para ello, elementos que nos brinda la teoría de los aparatos organizados roles de Jakobs.

II. La teoría de los aparatos organizados de poder. Consideraciones doctrinarias y jurisprudenciales respecto a la posibilidad de aplicación de dicha teoría a los delitos cometidos en el seno de empresas

II.A. La teoría concebida por el Prof. Claus Roxin

La "autoría mediata mediante aparatos organizados de poder" es una construcción de Claus Roxin, elaborada en 1963, para explicar, desde una óptica dogmática penal, la responsabilidad de quien, sin ejecutar materialmente el hecho, domina la realización o evitación del resultado típico, a partir del dominio de la voluntad de sus subordinados en un aparato organizado de poder.[7] Tal como lo reconoce su autor, dicha teoría fue concebida para dar respuesta a una problemática concreta: la necesidad de responsabilizar al jefe y a los altos mandos de gobiernos totalitarios y dictaduras militares que se hubieran servido de la maquinaria organizada del Estado para cometer delitos.

Esta necesidad, según el Prof. Roxin, se funda en que estos casos de crímenes de guerra, de Estado y de organización no pueden ser explicados ni resueltos de manera adecuada mediante las figuras jurídicas tradicionales de autoría, inducción y complicidad. Puesto que ellas fueron pensadas y diseñadas a la medida de los delitos y hechos individuales y, por lo tanto, no pueden dar debida cuenta de los sucesos colectivos, contemplados como fenómeno global.[8]

Entonces, la conducta del "sujeto de atrás" que tiene a su disposición una estructura organizativa y que imparte a sus subordinados la orden de matar, ya no puede explicarse mediante la figura de la inducción; puesto que ello sería una solución jurídica que otorgue una mayor participación y reproche penal al mero ejecutor material del hecho, a la vez que relegue a la zona periférica al verdadero protagonista: el sujeto de atrás que emitió la orden. Por ello, y para evitar que se aplique en estos casos una solución jurídica que, a todas luces, se traduce en injusta y en incapaz de explicar el fenómeno del delito, el Prof. Roxin diseñó la teoría de la autoría mediata en virtud del dominio del aparato organizado de poder.

7. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*.
8. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, p. 270.

Según esta teoría, el sujeto de atrás debe ser responsabilizado a título de autor mediato como consecuencia de su "dominio de organización". Y este "dominio de organización" consiste, según Roxin, en la utilización por parte del sujeto de atrás de la estructura organizativa, de la cual se sirve para cometer delitos, sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor, puesto que se trata de una organización que funciona de manera "automática", sin que importe la persona individual del ejecutor, que es sustituible.[9] Aquí, el sujeto de atrás no tiene que recurrir a medios coactivos o engañosos para que su orden sea cumplida, ya que sabe que si uno de los numerosos instrumentos que se sitúan por debajo de él elude cumplir la orden, inmediatamente otro subordinado lo suplirá, no resultando en ningún caso afectada la ejecución del plan global.[10]

De este modo, puede observarse que Roxin ha elaborado una construcción dogmática que, no solo permite explicar el fenómeno del delito de organización de una manera más adecuada y "global", sino que también impulsa al sujeto de atrás al centro del acontecer. Por lo tanto, y sin perjuicio del grado de participación y responsabilidad que merecerá la conducta del ejecutor material del hecho delictivo a partir de esta teoría —estudio que excede los límites del presente trabajo—, lo cierto es que ahora, y en virtud de ella, la medida de responsabilidad del sujeto de atrás irá aumentando a medida que más lejos él se encuentre del ejecutor material y, por ende, más se acerque a los puestos superiores de la cadena de mando; porque, aquí, "la pérdida de proximidad al hecho se compensa por la medida de dominio organizativo, que irá aumentando según se asciende en la escala jerárquica del aparato".[11]

Definido, en estos términos, el concepto de "autoría mediata en virtud del dominio sobre el aparato organizado de poder", restaba definir su ámbito de aplicación; es decir, determinar qué tipos de organizaciones podrían ser consideradas un aparato organizado de poder. Y, en este punto, el Prof. Claus Roxin sostuvo que solo podrían ser consideradas como tales aquellas organizaciones ilícitas estatales o paraestatales, es decir, aquellas que se sirven y utilizan el aparato del Estado para cometer delitos de genocidio, de guerra o de Estado, o aquellas organizaciones de criminales que, por

9. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, pp. 270 y 272.
10. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, p. 272.
11. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, p. 274.

sus características especiales, constituyan un verdadero "Estado dentro del Estado".[12]

El fundamento de su opinión se encuentra en la consideración de que "el dominio de organización solo puede existir allí donde la estructura en su conjunto se encuentra al margen del ordenamiento jurídico".[13] Ello, porque, según él, si todo el aparato funciona de acuerdo con la norma, una instrucción antijurídica no puede fundamentar dominio; puesto que, si es obedecida, se trataría de una iniciativa particular llevada a cabo de manera tal que quede oculta respecto de los restantes titulares de competencias de la organización.[14] De este modo, y en su opinión, "en esos casos no se actúa con el aparato, sino contra él",[15] por lo que no podría hablarse aquí de un aparato organizado de poder en los términos de su teoría.

Esta última posición de Roxin es lo que en este capítulo ponemos en consideración, en el entendimiento de que el contexto social en el que fue elaborada dicha teoría (época de posguerra, marcada por los crímenes cometidos durante el régimen nazi), no es el mismo contexto social que el actual. En este punto, cabe mencionar que la sociedad actual ha sido denominada "sociedad de riesgos"[16] debido a la proliferación de una delincuencia que atenta contra bienes jurídicos colectivos (tales como el orden económico y financiero, y el medioambiente), y que encuentra a la empresa como el sujeto que, de manera más significativa, pone en riesgo dichos intereses supraindividuales.[17] Ello nos permite ver que, en el contexto social actual, razones de política criminal permitirían asimilar la empresa a un aparato organizado de poder.

II.B. La recepción de la teoría de los aparatos organizados de poder por parte de la doctrina y jurisprudencia

En los supuestos de organizaciones ilícitas, la responsabilidad por el dominio del aparato organizado de poder ha ido encontrando amplia acogida en la doctrina y en la jurisprudencia, tanto en el orden internacional, como nacional y local.

12. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, p.274
13. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, pp. 276 y 277.
14. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, p. 277.
15. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, p. 277.
16. Beck, "De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo", pp. 19 y ss.
17. Silva Sánchez, *La expansión del Derecho Penal...*

En el orden internacional, se debe mencionar el "Caso Alemán",[18] en la Causa Nro. 98/94, resuelta por la Corte Suprema Federal de dicho país (BGH), en el cual se atribuyó la autoría mediata a la cúpula de la antigua República Democrática de Alemania, por los asesinatos cometidos por el Ejército Nacional Popular contra ciudadanos de ese Estado que decidieron vivir en la República Federativa Alemana, y por ello, cruzar la frontera interna entre ambas repúblicas. Aquí, se decidió que el sujeto de atrás tiene la completa voluntad de dominio del hecho si sabe que la decisión que ha de ser tomada por el ejecutor no representa un obstáculo para la realización del resultado querido por él —puesto que, en caso de que el ejecutor no acate la orden criminal, inmediatamente otro le suplirá—. Por lo tanto, en estos casos, no tratar al hombre de atrás como autor no se correspondería con el significado objetivo de su aporte al hecho.[19]

En el orden nacional, debe destacarse la Causa Nro. 13/84, mejor conocida como "Juicio a las Juntas Militares", resuelta por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal,[20] en la cual se resolvió condenar a título de autor mediato a Jorge Rafael Videla, Emilio Eduardo Massera, Orlando Ramón Agosti, Roberto Eduardo Viola, entre otros integrantes de la cúpula de la Junta Militar, por los delitos de homicidio agravado por alevosía, privación ilegítima de la libertad, tormentos, y robos cometidos por sus subordinados al combatir a la subversión al margen de toda prescripción legal y por métodos atroces.[21]

Aquí, se observó que "las órdenes delictivas fueron impartidas por los encausados con motivo de la ejecución de un acto de servicio",[22] consistente en el combate a la guerrilla, regulado por una serie de disposiciones legales.[23] También, valoró el Tribunal que había integrado el plan delictivo la estrategia de negar la existencia de los hechos ante todo reclamo de cualquier autoridad o de familiares de las víctimas, de dar respuestas falsas a los requerimientos judiciales, de simular investigaciones para esclarecer los hechos, de atribuir las desapariciones a genéricos motivos, y de alegar

18. Ambos, "Capítulo I. El caso alemán", pp. 17-38.
19. Jakobs, "Sobre la Autoría del Acusado Alberto Fujimori, p. 24.
20. CNCC, "Juicio a las Juntas".
21. CNCC, "Juicio a las Juntas", p. 267.
22. CNCC, "Juicio a las Juntas", p. 264.
23. CNCC, "Juicio a las Juntas", p. 267.

que todo el asunto era una campaña fomentada por los propios guerrilleros desde el exterior.[24]

Por lo tanto, concluyeron que, en este contexto, el ejecutor concreto de los hechos pierde relevancia, debido a que el dominio de quienes controlan el sistema sobre la consumación de los hechos que han ordenado es total.[25] Y, en este punto, el Tribunal argumentó que, aunque hubiera algún subordinado que se resistiera a cumplir, sería automáticamente reemplazado por otro que sí lo haría, de lo que se deriva que el plan trazado no puede ser frustrado por la voluntad del ejecutor, quien solo desempeña el rol de mero engranaje de una gigante maquinaria organizada y dominada por los procesados.[26]

Esto permitió ver al tribunal que, en estos supuestos, el dominio del hombre de atrás no es sobre la voluntad concreta del hombre que ejecuta la orden o el plan, sino sobre una voluntad indeterminada, que es la organización que él maneja discrecionalmente. Y, por lo tanto, cualquiera sea el ejecutor, el hecho igual se produciría, puesto que "quien domina el sistema, domina la anónima voluntad de todos los hombres que lo integran".[27]

En el orden local, se debe resaltar la Causa "Cantero", resuelta por el Colegio de Cámaras de Apelación en lo Penal, de la ciudad de Rosario,[28] en la cual se consideró a la asociación ilícita liderada por Ariel Máximo "Guille" Cantero y su hermano de crianza, Ramón Ezequiel Machuca, comúnmente denominada "Los Monos", como un aparato organizado de poder.[29] En dicho fallo se relatan las diferentes acciones delictivas diseñadas y ordenadas por ambos líderes de la banda a modo de venganza por el asesinato de su hermano, Claudio Ariel "el Pájaro" Cantero; y, allí, se evidencian los diferentes elementos ideados por Roxín, para considerar a la banda como un aparato organizado de poder:

1) Existencia de una estructura jerárquica con división de roles y funciones: los magistrados observaron que, en la banda, al igual que en una estructura empresarial, existía una división de las tareas basadas en

24. CNCC, "Juicio a las Juntas", p. 268.
25. CNCC, "Juicio a las Juntas".
26. CNCC, "Juicio a las Juntas".
27. CNCC, "Juicio a las Juntas", p. 269.
28. CCPROS, "Causa 'Los Monos'".
29. CCPROS, "Causa 'Los Monos'"., p 132.

principios de división de roles y funciones; y, mientras las personas de un mismo rango basaban su relación en función de principios de cooperación, las personas de diferentes jerarquías tenían una relación fundada en el principio de subordinación.[30] Aquí, por un lado, Cantero estaba encargado del brazo armado de la organización, ejerciendo su jefatura sobre sus dependientes, Chamorro, Vilches y Villa; y, por otro lado, Machuca estaba encargado de ejercer influencia sobre funcionarios policiales, a los fines de procurarle impunidad a la banda. Por su parte, mientras ambos jefes se encuentran como ideadores de la logística, planificación delictiva, y emisión de órdenes a sus subordinados; las "segundas líneas", poseían un mediano poder de decisión, pero basando su voluntad y conducta al cumplimiento del plan del grupo (deber de lealtad).

2) Fungibilidad de la última línea: los magistrados sostienen que, en dicho caso, al igual que en todo aparato organizado de poder, la última línea se presenta como fungible y, por esta razón, dichos integrantes pueden aparecer o desaparecer en el decurso de la investigación.[31] Al respecto, argumentan que hay ciertos componentes de la organización que, por sus tareas no cualificadas, resultan fungibles (el caso del soldadito que debe buscar proyectiles); mientras que otros, por la especificidad de las tareas desempeñadas, su personal presencia cobra una especial relevancia a los fines de la consecución del plan del grupo (el caso de los jefes y el caso de las "segundas líneas" que tenían por función estar en contacto frecuente con la policía).[32]

3) Estructura al margen del ordenamiento jurídico: toda la organización actuaba, de manera evidente, al margen de la ley. En este punto, los magistrados argumentaron que, de manera regular, "la cúspide de la pirámide se erigía organizada con ambos líderes esparciendo su poder de manera descendente y garantizando el logro del objeto social (venta de estupefacientes), el negocio violento, y la limpieza del territorio";[33] pero, a partir del asesinato de "Pájaro Cantero", los planes de la organización se tornaron más violentos, sin perjuicio de la no variación de su objeto social.[34]

30. CCPROS, "Causa 'Los Monos'", pp. 127 y 142.
31. CCPROS, "Causa 'Los Monos'", p. 132.
32. CCPROS, "Causa 'Los Monos'", p. 132.
33. CCPROS, "Causa 'Los Monos'", p. 274.
34. CCPROS, "Causa 'Los Monos'", p. 135.

Ahora bien, cuando se trata de organizaciones constituidas conforme a derecho, es decir, empresas, la situación se vuelve más problemática. En este punto, tanto la doctrina como la jurisprudencia discuten si la teoría de los aparatos organizados de poder puede ser aplicada en casos de criminalidad de empresa; observándose opiniones totalmente disímiles al respecto.

Dentro de los defensores de la posibilidad de asimilar las empresas a aparatos organizados de poder encontramos, por un lado, el Supremo Tribunal alemán. Dicho tribunal, en un primer momento, en el caso denominado anteriormente como "Caso Alemán",[35] sostuvo que: "el problema de la responsabilidad en el funcionamiento de empresas económicas también puede resolverse de este modo";[36] haciendo aquí clara alusión a la posibilidad de aplicar la teoría de los aparatos organizados de poder a las organizaciones empresariales.

Luego, dicha postura fue mantenida por dicho Supremo Tribunal al dictar la BGHSt, 40, 257 del 13/9/1994, en la que aplicó la teoría de los aparatos organizados de poder para responsabilizar a título de autor mediato a un médico que, en el marco y ejercicio de sus funciones, ordenó a los enfermeros de una institución de salud cambiar la alimentación de una paciente por té, lo que la condujo a su muerte.[37] Y, finalmente, en un precedente más reciente, resolvió aplicar dicha teoría para condenar como autores mediatos a los directivos de una sociedad anónima que cedieron residuos peligrosos para el ambiente a otras empresas que no disponían de posibilidades adecuadas de eliminar estos residuos.[38]

Obsérvese que, para arribar a dichas conclusiones, el Supremo Tribunal alemán debió haber prescindido de la exigencia de que la organización funcione "al margen del derecho", por lo cual, según su tesis, este ya no sería un elemento necesario sino accidental o eventual, a los fines de considerar a una organización determinada como un aparato organizado de poder. En este sentido, Kai Ambos sostiene que el dominio de la organización depende únicamente de la estructura de la organización y del número de ejecutores intercambiables; porque, según su opinión, "si el aparato no está fuera del ordenamiento jurídico, el dominio del hecho de los hombres

35. Ambos, "Capítulo I. El caso alemán".
36. Ambos, "Capítulo I. El caso alemán", p. 24.
37. Lascano, "Teoría de los Aparatos Organizados de Poder y...", p. 26.
38. Lascano, "Teoría de los Aparatos Organizados de Poder y...", p. 27.

de atrás es mayor que en el caso del aparato desvinculado del derecho".[39]

En esta misma línea, de las cuales se pueden extraer conclusiones en favor de la posibilidad de extender la aplicación de la teoría de los aparatos organizados de poder al ámbito empresarial, se ha expresado el Tribunal Supremo español, en la sentencia del 12/1/1995.[40] Dicho tribunal, en primer término, estableció que "debe entenderse por organización lo que en la doctrina recibe el nombre de aparato organizado de poder"[41] y, por su parte, "que los requisitos esenciales de toda organización son: a) estructura jerárquica; b) fungibilidad de sus miembros; c) existencia conocida de un centro de decisiones".[42]

Para fundar su posición, el Tribunal español sostuvo que:

> La existencia de la organización no depende del número de personas que la integren, aunque ello estará condicionado, naturalmente, por las características del plan delictivo. Lo decisivo es, precisamente, es la posibilidad de desarrollo del plan delictivo de manera independiente de las personas individuales, pues ello es lo que permite hablar de una empresa criminal.[43]

En contraposición con este profuso desarrollo, encontramos que en la jurisprudencia argentina no existen precedentes publicados en los que se haya asimilado, o siquiera discutido, la posibilidad de asimilar una organización empresarial a un aparato organizado de poder. Por su parte, tanto el fiscal de Delitos Económicos de la ciudad de Rosario, Dr. Sebastián Narvaja,[44] como el juez en lo Penal de la ciudad de Rosario, Sr. Román Lanzón,[45] y el defensor privado, Dr. Oscar Eduardo Romera,[46] entrevistados para el presente trabajo, exponen que, en su experiencia, en ninguna causa que haya llegado a juicio oral se utilizó dicha doctrina para fundar la atribución de responsabilidad en casos de delincuencia empresarial. Sin

39. Ambos, "Dominio del hecho por dominio de...", p. 51.
40. Upsala, "Sobre el concepto de organización en...", pp.658-683.
41. Upsala, "Sobre el concepto de organización en...", pp. 661.
42. Upsala, "Sobre el concepto de organización en..." pp. 662.
43. Upsala, "Sobre el concepto de organización en..." pp. 662.
44. Entrevista al Dr. Narvaja.
45. Entrevista al Dr. Lanzón.
46. Entrevista al Dr. Romera.

embargo, el Dr. Lanzón y el Dr. Narvaja refieren también que el único caso que puede acercarse, por como lo presentó la Fiscalía, a considerar a la empresa como aparato organizado de poder, es la "Causa Vicentín", que actualmente se encuentra en la investigación penal preparatoria. En dicha causa, la Fiscalía ha imputado al directorio, integrado por integrantes de un mismo grupo familiar, por haber llevado a cabo de manera organizada una serie de estafas en perjuicio de los acreedores de la sociedad.

De este modo, a partir de lo investigado en las Bases de Datos Jurisprudenciales disponibles en la Web, así como de la información que pudimos obtener de nuestros entrevistados, podemos afirmar que, a nivel nacional y local, la discusión que en este trabajo nos planteamos es incipiente, tal como se observa en el "Causa Vicentín".

Por otro lado, dentro del grupo que se opone a la posibilidad de considerar a las empresas como aparatos organizados de poder, encontramos a gran parte de la doctrina, tal como lo hace ver Lascano.[47] En este punto, Muñoz Conde coincide con Kai Ambos en cuanto a que la desvinculación del derecho no es un elemento necesario a los fines de considerar a determinada organización como un aparato organizado de poder,[48] sin embargo, concluye que, en las organizaciones empresariales, no puede hablarse de un dominio de la voluntad en virtud del aparato de poder organizado, toda vez que allí no puede hablarse de un ejecutor responsable, puesto que en la mayoría de los casos este actúa sin intención, hecho que excluye su autoría, y en otros casos no puede hablarse de que el ejecutor sea mecánicamente intercambiable, en el sentido de la fungibilidad.[49]

Por su parte, Silva Sánchez, opinión a la que se arroga Lascano, sostiene que, en las organizaciones empresariales, el superior "facilita el hecho del inferior" con una omisión de control, o se limita a impartir órdenes a estos, pero sin un dominio organizativo tan intenso, en el sentido de que pueda confiar en que, en el caso de que su orden fuere desobedecida, otro instrumento la cumplirá. Por dicho motivo, sostienen que, en esos casos, "parece difícil construir una auténtica autoría mediata activa del sujeto de atrás",[50][51] y, por el contrario, se inclinan por afirmar que, en esos casos, la

47. Lascano, "Teoría de los Aparatos...".
48. Muñoz Conde, "¿Dominio de la voluntad en virtud...", p. 106.
49. Muñoz Conde, "¿Dominio de la voluntad en virtud...", p. 112.
50. Lascano, "Teoría de los Aparatos...", pp. 38-39.
51. Silva Sánchez, "Responsabilidad penal de las empresas y...", p. 125.

responsabilidad del sujeto de atrás se funda en una comisión por omisión, en el sentido de la teoría funcionalista.

De este modo, observamos que este grupo de autores se concentra en evidenciar los elementos de la teoría roxiniana que, a su criterio, en la empresa no se encuentran presentes, a los fines de poder considerarlas como un aparato organizado de poder. Sin embargo, y como veremos de manera fundamentada y sistematizada en el apartado siguiente, no todos los elementos deben ser considerados como esenciales a los fines de determinar la existencia o no de un aparato organizado de poder; sino que, por el contrario, alguno de ellos puede no encontrarse en determinado caso, sin perjuicio del aparato mantenerse vigente.

III. Elementos de un aparato organizado de poder y su aplicabilidad a la empresa

Un aparato organizado de poder, para ser considerado como tal, debe reunir una serie de elementos que hacen al dominio de la organización. Es decir, para que el sujeto de atrás posea el dominio de la organización hace falta la vigencia simultánea de determinados elementos que hacen que este sea quien domine la realización de la conducta típica.[52]

Conforme lo ha concebido Roxin, estos elementos son: poder de mando, desvinculación del ordenamiento jurídico de la organización, fungibilidad del ejecutor, y la considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor.[53]

III.A. Poder de mando

Este elemento implica que el sujeto de atrás tiene la competencia que hace a la organización y control de la estructura. En este entender, el poder de mando detentado por el "sujeto de atrás" implica necesariamente la existencia de una estructura jerárquica de la propia organización.

El poder de mando debe ser considerado como esencial a los fines de determinar la existencia de un aparato organizado de poder. Es que, solo

52. Roxin, "El dominio de organización como forma independiente de autoría...", p. 15.
53. Roxin, "El dominio de organización como forma independiente de autoría...", pp.11-22.

en el marco de una estructura jerárquica, el sujeto de atrás puede utilizar sus competencias para dirigir la conducta de sus subordinados para la comisión de conductas típicas, ya sea mediante una orden, o bien, creando las condiciones necesarias para que un determinado resultado lesivo sea cometido.

Entendemos que una de las características propias de las empresas modernas consiste en su estructura jerárquica en la que el poder de mando es ejercido por el directorio y la administración. En este sentido, Faraldo Cabana sostiene que la mayoría de las empresas, y no necesariamente solo las calificables de grandes, disponen de estructuras organizativas fundadas en la descentralización y división del trabajo, en sistemas de mutua dependencia de los distintos departamentos que las conforman, y regidas por el principio de jerarquía.[54]

Para corroborar ello, realizamos un trabajo de campo, entrevistando al Sr. Gabriel Maidá, administrador del Banco Coinag SA, una gran empresa, y al Sr. Ariel Carrabs, administrador de Fabaher SA, una pyme familiar. Al respecto, el gerente del Banco Coinag SA expone que:

> [...]el banco funciona con un directorio, que es el que fija las políticas... y yo tengo, a su vez, una estructura de gente que depende de mí... debe haber 8 o 10 gerencias departamentales que me secundan, y un subgerente general... El banco arrancó con 30 empleados y hoy tiene 170. [...] Igualmente, está tan regulada la actividad que hasta el Banco Central te impone un organigrama, vos lo podés aggiornar, pero hay un organigrama mínimo, un gerente de administración, un gerente de finanzas, un gerente de riesgos, un gerente de relaciones técnicas, un gerente de seguridad física; está todo establecido en un organigrama mínimo[...]

Por su parte, el gerente de Fabaher SA, manifiesta que:

> Somos una pyme familiar... en este momento tenemos 20 empleados... Yo soy director y gerente general de la empresa... y mi función es la de control... Luego, tenés el área de ventas, que se encargan de

54. Faraldo Cabana, "Posibilidades de aplicación de la autoría...", pp. 89-130.

> tomar los pedidos; el área administrativa, donde se el control crediticio del cliente y se habilita el pedido; el área de depósito, donde se prepara y se despacha el pedido; y el área de compras, que hacen los pedidos y pagos a proveedores...

De ambas entrevistas se permite extraer que, sin importar el tamaño de la empresa —ya sea la empresa una pyme familiar o una gran corporación—, ellas se estructuran de manera jerárquica, organizando su trabajo en función de claros principios de cooperación, entre el personal que desempeña funciones en diferentes áreas de un mismo rango, y de subordinación, entre aquellos que se encuentran en un mismo departamento, con jerarquías diferentes. Asimismo, se puede observar que, sin importar su tamaño, quien ejerce un control y detenta el poder de mando respecto de lo que sucede en la organización es su administrador.

Por lo tanto, cabe concluir que, en el marco de las organizaciones empresariales, el elemento relativo a la estructura jerárquica y poder de mando del gerente respecto de la organización, se halla presente.

III.B. Fungibilidad del ejecutor

La fungibilidad del ejecutor consiste en la capacidad que posee el sujeto de atrás de sustituir, a su voluntad, a la persona que cumple el rol, dentro del aparato organizado de poder, de ejecutar el acto lesivo. Este elemento es una característica esencial del aparato organizado de poder,[55] sin el cual no puede ser fundada ningún tipo de dominio de organización del hombre de atrás.

En virtud de esta sustituibilidad, la persona concreta del ejecutor pierde relevancia, quien podrá aparecer o desaparecer a lo largo de los diferentes hechos delictivos, sin perjuicio de la organización seguir funcionando de manera invariable o "automática".[56] De este modo, la realización del tipo penal no depende de la mera voluntad del último eslabón que ejecuta el plan, puesto que, como lo hace ver Roxín, si este se niega automáticamente otro lo reemplazará.[57]

55. Roxin, "El dominio de organización como forma independiente...", p. 17.
56. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, p. 272.
57. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, p. 272.

Por el contrario, la orden o directiva impartida por el sujeto de atrás genera la movilización de la organización como un todo, y, dentro de ella, el funcionamiento de las diferentes áreas o departamentos, en miras a la consecución de un mismo resultado. En este entender, cada área o departamento funciona como un engranaje que, en cumplimiento de sus competencias, se encuentra al servicio del sujeto de atrás, que detenta el poder de mando. El área que tiene la competencia de ejecutar la orden o directiva es simplemente un engranaje más y, si funciona del modo esperado por el sujeto de atrás, la sola voluntad reticente de una persona que integra dicha área de ninguna manera puede frustrar el plan colectivo; si no, a lo sumo, retrasarlo.

Consideramos que, en el ámbito empresarial, la fungibilidad del ejecutor se encuentra asegurada por las formas de organización y de división del trabajo dentro de la empresa. Ellas, a los fines de responder las exigencias del mercado y regulaciones normativas, constituyen un organigrama compuesto por áreas o departamentos de la empresa que poseen sus propias competencias y funciones.

En el plano vertical, enseña Yacobucci, dichas áreas responden jerárquicamente unas a otras, y se van delegando y asignando competencias y funciones, en una suerte de efecto cascada.[58] Mientras que, en el plano horizontal, es decir, al interno de cada área, estas competencias y funciones se traducen en tareas que deben llevar a cabo, para lo cual se dividen entre los integrantes de cada área.[59] Estos son los principios de subordinación y cooperación que regulan la actividad empresarial.

Ello fue corroborado mediante trabajo de campo, al entrevistar al gerente del Banco Coinag SA y al de Fabaher SA. Nuevamente, pudimos extraer que, sin importar el tamaño de la empresa —pyme familiar o gran corporación—, ellas se estructuran de acuerdo con un organigrama compuesto por departamentos, los cuales, cada uno, posee competencias y funciones específicas y, dentro de cada área o departamento, el personal se divide las tareas correspondientes.

En el caso del Banco Coinag SA, el organigrama es elaborado de acuerdo con las imposiciones normativas del BCRA, mientras que en Fabaher SA, este se elabora por razones de eficiencia y eficacia. Pero lo

58. Yacobucci, "La responsabilidad al interno de la empresa. La delegación de...", p. 7.
59. Yacobucci, "La responsabilidad al interno de la empresa. La delegación de...", p. 7.

destacable aquí es que, independientemente de que exista una imposición normativa o no, la evidencia muestra que las empresas se estructuran de manera orgánica, en donde a cada órgano o área se le asignan y delegan funciones específicas (principio de subordinación), y cada área se divide el trabajo entre sus integrantes a los fines del cumplimiento de sus funciones (principio de cooperación).

De este modo, a raíz de esta división de funciones y del trabajo, es que en la empresa se asegura la fungibilidad del ejecutor. Es decir, esta forma de organización propia de la empresa permite el cumplimiento del plan ordenado por el sujeto de atrás sin que importe la voluntad individual de la persona que tiene la tarea de ejecutarlo. Puesto que, en la empresa, la sola directriz u orden del gerente, pondrá en marcha los diferentes departamentos de la organización, que funcionarán de manera automática conforme sus competencias y funciones en pos de asegurar el resultado ordenado. Siendo ello una clara muestra de que, ante la hipótesis de que un ejecutor se niegue a realizar la tarea encomendada, además de poner con ello en riesgo su fuente de trabajo, otra persona de su misma área o departamento lo suplirá.

Por lo expuesto es que consideramos que no resulta correcto lo sostenido por Kai Ambos y por Muñoz Conde, cuando afirman que no hay fungibilidad del ejecutor en el ámbito de las empresas, debido a que "allí, la fungibilidad no es tan amplia como puede serlo en los aparatos de poder estatales o paraestatales organizados al margen del derecho".[60] Ello, debido a que, tal como señala el Tribunal Supremo español:

> [...] la existencia del aparato organizado de poder no depende del número de personas que la integren, aunque ello estará condicionado naturalmente, por las características del plan delictivo. Lo decisivo es, precisamente, esta posibilidad de desarrollo del plan delictivo de manera independiente de las personas individuales, pues ello es lo que permite hablar de una empresa criminal.[61]

Por su parte, tampoco consideramos procedente la oposición formulada por el Prof. Claus Roxín, relativa a que:

60. Muñoz Conde, "¿Dominio de la voluntad en virtud...".
61. Upsala, "Sobre el concepto de organización en..." p. 662.

> [...] si todo el aparato funciona de acuerdo con la norma, una instrucción antijurídica no puede poner aquí la organización en movimiento; puesto que, si es obedecida, no se trata de una acción de la maquinaria de poder, sino de una iniciativa particular llevada a cabo de manera tal que quede oculta respecto de los restantes titulares de competencias de la organización.[62]

De este modo, y en su opinión, "en esos casos no se actúa con el aparato, sino contra él".[63]

En este punto, es evidente que, si el gerente da una orden homicida a sus dependientes, la organización no se pondrá en marcha, porque ningún órgano de la empresa tiene la función o competencia de matar. Sin embargo, así no es cómo funciona la delincuencia empresarial, o al menos la que es objeto de estudio en el presente trabajo.

Por el contrario, la empresa, por los propios fines lucrativos que persigue, es un sujeto que es idóneo para cometer delitos económicos,[64] tales como evasión fiscal, fraude a los acreedores, lavado de activos, balances falsos, etc. Y, tal como expone el entrevistado Dr. Narvaja:

> [...] en el delito económico en general, los actos particulares que se llevan adelante, que constituyen la maniobra ilícita, *per se*, son acciones lícitas; porque un contrato de cesión de acciones, o un contrato de mutuo, o una compraventa, o un balance... por más que estén en el marco de una acción delictiva, a simple vista lucen como un negocio lícito, igual que cualquier otro [...].[65]

De este modo, la orden o directriz del gerente tendiente a la celebración de determinado negocio jurídico, aunque ella sea emanada en el marco de una maniobra ilícita, sí pondrá en funcionamiento a la organización, puesto que aquí sí habrá áreas que tendrán competencias y funciones comprometidas, y actuarán de manera automática a los fines de que dicho negocio jurídico se celebre.

62. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, p. 277.
63. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, p. 277.
64. Arocena & García Elorrio, "Responsabilidad penal de personas jurídicas: un...", p. 7.
65. Entrevista al Dr. Sebastián Narvaja.

Ello permite concluir que, en el ámbito de los delitos económicos, la orden o directriz del gerente pondrá en marcha los diferentes departamentos de la organización, que funcionarán de manera automática, conforme sus competencias y funciones, en pos de asegurar el resultado ordenado; y, por lo tanto, el ejecutor resultará fungible.

III.C. Desvinculación con el ordenamiento jurídico

Este elemento refiere, al decir del Prof. Claus Roxin, a la necesidad de que la organización se encuentre al margen del ordenamiento jurídico, no solo respecto a las actividades que lleva a cabo, sino también en lo que hace al objeto para el cual fue constituido.[66] De este modo, Roxin separa la *"paja criminal"* (criminalidad organizada) del *"trigo legal"* (empresas).[67]

A partir de dicha diferenciación, por un lado, quedan aquellas organizaciones que tiene por objeto mismo la comisión de delitos (asociaciones ilícitas); y, por el otro, aquellas organizaciones que poseen un objeto lícito, pero que en el marco de las actividades desarrolladas para el cumplimiento de su objeto, se cometen ilícitos (empresas).[68] Las primeras, se encuentran al margen del derecho, mientras que las segundas, se encuentran conforme a derecho.

Según Roxín, que la organización se encuentre al margen del Derecho es una condición indispensable para fundar el dominio de organización del sujeto de atrás,[69] puesto que, según él:

> [...] en tanto la dirección y los órganos ejecutores se mantengan ligados al ordenamiento jurídico, las órdenes de cometer delitos no pueden fundamentar dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas, y con ello el poder de mando del sujeto de atrás.[70]

Sin embargo, contrario a lo sostenido por Roxin, de las entrevistas realizadas, observamos que no siempre, en el marco de una organiza-

66. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, p. 277.
67. Lascano, "Teoría de los Aparatos...", p. 34.
68. Faraldo Cabana, "Posibilidades de aplicación de la autoría...", p. 107.
69. Roxin, "El dominio de organización como forma independiente...", p. 16.
70. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, p. 277.

ción constituida conforme a derecho, el acatamiento de las leyes por parte del sujeto de delante excluirá la ejecución de una orden antijurídica. Por el contrario, en el marco de la actividad empresarial, cuando la orden emitida por el sujeto de atrás involucre competencias y funciones asignadas a los dependientes de determinada área, dichos empleados no se pondrán a analizar, previo a ejecutar su tarea, si la misma pudiera ser considerada como un acto ilícito o no; sino que, por el contrario, la ejecutarán de manera automática, como una tarea rutinaria más a ellos asignadas.

Ello porque, como fue argumentado anteriormente, en el ámbito de la delincuencia económica y empresarial, las maniobras ilícitas están constituidas por actos que, por regla, y observados de manera aislada, son lícitos. Como se dijo, esta circunstancia, en la medida que la orden del administrador involucre competencias y funciones asignadas a sus dependientes, afianza y asegura el poder de mando del administrador y la fungibilidad del ejecutor, en tanto y en cuanto la empresa funcionará de manera automática. Y, por lo tanto, el hecho de que la empresa "se mueva por los cauces del derecho", no afecta el dominio de organización de su administrador.

Por su parte, consideramos que no es procedente la posición formulada por Faraldo Cabana, relativa a que:

> En las empresas que solo ocasionalmente llevan a cabo maniobras ilícitas en el marco de sus actividades lícitas... no puede aplicarse la figura del dominio de organización. El motivo es claro: las empresas no son básicamente organizaciones delictivas, absolutamente desprendidas del derecho.[71]

Es que, aquí, el argumento de Faraldo Cabana puede traducirse en la siguiente afirmación: "las empresas no son aparatos organizados de poder, porque los aparatos organizados de poder son organizaciones que se encuentran al margen del derecho". Pero esta afirmación, a nuestro entender, presenta un error de base, consistente en que este elemento estaba presente en la teoría originalmente concebida por Roxin, porque este era el tipo de organizaciones que él estudió al elaborarla.

71. Faraldo Cabana, "Posibilidades de aplicación de la autoría...", p. 109.

Y, en este punto, sostenemos que no resulta razonable entender "aparato organizado de poder", como mero sinónimo de asociación ilícita o banda organizada de criminales; porque, de ese modo, se estaría truncando todo interés jurídico y dogmático que exista por dicha teoría, a los fines de resolver problemas de autoría y participación en casos de delincuencia organizada. Justamente, la relevancia dogmática de la teoría diseñada por Roxin, tal como lo hace ver Muñoz Conde, consiste en la posibilidad de brindar una respuesta al problema de "cómo hacer responsables a los miembros de organizaciones que no intervienen directamente en la ejecución de los delitos concretos que solo llevan a cabo otros, pero cuya dirección asumen".[72]

De este modo, lo que resulta determinante en un aparato organizado de poder es el dominio de organización del sujeto de atrás; y, por lo tanto, habiendo observado que la circunstancia de que la empresa "se mueva por los cauces del derecho" no afecta, necesariamente, dicho dominio, corresponde concluir que "la desvinculación con el ordenamiento jurídico" no es un elemento esencial de los aparatos organizados de poder, sino uno tan solo eventual o accidental. Es decir, un elemento o característica que puede encontrarse o no presente en cada caso concreto.

III.D. La disponibilidad al hecho del ejecutor

La "disponibilidad al hecho del ejecutor" consiste, según Roxin, en la predisposición que tienen los miembros de la organización para la realización de las conductas típicas que le son ordenadas.[73] Predisposición que se fundamenta en numerosas influencias que la organización ejerce sobre el autor inmediato, como consecuencia de encontrarse este inmerso dentro de la organización.[74] Esta influencia permite hablar, al decir de Roxin, de un actuar incondicionado e irreflexivo del ejecutor; influencia que, sin embargo, según él "no excluye su culpabilidad ni responsabilidad por el hecho".[75]

Roxin sostiene que este elemento no se halla presente en la criminalidad de empresas, puesto que, allí, "el ejecutor corre un considerablemente

72. Muñoz Conde, "¿Cómo imputar a título de autores...", p. 1.
73. Roxin, "El dominio de organización como forma independiente...", pp. 19 -20.
74. Roxin, "El dominio de organización como forma independiente...", pp. 19 -20.
75. Roxin, "El dominio de organización como forma independiente...", pp. 19 -20.

elevado riesgo de punibilidad y de la pérdida del puesto en la empresa".[76] A partir de allí es que Muñoz Conde sostiene que, en el ámbito empresarial, normalmente el ejecutor se trata de un instrumento irresponsable que actúa sin intención, y que no puede ser considerado autor;[77] no es posible, por tanto, aplicar la figura del "autor tras del autor", ni fundamentar un dominio de la voluntad en virtud del aparato de poder.[78] De este modo, bajo esta premisa, si no hay responsabilidad no puede haber predisposición al hecho.

Sin embargo, en este punto, entendemos que hay dos cuestiones a considerar. Por un lado, la predisposición al hecho a la que refiere Roxin y, por el otro, la consecuente responsabilidad del ejecutor.

En lo que hace a la predisposición al hecho, coincidimos con Roxin en cuanto a que este, a la par con la fungibilidad, es un elemento esencial y determinante del poder de mando y consecuente dominio de organización del sujeto de atrás que se sienta en la cúspide de la organización. Ello por cuanto a que solo un accionar incondicional y "automático" del ejecutor, así como su eventual reemplazo, en caso de negativa, por otro ejecutor igual de "incondicional", asegura el estricto cumplimiento de la orden, sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor.

A partir de aquí, recién, se puede hablar de que el sujeto de atrás domina la realización o evitación del resultado típico. Justamente, si el sujeto de atrás no pudiese contar con un accionar incondicional del ejecutor y, por el contrario, este tuviere libertad para decidir la modalidad (el cómo, el dónde, el cuándo y el cuánto) de la ejecución del delito ordenado por el sujeto de atrás, no puede hablarse de que él domina su resultado y, por lo tanto, no podrá ser responsabilizado a título de autor mediato, sino, eventualmente, como inductor o partícipe del delito cometido por otro.

En el ámbito empresarial, consideramos que la predisposición del ejecutor al hecho se encuentra presente. Es que, conforme hemos observado a través de las entrevistas realizadas, la reglas que rigen la división del trabajo dentro de la empresa permiten que los empleados ejecuten de manera mecánica, es decir, irreflexiva, las tareas que le son asignadas, en la medida que estas se encuentren en el ámbito de sus competencias y funciones.

76. Roxin, "El dominio de organización como forma independiente...", p. 21.
77. Muñoz Conde, "¿Cómo imputar a título de autores...", p. 6.
78. Muñoz Conde, "¿Cómo imputar a título de autores...", p. 6.

De este modo, contrario a lo argumentado por Roxin en este punto, el empleado no se detiene por "el riesgo de punibilidad" o por "el riesgo de ser despedido", porque esta tarea a ejecutar, a pesar de aquí integrar una maniobra ilícita, es análoga a cualquier otra tarea lícita de rutina que él ejecuta y, desde su perspectiva, el riesgo de ser despedido existe, justamente, si él no cumple con las tareas que se encuentran dentro del ámbito de su competencia.

Ahora bien, en lo que hace a la consecuente responsabilidad del ejecutor, disentimos con Roxin y con Muñoz Conde en cuanto a que ella tenga algún tipo de relevancia a los fines de determinar el dominio de organización y consecuente autoría mediata del hombre de atrás. Si bien el estudio exhaustivo del grado y tipo de responsabilidad que merece la conducta del ejecutor material excede los límites y objeto del presente trabajo, puede observarse a simple vista que, si, en el ámbito de la delincuencia económica, las maniobras ilícitas están compuestas por actos y negocios jurídicos por regla lícitos, la orden del administrador consistente en que sus empleados realicen una tarea que se encuentra dentro del marco de sus competencias y funciones, puede hacer, perfectamente incurrir en error a su empleado respecto del carácter antijurídico de dicha tarea y, por lo tanto, excluirá la tipicidad de su conducta. Sin embargo, aún bajo esta hipótesis de error de tipo incurrida por el empleado, se puede hablar de la figura del "autor detrás del autor" porque el instrumento, que es el empleado, actúa, sin intención, pero actúa; y, por lo tanto, está en condiciones de ser considerado como autor del hecho; sin perjuicio de su accionar no ser penalmente punible.

Insistimos, el estudio de la responsabilidad del autor inmediato del hecho ilícito cometido en el marco de un aparato organizado de poder merecerá un estudio propio y ulterior, puesto que excede los límites y marco del presente. Ahora bien, en lo que resulta de interés para este trabajo, tal como lo pone de resalto el Dr. Oscar Eduardo Romera al ser entrevistado:

> [...] cuando el instrumento, es decir el autor dentro del autor, incluso ignora la ilicitud de lo que está haciendo, la solución jurídica debe ser construida a través de la autoría mediata, porque el que tiene el dominio de la situación no es el que la instrumentalizó sino el administrador, gerente o director de la empresa.[79]

79. Entrevista al Dr. Romera.

De este modo, observamos que, en el marco de la delincuencia empresarial, el conocimiento o desconocimiento del empleado respecto de la ilicitud del hecho a él encomendado, no afecta el dominio de organización del administrador que emite la orden. Puesto que, por regla, el administrador tiene la certeza que su empleado cumplirá la orden, por involucrar competencias y funciones a él asignadas (disponibilidad al hecho) y, a todo evento, para el caso de una inusitada negativa a cumplirla —ya sea por conocer la ilicitud o por cualquier otra razón—, tiene la certeza que otro empleado de la misma área o departamento, con análogas competencias y funciones, lo suplirá y cumplirá la tarea encomendada.

En suma, en el ámbito empresarial, la "disponibilidad al hecho ejecutor", en tanto elemento esencial para considerar a determinada organización como aparato organizado de poder, se halla presente, sin perjuicio de la responsabilidad o irresponsabilidad del ejecutor, circunstancia que no afecta el dominio de organización del administrador.

