

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CORDOBA
FACULTAD DE DERECHO
Córdoba - Argentina



REVISTA DE LA FACULTAD

Vol. XI • Nº 1 • NUEVA SERIE II (2020)

ISSN 1850-9371



*Incorporada a LATINDEX (Índice Latinoamericano de Publicaciones Científicas Seriadadas) (Nivel I)

*Incorporada al NÚCLEO BÁSICO DE REVISTAS CIENTÍFICAS ARGENTINAS- CAICYT (Nivel I)

*Incorporada a LatinREV (FLACSO Argentina)

*Incorporada a la Red Federal de Revistas Jurídicas Universitarias

*Incorporada a SciELO (Scientific Electronic Library Online)

ISSN 1850-9371 (Impresa) ISSN 2314-3061 (En línea)

DIRECTOR HONORARIO

Víctor F. Reinaldi

DIRECTORA

Zlata Drnas de Clément

SECRETARIA

Carla Saad

COMITÉ DE REDACCIÓN

CONSEJO ASESOR

Marcela Aspell (CONICET - Argentina)

Manlio Bellomo (Universidad de Catania- Sicilia - Italia)

José Antonio Escudero López (UNED - España)

Gonzalo Fernández (Universidad Nacional de Córdoba - Argentina)

Carlos Garriga (Universidad del País Vasco - España)

Hortensia Gutiérrez Posse (Universidad Nacional de Buenos Aires - Argentina)

Ricardo Haro (Universidad Blas Pascal)

Waldemar Hummer (Universidad de Innsbruck - Austria)

Alicia Morales Lamberti (Universidad Nacional de Córdoba-Argentina)

Juan Carlos Palmero (Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba - Argentina)

Antonio Remiro Brotóns (Universidad Autónoma de Madrid - España)

Horacio Roitman (Universidad Empresarial Siglo 21 - Argentina)

Jorge Horacio Zinny (Universidad Nacional de Córdoba)

CONSEJO DE REDACCIÓN

UNC

José C. Bocchiardo

Eduardo Fanzolato

Alberto Zarza Mensaque

Ricardo Mirolo

Myriam Consuelo Parmigiani de Barbará

Ernesto J. Rey Caro

Efraín Hugo Richard

Rafael Vaggione

Dirección, redacción y correspondencia

Caseros 301, piso 1, 5000 Córdoba-RA

Tel. 0054 351 4332059

revistafacultad@derecho.unc.edu.ar

facultadrevista@yahoo.com.ar

AUTORIDADES
UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA

RECTOR

Hugo JURI

VICERRECTOR

Ramón Pedro YANZI FERREIRA

FACULTAD DE DERECHO

DECANO

Guillermo BARRERA BUTELER

VICEDECANO

Edgardo GARCÍA CHIPLE

SECRETARIO ACADÉMICO

Alejandro FREYTES

PROSECRETARIA ACADÉMICA

María RUÍZ JURI

SECRETARIA DE CIENCIA Y TÉCNICA

Amalia URIONDO DE MARTINOLI

SECRETARIO LEGAL Y TÉCNICO

Victorino SOLÁ

SECRETARIO ADMINISTRATIVO

Ricardo Daniel EREZIAN

SECRETARIO DE ASUNTOS ESTUDIANTILES

Diego Agustín AGUDO

PROSECRETARIO DE ASUNTOS ESTUDIANTILES

Antonio KOGUC BATIUSZK

Ricardo Daniel EREZIAN

SECRETARIO DE POSTGRADO

Edgardo GARCÍA CHIPLE

PROSECRETARIA DE POSTGRADO

Susana BORGARELLO

SECRETARIO DE EXTENSIÓN Y RR II

Jorge E. BARBARÁ

PROSECRETARIA DE RR II

Laura CALDERÓN

PROSECRETARIO DE EXTENSIÓN

Pablo Cesar MINA GUZMÁN

SECRETARIO DE GRADUADOS

Maximiliano RAIJMAN

PROSECRETARIO DE GRADUADOS

Juan Alberto DÍAZ

CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES

DIRECTOR

Esteban LLAMOSAS

COORDINADORA ACADÉMICA

María Alejandra STICCA

COORDINADORA DE EXTENSIÓN

María Cristina DI PIETRO

CONSEJO DIRECTIVO

PROFESORES TITULARES

TITULARES

*José Palazzo
Gabriel Ventura
Ramón Daniel Pizarro*

SUPLENTES

*Margarita Llabrés
Rosa Ávila Paz de Robledo
Aldo Novak*

PROFESORES ADJUNTOS

TITULARES

*Leonardo González Zamar
Andrés Rossetti
Mariana Sánchez*

SUPLENTES

*Oswaldo Allione
Silvana M. Chiapero
Carlos Echegaray de Maussion*

DOCENTES AUXILIARES

TITULARES

*Laura M. Echenique
Eduardo Valdés
Mariano Pelliza Palmes*

SUPLENTES

*Marcelo Jaime
Silvia Díaz
María Fernanda Cocco*

EGRESADOS

TITULARES

*Marcelo Echenique
Eduardo Sarsfield*

SUPLENTES

*José A. Leo
Roberto Espinoza*

ESTUDIANTES

TITULARES

*Carlos María Aquino
Micaela Josefina Fernández
María Agustina Restelli
Milena Taurián
Lucas Gabriel Pereyra
Dibe Macarena Zaide*

SUPLENTES

*Gisella Martínez
Ayrton Uriel Sangoy
Melisa Oliva Olmos
Rosario Sferco
Sofía Agustina Suárez
Marcelo Andrés Bizzarri*

NO DOCENTES

TITULAR

María Victoria Maurizi

SUPLENTE

Yamila Borrego

ÍNDICE

Reglamento de la Revista - Normas editoriales XI

DOCTRINA E INVESTIGACIÓN

¿CARL MENGER EN SAN JOSÉ DE COSTA RICA? A PROPÓSITO DE UN JUEGO DE ESPEJOS ENTRE TÉORICOS CONSTITUCIONALES Y PLURALISTAS
CARL MENGER IN SAN JOSÉ DE COSTA RICA? ABOUT A GAME OF MIRRORS BETWEEN CONSTITUTIONAL AND PLURALIST THEORISTS
Victorino Solá 1

EL DERECHO AL IGUALITARIO ACCESO A LA JUSTICIA EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA
THE RIGHT TO EQUAL ACCESS TO JUSTICE IN ARGENTINE JURISPRUDENCE
Amalia Uriondo de Martinoli 89

EL RECONOCIMIENTO DE SITUACIONES FAMILIARES TRANSFRONTERIZAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO
THE RECOGNITION OF CROSS-BORDER FAMILY SITUATIONS IN ARGENTINE PRIVATE INTERNATIONAL LAW
Luciana B. Scotti 105

LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. UN TEMA PRIORITARIO EN LA LABOR DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES. A PRIORITY ISSUE IN THE WORK OF THE INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS
María Alejandra Sticca 133

DERECHO INTERNACIONAL, LENGUA E INTELIGENCIA ARTIFICIAL. ECOS DEL VIII CILE 2019
INTERNATIONAL LAW, LANGUAGE AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE. ECHOES OF VIII CILE 2019
Carolina Harrington 145

ANATOMIA, OBJETIVO Y FUNCIONES DEL DEBIDO PROCESO <i>ANATOMY, OBJECTIVE AND FUNCTIONS OF THE DUE PROCESS</i> <i>Carlos Manuel Rosales</i>	155
LAS SERVIDUMBRES POSITIVAS Y SU EJERCICIO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL <i>POSITIVE SERVITUDES AND THEIR EXERCISE IN THE CIVIL AND COMMERCIAL CODE</i> <i>Guillermo Darío Principi</i>	193
LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA ECONOMÍA SOCIAL Y SOLIDARIA EN BRASIL Y ARGENTINA. ALGUNAS CONSIDERACIONES <i>THE LEGAL REGULATION OF THE SOCIAL AND SOLIDARITY ECONOMY IN BRAZIL AND ARGENTINA. SOME CONSIDERATIONS</i> <i>Miguel Agustín Torres</i>	205
DELITOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS EN EL EJÉRCITO ROMANO <i>INDIVIDUAL AND COLLECTIVE CRIMES IN THE ROMAN ARMY</i> <i>Juan Pérez Carrandi</i>	237
EL PENSAMIENTO JURÍDICO MEDIOAMBIENTAL EN EL CASO “CRUZ, SILVIA MARCELA Y OTROS C/ MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINERÍA DE LA NACIÓN S/AMPARO AMBIENTAL” <i>ENVIRONMENTAL LEGAL THINKING IN THE CASE “CRUZ, SILVIA MARCELA Y OTROS C/ MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINERÍA DE LA NACIÓN S/AMPARO AMBIENTAL”</i> <i>Esther Susana Borgarello - Matías Ignacio Borgarello</i>	255
<hr/>	
JURISPRUDENCIA	
“DOCTRINA DE LA CONFIANZA PÚBLICA” CASO “JULIANA ET AL. VS. UNITED STATES OF AMERICA ET AL.” PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE DE APELACIONES DE LOS ESTADOS UNIDOS PARA EL NOVENO CIRCUITO (17 DE ENERO DE 2020) “PUBLIC TRUST DOCTRINE” CASE “JULIANA ET AL. VS. UNITED STATES OF AMERICA ET AL.” PRONUNCEMENT OF THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT (JANUARY 17, 2020) <i>Zlata Drnas de Clément</i>	277
<hr/>	
CRÓNICAS E INFORMACIONES	
De la Facultad en tiempos de crisis	323
Museo Histórico de la Facultad de Derecho-Colecciones	324