IV. Desarrollo del concepto de "dominio de organización del administrador de empresa"

Definido, en el capítulo anterior, que la empresa puede ser considerada un aparato organizado de poder, en tanto y en cuanto se hallan presentes las condiciones necesarias para sostener un dominio de organización del administrador, resta elaborar un concepto de dicho dominio, a su medida. Para desarrollarlo, resulta relevante tomar prestado los elementos delineados por Jakobs para atribuir responsabilidad, basados en deberes, roles y competencias,[80] por ser ellos los que de un mejor modo explican el funcionamiento y actuar organizado de la empresa.

En este punto, Jakobs sostiene que "la responsabilidad jurídico penal siempre tiene como fundamento el quebrantamiento de un rol",[81] sea este un rol especial o un rol común. El rol común es aquel que está a cargo de toda persona, el rol de comportarse conforme a derecho;[82] mientras que el

80. Jakobs, "El ocaso del dominio del hecho...".
81. Jakobs, "El ocaso del dominio del hecho...".
82. Jakobs, "El ocaso del dominio del hecho...".

rol especial hace alusión a la especial posición que ocupa una determinada persona dentro de una determinada institución u organización.

Este rol especial supone la existencia de determinadas competencias y funciones que pesan sobre la cabeza de dicha persona. Competencias y funciones que, a su vez, le imponen a su titular el cumplimiento de determinados deberes especiales. Por lo tanto, dice Jakobs que el quebrantamiento de un rol especial, cuando adquiere relevancia jurídico penal, implica la comisión de un delito de infracción de un deber.[83]

En el ámbito empresarial, la calidad de "administrador de la empresa" implica, naturalmente, un rol especial dentro de la organización; rol al cual se le asignan determinadas competencias y funciones específicas. Como hemos visto, la competencia principal del administrador es el poder de mando en la empresa; el cual se traduce, en términos generales, como el deber de organizar eficientemente el aparato empresario y controlar que su actuación sea conforme a derecho.

Este rol tiene suma importancia puesto que, tal como reconoce Ilharrescondo, la empresa es una fuente generadora de riesgos, cuya actividad riesgosa, para evitar afectar bienes jurídico penales, debe, por un lado, desempeñarse dentro de los cauces y estándares fijados por el ordenamiento jurídico[84] y, por el otro, debe "contar con una estructura idónea que evite que errores de organización dentro de la empresa finalmente desemboquen en la afectación inmediata de bienes jurídicos de terceros".[85]

Para la ejecución de los fines societarios, el administrador no actúa de manera directa, sino a través de los órganos de la sociedad. Para ello, elabora un organigrama, integrado por departamentos, subdepartamentos y áreas de la empresa, a los cuales, tal como sostiene el Dr. Lanzón, les asigna y delega deberes, facultades y atribuciones.[86]

La importancia de la determinación del organigrama reside, al decir del Dr. Lanzón, en que este permite determinar y delinear el ámbito de responsabilidad y actuación de cada miembro al interno de la empresa.[87] En este punto, el Dr. Lanzón sostiene que, en ningún caso, el administrador podría ampararse en el organigrama para pretender eximirse de

83. Jakobs, "El ocaso del dominio del hecho...".
84. Ilharrescondo, *Delitos societarios,* p. 95.
85. Ilharrescondo, *Delitos societarios*, p. 96.
86. Entrevista al Dr. Lanzón.
87. Entrevista al Dr. Lanzón.

responsabilidad, "si del mismo no surge la clara distribución de funciones y cuál es el grado de responsabilidad que tiene cada uno de los sujetos intervinientes".[88] Y ello encuentra sentido, justamente, en que, en virtud de su poder de mando, el administrador tiene sobre su cabeza el deber de organizar debidamente el aparato.

Ahora bien, cuando el organigrama está correctamente confeccionado, el administrador delegante de funciones y competencias dentro de la empresa no queda totalmente desentendido, sino que, tal como lo reconoce el Dr. Lanzón, "subsisten sobre su cabeza obligaciones que se llaman de responsabilidad residual, como ser las de supervisión y control".[89]

Por ello, debe decirse que el poder de mando también le otorga al administrador la potestad de delegar y asignar competencias y funciones a las diferentes áreas y departamentos de la empresa que dependen de él, y el deber de impartirles órdenes y controlar su actuación (deber de supervisión y control), con relación a las competencias y funciones que les fueron asignadas.

Ahora bien, este deber residual de control y supervisión no es absoluto, es decir, no puede extenderse sobre toda actuación desempeñada por los subordinados en la empresa. En este sentido, el Dr. Lanzón afirma que:

> [...] en todo organismo de dirección es humanamente imposible pensar que el director de la empresa va a poder conocer todo lo que hacen todos los subordinados. Entonces. Esto no significa que por el solo hecho de ser la cabeza de una persona jurídica, él deberá responder por cualquier delito cometido por un dependiente. Ello implicaría ingresar a zonas de atribución de responsabilidad objetiva vedadas por el derecho penal.[90]

Para evitar ello, la responsabilidad del administrador respecto de los hechos cometidos por sus dependientes debe elaborarse sobre un marco que encuentre relación con el rol que el administrador cumple en la empresa. En este punto, tal como hemos visto en el capítulo anterior, la potestad del administrador de impartir órdenes a sus dependientes y controlar su

88. Entrevista al Dr. Lanzón.
89. Entrevista al Dr. Lanzón.
90. Entrevista al Dr. Lanzón.

actuación, fundaba dominio de organización, en la medida que estas órdenes y control encuentren adecuada relación con las competencias y funciones asignadas a los dependientes; puesto que, de lo contrario, no podía asegurarse la predisposición al hecho del ejecutor ni su eventual fungibilidad.

De lo expuesto, surge que lo decisivo a la hora de hablar de dominio de organización del administrador es la existencia de una conducta ilícita ejecutada por un subordinado en el marco de sus competencias y funciones asignadas, como consecuencia de una orden emanada por el administrador en dicho sentido, o de una falta de control de él que hiciere posible aquella conducta. En ausencia de relación entre la conducta ilícita del subordinado y sus competencias y funciones asignadas, tal como afirma Roxin, "la conducta solo se tratará de una iniciativa privada en desmedro de la empresa",[91] que mal podrá ser atribuible al administrador a título de autoría mediata.

Es que, por un lado, en el caso de una orden emitida por el administrador que no involucra las competencias y funciones de ningún dependiente, como puede ser el caso de una orden homicida, ella no logrará poner en marcha al aparato de manera automática. Y, por lo tanto, el administrador no podrá confiar en que la orden será cumplida en virtud de su dominio de organización. En este caso, si la orden es acatada, la responsabilidad del administrador deberá ser encuadrada en otro tipo de participación, como es la figura del instigador.

Por su parte, en el caso de una falta de control debida del administrador respecto de actos ilícitos ejecutados por sus subordinados pero que no tengan relación con competencias y funciones a ellos asignadas, corresponde sostener que, aquí, no habrá responsabilidad del administrador, ni a título de autoría mediata ni por otro título. Es que, el deber de control del administrador es el deber de controlar cómo sus dependientes llevan a cabo las tareas que les fueron encomendadas. Por lo tanto, si el accionar ilícito del dependiente no tiene relación con competencias a él asignadas, resulta irrelevante que el administrador haya omitido su deber de control, puesto que el resultado lesivo no es una consecuencia de ello.

A partir de lo expuesto, estamos en condiciones de construir el concepto de dominio de organización del administrador en los siguientes términos: El administrador de la empresa posee el dominio de evitación de aquellos resul-

91. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*.

tados típicos que fueren ejecutados por sus subordinados en cumplimiento de sus competencias y funciones dentro de la organización, en la medida que esa ejecución fuere posible por una orden emitida por el administrador o una falta de control. Y, en virtud de dicho dominio, el administrador deberá ser responsabilizado a título de autor mediato 1) cuando imparta una orden delictiva a sus subordinados, que involucre las competencias y funciones asignadas a ellos; o 2) cuando omita controlar la actuación de las áreas o departamentos a su cargo y, como consecuencia de esto, sus subordinados, en el ejercicio de sus competencias y funciones, cometan conductas ilícitas.

En el primer supuesto, hay una directiva concreta del administrador, que pone en funcionamiento los diferentes departamentos del aparato organizado que es la empresa, que funcionarán de manera automática, puesto que la orden del sujeto de atrás involucra competencias y funciones que les compete directamente.

El accionar del ejecutor es incondicional e irreflexivo (es decir, tiene predisposición al hecho), no porque necesariamente esté obrando dolosamente, sino porque la tarea a él encomendada resulta análoga a cualquier otra tarea lícita de rutina que realiza. De este modo, si a un empleado que trabaja en el área de suscripción de documentos le ordenan que suscriba un documento, resulta irrelevante para la realización del resultado típico que él conozca —o no— que dicho documento integra una maniobra ilícita tendiente a defraudar a un tercero; puesto que, en todo caso, si él se niega, otro empleado, en cumplimiento de las funciones a él asignadas, lo suplirá.

Con esto puede observarse que ya sea que el ejecutor sea utilizado como un mero instrumento de la empresa, o bien este actúe con conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal cuya realización le encomendaron, en nada una circunstancia u otra obsta el dominio de organización del administrador, y su consecuente responsabilidad a título de autor mediato en virtud de dicho dominio de organización; porque, en cualquier caso, él domina la realización del resultado ordenado.

Ello, debido a que, al emitir una orden ilícita que compromete competencias y funciones propias de sus subordinados, está ejerciendo su poder de mando sobre el aparato para asegurarse que el resultado lesivo se concretará, sin importar quien sea la persona que, en definitiva, lo lleve a cabo. Porque, en la empresa, en donde hay competencias y funciones involucradas, habrá fungibilidad del ejecutor y predisposición al hecho.

En el segundo supuesto, hay una omisión de control por parte del administrador, es decir, un quebrantamiento del rol, quebrantamiento creador

de un riesgo, que se concretiza en un resultado típico que es ejecutado por su subordinado, en el cumplimiento de las competencias y funciones a él encomendadas.

En el aspecto de la tipicidad objetiva, lo que funda la responsabilidad del administrador, entonces, es la existencia de un rol quebrantado que encuentra una relación de causalidad con el resultado lesivo. Por ello, esta imputación no resulta violatoria del principio de autorresponsabilidad, puesto que, tal como lo reconoce Jakobs, cada uno responde por las consecuencias de su comportamiento.[92]

En el aspecto de la tipicidad subjetiva, la cuestión es un tanto más controvertida. Al respecto, el interrogante que se plantea es cómo puede acreditarse el conocimiento por parte del administrador si, justamente, se le está atribuyendo no haber controlado a sus subordinados. Sobre este punto, fueron entrevistados tanto el fiscal Dr. Narvaja, el juez Dr. Lanzón, y el defensor particular Dr. Romera.

En primer lugar, el Dr. Narvaja considera que:

> Yo entiendo que, doctrinariamente, la utilización de la doctrina de los aparatos organizados de poder se presenta como legitima porque, en definitiva, es una forma que representa cierta posibilidad de aplicar presunciones que impactan en que se considere que ha habido dolo de las personas que se encuentran más arriba... Y por cómo está construido nuestro derecho penal, todo lo que sea introducir presunciones de dolo u objetivizar el dolo, encuentra siempre un montón de trabas y oposiciones y discusiones. [...] Específicamente la doctrina de la autoría mediata por tratarse de un aparato organizado de poder, me parece que tiene un fuerte contenido en ese sentido y, entonces, ponerse a usar esa doctrina como fiscalía, te trae un montón de problemas de litigio. Para subsanar este problema de litigio, dice... están las categorías de ceguera ante los hechos o ignorancia deliberada, como base de dolo eventual o del dolo. Entonces, cuando la persona deliberadamente se mantuvo en ignorancia de los elementos específicos del hecho particular... pero vos podés demostrar que básicamente lo hizo adrede, vos le podés imputar el dolo...[93]

92. Jakobs, "El ocaso del dominio del hecho...".
93. Entrevista al Dr. Narvaja.

Por su parte, el Dr. Lanzón sostiene que:

> [...] El problema está cuando el delito se comete por algún subordinado de la empresa, porque allí hay que ver de qué forma puede eventualmente responder quienes ocupan los cargos jerárquicos. Para eso sirve me parece la estructura de los aparatos organizados de poder y me parece que el ámbito donde más cómodamente se pueda analizar es en el caso de los delitos imprudentes, más difíciles en los delitos dolosos. [...] Entonces, en estos casos puede haber responsabilidad a título de imprudencia. Ahora, cuando el sujeto que delega pueda advertir cognitivamente que esta persona va a cometer un delito, ya ahí es distinto porque yo estoy inclinando mi comportamiento al plan del autor. De forma tal que ahí entran las reglas de la participación dolosa. [...] Ahora, si el delito es cometido dolosamente por la otra persona, y yo no tengo ningún tipo de participación; puedo incluso ser condenado, perseguido o imputado por un delito imprudente, de la medida que yo pueda acreditar que las funciones mínimas de control y supervisión que me corresponden como órgano de dirección no las hice y favorecí la comisión de delito por parte del subordinado.[94]

Finalmente, el Dr. Romera manifiesta que:

> Cuando estamos hablando de conductas dolosas, el dolo no se presume hay que demostrarlo; y si hay dolo, como en definitiva es hecho psicológico, se prueba a través de las conductas precedentes, concomitantes y posteriores. Es decir, ya es un tema de prueba de la sana crítica racional, que es el uso de la experiencia, la lógica y la psicología. [...] Entonces, yo no puedo probar las intenciones de las personas, pero sí lo que exteriorizó y llevarme una conclusión de ello. Ahí es donde juegan un papel predominante los roles que cumple el administrador. En función de los roles vos determinás, porque uno nunca va a meterse en la cabeza del administrador, que inexorablemente no podía ignorar o desconocer lo que se hizo por-

94. Entrevista al Dr. Lanzón.

> que estaba dentro de la esfera de sus atribuciones o su ámbito de competencia.[95]

En este punto, consideramos que, siempre que haya una clara asignación de atribuciones al interno de la empresa (organización adecuada), la responsabilidad del administrador en los casos de omisión de control respecto de los delitos cometidos por sus subordinados en el marco de sus funciones y competencias es a título de culpa. Para ilustrar nuestra posición, partiremos del ejemplo utilizado por Jakobs relativo al caso de la empresa que vierte residuos contaminantes al río.[96]

En este caso, si el administrador asignó al responsable del área la tarea de tratar los residuos, previo a deshacerse de ellos, para que ellas no sean sustancias susceptibles de contaminar el río; pero, en el caso en concreto, no controló adecuadamente que dicho tratamiento de residuos efectivamente estuviere siendo llevando a cabo por sus subordinados, estaremos frente a una imprudencia desplegada por el administrador, es decir, un incumplimiento de un deber propio de su rol, que favoreció la comisión del delito por parte del subordinado, tal como sostiene el Dr. Lanzón.[97]

V. Conclusión

En el presente trabajo se abordó el tema "La autoría mediata del administrador de empresas en virtud de su dominio de organización", con la finalidad de estudiar si las organizaciones empresariales podían ser consideradas, conforme su estructura y elementos, aparatos organizados de poder; y, a partir de allí, elaborar un concepto de dominio de organización a la medida del administrador de empresas, a partir de las construcciones teorías de Roxin y Jakobs.

En el marco de nuestra investigación, hemos desarrollado un trabajo de campo consistente en cinco entrevistas dirigidas al fiscal provincial de la ciudad de Rosario, de la Unidad de Delitos Económicos, Dr. Sebastián Narvaja, al defensor particular Dr. Oscar Romera, y al juez del Colegio de

95. Entrevista al Dr. Romera.
96. Jakobs, *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, p. 79.
97. Entrevista al Dr. Lanzón.

Jueces en materia penal de la ciudad de Rosario, Dr. Román Lanzón. Así como también, a los siguientes administradores de empresas, Sr. Gabriel Nuncio Maidá, integrante del directorio del Banco Coinag, y al Sr. Ariel Carrabs, integrante del directorio y administrador de Fabaher SA.

Conforme ha surgido del primer capítulo, la evolución jurisprudencial y doctrinal respecto a la aplicabilidad de la teoría de los aparatos organizados de poder a las empresas no ha llegado a una posición definitiva. Aunque algunos tribunales extranjeros, como el Tribunal Supremo alemán y el Tribunal Supremo español, han concluido que es posible aplicar dicha teoría en el ámbito de la delincuencia empresarial, en nuestro país no existen sentencias definitivas que apliquen dicha teoría a empresas. El único caso existente en el fuero local, mencionado tanto por el Dr. Lanzón como por el Dr. Narvaja, se trataría de la Causa "Vicentín", que se encuentra en la investigación penal preparatoria.

En la doctrina, las posiciones están igualmente controvertidas, sin que ninguna postura domine la discusión. Mientras que algunos autores basan su postura en afirmar que las empresas carecen de todos los elementos enunciados por Roxín para ser consideradas aparatos organizados de poder; otros autores sostienen que no todos los elementos son esenciales a dichos fines, teniendo una posición más aperturista.

Por ello, es que en el capítulo II del presente trabajo nos hemos propuesto estudiar en detalle los elementos de los aparatos organizados de poder, según la teoría concebida por Roxin, y si los mismos se encontraban presente en la organización empresarial. Los elementos constitutivos de todo aparato organizado de poder serían, según Roxin: el poder de mando, la fungibilidad del ejecutor, la desvinculación con el ordenamiento jurídico del aparato, y la disponibilidad al hecho del ejecutor.

En este punto, hemos demostrando que, mientras el poder de mando, fungibilidad del ejecutor, y disponibilidad al hecho del ejecutor deben ser considerados elementos esenciales de todo aparato organizado de poder, puesto que fundan el dominio de organización del sujeto de atrás; la desvinculación con el ordenamiento jurídico del aparato se trata de tan solo un elemento accidental o eventual, es decir, uno que en cada caso concreto puede encontrarse o no, sin perjuicio de que el dominio de organización del sujeto de atrás subsista. De este modo, según lo aquí investigado, prima la posición aperturista.

También hemos demostrado que, en el ámbito empresarial, estos tres elementos esenciales se encuentran presentes. Como consecuencia de ello,

las empresas deben ser consideradas aparatos organizados de poder y, por lo tanto, bajo ciertas condiciones y alcances, puede hablarse de un dominio de organización del administrador de empresa.

Finalmente, en el presente capítulo hemos demostrado que la empresa y el dominio de organización del administrador posee características y elementos esenciales propios. En este punto, se ha observado que habrá dominio de organización del administrador, en la medida que haya competencias y funciones comprometidas de los subordinados, que aseguren la movilización automática del aparato en aras del cumplimiento del plan del autor.

Esto nos lleva a afirmar que la primera parte de la hipótesis inicialmente considerada se ha visto parcialmente modificada. Allí, habíamos sostenido que el administrador poseería dominio de organización de la empresa; sin perjuicio de que este dominio estará condicionado a las características propias de la empresa —la cual no es estrictamente un aparato organizado de poder—. Ahora, al momento de desarrollar la presente conclusión, estamos en condiciones de afirmar que, efectivamente, el administrador posee dominio de organización de la empresa, *la cual es un aparato organizado de poder*, que, a su vez, posee características y elementos propios.

Determinado lo anterior, restaba desarrollar, en el tercer capítulo, un concepto de dominio de organización a la medida del administrador, que determine en qué casos él deberá responder a título de autor mediato en virtud de su dominio. Ello, a los fines de confirmar o refutar la segunda parte de nuestra hipótesis.

En este sentido, observamos que, conforme el rol que el administrador cumple en la empresa, este posee el deber de organizar eficientemente el aparato empresario y controlar que su actuación sea conforme a derecho. Para ello, crea un organigrama, compuesto por departamentos y áreas, a las cuales les asigna ámbitos de responsabilidad y de actuación. Respecto de dichos ámbitos, el administrador conserva sobre su cabeza el deber de control y supervisión.

Ahora bien, en función de dicho deber de control y supervisión, el administrador no puede ser responsable de todos los delitos que se cometan en la empresa. Lo contrario configura objetivizar la responsabilidad del administrador, cuestión vedada para el derecho penal.

Por ello, nuestra principal preocupación ha sido encontrar un límite razonable a la hora de elaborar el concepto de dominio de organización que funde la responsabilidad del administrador por los hechos cometidos por

sus dependientes. Límite, que debía encontrar una relación razonable con el rol que el administrador cumple en la empresa.

Este límite ha sido encontrado en la adecuada relación que debe existir entre la orden o falta de control del administrador, por un lado, y la comisión de una conducta ilícita por parte del subordinado en el marco de sus competencias y funciones asignadas, por el otro. Por lo tanto, si la conducta ilícita no es ejercida en el marco de dichas competencias y funciones, por más que existe orden o falta de control del administrador, no existe nexo de causalidad adecuado que funde dominio de organización del administrador y, por lo tanto, no habrá autoría mediata en virtud de dicho dominio.

En función de ello, estamos en condiciones de concluir que, para que exista dominio de organización del administrador, y una consecuente responsabilidad a título de autor mediato en virtud de dicho dominio, deben reunirse los siguientes elementos objetivos:

1) Que exista una orden o falta de control del administrador hacia sus subordinados;

2) Que dicha orden o falta de control involucre o tenga una adecuada relación con competencias y funciones de sus subordinados, siendo esto esencial a los fines de asegurar que el accionar del dependiente sea incondicional e irreflexivo, así como la posibilidad de sustituirlo en caso de negativa y, por lo tanto, asegurándose el administrador que el resultado lesivo se producirá independientemente de la voluntad concreta del ejecutor;

3) Que dicha orden o falta de control hiciera posible la conducta típica ejecutada por el subordinado, y esto es determinante a los fines de poder imputarle objetivamente el resultado al administrador.

De este modo, estamos en condiciones de afirmar que la segunda parte de la hipótesis inicialmente considerada ha sido refutada. Allí, habíamos desarrollado el concepto de dominio de organización del administrador en los siguientes términos:

> El administrador, en virtud de sus competencias y funciones, poseería el dominio de evitación de todos aquellos resultados típicos relacionados con delitos en beneficio de la empresa (dominio de organización del administrador); y, en virtud de dicho dominio, deberá ser responsabilizado a título de autor mediato cuando él imparta órdenes a sus dependientes en miras a la ejecución por parte de estos de delitos en beneficio de la empresa, o bien, cuando estructure

> y organice la empresa de modo tal de permitir que los dependientes puedan ejecutar libremente, en el marco de sus funciones, delitos en beneficio de la misma.

Ahora, a partir del límite descubierto, que determina el ámbito de responsabilidad del administrador por los delitos cometidos por sus dependientes, la nueva tesis ha quedado formulada en los siguientes términos:

> El administrador de la empresa posee el dominio de evitación de aquellos resultados típicos que fueren ejecutados por sus subordinados en cumplimiento de sus competencias y funciones dentro de la organización, en la medida que esa ejecución fuere posible por una orden emitida por el administrador o una falta de control a él imputable. Y, en virtud de dicho dominio, el administrador debe ser responsabilizado a título de autor mediato cuando imparta una orden delictiva a sus subordinados, que involucre competencias y funciones a ellos asignadas, o cuando omita controlar la actuación de las áreas a su cargo y, como consecuencia de ello, sus subordinados, en el ejercicio de sus funciones, cometan conductas ilícitas.

Finalmente, como palabras finales quisiéramos manifestar que, en nuestra opinión, el límite descubierto es uno de los puntos más valiosos de nuestra investigación, pese a no haber estado incluido dentro de nuestros objetivos al iniciar nuestro trabajo. Ello, debido a que permite establecer el ámbito de responsabilidad del administrador por el hecho de sus dependientes, así como también permite poner un freno razonable a supuestos de heterorresponsabilidad que no superen un filtro de legalidad. Asimismo, este límite o ámbito sobre el cual se funda la responsabilidad del administrador según nuestra tesis, podrá ser el punto de partida de nuevas hipótesis que tengan por objeto investigar la responsabilidad del administrador en casos de delincuencia empresarial, más allá de la autoría mediata.

VI. Bibliografía

Ambos, Kai, "Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder", en *Cuadernos de Conferencias y Artí-*

culos, N.º 20, Universidad Externado de Colombia, 1998, Bogotá, traducción de Cancio Meliá, Manuel.

——,"Capítulo I, El caso alemán", en Ambos, Kai, *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, 2ª Ed., Temis, 2009, Bogotá, traducción de Béguelin, José Raúl.

Arocena, Luis & García Elorrio, Juan, "Responsabilidad penal de personas jurídicas: un compromiso internacional en materia de lucha contra la delincuencia organizada", en Slokar, Alejandro, De Luca, Javier & Alagia, Alejandro, en *Derecho Penal*, 2013, año II, vol. 4, Delitos económicos, Infojus, pp.3-31.

Beck, Ulrich, "De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo", *en Revista de Occidente*, N.°150, 1993, pp. 19-40, traducción de Del Río, Herrmann.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, "Juicio a las Juntas Militares", "Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del Decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional", Causa 13/84, 9/12/1985, id SAIJ: FA86000882.

Colegio de Cámara de Apelaciones Penal Rosario, "Causa 'Los Monos'", "C.A.M. y otros s/Asociación Ilícita agravada, atentado contra la autoridad, homicidio agravado por el uso de arma de fuego, cohecho activo, tenencia ilegítima de arma de fuego de uso civil condicional, tenencia ilegítima de arma de guerra, encubrimiento agravado, violación de secreto, cohecho pasivo, incumplimiento de los deberes de funcionario público", 6/11/2018, *Fallos* 26:238.

Faraldo Cabana, Patricia. "Posibilidades de aplicación de la autoría mediata con aparatos organizados de poder en la empresa", en Serrano Piedecasas, José Ramón & Demetrio Crespo, Eduardo, en *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, Colex, 2008, Madrid.

Ilharrescondo, Jorge M., *Delitos societarios*, La Ley, 2008, Argentina.

Jakobs, Günther, "El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos", en Jakobs, Günther & Cancio Melia, Manuel*, El sistema funcionalista del Derecho Penal*, Grijley, 2000, Lima.

——, "Sobre la Autoría del Acusado Alberto Fujimori", en Ambos, Kai, *La autoría mediata: El caso Fujimori*, Ara Editores, 2010, Lima.

——, *La imputación objetiva en el derecho penal*, 5ª Ed., Editorial Ad-Hoc, 2009, Argentina.

Lascano, Carlos J., "Teoría de los Aparatos Organizados de Poder y Delitos Empresariales", en *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales, homenaje a Claus Roxin*, Marcos Lerner Editora, 2002, Córdoba, pp. 340–349.

Muñoz Conde, Francisco, "¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?", en *Revista Penal*, Universidad de Huelva, N.º 9, 2002, pp. 59-98.

——, Francisco, "¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones no desvinculadas del derecho?", en *Revista penal, Universidad de Huelva*, N.º 6, 2000, pp.104-114.

Roxin, Claus, "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", en *Revista de Estudios de la Justicia*, N.º 7, 2006, pp. 11-22.

——, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 7ª Ed., Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000, Madrid, traducción de Contreras, Joaquín Cuello.

Silva Sánchez, Jesús María, "Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos de dirección en derecho español", en Bacigalupo, Enrique, en *Derecho Penal Económico*, Hammurabi, 2000, Buenos Aires.

——, La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª Ed., Editorial DdeF, 2006, Buenos Aires.

Upsala, Joshi Jubert, "Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sección Jurisprudencia, fascículo N.º 2, 1995, pp. 657-683.

Yacobucci, Guillermo Jorge. "La responsabilidad al interno de la empresa. La delegación de funciones", en *Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ)*, 2002, id SAIJ: DACF020040, http://www.saij.gob.ar/guillermo-jorge-yacobucci-responsabilidad-al-interno-empresa-delegacion-funciones-dacf020040-2002/123456789-0abc-defg0400-20fcanirtcod, consultado 15/08/2024.

LA LEY 26.396: PROBLEMAS PRÁCTICOS Y VULNERACIÓN DE DERECHOS*

Valentina Belén Cabezas**

Resumen: En el presente trabajo se analizará desde una perspectiva crítica la Ley nacional 26.396, mediante la cual se declara interés nacional la prevención y control de los trastornos de la conducta alimentaria. A pesar del avance que ello implica, es necesario ajustar su implementación, ya que, al observar la realidad fáctica, se constata que la gran mayoría de personas afectadas por esta enfermedad, quedan fuera del sistema de salud por no poder afrontar económicamente los costos de un tratamiento integral y efectivo, aun cuando la ley obliga a las empresas de medicina prepaga y obras sociales a cubrir tales prácticas.

Desde un punto de vista humano, es inconcebible que el afán de lucro haga oídos sordos a una cruda realidad que nos aqueja como sociedad. Pero más aun, ello no se concibe desde un punto de vista jurídico, dado que numerosas normativas tanto nacionales como internacionales proclaman el derecho inalienable de todo ser humano a acceder al sistema sanitario, a que su salud sea atendida, y por sobre todo, a que se le brinde un trato digno e igualitario.

Palabras clave: salud — trastornos de la conducta alimentaria — tratamiento interdisciplinario — sanciones — delegación legislativa — derecho comparado

Abstract: In this paper, the national law 26.396, which declares the national interest in the prevention and control of eating disorders, will be critically ana-

* Recepción del original: 20/04/2024. Aceptación: 27/07/2024.
** En primer lugar, me lo dedico a mí misma que lucho contra esta enfermedad sin descanso, hace casi 10 años. A quienes lo están viviendo, no se rindan. Se lo dedico a Martina, Agustina, Antonella y Candela, por estar incondicionalmente sin juzgarme. Y como no, a Bianca, la persona que me dio tantas herramientas y me enseña semana a semana a quererme y cuidarme como nadie lo hizo. Por último, agradezco a la Facultad de Derecho por ser mi refugio durante tanto tiempo. Cuidemos lo que funciona.

lyzed. Despite the progress that this implies, it is necessary to adjust its implementation, since observing the factual reality, it is found that the vast majority of people affected by this disease, is outside the health system because it cannot afford the costs of comprehensive and effective treatment, even though the law obliges prepaid medicine and social work companies to cover such practices.

From a human point of view, it is inconceivable that the desire for profit should turn a deaf ear to a harsh reality that afflicts us as a society. Moreover, this is not considered from a legal point of view, given that many national and international regulations proclaim the inalienable right of every human being to have access to the health system, to have his health taken care of, and above all, to be treated with dignity and equality.

Keywords: health — eating disorders — interdisciplinary treatment — sanctions — legislative delegation — comparative law

I. Introducción

En el presente trabajo se analizará, desde una perspectiva crítica, la Ley nacional 26.396, dictada el 3 de septiembre de 2008, mediante la cual se declara interés nacional la prevención y el control de los trastornos de la conducta alimentaria. A pesar del avance que ello implica, es necesario ajustar la implementación de dicha normativa, ya que, al observar la realidad fáctica, se constatan numerosos casos en donde los pacientes que padecen este tipo de patologías ven vulnerados sus derechos más elementales tales como el derecho a la salud, a la integridad física y a la dignidad humana. Ello así, dado que una gran mayoría queda fuera del sistema de salud por no poder afrontar económicamente los costos de un tratamiento integral y efectivo, aun cuando una ley obliga a las empresas de medicina prepaga y obras sociales a cubrir tales prácticas.

Desde un punto de vista humano, es inconcebible que el afán de lucro haga oídos sordos a una cruda realidad que hoy nos aqueja como sociedad. Pero más aun, ello no se concibe desde un punto de vista jurídico, dado que numerosas normativas —tanto nacionales como internacionales— proclaman el derecho inalienable de todo ser humano a acceder al sistema sanitario, a que su salud sea atendida, y, por sobre todo, a que se le brinde un trato digno e igualitario.

II. Los trastornos alimenticios. Consecuencias en la salud. Importancia del tratamiento

Los trastornos de la conducta alimentaria son alteraciones en los hábitos alimenticios,[1] ya sea por un control excesivo en la cantidad y/o calidad de las calorías consumidas, por conductas de purga luego de ingerir alimentos, o por comer en exceso y de manera patológica para evadir o canalizar emociones. Se trata de un trastorno psiquiátrico que no solamente tiene consecuencias físicas, sino que produce un deterioro significativo del bienestar psicosocial y la calidad de vida en general de quien los padece.

En general, los trastornos alimenticios coexisten con la depresión, trastornos de ansiedad o abuso de ciertas sustancias nocivas para el organismo.[2] Todo esto implica que, sin un adecuado tratamiento, la enfermedad pueda llegar a ser letal tanto por el alto riesgo de conductas suicidas, como por el desmejoramiento que se produce en la salud física de los individuos afectados. Ello queda demostrado al constatar que la anorexia tiene la tasa más alta de mortalidad entre los trastornos psiquiátricos.[3] Por su parte, las altas tasas de cronicidad[4] se suman a las de mortalidad, haciendo todavía más gravoso el panorama.

No obstante estas cifras, con un adecuado tratamiento, los trastornos alimenticios pueden ser superados. En este sentido, cabe destacar que no existen tratamientos específicos que puedan ser aplicados por un solo médico tratante,[5] sino que se requieren equipos interdisciplinarios integrados por distintos profesionales de la salud, tales como psicólogos, nutricionistas, psiquiatras, endocrinólogos. Además, se debe contar con

> protocolos de tratamiento consensuados [...] con una buena coordinación con otros niveles asistenciales y con los profesionales de otras disciplinas [...] con un buen control de la evolución y actuando sobre el entorno social del paciente.[6]

1. Sánchez, "Trastornos de la conducta alimentaria...".
2. Gargiulo, "Trastornos alimenticios: es la tercera...", 02/09/2020.
3. Instituto Nacional de la Salud Mental, "Los Trastornos de la alimentación...", 09/2011.
4. Instituto Tomás Pascual Sanz & FITA,"Controversias sobre los trastornos alimentarios", p. 119.
5. Méndez, Vázquez & García, "Los Trastornos de la conducta alimentaria...".
6. Instituto Tomás Pascual Sanz & FITA, "Controversias sobre los trastornos alimentarios", p. 124.

Al analizar la situación actual en torno al tratamiento de los trastornos de la conducta alimentaria, podemos observar un aspecto positivo y uno negativo. El primero, se corresponde con su fácil diagnóstico, dada la explicitud de los síntomas que presentan los pacientes. En cambio, se corre con la desventaja de "la nula conciencia de enfermedad por parte de las pacientes, las creencias familiares al respecto, asociado a la pretensión de adelgazar, tan común en nuestra sociedad [...]."[7] Esto genera una perpetuación de la enfermedad y un acrecentamiento de las consecuencias negativas en la salud del paciente, acentuando la cronicidad del trastorno y dificultando la efectividad de un tratamiento. Entre las secuelas y discapacidades es dable mencionar el deterioro cognitivo, viéndose afectados principalmente "la atención, las funciones ejecutivas, y la memoria, [...] el procesamiento visual y aptitudes verbales",[8] como así también la afectación de distintos sistemas del organismo, a saber: "disminución anormal de la frecuencia cardíaca, osteoporosis, pérdida de músculos y debilidad muscular, sensación de fatiga, movimientos intestinales irregulares, caries dentales, ruptura gástrica potencial, presión alta, colesterol, diabetes".[9]

Todo lo hasta aquí expuesto demuestra la gravedad de este tipo de enfermedades y la necesidad de que los sujetos afectados tengan acceso a un tratamiento eficaz, con enfoque multidisciplinario y cobertura de todas las aristas afectadas, teniendo como norte la recuperación total de su calidad de vida.

III. La situación en Argentina. Ley 26396. Problemas prácticos. Derechos vulnerados

En la actualidad, Argentina es el segundo país del mundo —y primero en América— con la mayor cantidad de personas que sufren trastornos de la conducta alimentaria,[10] siendo los jóvenes —niños y adolescentes— quienes padecen en mayor medida este tipo de enfermedades.[11]

7. Instituto Tomás Pascual Sanz & FITA, "Controversias sobre los trastornos alimentarios", p. 106.
8. Instituto Tomás Pascual Sanz & FITA, "Controversias sobre los trastornos alimentarios", p. 159.
9. National Eating Disorders Association,"Consecuencias de salud de...", p. 1.
10. Diario Rosario Nuestro, "Argentina es el segundo...", 05/12/2019.
11. Tabárez ,"Trastornos alimentarios: qué son, cómo...".

Así las cosas, haciendo eco de los altos porcentajes de personas afectadas por trastornos de la conducta alimentaria, y considerando la disminución de la calidad de vida y el riesgo de muerte de aquellas, en el año 2008 se ha sancionado en nuestro país la Ley 26.396, declarándose interés nacional la prevención y control de los trastornos alimentarios.

Esta ley significó un gran avance en el reconocimiento de la problemática, ya que se incorporó en el Programa Médico Obligatorio,[12] la cobertura del tratamiento integral de los trastornos alimentarios, entendiendo por ello los "tratamientos médicos necesarios, incluyendo los nutricionales, psicológicos, clínicos, quirúrgicos, farmacológicos y todas las prácticas médicas necesarias para una atención multidisciplinaria e integral de las enfermedades".[13]

Un tratamiento multidisciplinario e integral implica, entonces, un equipo de médicos que trabajan en conjunto y se comunican entre sí, desarrollando lo que a su criterio es el mejor plan de acción para afrontar el caso concreto de la persona que se les presenta. Sin embargo, la realidad de los pacientes que se acercan en busca de ayuda profesional es muy distinta.

Las obras sociales y prepagas —en la mayoría de los casos— no cuentan con esta clase de tratamientos, sino que brindan los servicios de manera separada, lo cual resulta insuficiente dada la complejidad de la enfermedad en cuestión. Más aun, la gran demanda en los servicios sanitarios hace que los turnos sean brindados con demoras, pasando una gran cantidad de tiempo entre cada visita médica, lo cual es incompatible con el seguimiento continuo que requiere el tratamiento de los trastornos alimentarios. Sumado a ello, las empresas de medicina prepaga y obras sociales tampoco brindan cobertura en aquellas instituciones que se dedican especialmente a tratar los trastornos de la conducta alimentaria tales como CEDA, ALUBA, y otras, como así tampoco efectúan el reintegro de lo invertido en tales centros. Todo ello denota un claro incumplimiento de la normativa vigente, lo que pone a los pacientes en una situación de vulnerabilidad aún mayor, viéndose afectados su derecho a la salud, la integridad personal, y la vida.

En nuestra Constitución Nacional, el derecho a la salud está consagrado en los artículos 33, 41, 42, 43 y 75 incisos 22 y 23.[14] Principalmente,

12. Programa que contiene el conjunto de prestaciones médicas a que tiene derecho todo asociado de la medicina prepaga (y todo beneficiario de las obras sociales nacionales).
13. República Argentina, Ley 26.396, Artículo 16.
14. Urbina, "El derecho a la salud...", 2017.

cabe mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos que establece, en su artículo 25, el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado que le asegure la salud y la asistencia médica; y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo artículo 12 alude al reconocimiento por parte de los Estados del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. De este modo, no solamente queda consolidado el derecho a la salud como tal, sino también la asistencia sanitaria como obligación primordial del Estado. En este sentido, la Declaración de Alma-Ata dispone que "la atención primaria de salud es la asistencia necesaria esencial [...] puesta al alcance de todos los individuos y familias mediante su plena participación [...]".[15]

En consecuencia, la conducta de las empresas de medicina prepaga y obras sociales, como así también del servicio sanitario público, al negar, obstruir o, de cualquier manera, imposibilitar el acceso a un tratamiento médico a quien se encuentre en la necesidad de realizarlo, no solamente incumple la ley bajo análisis, sino que vulnera y desconoce derechos constitucionalmente consagrados.

No caben dudas de que la asistencia necesaria esencial, en los términos de la Declaración de Alma-Ata anteriormente citada, se refiere no solo a patologías físicas sino también a padecimientos psicológicos y psiquiátricos. Esto es así, en tanto la salud es definida como "un estado de perfecto (completo) bienestar físico, mental y social"[16]; es decir, "están implicados factores personales, grupales, sociales y culturales".[17] Del mismo modo, y situado en el marco de la integridad personal, "resulta innegable que la integridad psíquica de la persona es objeto de protección jurídica",[18] siendo "el derecho a la integridad psicofísica —que abarca las esferas orgánica y psíquica— [...] el derecho fundamental que protege a la persona como unidad".[19]

Por ello y, más allá de la explicitud con la que lo determina la Ley 26.396, corresponde a las prestadoras de salud atender los complejos casos de los pacientes afectados por trastornos de la conducta alimentaria.

15. Declaración de Alma-Ata, 06/09/1978 al 12/09/1978, p. 2.
16. Organización Panamericana de la Salud (OPS).
17. Sánchez Sosa, Villarreal González & Musitu Ochoa, "Psicología y desórdenes alimenticios. Un...", p. 10.
18. Kraut, "Los derechos de los pacientes", p. 138.
19. Kraut, "Los derechos de los pacientes", p.133.

El panorama que se observa, en cuanto al tratamiento de los trastornos alimenticios, es un fiel reflejo de una realidad que a menudo se repite en los diferentes hospitales de la República Argentina, donde los pacientes son sometidos a situaciones de violencia institucional que acentúan aún más sus padecimientos, socavando no solamente el derecho a la salud, sino su dignidad. Y es que la dignidad humana es considerada un derecho humano inherente a toda persona por el simple hecho de serlo, consolidando, de este modo, el concepto ético de persona, impregnado del valor dignidad.[20] Ello queda claro si se recurre al numeroso catálogo de instrumentos internacionales —que tienen jerarquía constitucional tras la reforma de nuestra Carta Magna en 1994—.[21] Asimismo, la dignidad es considerada un derecho implícito en los términos del artículo 33 de la Constitución Nacional, y de forma explícita es reconocida por el artículo 51 del Código Civil y Comercial de la Nación, que determina que "... la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad".[22]

Así las cosas, el escenario actual en cuanto al sistema sanitario está caracterizado principalmente por el hecho de que "el cuidado de la salud queda librado [...] a la situación socioeconómica individual",[23] quedando inserta "[...] al mercado dentro del comercio o del tráfico, como un bien que puede ser motivo de acuerdo o transacciones, a partir de la ecuación costo-beneficio".[24] Por su parte, el respeto de la dignidad, en particular, y de los derechos humanos, en general, resulta "un cliché [...] como garantía (tutela pública), tienen una efectividad relativa".[25]

Es sabido que el derecho a la salud es un derecho de segunda generación, de modo que "su exigibilidad está condicionada a la existencia de recursos apropiados para su satisfacción".[26] Si bien es cierto que "solo

20. Kraut, "Los derechos de los pacientes", p. 25.
21. Entre los instrumentos internacionales que hacen mención de la dignidad humana como derecho inherente a toda persona encontramos la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), y Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).
22. República Argentina, Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, art. 51.
23. Kraut, "Los derechos de los pacientes", p. 16.
24. Kraut, "Los derechos de los pacientes", p. 19.
25. Kraut, "Los derechos de los pacientes", p. 29.
26. Nikken, "El concepto de Derechos Humanos", p. 25.

en el marco de adecuadas condiciones económico—sociales se hace posible el cumplimiento de un orden normativo que proclama los derechos humanos",[27] en nuestro país la falta de atención médica no responde —en todos los casos— a situaciones de carencia económica, ya que muchas personas afiliadas a empresas de medicina prepaga, que abonan una cuota mensual, también quedan desamparadas. Es decir, el problema se repite tanto en el ámbito público como en el ámbito privado, y atraviesa todas las clases sociales.

Cabe considerar, a su vez, que estamos ante un derecho netamente prestacional, en virtud del cual todo individuo tiene derecho

> [...] a que su salud sea protegida, y se le facilite el acceso a servicios de atención médica, públicos o privados, con el objeto de prevenir, tratar y/o rehabilitar la salud.[28]

La Ley 26.396 es clara en este sentido: el tratamiento de los trastornos alimenticios y de la obesidad es parte del Programa Médico Obligatorio. Aun así, la inobservancia de la norma es moneda corriente.