Formación académica	325
Formación en posgrado.....	326
<i>Carreras de Posgrado</i>	326
Actividades en investigación.....	328
<i>Ciencia y Técnica</i>	328
<i>Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales</i>	329
<i>Publicaciones</i>	329
<i>Biblioteca</i>	330
Actividades de extensión y relaciones internacionales	330
Actividades para graduados	330

RECENSIONES

HERNÁNDEZ, Antonio M. <i>A veinticinco años de la Reforma Constitucional de 1994</i> , Editorial de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2019, 165 páginas. <i>Paulina Chiacchiera Castro</i>	333
KRIEGER, Heike - NOLTE, Georg - ZIMMERMANN, Andreas (Eds.). <i>The International Rule of Law. Rise or Decline?</i> , Oxford University Press, Oxford, Oxford-RU, 2019, 400 páginas. <i>Zlata Drnas de Clément</i>	335
MOYA DOMINGUEZ, María Teresa. <i>Derecho Internacional Público</i> , 2ª ed. ampliada, Editorial Ediar, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 786 páginas. <i>Yamila Yunes</i>	338
OLMO, JUAN PABLO. <i>SALUD MENTAL Y DISCAPACIDAD. Análisis del Código Civil y Comercial de la Nación</i> , Segunda edición ampliada, Editorial Dunken, Buenos Aires, 2017, 269 páginas <i>Laura Alejandra Calderón</i>	339

REGLAMENTO DE LA REVISTA

NORMAS EDITORIALES

1. Naturaleza y objetivos de la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

La Revista es continuación de la publicación del mismo nombre que se editara entre 1993 y 2000, la que, a su vez, prosiguiera la labor de los antiguos *Anales* y el *Boletín de la Facultad*. Es una publicación impresa, científica, arbitrada, con una periodicidad de dos números por año, cuyo propósito es difundir en el ámbito jurídico profesional, académico y educativo, los estudios llevados a cabo en la Escuela de Abogacía de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales sin privilegiar perspectivas, ni poseer orientación particular. Su objetivo es presentar la producción científica de sus miembros y colaboradores a la comunidad académica jurídica, estimular la difusión de la labor científico-académica de sus docentes, la aproximación interdisciplinaria y la provisión de materiales para los aprendizajes de los estudiantes. Los Profesores de la casa son invitados naturales a presentar contribuciones a la Revista, si bien recibe colaboraciones de autores ajenos a la entidad editora. Sólo admite trabajos inéditos no propuestos simultáneamente a otras publicaciones periódicas. La Revista cuenta con un Consejo Asesor y un Consejo de Redacción. La Revista no se hace responsable por los contenidos de los artículos publicados, ni por las opiniones emitidas por los autores. La presentación de los trabajos implica la aceptación expresa del autor de las normas editoriales del presente reglamento.

En líneas generales, las fechas de cierre para la recepción de trabajos en el primer y segundo semestres son 15 de marzo y 15 de septiembre de cada año, respectivamente.

2. Contenido de la Revista

Cada número contará con las siguientes secciones: a) Doctrina; b) Jurisprudencia (notas a fallo); c) Crónicas; d) Recensiones; f) Cualquier otro ítem que a consideración del cuerpo directivo se estime conveniente incorporar.

3. Lineamientos para los trabajos

El trabajo deberá seguir los siguientes lineamientos:

3.1. Extensión

Los artículos de doctrina al igual que las notas a fallo no deberán sobrepasar la cantidad de 20 páginas.

3.2. Forma del escrito

El escrito debe entregarse en impreso en hojas blancas, en papel tamaño A4, en letra Times New Roman, tamaño 12, a simple espacio, escrito de un solo lado y sin enmiendas. Se entregará en Caseros 301, piso 1, 5000 Córdoba-Argentina, en tres copias, una de las cuales deberá carecer de toda referencia, incluso de notas que permitan identificar el autor. Las demás copias, al

igual que un CD a adjuntar a la presentación, deberán consignar el nombre del autor y del archivo. Asimismo, el trabajo deberá enviarse por correo electrónico a facultadrevista@yahoo.com.ar El archivo deberá estar confeccionado en Word para Windows.

La *Portada* deberá contener: a) Título en español e inglés; b) Nombre del autor o autores, acompañándose al pie con asterisco las referencias al o a los mismos en no más de cinco renglones, relativas a la máxima titulación, función académica, correo electrónico y toda otra referencia que considere útil siempre que respete la extensión señalada; c) Resumen en español e inglés (máximo de 15 renglones); d) Palabras-clave en español e inglés (máximo cinco expresiones).

3.3. *Abreviaturas y otros signos*

Todas las abreviaturas que se empleen deberán estar expresadas en forma completa la primera vez que se las utilice. Los símbolos estadísticos o algebraicos utilizados se colocarán en *itálica*, salvo que se empleen letras griegas. Las siglas, al igual que los años no llevarán punto. Por ejemplo: ANSESS, AFIP, CSJN, TSJ, 2000, 2010. Los títulos no llevarán punto.

Las expresiones “artículo”, “decreto”, “resolución”, “inciso”, “disposición”, “instrucción” y “ley” irán en minúscula y desarrolladas.

Si se usan comillas dentro de un texto mayor que ya está entrecomillado, las comillas encerradas deberán ser simples.

Las llamadas de las notas de pie de página irán con número, en superíndice, sin paréntesis. El punto será el último signo de la frase (después de las comillas, después del número de la llamada de nota de pie de página). Ejemplo: “111. *Los crímenes de lesa humanidad producen la violación de una serie de derechos inderogables reconocidos en la Convención Americana, que no pueden quedar impunes (...)*”.

Para destacar palabras o textos se usará *itálica* (no negrita, no subrayado). Los números de las normas no llevarán punto. En cambio, sí lo llevarán los números de los expedientes y las cifras monetarias.

Los meses deberán escribirse con minúscula. Las designaciones generales irán en minúscula (ej.: “juez”, “tribunal”, “presidente”), mientras que las designaciones específicas llevan mayúscula inicial (ej.: Tribunal Federal N° 1).

El inciso deberá llevar un paréntesis de cierre luego de su numeración o denominación. Por ej.: inciso 1), inciso a).

Las locuciones latinas no castellanizadas y los extranjerismos deberán figurar en *itálica*.

3.4. *Tablas y figuras*

Todas las abreviaturas empleadas en tablas y figuras estarán explicadas al pie de la tabla. Todas las tablas y figuras serán mencionadas en el texto y estarán numeradas en el orden en que sean mencionadas. Cada tabla y figura llevará una indicación de la fuente de los datos.

3.5. *Citas de pie de página*

3.5.1. *Citas bibliográficas en trabajos jurídicos*

Cuando se efectúen citas bibliográficas en notas de pie de página, las mismas deberán indicar: -el apellido con mayúscula seguido de coma y el nombre con minúscula salvo la letra inicial seguido de punto, o el apellido e inicial/es del/los nombre/s del autor con mayúsculas y punto;

-el título del trabajo en bastardilla sin comillas, si se trata de título de libro;

-el título del trabajo entre comillas y en letra de imprenta si éste corresponde a una publicación periódica u obra conjunta. Cuando se trate de publicación periódica, se indicará en bastardilla el nombre de la publicación, completándose con letra de imprenta y en el orden indicado los datos de volumen, número, año de edición, página/páginas de referencia. Cuando se trate de obra conjunta, se indicará con letras mayúsculas el apellido e inicial/es del/los nombre/s

del responsable de la obra y en bastardilla el título de la obra conjunta. El resto de datos será del mismo tenor que el de una publicación periódica.

Ejemplos: RUBINSTEIN, Santiago. *El dolor como daño autónomo resarcible*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004, p. 22. y pp. 24-28, o RUBINSTEIN, S. *El dolor como daño autónomo resarcible*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004, p. 22 y pp. 24-28; LAURENZO COPELLO, P. "La discriminación por razón de sexo en la legislación penal", *Jueces para la Democracia*, N° 34, Madrid, 1999, p. 8; DOUGLAS DURÁN, C. "Ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad", en GONZÁLEZ OVIEDO, M. - TIFFER SOTOMAYOR, C. (Coords.) *De la arbitrariedad a la justicia. Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*, UNICEF, San José, 2000, pp. 45-47.

3.5.2. Citas de jurisprudencia

En las citas se consignará: Tribunal, "Autos" (siempre entre comillas), Sala, fecha, publicación, página. Ej.: TSJ Cba, Sala Laboral, "Vivas, Raúl c/Perkins Argentina S.A.", abril 25-983, La Ley Córdoba, 984-516.

3.5.3. Citas electrónicas

Las citas electrónicas indicarán la página web y la fecha de consulta.

4. Material a presentar con el trabajo

Los trabajos presentados deberán estar acompañados por:

-Nota dirigida a la Dirección de la Revista, solicitando la publicación del trabajo; declaración jurada en la que el autor haga presente que ha respetado las normas vigentes en materia de propiedad intelectual y se hace responsable de cualquier violación a las mismas. -Breve *curriculum vitae* (diez renglones como máximo).

5. Corrección de pruebas

La Revista habitualmente da a los autores la corrección de las pruebas de sus artículos. Las correcciones han de ser devueltas dentro de un plazo de cinco días hábiles a partir de su recepción.

6. Arbitraje

La evaluación se realizará por expertos externos, especializados en las temáticas abordadas en cada trabajo. El arbitraje adopta un sistema de doble ciego, ya que se enviará el trabajo de forma anónima a un evaluador especialista en el área, quien remitirá a la dirección de la Revista su ponderación. La evaluación será retransmitida al autor, permaneciendo los árbitros anónimos para el autor. Los evaluadores tendrán por misión ponderar la pertinencia del tema para la Revista, su originalidad, el aporte realizado, claridad de expresión, metodología, conclusiones, resultados y bibliografía. Su juicio podrá indicar: -que el trabajo está en condiciones de ser aceptado como está; -que está en condiciones de ser aceptado previa realización de las modificaciones indicadas; -que el trabajo debe ser rechazado.

7. Entrega de la publicación al autor y difusión de la Revista

Cada autor de trabajo publicado recibirá o tendrá puesto a disposición dos ejemplares de la Revista. La Revista se publica en forma impresa. La Facultad envía ejemplares a las principales bibliotecas jurídicas argentinas y extranjeras. Se puede acceder a ella de forma gratuita (sólo lectura) a través de sitio Web de la Facultad (www.derecho.unc.edu.ar).

8. Derechos de Autor

La publicación del artículo implica la donación de los derechos de autor a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, conservando el autor su derecho a utilizar el artículo en publicaciones de su autoría o páginas web referidas a su trayectoria. Para el caso de otro tipo de publicaciones, antes de su utilización, deberá obtener autorización de la Facultad.

¿CARL MENGER EN SAN JOSÉ DE COSTA RICA? A PROPÓSITO DE UN JUEGO DE ESPEJOS ENTRE TÉORICOS CONSTITUCIONALES Y PLURALISTAS *

*CARL MENGER IN SAN JOSÉ DE COSTA RICA?
ABOUT A GAME OF MIRRORS BETWEEN
CONSTITUTIONAL AND PLURALIST THEORISTS*

*Victorino Solá ***

Resumen: Según la sugerencia de algunos expertos, los sistemas internacionales de tutela de derechos humanos no sólo han auspiciado la consideración de los tratados internacionales como documentos paradigmáticos en la labor de adjudicación constitucional por los operadores nacionales, pues también han patrocinado un decisivo canon hermenéutico en virtud del cual deben merecer un tratamiento especial en tanto se presentan como instrumentos vivos, cuya exégesis

* Trabajo recibido el 6 de marzo de 2020 y aprobado para su publicación el 2 de abril del mismo año. La entrega se ha desarrollado en el marco del proyecto de investigación intitulado Principio de igualdad y protección de las minorías en la jurisdicción consultiva de la CorteIDH, radicado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - Secretaría de Investigación, Rectorado Académico, Universidad Católica de Córdoba (UCC, Argentina), sin perjuicio de que la elaboración del texto mereciera un tratamiento de mayor amplitud con motivo del acceso al acervo bibliográfico de la Biblioteca de Derecho y Comunicaciones de la Pontificia Universidad Católica de Chile (UC, Chile), como así también de los comentarios del Prof. Dr. Armin von Bogdandy, Director del Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (MPIL, Heidelberg) y Profesor de Derecho Público de la Goethe-Universität (GU, Frankfurt am Main), en el contexto de la realización de ICON S Annual Conference 2019, Public Law in Times of Change?, July 01-03, Santiago de Chile.

** Abogado. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba-Argentina/UNC). Especialista en Justicia Constitucional y Tutela de los Derechos Fundamentales (Università di Pisa). Director de la Revista Derecho de las Minorías. Docente de grado y posgrado en Derecho Constitucional (UNC - Universidad Católica de Córdoba/UCC), Derecho Procesal Constitucional y Convencional (UCC) y Derecho Procesal Transnacional (Universidad Siglo XXI). Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UCC y del Instituto Iberoamericano de Derecho Parlamentario.

tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actual. Tal caracterización frecuente en los anales de la jurisprudencia interamericana, suscita atractivos problemas en torno al grado de interacción que los intérpretes establecen entre el Derecho constitucional y el Derecho internacional de los derechos humanos.

Palabras-clave: Derecho constitucional - Derecho internacional de los derechos humanos - Pluralismo jurídico - Interpretación evolutiva.

Abstract: As suggested by certain experts, human rights protection systems have not only supported the consideration of international treaties as paradigmatic documents in constitutional adjudication by national operators, they have also sponsored a decisive hermeneutic canon by virtue of which they must merit special treatment in so far as they are presented as living instruments, whose proper exegesis has to accompany the evolution of the times and the conditions of current life. Such frequent characterization in the annals of Inter-American jurisprudence, raises attractive problems regarding the degree of interaction that interpreters establish between Constitutional Law and International Human Rights Law.

Keywords: Constitutional Law - International Human Rights Law - Legal Pluralism - Evolutionary Interpretation.

Sumario: I. Consideraciones preliminares. Una de Kant y otra de Hegel. ¿Nadie puede servir a dos señores? Sobre la práctica argumentativa en torno a la interacción entre el Derecho constitucional y el Derecho internacional de los derechos humanos. II. ¿Derrotabilidad o metamorfosis de la doctrina de la superioridad normativa de la Constitución política de los Estados? II.I Un convite a los teóricos constitucionales hacia la arena de la discusión cosmopolita. II.II Alrededor de una deconstrucción sugerida por los portavoces del pluralismo jurídico: un espacioso laboratorio conceptual. III. ¿Qué pueden aportar al debate los evolucionistas jurídicos? Tras los rastros de una Constitución de muchas mentes. El giro de la interpretación evolutiva en la jurisprudencia interamericana. IV. Ideas de cierre. La imagen desencantada de Narciso: ¿una reconstrucción de la teoría de las fuentes más allá de los confines westfalianos? Cuestiones y problemas.

“(…) (L)a solución a los problemas más importantes de las ciencias sociales en general (…) está, por tanto, íntimamente ligada al entendimiento teórico del origen y el cambio”
Menger, C. *Untersuchungen über die Methode der Sozialwissenschaften, und der politischen Oekonomie insbesondere*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1883, Drittes Buch, pp. 139

“(…) (L)a evolución jurídica es, en algunos aspectos considerables, diferente de otros desarrollos en la sociedad y, en gran medida, determinada por la tradición, relativa al Derecho, que prevalece entre una élite jurídica”

Watson, A. *The Evolution of Law*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1985, p. 93

I. Consideraciones preliminares. Una de Kant y otra de Hegel. ¿Nadie puede servir a dos señores? Sobre la práctica argumentativa en torno a la interacción entre el Derecho constitucional y el Derecho internacional de los derechos humanos

1. El Estado moderno, entendido como la principal unidad de análisis dentro del marco general de la autoridad, resultó durante largo tiempo el indisputable asiento del constitucionalismo y el garante principalísimo de su relevancia. ¿Qué es, entonces, lo que acontece -inquiere Neil Walker- en el escenario contemporáneo, en donde las fuerzas políticas, económicas, sociales, culturales, etc., que producen la estructura estatalmente centrada de poder, parecen desbordarla y lanzarse a la búsqueda de otros territorios claves -debido a su mayor provecho- para la emergencia de un novel esquema de mando?¹.

Se podría comenzar por observar que alrededor del vasto círculo de problemas enlazados por la articulación -polémica, por cierto- entre la soberanía de la comunidad política y la regulación de sus relaciones internacionales², algunos estudiosos

(1) WALKER, N. “Beyond the Holistic Constitution?”, Dobner, P. - Loughlin, M. (Eds.). *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, Oxford - New York, 2010, pp. 291 y ss.