Ahora bien, ¿qué sucede ante el incumplimiento descripto? La normativa bajo análisis determina, en su artículo 21, que el Poder Ejecutivo deberá dictar

> las disposiciones de carácter sancionatorio ante el incumplimiento de la presente ley, teniendo en cuenta la gravedad de la falta y la reiteración de la misma. Dichas sanciones se aplicarán sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pudiere corresponder.[29]

Sin embargo, el Poder Ejecutivo Nacional, mediante el decreto 1.395/2008 vetó parcialmente la Ley 26.396,[30] y entre los artículos desechados se encuentra este mismo.

Entre los fundamentos de tal observación, se recurre al criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el sentido de limitar las facultades del Poder Ejecutivo al tratar materias delegadas por el Poder Legislativo en lo que respecta a materia punitiva. En este sentido, se ha

27. Kraut, "Los derechos de los pacientes", p. 31.
28. Kraut, "Los derechos de los pacientes", p. 203.
29. República Argentina, "Trastornos alimenticios", Art. 21.
30. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 1395/2008.

afirmado que "las autoridades administrativas, nacionales o provinciales, cualquiera fuera su jerarquía o rango, carecen de imperio para configurar o crear figuras contravencionales o faltas".[31]

Así las cosas y en respuesta a nuestro interrogante, la norma bajo análisis carece de toda fuerza coactiva. Resulta paradójico que tanto la jurisprudencia como la doctrina hayan hecho un extenso desarrollo de los requisitos para una delegación constitucionalmente válida y que, luego, nuestros legisladores desconozcan no solamente tales criterios sino el principio de división de poderes como pilar fundamental de nuestra república.

Aun así, cabe preguntarse si verdaderamente correspondía vetar el artículo 21, o si este era constitucionalmente válido en los términos del artículo 76[32] de nuestra Carta Magna. En breves palabras, la delegación consiste en la "habilitación excepcional y limitada que el Congreso puede conferir al Poder Ejecutivo para que este ejerza temporalmente algunas de las facultades legislativas que la Constitución otorga al Poder Legislativo".[33] Para ello, debe dictarse una ley que confiera tales facultades. En este sentido, la "[...] delegación debe fundarse de modo expreso con pautas o principios inteligibles, a los que debe sujetarse la autoridad delegada".[34]

Ahora bien, "las delegaciones a las que se refiere el artículo 76 son únicamente las legislativas, es decir, las que se concretan en el dictado de normas de alcance general".[35] Sin embargo en este caso, sería una norma pluriparticular, en cuanto está dirigida a una serie de personas determinadas —obras sociales y empresas de medicina prepaga—.

Por otra parte, cabría analizar a qué se refería el artículo 21 con la expresión "disposiciones de carácter sancionatorio" ya que —a priori— no pareciera asimilarse a un tipo penal, sino más bien a una sanción administrativa. Más aún, el artículo vetado refiere luego a la responsabilidad civil o penal que pudiere corresponder, de modo que claramente las sanciones que impondría el artículo serían de carácter administrativo y no penal.

En este sentido, "el principio de legalidad en materia de sanciones

31. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 1.395/2008.
32. Art. 76. - Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.
33. Santiago. "Facultades legislativas del Congreso delgadas...".
34. Bestard, "Delegación de facultades legislativas en...", p. 583.
35. Santiago, "Facultades legislativas del Congreso delgadas...".

administrativas difiere del exigido en el ámbito punitivo penal",[36] en tanto y en cuanto

> [...] la ley que atribuya facultades sancionadoras a la Administración deberá prever [...]: a) habilitación legal o atribución de competencias al órgano sancionador; b) la configuración de las infracciones; y c) el establecimiento de las sanciones.[37]

Además del principio de legalidad, se debe considerar la garantía de tipicidad —esto es, la configuración concreta y cierta de la conducta prohibida—. A este respecto, en el marco del Derecho Administrativo es necesario que la norma sancionatoria posea cierto grado de indeterminación en virtud que "[...] las infracciones administrativas crecen indefinidamente [...] De tal modo, una ley excesivamente tipificadora sería interminable y, además, tendría que ser modificada permanentemente".[38] Por ello, se exige como requisito mínimo, que una ley del Congreso prevea el "núcleo sancionatorio", lo cual se ve claramente en este caso, en tanto el artículo 21 refería al incumplimiento de la ley en cuestión, quedando solamente librado a la facultad sancionatoria de la Administración, la gradación de esta. Es decir, la conducta motivadora de la infracción está —a mi entender— suficientemente determinada por lo que no considero oportuno el veto del artículo bajo análisis.

Si bien se puede argüir que el sujeto afectado podría recurrir a la justicia o realizar los reclamos pertinentes ante la Superintendencia de Servicios de Salud[39] —o bien ante Defensa del Consumidor—, y exigir que se le brinde el tratamiento requerido, ello sería vulnerar aún más al justiciable, exigiéndole exponer una situación de padecimiento y sujetar la recuperación de su salud y la efectividad de su tratamiento a los tiempos del litigio en sede judicial o administrativa.

Esto torna necesario el control permanente sobre las entidades de pres-

36. Marengo, "El principio de legalidad de...", p. 4.
37. Marengo, "El principio de legalidad de...", p. 4.
38. Marengo, "El principio de legalidad de...", p. 4.
39. Organismo encargado de regular y controlar las Obras Sociales Nacionales y Entidades de Medicina Prepaga.

tación sanitaria, asegurando que se apeguen, efectivamente, a las normas vigentes y cumplan con el PMO. Si bien la Superintendencia de Servicios de Salud se ocupa de garantizar los derechos de los Usuarios, queda en evidencia que este accionar es infructuoso, porque día tras día hombres y mujeres, niños y niñas, quedan fuera del sistema de salud.

Y así, la mala técnica legislativa y el aparente desconocimiento de nuestra Constitución por parte de quienes nos representan, coloca a los derechos humanos en un ideal, pasando estos a ser una utopía. La salud mental es solamente una bandera enarbolada para hacer política, mientras que en los hospitales "la eficiencia reemplaza a la Justicia, el afán de lucro a la equidad, y el crecimiento económico a la solidaridad".[40]

IV. Derecho comparado

La situación en otros países del mundo nos demuestra que nuestro país, a pesar de las falencias de la normativa bajo análisis, se encuentra bien posicionado en lo concerniente a la problemática que comporta la cantidad cada vez más creciente de personas que padecen trastornos de la conducta alimentaria.

En Brasil, la acción tanto de prevención como de concientización es prácticamente nula y solamente se orienta a la obesidad. Así las cosas, a pesar de que un 11 % de la población brasileña padece de trastornos de la conducta alimentaria, estos "son tipificados como patologías no consideradas como problemas de salud pública".[41]

Por su parte, en Chile, la situación es más alentadora. Allí "existen distintos equipos especializados [...] tanto en el sistema público como privado".[42] Además, "el modelo de tratamiento aplicado se basa en las recomendaciones internacionales"[43] y consideran todos los aspectos que un trastorno de la conducta alimentaria implica, a saber: nutricional, psicológico-psiquiátrico y relacional. Ello resulta valioso ya que no utilizan el peso como único indicador, contribuyendo a evitar la cronicidad de la patología. Más aun, los tratamientos especializados se brindan tanto en

40. Kraut, "Los derechos de los pacientes", p. 21.
41. Gasparini, "Trastornos de la conducta alimentaria...".
42. Gasparini, "Trastornos de la conducta alimentaria...".
43. Gasparini, "Trastornos de la conducta alimentaria...".

hospitales públicos como privados, garantizando a todo individuo el acceso al sistema sanitario.

En Colombia, la mayoría de los tratamientos existentes para los trastornos alimenticios

> [...] corresponden a programas y centros privados que funcionan de manera ambulatoria [...] Colombia no cuenta con unidades de internación exclusiva para pacientes con TCA, las mismas se realizan en hospitales psiquiátricos.[44]

Viajando al continente europeo, se observan en su mayoría tácticas de prevención. En Francia, la legislación actual obliga a las empresas a avisar expresamente cuando una imagen está alterada digitalmente, en orden a evitar la proyección de imágenes de cuerpos poco saludables.[45] En igual sentido, "es obligatorio que todas las personas que trabajan como modelos [...] presenten un certificado médico que confirme que no están demasiado delgadas".[46]

En contraste, la situación en España resulta preocupante. Si bien en los últimos años se han presentado proyectos[47] para sancionar la difusión de contenidos que alienten conductas nocivas a nivel alimentario, ninguna de esas iniciativas contó con el apoyo suficiente para ser sancionada. No obstante, se ha realizado una importante labor en lo que respecta al tratamiento de los trastornos de la conducta alimentaria, a través de las Unidades de Trastorno de la Conducta Alimentaria (UTCA)[48]. Se trata de la iniciativa de profesionales de la salud, motivada por los reclamos efectuados por "Asociaciones de pacientes ante la insuficiencia de personal, instalaciones y sobre todo de la descoordinación entre especialidades, que contribuían al fracaso de las terapias".[49] Cabe recalcar que estos servicios se dan en el ámbito de clínicas privadas, de modo que existe una brecha entre aquellas

44. Gasparini, "Trastornos de la conducta alimentaria...".
45. Redacción BBC Mundo, "Cómo Francia quiere combatir la...", 05/10/2017.
46. Redacción BBC Mundo, "Cómo Francia quiere combatir la...", 05/10/2017.
47. Diario El País, "Sin filtros contra la anorexia", 30/11/2017.
48. Martínez-Zaporta Aréchaga & Fernández-Delgado Momparler. "Aspectos bio-jurídicos de los trastornos...", p. 58.
49. Martínez-Zaporta Aréchaga & Fernández-Delgado Momparler. "Aspectos bio-jurídicos de los trastornos...", p. 58.

personas que cuentan con la posibilidad económica de acceder a un tratamiento, y quienes no están en condiciones de hacerlo. Esta situación se asemeja a lo que ocurre en nuestro país, donde los tratamientos son altamente costosos y queda librado a la suerte del mercado el ejercicio de un derecho tan básico y elemental como lo es la salud.

V. Conclusión

Si bien en los últimos años se ha avanzado ampliamente en la prevención y concientización de los trastornos de la conducta alimentaria con acciones orientadas a deconstruir el estándar de belleza y la idealización de la delgadez como sinónimo de perfección, la realidad demuestra que muchas veces las normativas no surten el efecto buscado y que los individuos, quedan muchas veces desamparados. Los derechos humanos se transforman en un ideal inalcanzable, atravesados por la brecha económica dentro de las naciones. Y así, se desvanece todo aquello que parece estar consolidado.

La Ley 26.396 es un claro ejemplo de cómo la mala técnica legislativa, el afán de lucro y el desentendimiento de las instituciones del Estado, pone en jaque los pilares de nuestro ordenamiento jurídico.

Resulta indiscutible la importancia del derecho a la salud, del respeto de la dignidad humana, y de todos aquellos principios tan fundamentales para el desenvolvimiento de la vida en un Estado de Derecho. Pero en la praxis, los individuos deben luchar para obtener las prestaciones más básicas y elementales, arrancándole uno a uno sus derechos a un sistema que los ignora y desconoce.

Es responsabilidad de cada uno de los poderes del Estado, y de todos los individuos como miembros de la Nación Argentina, visibilizar las problemáticas que aquejan a nuestra sociedad, y exigir, por un lado, a nuestros legisladores compromiso y consciencia al momento de diseñar las leyes que nos rigen, y por el otro, a todos nuestros conciudadanos el cumplimiento de las normas, bajo el marco del principio de solidaridad y por sobre todo del respeto de los derechos humanos.

Bibliografía

Bestard, Ana M., "Delegación de facultades legislativas en el Poder Eje-

cutivo", en Konrad Adenauer Stiftung, Gentile, Jorge H. (compilador), *El poder legislativo: aportes para el conocimiento del Congreso de la Nación Argentina,* Montevideo, 2008, p. 583, URL: http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/bestard-delegacion_de_facultades.pdf, consultado 11/11/2024.

Declaración de Alma-Ata, Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, Alma-Ata, URSS, 6-12 de septiembre de 1978.

Diario *El País*, "Sin filtros contra la anorexia", Poncini, Helena, 30/11/2017, URL : https://elpais.com/politica/2017/11/29/actualidad/1511982777_313779.html, consultado 11/11/2024.

Diario *Minuto Uno*, "Trastornos alimenticios: es la tercera enfermedad crónica más común entre las jóvenes", Gargiulo, Ángel, 02/09/2020, URL: https://www.minutouno.com/sociedad/por-angel-gargiulo/trastornos-alimenticios-es-la- tercera-enfermedad-cronica-mas-comun-las-jovenes-n5106841, consultado 11/11/2024.

Diario *Rosario Nuestro*, "Argentina es el segundo país del mundo con la mayor cantidad de casos de bulimia y anorexia", 05/12/2019, https://www.rosarionuestro.com/argentina-es-el-segundo-pais-del-mundo-con-la-mayor-cantidad-de-casos-de-bulimia-y-anorexia, consultado 11/11/2024.

Gasparini, Sandra R., "Trastornos de la conducta alimentaria en adolescentes y jóvenes en América Latina", en *Revista de la Facultad de Ciencias de la Salud*, volumen 1 número 6, 30/10/2019, recuperado a partir de https://portalderevistas.unsa.edu.ar/index.php/RCSA/article/view/934, consultado 11/11/2024.

Instituto Nacional de la Salud Mental, "Los Trastornos de la alimentación: un problema que va más allá de la comida", en *Publicación de NIH*, Número STR 16-4901, trad. 2011, 2016, URL: https://www.nimh.nih.gov/sites/default/files/health/publications/espanol/los-trastornos-de-la-alimentacion/los-trastornos-de-la-alimentacion-un-problema-que-va-mas-alla-de-la-comida.pdf, consultado 11/11/2024.

Instituto Tomás Pascual Sanz y Fundación Instituto de Trastornos Alimentarios (FITA), *Controversias sobre los trastornos alimentarios*, IM&C, 2012, Madrid.

Kraut, Alfredo J., *Los derechos de los pacientes*, Editorial Abeledo-Perrot, 1997, Buenos Aires.

Marengo, Federico, "El principio de legalidad de las sanciones administrativas. Su proyección en el ámbito de las relaciones del consumo", en *Revista Pensamiento Penal,* 11/05/2018, URL: http://www.pensa-

mientopenal.com.ar/system/files/2018/05/doctrina46532.pdf consultado 11/11/2024.

Martínez-Zaporta Aréchaga, Elena & Fernández-Delgado Momparler, Rafael, "Aspectos bio-jurídicos de los trastornos de la conducta alimentaria: pasado, presente y futuro", en *Premios Derecho y Salud*, Volumen 21, Extraordinario XIX Congreso, 2010.

Méndez, Juan P., Vázquez, Verónica & García, Eduardo, "Los Trastornos de la Conducta Alimentaria", en *Boletín Médico del Hospital Infantil de México*, vol. 65 N.º 6, nov./dic. 2008, URL: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-11462008000600014 consultado 11/11/2024.

National Eating Disorders Association, "Consecuencias de salud de los trastornos alimenticios", 2012, URL: https://www.nationaleatingdisorders.org/sites/default/files/ResourceHandouts/Consecuenciasdesaluddelostrastornosalimenticios.pdf

Negrete, Borja, "El trastorno alimentario es la punta del iceberg de algo más profundo", en Revista Redacción Médica, 01/12/2017. URL: https://www.redaccionmedica.com/secciones/psiquiatria/-el-trastorno-alimentario-es-la-punta-del-iceberg-de-algo-mas-profundo--8244#, consultado 11/11/2024.

Nikken, Pedro, "El concepto de Derechos Humanos", en *Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, *Estudios básicos sobre derechos humanos,* vol. 1, 1994, pp. 15-37, recuperado de http://www.derechos-humanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-concepto-de-derechos-humanos.pdf, consultado 11/11/2024.

Nogueira Expósito, Manuela, "La obesidad en disputa. Los debates en torno a la ley 26.396 en los medios de comunicación nacional (Argentina 1995-2008)", en IX Jornadas de Sociología de la UNLP, Universidad Nacional de la Plata, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, 5 al 7 de diciembre de 2016, URL: http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.9241/ev.9241.pdf, consultado 11/11/2024.

Poder Ejecutivo Nacional (P.E.N.), "Veto parcial de la Ley 26.396", Decreto 1395/2008, 02/09/2008, *BORA 03/09/2008*.

Redacción BBC Mundo, "Cómo Francia quiere combatir la anorexia obligando a identificar las fotos modificadas digitalmente de los milagrosos 'antes y después'", 05/10/2017, https://www.bbc.com/mundo/noticias-41477718, consultado 13/08/2024.

—, "Código Civil y Comercial de la Nación Argentina", Ley 26.994,

08/10/2014.

República Argentina, "Trastornos alimentarios", Ley 26.396, 13/08/2008.

Sánchez Sosa, Juan C, Villarreal González, María E. & Musitu Ochoa, Gonzalo, *Psicología y desórdenes alimenticios. Un modelo de campo psicosocial*, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2010, Monterrey. URL: https://www.uv.es/lisis/sosa/libro-desor-alimnt.pdf

Sánchez, Mireya, "Trastornos de la Conducta Alimentaria y Obesidad. Un complejo fenómeno Biopsicosocial", en Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, *Cuadernos de trabajo. III Jornadas Sociojurídicas. Trastornos de la conducta alimentaria "comer o no comer"*, 2010, México DF. URL: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4058/6.pdf.

Secretaría Parlamentaria, "Facultades legislativas del Congreso delgadas al Poder Ejecutivo", Santiago, Alfonso, URL: https://www2.hcdn.gob.ar/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/glosario/F/facultades_legislativas.html, consultado 11/11/2024.

Tabárez, Victoria, "Trastornos alimentarios: qué son, cómo tratarlos y prevenirlos" en la *revista de salud del Casmu*, 04/2016. URL: https://casmu.com.uy/wp-content/uploads/2017/09/Trastornos-alimentarios-Que-son-como-tratarlos-y-prevenirlos-2016-04.pdf, consultado 11/11/2024.

Urbina, Paola A., "El derecho a la salud como obligación estatal" en Diccionario Enciclopédico de la Legislación Sanitaria Argentina (DELS), 03/2017.

¿MUDEZ Y MUDANZA O MUDANZA Y MUDEZ? REFLEXIONES JURÍDICAS SOBRE LA EVENTUAL RELOCALIZACIÓN DE LA EMBAJADA ARGENTINA ANTE ISRAEL EN LA CIUDAD DE JERUSALÉN*

Federico Jarast**

Hay muchas cosas que cambian también.
Nunca se sabe por qué.
Árbol

Resumen: Bastante se ha discutido sobre la conveniencia de mudar la sede diplomática argentina ante Israel de su actual ubicación, en la ciudad de Tel Aviv, a la ciudad de Jerusalén. Sin embargo, preocupa advertir que dichos intercambios se centran principalmente —cuando no de manera exclusiva— sobre los aspectos políticos del asunto. Es por esto que el presente trabajo intenta, luego de contextualizar a grandes rasgos la disputa de que la ciudad es objeto, aportar al debate argumentos estrictamente jurídicos desde una doble perspectiva.

Por un lado, se analiza la cuestión de Jerusalén en particular desde el punto de vista de las Naciones Unidas, indagando en el modo en que sus principales órganos se han venido pronunciado desde la época misma de la creación de la organización hasta la actualidad.

Desde otro punto de vista, aunque también ceñido a lo legal, se aborda el derecho internacional general aplicable al reconocimiento de territorios adquiridos por parte de Estados a través del empleo de la fuerza armada. De este modo, se

* Recepción del original: 02/05/2024. Aceptación: 28/07/2024.
** Graduado. Jefe de Trabajos Prácticos (regular) de Derecho Internacional Público (UBA), Associate Professor (Jindal Global University) / Agradezco de manera especial al Prof. Michael Glennon —Fletcher School of Law and Diplomacy, Tufts University— por haberme guiado en mi estadía de investigación en Medford, MA, a fines de 2019. Asimismo, no puedo dejar de agradecer a Jindal Global Law School por todo el apoyo brindado en pos de que pudiera llevar a cabo dicha experiencia. Amén de los años transcurridos, cuanto allí aprendiera probó ser tan enriquecedor académica y personalmente que, hoy en día, sigue brindando frutos.

procede a descontextualizar la normativa aplicable y, por ende, los argumentos, exponiéndolos en abstracto, tal como ocurriría en cualquier situación análoga que se presentase en cualquier otra parte del mundo.

Así las cosas, el enfoque jurídico dual propuesto permite comprender cuáles son las obligaciones a que la República Argentina se encuentra sometida, ya sea en su carácter de miembro de la Organización de las Naciones Unidas o como mero sujeto que adecua sus conductas a las prescripciones del ordenamiento jurídico internacional.

Si bien es posible aducir que, producto de la influencia de la política internacional, muchas veces determinados órganos de las Naciones Unidas –principalmente la Asamblea General y el Consejo de Seguridad– se apartan en sus pronunciamientos de los dictados del derecho internacional, lo terminante del caso de la disputa en que la ciudad de Jerusalén se encuentra inmersa es que, luego de analizar con independencia las sucesivas manifestaciones emitidas en el seno de la organización y cuanto sobre el tema establece el derecho internacional general, se arriba a idéntica conclusión.

Idealmente, las decisiones a adoptar en las más altas esferas políticas de nuestro país deberían ir en consonancia con el derecho aplicable. El acatamiento del ordenamiento jurídico internacional es la única forma en que nuestro país puede posicionarse como un actor respetuoso y respetable dentro de la comunidad internacional; y más importante aún, es la única manera en que puede contribuir a sentar las bases de la paz en el Oriente Medio, la cual más que un deseo, en los tiempos actuales, resulta una necesidad.

Palabras clave: embajada argentina — jerusalén — ocupación — reconocimiento — naciones unidas

Abstract: Despite the fact that a lot has been said with regards to the pros and cons of moving the Argentine embassy in Israel from its current location in Tel Aviv to Jerusalem, most of the debates have been centered on the political underpinnings of the matter. The legal implications entailed in this course of action seem to be, at least, neglected, if not utterly ignored.

Taking the disregard of such important aspects as a starting point, the main goal of this work is to put forward for analysis the legal arguments that shape the dispute looming over the city of Jerusalem. The twofold approach intended is strictly limited to the realm of law, and it aims to offer relevant considerations that need to be taken into account when deciding such sensitive issue.

On the one hand, the matter will be looked at from the perspective of the United Nations, delving into the pronouncements of its principal organs —which span from the very inception of the organization until these days—.

On the other hand, but still from a legal standpoint, special emphasis will be put on the law governing the acquisition of territories which are achieved through the use of armed force by states. In this sense, the focus will shift away from the city of Jerusalem to discuss broader issues, exploring the answers that general international law offers to this kind of situations, no matter where they take place, allowing to examine the topic in abstract terms, beyond the specific context.

This dual legal approach will hopefully contribute to better understand what Argentina is bound to do with regards to its embassy, both as a member of the United Nations and as a subject of international law who wants to play by its rules.

Even though it could be argued that the United Nations are subject to political pressures which might make its organs depart from the strict dictates of international law —and this might be particularly true when it comes to the General Assembly and the Security Council—, the most compelling feature in the case of Jerusalem is that regardless the independent analysis proposed, both the United Nations and the international legal order in general lead to the same conclusions.

No matter what the outcome of this whole issue ends up being, it would be desirable that those adopting the final decision are at least aware of the applicable law and, ideally, make sure it complies with it. Sticking to the international legal order is the only means our country has to show itself both as a respectful and a respectable player amid the international community. Still, the crucial factor that should always be kept in mind is that, as long as we genuinely seek to help build a peaceful future for the Middle East, showing an unwavering commitment to international law is the only possible way.

Keywords: argentine embassy — jerusalem — occupation — recognition — united nations

I. Introducción

Entre las numerosas promesas de campaña efectuadas por el actual presidente de la República Argentina, uno de los ejes centrales giró en

torno al reposicionamiento del país a nivel global. Como todo realineamiento en términos geopolíticos, su implementación trae aparejadas numerosas consecuencias, las cuales, idealmente, deberían llevarse a cabo de conformidad con el ordenamiento jurídico internacional.

El objeto del presente trabajo es ahondar en una propuesta específica dentro de la pléyade de iniciativas que intenta dar sustento al reposicionamiento en cuestión. Dada su relevancia, esta iniciativa fue explicitada y discutida de manera puntual durante la última campaña presidencial: la relocalización de la Embajada argentina en Israel.[1] Si bien es cierto que el gobierno anunció la reconsideración de dicha decisión recientemente,[2] la cuestión dista de estar zanjada.

Por ello el presente trabajo, cuyo eje gira alrededor de la mudanza de nuestra sede diplomática de la ciudad de Tel Aviv a la ciudad de Jerusalén, intenta ofrecer argumentos tendientes a tomar una decisión informada y, por sobre todas las cosas, ajustada a derecho. En tal sentido, dejando de lado los argumentos políticos que podrían esgrimirse a favor y en contra de dicha medida —cuyo examen resulta totalmente ajeno a la finalidad perseguida— mi objetivo es abordar las implicancias legales que esta podría traer como consecuencia.

Así, comenzaré por enmarcar la historia reciente de la ciudad de Jerusalén desde el punto de vista del derecho internacional, para luego contrastarla con la realidad en los hechos.

La etapa siguiente estará focalizada en los aspectos jurídicos que hacen a la cuestión: en primer lugar, reseñaré la postura adoptada por las Naciones Unidas, en este caso, cómo se han pronunciado algunos de sus órganos principales a propósito de la situación legal de Jerusalén en concreto; acto seguido, pasaré a indagar en las previsiones aplicables a situaciones como la de Jerusalén, qué dice el derecho internacional en términos generales.

Explicitados tanto los aspectos fácticos como las aristas jurídicas que hacen a la cuestión, estaré en condiciones de volver sobre la propuesta argentina de mudar su embajada a la ciudad de Jerusalén para así ponderar su legalidad. Alcanzada esa instancia del análisis, quizás resulte de utilidad hacer una brevísima referencia a la experiencia de aquellos Estados que ya han transitado el camino propuesto por nuestro país, atento que sus

1. *Perfil*, "Javier Milei, ¿El candidato que..."; *La Nación*, "El viaje de Milei a Israel...".
2. *Página 12*, "El oficialismo consiguió el aval...".

experiencias podrían resultar de utilidad para el diseño de nuestra política exterior.

Por último, basándome fundamentalmente en el derecho internacional sin por ello desatender las tendencias políticas seguidas por una amplia mayoría de la comunidad internacional, me permitiré esbozar algunas conclusiones sobre el particular. Estas, a mi entender, son las directrices que deberían guiar la política exterior de nuestro país, de modo que le permitan alinearse junto con aquellos Estados que creen que la única manera de alcanzar la tan elusiva paz en el Oriente Medio es a través de un acatamiento irrestricto al ordenamiento jurídico internacional.

II. El deber ser: un breve repaso de los antecedentes jurídicos

Con la firma del Tratado de Versalles a mediados del año 1919, el mundo dejó atrás la Primera Guerra Mundial e intentó sentar las bases del orden internacional del porvenir en el derecho y no en la fuerza armada.

El Pacto de la Sociedad de Naciones, incluido como Parte I del Tratado de Versalles, previó en su artículo 22 que

> A aquellas colonias y territorios que como consecuencia de la última guerra han dejado de estar bajo la soberanía de los Estados que antes los gobernaban y que están habitados por pueblos que aún no pueden sostenerse por sí mismos en las duras condiciones del mundo moderno, hay debe [sic] aplicarse el principio de que el bienestar y el desarrollo de tales pueblos constituyen un deber sagrado de la civilización y que las garantías para el desempeño de este deber deben incorporarse en este Pacto.
>
> El mejor método para dar efecto práctico a este principio es que la tutela de tales pueblos se confíe a las naciones avanzadas que, en razón de sus recursos, su experiencia o su posición geográfica, puedan asumir mejor esta responsabilidad y estén dispuestas a aceptarla, y que esta tutela debe ser ejercida por ellos como Mandatarios en nombre de la Liga.[3]

3. Pacto de la Liga de las Naciones, 28/06/1919.

Así, la otrora provincia otomana de Palestina pasó a estar bajo mandato británico. En tal sentido, el Consejo de la Liga de las Naciones resolvió, el 24 de julio de 1922, establecer en Palestina una nación para el pueblo judío, sin perjuicio de los derechos civiles y religiosos de las comunidades no judías allí existentes. A mayor abundamiento, la mentada resolución se refiere en reiteradas oportunidades a los derechos de los diversos habitantes de Palestina, poniendo particular énfasis en los derechos de los diversos grupos religiosos.[4]

El mandato británico se extendería más allá de la Segunda Guerra Mundial, aunque para 1947 la potencia mandataria ya había solicitado a las Naciones Unidas que pergeñara una solución a la violenta situación que se vivía en Palestina. En respuesta, la Asamblea General adoptó la Resolución 181 (II) por 33 votos a favor sobre un total de 57.[5] No obstante los esfuerzos de la comunidad internacional, el turbulento final del mandato vendría en 1948, cuando el Reino Unido se retiró de Palestina dejando una población fuertemente polarizada presta para sumergirse aún más en una sangrienta guerra civil.

En cuanto al presente trabajo respecta, corresponde focalizar en la situación específica de Jerusalén, la cual fuera abordada en detalle en la Parte III de la ya aludida Resolución 181 (II). Dentro del apartado A de dicho instrumento se previó un régimen especial para la ciudad, la cual pasaría a ser un *corpus separatum* sometido a un régimen internacional especial y bajo administración de las Naciones Unidas, cumpliendo el Consejo de Administración Fiduciaria el rol de autoridad administradora. Sin embargo, conforme lo expresara más adelante el alcalde israelí de la ciudad, "Esta solución demostró ser inadmisible tanto para musulmanes como para judíos".[6]

En tanto, en el seno del apartado C (estatuto de la ciudad) el acápite 4 reguló las medidas de seguridad, estableciendo que: "La Ciudad de Jerusalén será desmilitarizada; se declarará y mantendrá su neutralidad y no se permitirán formaciones, ejercicios ni actividades de carácter paramilitar dentro de sus límites". Por su parte, mediante el acápite 8 se garantizó "a los residentes o ciudadanos de los Estados árabe y judío la libertad de

4. Consejo de la Liga de las Naciones..., arts. 2, 13 y 15, entre otros.
5. AGNU, A/RES/181(II).
6. Kollek, "Jerusalem", p. 702.

entrar y de residir dentro de los límites de la Ciudad". Con relación a los lugares sagrados, el acápite 13 prescribió que "a) No serán denegados ni vulnerados los derechos existentes respecto a los Lugares sagrados y a santuarios y edificios religiosos"; así como se garantizó también "el libre acceso a los lugares sagrados y santuarios y edificios religiosos y el libre ejercicio del culto, de conformidad con los derechos existentes".

Al año siguiente, la misma Asamblea General estableció que

> [...] dados los lazos que la vinculan a tres religiones mundiales, la zona de Jerusalén [...] debe ser objeto de un trato especial y distinto al de las otras regiones de Palestina y debe ser colocada bajo el control efectivo de las Naciones Unidas.[7]

agregando que hasta que se logre un acuerdo entre las partes interesadas, todos los habitantes de Palestina deben gozar de la máxima libertad posible de acceso a Jerusalén.[8]

Atento la trascendencia de la cuestión la Asamblea General no perdió la oportunidad, al admitir a Israel como miembro de las Naciones Unidas, de hacer referencia a sus precitadas Resoluciones 181 (II) y 194 (III).[9]

Durante la segunda mitad de 1948 y la primera del siguiente, la región estaría formalmente en estado de guerra, la cual solo alcanzaría su fin tras una polifacética intervención por parte de las Naciones Unidas y la conclusión de un armisticio general entre Jordania e Israel, quienes arribaron a un acuerdo mediante el cual fijaron las líneas de demarcación del armisticio.[10] En consecuencia, la ciudad de Jerusalén quedó dividida, de hecho, en dos partes: el sector este, que contenía la parte más antigua de la ciudad, bajo control jordano; y el sector oeste, que comprendía la parte más moderna de la ciudad, en control Israelí.[11] Cabe destacar que los términos del convenio son inequívocos en cuanto a la provisionalidad de las líneas de demarcación, dejando a salvo los derechos que las partes pudieran aducir al momento de convenir de manera pacífica una solución definitiva para la

7. AGNU, A/RES/194(III), párr. 8.
8. AGNU, A/RES/194(III), párr. 9.
9. AGNU, A/RES/273(III), cons. 5.
10. Hashemite Jordan Kingdom-Israel: General Armistice Agreement, 03/04/1949, art. IV.
11. Comité para el ejercicio de los derechos inalienables..., pp. 1-2.

cuestión de Palestina,[12] así como los futuros acuerdos que pudieran alcanzarse en materia de territorio y fronteras.[13]

A pesar de los ingentes esfuerzos de las Naciones Unidas para aportar al menos un marco que permitiera a las partes concertar posibles soluciones, los años continuaron sucediéndose sin que los dos Estados que por entonces ocupaban la zona y la ciudad de Jerusalén (Israel y Jordania) hicieran conocer oficialmente sus opiniones al Consejo de Administración Fiduciaria,[14] órgano al cual, cabe recordar, la Asamblea General había asignado importantes funciones.

Es así como, a menos de un año del retiro del Reino Unido del territorio, Jerusalén se encontraba dividida, bajo control de hecho por dos facciones que, tras estar enfrentadas en una sangrienta contienda, en adelante deberían cooperar al amparo de un frágil y provisorio equilibrio. Eso sí, contaban con el apoyo de las Naciones Unidas, cuya impotencia para llevar paz a la región ya había quedado expuesta en reiteradas oportunidades.

III. La guerra de los seis días como punto de inflexión: una nueva realidad

La precariedad de la situación en la región no tardaría en manifestarse de la peor manera: la violencia pasó a formar parte de la vida cotidiana de sus habitantes, constituyéndose en la regla. Ello, con independencia de las recurrentes guerras que asolaron a los países del Oriente Medio durante las décadas que siguieron a la rudimentaria situación lograda a fines de la década de 1940.

El conflicto armado en que se sumió el Oriente Medio entre el 5 y el 10 de junio de 1967, conocido como Guerra de los Seis Días, produjo secuelas que a la fecha la comunidad internacional sigue tratando de resolver, marcando así un claro contraste entre la efímera duración de las hostilidades y sus prolongadísimas consecuencias.

En cuanto al presente trabajo respecta, reviste particular interés el impacto que dicho conflicto tuvo sobre Jerusalén; no obstante lo cual no se

12. Hashemite Jordan Kingdom-Israel..., art. II.2.
13. Hashemite Jordan Kingdom-Israel..., art. VI.9.
14. Consejo de Administración Fiduciaria... T/RES/118(VI).

puede pasar por alto que sus efectos se extendieron mucho más allá de los límites de la ciudad.

El cierre de la guerra de 1967 dejó a Israel en posesión de la totalidad de Jerusalén; esto es, con control tanto de la parte occidental como de la parte oriental de la ciudad, borrando de hecho la línea de demarcación surgida del armisticio de 1949.[15]

Las intenciones de la parte victoriosa en el conflicto fueron siempre inequívocas: desde 1967 en adelante, Israel nunca planeó retirarse de la ciudad. En tal sentido, el entonces Ministro de Defensa israelí expresó tras la toma de la urbe en 1967: "Las fuerzas israelíes de defensa han liberado a Jerusalén. Hemos reunido la ciudad desgarrada, la capital de Israel. Hemos vuelto a este santuario, para no separarnos nunca más de él".[16]

Esta postura determinante respecto de Jerusalén, con el paso del tiempo, quedaría formalmente plasmada como política de Estado, especialmente luego de que el Knesset sancionara en 1980 la "Ley Básica: Jerusalén, capital de Israel". Por más que algunos autores consideraran que sus efectos eran esencialmente declarativos, y que las cuestiones operativas eran marginales,[17] son justamente estas cuestiones "declarativas" las que generaron las respuestas diplomáticas más duras.[18]

En términos rotundos, la norma prescribe que "Jerusalén, completa y unida, es la capital de Israel".[19] A su vez, más adelante establece una prohibición categórica de transferir, ya sea de manera permanente o por un lapso de tiempo determinado, cualquier autoridad establecida por ley del Estado de Israel o del Municipio de Jerusalén a favor de organismos internacionales, sean estos políticos, gubernamentales o de cualquier otra índole semejante.[20] La alusión que el Poder Legislativo hace a propósito de la unificación de la ciudad no deja lugar a dudas: el Estado de Israel considera que Jerusalén Oriental ha sido legalmente anexada a su territorio,[21] criterio sostenido asimismo por la Corte Suprema israelí.[22]

15. Comité para el ejercicio de los derechos inalienables..., p. 13.
16. Comité para el ejercicio de los derechos inalienables..., p. 13.
17. Naor, "Begin and 'Basic Law...", p. 37.
18. Naor, "Begin and 'Basic Law...", p. 38.
19. Israel, "Ley Básica: Jerusalén...", art. 1.
20. Israel, "Ley Básica: Jerusalén...", art. 6, enmienda 1.
21. Dinstein, *The International Law of*..., p. 22.
22. Dinstein, *The International Law of*..., p. 22.

Así las cosas, desde el fin de la Guerra de los Seis Días a mediados de 1967 hasta la actualidad, al menos parte de la ciudad de Jerusalén evidencia una situación de hecho que no se condice con la normativa aplicable. Por esto es que, conforme quedará expuesto en el próximo apartado del presente trabajo, la comunidad internacional se refiere a Jerusalén del Este (entre otros tantos territorios comprendidos dentro del antiguo mandato de Palestina) como una zona ocupada. No obstante, Israel cuestiona dicho criterio, argumentando que desde el fin del mandato británico nadie había ejercido de manera legítima su soberanía sobre los territorios en cuestión, motivo por el cual no resultaría aplicable el derecho de ocupación a la situación imperante a partir de 1967.[23]

En el sentido apuntado, la distinción entre ocupación y anexión resulta de crucial importancia: mientras que la primera es una situación de hecho, eminentemente temporal, que no priva a la potencia ocupada de su soberanía sobre el territorio en disputa, la segunda implica una situación permanente que trae aparejada la transferencia del territorio en cuestión, el cual pasa a integrarse al de la potencia que ejerce el control sobre este.[24] Esta diferencia explica la regla de derecho internacional según la cual la ocupación, por sí misma, no produce la transferencia del título sobre el territorio a favor de la potencia ocupante.[25]

En tanto la anexión trae como consecuencia la expansión del Estado que ejercía su control sobre el territorio en cuestión, el cual en adelante queda sujeto a su soberanía; la ocupación no permite que la potencia ocupante realice cambios en las normas fundamentales o las formas de gobierno, establezca nuevas organizaciones militares o políticas, disuelva el Estado o forme nuevas entidades políticas.[26] A su vez, independientemente de las pretensiones de anexión, resulta aplicable a toda la extensión del territorio ocupado la Cuarta Convención de Ginebra de 1949, [27] la cual pone límites al accionar de la potencia ocupante.

23. Comité para el ejercicio de los derechos inalienables..., p. 29.
24. Comité Internacional de la Cruz Roja, Convenios de Ginebra de 1949..., p. 275.
25. Dinstein, *War, aggression and self-defence*, p. 191.
26. Comité Internacional de la Cruz Roja, Convenios de Ginebra de 1949..., p. 273.
27. Comité Internacional de la Cruz Roja, Convenios de Ginebra de 1949..., p. 276.

IV. La postura de la ONU respecto de la situación de hecho. El ser jurídico

IV.A. Idas y venidas entre la Asamblea General y el Consejo de Seguridad

A menos de un mes de concluida la Guerra de los Seis Días, la Asamblea General de las Naciones Unidas expresó, en una sesión especial, su honda preocupación "por la situación existente en Jerusalén como resultado de las medidas tomadas por Israel para cambiar la condición de la ciudad"[28] considerando nulas tales iniciativas y solicitando su derogación y desistimiento.[29] Diez días más tarde insistiría sobre la cuestión, deplorando el incumplimiento de dicha resolución por parte de Israel.[30]

Algunos meses después sería el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas el que, sin ambigüedades y por unanimidad, expusiera "la inadmisibilidad de la adquisición de territorio por medio de la guerra",[31] incluyendo el "Retiro de las fuerzas armadas israelíes de los territorios que ocuparon durante el reciente conflicto"[32] entre los requisitos para una paz justa y duradera en el Oriente Medio. La referencia a la ocupación de los territorios tras la guerra no puede ser pasada por alto; y esto reviste particular importancia si se tiene en cuenta que el término "ocupación" tiende a ser usado por el Consejo de Seguridad para expresar desaprobación.[33] En los años inmediatamente siguientes el Consejo de Seguridad continuó condenando la situación, aunque no necesariamente calificándola como una ocupación.[34]

Las medidas adoptadas por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad con miras a resolver la situación de Jerusalén resultaron tan variadas como inconducentes. A modo de ejemplo, se creó un Comité Especial encargado de investigar las prácticas israelíes que afectan los derechos

28. AGNU, A/RES/2253(ES-V), cons. 1.
29. AGNU, A/RES/2253(ES-V), párrs. 1 y 2.
30. AGNU, A/RES/2254(ES-V), párr. 1.
31. CSNU, S/RES/242(1967), cons. 2.
32. CSNU, S/RES/242(1967), párr. 1.
33. Klabbers, "Intervention, Armed Intervention, Armed Attack, Threat...", p. 500.
34. V. CSNU, S/RES/252(1968) y CSNU, S/RES/267(1969).

humanos de la población de los territorios ocupados;[35] se insistió que

> todas las medidas de carácter legislativo y administrativo que haya tomado Israel con el fin de alterar el estatuto de la ciudad de Jerusalén... son totalmente nulas y no pueden modificar ese estatuto;[36]

se afirmó la aplicabilidad del Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra de 1949 "a los territorios árabes ocupados por Israel desde 1967;"[37] y se exhortó "a todos los Estados, organizaciones internacionales y organismos especializados a que no reconozcan ningún cambio efectuado por Israel en los territorios ocupados".[38]

Recién los inicios de la década de 1980 evidencian un endurecimiento de la postura adoptada por las Naciones Unidas respecto de Israel, lo cual resulta patente no solo en el tono empleado por el Consejo de Seguridad, sino también en el contenido de sus resoluciones. A modo de ejemplo, este determinó que

> todas las medidas adoptadas por Israel para modificar el carácter físico, la composición demográfica, la estructura institucional o el estatuto de los territorios palestinos y otros territorios árabes ocupados desde 1967, incluso Jerusalén, o cualquier parte de los mismos, carecen totalmente de validez jurídica.[39]

A su vez, puso de manifiesto "la necesidad imperiosa de poner fin a la prolongada ocupación de los territorios árabes ocupados por Israel desde 1967, incluso Jerusalén"[40] y censuró "en los términos más enérgicos la promulgación por Israel de la ´ley básica´ sobre Jerusalén y su negativa a acatar las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad;"[41] calificando

35. AGNU, A/RES/2443(XXIII), párr. 1.
36. CSNU, S/RES/298(1971), párr. 3.
37. AGNU, A/RES/3092(XXVIII), párr. 1 y AGNU, A/RES/3525(XXX), parte B, párr. 1.
38. AGNU, A/RES/3525(XXX), parte A, párr. 10.
39. CSNU, S/RES/465(1980), párr. 5.
40. CSNU, S/RES/476(1980), párr. 1.
41. CSNU, S/RES/478(1980), párr. 1.

sin ambages dicha ley como "una violación del derecho internacional".[42] Además, insistió en la nulidad de

> todas las medidas y los actos legislativos y administrativos adoptados por Israel, la Potencia ocupante, que han alterado o pretenden alterar el carácter y el estatuto de la Ciudad Santa de Jerusalén.[43]

y, desconociendo la Ley Básica, llamó "A los Estados que hayan establecido representaciones diplomáticas en Jerusalén, para que retiren tales representaciones de la Ciudad Santa".[44] El incumplimiento por parte de algunos Estados de esta última provisión fue advertida y deplorada más tarde por la Asamblea General.[45]

En sesiones de emergencia, la Asamblea General reafirmó en consonancia que "todas las medidas ilegales israelíes en la Jerusalén Oriental ocupada... y los resultados prácticos de esas medidas no podrán reconocerse jamás por mucho tiempo que pase".[46]

Ya entrado el siglo XXI, se insistió en la falta de reconocimiento de "ningún cambio a las líneas del 4 de junio de 1967, incluso en lo que respecta a Jerusalén, que no sean los acordados por las partes mediante negociaciones;"[47] requiriendo a su vez a los Estados que "establezcan una distinción, en sus relaciones pertinentes, entre el territorio del Estado de Israel y los territorios ocupados desde 1967".[48]

En resumidas cuentas, basta con tener presente que las Naciones Unidas son del entendimiento que

> toda medida adoptada por Israel, la Potencia ocupante, para imponer su legislación, jurisdicción y administración en la Ciudad Santa de Jerusalén es ilegal y, en consecuencia, nula y carente de toda validez;[49]

42. CSNU, S/RES/478(1980), párr. 2.
43. CSNU, S/RES/478(1980), párr. 3.
44. CSNU, S/RES/478(1980), párr. 5.b.
45. AGNU, A/RES/51/27, párr. 2.
46. AGNU, A/RES/ES-10/3, párr. 3.
47. CSNU, S/RES/2334(2016), párr. 3.
48. CSNU, S/RES/2334(2016), párr. 5.
49. AGNU, A/RES/72/15, párr. 1.

lo cual motiva el pedido concreto "a todos los Estados a que se abstengan de establecer misiones diplomáticas en la Ciudad Santa de Jerusalén, con arreglo a lo dispuesto en la Resolución 478 (1980) del Consejo".[50]

Lejos de agotar el debate, las medidas incluidas en el presente apartado intentan exponer, someramente, la posición que la organización ha adoptado a lo largo de los años a propósito del controvertido estatuto de Jerusalén, tal cual se refleja principalmente a través de los sucesivos pronunciamientos de sus órganos más políticos: la Asamblea General y el Consejo de Seguridad.

A renglón seguido quedará expuesto el modo en que otro órgano principal de la organización, desde una perspectiva diferente, ha tenido también oportunidad de pronunciarse sobre el asunto.

IV.B. La judicialización de la discusión

Si se hubiera de extraer una única conclusión de la reseña de más de siete décadas de labor llevada a cabo por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad con relación al estatuto de Jerusalén, la palabra "ineficacia" es, sin lugar a duda, una de las primeras que invaden la mente de cualquier persona que haya dedicado al menos un rato al estudio del asunto.

Ello explica, en parte, el motivo por el cual la comunidad internacional emprendió, con el advenimiento del nuevo siglo, un cambio de estrategia. Así, forzando al "órgano judicial principal de las Naciones Unidas"[51] a manifestarse sobre el particular, se sumó una nueva voz al debate; y siendo que es función de la Corte Internacional de Justicia "decidir conforme al derecho internacional",[52] sus decisiones revisten singular relevancia.

En el sentido indicado la Asamblea General, luego de insistir que es "principio establecido del derecho internacional... la inadmisibilidad de la adquisición de territorio por la fuerza"[53] y enfatizar que

> … las medidas tomadas por Israel, la Potencia ocupante, para cambiar la condición jurídica y la composición demográfica de la Je-

50. AGNU, A/RES/ES-10/19, párr. 1.
51. Carta de las Naciones Unidas, 26/06/1945, art. 92.
52. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, art. 38.1.
53. AGNU, A/RES/ES-10/14, cons. 3.

> rusalén oriental ocupada no tienen validez legal y son nulas y sin valor;[54]

decidió someter a consideración de la Corte la siguiente cuestión:

> ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan de la construcción del muro que levanta Israel, la Potencia ocupante, en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental y sus alrededores, según se describe en el informe del Secretario General, teniendo en cuenta las normas y principios de derecho internacional, incluido el Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 y las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General?[55]

Cabe destacar que la resolución en cita fue adoptada por 90 votos positivos, 8 abstenciones y 74 votos en contra; contándose el voto de nuestro país entre los favorables.

Es así como, a menos de un año de haber sido solicitada, la opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado fue emitida por la Corte Internacional de Justicia. A través suyo, la Corte hizo explícito el criterio que, a partir de 1967, Israel ha ocupado todos los territorios que en el pasado habían formado parte del mandato británico,[56] situación que se prolonga hasta el presente;[57] y agregó más específicamente que desde el fin de la Guerra de los Seis Días, Israel ha adoptado una serie de medidas tendientes a modificar el estatuto de la Ciudad de Jerusalén.[58]

Luego de determinar que los asentamientos israelíes en los territorios palestinos ocupados, incluida Jerusalén oriental, fueron establecidos en contravención del derecho internacional,[59] la Corte calificó la construcción del muro en los territorios en cuestión y el régimen asociado a ella como

54. AGNU, A/RES/ES-10/14, cons. 13.
55. AGNU, A/RES/ES-10/14.
56. CIJ, "Legal Consequences of the Construction...", párr. 73.
57. CIJ, "Legal Consequences of the Construction...", párr. 78.
58. CIJ, "Legal Consequences of the Construction...", párr. 75.
59. CIJ, "Legal Consequences of the Construction...", párr. 120.

contrarios al ordenamiento jurídico internacional[60] y determinó que todos los Estados tienen la obligación de no reconocer la situación ilegal resultante.[61]

No obstante los términos categóricos del pronunciamiento de la Corte, sus efectos prácticos en cuanto a la construcción del muro atañen y su impacto sobre la situación de hecho en los territorios palestinos ocupados fueron menudos. Sin embargo, ello no impide destacar que, desde entonces, la cuestión palestina cobró nuevo ímpetu. Tan es así que, en 2012, Palestina obtuvo la condición de "Estado observador no miembro en las Naciones Unidas",[62] un hito incontrovertible en la larga búsqueda del pueblo palestino por ser reconocido como un Estado por la comunidad internacional.

Poniendo énfasis una vez más en el principal objeto de estudio del presente trabajo, esto es, la ciudad de Jerusalén, cabe destacar que en mayo de 2018 el gobierno de Estados Unidos finalmente mudó su embajada ante Israel de Tel-Aviv a Jerusalén,[63] lo cual más allá de sendas protestas políticas, motivó la judicialización de la cuestión. Así, Palestina dio inicio a un proceso conocido como *Relocalización de la Embajada de Estados Unidos en Jerusalén (Palestina c. Estados Unidos)*, en cuyo marco expuso que la mudanza de la embajada importa una violación de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 –no solo de su articulado,[64] sino también de su objeto y fin–; además de otras normas de derecho internacional.[65] Por ello, solicitó a la Corte que declare la ilegalidad de la relocalización de la Embajada de Estados Unidos en la ciudad de Jerusalén,[66] ordenando su retiro.[67]

El procedimiento aludido lejos está de haber sido resuelto, atento que su último avance data de fines de 2018. Ello explica, asimismo, su inclusión como punto 5 en la lista de casos pendientes ante la Corte.[68]

60. CIJ, "Legal Consequences of the Construction...", párr. 163.3.A.).
61. CIJ, "Legal Consequences of the Construction...", párr. 163.3.D).
62. AGNU, A/RES/67/19, párr. 2.
63. *New York Times*, "Jerusalem Embassy Is a Victory for...".
64. CIJ, "Relocation of the United States Embassy...", párrs. 38, 42 y 43, entre otros.
65. CIJ, "Relocation of the United States Embassy...", párr. 50.
66. CIJ, "Relocation of the United States Embassy...", párr. 51.
67. CIJ, "Relocation of the United States Embassy...", párr. 52.
68. CIJ, "Pending cases" (V. URL https://www.icj-cij.org/pending-cases).

Prosiguiendo con la estrategia de judicializar la problemática, y luego de reafirmar una vez más "el derecho del pueblo palestino a la libre determinación, incluido su derecho a un Estado de Palestina independiente;"[69] la Asamblea General solicitó a la Corte que responda

> a) ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan de que Israel continúe violando el derecho del pueblo palestino a la libre determinación, de sus prolongados actos de ocupación, asentamiento y anexión del territorio palestino ocupado desde 1967, incluidas las medidas destinadas a alterar la composición demográfica, el carácter y el estatuto de la Ciudad Santa de Jerusalén, y de la aprobación por Israel de legislación y medidas discriminatorias conexas? b) ¿Cómo afectan las políticas y prácticas de Israel que se mencionan […] al estatuto jurídico de la ocupación y qué consecuencias jurídicas se derivan de ese estatuto para todos los Estados y para las Naciones Unidas?[70]

Corresponde remarcar que dicha petición contó con el voto positivo de 87 países, entre los cuales se cuenta el que la República Argentina emitiera.

El "interés legítimo" de la comunidad internacional "en la cuestión de la ciudad de Jerusalén y en la protección de sus singulares dimensiones espiritual, religiosa y cultural"[71] se ve reflejado en el hecho que, más allá de que la Secretaría de la Organización de las Naciones Unidas envió cuantiosa documentación, Turquía, Namibia, Luxemburgo, Canadá, Bangladesh, Jordania, Chile, Liechtenstein, Líbano, Noruega, Israel, Argelia, la Liga de los Estados Árabes, Siria, Palestina, la Organización para la Cooperación Islámica, Egipto, Guyana, Japón, Arabia Saudita, Qatar, Suiza, España, Rusia, Italia, Yemén, Maldivas, Emiratos Árabes Unidos, Omán, la Unión Africana, Paquistán, Sudáfrica, Reino Unido, Hungría, Brasil, Francia, Kuwait, Estados Unidos, China, Gambia, Irlanda, Belice, Bolivia, Cuba, Mauricio, Marruecos, República Checa, Malasia, Colombia, Indonesia, Guatemala, Nauru, Djibouti, Togo, Fiji, Senegal y Zambia formularon declaraciones escritas, a lo cual muchos agregaron luego los comentarios correspondientes.[72]

69. AGNU, A/RES/76/150, párr. 1.
70. AGNU, A/RES/77/247, párr. 18.
71. AGNU, A/RES/77/247, cons. 25.
72. CIJ, "Legal Consequences arising from the Policies...".

Si bien la Corte Internacional de Justicia no se ha pronunciado sobre el particular a la fecha, es de esperar que su decisión aclare aún más la situación jurídica de los territorios palestinos ocupados.

V. ¿Qué dice el derecho internacional, para este tipo de situaciones?

Luego de la reseña efectuada en el apartado que antecede, resulta clara la postura de los diferentes órganos de la Organización de las Naciones Unidas a propósito de la particular situación de la ciudad de Jerusalén. Sin embargo, el derecho aplicable al reconocimiento de territorios anexados por la fuerza excede ampliamente la cuestión bajo análisis y ha sido objeto de sustantivos aportes doctrinarios.

En cuanto atañe al reconocimiento de Estados y la adquisición de territorios, la doctrina nombrada en honor al secretario de Estado de Estados Unidos Henry L. Stimson es, sin dudas, un punto de inflexión.

La doctrina comenzó su desarrollo en 1932 a partir de dos cartas que dicho diplomático dirigiera a los gobiernos de China y Japón expresando la negativa del gobierno estadounidense a reconocer cualquier situación o acuerdo contrario al Tratado General para la Renuncia de la Guerra como Instrumento de Política Nacional (también conocido como Pacto de París o Pacto Briand-Kellogg).[73]

Dicho entendimiento fue luego reflejado en la postura crítica adoptada tanto por el Consejo como por la Asamblea de la Liga de las Naciones con relación a la anexión de Manchuria por parte de Japón.[74] Es de destacar que los acontecimientos que habrían de sucederse en los años siguientes llevaron a que la iniciativa de Stimson alcanzara un respaldo generalizado;[75] lo cual permite concluir que, con el devenir de los años, los principios receptados en tal formulación doctrinaria pasaron a formar parte del derecho internacional consuetudinario general. Tan es así que en la actualidad no se pone en tela de juicio la idea de que, ante una ilegalidad sustantiva,

73. General Treaty for Renunciation of War as… Para obtener una visión de la época en que esta doctrina emergió, v. J. W. W-B., "The Stimson doctrine".
74. O'Mahoney, "Rule tensions and...", p. 834 y Hathaway & Shapiro, *The internationalists...*, p. 330.
75. Langer, *Seizure of territory. The Stimson doctrine...*, pp. 60-61.

particularmente cuando se trata de la violación de una norma perentoria —como lo es la prohibición de la agresión—,[76] los Estados tienen, en virtud del derecho internacional consuetudinario, la obligación de no reconocer ese acto como legal.[77]

Sin embargo, por más que la doctrina Stimson es concebida como uno de los hitos en el desarrollo del derecho internacional del siglo pasado, resulta innegable que esta presenta falencias, principalmente en cuanto se evidencia su ineficacia para efectivamente revertir anexiones ilegales de territorios. En tal sentido, a pesar de que la falta de reconocimiento hace que la posesión de hecho de un territorio disputado permanezca incierta y problemática,[78] no deja de ser cierto que dicha falta de reconocimiento, por sí misma, no es eficiente como sanción, aunque sí resulta indispensable para la aplicación de otras sanciones.[79] Como mínimo, la razón de ser de la obligación de no reconocer es prevenir, en la medida de lo posible, la validación de una situación ilegal.[80]

En sentido coincidente, la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados –Convención de Montevideo de 1933–[81] prescribe en su artículo 11:

> Los Estados contratantes consagran en definitiva como norma de su conducta, la obligación precisa de no reconocer las adquisiciones territoriales o de ventajas especiales que se realicen por la fuerza […]. El territorio de los Estados es inviolable y no puede ser objeto de ocupaciones militares ni de otras medidas de fuerza impuestas por otro Estado, ni directa ni indirectamente, ni por motivo alguno, ni aun de manera temporal.

Otro punto de referencia ineludible en el desarrollo normativo lo constituye la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, la cual, de

76. AGNU, A/74/10, inc. a) del Anexo a la Conclusión 23.
77. Crawford, *The creation of States in*..., p. 160 y Comisión de Derecho Internacional, "Proyecto de artículos...", pp. 121-124.
78. Fabry, *Recognizing States. International society...*, p. 137.
79. Chen, *The International Law of recognition...*, p. 442.
80. Dawidowicz, "The Obligation of Non-Recognition...", p. 678.
81. Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados, 26/12/1933.

acuerdo con la Corte Internacional de Justicia, recepta normas de carácter consuetudinario, más específicamente en cuanto respecta a los principios de no uso de la fuerza y no intervención.[82] Así, sienta la Asamblea la obligación de los Estados de "abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza para violar las fronteras internacionales existentes de otro Estado o como medio de resolver controversias internacionales".[83] A ello agrega la obligación que posee todo Estado de no recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza con el objeto de violar "líneas internacionales de demarcación, tales como las líneas de armisticio, que se establezcan por un acuerdo internacional del que sea parte o que esté obligado a respetar por otras razones".[84] Además, establece la prohibición de que el territorio de un Estado sea objeto de ocupación militar derivada del uso de la fuerza en contravención de la Carta, así como la ilegalidad de la adquisición de territorio derivada de la amenaza o el uso de la fuerza y la obligación de no reconocer como legal ninguna adquisición territorial derivada de la amenaza o el uso de la fuerza que recae en los demás Estados.[85] Por último, resulta interesante mencionar que también se consigna en la resolución en cita que "El uso de la fuerza para privar a los pueblos de su identidad nacional constituye una violación de sus derechos inalienables y del principio de no intervención".[86]

La breve reseña llevada a cabo en los párrafos que anteceden provee un encuadre normativo suficiente para analizar el reconocimiento de las anexiones de territorio mediante el uso de la fuerza desde una perspectiva legal. Sin embargo, no deja de ser cierto que gran parte de la doctrina concuerda que el acto de reconocimiento —sea de Estados, gobiernos o de anexiones territoriales— es, por definición, político.[87] Ello resulta incontrovertible, más aún cuando se considera que tanto Estados como gobiernos dependen en gran medida de apreciaciones normativas efectuadas por actores internacionales.[88] Pero ello no debe llevar a confundir las cosas: a pesar de no ser un acto legalmente indiferente de política nacional, a través

82. CIJ, "Militarv and Paramilitary Activities...", párr. 264. Ver, en sentido coincidente, CIJ, "Legal Consequences of the Construction...", párr. 87.
83. AGNU, A/RES/2625(XXV), Anexo, Apartado 1.
84. AGNU, A/RES/2625(XXV), Anexo, Apartado 1.
85. AGNU, A/RES/2625(XXV), Anexo, Apartado 1.
86. AGNU, A/RES/2625(XXV), Anexo, Apartado 1.
87. Crawford, Brownlie´s principles of public international law, p. 147.
88. Sloane, "The Changing Face of Recognition...", p. 114.

del reconocimiento (o la negativa a llevarlo a cabo) el Estado administra derecho internacional.[89]

Otro aspecto importante que no puede ser pasado por alto al momento de discutir las implicancias legales de la temática se relaciona con el régimen de responsabilidad internacional del Estado. Al respecto, el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos elaborado por la Comisión de Derecho Internacional prevé que serán violaciones graves aquellas que contraríen una obligación surgida de una norma imperativa de derecho internacional general;[90] agregando a continuación que "La violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable".[91] Entre los comentarios realizados por la propia Comisión a la previsión en cita, viene al caso poner particular atención sobre los que destacan que las obligaciones en cuestión emanan de normas que apuntan a prohibir "lo que ha llegado a considerarse intolerable porque representa una amenaza para la supervivencia de los Estados y sus pueblos y para los valores humanos más fundamentales";[92] que "la intención de violar la norma; el alcance y el número de violaciones individuales; y la gravedad de sus consecuencias para las víctimas" son factores a considerar al evaluar la gravedad de una violación;[93] y que "la obligación de cooperar se aplica a los Estados independientemente de que resulten o no afectados por la violación grave".[94]

A mayor abundamiento, el proyecto de artículos de marras consigna que "Los Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave en el sentido del artículo 40";[95] y se impone la obligación de no reconocer como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40, ni prestar ayuda o asistencia para mantener esa situación.[96]

De este modo se puede inferir cómo, desde el derecho internacional general, se arriba a la misma conclusión: existe una obligación de no

89. Lauterpacht, *Recognition in International...*, p. 33.
90. Comisión de Derecho Internacional, "Proyecto de artículos...", art. 40.1.
91. Comisión de Derecho Internacional, "Proyecto de artículos...", art. 40.2.
92. Comisión de Derecho Internacional, "Proyecto de artículos...", p. 120.
93. Comisión de Derecho Internacional, "Proyecto de artículos...", p. 121.
94. Comisión de Derecho Internacional, "Proyecto de artículos...", p. 122.
95. Comisión de Derecho Internacional, "Proyecto de artículos...", proyecto de art. 41.1.
96. Comisión de Derecho Internacional, "Proyecto de artículos...", proyecto de art. 41.2.

reconocer situaciones de hecho que importan violaciones a obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general.[97]

VI. ¿Cómo debería proceder la Argentina?

En función de la reseña normativa efectuada en el apartado que antecede resulta incontrovertible que el derecho internacional público en general condena aquellas situaciones en que un Estado procede a la ocupación territorial más allá de sus límites a través del uso de la fuerza armada.

Desde los orígenes de la doctrina Stimson hasta la actualidad, los más de noventa años transcurridos han evidenciado un desarrollo consistente y consecuente de la norma allí enunciada, entendimiento que se ve reflejado no solo en el accionar de los distintos miembros de la comunidad internacional ante este tipo de situaciones, sino también en los numerosos pronunciamientos de los principales órganos de las Naciones Unidas, lo cual en el caso de la ciudad de Jerusalén surge de manera palmaria.

Ahondar en las implicancias jurídicas de la violación de una norma consuetudinaria de carácter general como la que se encuentra bajo análisis resulta, a esta altura, poco enriquecedor a los fines de este estudio. No hay mucho que se pueda aportar dentro del ámbito del presente trabajo sobre el particular que no haya sido expuesto con anterioridad.

En claro contraste, reflexionar sobre la situación en que se encuentra la República Argentina en tanto miembro de la Organización de las Naciones Unidas puede aportar interesantes puntos de vista que merecen ser tenidos en cuenta al momento de considerar la pertinencia de mudar la embajada de nuestro país ante Israel.

En tal sentido la Carta de las Naciones Unidas, más allá de consignar que para la realización de los propósitos de la organización sus miembros "cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta",[98] agrega luego que ellos "prestarán a esta toda clase de ayuda en cualquier acción que ejerza de conformidad con esta Carta".[99]

97. Dawidowicz, "The Obligation of Non-Recognition...", p. 684.
98. Carta de las Naciones Unidas, 26/06/1945, art. 2.2.
99. Carta de las Naciones Unidas, 26/06/1945, art. 2.5.

Si bien podría discutirse a qué tipo de acciones hace alusión el precepto transcripto en último término, es decir, si ello abarca cualquier acción adoptada por cualquier órgano o solo aquellas emanadas del Consejo de Seguridad, y desde una perspectiva más restrictiva aún, si la obligatoriedad de cooperar se extiende a cualquier decisión del Consejo de Seguridad o solo a aquellas producto de la aplicación del capítulo VII de la Carta;[100] ello no permite pasar por alto que, en tanto miembro de las Naciones Unidas, la Argentina ha asumido ciertas obligaciones específicas con relación a la organización.

A propósito del Consejo de Seguridad en particular, la Carta no deja dudas en cuanto a que el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales es su responsabilidad primordial, y al respecto agrega que los miembros de la organización "reconocen que […] actúa a nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad".[101] Lo que es más, a continuación se establece que "Los miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta".[102] Profundizar en el alcance de la obligación contenida en el precitado artículo 25 exigiría el desarrollo de un trabajo en sí, siendo esta una cuestión tan intricada como debatida. Resulta suficiente consignar, a los efectos del presente desarrollo, que la propia Corte Internacional de Justicia ha manifestado, sin dejar lugar espacio para la más mínima duda, que dicha obligación no se circunscribe a medidas adoptadas al amparo del capítulo VII, y que el texto de la Carta misma no permite arribar a tal conclusión.[103]

La mejor prueba de esto es que, luego de la adopción de la Resolución 478 (1980), por cuyo conducto —cabe recordar— el Consejo de Seguridad ordenó a aquellos Estados que hayan establecido representaciones diplomáticas en Jerusalén que las retiren, las 13 embajadas situadas en la ciudad fueron mudadas a la zona de Tel Aviv.[104] Si bien es cierto que Chile, Ecuador y Venezuela ya habían retirado sus misiones con anterioridad a la aprobación de la resolución en cuestión; El Salvador, Costa Rica, Panamá,

100. Kelsen, *The Law of the United Nations*, pp. 91-94.
101. Carta de las Naciones Unidas, 26/06/1945, art. 24.1.
102. Carta de las Naciones Unidas, 26/06/1945, art. 25.
103. CIJ, "Legal Consequences for States...", párr. 113. Para un análisis en profundidad del tema, v. KELSEN, "The Law of the United Nations...", pp. 95-sgs.
104. Naor, "Begin and 'Basic Law...", p. 46.

Colombia, Haití, Bolivia, Países Bajos, Guatemala, República Dominicana y Uruguay lo hicieron con posterioridad a esta.[105]

Ahora bien, si el acatamiento de la Resolución 478 (1980) del Consejo de Seguridad fuera el último evento de la serie, y en consecuencia ningún país tuviera su sede diplomática establecida en la ciudad de Jerusalén, entonces el presente trabajo carecería, en gran medida, de interés. Sin embargo, la realidad demuestra que, más allá del caso argentino, la situación sigue teniendo vigencia, dando origen a enconados debates en los más diversos puntos del globo.

Luego de expresar que mudar la Embajada de Estados Unidos a Jerusalén no era más que reconocer la realidad, y que ello importaba admitir lo obvio —que Jerusalén es la capital de Israel—,[106] el entonces presidente estadounidense decidió mudar la embajada de su país a Jerusalén, lo cual se concretó en mayo de 2018.[107] El curso de acción emprendido por Estados Unidos tuvo —y tiene aún— un impacto simbólico superlativo. No obstante, limitar sus efectos al plano de lo alegórico haría del presente trabajo una reflexión tan incompleta como sesgada.

Lo cierto es que menos de una semana después de la apertura de la Embajada de Estados Unidos en Jerusalén, Guatemala siguió idéntico camino, inaugurando su sede diplomática en la ciudad en cuestión.[108] Así se inició una serie de medidas análogas adoptadas por los más variados países, los cuales mudaron, a su turno, sus sedes diplomáticas a Jerusalén: Honduras lo hizo en 2021,[109] Kosovo en 2021 también,[110] y Papúa Nueva Guinea lo concretó en 2023.[111]

Mención aparte merece el caso de Paraguay, el cual si bien fue el tercer país en mudar su embajada —lo cual hizo en mayo de 2018—,[112] ese mismo año decidió desandar sus propios pasos, relocalizando nuevamente la sede diplomática en la ciudad de Tel Aviv.[113] Resulta curioso adver-

105. Naciones Unidas, Yearbook of the United Nations 1980..., p. 405.
106. *New York Times*, "Trump Recognizes Jerusalem as...".
107. *Al Jazeera*, "World leaders react to US embassy...".
108. *France 24*, "Guatemala inaugura embajada en...".
109. *Deutsche Welle*, "Presidente de Honduras inaugura...".
110. *El Mundo*, "Kosovo abre su embajada en Jerusalén...".
111. *Al Jazeera*, "Papua New Guinea opens Israel...".
112. *Deutsche Welle*, "Paraguay inaugura su embajada en Jerusalén".
113. *British Broadcasting Corporation*, "Paraguay regresa su embajada en Israel..." y *France 24*, "Paraguay vuelve a trasladar su embajada...".

tir que la Embajada paraguaya ante Israel ha sido mudada una vez más, encontrándose actualmente localizada en la ciudad de Jerusalén.[114] Es al menos difícil, si no directamente imposible, justificar a través del derecho internacional tan errático derrotero. La intricada disputa que gira en torno a la ciudad de Jerusalén no ha presentado, desde un punto de vista jurídico, cambios tan radicales que expliquen tres mudanzas de la sede diplomática de un mismo país en apenas un lustro. Quizás la razón subyacente de tanto movimiento sea que la relocalización inicial en Jerusalén fue decidida por el expresidente Horacio Cartes, el regreso a Tel Aviv por el expresidente Mario Abdo Benítez, y el retorno a Jerusalén por el actual presidente Santiago Peña. En tal sentido, surge a las claras que la motivación no puede ser jurídica sino meramente política, ya sea que esta versa sobre política doméstica o internacional. No obstante, no se puede dejar de advertir que, desde el punto de vista del derecho internacional público, e independientemente de la postura que adoptemos con relación al estatuto jurídico de Jerusalén, al menos alguna de las dos conductas debe necesariamente ser violatoria del derecho de gentes. Caso contrario, difícilmente se podría hablar de normas de derecho internacional aplicables al reconocimiento de territorios adquiridos mediante el uso de la fuerza armada.

VII. Conclusión

Definir la situación general de Oriente Medio como una disputa jurídica compleja es, cuando menos, cauto. La triste realidad evidencia que, una vez más, la gran mayoría de los actores involucrados han optado por la violencia, sepultando así los esfuerzos titánicos que se vienen realizando hace décadas para alcanzar una solución pacífica.

Dentro de esta polifacética disputa, Jerusalén ocupa un sitio único. Más allá de su importancia —la cual trasciende los aspectos cultural, histórico, religioso y geopolítico—, lo cierto es que la comunidad internacional, poniendo particular atención a muchas de las características que hacen tan especial a la ciudad, ha propuesto un régimen jurídico específico tendiente a reconciliar los intereses de todos los actores directamente involucrados.

114. Presidencia de la República del Paraguay, "Paraguay e Israel reabren...".

Sin embargo, determinadas acciones emprendidas unilateralmente por diversos actores —cuya vinculación con la disputa es de lo más variopinta— parecen socavar el entendimiento mínimo alcanzado sobre la ciudad, sumiéndola aún más en la indefensión y, consecuentemente, en la violencia.

Tampoco resultan muy alentadoras las perspectivas cuando se analiza la cuestión desde el multilateralismo. Sería una necedad negar que las Naciones Unidas han demostrado, en los últimos años, sus serias limitaciones al momento de brindar soluciones concretas a situaciones críticas. Ello resulta aún más evidente cuando se ahonda en la cuestión de Jerusalén, pudiendo remontarse esta apreciación a los inicios mismos de la organización.

Sin perjuicio de ello, me confieso un férreo defensor de las Naciones Unidas y tengo la convicción de que la organización es la mejor opción disponible para poner fin a esta disputa que continúa regando las calles de Jerusalén con sangre. Dicho entendimiento me obliga a insistir una vez más que la organización se ha pronunciado de manera incontrovertible y reiterada sobre el particular, calificando la localización de sedes diplomáticas en Jerusalén como contraria al derecho internacional e instado a sus miembros a abstenerse de hacerlo.

Ahora bien, en términos llamativamente similares a los empleados por el expresidente de Estados Unidos Donald Trump, nuestro presidente ha manifestado que "Jerusalén es la capital de Israel y el traslado de la embajada a la Ciudad Santa simboliza a mis ojos nuestro reconocimiento de este hecho".[115] Una aseveración inequívoca como la citada importa, ineludiblemente, un reposicionamiento de nuestro país con relación a la disputa sobre Jerusalén. Ello invita, por lo menos, a reflexionar sobre la naturaleza de las motivaciones subyacentes: ¿son estas políticas o jurídicas?

A esta altura del presente desarrollo no caben dudas que, sea desde la perspectiva del derecho internacional consuetudinario de carácter general o de las sendas decisiones adoptadas en el seno de las Naciones Unidas, la reubicación de una misión diplomática en la ciudad de Jerusalén contraviene el ordenamiento jurídico internacional. Esta apreciación no deja de ser una evaluación jurídica de la situación, la cual no necesariamente ha de determinar la adopción de una postura de índole política. En otras palabras,

115. *La Nación*, "Javier Milei confirmó que quiere mudar la embajada...".

no toda decisión política está siempre definida por su legalidad; y suele ser el caso que determinadas políticas internacionales no necesariamente se alinean con los dictados del derecho internacional. Ello, naturalmente, trae aparejada una violación de dicho ordenamiento, lo cual debería redundar en la responsabilidad internacional del Estado que quebranta la norma.

El principal propósito del presente trabajo es concientizar sobre el derecho aplicable a la disputa existente en torno a Jerusalén y las potenciales consecuencias jurídicas que podría traer aparejada la mudanza de la Embajada de la República Argentina a dicha ciudad. Lamentablemente, la experiencia demuestra que cuando se debaten cuestiones tan complejas, no son pocas las veces en que la política termina eclipsando al derecho; y no es que el derecho no tenga soluciones para aportar, sino que simplemente se lo ignora. Ahí radica la importancia de mi contribución, la cual espero al menos brinde cierta claridad sobre el asunto.

Mi único deseo es que, independientemente de la decisión política que se termine adoptando, los aspectos jurídicos sean al menos tenidos en consideración; y que una situación tan delicada y cara a la comunidad internacional toda como lo es el estatuto de la ciudad de Jerusalén no termine bailando al ritmo de la política de nuestro país.

Bibliografía

Al Jazeera, "Papua New Guinea opens Israel embassy in West Jerusalem", 05/09/2023, URL: https://www.aljazeera.com/news/2023/9/5/papua-new-guinea-opens-israel-embassy-in-west-jerusalem, consultado el 11/11/2024.

——, "World leaders react to US embassy relocation to Jerusalem", 14/05/2018, URL: https://www.aljazeera.com/news/2018/5/14/world-leaders-react-to-us-embassy-relocation-to-jerusalem, consultado 11/11/2024.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, A/56/83, Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 26/11/2001.

——, A/74/10, "Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)" en Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 71º período de sesiones, 09/08/2019.

——, A/RES/51/27, Jerusalén, 04/12/1996.

——, A/RES/67/19, Estatuto de Palestina en las Naciones Unidas, 29/11/2012.
——, A/RES/72/15, Jerusalén, 30/11/2017.
——, A/RES/76/150, El derecho del pueblo palestino a la libre determinación, 16/12/2021.
——, A/RES/77/247, Prácticas israelíes que afectan a los derechos humanos del pueblo palestino en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, 30/12/2022.
——A/RES/181(II), Futuro Gobierno de Palestina, 29/11/1947.
——, A/RES/194(III), Palestina. Informe sobre el progreso de las gestiones del Mediador de las Naciones Unidas, 11/12/1948.
——, A/RES/273(III), Admisión de Israel como Miembro de las Naciones Unidas, 11/05/1949.
——, A/RES/2253(ES-V), Medidas tomadas por Israel para cambiar la condición de la ciudad de Jerusalén, 04/07/1967.
——, A/RES/2254(ES-V), Medidas tomadas por Israel para cambiar la condición de la ciudad de Jerusalén, 14/07/1967.
——, A/RES/2443(XXIII), Respeto y aplicación de los derechos humanos en los territorios ocupados, 19/12/1968.
——, A/RES/2625(XXV), Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, 24/10/1970.
——, A/RES/3092(XXVIII), Informe del Comité Especial encargado de investigar las prácticas israelíes que afecten los derechos humanos de la población de los territorios ocupados, 07/12/1973.
——, A/RES/3525(XXX), Informe del Comité Especial encargado de investigar las prácticas israelíes que afecten los derechos humanos de la población de los territorios ocupados, 15/12/1975.
——, A/RES/ES-10/3, Medidas ilegales israelíes en la Jerusalén Oriental ocupada y el resto del Territorio Palestino Ocupado, 15/07/1997.
——, A/RES/ES-10/14, Medidas israelíes ilegales en la Jerusalén oriental ocupada y el resto del territorio palestino ocupado, 08/12/2003.
——, A/RES/ES-10/19, El estatuto de Jerusalén, 21/12/2017.
British Broadcasting Corporation, "Paraguay regresa su embajada en Israel a Tel Aviv tras el polémico trasladado a Jerusalén", 05/09/2018, https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-45427674, URL: consultado el 11/11/2024.

Carta de las Naciones Unidas, 26/06/1945, San Francisco, Estados Unidos, e.v. 24/10/1945, Decreto N.º 21195/1945.

Chen, Ti-Chiang, *The International Law of recognition. With special reference to practice in Great Britain and the United States*, Stevens & Sons, 1951, Londres.

Comisión de Derecho Internacional, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 10/08/2001, Vol. 2, Parte 2.

Comité Internacional de la Cruz Roja, Convenios de Ginebra de 1949, Protocolos Adicionales y sus comentarios, URL: https://ihl-databases.icrc.org/es/ihl-treaties/gciv-1949?activeTab=1949GCs-APs-and-commentaries, consultado el 11/11/2024.

Comité para el ejercicio de los derechos inalienables del pueblo palestino y bajo su orientación, *La condición jurídica de Jerusalén*, Naciones Unidas, 1997, Nueva York, URL: https://www.un.org/unispal/es/wp-content/uploads/sites/25/2024/01/97-24262s.pdf, consultado el 11/11/2024.

Consejo de Administración Fiduciaria de la Organización de las Naciones Unidas, T/RES/118(VI), Proyecto de Estatuto de la Ciudad de Jerusalén: invitación a Israel y Jordania, 11/02/1950.

Consejo de la Liga de las Naciones, El Mandato Palestino, 24/07/1922, URL: https://avalon.law.yale.edu/20th_century/palmanda.asp, consultado el 11/11/2024.

Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, S/RES/242(1967), 22/11/1967.

——, S/RES/252(1968), 21/05/1968.

——, S/RES/267(1969), 03/07/1969.

——, S/RES/298(1971), 25/09/1971.

——, S/RES/465(1980), 01/03/1980.

——, S/RES/476(1980), 30/06/1980.

——, S/RES/478(1980), 20/08/1980.

——, S/RES/2334(2016), 23/12/2016.

Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados, 26/12/1933, Montevideo, Uruguay, e.v. 26/12/1934, LNTS 165:19.

Corte Internacional de Justicia, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, 21/06/1971, I.C.J. Reports 1971.

——, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 09/07/2004, I.C.J. Reports 2004.

——, Military and Paramilitary Activities in und against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, 27/06/1986, I.C.J. Reports 1986.

——, Relocation of the United States Embassy to Jerusalem (Palestine v. United States of America), Demanda presentada por Palestina, 28/09/2018, URL: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/176/176-20180928-APP-01-00-EN.pdf, consultado el 11/11/2024.

Crawford, James, *Brownlie´s principles of public international law*, 8ª ed., Oxford University Press, 2012, Oxford.

——, *The creation of States in International Law*, 2ª ed., Oxford University Press, 2006, Oxford.

Dawidowicz, Martin, "The Obligation of Non-Recognition of an Unlawful Situation", en Crawford, James, Pellet, Alain, Olleson, Simon y otros/otras (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010, Oxford.

Deutsche Welle, "Paraguay inaugura su embajada en Jerusalén", 21/05/2018, URL: https://www.dw.com/es/paraguay-inaugura-su-embajada-en-jerusal%C3%A9n/a-43866233, consultado el 11/11/2024.

——, "Presidente de Honduras inaugura embajada en Jerusalén", 24/06/2021, URL: https://www.dw.com/es/presidente-de-honduras-inaugura-embajada-en-jerusal%C3%A9n/a-58038201, consultado el 11/11/2024.

Dinstein, Yoram, *The International Law of Belligerent Occupation*, 2ª ed., Cambridge University Press, 2019, Cambridge.

——, *War, aggression and self-defence*, 6a ed., Cambridge University Press, 2017, Cambridge.

El Mundo, "Kosovo abre su embajada en Jerusalén tras ser reconocido por Israel", 14/03/2021, URL: https://www.elmundo.es/internacional/2021/03/14/604e5f16fc6c83dc6a8b45a9.html, consultado el 11/11/2024.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 26/06/1945, San Francisco, Estados Unidos, e.v. 24/10/1945, Decreto 21195/1945.

Fabry, Mikulas, *Recognizing States. International society and the establishment of new States since 1776*, Oxford University Press, 2010, Nueva York.

France 24, "Guatemala inaugura embajada en Jerusalén, dos días después de Estados Unidos", 16/05/2018, URL: https://www.france24.com/es/20180516-guatemala-inaugura-embajada-jerusalen, consultado el 11/11/2024.

——, "Paraguay vuelve a trasladar su embajada de Jerusalén a Tel Aviv en Israel", 06/09/2018, URL: https://www.france24.com/es/20180906-paraguay-traslada-embajada-israel-jerusalen, consultado el 11/11/2024.

General Treaty for Renunciation of War as an Instrument of National Policy, 27/08/1928, París, Francia, e.v. 25/07/1929, LNTS 94:57.

Hashemite Jordan Kingdom-Israel: General Armistice Agreement, 03/04/1949, Rodas, Grecia, e.v. 03/04/1949, UNTS 42:303.

Hathaway, Onna A. & Shapiro, Scott J., *The internationalists and their plan to outlaw war*, Allen Lane, 2017, cdad.

Israel, "Ley Básica: Jerusalén, capital de Israel", Ley con su Enmienda N.º 1, 27/11/2000.

J. W. W-B., "The Stimson doctrine" en *Bulletin of International News*, Apr. 1932, Vol. 8, N.º 22.

Kelsen, Hans, "The Law of the United Nations" en *The Lawbook Exchange*, 2011, New Jersey.

Klabbers, Jan, "Intervention, Armed Intervention, Armed Attack, Threat to Peace, Act of Aggression, and Threat or Use of Force - What's the Difference?", en Weller, Marc (ed.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford University Press, 2017, Oxford.

Kollek, Teddy, "Jerusalem" en *Foreign Affairs*, Jul. 1977, Vol. 55, N.º 4, pp. 701-716.

La Nación, "El viaje de Milei a Israel: expectativa e ilusión por la llegada de un aliado en medio de la guerra y las críticas mundiales", 05/02/2024, URL: https://www.lanacion.com.ar/politica/el-viaje-de-milei-a-israel-expectativa-e-ilusion-por-la-llegada-de-un-aliado-en-medio-de-la-guerra-y-nid05022024/, consultado el 11/11/2024.

——, "Javier Milei confirmó que quiere mudar la embajada de la Argentina en Israel a Jerusalén", 23/11/2023, URL: https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/javier-milei-confirmo-que-quiere-mudar-la-embajada-de-la-argentina-en-israel-a-jerusalen-nid23112023/, consultado el 11/11/2024.

Langer, Robert, "Seizure of territory", en *The Stimson doctrine and related principles in legal theory and diplomatic practice*, Princeton University Press, 1947, Princeton.

Lauterpacht, Hersch, *Recognition in International Law*, Cambridge University Press, 1947, Cambridge.

Naciones Unidas, Yearbook of the United Nations 1980, "Questions relating to the Middle East", en *Political and security questions*, Naciones Unidas, 1980, Nueva York, URL: https://cdn.un.org/unyearbook/yun/chapter_pdf/1980YUN/1980_P1_SEC1_CH12.pdf, consultado el 11/11/2024.

Naor, Arye, "Begin and 'Basic Law: Jerusalem, Capital of Israel'" en *Israel Studies*, Fall 2016, Vol. 21, N.º 3, pp. 36-48.

New York Times, "Jerusalem Embassy Is a Victory for Trump, and a Complication for Middle East Peace", 14/05/2018, URL: https://www.nytimes.com/2018/05/14/us/politics/trump-jerusalem-embassy-middle-east-peace.html, consultado el 11/11/2024.

——, "Trump Recognizes Jerusalem as Israel's Capital and Orders U.S. Embassy to Move", 06/12/2017, URL: https://www.nytimes.com/2017/12/06/world/middleeast/trump-jerusalem-israel-capital.html, consultado el 11/11/2024.

O'Mahoney, Joseph, "Rule tensions and the dynamics of institutional change: From 'to the victor go the spoils' to the Stimson Doctrine" en *European Journal of International Relations,* 2014, Vol. 20, N.º 3, pp. 834-857.

Pacto de la Liga de las Naciones, 28/06/1919, Versalles, Francia, e.v. 10/01/1920.

Página 12, "El oficialismo consiguió el aval para el candidato a embajador en Israel", 28/03/2024, URL: https://www.pagina12.com.ar/724858-el-oficialismo-consiguio-el-aval-para-el-candidato-a-embajad, consultado el 11/11/2024.

Perfil, "Javier Milei, ¿el candidato que pretende apropiarse del judaísmo?", 18/08/2023, URL: https://www.perfil.com/noticias/columnistas/javier-milei-el-candidato-que-pretende-apropiarse-del-judaismo.phtml, consultado el 11/11/2024.

Presidencia de la República del Paraguay, "Paraguay e Israel reabren embajadas en Jerusalén y Asunción", 19/09/2023, URL: https://edicion.presidencia.gov.py/sala-de-prensa/noticias/historial/paraguay-e-israel-reabren-embajadas-en-jerusalen-y-asuncion, consultado el 11/11/2024.

Sloane, Robert D., "The Changing Face of Recognition in International Law: A Case Study of Tibet" en *Emory International Law Review*, 2002, Vol. 16, pp. 107/186.