(2) Ha habido una intensa discusión en torno al fenómeno de transferencia de poderes normativos institucionales por parte de los actores tradicionales de la primera -Estados y sus gobiernos- hacia las variadas organizaciones, públicas y privadas, que encarnan las segundas, que tanto esfuerzo demanda a los eruditos en aras de conceptualizar, explicar y legitimar las relaciones entre ambos órdenes, apelándose, inclusive, a la sugerencia promisoriosa, aunque al mismo tiempo particularmente controversial- de recurrir al *trasplante* de la idea de *constitucionalismo* desde su incubadora de base estatal y desarrollar, a partir de allí, un *corpus* teórico en el que encaje su configuración en la sociedad postestatal -en la que, por cierto, el ente estatal no pierde relevancia aunque, más bien, esta última propiedad difícilmente pueda predicarse en forma aislada-, *vide in extenso* FLYNN, T. “Introduction”, *The Triangular Constitution*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2019, &1, nota 6. *Vide etiam* SAUNDERS, Ch. “Transplants by Public Law”, Elliott, M. -Varuhas, J. - Wilson Stark, S. (Eds.). *The Unity of Public Law?: Doctrinal, Theoretical and Comparative Perspectives*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2018, pp. 257 y ss. Igualmente Martin Belov ha descrito la pretensión de ciertos compromisos teóricos -actualmente en boga en algunos círculos académicos- en orden a la reformulación, cuando no la deconstrucción -acompañadas, por supuesto, de su migración hacia diferentes contextos institucionales y sociolegales-, del diseño impreso hasta aquí al constitucionalismo westfaliano mediante la evocación de un proceso de constitucionalización de un orden global en el que anida el

hegelianos han dejado en claro el sobresaliente significado que las ideas kantianas adquirieron como esquema teórico particularmente relevante en el debate para Georg F.W. Hegel -al punto que Immanuel Kant se erigirá en su interlocutor más destacado³-; es que donde la matriz kantiana había acunado el argumentario del *cosmopolitismo* jurídico⁴, a partir de una doctrina *moral* entroncada en la dialéctica de la razón práctica y del bien político supremo de un *orden jurídico global* establecido sobre una decisión conforme a la voluntad *común* de los pueblos e indispensable para el mantenimiento universal y duradero de los derechos humanos y de

afloramiento de regímenes supranacionales de derechos, *cfr.* BELOV, M. "Introduction", Belov, M. (Ed.). *Global Constitutionalism and Its Challenges to Westphalian Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford - London - New York - New Delhi - Sidney, 2018, p. XV. Naturalmente, esto implica asumir que el constitucionalismo, en tanto concepto originariamente amarrado a la soberanía estatal, se encuentra -en los últimos tiempos- sometido a un considerable *stress* teórico por parte no sólo de la reflexión de los juristas y filósofos políticos y morales, sino también debido a la acción de los políticos como a la crítica de la opinión pública en general, desde que ponen en tela de juicio la capacidad del monopolio estatal para gestionar sus propios asuntos, *vide* TZANAKOPOULOU, M. "Introduction", *Reclaiming Constitutionalism: Democracy, Power and the State*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2018, p. XI.

(3) HORSTMANN, R.P. "Der geheime Kantianismus in Hegels Geschichtsphilosophie", Heinrich, D. - Horstmann, R.P. (Eds.). *Hegels Philosophie des Rechts. Die Theorie der Rechtsformen und Ihre Logik*, Klett-Cotta, Stuttgart, 1982, pp. 56 y ss.

(4) En el entendimiento -expuesto en 1795 a propósito del opúsculo intitulado *Hacia la paz perpetua* [Zum ewigen Frieden] y publicado en Königsberg por Friedrich Nicolovius- de que la idea de un Derecho cosmopolita "(...) no resultaba una representación fantástica ni extravagante sino un necesario complemento del Derecho Político y del Derecho de Gentes mediante unos públicos derechos humanos en general", *vide* KANT, I. "Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf (1795)", *Kants Werke*, Suhrkamp. Frankfurt am Main, 1977, V. 11, pp. 204 y ss. Precisamente -como lo previniera Seyla Benhabib en su exposición en el Bundestag alemán, en oportunidad del 60º aniversario de la Grundgesetz de 1949- el foro académico contemporáneo debe -en gran parte- a la propuesta kantiana el distingo entre Derecho *estatal* encargado de regular las relaciones jurídicas entre individuos dentro de un mismo Estado y Derecho *internacional* o de los pueblos [Jus Gentium] -focalizado en las relaciones jurídicas entre los Estados- y, finalmente, el Derecho *cosmopolita* -con miras a codificar las relaciones jurídicas entre personas que no son ciudadanos de determinadas comunidades políticas nacionales sino miembros de una sociedad mundial-, *vide in extenso* BENHABIB, S. "Cosmopolitanism and Democracy: Affinities and Tensions", *Hedgehog Review*, 11 (3) (2009) 30-41, condensando -en el parecer de la Profesora de la Universidad de Yale- la emergencia de normas que, según la tradición kantiana, se traducen en un *mix* de moralidad jurídica y que reconocen derechos a la persona humana en un ordenamiento normativo universal -a diferencia de aquellos estudiosos que la vislumbran como expresión de la moral ilustrada que pregona el respeto y amor por la humanidad [love of mankind, en la opinión de Martha Nussbaum], o bien, identifican en el cuerpo de teorías cosmopolitas a la hibridez, fluidez y reconocimiento del carácter de seres humanos y ciudadanos, cuyas complejas aspiraciones no pueden circunscribirse nacionalmente [de estar a la sugerencia de Jeremy Waldron], descontando la significación mentada por los voceros de la *Critical Theory* en el sentido de una filosofía normativa que traslada las normas universales del discurso ético más allá de los confines del Estado-Nación [según lo aseveran, *v.gr.*, Jürgen Habermas, David Held, James Bohman, etc.], *cfr.* Ibidem. "The Philosophical Foundations of Cosmopolitan Norms", Post, R. (Ed.). *Another Cosmopolitanism: Hospitality, Sovereignty, and Democratic Iterations*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 18 y ss.

la paz⁵, el Profesor de las Universidades de Heidelberg y Berlín retoma la postura spinoziana sobre las vinculaciones entre Estados expuesta durante el último cuarto del siglo XVII⁶ y opone -principalmente en *Grundlinien der Philosophie des Rechts*- un defecto de configuración sustentado en una doctrina de la *libertad* que se precia insuperable -prácticamente por encima de todo- y consistente en la *contingencia* de un acuerdo o pacto que se nutre de la voluntad *particular* de cada Estado -cuya *soberanía* encumbraba, así, una prerrogativa *irrenunciable*, en cuanto *excluyente ser-para-sí*⁷-, repeliendo, de este modo, las limitaciones que eventualmente la sujetaran a los mandatos del Derecho internacional -reducido, en su opinión, a una abstracción carente de efectividad-⁸.

(5) Aunque Jürgen Habermas aduzca que si el *quid* del Derecho cosmopolita consiste -más bien- en que pasando por encima de las cabezas de los sujetos colectivos del Derecho internacional alcanza la posición de los sujetos jurídicos individuales y fundamenta para éstos la pertenencia no mediatizada a la asociación de ciudadanos del mundo libres e iguales, la actual situación planetaria se puede comprender -en el mejor de los casos- como un estadio *transitorio* desde el Derecho internacional hacia el Derecho cosmopolita, *cfr.* HABERMAS, J. "Kants *Idee des Ewigen Friedens* - aus dem historischen Abstand von 200 Jahren", *Kritische Justiz*, 3 (1995) 293-319; empero -claro está- ello no ha obstado a que -en trabajos posteriores del Profesor Emérito de la *Johann Wolfgang Goethe Universität*- se insista en que todo atisbo de conceptualización sobre la juridificación del dominio político mundial debe partir de los individuos y los Estados como las dos categorías que definen a los *sujetos fundamentales de una Constitución mundial*, *cfr.* Ibidem, "The Constitutionalization of International Law and the Legitimacy Problems of a Constitution of a World Society", *Constellations - International Journal of Critical and Democratic Theory*, 4 (2008) pp. 444-455.

(6) SPINOZA, B. "Political Treatise", *The Chief Works of Benedict of Spinoza*, George Bell & Sons, London, 1891, V. I, Ch. III, & 11, pp. 306 y ss -alentando, en 1677, la sugerencia de abreviar en las relaciones naturales entre los individuos como modelo para el estudio de las que se anudan entre Estados: "(...) *dado que (...) el Derecho de la potestad suprema no es sino el mismo Derecho natural, se sigue que dos Estados se relacionan entre sí como dos hombres en el estado natural*".

(7) Como gustaba decir el filósofo prusiano de mayor relevancia durante la primera mitad del siglo XIX al divulgarse desde 1821 en Berlín, por Nicolaische Buchhandlung, sus *Elementos de Filosofía del Derecho* [*Grundlinien der Philosophie des Rechts*], *cfr.* HEGEL, G.W.F. *Elements of the Philosophy of Right*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, & 321-322, p. 359, sin perjuicio de que, según ya lo hiciera notar, hacia 1802, en ocasión de su crítica a la teoría fichteana de la soberanía popular, materializada en un ensayo bajo el epígrafe *Sobre los modos de tratar científicamente el Derecho natural, su lugar en la filosofía, y su relación con las ciencias positivas del Derecho* [*Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts, seine Stelle in der praktischen Philosophie und sein Verhältnis zu den positiven Rechtswissenschaften*], si la libertad, en un sentido amplio e inclusivo, se verifica cuando el individuo se siente parte de la comunidad política, es fundamental que el sistema jurídico luzca integrado por las tradiciones -culturales, sociales, religiosas, etc.- y la concepción del mundo de la comunidad de pertenencia, de tal modo que es el espíritu del pueblo [*Volkgeist*] el que debe estructurar las normas jurídicas que rigen la convivencia con la meta de que se puedan anclar en las convicciones morales compartidas por todos los ciudadanos -en tanto producto de un extenso proceso histórico de formación y consolidación-, *cfr.* HEGEL, G.W.F. *Werke in 20 Bänden*, Suhrkamp, Frankfurt, 1970, V. II, pp. 477 y ss., pp. 503-507.

(8) HEGEL, G.W.F. *Elements of the Philosophy of Right*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, & 341-342, p. 372.

De allí que según la máxima *dieciochesca* -acuñada por Georg Jellinek- *todo puede ser explicado por medio de la soberanía y a partir de la soberanía*⁹. En este marco, ya se había expuesto -entre nosotros- la exhortación alberdiana -arraigada, según el designio del autor, en el espíritu vivificador de la civilización- a la celebración de tratados en tanto importaban *la más bella parte de la Constitución, la llave del progreso*, máxime cuando se otorgaban en *garantía de los derechos naturales*¹⁰.

En ellos -entendía Augusto Montes de Oca- se anudaba la voluntad de la soberanía de los Estados, a diferencia de una Constitución que únicamente representaba la voluntad soberana de una nación¹¹, aunque se argüía que en un estrato superior a la Constitución “(...) *no hay, ni puede haber, ninguna otra supremacía*”, pues aquélla es expresión de una voluntad soberana y permanente -una soberanía, claro está, concebida como plena: “(...) *nada puede estar sobre ella o no lo es*”¹².

Sin embargo -desde los mismos preludios del Siglo XIX- la Corte Suprema norteamericana hubo de considerar el alcance del ordenamiento internacional en la interpretación de la legislación interna, presentando así otra variante explicativa; en efecto, en ocasión de uno de los primigenios casos del tribunal cimero estadounidense, será el *Chief Justice* John Marshall quien habrá de sentar -en 1804- la *Charming Betsy doctrine*¹³, inaugurando un principio de interpretación -*rule of construction*- en

(9) JELLINEK, G. *Die Lehre von der Staatenverbindung*, Holder, Wien, 1882 [reimpresión de Pauly, W., Keip Antiquariat & Verlag, Goldbach, 1996, pp. 16 y ss.].

(10) ALBERDI, J.B. “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”, *Organización política y económica de la Confederación Argentina*, Besanzon, París, 1856, p. 43.

(11) MONTES DE OCA, M.A. *Lecciones de Derecho Constitucional*, Menéndez, Buenos Aires, 1927, T. I, p. 498, explicando -a propósito del foco de la discusión “(...) *si la Constitución está por sobre los tratados o los tratados por sobre la Constitución*” - que “(...) *es una de las facultades más delicadas, es una de las facultades que debe ejercerse con más mesura, la de celebrar tratados (...) es de creer que antes de suscribir una cláusula, se aquilate su alcance y se estudie con detención si contrasta o no con los preceptos de la Constitución; es de suponer, en una palabra, que los poderes públicos de la Nación, encargados de reglamentar las relaciones exteriores, no adopten principios incongruentes con la Ley Fundamental. Pero si el caso llegara, si el error o la ignorancia, la desidia o la fuerza, dieran por resultado el desconocimiento de esa regla de conducta, la solución no carecería de dificultades (...) será necesario, indispensable corregirlo por los medios que la ciencia internacional aconseja*”.

(12) GONZÁLEZ CALDERÓN, J.A. *Derecho Constitucional Argentino. Historia, Teoría y Jurisprudencia de la Constitución*, J. Lajouane & Cía., Buenos Aires, 1923, T. I, pp. 440-441, reseñando un debate que dista de resultar novedoso: “(...) *sostúvose por algunos escritores que los pactos internacionales tenían siempre el carácter de compromisos absolutamente obligatorios para las naciones signatarias, aun cuando violasen la Constitución política del país (...) conviene ante todo fijar un principio esencial para preservar la existencia de los Estados, y es que la Constitución política de cada uno es su suprema ley; mejor dicho (...) es su única suprema ley, a la cual debe imprescindiblemente ajustarse el Derecho positivo (interno y externo) del país (...) no hay más ley suprema que la Constitución*”.

(13) En rigor, el *Charming Betsy canon* había sido anticipado tres años antes -en 1801- por el propio *Chief Justice* John Marshall al expedirse en el caso *Talbot vs. Seeman*, ocasión en la que se adujo que *las leyes de los Estados Unidos no deben interpretarse, si puede evitarse, de modo que infrinjan los principios y usos comunes de las naciones*: “(...) *the laws of the United States ought not to be construed, if it can be avoided, so as to infract the common principles and usages of nations*”, *cfr. Talbot vs. Seeman*, 5 US (1 Cranch)

virtud del cual el alcance de los actos del Congreso no debe establecerse en contravención del Derecho internacional cuando existen otras posibles alternativas -“(…) *an act of Congress ought never to be construed to violate the Law of Nations if any other possible construction remains*”¹⁴.

1 (1801). Sin embargo, la academia norteamericana se remonta hacia una decisión preconstitucional pronunciada por la *New York City Mayor's Court* en 1784 y argumentada por Alexander Hamilton: en *Rutgers vs. Waddington*, el Chief Justice James Duane -al debatirse la inobservancia del *Treaty of Paris* de 1783 por normas estatales [*New York Trespass Act* de 1783] que concedían una acción de indemnización por daños y perjuicios en bienes ocupados, dañados o destruidos durante la *Revolutionary War*- expresó que, tratándose de un asunto del más alto interés nacional -*highest national concern*-, el rechazo al *Derecho de gentes*, o cualquier interferencia con él, no pudo estar en consideración cuando la Legislatura aprobó la legislación -“(…) *the repeal of the Law of Nations, or any interference with it, could not have been in contemplation, in our opinion, when the Legislature passed this statute*”-, en el temperamento de que ningún Estado de la Unión [*Articles of Confederation and Perpetual Union, 1777-1781*] podía alterar o disminuir, en punto alguno, artículos federales o un tratado -*can alter or abridge, in a single point, the federal articles or the treaty*-. Se impone hacer notar que en el fallo se dejaba en claro que el *Jus gentium* consultaba una importante y noble institución en razón de que los derechos de los soberanos -*rights of sovereigns*- y la felicidad de la raza humana -*happiness of the human race*- resultan promovidos por sus máximas y objeto de su reivindicación [Incluso, se consigna que los libros que tratan del *Law of Nations* han sido recibidos con avidez y aplauso -*received with avidity and applausse*-, relevándose -con sus citas- las principales autoridades aducidas en el causa: *Grotius, Pufendorf, Wolfius, Burlamaqui y Vattel*], *vide in profundis Arguments and Judgment of the Mayor's Court of the City of New York in a Cause Between Elizabeth Rutgers and Joshua Waddington, Samuel Loudon, New York, 1784, pp. 21-22, 38 y 44* [*vide etiam* la versión insertada en *the case of Elizabeth Rutgers vs. Joshua Waddington. With an Historical Introduction by Henry W. Dawson, Morrisania, New York, 1866*]. *Vide in extenso* HOOFFER, P.C. *Alexander Hamilton, the End of the War for Independence, and the Origins of Judicial Review*, University Press of Kansas, Lawrence, 2016, pp. 43-72. Es parecer de ciertos expertos que el canon, incluso, derivaría de precedentes ingleses, en virtud de los cuales la legislación debía ser interpretada, de ser posible, de tal manera que no anule el *Common Law* -en función de que el *Law of Nations* se reputaba parte integrante de éste [adoptada en toda su extensión por el *Common Law*, se reseña en 4 William Blackstone, *Commentaries* 67 (1796)]-, *cfr.* LAUTERPACHT, H. “Is International Law a Part of the Law of England”, *Grotius Soc.*, 25 (1939) 51, 57-58; HENKIN, L. *Foreign Affairs and the United States Constitution*, Clarendon Press - Oxford University Press, London - New York, 1996, & 17.