LOS DOS ROSTROS DE LA ANFISBENA: CONSTITUCIONALISMO BELIGERANTE Y REPÚBLICA POSIBLE*

Pablo Fabián Americo**

[...] la guerra en que todo se acumula y todo carece de reglas,
la guerra en que cada cual ataca sin cesar al otro y todas
las metas carecen de sentido, salvo una: la victoria. [...]
el estado natural del mundo era el caos, y como nunca acababa,
tampoco podía predecirse una salida.[1]

Resumen: Como parte de un trabajo de investigación en curso sobre los antagonismos establecidos entre las identidades políticas argentinas y su relación con las configuraciones institucionales que adoptó nuestro país, en este breve ensayo se presentan preguntan e hipótesis acerca de lecturas que conciben a la Constitución argentina —desde su versión histórica y pasando por sus diversas reformas— como un artefacto legal que contiene principios antinómicos. Se comienza con una exploración de las hipótesis sobre la "república verdadera" y la "república posible" establecidas por Bartolomé Mitre y se sigue con lecturas de Juan Bautista Alberdi así como diversos juristas del siglo XX. En un segundo apartado, se introducen consideraciones propias de la sociología política, la teoría del derecho y la lingüística para pensar las indeterminaciones e interpretaciones posibles ante la textura abierta de los textos y la existencia de principios potencialmente dicotómicos –lo liberal, lo democrático, lo republicano, lo electoral– en el proyecto representativo moderno. En base a estas consideraciones, se realizan algunas hipótesis preliminares y observaciones sobre la posible hiperpolitización del texto constitucional argentino y el espectro alberdiano en tiempos de reforma y conflicto.

* Recepción del original: 09/05/2024. Aceptación: 26/07/2024.
** Estudiante de Derecho (UBA). Graduado de Licenciatura en Ciencia Política (UBA).
1. Krasznahorkai, *Melancolía de la resistencia*, s/p.

Palabras clave: constitución — antagonismo — decisionismo — pluralismo — interpretación jurídica

Abstract: As part of an ongoing research on the antagonism established between political identities and their relationship with the institutional configurations that Argentina adopted, this brief essay presents questions and hypotheses about lectures that conceive the Argentinian Constitution —from its historical version and going through its various reforms— as a legal artifact that contains antinomic principles. It begins with an exploration of the hypotheses about the "república verdadera" and the "república posible" established by Bartolomé Mitre and continues with extracts from the works of Juan Bautista Alberdi as well as various jurists of the 20th century. In a second section, considerations from political sociology, legal theory and linguistics are introduced to think about the indetermination and possible interpretations given to the open texture of texts and the existence of potentially dichotomous principles —the liberal, the democratic, the republican, the electoral— in the modern representative project. Based on these considerations, some preliminary hypotheses and observations are made about the possible hyper politicization of the Argentinian constitutional text and the Alberdian "specter" in times of reform and conflict.

Keywords: constitution — antagonism — decisionism — pluralism — legal interpretation

I. Introducción

La actualidad política hace persistir la visualización de la actividad legislativa argentina como un campo de batalla cuyo mapa se actualiza de forma constante. Como en la cita a *Melancolía de la resistencia* del escritor húngaro László Krasznahorkai, la topografía legislativa de la Argentina se nos presenta como el resultado de una dinámica en la que tan solo parece existir la victoria (¿electoral?) como meta para sus participantes. La sedimentación de debates y combates sin resolución alguna parecen, por momentos, convertir al proyecto argentino en una criatura de rostro difuso. A la imagen de la Anfisbena de la mitología griega, la misma Constitución argentina se aparece, por momentos, como una criatura con dos rostros.[2]

2. Al respecto, Borges nos señala que la etimología griega de "Anfisbena" quiere decir "que va en dos direcciones". Véase Borges & Guerrero, *El libro de los seres imaginarios*.

Más allá de que la hipertrofia del aparato legal y constitucional del país puede ser tan solo una exageración (alimentada por intereses políticos o académicos), es llamativa la persistencia histórica de lecturas que señalan la existencia de proyectos antagónicos coexistiendo hacia el interior de la legislación rioplatense. En este ensayo, nos proponemos, a manera de abordaje preliminar, tensionar y explorar algunas de estas lecturas, preguntándonos por la lógica que compone el diseño institucional argentino realmente existente. En consiguiente, utilizaremos como referencia a una serie de constitucionalistas y pensadores argentinos que abordaron el problema desde distintas perspectivas y posiciones ideológicas. La organización de nuestro ensayo comenzará por una exposición de casos y luego seguirá con un desarrollo teórico al respecto.

II. Argentina en el callejón

Una de las formas más exitosas en que el pensamiento argentino ha conceptualizado la existencia de proyectos constitucionales antagónicos hacia el interior de nuestra legislación es la famosa distinción entre "república verdadera" y "república posible". La noción ha obtenido un importante impacto en la renovación historiográfica ocurrida en Argentina a partir de los años ochenta, encontrando su impulso desde los trabajos de Tulio Halperín Donghi.[3] Sin embargo, el concepto proviene del siglo XIX. Aunque se atribuye la autoría de la dicotomía a Juan Bautista Alberdi, en verdad, quien la introdujo fue Bartolomé Mitre en su *Historia de San Martín y de la Emancipación Sud-americana* (1887):

> Si la América del Sud no ha realizado todas las esperanzas que en un principio despertó su revolución, no puede decirse que haya quedado atrás en el camino de sus evoluciones necesarias […]. Está en

3. La noción aparece por primera vez en la obra halperiniana en un temprano ensayo sobre el peronismo, para ser luego desarrollada en los trabajos de Botana y Gallo y el propio Halperin Donghi en los que se hipotetizó que los tiempos abarcados entre 1880 y 1930 constituyen el camino de la "república posible" hacia la "república verdadera", mientras que los tiempos posteriores a 1930 y previos al peronismo son la era de la "república imposible". Véase, Halperín Donghi, "Del fascismo al peronismo", p. 21; Halperín Donghi, *Vida y muerte de la República verdadera (1910-1930)*; Halperín Donghi, *La República imposible (1930-1945)*; Botana & Gallo, *De la República posible a la...*

> la república posible, en marcha hacia la república verdadera, con una constitución política que se adapta á su sociabilidad [...] En su molde se habrá vaciado la estatua de la república democrática, última forma racional y última palabra de la lógica humana, que responde á la realidad y al ideal en materia de gobierno libre.[4]

De este modo, la "república posible" se muestra como una evolución necesaria que comienza con el ciclo revolucionario sudamericano y llevará a la constitución de una república democrática. El objetivo racional y humano al que se procede de manera evolutiva estaría ya contenido en la constitución adaptada a la sociabilidad contemporánea de la república posible, aunque la misma aún no despliegue las características del gobierno libre. Así, la letra de la república posible contiene los elementos de la república verdadera, proyectos que en principio parecieran no estar en pugna entre sí, pero cuya coexistencia (al menos, como potencia) nos señala la conceptualización de una legislación de textura abierta. Al respecto, la dualidad mitrista no solo se encuentra en las potencialidades de la república independizada, sino que en el mismo proyecto revolucionario sudamericano se hallan modelos en disputa:

> [...] es la tentativa de la revolución colombiana dilatada, de unificar artificialmente las colonias emancipadas, según otro plan absorbente y monocrático en oposición a sus leyes naturales, y en pugna con el nuevo derecho de gentes inaugurado por la revolución argentina americanizada. Estas dos tendencias, concurrentes en un punto, —la emancipación general—, representadas por dos hegemonías políticas y militares, [...] constituyen el último nudo de la revolución sud-americana. De aquí proviene la condensación de las dos fuerzas emancipadoras [...]. De aquí también el choque de las dos políticas continentales de esas hegemonías encontradas, hasta que al fin prevalece por sí mismo el principio superior á que obedecen los acontecimientos por su gravitación natural.[5]

4. Mitre, *Historia de San Martín y de la…*, pp. 111-112.
5. Mitre, *Historia de San Martín y de la…*, p. 47.

Es decir, en la emancipación sudamericana, la revolución —que es el grado cero de la evolución hacia la república democrática—, es producto de posiciones antinómicas: la monocracia bolivariana y el liberalismo cosmopolita —respetuoso de las fronteras naturales— sanmartiniano. La homogeneización de ambas corrientes da por resultado la prevalencia de su fin último —la emancipación— que suponemos, en parte, se decanta mayoritariamente por la interpretación sanmartiniana. Sin embargo, considerando las descripciones del propio Mitre sobre las decepciones de la Sudamérica posterior a la revolución, ¿es esta confluencia de proyectos la sutura última de los avatares emancipatorios? ¿Qué ocurriría si en vez de tratarse de dos modelos en pugna, se concibiese a ambos como parte de un mismo proyecto, antinómico hacia su interior, con sucesivos intentos de sutura y reconciliación fallidos?

Creemos que algo de esto se insinúa en los balances críticos que Alberdi realiza de la Constitución argentina de 1853/1860. En su trabajo *Dos políticas en candidatura* de febrero de 1868, el pensador tucumano analizaba la situación electoral argentina bajo los siguientes términos:

> [...] en el modo de ser de la República Argentina […] cada Presidente es un sistema de gobierno, como se vió probado cuando acabó la Presidencia del Paraná, y puede verse ahora al acabar la Presidencia de Buenos Aires.
> Así, la elección de un Presidente en ese país, se resuelve, en sustancia, en la elección de un sistema [...][6]

La idea de que una elección argentina podría involucrar la decisión entre dos modelos sociopolíticos opuestos nos puede resultar familiar: impregna buena parte de los análisis políticos y los desarrollos sociológicos al respecto de las pugnas electorales de la Argentina previa a 1983. Sin embargo, la peculiaridad del pensamiento alberdiano reside en que su diagnóstico ubica a una expresión posible de los modelos antagónicos en la letra constitucional:

> La aspiración del partido que se apoya en Buenos Aires está organizada y formulada en la Constitucion reformada de 1860, y la

6. Alberdi, *Obras completas. Tomo VII*, p. 47.

> tendencia de las Provincias unidas, ó de la union de las Provincias, se halla formulada en la Constitucion nacional de 1853.
> [...] La de 1853 fué realmente la Constitucion de un Gobierno nacional que no existia; la de 1860 es la disolucion constitucional de ese Gobierno nacional existente, por un movimiento localista.[7]

De este modo, el texto constitucional se presenta como explícitamente contradictorio:[8] su formulación en 1860 lo convierte en el habilitador de modelos antagónicos que en el pasado han llevado al país a largas guerras civiles.[9] Es casi como si Alberdi hiciera suyo el problema que Jean-Jacques Rousseau planteaba en su *Ensayo sobre el origen de las lenguas*:

> La escritura, que al parecer debería fijar la lengua, es precisamente lo que la altera; no cambia las palabras, sino el genio mismo de la lengua; reemplaza la exactitud por la expresión.[10]

Del mismo modo, la escritura de la Constitución entre 1853 y 1860 antes que fijar la palabra constitucional creó dos sistemas o modelos en pugna que coexistían.

7. Alberdi, *Obras completas. Tomo VII*, p. 49.
8. En su trabajo "La República Argentina consolidada en 1880 con la Ciudad de Buenos Aires por Capital (1881)", Alberdi describe el conflicto entre la Constitución de 1853 y la de 1860 en los siguientes términos: "Si se hubiese colocado á San Pablo á la cabeza del uno, y á San Pedro como jefe del otro, los dos se hubieran hecho rivales y antagonistas, en defensa de las prerrogativas encontradas que la Constitucion acordaba á cada uno de los poderes, en que ella mantenia dividido legalmente al Gobierno del país y al país mismo". Véase Alberdi, *Obras Completas. Tomo VIII*, p. 14.
9. La descripción internamente contradictoria de elementos de la realidad argentina no es una excepción en la obra de Alberdi. En su "La República Argentina, 37 años después de su Revolución de Mayo", el autor dirá "Rosas es un mal y un remedio a la vez". También, replicando las palabras de su rival Domingo F. Sarmiento, se preguntará en sus "Palabras de un ausente…": "¿Cómo negar que Facundo Quiroga era una mezcla de civilización y barbarie?". Véase Alberdi, *Obras Completas. Tomo III*, p. 223; Alberdi, *Obras Completas. Tomo VII*, p. 157.
10. De forma anacrónica, también se podría hacer dialogar las observaciones alberdianas con la relectura que Jacques Derrida hace de Rousseau: "la escritura, en cierto modo, se resquebraja en su valor. Por un lado, lo hemos visto, es el esfuerzo por reapropiarse simbólicamente la presencia. Por el otro, consagra la desposesión que ya había dislocado al habla". Véase Rousseau, *Ensayo sobre el origen de las lenguas*, p. 29; Derrida, *De la gramatología*, pp. 210-211.

La noción de la estructura constitucional como un edificio contradictorio persistiría en el ecosistema jurídico-doctrinal argentino. A principios del siglo XX, otro pensador abocado al tema, el abogado Manuel Augusto Montes de Oca, reflexionaría en una conferencia sobre derecho constitucional:

> Para desentrañar la hermenéutica de los textos constitucionales, es de rigor penetrarse de ellos mismos, de sus antecedentes, de sus modelos, prescindiendo, en lo posible, de las reglas contradictorias adaptadas en los momentos de turbulencia.[11]

Es decir, en este caso, la antinomia institucional estaba dada ya no por la existencia de un proyecto utópico contenido por la Constitución (la noción de una república posible encerrada en las potencialidades del texto) o por la existencia de dos modelos en pugna, sino por la necesidad de interpretar un contenido accidental —propio de los conflictos del período— de un contenido esencial que nos daría las verdaderas pautas institucionales para dirigir el país. De este modo, la Constitución argentina, nacida de sucesivos pactos tras una extensa guerra civil, se revelaría como la expresión viva de las tensiones de su tiempo, de las que sería necesario abstraerse para encontrar la esencia del texto.

Décadas más tarde sería Arturo Enrique Sampay quien escribiría sobre las antinomias de la Constitución argentina. El jurista, autor principal de la Constitución de 1949, redactó en su manual sobre *Las constituciones de la Argentina* (1975) un balance sobre la historia constitucional del país. Sampay consideraba que la Constitución de 1853 contenía principios antinómicos en su interior: aunque había sido sancionada como una Constitución oligárquica y antidemocrática —siendo este el sentido que le conferían sus redactores—, por su "elasticidad" era capaz de transformarse en una constitución popular.[12] Fue la Ley Sáenz Peña la que permitió esta modificación del sentido de la Constitución, sin que se cambiara su letra, y fueron las siguientes tentativas golpistas (en particular, la de 1930 y la de 1955) los

11. Montes de Oca estaba exponiendo sus posturas sobre las Constituciones provinciales, las guerras civiles y las intervenciones federales. Véase Calandrelli, *Lecciones de Derecho Constitucional. Notas...*, p. 214.
12. Sampay, *Las constituciones de la Argentina*, p. 66.

intentos por restaurar su interpretación original. De este modo, la Constitución de 1853 estaba conformada por una "antinomia interna"[13]. Según el jurista, la Constitución de 1949 se había elaborado como un intento de dar final a los conflictos generados por esta contradicción:

> En síntesis, la llamada "Constitución de 1949" se proponía hacer efectivo el gobierno de los sectores populares […]
> La reforma constitucional de 1949 no organizó adecuadamente el predominio y el ejercicio del poder político por los sectores populares, debido, primero, a la confianza que los sectores populares triunfantes tenían en la conducción carismática del general Perón, y segundo, al celoso cuidado que el propio general Perón ponía para que no se formara paralelamente al gobierno legal un coadyuvante poder real de esos sectores populares, a fin de conservar el carácter pluriclasista de su movimiento […].[14]

Es decir que de una constitución "elástica" que permitía la coexistencia de un proyecto "oligárquico" y uno "democrático",[15] el proyecto sampayano construyó una nueva constitución (¿revolucionaria?) que buscaba esclarecer la letra constitucional para decantarse por el hemisferio popular del péndulo argentino. Sin embargo, la organización real del régimen peronista —emanada o no de la letra constitucional— constituyó un polo carismático como contracara del polo popular, generando nuevamente la coexistencia de dos modelos antagónicos, o al menos conflictivos, en la letra judicial.[16] La preocupación sampayana acerca de la relativización

13. Sampay, *Las constituciones de la Argentina*, p. 68.
14. Sampay, *Las constituciones de la Argentina*, p. 72.
15. En un sentido similar, parece pertinente retornar a la obra de Halperín Donghi, quien teorizaba que en el mismo proyecto alberdiano se contenía la potencialidad de múltiples "republicas posibles": existiendo, por ejemplo, una "república posible autoritaria" en las intenciones de Alberdi que en la práctica devino una "república posible oligárquica". Véase Halperín Donghi, *Vida y muerte de la República verdadera*, p. 27.
16. Otra evaluación, de interesante contraste, era aportada por Carlos Cossio, quien argumentaba que solo una "revolución social" puede modificar la constitución, mientras que "un tránsito pacífico de modificación jurídica" apenas produce alteraciones en "expresiones normativas de segundo orden en beneficio de intereses políticos muy circunstanciales" sin cambiar el significado social del texto constitucional, como había ocurrido en la reforma

del proyecto político-legal de una comunidad recorre su obra en los años cuarenta y puede verse (en un ejercicio anacrónico) a su actividad en la redacción de la Constitución peronista como el punto culmine de estos desarrollos. Al respecto, en su obra *La crisis del Estado de derecho liberal-burgués* (1942), Sampay argumentaba que el relativismo liberal permitía la construcción de un "Estado de partidos" que descomponía la voluntad general, al permitir la emergencia de posiciones plurales no solo en cuestiones meramente políticas sino también en la aparición de proyectos éticos y religiosos mutuamente incompatibles, al "suponer a todas las opiniones políticas y sociales como equivalentes", dejando a la democracia "presa de un agnosticismo exangüe que aniquiló la homogeneidad espiritual y social de las naciones". De este modo, se perdía la "homogeneidad social" de un "ethos espiritual" compartido que era necesaria para el sostén de una democracia y se daba paso a las opciones totalitarias.[17]

La argumentación de Sampay encontraba una versión —acaso vulgar— en la retórica del convencional constituyente Ítalo Luder en las sesiones por la reforma de 1949. El flamante político justicialista (que pocos años antes había integrado las filas de la Unión Democrática) decía que

constitucional de 1949. En ese sentido, para el constitucionalista, la Constitución justicialista apenas se había tornado efectiva en sus modificaciones circunstanciales (en especial, autorizar la reelección de Perón). Véase Cossio, "La reforma constitucional. Reportaje al Dr. Carlos Cossio", p.3.

17. La argumentación de Sampay reconoce influencias en las posiciones del jurista Carl Schmitt —por entonces, fuertemente asociado a su colaboración con el nazismo—. Schmitt observaba en sus críticas al sistema parlamentario que: "Toda auténtica democracia estriba no solo en que lo igual sea tratado como igual, sino que, como una consecuencia inevitable suya, lo desigual no sea tratado de manera igual. Por tanto, forma parte, necesariamente de la democracia, primer ola homogeneidad, y, segundo —en caso necesario— la separación o aniquilación de lo heterogéneo". Aunque las tesis sampayanas no reconozcan la inspiración totalitaria del texto de Schmitt —que insiste en que una democracia puede excluir y aniquilar grupos humanos dominados por el Estado—, pueden notarse las influencias tomadas de una visión similar de la esencia de lo democrático. Schmitt, a diferencia de Sampay —que reconocía el mecanismo del sufragio como institución en tiempos de política normal—, se inclinaba por mecanismos de aclamación como una alternativa igual o superior al sufragio. Al igual que Sampay, la solución de Schmitt para la crisis del Estado liberal implicaba crear instituciones adaptadas a la realidad social, considerando a la juridicidad y la política burguesa se encontraban en una posición anacrónica. Véase Sampay, *La crisis del Estado de Derecho liberal-burgués*, pp. 81-98; y Schmitt, *Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en su situación actual*, pp. 22-35. Para un abordaje sobre la influencia schmittiana en Sampay, puede consultarse Dotti, *Carl Schmitt en Argentina*, pp. 135-166.

"frente al liberalismo de inspiración ochocentista" que soñaba un "régimen político carente de juicios de valor", el peronismo postulaba "una democracia beligerante, consciente de sus razones, celosa de sus derechos, intransigente con sus enemigos".[18] Por eso, la "tolerancia" no debía convertirse en "indiferencia" ante ideologías opositoras a "los fundamentos de nuestro orden político, espiritual y moral", siendo necesario asegurar un "mínimo de supuestos e ideales comunes […] rescatados a las luchas partidistas".[19] En consecuencia, el drama en torno a la necesidad de suturar la heterogeneidad política (que sería calificado como unanimista o incluso totalitario por comentaristas) se habría convertido para los representantes del peronismo en un móvil político que justificaba la profunda intervención sobre la letra constitucional.

En la reforma constituyente de 1957 —convocada por el gobierno de facto tras la derogación de la reforma de 1949—, el convencional Luis María Jaureguiberry al promover la sanción del artículo 14 bis volvería a plantear la necesidad de aclarar el panorama jurídico-constitucional argentino.[20] Declarando su desconfianza en la "hermenéutica", el represen-

18. Curiosamente, la noción de una democracia beligerante colocaría al Estado peronista en una posición de combate y crisis permanente que lo podría a acercar a ideas jurídicas (¿antijurídicas?) de signo político por completo opuesto. En este sentido, por momentos, las palabras de algunos convencionales justicialistas en 1949 parecen capaces de dialogar con las afirmaciones del constitucionalista soviético P. I. Stucka: "La fuerza de la dictadura proletaria consiste precisamente en que es al mismo tiempo un Estado y una revolución" Véase Stucka, *La función revolucionaria del derecho y del Estado*, p. 337.

19. Véase *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1949*, p. 482.

20. Algunas posiciones en torno a la reforma constitucional de 1957 nos permiten ver opiniones que no admiten la existencia de proyectos antagónicos hacia el interior de la Constitución argentina. Por ejemplo, en una entrevista, el entonces Procurador general Sebastián Soler declaraba: "El problema de la incertidumbre constitucional ha sido inferido al país por la dictadura [...] porque desde el año 1860 toda la nación estaba de acuerdo en considerar indisputable la Constitución". Aunque Soler se refería más a la legitimidad de la Constitución que a su contenido en sí, su lectura representaba una corriente que desde los primeros intentos reformistas del peronismo en 1947 había señalado a la letra constitucional de 1853-1860 como el suelo fértil desde donde evolucionar progresivamente. Quien quizás lo expresaría de forma más clara —y en evidente contraposición a las lecturas peronistas— sería Alfredo Palacios en la Convención Constituyente, considerando que los constituyentes de 1853 al "constitucionalizar la democracia" habían establecido las bases sobre las que se asentaban los "derechos de los trabajadores", siendo la "justicia social" un proyecto que puede evolucionar armoniosamente de la letra constitucional decimonónica. Véase Soler, "Sobre la reforma constitucional", p. 85; y *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1957*, pp. 1261-1262.

tante de la UCRP pedía adoptar un "sentido de la codificación" para evitar que "las leyes que puedan dictarse aisladamente contribuyan a agravar el pandemonio que constituye una legislación diversificada, complicada, dispersa y, muchas veces, contradictoria".[21] Entonces, la necesidad de una codificación clara —aunque no necesariamente taxativa— de los derechos en la Constitución comenzaría a esbozarse como la preocupación del constitucionalismo liberal frente al derrocado proyecto populista.

Similares preocupaciones reaparecerían décadas más tarde en las lecturas y balances sobre la reforma constitucional de 1994. Repensando la reforma constitucional a veinte años, el constitucionalista Roberto Gargarella señalaría que las reformas constitucionales como la de 1994 surgen de "acuerdos y negociaciones entre grupos con pretensiones diferentes, a veces opuestas" y se convierten en "constituciones de transacción".[22] En el caso particular de la Constitución de 1994 —aquella que ordenó el sistema constitucional para el período democrático argentino—, Gargarella además observa que la inclinación hacia tendencias "acumulativas" antes que "sintéticas" llevó a la superposición y conflicto entre derechos (por ejemplo, entre el derecho a la propiedad y los derechos indígenas-comunitarios).[23] Esto lleva al:

> [...] poco feliz "ensamble" entre "lo nuevo" y "lo viejo", dispuesto por la Constitución reformada. En efecto, muchas de las cláusulas y modificaciones que se incorporaron a la misma –muchas veces, razonablemente– no fueron debidamente pensadas en relación con los materiales constitucionales ya existentes: ya sean las cláusulas "viejas", ya sean las prácticas constitucionales más establecidas.[24]

De este modo, la antinomia jurídica ya es casi una compulsión del legislador argentino en la visión gargarelliana. Por momentos, parece que la naturaleza transaccional (¿antes que consensual?) del pacto democrático argentino lleva a esta disposición, pero podría presumirse también que cierta premura o verborragia legal del convencional produce estas aparen-

21. Véase *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1957*, p. 1220.
22. Gargarella, "Un breve balance de la reforma constitucional…", p. 21.
23. Gargarella, "Un breve balance de la reforma constitucional…", p. 22.
24. Gargarella, "Un breve balance de la reforma constitucional…", p. 29.

tes imprudencias. En consiguiente, en las últimas páginas, hemos podido observar una evolución desde el siglo XIX hasta la actualidad que muestra que en los largos desvaríos del laberinto argentino se han encontrado diagnósticos sobre la constitución antagónica de las bases legales de la república rioplatense.

Si hemos de creerle a estos observadores de diversas procedencias ideológicas, la democracia argentina existe como enunciado bifronte. Incluso contra la voluntad de los constitucionalistas, el ejercicio práctico del mandato constitucional se convierte en una experiencia antagónica. Nos divide aquello que tenemos en común: nuestro propio texto constitucional. El ecosistema jurídico-legislativo argentino se convierte en una Anfisbena, un sistema con cabezas en sus extremos. Pero, ¿qué puede haber en las bases jurídico-sociológicas de este fenómeno? Intentaremos esbozar un incipiente desarrollo al respecto en el siguiente apartado.

III. El péndulo y la decisión

Habiendo observado los extractos anteriores, debemos asentar que nuestra posición sigue la lectura del sociólogo Emilio de Ípola quien señala que "lo que define específicamente al discurso político es el hecho de plantear abiertamente la cuestión del control de la configuración institucional que define a la estructura del poder en el interior de la sociedad".[25] En ese sentido, para el autor, el discurso político tematiza las "estructuras institucionales del Estado" y los elementos relacionados con las mismas (los partidos políticos, el gobierno, los movimientos sociales, etc.).

A su vez, para de Ípola, todo discurso político tiene una "vocación polémica" que busca negar el "discurso del adversario" y, por lo tanto, se sitúa explícitamente en una situación de "metadiscurso" con respecto al discurso opositor, que a su vez, al ser "producido y recibido" puede convertirse en "discurso-objeto" para su adversario, etc. De este modo, se produce un constante desplazamiento entre metadiscursos polémicos entre agrupaciones políticas que se oponen entre sí, teniendo el juego un "punto terminal previsto (así sea provisorio)" en la enunciación de lo que el autor

25. De Ípola, "Discurso político, política del discurso", p. 244.

llama "la última palabra".[26] Aunque no desarrolla esta noción lo suficiente, podemos suponer que dicha última palabra constituye el momento de sutura que se traduce en la creación de un aparato institucional impuesto o consensuado sobre las partes que componen la comunidad política.

Creemos que, desde esta sociología política, se puede concebir el momento constitucional de una sociedad como aquel en el que el discurso político intenta cristalizarse en la "última palabra" institucional que representa la Ley Fundamental. De este modo, pareciera que el constitucionalismo argentino ha exacerbado la politización de la constitución, al dejarle adquirir los rasgos propios del discurso político vivo: un sistema de juegos entre discursos adversariales o antagónicos que polemizan entre sí sobre la configuración institucional del país.

La controversia puede remitirnos a advertencias introductorias que muchos hemos encontrado en las páginas de Carlos Nino en alguna clase iniciática en el derecho. Es decir, "la relación entre los símbolos lingüísticos y la realidad es convencional y no natural",[27] teniendo consecuencias inmediatas sobre el derecho escrito al otorgarnos leyes de textura abierta, cubiertas con ambigüedades e indeterminaciones producto de los "defectos endémicos" del lenguaje. Ludwig Wittgenstein formuló la base de nuestra encrucijada de forma quizás aún más pesimista: "Somos incapaces de delimitar claramente los conceptos que utilizamos; y no porque no conozcamos su verdadera definición, sino porque no hay 'definición' verdadera de ellos".[28] Es decir que, incluso bajo los procedimientos de redacción más precisos, nuestros conceptos no podrán adquirir algo parecido a una forma verdadera, quedando a partir de allí indeterminados.[29]

Pero la praxis jurídica nos reclama encontrar algún modo de interpretar, aunque sea de forma precaria y circunstancial, la letra constitucional

26. De Ípola, "Discurso político, política del discurso", p. 237.
27. Nino, *Introducción al análisis del Derecho*, p. 251.
28. Wittgenstein, *Los cuadernos azul y marrón*, p. 54.
29. Una versión todavía más pesimista nos la aporta Jacques Derrida con su problema del paraguas de Nietzsche. El filósofo francés recoge un fragmento póstumo de Nietzsche en el que se lee "He olvidado mi paraguas", una frase en apariencia transparente y de fácil traducción a cualquier lengua que conozcamos. Sin embargo, Derrida señala que cada palabra del fragmento está indeterminada, siendo que, por ejemplo, "paraguas" podría ser un símbolo, una anotación literal, una cita, un código secreto que solo otra persona conocía, un desvarío, etc., sin ser posible tener certidumbre sobre "lo que Nietzsche quiso hacer o decir al anotar esas palabras". Véase Derrida, *Espolones*, pp. 83-84.

para poder sostener la vida en sociedad tal cual la conocemos. Descendiendo hacia esta escala práctica de interpretación —fallida— realmente existente es el jurista italiano Norberto Bobbio quien nos comenta acerca de las antinomias jurídicas. El autor señala que en la tradición romana "el derecho no admite antinomias" y elabora una serie de normas procedimentales para reconocer enunciados antinómicos así como una serie de criterios para resolverlos.[30] Pero nuestro problema —sin negar que pueda haber formulaciones antinómicas al nivel de las normas subconstitucionales— parece encontrarse en el "espíritu" mismo de la Constitución que parecería difícil de corregir mediante criterios lógicos-técnicos.

¿Es este un conflicto exclusivo de nuestro sistema? En principio, podríamos señalar que los elementos liberales, republicanos y democráticos que dan forma a los sistemas representativos modernos —ese constructo que denominamos "república democrática"— son contradictorios y conflictivos entre sí y su disposición da forma a distintas interpretaciones de la aventura política contemporánea. Como nos señala Bernard Manin, incluso el mecanismo representativo moderno —la elección vía sufragio universal—[31] introduce una característica aristocrática dentro del entramado supuestamente "democrático-popular" del gobierno representativo.[32] En ese sentido, pareciera que la "cuestión argentina" no es más que un capítulo dentro del conflicto entre principios y tradiciones dado en la configuración de los regímenes políticos contemporáneos. Aunque era necesario señalarlo, no podemos hacer un ejercicio de doctrinas jurídicas comparadas que nos permitan saber lo suficiente al respecto y debemos afrontar la posible acusación de provincialismo al abordar este problema enfocándonos solamente en nuestro propio proyecto constitucional.

En consiguiente, podemos proponer como hipótesis que la antinomia o la contradicción no es el síntoma de un conflicto que amenaza con la disolución del sistema, sino que es el lugar donde el sistema mismo se apoya y se constituye. Es el juego de oposiciones establecido entre proyectos con los suficientes elementos en común como para poder convivir en la letra

30. Véase en Bobbio, *Teoría General del Derecho*, pp. 177-207.
31. Otro elemento conflictivo que no podemos considerar en este trabajo, pero puede señalarse por su relevancia en la historia constitucional moderna: ¿qué universal?
32. Véase en Manin, *Los principios del gobierno representativo*, pp. 165-198. Podríamos decir que el mecanismo de la democracia es el sorteo antes que la representación, la total igualdad antes que la mayoría estadística procesada a través del voto.

constitucional lo que da forma al devenir del sistema representativo argentino. Pero esta lectura parece ponernos en peligro de convertir al texto constitucional en una mera recolección de oraciones a disposición de un soberano decisionista que las utilice. En algún sentido, podemos parecer víctimas de un nihilismo jurídico que nos pone en contra de las palabras del artífice de la Constitución histórica:

> La Constitución es el medio más poderoso de pacificación y orden interior. La dictadura es una provocación constante á la pelea: es un sarcasmo, es un insulto á los que obedecen sin reserva, ni limitación. La dictadura es la anarquía constituida y convertida en institución permanente.[33]

Es decir, pareciera que una Constitución que contiene principios o disposiciones que se antagonizan o se contradicen entre sí incumple la meta de paz y orden de los constituyentes. Sin embargo, nos vemos en el deber de ir con Alberdi contra Alberdi para mantener a flote nuestro proyecto constitucional nacional y su particular configuración democrático-representativa alcanzada a partir de 1983 y, específicamente, en 1994. Si necesitamos que el poder sea una "institución organizada sobre bases invariables"[34] como pedía Juan Bautista Alberdi en su *La República argentina, 37 años después*..., debemos ser capaces de admitir el pluralismo necesario para que distintas interpretaciones del proyecto comunitario puedan disputarse entre sí en juegos electorales, legislativos y judiciales. De lo contrario, deberíamos reformar el texto constitucional ante cada cambio de época o reconfiguración del poder político que requiera asentar una visión demasiado determinada de su artefacto legal. Retomando a De Ipola, podemos señalar que no es posible negar la vocación polémica del discurso político —elemento más que saludable para un sistema democrático-representativo moderno— ni tampoco evitar la "última palabra" provisoria que constituye el entramado institucional.

Si la Argentina a lo largo de distintos períodos de su historia ha parecido pendular entre proyectos políticos que pretenden sustentarse en mayor o menor medida en la letra constitucional y el legado de los cons-

33. Alberdi, Obras Completas. Tomo III, p. 240.
34. Alberdi, Obras Completas. Tomo III, p. 240.

tituyentes de 1853, se nos aparece como peligroso mantener o justificar que ese poderoso artefacto —la legitimidad que confiere el espectro alberdiano— caiga en manos de las decisiones de hipotéticos aventureros o déspotas. Y en ese sentido volvemos a la hipótesis de lectura que esbozamos páginas atrás: pareciera que el constitucionalismo argentino —de forma intencional o no— ha permitido la excesiva politización de la Constitución. Nuestra ley fundamental pareciera estar "demasiado viva". Aunque nos aventuramos a sustentar esta lectura dentro de un trabajo en curso sobre el antagonismo político y los diseños institucionales argentinos, nos resultan, en principio, una incógnita, las ventajas y peligros de este tipo de cultura jurídica.

IV. Reflexiones y contrapuntos

Nuestro trabajo en las últimas páginas se ha dividido en una introducción y dos partes. En principio, presentamos la idea de que la comunidad política argentina ha estado caracterizada por la polarización o el antagonismo persistente y que de forma paralela o en consecuencia el aparato institucional argentino ha sido caracterizado como hipertrófico, caótico y/o conflictivo. Preguntándonos por esta lectura general —persistente en el sentido común del análisis político local—, nos acercamos en la primera sección a una serie de lecturas que conciben a los proyectos constitucionales argentinos (liberales, democráticos, populistas, autoritarios, etc.) como cultores de legislaciones antinómicas y multiformes. En una segunda sección, presentamos algunas lecturas teóricas aportadas por sociólogos, lingüistas, filósofos y teóricos del derecho con dos objetivos: a) considerar que la textura abierta de la ley y los principios políticos contradictorios son parte del proyecto institucional de la modernidad y b) intentar pensar las características particulares de su versión argentina contemporánea a la luz de las lecturas en la primera sección. Entendiendo que este mismo trabajo es de textura abierta, sobre el final de la segunda sección comenzamos a aventurar algunas lecturas y advertencias al respecto del caso que nos compete.

Sin atrevernos a esbozar "conclusiones" de lo que consideramos un trabajo en curso, nos permitimos realizar una serie de breves reflexiones sobre las últimas páginas. Pareciera que el deber de nuestros constituyentes —al menos, en 1994— ha sido encontrar una constitución lo suficien-

temente abierta como para permitir el pluralismo político democrático (aquel que Carl Schmitt veía peligroso) sin permitir una total discrecionalidad a la hora de decidir sobre los contenidos del proyecto político democrático de nuestro país. En una época particularmente convulsionada y de cierta avidez por la refundación y la reforma profunda de nuestro aparato legal, parece necesario buscar la fijación o la interpretación reglada de nuestras normas constitucionales, apelando a un sentido racional y mesurado a la hora de adaptar el texto constitucional a la época sin estirarlo o forzarlo hasta tornarlo irreconocible. Es deber de un tiempo de consensos difíciles, como el nuestro, intentar evitar movimientos "en caliente" que se conviertan en una bola de nieve político-jurídica a largo plazo.

Bibliografía

Alberdi, Juan B., *Obras completas.* Tomo III, Imprenta de La Tribuna Nacional, 1886, Buenos Aires.

——, *Obras completas*. Tomo VII, Imprenta de La Tribuna Nacional, 1887, Buenos Aires.

——, *Obras completas.* Tomo VIII, Imprenta de La Tribuna Nacional, 1887, Buenos Aires.

Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, 2ª ed., Temis, 2002, Bogotá.

Borges, Jorge L. & Guerrero, Margarita, *El libro de los seres imaginarios*, Emecé, 1996, Buenos Aires, 5ª impresión.

Botana, Natalio R. y Gallo, Ezequiel, *De la República posible a la República verdadera (1880 – 1910)*, Ariel Historia, 1997, Buenos Aires.

Calandrelli, Alcides V., *Lecciones de Derecho Constitucional. Notas tomadas de las conferencias del doctor M. A. Montes de Oca*, Litografía "La Buenos Aires", 1917, Buenos Aires.

Cossio, Carlos, "La reforma constitucional. Reportaje al Dr. Carlos Cossio" por Carmen Güemes, en *Propósitos*, 1972, N.º 449 (Quinta Época), p. 3.

De Ípola, Emilio, "Discurso político, política del discurso", en González Casanova, Pablo, *Cultura y creación intelectual en América Latina*, Editorial de Ciencias Sociales, 1978, La Habana.

Derrida, Jacques, *De la gramatología*, 3ª ed., Siglo Veintiuno Editores, 1984, México, Traducción de Oscar del Barco y Conrado Ceretti.

Derrida, Jacques, *Espolones. Los estilos de Nietzsche*, Pre-Textos, 1981, Valencia, Traducción de Lázaro M. Arranz.

Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente (1949).

Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente (1957).

Dotti, Jorge, *Carl Schmitt en Argentina*, Homo Sapiens Ediciones, 2000, Rosario.

Gargarella, Roberto, "Un breve balance de la reforma constitucional de 1994, 20 años después", en *Revista Pensar en Derecho*, 2014, N.º 5, pp. 17-34.

Halperín Donghi, Tulio, "Del fascismo al peronismo", en *Revista Contorno*, 1956, N.º 7/8, pp. 15-21.

——, *La República imposible (1930-1945)*, Ariel Historia, 2004, Buenos Aires.

Halperín Donghi, Tulio, *Vida y muerte de la República verdadera (1910-1930)*, Ariel Historia, 1999, Buenos Aires.

Krasznahorkai, László, *Melancolía de la resistencia*, edición digital, Acantilado Editorial, Traducción de Adan Kovacsics.

Manin, Bernard, *Los principios del gobierno representativo*, Alianza Editorial, 2006, Madrid, Traducción de Fernando Vallespín.

Mitre, Bartolomé, *Historia de San Martín y de la Emancipación Sudamericana*, Imprenta de La Nación, 1887, Buenos Aires.

Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Editorial Astrea, 2003, Buenos Aires.

Rousseau, Jean-Jacques, *Ensayo sobre el origen de las lenguas*, Fondo de Cultura Económica, 1996, México, Traducción de Adolfo Castañón.

Sampay Arturo E., *Las constituciones de la Argentina (1810/1972)*, Eudeba, 1975, Buenos Aires.

Sampay, Arturo E., *La Crisis del Estado de Derecho Liberal-Burgués*, Editorial Losada, 1942, Buenos Aires.

Schmitt, Carl, *Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en su situación actual*, Tecnos, 2008, Madrid, Traducción de Pedro Madrigal Devesa.

Soler, Sebastián, "Sobre la reforma constitucional. Opinión del Prof. Sebastián Soler", en *Lecciones y Ensayos*, 1957, N.º 3, pp. 85-89.

Stucka, Peteris I., *La función revolucionaria del derecho y del Estado*, 2ª ed., Ediciones Península, 1974, Barcelona, Traducción de Juan Ramón Capella.

Wittgenstein, Ludwig, *Los cuadernos azul y marrón*, Tecnos, 1976, Madrid, Traducción de Francisco Gracia Guillen.

Ensayos

EL PLAZO PARA EXPEDIR DECRETOS REGLAMENTARIOS*

Joaquín Gutiérrez Martínez**

Resumen: El presente trabajo toma como punto de partida el proyecto de ley N.º 1215-D-2023, presentado en 2023 en la Cámara de Diputados de la Nación, que tiene por objeto regular el plazo para que el presidente ejercite la potestad reglamentaria. Luego de analizar principios básicos del ordenamiento constitucional argentino, como son la separación de poderes y el sistema de frenos y contrapesos establecido en la Constitución Nacional, como asimismo de un enfoque textualista-histórico-utilitarista, se concluye que el proyecto de ley no solo resulta ser de nula utilidad, sino que avanza sobre atribuciones propias y exclusivas del presidente en su calidad de titular de la potestad reglamentaria. Asimismo, se esbozarán algunas soluciones alternativas a la omisión reglamentaria.

Palabras clave: separación de poderes — reglamentación de la ley — potestad reglamentaria — omisión reglamentaria — inconstitucionalidad por omisión

Abstract: This paper takes as its starting point Bill No. 1215-D-2023, introduced in 2023 in the House of Deputies of the Nation, which aims at regulating the term for the President to exercise the regulatory power. After analyzing basic principles of the Argentine constitutional system, such as separation of powers and checks and balances system established in the National Constitution, as well as a textualist-historical-utilitarian approach, it is concluded that the bill is not only of no use, but that it encroaches on the President's own and exclusive powers as the holder of the regulatory power. Likewise, some alternative solutions to the regulatory omission will be outlined.

Keywords: separation of powers — law's executive regulation — regulatory power — regulatory omission — unconstitutionality by omission

* Recepción del original: 09/05/2024. Aceptación: 02/08/2024.
** Estudiante.

I. Introducción

El 3 de abril de 2023 ingresó a la Cámara de Diputados el proyecto de ley N.º 1215-D-2023, que tiene por objeto fijar las bases para el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del presidente, en función de la cual este "[e]xpide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias".[1]

Si bien el propósito del proyecto es sin duda loable y pretende dar solución a la omisión reglamentaria, una práctica que consideramos, al igual que los legisladores, inconstitucional, lo cierto es que este, además de resultar de poca o nula utilidad, avanza sobre una atribución propia y exclusiva del Poder Ejecutivo, de forma que constituye una clara injerencia del Congreso por sobre el ámbito de actuación del presidente, violentando el principio de separación de poderes.

La cuestión en análisis no es menor: requiere determinar si el Congreso está facultado para reglamentar el ejercicio de la potestad reglamentaria, función encomendada al presidente.

A tales fines, dividiremos el trabajo en tres partes. Liminalmente definiremos los principios básicos que rigen el sistema constitucional argentino, a cuyo fin haremos referencia al principio de separación de poderes, y deslindaremos las diversas atribuciones de estos, poniendo especial énfasis en los poderes del Congreso y los del presidente (acápite II).

Luego, enumeraremos los principales aspectos del proyecto de ley en análisis como asimismo de los fundamentos esbozados por los legisladores que lo presentaron (acápite III).

Por último, confrontaremos este proyecto con el sistema establecido en la Constitución, efectuando un análisis que parte desde tres ejes principales: un enfoque textualista, con el cual demostraremos que la Constitución no habilita al Congreso a dictar una ley como la pretendida; un enfoque utilitarista, por el cual demostraremos que, incluso si se sancionase el proyecto en análisis, la situación no cambiaría en absoluto; y un enfoque histórico con el cual, aunque con menor fuerza que los otros dos, intentaremos probar que, de un análisis de los textos constitucionales provinciales vigentes a la época de sancionarse la Constitución como también

1. CN, art. 99, inc. 2.

de aquellas sancionadas en el mismo período histórico, no se deriva que ni las legislaturas pudiesen limitar el poder reglamentario del Poder Ejecutivo local, ni tampoco los constituyentes pretendieron otorgar al Congreso al poder (acápite IV).