(14) *Murray vs. The Schooner Charming Betsy*, 6 US (2 Cranch) 64 (1804). De allí que Armin von Bogdandy presente el estándar hermenéutico de marras en los siguientes términos: *la ley doméstica no debe ser interpretada de manera que colisione con el Derecho internacional cuando es posible evitar el conflicto normativo, cfr.* VON BOGDANDY, A. “Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship Between International and Domestic Constitutional Law”, *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press, VI (2008) pp. 397-413, *i.e.* p. 398 nota (2). De hecho, según el & 114 del *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States* de 1987, se establece que -*en la medida de lo posible*- una ley estadounidense debe interpretarse en el sentido de que “(…) *no entra en conflicto con el Derecho internacional ni con un acuerdo internacional con los Estados Unidos*”. Si bien en el contexto histórico de su adopción se invocó con motivo de casos atinentes a la costumbre internacional -*international custom, i.e.*, una práctica general y consistente de los Estados seguida con convicción jurídica de obligatoriedad, según el & 102 (2) del *Restatement*-, en asuntos subsecuentes se blandió en la justicia americana en oportunidad de la aplicación de tratados internacionales -*treaties, i.e.*, un acuerdo deliberado entre los Estados, de estar al pt. 1, ch. 1, introductory note 18 del *Restatement* sobre una gama de distintas materias: *v.gr.*, inmigración -*Mojica vs. Reno*, 970 F. Supp. 130, 147-52, EDNY (1997)-, relaciones diplomáticas -*United States vs. Palestine Liberation Org.*, 695 F. Supp. 1456, 1464-65, SDNY (1988)-, discriminación laboral -*Spiess vs. C. Itoh & Co.*, 643 F.2d, 353, 356, 5th Circuit (1981)-, etc. En lo

2. Como el lector puede notarlo de los extractos precedentes, las relaciones entre el Derecho constitucional y el Derecho internacional -enseña Boris Mirkine-Guetzévitch¹⁵- entrañan una importante *quaestio teórica* para los juristas, sin perjuicio de desnudar también un evidente *problema práctico*, cuyas soluciones son precisas para las necesidades cotidianas de la vida jurídica de las personas y de los pueblos. En efecto, ambos conllevan una *realidad viva* en la que se considera al primero como una *técnica de la libertad* y se avizora al segundo como una *técnica de la paz*¹⁶.

De allí que el Profesor de la Universidad de París advierte que el Derecho constitucional moderno reconoce una evolución merced a la penetración en él de elementos internacionales. Empero, se apunta -y éste es, quizás, el fenómeno más interesante- que el mismo efecto internacional puede realizarse tanto por una regla constitucional como por una del Derecho de gentes -*Jus gentium*-¹⁷.

que a la jurisprudencia de la Corte Federal incumbe se ha establecido que existe un *firme y obviamente sano canon de interpretación contra la búsqueda de un rechazo implícito de un tratado en los supuestos de una ambigua acción congresional*, cfr. *Chew Heong vs. United States*, 112 US 536, 540 (1884); *Cook vs. United States*, 288 US 102 (1933); *Weinberger vs. Rossi*, 456 US 25 (1982); *Trans World Airlines Inc. vs. Thurston*, 469 US 111 (1985) *et al.* Lo interesante es que el *Charming Betsy canon* desagua -en la actualidad- en dos diseños -con variantes doctrinales y jurisprudenciales-: (i) *modelo de intención legislativa--legislative intent conception-*, concordante con la suposición de que el proceder legisferante estatal -en particular, del Congreso Federal- no pretende generalmente desconocer normas trasnacionales -en aras de prevenir dificultades en las relaciones con la comunidad internacional-, por lo que -consecuentemente- ante la *ausencia de claridad* del texto legislativo nacional el principio en cuestión incrementaría la probabilidad de una *correcta interpretación* y asistiría, así, a los tribunales de justicia como fieles *agentes de la voluntad congresional*, cfr. FITZPATRICK, J. "The Relevance of Customary International Norms to the Death Penalty in the United States", *Ga. J. Int'l & Comp. L.*, 25 (1995-96) 165, 179; (ii) *modelo internacionalista -internationalist conception-*, consistente con la proposición de la directiva exegética como un *suplemento* del Derecho interno y de los jueces como *agentes del orden internacional*, con la función de conformar aquél a los contornos de la normativa supraestatal, evitando su vulneración por la acción parlamentaria doméstica y facilitando la implementación del Derecho internacional a través de una operatoria interpretativa conforme, cfr. FALK, R. "The Role of Domestic Courts in the International Legal Order", *Indiana Law Journal*, 39-3 (1964) 429-445. *Vide in extenso* BRADLEY, C.A. "The Charming Betsy Canon and Separation of Powers: Rethinking the Interpretive Role of International Law", *Georgetown Law Journal*, 86-3 (1998) 479-537.

(15) MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. "Derecho Constitucional Internacional", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1936, pp. 25 y ss. [Título de la obra original *Droit Constitutionnel International*, Sirey, Paris, 1933; la que resultara laureada por la Academia Francesa de Ciencias Morales y Políticas con el Premio *Joseph du Teil*, en 1934]. En torno a la consideración de las relaciones entre el Derecho constitucional y el Derecho internacional como un *problema de técnica jurídica*, *vide etiam* Idem. "L'influence de la Révolution Française sur le développement du Droit International dans l'Europe orientale", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1928, T. 22, pp. 299 y ss.; Idem. *Moderenas Tendencias de Derecho Constitucional*, Reus, Madrid, 1934, pp. 48 y ss. [Título de la obra original *Les nouvelles tendances du Droit Constitutionnel*, M. Giard, Paris, 1931].

(16) MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. "Derecho Constitucional Internacional", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1936, pp. 21-26. *Vide etiam*, Idem. "Les bases historico-empiriques de l'unité du Droit Public", *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, 1928/1929, pp. 247 y ss.

(17) MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. "Derecho Constitucional Internacional", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1936, p. 27, aunque con la observación de que "(...) la estructura jurídica del Estado

La adjudicación de tales propiedades, por cierto, se cimentaba en la nueva realidad que transitaba la teoría jurídico-pública desde que Hans Kelsen lanzara una densa crítica orientada a conmovir los pilares del -hasta entonces prevaleciente- modelo teórico de reivindicación de la unidad nacional totalmente estatalizada y cerrada, como su repercusión en el entendimiento del fundamento y contenido del Derecho internacional¹⁸, debido a la tradición publicista cultivada, desde mediados del siglo XIX y comienzos de la pasada centuria, en Austria y Alemania -en particular, el aparato conceptual que habían forjado los adherentes de la idea hegeliana de la voluntad soberana del Estado, cuyo poder *superiorem non recognoscens* recluía al ordenamiento normativo internacional a la condición de un Derecho *externo* al propio Estado [*Staatswillen-positivismus*]¹⁹, en la que se asocian nombres desde Karl F. von Gerber, Adolf Lasson, Paul Laband, Hugo Preuss, Heinrich Triepel, Felix Somló hasta, en particular, el de Georg Jellinek²⁰.

constitucional y democrático se opone a la violación de reglas de Derecho internacional (...) la fuerza obligatoria de los tratados internacionales está en directa dependencia de la forma de gobierno de los Estados (...) la Constitución del Estado democrático es ya en sí misma una garantía de la observación de las reglas internacionales".

(18) Es que -de estar a la censura kelseniana- concebir una soberanía de Derecho internacional -junto a una de Derecho estatal- era "(...) en cualquier caso, erróneo, ya que, si no se trata de resaltar las diferentes consecuencias de una misma y única característica del Estado, sino de constatar dos características diferentes del Estado, es evidentemente inadmisibles usar el mismo nombre de soberanía", cfr. KELSEN, H. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Mohr, Tübingen, 1920 [traducción italiana bajo título *Il problema della sovranità e la teoria del Diritto Internazionale*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 58].

(19) La que -en la línea de la temprana objeción kelseniana, escrita durante la primera guerra mundial y divulgada tras su cese- debía ser *radicalmente erradicada*, cfr. KELSEN, H. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1920; *Idem*. "Les rapports de système entre le Droit International et le Droit Interne", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, T. XIV (1926) 227 *et seq.* Tal prevención obedecía a los rasgos esenciales cuya defensa habían asumido los representantes del dualismo jurídico -también denominado paralelismo, en contrapunto con el internacionalismo-, que Boris Mirkin-Guetzévitch resume de la siguiente manera: "(...) el Derecho internacional y el Derecho interno son dos sistemas distintos cuyas "fuentes jurídicas" son diferentes (...) no [se] admite como regla de relación entre los dos sistemas más que la "réception" recíproca. A despecho mismo de la "réception", estos dos sistemas jurídicos tienen vida independiente. No hay identidad de principio alguna entre el Derecho interno y el Derecho internacional", cfr. MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. *Les nouvelles tendances du Droit Constitutionnel*, Pichon, R. - Durand, R., Paris, 1936, p. 50.

(20) HABERMAS, J. "Prepolitical Foundations of the Constitutional State", *Between Naturalism and Religion: Philosophical Essays*, Polity Press, Cambridge, 2008, p. 103. *Vide etiam* von BERNSTORFF, J. *The Public International Law Theory of Hans Kelsen: Believing in Universal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 44 y ss; KOLB, R. *Truyol y Serra's Doctrines of International Law*, Elgar, Cheltenham - Northampton, 2018, & 4; ZOLO, D. *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*, Carocci, Roma, 2008; Romano, S. *The Legal Order*, Routledge New York, 2017, & 28, p. 54. Es que la ya anticipada kantiana representación de una *paz perpetua* a través de una asociación de Naciones -*Völkerbund*- que arbitrara toda disputa -prestando fuerza visible a la idea de orden cosmopolita-, o bien, la sugerencia wolfiana de una *civitas maxima* entre las Naciones [*gentes*] que incluyera a toda la raza humana, se tensionan -en definitiva- con la remisión a la idea un de acuerdo [*pacto* o *quasipacto*] que mana -según Georg W.F. Hegel- de la particular voluntad soberana del Estado -afectada, así, por la contingencia- y que, al excluir la consideración del Derecho internacional como voluntad general

Alcanzado este punto, de estar a la insinuación kelseniana -reseñada en *Reine Rechtslehre*²¹- en virtud de la cual nadie puede servir a dos señores -no one can serve

compuesta por cada uno de aquéllos, conlleva toda una definición sobre su *status* jurídico, *cfr.* HEGEL, G.W.F. *Elements of the Philosophy of Right*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, & 330-333, pp. 366 y ss.

(21) Desde que las contribuciones del ideario kelseniano en torno al Derecho internacional no pueden aislarse del cuerpo total de su *Reine Rechtslehre*, *cfr.* MONACO, R. "Kelsen e la teoria del Diritto internazionale", Roehrsen, C. (Ed.). *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del novecento*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1983, p. 42, cabe, por cierto, advertir inicialmente al lector que -en lo sucesivo- el texto se ha sujetado a los desarrollos de la traducción -por el publicista austríaco Max Knight (*n.r.*, M. Eugen Kühnel)- bajo el título *Pure Theory of Law*, publicada en 1967 por la University of California Press en Berkeley - Los Angeles, y que reprodujera la segunda edición alemana reelaborada y ampliada que se editara en Viena, por Franz Deuticke, en 1960 y se reimprimiera en 1967, versión ésta que -a juicio de Norberto Bobbio- puede ser considerada como la última expresión de su pensamiento sobre el tópico, *vide* BOBBIO, N. "Hans Kelsen", *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, Torino, 1963, V. IX, pp. 402-404, y que circulara en la literatura jurídica castellana con motivo de su publicación en 1979 -y sucesivas reimpressiones en 1981 y 1982- por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM -debido a la traducción del filósofo jurídico Roberto J. Vernengo-, sin perjuicio de alcanzar -en 2017- la decimosexta edición y cuarta reimpresión por la editorial Porrúa en México. Empero, si no se pierde de vista que la *Teoría Pura del Derecho* entraña -según Mario G. Losano- un *opus perpetuum* tanto en el sentido -obvio- de *monumentum aere perennius* como en el de *perpetuum mobile* con la significación de teoría en continua transformación, a través de su persistente revisión por medio de precisiones y correcciones, que decanta en una obra intrínsecamente unitaria a través del tiempo, aunque fragmentada, *cfr.* LOSANO, M.G. "La Teoría pura del Derecho. Del logicismo al irracionalismo", *Doxa*, 2 (1985) 55-85, 55, se comprenderá que la historia de las ediciones de la *Reine Rechtslehre* implica una muestra emergente al respecto: su primera edición, nacida de la revisión de un ensayo de 1933 bajo el epígrafe "Methode und Grundbegriff der Reinen Rechtslehre" aparecido en *Annalen der kritische Philosophie*, III (1933) 69-90 y traducido ese mismo año al italiano por Renato Treves -con el rótulo "La dottrina pura del Diritto. Metodo e concetti fondamentali", *Archivio giuridico*, CX (1933) Nº 2- y al castellano por Luis Legaz Lacambra -intitulada igualmente *La teoría pura del Derecho. Método y conceptos fundamentales*, Revista de Derecho Privado, Madrid-, se remonta a la primigenia versión de 1934 -divulgada también por Franz Deuticke en Viena y Leipzig- bajo la nomenclatura *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, cuya traducción italiana -también por Renato Treves, se verificó en 1952 a instancias de Einaudi en Torino-, sin perjuicio de que se tradujera tempranamente al castellano -en el mismo 1934- por Jorge G. Tejerina y se divulgara por la casa editorial Losada en Buenos Aires, al margen de su reimpresión en 1946 por ésta y en 1975 por Editora Nacional en México y la circulación de diversas versiones iberoamericanas -*v.gr.*, la recientemente editada en 2011 en Madrid por Trotta, a cargo del catedrático de Filosofía del Derecho Gregorio Robles Morchón-. Sentado ello, la selección de la segunda edición obedece a la circunstancia de que -en opinión de los expertos- constituye una obra *sustancialmente distinta* de la primera edición de 1934, pues Hans Kelsen incorporó en aquélla el resultado de las investigaciones desarrolladas en el extenso período de casi 30 años transcurridos entre la redacción de ambas ediciones, descartando la traducción francesa -por Henri Thévenez- de la primera edición que no se publicó sino hacia 1953 -bajo la inscripción *Théorie pure de Droit*, por Balconnière en Neuchâtel, y de la que también se cuenta versión al castellano debida a Moisés Nilve, bajo el epígrafe *Teoría pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1960- en virtud de que comporta -más bien- una edición a *mitad de camino* entre la primera y segunda ya citadas debido a la introducción -por su propio autor- de modificaciones que la evolución de su pensamiento reputaba indispensables -determinando, entonces, la traducción de una obra cuyo original en alemán no existe, *cfr.* LOSANO, M.G., *op. cit.*, p. 58. *Vide in profundis* WALTER, R. "Hans Kelsen Rechtslehre", *Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, Baden Baden, 24 (1999) 11. En orden

*two masters*²², su autor postulará la imposibilidad lógica de adoptar simultáneamente los puntos de vistas de dos ordenamientos originarios²³.

De allí que -en opinión del principal promotor de la *Wiener rechtstheoretischen Schule*- la construcción *monista* del Derecho resultaba *inevitable* [*unvermeidlich*] al argüir que el Derecho internacional y el Derecho particular de los Estados conformaba un *sistema unitario*²⁴, aun cuando la *unidad gnoseológica* de todo Derecho válido

al interés en la obra póstuma -principalmente alrededor de *Allgemeine Theorie der Normen*, RINGHOFER, K. - Walter, R. (Eds.). Manz, Wien, 1979-, fundamentalmente a partir de la consideración de una profunda ruptura con la lectura clásica de la matriz kelseniana -al punto que algunos estudiosos han argumentado que, en el período posterior a la segunda edición de 1960 de la *Reine Rechtslehre*, se asiste al espectáculo de una forma de irracionalismo normativo que conduce -en parte- a la liquidación de la doctrina de la estructura del sistema jurídico o de la norma fundamental, o bien, a postulados de la unidad del sistema jurídico o de pureza -*Reinheit*- del método jurídico, *vide in extenso* WEINBERGER, O. *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik*, Duncker - Humblot, Berlin, 1981, pp. 94 y ss. Entre nosotros, los iusfilósofos José J. Moreso y Pablo E. Navarro se han encargado de explorar los desajustes -debido a su incompatibilidad con el argumentario divulgado por el *primer Kelsen*- en su *Introducción* a la segunda edición de *Teoría pura del Derecho*, traducida al castellano por Rotemberg, S., Aren, F. y Dassieu, N. y publicada, hacia 2011, en Buenos Aires por Colihue Universidad.

(22) KELSEN, H. *Pure Theory of Law*, University of California Press, Berkeley - Los Angeles, 1967, p. 329, con remisión -en la *footnote* 179- a la reseña bíblica de *Mateo VI, 24* [aunque, en ocasión de examinar la idea de justicia en las Sagradas Escrituras, igualmente trae a colación la máxima, aunque bajo la fórmula "(...) *no slave can belong two masters*", *cfr.* KELSEN, H. *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, University of California Press, Berkeley - Los Angeles - London, 1957, p. 51], en la inteligencia de que si aparecieran conflictos -escribe el patrocinador de la *Reine Rechtslehre*- entre el Derecho internacional y el Derecho estatal, y fuera, por ende, inevitable una construcción *dualista* -a la que calificaba de *teoría insostenible* [*untenable construction*]-, de tal guisa que se considerara al Derecho estatal como un sistema de normas válidas, no podría tenerse por Derecho al Derecho internacional -sino, a su juicio, como una especie de moral o de Derecho natural-, ni considerársele un orden normativo obligatorio que detentara validez *simultáneamente* con el Derecho estatal. También, en oportunidad de su *General Theory of Law and State*, dejaba en claro la imposibilidad lógica de asumir que normas válidas simultáneamente pertenecieran a sistemas diferentes mutuamente independientes, *cfr.* KELSEN, H. *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge, 1949, p. 363. *Vide etiam* Idem. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Mohr, Tübingen, 1920, p. 121 [traducción italiana bajo título *Il problema della sovranità e la teoria del Diritto Internazionale*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 276]. Luego, sin embargo, el *segundo* Hans Kelsen consentirá que -dentro de un mismo sistema jurídico- "(...) *no se puede dudar de que existan conflictos entre normas*", cuya solución remite a principios de Derecho positivo -no de raigambre lógica-, *cfr.* KELSEN, H. *Théorie Générale des Norms*, PUF, Paris, 1996, pp. 161 y ss. *Vide in extenso* Chiassoni, P. "Wiener Realism", Duarte d'Almeida, L. - Gardner, J. - Green, L. (Eds.). *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2013, p. 143

(23) Por consiguiente, subrayaba: "(...) *mais il faut de toute nécessité, il faut logiquement opter entre les deux points de vue*", *cfr.* KELSEN, H. "Les rapports de système entre le Droit International et le Droit Interne", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1926, T. XIV, p. 269.