Finalmente, sin perjuicio de que no es el objeto del presente trabajo, apuntaremos algunas posibles soluciones alternativas a la omisión reglamentaria (acápite V).

II. El principio de separación de poderes

II.A. La separación de poderes en la Constitución Nacional

La Constitución Nacional consagra el principio de separación de poderes en su art. 1º, el cual dispone que "[l]a Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución", e implica que las funciones del Estado se dividen entre varios órganos independientes, que se encuentran en un plano de igualdad, teniendo cada uno cierta influencia o mecanismos de defensa por sobre los otros a los fines de evitar posibles usurpaciones.

Tal principio surge tanto de la forma republicana como de la forma federal adoptada: en cuanto a la forma republicana, por cuanto el poder se distribuye entre distintos departamentos dentro del gobierno federal (típicamente legislativo, ejecutivo y judicial); luego, en cuanto a la forma federal, por el hecho de que el poder también se divide entre distintos niveles de gobierno (gobierno federal, provincias y municipios).

Ambas formas se desarrollan con mayor detalle en la Parte Segunda de la Constitución, denominada "Autoridades de la Nación":

a) El Título Primero estructura al gobierno federal, y el Título Segundo se refiere a las provincias.
b) A su vez, dentro del Título Primero se establece la clásica división tripartita del poder dentro del gobierno federal, estableciendo tres departamentos que se encuentran en un plano de igualdad: el Poder Legislativo, investido en un Congreso bicameral;[2] el Poder

2. CN, art. 44.

> Ejecutivo, desempeñado por un presidente;[3] y el Poder Judicial, ejercido por una Corte Suprema y demás tribunales inferiores.[4]

En su clásica obra Montesquieu[5] clasifica las funciones del Estado en legislativa, judicial y ejecutiva. A su juicio, la función legislativa tiene por objeto la creación de normas jurídicas generales; la judicial supone la existencia de un conflicto o controversia donde se requiere la aplicación de aquellas normas generales al caso concreto; y la ejecutiva o administrativa supone un conjunto de actividades tendientes al ejercicio del gobierno, y también se caracteriza por ser residual, esto es, que no es ni legislativa ni judicial.[6]

Por su parte, Locke justifica la existencia del Poder Ejecutivo y su separación del Poder Legislativo debido a la constante y duradera de la vigencia de las leyes que este sanciona, lo cual torna "[...] necesario que haya un poder que esté siempre en activo y que vigile la puesta en práctica de esas leyes y la aplicación de las mismas".[7]

Ahora bien, además de dividir al poder entre varios órganos, el principio requiere que se establezca un sistema de controles recíprocos o de frenos y contrapesos de manera tal que ninguna de las divisiones pueda avanzar por sobre otras y, en caso de que alguna pretenda hacerlo, la afectada cuente con medios de defensa aptos para resistir tales embates.

En virtud de ello es que existen dos tipos de relaciones entre los departamentos del gobierno federal:[8] a) relaciones de coordinación, como la participación del presidente en el procedimiento legislativo,[9] el acuerdo del Senado para el nombramiento de algunos funcionarios,[10] o la actuación del presidente en las sesiones del Congreso,[11] entre otros; y b) relaciones de control recíproco, como el juicio político,[12] el control de la recaudación

3. CN, art. 87.
4. CN, art. 108.
5. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, p. 205.
6. Dalla Vía, *Manual de derecho constitucional*, p. 92.
7. Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil,* p. 144.
8. Ekmekdjian, *Manual de la Constitución Argentina*, pp. 313-314.
9. CN, art. 99, inc. 3.
10. CN, art. 99, incs. 4, 7 y 13.
11. CN, arts. 63 y 99, incs. 8 y 9.
12. CN, arts. 53, 59 y 60.

fiscal y ejecución presupuestaria del Congreso,[13] o el poder de veto del presidente,[14] entre otros.

Este sistema de controles recíprocos y de frenos y contrapesos fue expuesto perfectamente por Madison en *El Federalista N.º 51*, en el cual sostuvo que, a los fines de que cada departamento del gobierno se mantenga dentro de su órbita y se eviten las usurpaciones recíprocas de poder, debe recurrirse a la ambición, de manera tal que el gobierno sea obligado a regularse a sí mismo:

> [...] la mayor seguridad contra la concentración gradual de los diversos poderes en un solo departamento reside en dotar a los que administran cada departamento de los medios constitucionales y los móviles personales necesarios para resistir las invasiones de los demás [...] La ambición debe ponerse en juego para contrarrestar la ambición. El interés humano debe entrelazarse con los derechos constitucionales del puesto [...] Al organizar un gobierno que ha de ser administrado por hombres para los hombres, la gran dificultad estriba en esto: primeramente hay que capacitar al gobierno para mandar sobre los gobernados; y luego obligarlo a que se regule a sí mismo [...].[15]

Pues bien, la Constitución otorga a los tres departamentos del gobierno federal diversos medios de defensa y mecanismos para influir en los demás, como el juicio político en cabeza del Congreso,[16] el poder de veto del presidente,[17] o el control de constitucionalidad en manos del Poder Judicial,[18] entre otros.

Ahora bien, no existe en nuestro medio una separación absoluta entre los distintos departamentos del gobierno federal, sino que en varios casos los poderes realizan, además de su función principal, las propias de los otros aunque en un grado menor, como la facultad de las Cámaras

13. CN, art. 75, inc. 8.
14. CN, arts. 80 y 83.
15. Madison, "El Federalista N.º 51", pp. 219-220.
16. CN, arts. 53, 59 y 60.
17. CN, arts. 80 y 83.
18. CN, arts. 31 y 116.

del Congreso y de la Corte Suprema de dictar sus reglamentos y nombrar empleados,[19] por citar solo algunos ejemplos.

Se observa, entonces, que no existe en realidad una división tajante y absoluta entre los tres departamentos del gobierno federal, sino que todos realizan, en mayor o menor medida según el caso, actividades o funciones que serían propias de los otros, no solo por estar autorizados expresamente en tal sentido por la Constitución, sino también porque sería materialmente imposible la existencia y normal marcha de la actividad gubernamental si ellos procedieran como compartimientos estancos, atacándose unos a otros.

II.B. Atribuciones del Congreso sobre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial

Hemos dicho ya que los tres departamentos del gobierno federal se encuentran en un plano de igualdad, de manera que ninguno tiene preeminencia sobre otro.

En este derrotero, el Congreso cumple un rol importantísimo, por cuanto se le encomienda la tarea de organizar a los otros dos poderes, aunque con un distinto nivel según el caso, como a continuación se expondrá.

Así las cosas, dentro de la Parte Primera podemos mencionar que se encomienda al Congreso fijar los recursos para proveer a los gastos de la Nación[20] y sancionar una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función.[21]

Pasando a la Parte Segunda, Título Primero, que se encarga de organizar y delimitar los poderes del gobierno federal, encontramos las siguientes atribuciones:

i) La Sección Primera, referente al Poder Legislativo, en su Capítulo Primero, referido a la Cámara de Diputados, dispone en el art. 53 que solamente ella tiene el poder de acusación en juicio político, correspondiéndole exclusivamente "[...] el derecho de acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, al jefe de gabinete de

19. CN, arts. 66 y 113.
20. CN, arts. 4 y 17.
21. CN, art. 36.

ministros, a los ministros y a los miembros de la Corte Suprema [...]".[22]

ii) El Capítulo Segundo, referido al Senado, en sus arts. 59 y 60 estipula que el Senado será juez en los casos de acusación por la Cámara de Diputados, como asimismo el alcance de su fallo. Por otra parte, el art. 61 le da la facultad a esta Cámara para autorizar al presidente para la declaración de estado de sitio en caso de ataque exterior, en concordancia con los arts. 23 y 99, inc. 16.

iii) El Capítulo Tercero establece las disposiciones comunes a ambas Cámaras, y aquí es de interés el art. 71 en cuanto da derecho a ambas Cámaras a "[...] hacer venir a su sala a los ministros del Poder Ejecutivo para recibir las explicaciones informes que estime convenientes".[23]

Pasando ahora a las atribuciones propias del Congreso, el Capítulo Cuarto indica los siguientes poderes de este cuerpo que interesan al tema en análisis.

El art. 75 establece que le corresponde al Congreso aprobar o desechar la cuenta de inversión que presente el Presidente;[24] establecer tribunales federales inferiores a la Corte Suprema, crear o suprimir empleos y fijar sus atribuciones;[25] admitir o desechar la renuncia del presidente o vicepresidente y declarar una nueva elección en su caso;[26] aprobar o desechar los tratados concluidos por el presidente en los términos del art. 99, inc. 11;[27] autorizar al presidente para declarar la guerra o hacer la paz;[28] facultarlo para ordenar represalias;[29] aprobar o suspender el estado de sitio declarado por el presidente durante su receso;[30] aprobar o revocar la intervención federal declarada por el presidente durante su receso; y hacer todas las leyes y reglamentos convenientes para poner en ejercicio dichos poderes y todos

22. CN, art. 53.
23. CN, art. 71.
24. CN, art. 75, inc. 8.
25. CN, art. 75, inc. 20.
26. CN, art. 75, inc. 21.
27. CN, art. 75, incs. 22 y 24.
28. CN, art. 75, inc. 25.
29. CN, art. 75, inc. 26.
30. CN, art. 75, inc. 29.

los demás concedidos al gobierno federal.[31]

Luego, el art. 76 regula los denominados decretos delegados, estableciendo que el Congreso debe fijar un plazo para su ejercicio y una clara base de delegación en cabeza del presidente.

Por último, el Capítulo Quinto, referido al procedimiento de formación y sanción de legislación federal, prevé que el presidente puede vetar total o parcialmente los proyectos de ley aprobados por ambas Cámaras del Congreso y, caso de que no aquel y este no coincidan sobre el proyecto en cuestión, se da prioridad a la voluntad del Congreso si insiste en la redacción original con dos tercios de votos de cada cámara.[32]

La Sección Segunda organiza el Poder Ejecutivo. En el Capítulo Primero dispone que será el Congreso quien determinará el orden de sucesión presidencial en caso de destitución, muerte, dimisión o inhabilidad del presidente y del vicepresidente,[33] como asimismo que dicho cuerpo fijará el sueldo del presidente y del vicepresidente.[34]

El Capítulo Tercero, compuesto solamente del art. 99, enumera las atribuciones del presidente, entre las cuales se encuentran limitadas al accionar del Congreso o de una de sus Cámaras: los incisos 4, 7, 13 y 16 requieren el acuerdo del Senado para que el presidente nombre a los jueces federales; nombre y remueva a embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios; nombre empleados y oficiales superiores de las Fuerzas Armadas; y para que declare el estado de sitio en caso de ataque exterior. Luego, el Congreso autoriza al presidente a declarar la guerra y ordenar represalias;[35] aprueba o suspende el estado de sitio declarado por este en caso de conmoción interior durante su receso;[36] y autoriza al presidente para ausentarse del territorio nacional.[37]

Por otra parte, en cuanto a la organización ministerial, el Capítulo Cuarto dispone que el Congreso determinará el número y competencia de los ministerios ejecutivos;[38] se dispone que el jefe de gabinete de ministros

31. CN, art. 75, inc. 31.
32. CN, art. 83, incs. 2 y 3.
33. CN, art. 88.
34. CN, art. 92.
35. CN, art. 99, inc. 15.
36. CN, art. 99, inc. 16.
37. CN, art. 99, inc. 18.
38. CN, art. 100.

será políticamente responsable ante él,[39] y deberá enviarle los proyectos de ley de ministerios y de presupuesto,[40] presentarle —junto a los demás ministros— la memoria ministerial del estado de la Nación,[41] producir los informes y explicaciones que las Cámaras soliciten al Poder Ejecutivo,[42] remitirle los decretos de necesidad y urgencia y de promulgación parcial de leyes dentro de los diez días de su sanción,[43] y concurrir al menos una vez al mes a cada una de las Cámaras alternadamente para informar la marcha del gobierno, pudiendo ser interpelado a los efectos de tratar una moción de censura y siendo pasible de remoción por el Congreso. Asimismo, al Congreso[44] le corresponde fijar el sueldo de los ministros.[45]

Por último, la Sección Tercera regula el Poder Judicial, ejercido por una Corte Suprema y demás tribunales federales inferiores.

Así las cosas, el Capítulo Primero otorga al Congreso el poder de establecer los tribunales inferiores a la Corte Suprema;[46] determinar el sueldo de los magistrados federales;[47] dictar la ley orgánica del Consejo de la Magistratura[48] y regular el jurado de su enjuiciamiento.[49]

Luego, según el Capítulo Segundo, el Congreso tiene poder para establecer las reglas y excepciones en los casos en que la Corte Suprema entiende por apelación;[50] para determinar el lugar en que haya de seguirse el juicio por delitos contra el derecho de gentes;[51] y para fijar la pena para el delito de traición a la patria.[52]

39. CN, art. 100.
40. CN, art. 100, inc. 6.
41. CN, art. 100, inc. 10, y art. 104.
42. CN, art. 100, inc. 11.
43. CN, art. 100, inc. 13.
44. CN, art. 101.
45. CN, art. 107.
46. CN, art. 108.
47. CN, art. 110.
48. CN, art. 114.
49. CN, art. 115.
50. CN, art. 117.
51. CN, art. 118.
52. CN, art. 119.

II.C. Las atribuciones del Poder Ejecutivo

II.C.1. Potestad reglamentaria

Sentado lo expuesto, corresponde en este punto dar una breve definición respecto de los denominados reglamentos de ejecución o, simplemente, decretos reglamentarios.

Encuentran su fundamento constitucional en la Cláusula de Instrucciones y Reglamentos, según la cual el presidente "[...] expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias".[53]

Se trata de una atribución propia y exclusiva del presidente, por lo cual no proviene de una concesión o una delegación del Congreso, sino derivada del propio texto constitucional, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema desde la decisión recaída en el caso "Delfino",[54] donde distinguió a la delegación legislativa de la facultad reglamentaria:

> Existe una distinción fundamental entre la delegación de poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo, a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquella,[55]

para luego concluir que:

> [...] cuando el Poder Ejecutivo es llamado a ejercitar sus poderes reglamentarios en presencia de una ley que ha menester de ellos, lo hace no en virtud de una delegación de atribuciones legislativas, sino a título de una facultad propia consagrada por el art. 85, inc. 2º de la Constitución, y cuya mayor o menor extensión queda determinada por el uso que de la misma facultad haya hecho el Poder Legislativo.[56]

53. CN, art. 99, inc. 2.
54. CSJN, "Delfino".
55. CSJN, "Delfino", p. 435.
56. CSJN, "Delfino", p. 436.

En iguales términos se expide Joaquín V. González al comentar esta atribución, en cuanto explica que "[e]s una facultad inherente a la naturaleza del Poder Ejecutivo [...]" como también que:

> [e]l Congreso expone las reglas del derecho, las fórmulas comprensivas o especiales de su voluntad, sin determinar individualmente los sujetos o los objetos que el Poder Ejecutivo debe precisar y poner al alcance práctico y material de la ley. En este ejercicio el presidente desempeña atribuciones propias, y es discrecional, sin más límite que el recto sentido de la ley.[57]

Pasando a una definición propia del derecho administrativo, Cassagne refiere que son aquellos que dicta el presidente

> [...] en ejercicio de facultades normativas propias, para asegurar o facilitar la aplicación o ejecución de las leyes, llevando o regulando detalles necesarios para un mejor cumplimiento de las leyes y de las finalidades que se propuso el legislador [...].[58]

A diferencia de los decretos de excepción (delegados, de necesidad y urgencia, y de promulgación parcial), en los cuales el presidente ejerce facultades que no le son propias sino que, por ser legislativas, le corresponden primeramente al Congreso, los decretos reglamentarios son expedidos por el presidente en uso de facultades ordinarias conferidas por la Constitución, siendo innecesaria la anuencia previa o posterior del Congreso, encontrando su génesis y fundamento en la Constitución.

A su vez, la Cláusula de Instrucciones y Reglamentos delimita el ámbito de actuación del presidente al imponer que no debe alterar el espíritu de la ley con excepciones reglamentarias. Sin perjuicio de ello, la reglamentación encuentra como valladar infranqueable no solo el espíritu de la ley que reglamenta, sino también el espíritu —o la letra expresa— de cualquier otra ley.

En suma, podemos decir que los reglamentos de ejecución o decretos reglamentarios son actos de alcance general —es decir, dirigidas a una

57. González, *Manual de la Constitución Argentina*, p. 555, párr. 545.
58. Cassagne, *Derecho Administrativo*, p. 143.

pluralidad indeterminada de sujetos— que dicta el presidente en uso de las atribuciones ordinarias conferidas por la Constitución, a los fines de aplicar o facilitar la ejecución de las leyes emanadas del Congreso, siempre que ello sea necesario.

II.D. Grado de independencia del accionar del presidente respecto del Congreso

II.D.1. Poderes del Congreso

Como se puede observar del análisis efectuado en los acápites precedentes, el Congreso posee amplias facultades para reglar ciertos aspectos de los otros dos departamentos del gobierno federal y para limitar o controlar el accionar de ellos.

Respecto del Poder Judicial, al Congreso le corresponde establecer de tribunales inferiores a la Corte Suprema y determinar la cantidad de miembros de esta;[59] fijar la remuneración que recibirán por sus servicios;[60] y prescribir las reglas y excepciones para que la Corte Suprema entienda en grado de apelación.[61] Como corolario de tales atribuciones, al Congreso le corresponde determinar la competencia de los tribunales inferiores, la forma y procedimiento de los juicios, entre otros.

En cuanto al Poder Ejecutivo, sin embargo, el Congreso no posee tan amplias atribuciones como las referentes al Poder Judicial, sino que le corresponde nada más —ni menos— que "[...] crear y suprimir empleos, fijar sus atribuciones [...]"[62] y determinar, por ley especial, el número y competencia de los ministros secretarios que refrendarán y legalizarán los actos emanados del presidente.[63]

Si el Congreso no dictara tal ley orgánica de ministerios, nada impide al presidente ejercer plenamente la potestad reglamentaria, ya que por sí solo puede ejercer el Poder Ejecutivo, al haber sido el mismo establecido en forma unipersonal y monocéfala.[64]

59. CN, arts. 75, inc. 20, y 108.
60. CN, art. 110.
61. CN, art. 117, cl. 1.
62. CN, art. 75, inc. 20, cl. 2.
63. CN, art. 100.
64. Decimos que el Poder Ejecutivo es *unipersonal* y *monocéfalo* por cuanto es desempe-

Podemos afirmar lo expuesto, es decir, que el presidente es el superior jerárquico de todos y cada uno de los agentes dependientes del Poder Ejecutivo, entre los cuales se encuentran, lógicamente, el jefe de gabinete de ministros y los ministros secretarios, por cuanto: el art. 87 dispone que es desempeñado por un ciudadano; el art. 99 enumera las atribuciones del presidente; luego, el inc. 1 de dicho art. 99 le atribuye la jefatura suprema de la Nación, la del gobierno, y lo hace responsable político de la administración del país, y el art. 100, inc. 1, le atribuye indirectamente la jefatura administrativa del país;[65] Finalmente, la función del jefe de gabinete de ministros y los ministros secretarios es solamente la de refrendar y legalizar los actos del presidente,[66] y su nombramiento y permanencia en el cargo dependen enteramente de este, por cuanto "[...] por sí solo nombra y remueve al jefe de gabinete de ministros y a los demás ministros del despacho [...]",[67] sin perjuicio de ser pasibles de remoción mediante juicio político[68] o por moción de censura y remoción en el caso del jefe de gabinete.[69]

Si el Poder Ejecutivo no fuera unipersonal y monocéfalo, las Cláusulas de Desempeño[70] y de Atribuciones[71] de dicho departamento deberían disponer:

> […] el Poder Ejecutivo de la Nación será desempeñado por un ciudadano con el título de 'presidente de la Nación Argentina'[, y por el jefe de gabinete de ministros y los demás ministros secretarios que el Congreso estableciere por ley]" o que "[e]l presidente de

ñado solamente por el presidente de la Nación y no se establecen divisiones dentro de este, a diferencia del Poder Legislativo que es unipersonal ("Un Congreso…", art. 44) y bicéfalo ("…compuesto de dos Cámaras…", art. 44), y del Poder Judicial que es pluripersonal y policéfalo ("…será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores…" dice el art. 108).

65. Decimos *indirectamente* por cuanto, si bien se encomienda al jefe de gabinete de ministros según esta cláusula, tal jefatura en cabeza de este funcionario queda reducida a su mínima expresión, por cuanto él depende del presidente de la Nación, en virtud de ser este quien lo designa y remueve "…por sí solo…" (art. 99, inc. 7º).

66. CN, art. 100.

67. CN, art. 99, inc. 7.

68. CN, arts. 53, 59 y 60.

69. CN, art. 101.

70. CN, art. 87.

71. CN, art. 99.

> la Nación[, el jefe de gabinete de ministros, y los demás ministros secretarios,] tienen las siguientes atribuciones […],[72]

en sintonía con lo dispuesto en las Cláusulas de Ejercicio[73] y de Atribuciones[74] del Poder Judicial de la Nación, que es, a diferencia del Poder Ejecutivo, pluripersonal y policéfalo.

A falta de tal redacción se aprecia entonces que el Poder Judicial, para instalarse y funcionar, requiere necesariamente del accionar de los otros dos poderes: por un lado, al Congreso le corresponde determinar la cantidad de miembros que compondrán la Corte Suprema y establecer tribunales inferiores a ella,[75] y al presidente le corresponde nombrar a los magistrados de dichos tribunales federales con acuerdo del Senado.[76]

En cambio, el presidente se encuentra plenamente habilitado por el solo hecho de su tomar posesión del cargo a ejercer, entre otras, la potestad reglamentaria, inclusive ante el supuesto de que el Congreso fuera renuente en dictar una ley orgánica de ministerios, ya que puede por sí solo nombrar al jefe de gabinete de ministros,[77] y este legalizar y refrendar los actos emanados por aquel,[78] con lo cual el presidente goza de mayor independencia en cuanto a su funcionamiento a comparación del dispuesto para el Poder Judicial de la Nación.

No obsta a lo expuesto lo previsto en la Cláusula de Poderes Implícitos, en virtud de la cual el Congreso se encuentra habilitado para

> [h]acer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina,[79]

72. Lo escrito entre corchetes es agregado.
73. CN, art. 108.
74. CN, art. 116.
75. CN, arts. 75, inc. 20, y 108.
76. CN, art. 99, inc. 4.
77. CN, art. 99, inc. 7.
78. CN, art. 100, inc. 8.
79. CN, art. 75, inc. 32.

ya que, si bien se podría inferir de una lectura superficial del mismo que el Congreso goza de una cierta preminencia por sobre los restantes departamentos federales, lo cierto es que

> [...] el principio de división de los poderes, que reclama para su vigencia el de equilibrio de estos, y que es ínsito al sistema republicano previsto por el art. 1º de la Constitución Nacional, impide que el Congreso invada áreas privativas y naturales de los otros órganos del Estado,[80]

siendo un área privativa y natural del presidente, justamente, el dictado de decretos reglamentarios.

Sin perjuicio de ello, es dable notar que, como atribuciones del Congreso comunes a ambos departamentos del gobierno federal, tanto el presidente, el vicepresidente, el jefe de gabinete, los ministros, y los miembros de la Corte Suprema son pasibles de remoción mediante juicio político,[81] como asimismo las retribuciones por sus servicios son determinadas por el Congreso,[82] lo cual en nada obsta a la conclusión arribada respecto a la mayor independencia para actuar del presidente.

Lo que se pretende demostrar con este análisis preliminar es que el presidente goza de mayor independencia en su accionar que la que tiene el Poder Judicial, ya que aquel no requiere necesariamente que el Congreso organice el "mapa" de funcionarios inferiores que lo asistirán en su tarea de ejecutar las leyes, mientras que este necesariamente requiere la organización judicial previa que disponga el Congreso, y también requiere del aporte del presidente para nombrar (con acuerdo del Senado) a los magistrados que lo compongan.

Dicha independencia del Poder Ejecutivo se traslada lógicamente al ejercicio de la potestad reglamentaria, estando limitada, por parte del Congreso, únicamente en la ley a reglamentar, conforme se verá a continuación.

80. Sagües, *Derecho constitucional*, Tomo 2, p. 470.
81. CN, arts. 53, 59 y 60.
82. CN, arts. 75, inc. 8, 92, 107 y 110.

II.D.2. Límites y control de la potestad reglamentaria

En tal orden de ideas, el presidente participa en el procedimiento legislativo, al tener facultad de iniciativa legislativa, como asimismo las de aprobar y promulgar (en forma expresa o tácita) o de rechazar (veto total o parcial) los proyectos aprobados por el Congreso, y una vez vigente la ley recién queda habilitado para ejercer la facultad reglamentaria, mediante el dictado de decretos reglamentarios, los cuales se integran a la misma ley y no pueden alterar su espíritu, quedando lógicamente subordinadas a ella y siendo, por lo tanto, de jerarquía inferior.

Es decir, el dictado de decretos reglamentarios no constituye el ejercicio de una atribución legislativa, sino administrativa o ejecutiva, de manera que complementa y rige los pormenores de las leyes emanadas del Congreso.

De tal caracterización se deriva que los requisitos de los decretos reglamentarios son los siguientes:[83]

i) debe existir una ley previa (presupuesto de posteridad);
ii) deben ser necesarios para poner en ejecución la ley (presupuesto de necesariedad);
iii) no deben alterar el espíritu de la ley con excepciones reglamentarias (presupuesto de razonabilidad);
iv) deben estar refrendados por el jefe de gabinete de ministros y el ministro del ramo respectivo (presupuesto de formalidad).

Por otro lado, el dictado de esta clase de decretos no se encuentra sujeto a control posterior del Congreso, aunque sí son pasibles de ser revisados por el Poder Judicial cuando sea planteada su inconstitucionalidad por no cumplir con alguno o algunos de los recaudos previamente aludidos.

Finalmente, es de interés remarcar que no se impone plazo alguno para el dictado de esta clase de decretos, habiendo sostenido la Corte Suprema que

> [...] el dictado del ordenamiento reglamentario [...] tanto en lo que se refiere a su contenido normativo cuanto en lo relativo a la opor-

83. Quiroga Lavié, *Derecho constitucional argentino*, pp. 1172-1174.

> tunidad de su sanción, es una facultad cuyo ejercicio corresponde, de modo exclusivo, al poder administrador [...].[84]

cuestión en la que ahondaremos en la Parte IV del presente.

II.E. La omisión reglamentaria en juicio

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido sobre el tema en dos precedentes destacables: los casos "Villareal"[85] y "Etcheverry",[86] que serán analizados a continuación.

II.E.1. El caso "Villarreal"

El actor, un jubilado que había efectuado aportes voluntarios[87] en su cuenta de capitalización individual abierta en Máxima AFJP, interpuso una acción de amparo contra los poderes Ejecutivo y Legislativo, y dicha administradora de fondos de jubilaciones y pensiones, con el objeto de que le fueran reintegrados aquellos aportes voluntarios.

Su pretensión se fundaba en el hecho de que el Poder Ejecutivo había omitido reglamentar debidamente la opción prevista en el art. 6º de la Ley N.º 26.425, que establecía que los afiliados al régimen de capitalización que hubiesen ingresado aportes voluntarios a sus respectivas cuentas y aun no hubieran obtenido un beneficio previsional podrían transferirlos a la Administración Nacional de la Seguridad Social para mejorar su haber previsional, o a una AFJP reconvertida a dichos fines. En uno u otro caso, dicha norma encomendaba al Poder Ejecutivo el dictado de las normas pertinentes a esos fines.

Si bien el Poder Ejecutivo dictó una reglamentación tendiente a que las AFJP puedan reconvertirse a los efectos de que los afiliados ejerzan la segunda opción prevista en el art. 6°, creando un registro especial de

84. CSJN, "Bidegain", consid. 4.
85. CSJN, "Villareal".
86. CSJN, "Etcheverry".
87. Según la Ley N.º 24.241 en su redacción original, los aportes o imposiciones voluntarias eran depósitos que efectuaban los afiliados a las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones, con el fin de incrementar su haber jubilatorio o anticipar la fecha de su percepción (art. 26).

estas entidades, lo cierto es que el listado de las AFJP inscripta nunca fue publicado ni la Administración informó nada al respecto, de forma que el actor se vio impedido de ejercer dicha opción.

Por tal motivo, la Corte concluyó que en el caso se había incumplido el mandato legislativo de la Ley N.º 26.425, ya que no solo el Poder Ejecutivo incumplió en reglamentar la segunda opción, sino que incluso tampoco acreditó que los aportes voluntarios hubieran mejorado el haber previsional del actor,[88] para luego sostener que

> [...] la omisión de la autoridad pública se configura porque existe un claro mandato legislativo que ha sido desoído por un tiempo a todas luces irrazonable desde la promulgación de la ley [...].[89]

Acto seguido, la Corte se expidió a favor de la procedencia formal de la acción de amparo para cuestionar una omisión como la del caso, no solo por cuanto se encuentra expresamente mencionado en el art. 43 de la Constitución,[90] sino también en razón del carácter netamente alimentario del derecho del actor, perteneciente a uno de los grupos vulnerables definidos como sujetos de preferente protección en el art. 75, inc. 23 de la Constitución.[91]

Finalmente, en cuanto a la solución del caso, el cimero tribunal consideró inútil la exhortación al Poder Ejecutivo para que cumpla con el mandato de reglamentar, por lo cual directamente declaró la inconstitucionalidad del artículo 6º de la Ley N.º 26.425 debido a su inoperatividad y, consecuentemente, ordenó devolver los fondos oportunamente depositados al actor.[92]

En suma, en "Villarreal" la Corte reconoció implícitamente la justiciabilidad de la omisión reglamentaria, ya que se estaba en presencia de una causa en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional: el actor, perteneciente a un grupo vulnerable, se veía impedido de disponer de sus haberes jubilatorios, que son integrales e irrenunciables según el art. 14 bis

88. CSJN, "Villareal", consid. 9.
89. CSJN, "Villareal", consid. 11.
90. CSJN, "Villareal", consid. 12.
91. CSJN, "Villareal", consid. 13.
92. CSJN, "Villareal", consid. 13, párr. 2º.

de la Constitución, a raíz de la omisión del Poder Ejecutivo en expedir la reglamentación necesaria para poder ejercer la opción prevista en el artículo 6º de la Ley N.º 26425.

Luego, en lo referente a la resolución del caso, la Corte tomó un rol activo en procura de efectivizar la plena vigencia del derecho del actor, de forma que optó por declarar la inconstitucionalidad de la normativa sin reglamentar, como asimismo ordenó la devolución de los aportes voluntarios efectuados.

II.E.2. El caso "Etcheverry"

Aquí la Corte aplicó el estándar fijado en "Villarreal", e incluso llegó a desarrollar más la cuestión.

Se trata de un caso en el que dos trabajadores con hijos en edad de cuidado demandaron al Estado nacional, mediante una acción de amparo, a fin de que se lo condene a dictar la reglamentación del artículo 179 de la Ley N.º 20.744 de Contrato de Trabajo, en cuanto prevé que los empleadores deben habilitar salas maternales en los establecimientos donde presten servicios un número mínimo de trabajadores; número a ser determinado en la reglamentación, la cual, al momento del dictado de la sentencia de la Corte, aún no había sido expedida.

Ahora bien, en razón de la disparidad de votos en la decisión en análisis, dividiremos las cuestiones presentadas en tres, a saber:

i) ¿Se configura en el caso un supuesto de omisión inconstitucional?
ii) En caso afirmativo ¿puede el Poder Judicial, sin violentar el principio de separación de poderes, condenar al Poder Ejecutivo a expedir la reglamentación omitida en un plazo determinado?
iii) Por último, ¿es la acción de amparo la vía judicial idónea para esgrimir tal pretensión?

Definidas ya las cuestiones, procederemos a analizar cada una de ellas.

II.E.2.a. Configuración de la omisión reglamentaria

En este punto la resolución es unánime: claramente se configuraba un caso de inconstitucionalidad por omisión.

Así las cosas, Rosenkrantz y Highton de Nolasco expusieron que

> [...] la falta de reglamentación [...] conduce en la práctica [...] a privar de efectos jurídicos a la disposición y, por ende, relega el cumplimiento de la obligación de los empleadores e impide el ejercicio de un derecho concreto de los trabajadores de acceder a un servicio de apoyo en sus tareas de cuidado familiar.[93]

Maqueda y Lorenzetti, por su parte, sostuvieron que dicha omisión de reglamentar "[...] durante cuarenta y siete (47) años plantea claramente un problema de operatividad del derecho de los actores consagrado por el marco normativo apuntado"[94] y que "[...] es la causa que impide el ejercicio del derecho, porque no hay otro modo de obtener su satisfacción".[95]

Finalmente, Rosatti desarrolla brevemente la teoría de la fuerza normativa de la Constitución para justificar su voto en este sentido, y menciona que la omisión de reglamentar no solo repercute en la negación de los derechos consagrados en la Ley de Contrato de Trabajo, sino que también violenta la Cláusula de Instrucciones y Reglamentos,[96] por lo cual dicha falta de regulación de un mandato expreso deriva en inconstitucionalidad por omisión.[97]

II.E.2.b. Justiciabilidad de la omisión reglamentaria

En este punto, la Corte decidió si el hecho de que el Poder Judicial condene al Poder Ejecutivo a expedir la reglamentación del artículo 179 de la Ley de Contrato de Trabajo era congruente con el principio de separación de poderes o, en otras palabras, si se estaba en presencia de una cuestión justiciable.

Si bien Rosenkrantz y Highton de Nolasco no se expidieron expresamente en este aspecto, el hecho de que confirmen la condena a reglamentar impuesta en la instancia anterior implica necesariamente que reconocen que se encuentra dentro de las facultades del Poder Judicial la de condenar al Poder Ejecutivo a reglamentar en un plazo determinado.

En cambio, los ministros Maqueda, Lorenzetti y Rosatti resuelven expresamente esta cuestión.

93. CSJN, "Etcheverry", voto de Rosenkrantz y Highton de Nolasco, consid. 2, párr. 3.
94. CSJN, "Etcheverry", voto de Maqueda y Lorenzetti, consid. 8, párr. 3.
95. CSJN, "Etcheverry", considerando 10, parr. 1.
96. CSJN, "Etcheverry", voto de Rosatti, consid. 12.
97. CSJN, "Etcheverry", considerando 13, párr. 1.

Los dos primeros derivaron esta facultad de la ponderación de los principios de acceso a la justicia y del de separación de poderes, ya que de ello surge que el Poder Judicial debe ser garante de la eficacia de los derechos reconocidos en la Constitución, sin que de ello resulte una intromisión indebida de este cuando lo único que hace es tutelar derechos o suplir omisiones en la medida que dichos derechos puedan estar lesionados.[98]

Rosatti, por su parte, considera que el control de la omisión reglamentaria no solo se trata de una potestad, sino de un deber del Poder Judicial, ya que si la Constitución y las leyes dictadas en su consecuencia no pudieran regir por ausencia de reglamentación, la supremacía constitucional se tornaría ilusoria.[99] Luego, la fuerza normativa de la Constitución impone la necesidad de que, ante mandatos constitucionales y legales concretos, el Poder Judicial determine la existencia o no de una omisión del Poder Ejecutivo, sin afectar por ello al principio de separación de poderes.[100]

II.E.2.c. Idoneidad de la acción de amparo

Por último, habiéndose ya expedido la Corte respecto de la existencia de la omisión reglamentaria en el caso en estudio, como asimismo si se trata efectivamente de una cuestión justiciable, el tribunal se avocó a tratar la última cuestión referente a la idoneidad de la vía judicial de amparo para peticionar al Poder Judicial que condene al Ejecutivo a reglamentar en un plazo determinado.

Sobre este punto los ministros Rosenkrantz y Highton de Nolasco no se expidieron ya que consideraron que el recurso extraordinario interpuesto por el Estado nacional cuestionando la vía elegida remitían a cuestiones procesales de hecho y prueba que, en principio, no habilitan la instancia extraordinaria y fueron resueltas sin arbitrariedad.[101]

Los ministros Maqueda, Lorenzetti y Rosatti, por su parte, consideraron que la cuestión se encontraba habilitada para tratar en instancia extraordinaria, y sostuvieron que el amparo efectivamente resultaba ser la vía judicial idónea para demandar al Poder Ejecutivo para que este expida la reglamentación omitida, en razón de los derechos afectados en el caso

98. CSJN, "Etcheverry", voto de Maqueda y Lorenzetti, consid. 11.
99. CSJN, "Etcheverry", voto de Rosatti, consid. 13.
100. CSJN, "Etcheverry", voto de Rosatti, consid. 14.
101. CSJN, "Etcheverry", voto de Rosenkrantz y Highton de Nolasco, consid. 1, párr. 2.

concreto, amparados no solo por el art. 14 bis de la Constitución Nacional, sino por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos,[102] que son objeto de la reglamentación por parte del Congreso en el art. 179 de la Ley de Contrato de Trabajo.[103]

II.E.3. Conclusión

De la lectura conjunta de los casos "Villarreal" y "Etcheverry", podemos extraer las siguientes conclusiones.

La omisión reglamentaria se configura cuando, ante la existencia de un mandato legislativo expreso y determinado, el Poder Ejecutivo omite dictar la reglamentación necesaria para la operatividad de la norma por un plazo razonable, cuya apreciación variará según cada caso particular en razón de los derechos involucrados.[104]

Es del resorte del Poder Judicial, siempre dentro de un caso concreto sometido a su decisión, determinar si se configura un supuesto de omisión reglamentaria, como asimismo condenar al Poder Ejecutivo a dictar la reglamentación omitida en un plazo determinado, sin violentar el principio de separación de poderes.

Como corolario de lo anterior, la simple exhortación al Poder Ejecutivo para que dicte la reglamentación omitida no da una solución definitiva a la cuestión planteada, de modo que será necesario que el tribunal interviniente condene al mismo a expedir la reglamentación —lo que sucedió en "Etcheverry" — o incluso podría resolver sobre el fondo del asunto y dar por finalizada la cuestión —como lo dispuesto en "Villarreal"—.

Finalmente, la acción de amparo resulta ser la vía idónea para demandar al Poder Ejecutivo a los efectos de que se le condene a dictar la reglamentación omitida, tanto por tratarse de un supuesto expresamente previsto en el art. 43 de la Constitución y en la Ley N.º 16.986, como

102. Se mencionan en el fallo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10, inc. 1), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 5, incs a y b, y 11, inc. 2, ap. c), la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 18, inc. 3) y el Convenio 156 de la OIT (arts. 1, 3 y 4).

103. CSJN, "Etcheverry", voto de Maqueda y Lorenzetti, considerandos 6 y 7, y voto de Rosatti, considerando 15.

104 Véase que, en "Villarreal" la Corte considera irrazonable la falta de reglamentación por 6 años, mientras que en "Etcheverry" el plazo de omisión reglamentaria era de 47 años.

asimismo en razón de la celeridad que requiere la resolución del caso cuando se encuentran en juego derechos de sectores de especial protección.

III. El proyecto de ley 1215-D-2023

Pues bien, ya habiendo dado un panorama general de los principios constitucionales en juego como asimismo del estado de la cuestión en la jurisprudencia de la Corte Suprema, veamos a continuación qué es lo que se pretende instaurar con el proyecto de ley en análisis.

Este proyecto establece un plazo genérico para que el presidente reglamente las leyes cuya reglamentación sea necesaria para ser puesta en ejecución de 120 días corridos desde la promulgación expresa o tácita. Dicho plazo es de aplicación supletoria, ya que el Congreso podrá disponer en la ley de que se trate el plazo en que el presidente deberá dictar el reglamento en cuestión (art. 1º). Para las leyes promulgadas con anterioridad al proyecto, se prevé que dicho plazo se contará desde la entrada en vigencia de este (art. 5º).

Al momento de publicarse la ley en el Boletín Oficial de la República Argentina, deberá identificarse la fecha en que vence el plazo para reglamentar (art. 2º).

Luego, se establece que el jefe de gabinete de ministros debe presentar un informe ante cada Cámara del Congreso, cada tres meses, acerca de la totalidad de las leyes vigentes cuya reglamentación esté pendiente, motivando la demora en tal reglamentación. Dicho informe debe ser publicado en el sitio web de cada cámara (art. 3º).

Finalmente, se prevé que la Comisión Bicameral Permanente lleve un registro actualizado de leyes vigentes sin reglamentar (art. 4º).

En los fundamentos del proyecto se explica que tiende a "[...] fortalecer la voluntad legislativa, contribuir a la efectividad de las normas y mejorar la transparencia e información pública"; reconoce que la Constitución Nacional no impone plazo alguno para reglamentar, a diferencia del plazo de diez días para vetar o aprobar un proyecto de ley (art. 80, cl. 1ª); cita varias disposiciones constitucionales y legales provinciales que prevén vías judiciales específicas ante omisiones reglamentarias; y justifica la atribución del Congreso para dictar una ley de tal tenor en los arts. 33 y 75, incs. 23 y 32.

IV. Análisis crítico del proyecto de ley

IV.A. Análisis textualista

Como hemos visto en el Capítulo II, de la simple lectura de la Constitución se extrae que la Cláusula de Instrucciones y Reglamentos no impone plazo alguno al presidente para reglamentar las leyes de la Nación, como asimismo tampoco surge un determinado plazo a tales fines en ninguna otra cláusula de esta.

IV.A.1. Ausencia de plazo constitucional específico

Cuando la Constitución pretende que cierto órgano o departamento realice una actividad o dicte un acto en un plazo determinado, lo impone en forma expresa:

a) El art. 99, inc. 3°, que dispone la obligación del jefe de gabinete de someter a consideración de la comisión bicameral permanente los decretos de necesidad de urgencia dentro de los diez días de su dictado, y dicha comisión deberá elevar su despacho en un plazo igual de diez días.
b) Concordantemente, el art. 100, inc. 13, manda al jefe de gabinete de ministros a "...someter [...] personalmente y dentro de los diez días de su sanción estos decretos a consideración de la Comisión Bicameral Permanente".[105]
c) La cláusula transitoria sexta manda al Congreso a dictar el nuevo régimen de coparticipación federal antes de la finalización del año 1996.
d) La cláusula transitoria decimoquinta, párrafo segundo, que dispone que la elección del jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires será durante el año 1995.

Se observa entonces que nada dice el texto constitucional respecto de los decretos reglamentarios, por lo cual de una lectura armónica de dichas cláusulas se infiere fácilmente que el presidente puede elegir discrecional-

105. CN, art. 100, inc. 13.

mente el momento en que dictará la reglamentación de que se trate, siendo una facultad privativa y exclusiva del presidente de la Nación como titular único de la potestad reglamentaria, ya que "[e]l momento en que se debe dictar el decreto reglamentario, por supuesto, posterior a la ley en cuestión, es asunto que surge de la prudencia política del presidente [...]"[106]

Si se sostuviera lo contrario, la Cláusula de Instrucciones y Reglamentos debería establecer, por ejemplo, que "[e]l presidente de la Nación [...] expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación [en el plazo que determine una ley especial] [...]".

IV.A.2. Ausencia de mecanismo de control posterior específico

Asimismo, la Constitución impone al Congreso el dictado de una ley que reglamente el procedimiento de control posterior de los decretos de excepción.[107]

El hecho de que no se encuentre previsto un procedimiento especial para el control del dictado —o la falta de dictado— de decretos reglamentarios evidencia que el presidente no está sujeto a control posterior especial al respecto por parte del Congreso, sin perjuicio de que este puede reglamentar directamente la ley, tornando innecesario el dictado del decreto reglamentario, o bien puede utilizar el mecanismo de interpelación del art. 71, o inclusive iniciar el juicio político correspondiente contra aquel por considerar que la omisión de reglamentar sea una causa de "mal desempeño", en los términos del art. 53.[108]

Esta falta de control legislativo posterior de los decretos reglamentarios se utilizó como fundamento para admitir la legitimación activa de un diputado nacional en el marco de una acción de amparo contra un decreto reglamentario cuyas disposiciones eran contrarias a la ley reglamentada:

> A diferencia de los casos en que se ha dictado un decreto de necesidad y urgencia o delegado, aquí no existe una instancia en que el Poder Legislativo pueda revisar si la voluntad de este ha sido respe-

106. Sagüés, *Derecho constitucional,* Tomo 2, p. 386.
107. CN, arts. 76, 80, y 99, inc. 3.
108. Sagüés, *Derecho constitucional,* Tomo 2, p. 386.

> tada [...] Tal actividad, aunque posible, no está constitucionalmente prevista, a diferencia de lo que sucede en el caso de los decretos previstos en los arts. 99.3, 76 y 80 de la CN [...].[109]

En tal orden de ideas, al igual que la Constitución establece mecanismos especiales para el dictado y posterior control de decretos de excepción, si así lo hubiese querido habría hecho lo mismo con el procedimiento para el dictado de decretos reglamentarios o para su control legislativo. Así, por ejemplo, la Cláusula de Atribuciones del jefe de gabinete de ministros[110] debería encomendar a este someter al Congreso, en un plazo determinado, los decretos reglamentarios para que controle el cumplimiento de los recaudos constitucionales.

Curiosamente, en los fundamentos del proyecto de ley se expone que "[...] no existe ningún plazo predeterminado para la reglamentación y ejecución de las leyes a nivel nacional, siendo esto parte del ámbito de discrecionalidad de tal poder"; es decir, se reconoce expresamente que la potestad reglamentaria es una facultad propia, exclusiva y discrecional del presidente.

A falta de tal regulación, es el propio Presidente quien determinará el tiempo y la forma en que ejercitará la atribución, no correspondiéndole al Congreso fijar plazo alguno para el ejercicio de tal atribución sin perjuicio, claro, de los mecanismos de control genéricos previstos en la Constitución.[111]

Por otra parte, se puede observar que de un análisis conjunto de las Cláusulas de Atribuciones del Congreso[112] y del presidente,[113] en aquellos casos en que dichas autoridades tienen facultades concurrentes, la Constitución determina las limitaciones o el campo dentro del cual debe actuar el último en forma expresa:

i) el Congreso impone contribuciones,[114] y el presidente recauda las

109. CNCAF, Sala V, "Solá", voto del Dr. Treacy, consid. V.4.
110. CN, art. 100.
111. V*gr.,* juicio político (arts. 53, 59 y 60) e interpelación (arts. 71 y 101, inc. 11) para el Poder Ejecutivo en general; y moción de censura y remoción para el jefe de gabinete de ministros en particular (art. 102).
112. CN, art. 75.
113. CN, art. 99.
114. CN, art. 75, incs. 1 y 2.

rentas de la Nación por conducto del jefe de gabinete;[115]

ii) el Congreso fija el presupuesto nacional[116] y el presidente lo ejecuta por conducto del jefe de gabinete;[117]

iii) el presidente concluye y firma tratados[118] y el Congreso los aprueba o desecha;[119]

iv) el Congreso fija las fuerzas armadas en tiempo de paz y guerra, y dicta las normas para su organización y gobierno[120] y el presidente ostenta el cargo de comandante en jefe de todas las Fuerzas Armadas de la Nación.[121]

Nada se prevé en cuanto a la potestad reglamentaria en la Cláusula de Atribuciones del Congreso, lo cual nos permite inferir que se trata de una atribución privativa y exclusiva del presidente, no encontrándose sujeto a control por parte del Congreso, pero sí sometidos al control del Poder Judicial ante el incumplimiento de los presupuestos que deben cumplir y, por supuesto, siempre que se configure una "causa".[122]

IV.A.3. Necesariedad

La Constitución también determina que no todas las leyes deben ser reglamentadas, sino solamente aquellas que lo requieran para ser puestas en ejecución (presupuesto de necesariedad).

Ahora bien, la interpretación y determinación de dicha necesariedad queda librada al arbitrio del presidente, por cuanto "[...] es un término de apreciación discrecional política. Lo único 'justiciable' de estas reglamentaciones es la no contradicción del decreto reglamentario con una (cualquiera) norma de superior jerarquía".[123]

Al respecto, se hace mención al término "necesidad" o "necesa-

115. CN, arts. 99 inc. 10, y 100 inc. 7.
116. CN, art. 75, inc. 8.
117. CN, arts. 99 inc. 10, y 100 inc. 7.
118. CN, art. 99, inc. 11.
119. CN, art. 75, incs. 22 y 24.
120. CN, art. 75, inc. 27.
121. CN, art. 99, inc. 12.
122. CN, art. 116.
123. Barra & Licht, "Los decretos ejecutivos presidenciales. Potestad...".

rio" en referencia a atribuciones de alguno de los tres poderes en los arts. 30 y 75 inc. 30 para el Congreso; arts. 99, incs. 3, 4, 8 y 14, y 100, incs. 2 y 4 para el Poder Ejecutivo; y art. 114, inc. 6 para el Poder Judicial.

En todos esos casos, la interpretación que se haga de la necesidad en el dictado de tales actos es propia y privativa del órgano emisor, por lo cual a igual conclusión debe arribarse para la necesariedad del decreto reglamentario del art. 99, inc. 2.

IV.B. Análisis utilitarista

Sin perjuicio de los argumentos previamente expuestos, el proyecto de ley analizado, de aprobarse, peca por inocente, ya que sería de nula utilidad práctica, por cuanto se caería en un círculo vicioso: ¿qué sucedería si el presidente no dicta los reglamentos necesarios en el plazo de 120 días o el que establezca la ley en particular?

Lo cierto es que todo se mantendría tal cual como viene sucediendo hasta ahora, debiendo el interesado promover la acción judicial correspondiente a los fines de que, en el marco de dicho juicio, se dicte una sentencia condenatoria contra el Poder Ejecutivo a fin de que este expida la reglamentación omitida.

Por otra parte, solamente se observa en el art. 3 del proyecto que el jefe de gabinete de ministros debe presentar trimestralmente un informe respecto de las leyes sin reglamentar y los motivos por los cuales no se ha cumplido con tal cometido, pero nada dice la norma respecto a qué sucederá en caso de proseguir con la omisión reglamentaria.

En síntesis, la situación se mantendría incólume, por cuanto no se prevé sanción expresa alguna ante la omisión reglamentaria por parte del presidente, ni en la Constitución, ni en el proyecto de ley analizado, sin perjuicio de que esto es, en nuestra opinión, inconstitucional.

IV.C. Análisis histórico

Consideramos que tampoco resulta acertada la cita de constituciones y leyes provinciales de la actualidad, ya que nada aportan a la interpretación que debe darse a una cláusula que se encuentra presente en la Constitución Nacional desde su redacción originaria, esto es, desde 1853.

En cambio, para determinar el verdadero y original alcance de la Cláu-

sula de Instrucciones y Reglamentos, debemos indagar en las constituciones y estatutos constitucionales provinciales vigentes a dicha fecha.

Si bien todos dichos instrumentos encomendaban, en forma genérica, la ejecución de las leyes al Poder Ejecutivo, algunas preveían, en términos similares al art. 99, inc. 2° de la Constitución Nacional, la facultad reglamentaria de este: el Estatuto Provincial de Jujuy de 1839 encomendaba al gobernador "[e]xpedir los decretos y reglamentos especiales para el cumplimiento de las leyes" (art. 37, inc. 6°),[124] y el Estatuto Provincial tucumano de 1852 enumeraba, como primera atribución del gobernador, la de "[s]ancionar las leyes y decretos de la Sala de representantes y expedir las ordenanzas y reglamentos necesarios para su ejecución". (art. 41, atribución 1ª).[125]

Por su parte, el proyecto de Constitución de Buenos Aires de 1833, establecía que el gobernador "[p]ublica y hace publicar las leyes y decretos de la legislatura, facilitando su ejercicio por reglamentos especiales" (art. 86).[126]

A su vez, la Cláusula en cuestión se encontraba tanto en las fallidas constituciones nacionales de 1819 y 1826: la primera atribuía al director la facultad de publicar y hacer ejecutar las leyes que han recibido sanción,[127] y la segunda le encomendaba al presidente publicar y hacer ejecutar las leyes y decretos del Congreso, reglando su ejecución por reglamentos especiales.[128]

No encontramos una disposición similar en la Constitución de Estados Unidos, principal fuente de inspiración al momento de sancionarse la Constitución en 1853, sino que el principal antecedente de la potestad reglamentaria del presidente se remonta a la Constitución de Cádiz de 1812 que, en su art. 171, disponía que le correspondía al Rey "[e]xpedir los decretos, reglamentos e instrucciones que crea conducentes para la ejecución de las leyes".

Abona lo expuesto las constituciones provinciales dictadas con posterioridad a la Constitución de la Confederación Argentina, como consecuencia de lo dispuesto en sus arts. 5° y 64, inc. 28, que otorgaban al Con-

124. Ramos, *El derecho público de las provincias argentinas*, p. 294.
125. Ramos, *El derecho público de las provincias argentinas*, p. 341.
126. Ramos, *El derecho público de las provincias argentinas*, p. 277.
127. Constitución de las Provincias Unidas en Sud-América, 1819, art. LXXV.
128. Constitución de la República Argentina, 1826, art. 82.

greso el poder de revisar las mismas antes de su promulgación, facultad que finalmente fue derogada en la reforma constitucional de 1860, pero que de todas resulta de utilidad para llegar a la verdadera interpretación de la Cláusula de Instrucciones y Reglamentos.

En tal sentido, todas ellas preveían como atribución del gobernador, en términos generales, la de expedir las instrucciones y reglamentos necesarios para poner en ejercicio la Constitución y las leyes provinciales.[129] Además, algunas requerían que lo sean con acuerdo del Consejo de Gobierno,[130] y otras agregaban que debía cuidar de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias,[131] pero ninguna de ellas otorgaba a las legislaturas provinciales expresamente la facultad de reglar el plazo para su dictado.

Podemos observar que ni en los antecedentes constitucionales, ni en las fuentes de la Constitución Nacional, ni en las constituciones provinciales dictadas inmediatamente después de sancionada la Constitución y revisadas por el Congreso de la Confederación, se estableció plazo alguno para que el Poder Ejecutivo ejerza la potestad reglamentaria, situación que se mantuvo hasta hoy día al no haberse modificado el texto de la Cláusula de Instrucciones y Reglamentos.

V. Soluciones alternativas a la omisión reglamentaria

Si bien excede el marco del presente trabajo, a continuación esbozaremos algunas soluciones posibles a la omisión reglamentaria.

V.A. Reglamentación por parte del Congreso

El Congreso puede válidamente, y siempre que no invada el campo

129. Constitución de Córdoba de 1855, art. 52, inc. 2; Constitución de Jujuy de 1855, art. 62, inc. 2; Constitución de Salta de 1855, art. 52, inc. 2; Constitución de Tucumán de 1856, art. 52, inc. 2; Constitución de Santiago del Estero de 1856, art. 29, inc. 1.
130. Constitución de La Rioja de 1855, art. 38, inc. 2; Constitución de San Luis de 1855, art. 42, inc. 2; Constitución de Catamarca de 1855, art. 63, inc. 2.
131. Constitución de Mendoza de 1854, art. 43, inc. 2; Constitución de San Juan de 1856, art. 20, inc. 1; Constitución de Corrientes de 1856, art. 42, inc. 3; Constitución de Entre Ríos de 1860, art. 46, inc. 5.

de acción propio del Poder Ejecutivo, tornar innecesaria la reglamentación posterior por este al reglar con mayor profundidad la materia de que trate la ley específica, tal como lo ha reconocido la Corte Suprema en el fallo "Delfino", en cuanto allí sentenció en dicta que el ámbito de actuación del poder reglamentario del presidente puede ser acotado por el Congreso al dictar la ley, al decir que la "...mayor o menor extensión queda determinada por el uso que de la misma facultad haya hecho el Poder Legislativo".[132]

Ello se adecuaría perfectamente al texto constitucional, por cuanto la propia Cláusula de Instrucciones y Reglamentos especifica que estos solo serán expedidos cuando sean necesarios para la ejecución de las leyes, lo cual implica, *a contrario sensu*, que el Congreso puede establecer reglamentaciones en la misma ley y tornar innecesario el dictado de decretos reglamentarios.

V.B. Proceso especial por omisión reglamentaria

No obstante lo expuesto, entendemos que la mejor solución a la omisión reglamentaria constituiría la instauración de un proceso judicial sumarísimo, similar a la acción de amparo, en el cual se establezcan plazos breves a los fines de obtener una resolución que intime al Poder Ejecutivo a reglamentar la ley de que se trate, bajo apercibimiento de aplicar sanciones pecuniarias por cada día de retraso, como asimismo se condene a una indemnización por los daños ocasionados ante la omisión reglamentaria.

Esto es justamente lo que sucede en el derecho provincial citado en los fundamentos del proyecto de ley, por cuanto las allí disposiciones citadas[133] se refieren a acciones judiciales tendientes a subsanar la omisión reglamentaria en que pudiese incurrir la autoridad ejecutiva local. En ninguna de ellas se establece que la legislatura instaure limitación alguna a la potestad reglamentaria del gobernador, sino que encomienda tal tarea a los tribunales provinciales.

De todas formas, una medida legislativa en tal sentido debería ser acompañada de una reforma a la Ley N.º 26.944 de Responsabilidad del Estado nacional y al régimen de ejecución de sentencias contra el Estado

132. CSJN, "Delfino", p. 436.

133. Las normas provinciales citadas son: art. 10 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires; art. 207, inc. 2, ap. b de la Constitución de Rio Negro; art. 62 de la Constitución de Entre Ríos; y art. 219 del Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de Mendoza.

nacional —contenido principalmente en las Leyes N.º 11.672, N.º 23.982, y N.º 24.624— ya que ambos ordenamientos coadyuvan a que el Poder Ejecutivo omita ejercer la facultad reglamentaria cuando es necesario, por cuanto no cuenta con los incentivos para hacerlo. Afirmamos esto debido a que la procedencia de la responsabilidad del Estado por omisión de aplicación sumamente restrictiva,[134] como asimismo el régimen especial de ejecución de sentencias permite al Estado diferir el pago de condenas por varios años, sin prever el sistema legal otro remedio ante tal atropello.

De todas formas, como aclaramos al principio de este capítulo, el planteo de soluciones alternativas al problema en análisis excede el marco del presente trabajo, sin perjuicio de lo cual no podemos dejar abierta la cuestión para desarrollar con mayor extensión a futuro.

VI. Conclusión

En el desarrollo de este trabajo hemos expuesto y definido la doctrina de separación de poderes con un enfoque particular en el sistema contenido en la Constitución Nacional.

Asimismo, enumeramos las diversas atribuciones que el Congreso tiene en sus manos para regular o limitar el poder de los otros dos departamentos del gobierno federal, de forma que demostramos que el Poder Ejecutivo goza de una mayor independencia para constituirse y funcionar respecto de la que goza el Poder Judicial, que necesariamente requiere del accionar de los otros dos poderes. También definimos el alcance del poder reglamentario del presidente, como asimismo los límites y requisitos que los decretos expedidos en tal sentido deben cumplir.

Luego, confrontamos las cláusulas constitucionales enunciadas con el proyecto de ley N.º 1215-D-2023, desde un enfoque textualista-utilitarista-histórico, con lo cual podemos afirmar que la pretensión del Congreso de establecer un plazo para que el presidente ejercite la potestad reglamentaria no solo resulta ser de nula utilidad, sino que constituye una violación al principio de separación de poderes, ya que se pretende avanzar sobre una atribución propia y exclusiva del Poder Ejecutivo.

134. Así lo dispone el art. 3º, inc. d) de la Ley N.º 26.944, recogiendo la doctrina sentada por la Corte Suprema en el fallo "Mosca", *Fallos: 330:563* (2007) y su progenie.

En tal orden de ideas, proponemos como soluciones alternativas a la omisión reglamentaria que el Congreso torne innecesario el dictado de reglamentos de ejecución, es decir, que la propia ley se "autorreglamente", sin invadir la esfera del Poder Ejecutivo, o bien que se encomiende tal tarea al Poder Judicial, ya sea mediante la acción de amparo genérico o mediante una acción de amparo específica tendiente a tal fin, lo cual debe ir acompañado de una reforma integral del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado y del de ejecución de sentencias contra el Estado, ya que ambos ordenamientos no generan los incentivos necesarios para que el Poder Ejecutivo ejercite en tiempo y forma la potestad reglamentaria.

Bibliografía

Barra, Rodolfo & Licht, Miguel, "Los decretos ejecutivos presidenciales. Potestad reglamentaria de los órganos desconcentrados y entes descentralizados" en *La Ley*, 2016.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, "Sola, Felipe Carlos c/ Estado Nacional s/ amparo ley 16.986", 23/11/2017.

Cassagne, Juan C., *Derecho administrativo*, Tomo I, 6ª ed., Abeledo Perrot, 1998, Buenos Aires.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Bidegain", "Bidegain, Héctor E. y otros c/ Junta Nacional de Carnes s/ cobro de pesos", 20/11/1973, Fallos: 287:250.

—"Delfino", "A. M. Delfino y Cía., apelando de una multa impuesta por la Prefectura Marítima, por infracción al art. 117 del Reglamento del Puerto de la Capital", 25/04/1924, *Fallos 148:430*.

—"Etcheverry", "Recurso de hecho deducido por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación en la causa Etcheverry, Juan Bautista y otros c/ EN s/ amparo Ley 16.986", 21/10/2021, *Fallos 344:3011*.

—"Mosca", "Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense SE) y otros s/ daños y perjuicios", 06/03/2007, *Fallos 330:563*.

—"Villareal", "Villarreal, Mario Jesús c/ PEN-PLN y Máxima AFJP s/ amparo", 30/12/2014, *Fallos 337:1564*.

Dalla Vía, Alberto R., *Manual de derecho constitucional*, 3ª ed., Abeledo Perrot, 2011, Buenos Aires.

Ekmekdjian, Miguel A., *Manual de la constitución argentina*, 6ª ed., Lexis Nexis, 2008, Buenos Aires.

González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, 22ª ed., Ángel Estrada y Cía., 1959, Buenos Aires.

Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil,* Alianza, 1997, Madrid, trad. Mellizo, Carlos.

Madison, James, "El Federalista N.º 51", en Hamilton, Alexander, Madison, James & Jay, John, *El Federalista*, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, 1957, México D.F., trad. Velasco, Gustavo R.

Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Losada, 2007, Buenos Aires, trad. Isnardi, Graciela.

Quiroga Lavié, Humberto, *Derecho constitucional argentino*, Tomo II, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, 2009, Santa Fe.

Ramos, Juan P., *El derecho público en las provincias argentinas*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1914, Buenos Aires, URL http://www.bibliotecadigital.gob.ar/files/original/13/1054/ramos-juan_derecho-publico-provincias-argentinas_t01_1914.1.pdf, consultado 03/05/2024.

Sagüés, Néstor P., Derecho constitucional, 1ª ed., Astrea, 2017, Buenos Aires, Tomo 2.

ENTREVISTAS

ENTREVISTA A JUAN CARLOS MAQUEDA*

Lecciones y Ensayos: *—¿Qué buscaba usted en el derecho cuando era estudiante? ¿Qué encontró?*

Juan Carlos Maqueda: —Bueno, esa respuesta tiene una complejidad. Mi pasión, digamos, siempre fue —como para todos los jóvenes que inician el primer año de Derecho— la justicia. La justicia, el ideal de justicia. No había antecedentes en la escuela secundaria, por lo menos en la que hice yo y hace muchos años, de nada que nos pudiera inspirar hacia algo que no fuera la justicia. Yo reconozco que mi pasión en aquellos años era la ciencia política. La pasión por el derecho la tuve estando en cuarto año de la facultad cuando entré a trabajar a tribunales. Cuando yo entré a trabajar en tribunales me di cuenta de la diferencia que había entre comprender al derecho desde el ejercicio permanente —está en vinculación directa con el expediente— a lo que era teóricamente la facultad. Era una cosa muy distinta para mí, los años finales de mi carrera fueron muy sabrosos. Los primeros años fueron muy costosos. Yo me encontré con la ciencia política después de haberme recibido. Fui adscripto a la cátedra de Derecho Político y después, por una circunstancia ajena a mí, por el fallecimiento de un profesor en la carrera historia del pensamiento político en la Universidad Católica de Córdoba, terminé siendo titular de Historia de la Ciencia Política, que realmente era lo que me impulsaba a mí cuando empecé esta carrera. Después encontré el sabor del derecho cuando entré a trabajar a tribunales.

Lecciones y Ensayos: *—Su inicio en la carrera de abogacía se dio junto con la militancia estudiantil, ¿qué recuerdos tiene de esa época?*

Juan Carlos Maqueda: —Tengo recuerdos muy buenos. En aquel momento, a fines de los años 60 y comienzos de los años 70, había una juventud muy politizada. Al que no le interesaba la política era un marciano

* Entrevista realizada por miembros del Consejo de Redacción de Lecciones y Ensayos, el 8 de noviembre de 2024.

directamente, así se lo veía también. Había, también, una proliferación de ideas de izquierda en esa época. Yo no me sentía atraído por esas ideas de izquierda, ni tampoco por las ideas de derecha. Siempre me sentí como un centrista y, a pesar de no venir de una familia política ni venir de una familia peronista, el peronismo encuadraba en mis pensamientos en aquel momento. Empecé a trabajar con las juventudes que trabajaban por el regreso de Perón a la Argentina a pesar de venir de una familia antiperonista. Pero bueno, esa coincidencia con la doctrina peronista primero, y después con esta épica que fue el retorno de Perón a la Argentina, nos llevó a crear en la universidad el movimiento universitario justicialista y allí empecé la militancia política.

Lecciones y Ensayos: —*Usted fue Diputado de la Nación desde 1991 a 1999. En otra ocasión comentó que su primer proyecto como legislador fue uno sobre la necesidad de la reforma constitucional, antes del Pacto de Olivos. ¿Qué lo impulsó a presentarlo?*

Juan Carlos Maqueda: —Primero fui legislador provincial y después fui diputado nacional en dos períodos. Venía de haber mutado del derecho político al derecho constitucional. Lo viví en la universidad donde estuve primero la Cátedra de Derecho Político. Seguí vinculado a una parte del derecho político —que es historia del pensamiento político, lo que más me interesaba a mí—, pero me fui integrando en las cátedras de Derecho Constitucional y Derechos Públicos Provincial. En el retorno de la democracia, hubo algunos hechos que me impulsaron a trabajar la reforma constitucional. En los encuentros de abogados cercanos al peronismo, que se hacían acá en Buenos Aires en los años 1981 y 1982, siempre había una comisión donde se estudiaba la reforma constitucional. Ahí hice mis primeras proyecciones que después la vi coronada por primera vez en el año 1987 donde se convocó a la reforma constitucional de la provincia de Córdoba. Nosotros, con un sector la renovación del peronismo que encabezaba el doctor José Manuel de la Sota, fuimos, por afuera del partido porque no nos habían dado elecciones internas, como Partido Demócrata Cristiano a la Convención Constituyente. Yo fui el presidente del bloque de constituyentes del Peronismo Renovador y la Democracia Cristiana. Esa fue mi primera experiencia como constituyente. Fue muy buena y sana. A mí me tocó participar en la redacción del proyecto de reforma constitucional de Córdoba que presentamos en aquel momento en nuestra fracción política. Ya venía muy entrenado porque ya en esas épocas era legislador provincial y era el vicepresidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales allá en

Córdoba y, al mismo tiempo, participaba de todos los congresos partidarios que hubiera y en el ámbito académico de todo lo que tuviera que ver con el tema derecho constitucional. Eso fue lo que me impulsó.

Lecciones y Ensayos: *—Usted fue convencional constituyente en cuatro ocasiones. ¿Qué destaca de cada uno de estos procesos?*

Bueno, la primera convención constituyente como le acabo de decir fue en el año 1987 en Córdoba para reformar la antigua constitución de Córdoba de 1923, que era muy buena, pero que había que adaptarla a los tiempos. Entonces fue una reforma total de la Constitución y vivimos una experiencia muy linda, interesante, grata y constructiva. Eso fue la Convención Constituyente del año 87. Después me tocó participar de la de 1994, un honor. Estamos a 30 años de aquella reforma donde creo que debe haber sido un ejemplo, en los 40 años de democracia, de consenso. Había vocación de consenso. No es porque no hubiera habido enfrentamientos, hubo enfrentamientos hasta antes del Pacto de Olivos y siguieron después de la Convención Constituyente. Pero hubo un espíritu constituyente que se forjó en los dos principales partidos en aquel momento, el Partido Justicialista y la Unión Cívica Radical, a través del Pacto de Olivos de la expresión de los doctores Carlos Menem y Raúl Alfonsín que lo llevaron adelante. Eso se transmitió en todos los partidos políticos y pudimos hacer una buena Convención Constituyente, inclusive con quienes estaban en contra de la reforma constitucional. El periodo más largo de debate se dio al principio en ocasión del reglamento, que no suele ser una cuestión muy debatida, pero lo que se debatía no era el reglamento, sino que fue la legitimidad de la Convención Constituyente. Después de ese debate y votación, todos los sectores que se oponían a la reforma se dieron cuenta que había que contribuir a sacar la mejor Constitución posible. Ahí ya no éramos solamente peronistas y radicales, sino que eran todos los convencionales constituyentes trabajando. Fue una satisfacción muy grande.

Inmediatamente después, en el año 1995 en Córdoba Capital, siguiendo los mandatos de aquella Constitución que habíamos reformado en el 87, se convoca a una elección de convencionales constituyentes de la ciudad de Córdoba. Ciudad capital que siempre fue muy diferenciada del interior porque tiene 40 % de los vecinos de la provincia en la Capital. Yo fui a la cabeza de esa lista de convencionales constituyentes. También allí hice un proyecto de Carta Orgánica para la ciudad de Córdoba. Tengo gratos recuerdos de esa Convención Constituyente municipal porque era una continuación de la reforma constitucional de la nación, aún había un clima de amplio consenso.

Lecciones y Ensayos, Nro. 112, 2024
"Entrevista a Juan Carlos Maqueda", pp. 215-226

Finalmente, mi cuarta reforma constitucional fue en el año 2001. Allí se volvió a reformar la Constitución de Córdoba. Yo era en ese momento ministro de Educación de la provincia. También fui a la cabeza de la lista de convencionales constituyentes y presidí la Asamblea Constituyente. Fue una asamblea muy *sui generis*, porque los convencionales constituyentes no cobrábamos sueldos, sesionábamos en la Legislatura, se hizo en una semana y no tenía asignado presupuesto. Fue muy especial. El objetivo estuvo centralizado en el capítulo de Poder Legislativo, nada más, no se podía tocar otra cosa. El Poder Legislativo de Córdoba en la Convención de 1987, quizá en ese momento no se había previsto esto, se había expandido de tal manera que había más senadores provinciales que los senadores nacionales. Se había podido controlar más o menos la Cámara de Diputados, pero no la Cámara de Senadores. Entonces estaba la anomalía de que la Cámara de Senadores, que fue siempre representativa de los departamentos de Córdoba, había explotado en ese sentido. Había un gran malestar en Córdoba con ese tema y se convocó una Convención Constituyente al solo efecto de pasar del sistema bicameral al sistema unicameral con un número claustro.

Lecciones y Ensayos: —*Si mal no recordamos, hubo una consulta popular no vinculante.*

Juan Carlos Maqueda: —Hubo una consulta popular donde la gente de Córdoba se expresó favorablemente para esto. Ya no me acuerdo el número, pero fue un número arrollador. Nosotros habíamos llevado ya el proyecto de unicameralidad a la reforma del del año 1987, o sea, lo teníamos hecho al proyecto. Hicimos la reforma constitucional en una semana, a pesar de que fue la semana del atentado a las Torres Gemelas. Fue una situación difícil que me tocó atravesar como Presidente, imagínense que en una semana hay que trabajar desde la mañana temprano hasta la noche tarde. Habíamos empezado las sesiones a mañana temprano, no lo habíamos visto por televisión y ni escuchado. Estaba presidiendo la sesión y venían los compañeros y me decían "¿Qué vamos a hacer?", el mundo se derrumba. Era la imagen que había en ese momento y que transmitía la televisión para todos lados.

Lecciones y Ensayos: —*Que casualidad porque en 1994 fue el atentado a la AMIA.*

Juan Carlos Maqueda: —También, absolutamente.

Bueno, yo les dije que esto tenía que terminarse en una semana y que lo vamos a terminar en una semana. Así que fue un gran desafío.

Es cierto, yo no había tenido en cuenta la conmoción que fue durante la Convención Constituyente Nacional el atentado de la AMIA. La Convención Constituyente dejo de sesionar una semana aproximadamente con ese tema. Eso muestra la paralización que estos temas tienen, que generan. La misma inquietud estaba en el recinto de todos los que me venían a hablar, de todos los presidentes, los amigos, de todos. La presión era muy grande y ni siquiera hicimos un corte en la sesión, seguimos e hicimos un cuarto intermedio para repudiar el hecho directamente, pero después seguimos sesionando.

También me quedó un recuerdo muy lindo. El recuerdo más lindo que tengo de mi paso por la vida pública ha sido el de constituyente. Uno como constituyente es un poco el arquitecto que proyecta una obra, como el albañil que la ve terminada.

Esa experiencia fue muy importante porque en la vida parlamentaria, que fue central en mi vida también, eso no se ve habitualmente. El legislador constituyente es una excepción en ese sentido.

Lecciones y Ensayos: —*Sobre la experiencia en la convención de 1994 específicamente, en una entrevista usted dijo que una de las deudas de la Convención es no haber logrado atenuar el hiperpresidencialismo. A futuro, ¿cómo cree usted que se podría atenuar?¿Qué elementos del hiperpresidencialismo eliminaría y qué elementos del parlamentarismo agregaría si debe realizar esos cambios en el futuro*?

Juan Carlos Maqueda: —Bueno, yo lo primero que haría —dentro de lo que hoy hay posibilidades de hacer— sería reformar el sistema de los decretos de necesidad y urgencia. Es una cosa inconcebible que para sancionar una ley tenga que pasar por las dos cámaras y un decreto de necesidad y urgencia, que es de excepción total y absoluta con la sanción de una sola cámara pueda mantener su vigencia. Yo no me he encontrado en este tiempo, desde el 2006 que está sancionada esta ley hasta ahora que he estado en la corte, con un petitorio de inconstitucionalidad de este tema ni con una causa concreta. Si no, lo hubiera dicho en la causa concreta. Creo que, realmente estando ese tema en el tapete público hoy, es lo principal que hay que reformar.

Lecciones y Ensayos: —*Escuchamos que hay un proyecto de ley ahora.*

Juan Carlos Maqueda: —Hay varios por lo que leí por la prensa. Después, en una futura reforma constitucional yo modificaría varias cosas.

Primero modificaría la Jefatura de Gabinete y creo que no me equivocaba yo cuando en mi proyecto, que ni siquiera tenía el nombre de Jefatura

de Gabinete tenía el nombre de ministro coordinador, pero era una función casi parlamentaria y no tenía el Jefe de Gabinete que estar como está hoy. Hoy prácticamente se ha convertido en un ministro más, el más importante de los ministros, pero un ministro más. Creo que las funciones del Jefe de Gabinete, que además lo exige la dinámica del gobierno moderno, se tienen que acercar más a las del primer ministro. Tienen que concurrir realmente en el tiempo que se le que se le fija y, también, al estilo parlamentario cuando haya hechos notorios y graves tiene que concurrir a las Cámaras y tiene que someterse a la discusión. Debería ser con las mismas mayorías que se usan en los regímenes parlamentarios para nombrarlos y removerlos. Creo que esa es otra reforma que podríamos tener en el futuro.

Después hay reformas que se tendrían que hacer en el Consejo de la Magistratura y otras reformas de otro tipo. Fundamentalmente, el presidencialismo exorbitante que tenemos nosotros ya venía en la Constitución de 1853, ya Alberdi había dicho que necesitábamos un rey con el nombre de presidente. Eso corresponde a una cultura también. Eso no se logra con una reforma constitucional, sino que se logra con una prédica informativa sobre la idea de que todos los problemas no los resuelve un presidente.

Lecciones y Ensayos: —*¿Considera que sus intenciones al redactar el artículo 75, inciso 22 se vieron reflejadas en el fallo "Ministerio" sobre el informe de "Fontevecchia" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?*

Juan Carlos Maqueda: —Bueno, yo sostuve mi posición que ya venía de antes. Soy el único que la sostuvo, porque en ese momento votaban como nuevos Rosenkrantz y Rosatti, y ya habían votado en el mismo sentido que finalmente voté yo, Lorenzetti y Highton, y ellos dos cambiaron su voto y yo me tuve que mantener en minoría. Yo me encuentro reflejado en ese voto, por supuesto. Creo que da para mucho más el 75, inciso 22 pero yo me encuentro reflejado.

Lecciones y Ensayos: —*¿Cómo fue asumir como ministro de la Corte habiendo tenido una grandísima trayectoria política pero no habiendo ejercido la Magistratura o no habiendo hecho una carrera judicial de muchos años?¿Eso le representó un desafío extra?*

Juan Carlos Maqueda: —Fue uno de los desafíos más grandes de mi vida. Por eso yo decidí dejar la exposición pública tan alta que tenía hasta ese momento, que era presidente provisional del Senado, y, tradicionalmente, como los jueces norteamericanos que vienen de la política, no solo no participar en la prensa sino en nada que sea extra de lo que es la

dedicación que un ministro de la Corte tiene que tener. Para mí esta tiene que ser plena, total y absoluta.

Fue un gran desafío, como no lo fue el ser convencional constituyente o parlamentario o, inclusive, en las tareas que he tenido en el Poder Ejecutivo, tanto a nivel nacional, provincial y municipal, el desafío siempre era menor. Ahora en el salto al Poder Judicial, el Poder Judicial era otra cosa. Por algo se habla de la independencia del Poder Judicial y de la imparcialidad del Poder Judicial, donde el juez tiene que sentarse al frente de un caso y ahí ser independiente e imparcial. Lógicamente hay cosas más importantes que sus propias creencias, o sea, tiene que superar no solo las dificultades que traen el expediente sino hasta sus propias creencias en un momento determinado. Es muy difícil y es un gran desafío. Lo puedo decir ahora después de 22 años, antes no tenía la formación como para poder decirlo.

Lecciones y Ensayos: *—En este mismo sentido, ¿cuál considera que fue el más complejo de sus votos como ministro de la Corte?*

Juan Carlos Maqueda: —Quizás no ha sido un voto con tanta trascendencia periodística. La historia era de un hombre de Neuquén, un empresario, que no había formado familia propia y viniendo del campo hacia la ciudad tuvo un gran choque. Quedó totalmente paralizado y así estuvo 20 años. Los hermanos se presentaron alegando que él siempre hubiera querido que lo desenchufaran de la máquina, como se dice. No pudo volver a hablar, no pudo volver a moverse, no abrió los ojos, no se podía comunicar con nadie, tenía muerte cerebral, no tenía signos vitales y no podía comer. Estaba realmente, como se dice, enchufado a máquina. Nos tocó decidir ese tema y fue uno muy difícil. El que se presentaba era su hermano, que era lo más cercano que tenía.

Lo resolvimos favorable y se dio un fenómeno extraordinario después de 20 años de ese accidente. Nosotros lo resolvimos una mañana y a la tarde este hombre falleció. Es decir, no llegaron a desenchufarlo. Este fue el voto más difícil.

Lecciones y Ensayos: *—¿Qué voto le hubiera gustado escribir? Ya sea desde antes de su ingreso a la Corte o porqué aún no se ha plantado la cuestión para resolver.*

Juan Carlos Maqueda: —El que hablamos recién sobre declarar la inconstitucionalidad de este sistema creado en el año 2006 y que pasa de gobierno o de Poder Ejecutivo en Poder Ejecutivo y que a todos les va conviniendo esa situación; que no es lo que el convencional constituyente delineó.

Lecciones y Ensayos: —*Habiendo atravesado varias composiciones de la Corte en términos de número, ¿cuál cree que es el número real de ministros que debe tener la Corte?*

Juan Carlos Maqueda: —No creo que haya un número ideal, creo en la calidad humana de los que vienen a la Corte. Creo que deben tener una gran calidad humana y una gran preparación jurídica. También tener un temple para aguantar cosas muy difíciles.

Lecciones y Ensayos: —*¿Cree que el número de ministros debería estar en la Constitución como era en 1853?*

Juan Carlos Maqueda: —No creo porque en 1860 se dieron cuenta que ni siquiera se había constituido la Corte en Paraná. En Paraná hubo una Cámara de Justicia que la suplantó. En aquella época era totalmente distinto a ahora, nadie quería los cargos judiciales. Alsina, que fue el primer presidente de la de la Corte designado por Mitre, que era su opositor político en la Ciudad de Buenos Aires, no quiso aceptar la presidencia de esta Corte, la del después del 60. Imagínense que, cuando estaba en Paraná, Urquiza no podía formar la Corte porque era muy difícil encontrar gente que quisiera ir a la Corte, más en Paraná. Venía de una experiencia muy difícil, entonces se dejó librado al legislador la idea de que el número estuviera en una ley, y mí me parece correcto.

Lecciones y Ensayos: —*¿Hay alguna crítica que pueda hacerle al funcionamiento de la Corte? Ya sea como está receptado en términos amplios en la Constitución o en la diaria.*

Juan Carlos Maqueda: —Más que una crítica, yo, creo que la Corte está ante un gran desafío, como lo está toda la justicia y como lo estamos todos en este nuevo mundo con la inteligencia artificial.

No soy una persona formada como para opinar de la inteligencia artificial, pero lo que uno lee en los medios de comunicación o en algún libro indica que es un cambio de 180 grados el que se va a producir. Yo creo que, de acuerdo con lo que a lo que se dice y a los que ya están en práctica en algunos lugares, hay determinados temas que van a ser resueltos el día de mañana por la inteligencia artificial. Me atrevo a decir que acá en la Corte siempre se va a necesitar un juez atrás.

Por ejemplo, la Corte, a diferencia de la Corte norteamericana, que tiene un cerciorar positivo, nosotros tenemos uno negativo. Por lo tanto, la Corte argentina recibe más de 10.000 expedientes por año. En materias como penal, laboral y jubilatoria, que son las que más casos tiene, la apelación a la Corte es gratis. Entonces todo abogado le dice a su cliente

"quédese tranquilo que esto termina en la Corte". Ya es una expresión que no existía cuando yo era estudiante. En aquel momento, para venir a la Corte había que contratar a un abogado muy experimentado, generalmente constitucionalista. En Córdoba no se hacía, se venía acá a Buenos Aires. Ahora viene todo el mundo a la Corte.

También a diferencia de la Corte norteamericana, en la Corte norteamericana hay que jurar ante la Corte después de cumplir determinados requisitos. Yo he estado en un juramento de abogados ante la Corte. Es gente con una edad entre 40 y 50 años, que tiene que acreditar una determinada experiencia para poder ser abogados de la Corte.

Yo creo que muchos casos vienen a la Corte buscando ganar tiempo. Entonces, me parece que en esos casos donde no hay cuestión federal, que para nosotros es tan importante, no hay arbitrariedad, que son las dos cosas que las cosas que se tienen en cuenta para abrir el recurso extraordinario, en esas cosas la inteligencia artificial va a producir un cambio muy grande.

Un cambio como el que nos produjo el sistema informático a nosotros con la pandemia. Hasta en la pandemia nosotros nos reuníamos a firmar a mano todas las sentencias. Se firmaban dos veces, primero cuando pasaba por el despacho al iniciarse y después se firmaba la sentencia. Ahora pasa por el despacho iniciada y después la firma se hace en forma electrónica. Nos juntamos a discutir los casos, es distinto.

Lecciones y Ensayos: *—¿Cómo es un día en la vida de un Juez de la Corte Suprema?*

Juan Carlos Maqueda: —Dedicación total y exclusiva a la Corte. Un juez de la Corte tiene que estar acá mañana y tarde, necesita una dedicación exclusiva a la Corte y creo que al haber tomado nosotros el modelo de la Corte norteamericana nuestro funcionamiento es más o menos como el funcionamiento de la Corte norteamericana que exige que sea dedicación exclusiva.

Lecciones y Ensayos: *—En los últimos años la Corte se empezó a alejar de su primera posición respecto de las cuestiones políticas no justiciables. ¿Qué opinión le merece esto?*

Juan Carlos Maqueda: —Este es un proceso que ustedes lo habrán visto en Derecho Constitucional. En Estados Unidos, la Corte, que siempre ha llevado en esto un poco la delantera, empezó este cambio en el año 1963 con una famosa sentencia donde la Corte podía apartarse de lo que eran cuestiones políticas no justiciables en el caso de los distritos electorales que para ellos son tan importantes. El diseño de los distritos electorales

Lecciones y Ensayos, Nro. 112, 2024
"Entrevista a Juan Carlos Maqueda", pp. 215-226

quedaba en manos de las autoridades de los Estados o de los condados y eso llevaba a lo que se llamó el *gerrymandering*. Era un abuso político en donde, de ese momento en adelante, la Corte dijo que había que entrar en determinados temas. El tema electoral era uno de los temas en los cuales la Corte norteamericana no entraba ni la Corte argentina tampoco. Pero partir de la reconstrucción de la democracia, hace 40 años atrás, la primera Corte de la democracia empezó receptando estas doctrinas en forma amplia.

Después hubo una suerte de restricción en la Corte de los '90. En el primer tiempo que yo estuve acá esa restricción seguía. Luego se fue abriendo paulatinamente porque la jurisprudencia en el mundo llegó a eso.

Yo creo primero que las cuestiones políticas no judiciales existen y van a seguir existiendo. En esto ustedes saben que hay dos posturas: los que niegan que existan las cuestiones políticas justiciables y los que no. Yo soy de los que creen que existen, pero creo también que la jurisprudencia en el mundo va avanzando para dejar las que son más importantes.

Yo tengo presente el fallo donde en el gobierno anterior, en la época de la pandemia, la doctora de Kirchner le pidió a la Corte que la autorizará a hacer sesiones por el sistema virtual. En esa época era un imperativo usar ese sistema. La Corte resolvió que esa era una cuestión política no justiciable y que la cabeza, el Poder Legislativo, que era ella, tenía la posibilidad de recibirlo. Más allá de que hay restricciones, se siguen manteniendo las cuestiones políticas no justiciables.

Lecciones y Ensayos: *—A lo largo de esta entrevista seguimos el recorrido de su carrera mencionado su carrera estudiantil, su paso dentro de la órbita del Poder Ejecutivo, el Congreso Nacional, las distintas convenciones constituyentes y sus años como juez de la Corte Suprema. Nos gustaría que nos comparta sus reflexiones después de haber transcurrido toda su vida abocada a la función pública.*

Juan Carlos Maqueda: —Mis reflexiones, en ese sentido, es que yo primero que nada me defino como un hombre público, un hombre del Estado y que le ha tocado vivir distintas épocas. Épocas en las cuales la participación estatal ha sido muy importante y épocas como las que hoy se viven en el mundo donde el mundo bate hacia un Estado mínimo. Yo creo que a pesar de que se llegue a un Estado mínimo la división de poderes como se concibe en la República Argentina se debe seguir manteniendo estrictamente. La función de legislación corresponde a un Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo es el que ejecuta las leyes y el Poder Judicial es el que tiene que examinar la constitucionalidad de las leyes. Por lo tanto, creo que

no va a desaparecer la forma de Estado que nosotros conocemos. Creo que sí habrá adaptaciones en el mundo, pero creo que siempre habrá hombres que quieran dedicar su vida al Estado.

Yo no venía de una familia donde fui el primer abogado, con mis hermanas fuimos la primera camada de universitarios de una familia del interior de Córdoba. O sea, el interior del interior, donde el Estado era poco representativo en aquella época. Para nosotros, en una ciudad chica como era Río Tercero, no había una idea del Estado. Yo entré a tomar la dimensión del Estado cuando viví en Córdoba Capital y, mucho más, cuando me trasladé a Buenos Aires.

Los lugares que ocupa el Estado exigen, sí, como les dije recién, una dedicación plena. Por más que los legisladores tengan permitido el ejercicio de la profesión, uno no tiene tiempo para el ejercicio de la profesión. Tanto un presidente, como un legislador, como un juez de la Corte. Yo creo que a todos los jueces se les exige una dedicación plena y, además, una preparación especial.

El gran desafío es un Estado que esté a la altura de lo que los argentinos demanden.

Lecciones y Ensayos: *—En esta línea, ¿cuál cree que será el futuro de la Corte? Usted personalmente, ¿qué proyectos tiene de cara al futuro?*

Juan Carlos Maqueda: —Yo cumplo 75 años. A mi edad, los amigos que están —porque hay muchos que se fueron—, están jubilados generalmente. Así que lo mío va a ser una jubilación sin ninguna duda; ya lo prescribe la Constitución y yo lo voy a cumplir de esa manera.

El futuro de la Corte es otra cosa y lo van a hacer quienes integren la Corte en ese momento. Yo no voy a poder opinar nada, puedo opinar del Estado en general, pero no en particular de lo que yo no voy a participar.

Lecciones y Ensayos: *—¿Qué consejo le daría usted a un estudiante de derecho?*

Juan Carlos Maqueda: —Yo a un estudiante de derecho le daría el consejo de estar muy atento a los nuevos derechos. Por ejemplo, derechos que cuando yo fui estudiante no existían, como el derecho ambiental, el informático, todas esas cosas que se han ido incorporando.

Yo diría que en el futuro la tecnología va a cambiar mucho el ejercicio de la profesión. Por lo tanto, hay que estar muy ligados a la tecnología. Esto es una percepción mía. Cuando yo entré acá a la Corte, la consulta de los fallos de la Corte se hacía permanentemente consultando los libros; hoy se hace a través del sistema. Eso me da una pauta a mí de cómo cambia

Lecciones y Ensayos, Nro. 112, 2024
"Entrevista a Juan Carlos Maqueda", pp. 215-226

esto y, a pesar de que no estoy en el ejercicio de la profesión desde que yo entré a la a la vida pública hace 40 años, creo que la está cambiando total y absolutamente, según lo que hablo con otros abogados.

Se ha judicializado el mundo mucho más. Pero al mismo tiempo se exige mucho más del abogado. Hay especializaciones comerciales, bancarias o financieras que en la universidad que yo estudié no existían. Tampoco existían, en aquella época que yo estudié, que era época de gobiernos militares, el Derecho Constitucional y los constitucionalistas.

Lecciones y Ensayos: —*Finalmente, usted al asumir su función como Juez de la Corte Suprema ha sido muy reservado y casi no ha dado entrevistas. Aprovechando esta oportunidad, que lo estamos entrevistando, ¿le hubiera gustado que le preguntemos algo que no le preguntamos?*

Juan Carlos Maqueda: —No, ha sido bien exhaustiva la entrevista. Les agradezco mucho. Ha sido un placer compartir esto con ustedes.

Lecciones y Ensayos: —*Para nosotros también, muchas gracias.*

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

40 AÑOS DE DEMOCRACIA: UN FALLO PARA ENTENDER LOS DISCURSOS DE LA CORTE DESDE ENTONCES*

Milagros Ain Carvajal Parra**

Resumen: Desde la restauración de la democracia hace cuarenta años, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido múltiples oportunidades para posicionarse con respecto a la judicialización de los hechos cometidos durante la última dictadura cívico militar. En estos intentos por marcar algún tipo de tendencia hacia la próxima conformación del máximo tribunal de justicia del país, elige distintas narrativas o discursos que implica desechar otros. En el caso particular de la sentencia analizada no se trata la cuestión de fondo, que es el delito de sustracción de menores, sino que se evalúa la procedencia o no de una medida probatoria: ¿puede el Poder Judicial obligar a una persona a extraerse sangre para ser utilizada en contra de sus padres en el marco de un proceso penal? Para definir esto los jueces se proponen primero un resultado y luego adecuan su fundamentación a ello. En este trabajo, lo que pretendo demostrar es la importancia del relato electo, así como también pensar en los efectos que trae aparejado la resolución judicial en la comunidad; la práctica judicial, a causa de su esencia inherentemente social, no puede alienarse de la realidad de los sujetos sociales y los lazos comunitarios que se forman entre estos. Por último, es de mi interés preguntarme si las sentencias, como parte de la literatura, tienen éxito en lograr el cometido que se proponen, un examen que requiere de tiempo para poder ver sus efectos y que recién ahora, a catorce años del fallo analizado, podemos comprobar su (in)eficacia.

Palabras clave: democracia — derechos humanos — legitimidad — dictadura militar — derecho penal — narrativa

Abstract: Since the restoration of democracy forty years ago, the Supreme Court of Justice of the Nation has had multiple opportunities to take a stance

* Recepción original: 22/12/2023. Aceptación: 14/03/2024.
** Estudiante.

the judicialization of the acts committed during the last civil-military dictatorship. In these attempts to define some type of trend towards the next composition of the highest court of justice in the country, it pitches upon different narratives or discourses that imply discarding others. In this specific case of the analyzed sentence, the underlying issue is not addressed, which is the crime of child abduction, but rather the admissibility of an evidentiary measure is evaluated: can the justice force a person to have their blood drawn to be used against their parents in a criminal proceeding? To define this, the judges first propose a result and then adapt their fundamentation to it. In this work, I intend to demonstrate the importance of the report elected, as well as think about the effects that the judicial resolution brings to the community; the judicial practice, because of its inherently social essence, cannot be alienated from the reality of social subjects and the community ties that are formed between them. Finally, it's my interest to ask myself if the sentences, as part of literature, are successful in achieving the purpose they propose. Such examination requires time to be able to see its effects and that just now, fourteen years after, we can verify its (in)efficiency.

Keywords: democracy — human rights — legitimacy — militar dictatorship — criminal law — narrative

I. Hechos del caso y argumentos de las partes

Los hechos del caso se pueden dividir en dos momentos. Por un lado, tenemos una primera sentencia dictada en el año 1998 donde la Corte se pronuncia sobre la medida de extracción de sangre de un menor de edad, presunta víctima del delito de sustracción de menores, para hacerle un examen genético de identidad en el marco de un proceso penal. Por otro lado, nos encontramos con la misma situación, pero con una modificación lo suficientemente importante que hace necesario que la misma Corte, quien ya se ha pronunciado sobre el tema, vuelva a hacerlo y modifique su propia decisión: la presunta víctima, entonces menor de edad, ahora cumple la mayoría de edad.

La razón que da lugar a este pronunciamiento no es otro que las demoras en la ejecución de sentencias que sufre nuestro país. El proceso sobre reconocimiento de la identidad, un derecho fundamental, y en el que la Argentina tiene particular interés a causa de su historia reciente, demoró

alrededor de 10 años. Incluso tratándose del tribunal más importante de la Nación, el cumplimiento de la medida no pudo ser acatado.

En el primer momento que la Corte toma conocimiento de la situación, Emiliano Prieto no había alcanzado aún la mayoría de edad. Todo comienza cuando Blanca María Ingold, en este caso denunciante, acude a la justicia para exigir la verdad respecto a su hija embarazada desaparecida en el último golpe de Estado y, a su vez, conocer el paradero de su nieto quien habría nacido en 1978.

En este marco, y luego de las investigaciones que realizó el Ministerio Publico Fiscal, en 1992 se ordena la extracción de sangre del menor de edad Emiliano, quien podría llegar a ser nieto de Blanca. Luego de transcurrir varias instancias procesales, finalmente en 1998 llega a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ordenando de esta manera la extracción de sangre bajo el fundamento que "no afectaba la garantía que prohíbe obligar a otro a declarar contra sí mismo, así como tampoco los derechos a la salud, integridad física y a disponer del propio cuerpo".

Frente a tal situación, Emiliano decide emanciparse con el objetivo de tomar vista de las actuaciones. Su argumentación la encuentra en que no se lo podía forzar para que sirva de prueba en contra de sus padres y que la medida ordenada afectaba su derecho a la integridad física y dignidad. El fundamento de la parte, casi sin querer, remite a una idea fundamental del filósofo de la ilustración, Immanuel Kant, quien consideraba que las personas no pueden ser medios para lograr fines, sino que son un fin en sí mismo.[1]

En la segunda parte del fallo, y la que nos trae a la resolución dictada, ocurre algo interesante. La Corte decide pronunciarse nuevamente sobre el tema alegando que la circunstancia fáctica del caso ha cambiado y, por lo tanto, su decisión también lo ha hecho.

La jueza Argibay en su voto concurrente explica el cambio de posición no solo sobre la base de los hechos como establece el voto mayoritario, sino que expone que el fundamento de la primera decisión era, principalmente, el interés superior del niño.[2] Frente a la simpleza argumentativa, la medida pierde el sustento de razonabilidad por lo que su cumplimiento se torna arbitrario. En otras palabras, la jueza nos indica que el problema

1. Kant, *Fundamentos de la Metafísica de las Costumbres.*
2. CSJN, "Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros...".

es la narrativa electa, y la conclusión jurídica que se deriva de ella: la vulneración de la integridad física solo tiene su justificación si concurren las variantes de minoridad y el interés colectivo superior, en este caso, la identidad.

El argumento, por otro lado, de las partes es prácticamente el mismo que el expuesto en la resolución apelada. Esto es, la violación de los derechos de intimidad, integridad física, psíquica y moral, a la igualdad ante la ley, entre otros. Tiene especial importancia el argumento vertido respecto al derecho a la vida privada. Este derecho deriva del artículo que más interpretaciones ha dado en la historia moderna de la Corte Suprema. El artículo 19 de la Constitución Nacional prescribe que:

> las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados.

La Corte, en sus distintas composiciones, tuvo diversas oportunidades de interpretarlo. Quizás las más recordadas serán las de la Corte de Alfonsín[3] que entiende que las únicas acciones donde se puede entrometer un Estado democrático son aquellas que no dañen a terceros. Cualquier otra acción, mantiene el carácter de privada según la constitución de su propio plan de vida.

En términos de Bacque, hay que distinguir la ética privada de las personas, cuya transgresión está reservada por la Constitución al juicio de Dios, y la ética colectiva en la que aparecen custodiados intereses de terceros. Aclara que la protección de estos bienes apunta al orden y a la moral pública, y que las acciones privadas no son las acciones que se realizan en un ámbito de intimidad, sino "las que no ofendan al orden o a la moralidad publica, esto es, que no perjudiquen a terceros".[4]

Teniendo en cuenta que se ha dicho que la extracción de sangre para realizar un examen genético no implica una lesión grave, dado que se puede realizar la misma prueba por otros medios menos invasivos de la integridad física, lo restante es analizar las consecuencias que podría traer aparejada esta prueba, no solo en el ámbito jurídico, sino incluyendo el

3. Böhmer, "La Corte de los '80 y la Corte de los '90. Un diálogo...".
4. CSJN, "Bazterrica".

ámbito personal y familiar de Emiliano. En este sentido, ciertos sectores de la doctrina han manifestado que en estos casos el denominado "sujeto de prueba" se transforma en un "objeto de prueba."[5]

Este viejo debate doctrinario y jurisprudencial casi no ha tenido repercusiones en el nuevo fallo bajo análisis. No podemos dejar de lado que, en el marco del proceso penal que enfrentan los padres de Emiliano y frente a la posibilidad de ser él mismo utilizado como prueba en contra de ellos, se le está exigiendo a la presunta víctima del delito que se revele un dato contenido en su cuerpo, teniendo que soportar las consecuencias detrás de la prueba genética[6] y violando su garantía constitucional que prohíbe declarar contra sí mismo.

II. La corte oportunista

La Corte no pierde oportunidad, y decide que es un buen momento para enmendar algunas cuestiones pendientes de su pasado más próximo. De esta manera, declara que:

> Es incuestionable que esta jurisdicción es expresión de la soberanía del mismo Estado que incurrió en las violaciones de derechos humanas configuradas, por un lado, por haber determinado, permitido o de alguna manera no impedido que sus agentes cometiesen un crimen contra la humanidad masivo y abominable y, por otro, por haber sido durante décadas remiso o impotente en su persecución, cesación y castigo.[7]

La vergüenza de aparecer en público como una Corte que permite prácticas que se apartan de los mandatos de la Constitución Nacional hace que el tribunal, antes de emitir su opinión, sienta la ineludible necesidad de pedir disculpas por su pasado.[8] Prácticamente, toma este caso como una oportunidad para desligarse de lo ocurrido, y también, como explicaré pos-

5. Binder, "Garantías constitucionales en el proceso penal. Garantías...".
6. CSJN, "Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros...", p. 34.
7. CSJN, "Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros...".
8. Böhmer, "Una aproximación retórica a las sentencias exhortativas", p. 2.

teriormente, de su futuro. Siguiendo la metáfora de la catedral que utiliza Nino, lo que esta Corte busca hacer es destruir las catedrales construidas por sus antecesores y crear una nueva construcción con un nuevo estilo en la cuadra próxima.[9]

El tribunal se toma cierta libertad para resolver el caso: declara que "escapa a toda posible imaginación de laboratorio de casos, al punto de no existir doctrina ni jurisprudencia aplicable". Con esto, no solo intenta alejarse de la cultura del precedente una vez más, punto sobre el cual me explayaré más adelante, sino que se presenta como una corte con poder absoluto. Al no existir la discusión ni en la doctrina ni en la jurisprudencia tiene la potestad de crear una nueva interpretación del derecho. Este derecho intenta imponer sus ficciones mediante el poder de sus acciones[10] sobre el de sus palabras.

III. Contexto sociopolítico del 2009

Pero ¿por qué ahora? Como bien explica Austin, siempre es necesario que las circunstancias en que las palabras se expresan sean apropiadas,[11] y creo que buena parte de la explicación deviene del momento político que se vivía por aquel entonces. Los juicios políticos llevados en contra de sus colegas lo saben muy bien, el fracaso democrático afecta desde la legitimidad del presidente hasta la de la Corte.[12]

El fallo se sitúa en el año 2009, en especial en agosto. Por aquel entonces, la presidenta Cristina Fernández de Kirchner adelanta las elecciones de medio término del Congreso a causa de la crisis económica mundial y se enfrenta a su gran primer desafío político: era el momento de comprobar si la legitimidad que la llevo a ser presidenta se conserva en el voto popular.

En estas elecciones, aunque no por un porcentaje importante, se impone la oposición. El desafío está perdido y junto con la crisis, parece difícil recordar aquella elección del 2007 donde el kirchnerismo gana el poder con más del 45 % de los votos.[13] Es momento, por lo tanto, de volver a

9. Nino, "La observancia de la constitución histórica".
10. Ost, "El reflejo del derecho en la literatura", pp. 333-348.
11. Austin, "Como hacer cosas con palabras".
12. Kahn, "La sentencia y la narrativa".
13. Presidencia de la Nación, "Resultados Elecciones Nacionales 2007", 28/10/2007.

construir las bases de legitimidad como lo hizo su predecesor, es momento de volver a la Corte de Kirchner.[14]

No podemos entender los textos jurídicos, como son las sentencias, como simple mandatos políticos, pues son estos textos los que constituyen y delimitan los compromisos morales comunitarios.[15] Lo importante ahora es poner el foco en los derechos humanos de vuelta. El consenso y la democracia se construyen con el dialogo, es necesario volver a dialogar y poner en la agenda pública las cuestiones que más nos importan: recordemos de dónde venimos y pensemos a donde queremos llegar. Para esto, el caso se presenta como una oportunidad perfecta.

Los jueces dialogan tanto en la producción del fallo que, al momento de escoger cada uno una narrativa, terminan contradiciéndose entre sí. Esto lo podemos apreciar, por un lado, en el voto mayoritario que no reconoce ninguna fuente del derecho como aplicable, que considera que las disposiciones internacionales no han tenido en cuenta el caso de la víctima sobreviviente porque no hubo casos similares y "la imaginación del legislador internacional nunca fue tan extremadamente perversa". Por otro lado, tenemos los votos concurrentes de Argibay y la disidencia de Maqueda, quienes utilizan como una fuente primaria la jurisprudencia emanada de tribunales internacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Italia.

IV. El mensaje para los lectores del fallo

El mensaje que busca dar la Corte es a toda la sociedad. Reconoce que, dentro de esta comunidad heterogénea, no hay un único lector y por eso les habla a distintos lectores. También sabe que para ser entendido tiene que emplear el lenguaje de su audiencia. En palabras de White, cada escritor se dirige a una audiencia y necesariamente establece una relación con ella, basada en la experiencia de leer a la que el propio texto la invita.[16]

Las obras literarias, como lo es una sentencia, invitan a los lectores a ponerse en el lugar de personas diversas y adquirir sus experiencias,[17] en

14. Böhmer,"La Corte de los '80 y la Corte de los '90. Un diálogo...".
15. West, "Comunidades, textos y derecho: reflexiones sobre...".
16. White, "Una manera de leer".
17. Nussbaum, "Capítulo 1. La imaginación literaria".

este caso con respecto a las víctimas y familias de víctimas de la última dictadura cívico militar. El voto mayoritario invita en este sentido a identificarse con las partes de la sentencia cuando explica que:

> Se trata de personas a las que se les ha desmembrado la familia, que han visto todos sus proyectos arrasados por la barbarie; son padres que perdieron a sus hijos, hermanos que perdieron a sus hermanos, cónyuges que perdieron a sus cónyuges, desaparecidos para siempre en las brumas de campos de concentración y exterminio...

Podemos observar como por momentos se convierte en un juez poeta,[18] y narra una novela. Al momento de analizar la cuestión sobre la identidad, desarrolla que:

> Se trata de una subcategoría especial de crimen contra la humanidad, caracterizado por inferir una herida en la personalidad, al inferir y suprimir un rasgo propio de la humanidad, impidiendo una respuesta primaria a la pregunta ¿Quién soy?

Esta nueva Corte reconoce que deben afinar sus capacidades humanas para evitar caer en una imparcialidad obtusa y en una justicia ciega.[19] Es ambiciosa para ello y busca diversos objetivos, por un lado, enmarcar los hechos del caso en un contexto histórico argentino; y por el otro lado enmendar sus errores, recordar el pasado y afianzar para el futuro.

Es muy común en el derecho admitir que la fuerza de las sentencias tiene su correlato directo con la argumentación que ellas contienen. Este tribunal, no obstante, reconoce las limitaciones que le impone el lenguaje. De esta manera, manifiesta que "la adjetivación es siempre insuficiente, presa en los límites de un lenguaje pobre ante la aberración".[20]

El mensaje, en realidad, no apunta al ciudadano común, el mensaje en este caso es para su propia Corte. Le pide que se transforme o que se

18. Nussbaum, "Capítulo 4. Los poetas como jueces".
19. Nussbaum, "Capítulo 4. Los poetas como jueces".
20. CSJN, "Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros...", p. 5.

aproxime a este modelo de argumentación en sus sentencias, aunque sea por un momento o, en el mejor de los casos, para siempre.[21] Los jueces, al igual que los poetas, establecen siendo.[22]

Luego se torna en un juez más bien técnico, sabe que en este caso el mensaje va dirigido hacia sus colegas administradores de la justicia. Intenta de alguna manera, describir la sentencia en términos que sugieran que esta es una actividad objetiva por el temor que les genera quedar con algo que no sea más que un acto político antidemocrático.[23] De vuelta, son conscientes de su pasado y buscan evitarlo a toda costa.

Por último, pero no menos importante, quiere mandarle un mensaje a la sociedad. Para que nos ofrezca un mundo compartido con otros y de esa forma darle sentido a nuestra vida, las resoluciones judiciales deben ser enfocadas y ofrecidas a la comprensión de quienes participan en ellas, es decir, la comunidad en su conjunto.[24] Quiere comunicarle la importancia de los valores y principios que se encuentran en pugna en la decisión. Quiere llevar este caso particular a un ámbito más colectivo, a sabiendas que lo que hacen en su accionar performativo[25] tiene una consecuencia en ámbitos que exceden al que se encuadra en el fallo.

V. ¿Qué ordena la sentencia?

El fallo ordena que Emiliano, de quien no nos olvidemos es el foco de la decisión tomada, no está obligado a realizarse la prueba genética. Si se quiere, la sentencia exhorta a los tribunales inferiores a respetar la privacidad e intimidad del recurrente. Pero en cuanto a lo colectivo, la sentencia deja abierta la posibilidad para el futuro de resolver de uno u otro modo cuando al final del voto mayoritario decretan que no se descarta que "ante la pluralidad de lamentables situaciones creadas, deba en el futuro evaluar nuevas hipótesis que la imaginación no permite concebir desde la perspectiva de los casos conocidos".[26]

21. White, "Una manera de leer".
22. Dreyfus, "Heidegger sobre el Arte".
23. Kahn, "La sentencia y la narrativa".
24. Dreyfus, "Heidegger sobre el Arte".
25. Austin, "Como hacer cosas con palabras".
26. CSJN, "Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros...", p. 18.

Los jueces escogen una narrativa, nos dicen donde se encuentran parados, pero no eliminan las otras narrativas disponibles.[27] Es contradictorio, falla en la cultura del precedente, pero a su vez que intenta generarla. No quiere seguir los pasos de la Corte previa, pero busca guiar el camino para la Corte que le sigue.

El tribunal ejerce un tipo de razón donde no busca elaborar argumentos buenos para todo momento, en todos los contextos y lenguajes, sino que intenta desarrollar una conversación que resulte apropiada para este caso, con estos actores y en este lenguaje.[28] Sobre el derecho aplicado al caso en particular, Ost explica que el derecho no es otra cosa que su devenir; su único lugar de emergencia es la decisión singular, pero en cuanto aparece, expira.[29]

En un ordenamiento que tenga como foco la seguridad jurídica para sus ciudadanos, cada juez debería verse, como bien explica Dworkin, como "un eslabón en la compleja cadena de una empresa en la que todas aquellas innumerables sentencias, decisiones, estructuras, convenciones y practicas son la historia". Parece difícil imaginarse esto en la Argentina, un país donde hemos tenido interrupciones de regímenes de gobierno de manera frecuente a lo largo de nuestra historia. Estos quiebres son una parte del gran obstáculo en la generación de una cultura del precedente.

Böhmer considera que en cada uno de estos quiebres se genera la posibilidad de reinterpretar las decisiones jurídicas del pasado, y aun las propias conforme su mejor saber y entender.[30] Las transiciones democráticas por su excepcionalidad son coyunturas únicas para lograr que la deliberación publica se enfoque en estos temas. Al haber una ruptura del derecho que tiene su origen en un Estado democrático, se torna en una excelente oportunidad para la unificación de la dogmática jurídica. Haber perdido esta oportunidad es una de las grandes deudas de la transición democrática argentina. [31]

27. Kahn, "La sentencia y la narrativa".
28. White, "El Critón de Platón: La Autoridad del Derecho y...".
29. Ost, "Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez", pp. 101-130.
30. Böhmer, "La Corte de los '80 y la Corte de los '90. Un diálogo...".
31. Böhmer,"La Corte de los '80 y la Corte de los '90. Un diálogo...".

VI. El no éxito de la resolución

Ahora, toca preguntarnos si la decisión tiene éxito. Para definir si tiene éxito o no, debemos cuestionarnos si las practicas sociales se encarrilan dentro de los límites sugeridos por la sentencia, en otras palabras, si la sentencia ha tenido toda la eficacia que se puede esperar de ella.[32] La respuesta fácil es que lo tiene, logra que a Emiliano no se lo obligue a declarar contra sí mismo ni a ser utilizado como una prueba contra su familia. Pero, a mi parecer, la sentencia apuntaba a algo mucho más importante que la simple resolución de un expediente.

Para que tenga éxito el fallo, debe hacernos reflexionar sobre la memoria, la verdad y la justicia. Para que logre su cometido, se debe invitar a repensar nuestras prácticas y nuestros discursos.[33] Sobre todo, para analizar el éxito de una sentencia se requiere tiempo. No es un resultado inmediato la verificación de sus consecuencias. Lleva años corroborar si se siguió la práctica señalada o si hubo algún cambio en nuestro mundo.

El dictamen judicial no es un ejercicio aislado de poder, sino que es parte de un proceso continuo y colectivo de conversación y opinión.[34] Asimismo, se ha dicho que el efecto de las decisiones judiciales depende de la argumentación que estas contengan y, en especial, de la aceptación que encuentre en la opinión pública.[35]

Hoy nos damos cuenta de que la decisión tomada por la Corte Suprema no tuvo éxito. La escalada de los discursos negacionistas, la reivindicación de la teoría de los dos demonios y la justificación del accionar de las fuerzas armadas durante la última dictadura cívico militar, nos demuestran que el mensaje de dicha institución en el 2009 no se ha replicado en la actualidad.

Claro está que con esto no propongo un discurso único ni mucho menos, no todas las coincidencias en la sociedad democrática implican un pacto democrático. Es más, son las disidencias las que ayudan a enriquecer la democracia. Pero, para poder enriquecernos de estas discusiones, previamente debemos encontrar algunos puntos en común. Los puntos en común que fueron conocidos como el pacto democrático, cuyo principal lema era el Nunca Más, actualmente se encuentra en debate.

32. Böhmer, "Una aproximación retorica a las sentencias exhortativas".
33. Dreyfus, "Heidegger sobre el Arte".
34. White, "Constituyendo una cultura de argumento. Las posibilidades de...".
35. Böhmer, *"La Corte de los '80 y la Corte de los '90. Un diálogo…*".

Hoy se ha roto este pacto democrático, suena extraño siquiera hablar de pactos en sentido liso y llano. El éxito del mensaje emitido por la Corte hubiese sido no volver a traer a discusión la procedencia de discursos de odios que alguna vez decidimos dejar atrás, ni tener a figuras públicas avalando y promoviendo estas narrativas en debates públicos que irónicamente buscan fortalecer las instituciones democráticas.

Los vestigios de aquella lejana transición democrática, cuando todo parecía mejorar, han quedado sepultados. En muchas cuestiones hemos fallado, pero en lo que más nos hemos decepcionado como pueblo ha sido en el debate público. En el derecho, no hay verdad, pero por suerte aún nos queda la corrección.[36]

VII. Bibliografía.

Austin, John L*,* "Como hacer cosas con palabras"*,* en Conferencia I, 1971.

Binder, Alberto M., "Garantías constitucionales en el proceso penal. Garantías básicas", en Binder , Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal,* 2da. ed., Ad-Hoc, 2000.

——, "La Corte de los '80 y la Corte de los '90. Un diálogo sobre el *rule of law* en Argentina", en SELA 2000.

Böhmer, Martin, "Una aproximación retórica a las sentencias exhortativas", en *Jurisprudencia Argentina*, 2012, N.º 2, pp. 285-291.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Bazterrica", "Bazterrica, Gustavo Mario s/tenencia de estupefacientes", 29/08/1986, *Fallos 308:1392.*

——, "Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años", 21/08/2009, *Id SAIJ: FA09000070.*

Dreyfus, Hubert, "Heidegger sobre el *Arte"*, trad. "Derecho y Literatura".

Kahn, Paul, "La sentencia y la narrativa", en Kahn, Paul, *Making the case,* Yale University Press, 2016.

Kant, Immanuel, *Fundamentos de la metafísica de las costumbres*, trad. Aramayo, Roberto R., 2da. ed., Alianza, 2012, Madrid.

Nino, Carlos S., "La observancia de la constitución histórica", en Nino, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa,* Gedisa, 1997, Barcelona.

36. Perfil, Entrevista de Jorge Fontevecchia a Carlos Rosenkratz, 26/05/2019.

Nussbaum, Martha, "Capítulo 4. Los poetas como jueces", en Nussbaum, Martha, *Justicia poética*. *La imaginación literaria y la vida pública,* Andrés Bello*,* 1995, Santiago de Chile.

——, "Capítulo 1. La imaginación literaria", en Nussbaum, Martha., *Justicia poética*. *La imaginación literaria y la vida pública,* Andrés Bello, 1995, Santiago de Chile.

Ost, François, "Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez", en *Revista sobre enseñanza del derecho,* 2007, vol. 4, pp. 101-130.

——, "El reflejo del derecho en la literatura", en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2006, N.º 29, pp. 333-348.

Perfil, "La Argentina no tiene futuro si no es capaz de vivir con las reglas que se da a sí misma", Fontevecchia Jorge, 25/05/2019, URL: https://www.perfil.com/noticias/politica/la-argentina-no-tiene-futuro-si-no-es-capaz-de-vivir-con-las-reglas-que-se-da-a-si-misma.phtml, consultado el 11/11/2024.

Presidencia de la Nación, "Resultados Elecciones Nacionales 2007", 28/10/2007, URL: https://www.argentina.gob.ar/dine/resultados-electorales/elecciones-2007, consultado el 11/11/2024.

West, Robin, "Comunidades, textos y derecho: reflexiones sobre el movimiento Derecho y Literatura", en *Yale Journal of Law and the Humanities,* 1988, pp.129-156.

White, James B., "Constituyendo una cultura de argumento. Las posibilidades de la ley americana", trad. Turyn, Alejandro.

——, "El Critón de Platón: La autoridad del derecho y de la filosofía".

——, "Una manera de leer", trad. Piqué, María L.

PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

Los trabajos están sujetos al sistema de referato. En consecuencia, los ensayos y las lecciones son asignadas por la Secretaría de Redacción a un número determinado de miembros del Consejo de Redacción —tres (3) en la presente edición— bajo seudónimo, para preservar el anonimato y evitar la distorsión de las condiciones de evaluación. Estas y estos miembros se expiden a través de un dictamen escrito que contiene sus consideraciones e indica el voto a favor o en contra de la publicación.

La Secretaría de Redacción podrá decidir que los trabajos sean evaluados a través de un procedimiento de evaluación externa. En ese caso, serán asignados a miembros del Consejo Asesor —dos (2) en la presente edición— bajo seudónimo. Estas y estos miembros se expiden también a través de un dictamen escrito en el que se indica su voto a favor o en contra de la publicación y fundamentos.

En ambos casos, de formarse el voto unánime de quienes dictaminen a favor de la publicación de la asignación, queda preseleccionada para el cierre editorial del número. Por el contrario, si la totalidad se expide en contra, la obra es desestimada. Si hubiera disidencias en el sentido de sus votos, el escrito es elevado a la consideración del cuerpo editorial en pleno (plenario). En los tres supuestos, el autor o la autora reciben los votos fundamentados de los y las dictaminantes.

El plenario es la instancia donde la potencial publicación de los trabajos es debatida por la totalidad de las y los miembros del Consejo de Redacción y decidida a favor o en contra por mayoría simple; el autor o la autora recibirá una minuta con los principales argumentos esgrimidos en el debate.

A diferencia de los ensayos y las lecciones, las obras presentadas para otras secciones de la Revista —reseñas bibliográficas, comentarios jurisprudenciales, etcétera— son directamente sometidas a la evaluación del plenario, sin la instancia previa en la que se elaboran dictámenes individuales.

Todos los escritos que el Consejo de Redacción haya determinado

Lecciones y Ensayos, Nro. 112, 2024
"Procedimiento de selección", pp. 243-244

como publicables quedan preseleccionados para su reconsideración al momento del cierre editorial. Así, en la etapa de conformación definitiva del número, los trabajos preseleccionados son nuevamente clasificados por el pleno para decidir cuáles son incluidos en la publicación en papel y digital. Todo escrito restante —es decir, no incluido— se considera preseleccionado para su eventual inclusión en un número ulterior, si su autor o autora así lo deseare.

La presentación de trabajos para la consideración del Consejo de Redacción implica la autorización para su publicación en la Revista *Lecciones y Ensayos*, tanto en su versión impresa como en su versión digital, disponible en el portal de la Facultad de Derecho de la UBA.

¿CÓMO PUBLICAR EN *LECCIONES Y ENSAYOS?*

Pautas formales para la presentación de trabajos

1. El trabajo enviado deberá adoptar el siguiente orden de presentación:
   a. Título del trabajo (en español).
   b. Seudónimo escogido por el o la autora (no debe permitir su identificación).
   c. Resumen en español (250-500 palabras).
   d. Palabras clave en español (al menos cinco (5) palabras clave).
   e. *Abstract* en inglés (250-500 palabras).
   f. *Keywords* en inglés (al menos cinco (5) *keywords*).
   g. Cuerpo del trabajo (según la extensión determinada por el tipo de trabajo).
   h. Bibliografía.
2. En todos los casos, la fuente será Times New Roman, 12 puntos, justificado, interlineado 1,5. La página será tamaño A4 (21 x 29,7 cm) y márgenes por defecto (superior e inferior 2,5 cm; izquierdo y derecho 3 cm).
3. El trabajo deberá enviarse exclusivamente por correo electrónico a la dirección lye@derecho.uba.ar. Dentro de las veinticuatro horas se contestará con un acuse de recibo. Preferentemente, en formato .docx; pero también son admisibles formatos similares como .doc, .odt, .rtf. También debe enviarse una versión en .pdf, a fin de asegurar una versión correcta y consolidada.
4. Deberán ser originales e inéditos, redactados en procesador de texto —preferentemente Microsoft Word 2003 o posterior—. La extensión del trabajo, incluyendo las referencias bibliográficas, deberá ser de 12.000 a 16.000 palabras en el caso de las lecciones y de 6.000 a 9.000 palabras para los ensayos.

5. Los trabajos deberán contar con fuentes que sustenten sus afirmaciones y deberá ser posible verificar su existencia y contenido.
6. El sistema es de notas al pie de página con bibliografía al final. Las notas al pie deben ser autosuficientes. No deberá emplearse ningún tipo de reenvío a notas anteriores con fórmulas como "ibíd.", "*op. cit.*", "ver cita" o similares. Se procurará que no excedan el renglón de extensión. En el caso de que los elementos título para la doctrina, identificación para las normas o nombre del caso para la jurisprudencia, sean de más de seis (6) palabras, se incorporará una versión resumida del elemento seguido por puntos suspensivos (...).
7. En las notas al pie se consignarán únicamente los datos requeridos para cada tipo de fuente. En caso de que se desee rastrear la fuente, la información completa estará disponible en la bibliografía.
8. Se deberá seguir el siguiente sistema para citar:
   a. Libros
   En la bibliografía: Apellido, Nombre, *Título*, edición, editorial, año, ciudad, traducción, otros datos.
   Ejemplo: Von Jhering, Caspar R., *La lucha por el derecho*, 1ª ed., Heliasta, 1974, Buenos Aires, traducción de Adolfo González Posada.
   En el cuerpo del trabajo: Apellido, *Título*, página.
   Ejemplo: Von Jhering, *La lucha por el derecho*, p. 5.
   b. Capítulos de libros
   En la bibliografía: Apellido, Nombre, "Título", en Apellido, Nombre, *Título*, edición, editorial, año, ciudad, traducción, otros datos.
   Ejemplo: Balmaceda, Mónica P., "Una visión histórica de la buena fe", en Ghersi, Carlos A., *Principios generales del derecho*, 1ª ed., La Ley, 2013, Buenos Aires.
   En el cuerpo del trabajo: Apellido, "Título", página.
   Ejemplo: Balmaceda, "Una visión histórica de la buena fe", p. 54.
   c. Artículos de publicaciones periódicas
   En la bibliografía: Apellido, Nombre, "Título", en *Nombre de la revista*, periodicidad, otros datos, páginas.
   Ejemplo: Mariani de Vidal, Marina, "La 'denuncia de daño

temido' a más de cuatro décadas vista", en *Lecciones y Ensayos*, 2016, N° extraordinario "60 Aniversario", pp. 301-305.
En el cuerpo del trabajo: Apellido, "Título", página.
Ejemplo: Mariani de Vidal, Marina, "La 'denuncia de daño temido'…", p. 304.

d. Derecho interno

En la bibliografía: Jurisdicción/Ente, "Nombre común", identificación, fecha, publicador, otros datos.
Ejemplo: República Argentina, "Ley de Medios", Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, 10/10/2009.
En el cuerpo del trabajo: Jurisdicción/Ente, "Nombre común", artículo.
Ejemplo: República Argentina, "Ley de Medios", art. 5.

e. Derecho internacional: tratados

En la bibliografía: Nombre, fecha firma, lugar, entrada en vigor, norma de derecho interno, datos de UNTS, otros datos.
Ejemplo: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/05/1969, Viena, Austria, e.v. 27/01/1980, UNTS 1115:331.
En el cuerpo del trabajo: Nombre, fecha firma, artículo.
Ejemplo: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/05/1969, art. 46.

f. Derecho internacional: organismos

En la bibliografía: Órgano emisor, identificación, nombre, fecha, sesión, otros datos.
Ejemplo: Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, A/RES/67/97, El Estado de derecho en los planos nacional e internacional, 14/12/2012.
En el cuerpo del trabajo: Órgano emisor, identificación, punto.
Ejemplo: AGNU, A/RES/67/97, pto. 1.

g. Jurisdicciones nacionales

En la bibliografía: Tribunal, "Nombre común", "Nombre del caso", fecha, publicador, otros datos.
Ejemplo: Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Bazterrica", "Bazterrica Gustavo Mario s/ Tenencia de Estupefacientes", 29/08/1986, Fallos 308:1392.

En el cuerpo del trabajo: Tribunal, "nombre común", considerando.
Ejemplo: CSJN, "Bazterrica", considerando 8.

h. Jurisdicciones internacionales

En la bibliografía: Tribunal/órgano, "Nombre Común", "Nombre del caso", fecha, publicador, otros datos.
Ejemplo: Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Panchito López", "Caso 'Instituto de Reeducación del Menor' vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", 02/09/2004.
En el cuerpo del trabajo: Tribunal/órgano, "Nombre común", considerando.
Ejemplo: Corte IDH, "Caso Panchito López", considerando 25.

i. Material disponible online

En caso de que el material esté disponible en internet, al final de la referencia según los párrafos precedentes, se puede incluir la siguiente información: Identificación, Dominio [DOI/URL], Consultado, fecha.
Ejemplos:
Peters, Anne, "Treaty Making Power", en Wolfrum, Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010, Oxford University Press, URL http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law9780199231690-e1494?rskey=Nez%20miV&result=1&prd=OPIL, consultado 10/09/2018.
Augenstein, Daniel, "Paradise Lost: Sovereign State Interest, Global Resource Exploitation and the Politics of Human Rights", en *European Journal of International Law*, Vol. 27, Nº 3, 2016, pp. 669-691, DOI 10.1093/ejil/chw033, consultado 26/08/2018.

j. Material audiovisual

En la bibliohgrafía: Fuente web, "título del video", nombre del usuario, momento exacto del video (hh:mm:ss), dominio (DOI/URL), consultado fecha (dd/mm/aaaa), fecha de publicación (dd/mm/aa), otros datos.
Ejemplos:
YouTube, "Las restricciones que nos impone la Con-

stitución", Derecho UBA, 00:11:08, URL https://www.youtube.com/watch?v=NUW5cJRAM6U&t=666s&ab_channel=DerechoUBA, consultado el 07/11/2020.

YouTube, "A favor: Alberto Kornblith biólogo 17-07-18", Senado Argentina, 00:16:20, URL https://www.youtube.com/watch?v=oc0MtTvLJfc&t=1s&ab_channel=SenadoArgentina, consultado 07/11/2020, 18/07/2018

En el cuerpo del trabajo: Fuente web, "título del video", momento exacto del video (hh:mm:ss)

YouTube, "A favor: Alberto Kornblith biólogo...", 00:16:20.

YouTube, "Las restricciones que nos impone la..." 00:11:08.

k. Otros portales

En la bibliografía: Nombre de la página web, "título", nombre del autor o la autora (Apellido, Nombre), fecha de publicación (dd/mm/aaaa), dominio (DOI/URL), consultado (dd/mm/aa), otros datos.

La Nación, "Un fallo preocupante de la Corte sobre los tres jueces trasladados", Gargarella, Roberto, 03/11/2020, https://www.lanacion.com.ar/opinion/un-fallo-preocupante-corte-tres-jueces-trasladados-nid2498887, consultado 10/11/2020.

Saber leyes no es saber Derecho, "Muiña II: diálogo de poderes y semicírculo hermenéutico interpretativo", Arballo, Gustavo, 05/12/2018, http://www.saberderecho.com/2018/12/muina-ii-dialogo-de-poderes-y.html, consultado 10/11/2020.

En el cuerpo del trabajo: Nombre de la página web, "título", fecha de publicación (dd/mm/aa)

La Nación, "un fallo preocupante de la Corte...", 03/11/20.

Saber leyes no es saber Derecho, "Muiña II: diálogo de poderes y...", 05/12/18.

¿CÓMO PARTICIPAR EN *LECCIONES Y ENSAYOS*?

Lecciones y Ensayos es una revista jurídica semestral dirigida por estudiantes. Depende del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fue fundada en 1956 y, desde entonces, ha cumplido el papel de foro editorial de profesores, alumnos y alumnas, sin más requisito que la excelencia académica.

La Revista se caracteriza por estar gestionada a partir de un diseño institucional basado en procedimientos democráticos para la toma de decisiones que involucran a todas y todos los miembros del Consejo de Redacción que, una vez por semana, se reúnen para deliberar en torno a las tareas editoriales. Nuestras principales actividades consisten en:

- Publicar artículos de docentes, investigadores, investigadoras y estudiantes de las ciencias jurídicas.
- Fomentar la investigación científica, la crítica, el debate abierto y horizontal.
- Permitir el desarrollo de actividades de extensión, como la organización de conferencias, concursos, jornadas, encuentros, entre otros.
- Introducir a las y los estudiantes en el mundo de la investigación.

Si querés participar, podés acercarte a nuestras reuniones los días jueves a las 20 horas que se realizan en la oficina ubicada en la Planta Principal, Pasillo Sumarios (al lado del Salón Verde) de la Facultad de Derecho. También podés comunicarte enviándonos un correo electrónico a: tutorialye@derecho.uba.ar.

El único requisito para formar parte de *Lecciones y Ensayos* es ser alumno regular de alguna de las carreras de grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

EDITORIAL

LECCIONES

- **Cauterucci, Gabriel,** *El contrato social de los argentinos: sobre poder y libertad*
- **Caputo, Roque Nicolás,** *Instrumentos fiscales de captación de la renta hidrocarburífera en Argentina*
- **Salinas, Juan Cruz, Yoldjian, Gaspar** y **Minicucci, Matías,** *La autoría mediata de los administradores de empresas en virtud de su dominio de organización. Una construcción dogmática de dicho concepto*
- **Cabezas, Valentina Belén,** *La Ley 26.396: problemas prácticos y vulneración de derechos*
- **Jarast, Federico,** *¿Mudez y mudanza o mudanza y mudez? Reflexiones jurídicas sobre la eventual relocalización de la embajada argentina ante Israel en la ciudad de Jerusalén*
- **Americo, Pablo Fabián,** *Los dos rostros de la anfisbena: constitucionalismo beligerante y república posible*

ENSAYOS

- **Gutiérrez Martínez, Joaquín,** *El plazo para expedir decretos reglamentarios*

ENTREVISTAS

- **Entrevista a Juan Carlos Maqueda**

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

- **Carvajal Parra, Milagros Ain,** *40 años de democracia: un fallo para entender los discursos de la Corte desde entonces*

¿CÓMO PUBLICAR Y PARTICIPAR EN *LECCIONES Y ENSAYOS*?