(24) KELSEN, H. *Pure Theory of Law*, University of California Press, Berkeley - Los Angeles, 1967, p. 333, a diferencia de la concepción *dualista* -a la que también rotula de *pluralista* [*pluralistic*], aunque en el siguiente sentido: "(...) *atendiendo a la multiplicidad de los órdenes jurídicos estatales particulares*" -en virtud de la cual el Derecho internacional y el Derecho estatal serían dos sistemas normativos distintos, independientes entre sí, y hasta aislados recíprocamente en relación a su validez en la medida

que de ella proviniera pudiera ser planteada -en el terreno epistemológico²⁵- de dos maneras distintas²⁶: o el Derecho internacional se concibe -desde una perspectiva subjetiva o interna del yo soberano- como un orden jurídico delegado por un orden jurídico estatal, y por ende, encadenado a éste -*primacía del orden jurídico estatal*-²⁷,

que se fundarían en dos normas básicas diferentes, de tal modo que las conclusiones de sus adalides encontraría justificación -en lo esencial- en la existencia de conflictos *insolubles* entre ambos. También reseñará -en sus *Principles of International Law*- que las contribuciones de los teóricos dualistas no hacían más que contradecir los contenidos del Derecho internacional, pues éste establecía una relación entre sus normas y las normas de los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales -incluso, apuntando que “ (...) *la teoría pluralista* [en la acepción antedicha] *es una contradicción con el Derecho positivo, siempre que el Derecho internacional se considere un orden legal válido*”, cfr. KELSEN, H. *Principles of International Law*, Rinehart, New York, 1952, p. 404. De la misma manera que -con antelación- había acusado a la construcción dualista de conducir a la “ (...) *négation de la nature juridique du «Droit international»*”, cfr. KELSEN, H. “*Les rapports de système entre le Droit International et le Droit Interne*”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1926, T. XIV, pp. 276-277.

(25) Acontece que -al tiempo de tal lectura kelseniana- sólo se justificaba una pretensión de unidad *epistemológica* del Derecho -que se adjetivaba de necesaria [*nécessaire*]-, cfr. KELSEN, H., *op. cit.*, p. 267, lo que en modo alguno le impidió -al Profesor de las Universidades de Viena, Colonia, Berkeley, entre otras- advertir que la última finalidad de la evolución efectiva del Derecho -orientada hacia su progresiva centralización- se manifestaría en el ideal de una unidad organizadora de una comunidad universal -*universal legal community*- dotada de un Derecho planetario, que derivara en la constitución de un Estado mundial -*World State*-, cfr. KELSEN, H. *Pure Theory of Law*, University of California Press, Berkeley - Los Angeles, 1967, p. 328. *Vide etiam* Idem. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Mohr, Tübingen, 1920, p. 123 [traducción italiana bajo título *Il problema della sovranià e la teoria del Diritto Internazionale*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 180]. En torno a la necesidad, por tanto, de evitar abordajes heréticos de la Teoría Pura del Derecho sobre el tópico, *vide* GRAGL, P. *Legal Monism: Law, Philosophy, and Politics*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 293.

(26) No es ocioso recordar que, de conformidad con la construcción kelseniana expuesta en la segunda edición de la Teoría Pura del Derecho -*Reine Rechtslehre II*-, ambos andariveles desaguaban en sistemas “ (...) *igualmente correctos e igualmente justificados*”, con sustento en la aseveración de que resultaba imposible, a partir de una *especulación* jurídico-científica, adoptar una *decisión* jurídico-científica a favor de uno de los dos, pues si la ciencia del Derecho se ceñía a su exposición, la decisión mentada sólo podría alcanzarse por *consideraciones políticas* -al punto que a la pregunta hasta dónde el gobierno de un Estado debía o podía limitar su libertad de acción mediante tratados internacionales, Hans Kelsen contesta que entrañaba un asunto político [*question of politics*], de modo que la respuesta no podía derivarse ni de la primacía del Derecho estatal, ni de la primacía del Derecho internacional-, cfr. KELSEN, H. *Pure Theory of Law*, University of California Press, Berkeley - Los Angeles, 1967, pp. 344 y ss. Se corroboraba, así, una postura vacilante frente a la férrea intencionalidad presentada en la primera versión vienesa de 1934 -*Reine Rechtslehre I*-, en donde la primacía del Derecho internacional y la disolución del dogma de la soberanía conllevaban un *resultado técnico* de la Teoría Pura del Derecho. Sobre las observaciones críticas compendiadas sobre el tópico, *vide in profundis* HART, H.L.A. “*Kelsen's Doctrine of the Unity of Law*”, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1983, pp. 309 y ss., en particular respecto de la tesitura kelseniana de que todas las normas válidas constituyen necesariamente un sistema unitario.

(27) La *soberanía* del Estado, entonces, constituiría un *factor decisivo* para la tesitura de la primacía del orden jurídico estatal, entendida cual *presupuesto* de un orden normativo como un orden supremo no derivable, en su validez, de ningún otro superior, de tal modo que se considerara que el Derecho internacional sólo adquiere validez para el Estado cuando media su *reconocimiento* expreso

o bien, se vislumbra como un orden jurídico supraordinado a los órdenes jurídicos estatales, que -desde un punto de vista objetivo o externo- son su delegación, como un orden jurídico total -también denominado orden jurídico universal [*universal legal order*]- que abarque a todos los órdenes estatales como órdenes jurídicos parciales en él imbricados, cuya co-existencia en el espacio y sucesión en el tiempo es jurídicamente posible a través del Derecho internacional -*primacía del orden jurídico internacional*, compatible con el hecho de que la Constitución de un Estado contenga una disposición según la cual el Derecho internacional debe valer como parte integrante del orden jurídico estatal²⁸.

-*v.gr.*, acto legislativo o gubernamental- o tácito -*v.gr.*, aplicación de hecho de normas internacionales, concertación de tratados, respeto de inmunidades estatuidas por normativa trasnacional, etc.-; esta concepción -para el observador kelseniano- no sólo era la dominante en la ciencia jurídica angloamericana, pues -además- recibía expresión en las Constituciones modernas que contenían disposiciones según las cuales el Derecho internacional adquiriría validez como parte integrante del orden jurídico estatal -sin aparecer, por lo tanto, el Derecho internacional como un orden jurídico supraestatal, menos aún como un orden jurídico independiente del orden jurídico estatal propio y hasta como un orden jurídico aislado frente a éste-, *cfr.* KELSEN, H. *Pure Theory of Law*, University of California Press, Berkeley - Los Angeles, 1967, pp. 334-335.

(28) KELSEN, H. *Pure Theory of Law*, University of California Press, Berkeley - Los Angeles, 1967, pp. 336-340, aunque con una serie aclaraciones capitales sobre el punto: el segundo camino por el que se alcanzaría la unidad de conocimiento del Derecho internacional y del Derecho estatal, tributario de la ideología del *pacifismo*, se articula a partir de la consideración del *Derecho internacional como un orden jurídico válido* -merced el principio de *efectividad* en cuanto norma de Derecho positivo internacional que determina tanto el fundamento de validez, como los dominios de validez temporal, territorial y personal de los órdenes jurídicos estatales particulares-, de forma que -al no mediar exigencia de *reconocimiento* alguno por parte del Estado- la mencionada disposición constitucional no significa que el Derecho internacional adquiriera validez para el Estado en cuestión sino que -mediante una cláusula genérica- se le *transforma* en Derecho estatal -transformación *necesaria*, a juicio del autor, cuando los órganos del Estado, en especial sus tribunales de justicia, sólo están facultados por la Constitución para aplicar Derecho estatal, pudiendo únicamente aplicar el Derecho internacional cuando su contenido ha adquirido forma en el orden jurídico de los Estados, *i.e.*, cuando se ha transformado en éste-; a la par, si se considera al Derecho internacional como parte integrante de un orden jurídico estatal, se comprende que el maestro de la *Wiener Rechtstheoretische Schule* estimaba necesario distinguir -en el entendimiento de que la diferencia entre ambas construcciones monistas únicamente concernía al fundamento de validez del Derecho internacional, y no a su contenido- entre el orden jurídico estatal en sentido estricto -*narrower sense*- y el orden jurídico estatal en sentido lato -*wider sense*-: mientras el primero se conforma con las normas de la Constitución del Estado y las normas establecidas, conforme esa Constitución, por actos legislativos, administrativos y jurisdiccionales, el segundo está dado por el orden jurídico que configura el punto de partida de la construcción, en tanto comprende *también* al Derecho internacional reconocido, *i.e.*, normas producidas por las costumbres de los Estados y la celebración de tratados -en esta último caso, el Derecho internacional cumple su función sólo en relación con el orden jurídico estatal en *sentido estricto*, en consecuencia la relación entre ambas partes integrantes del orden jurídico estatal en *sentido lato*, no puede ser vista como una relación de coordinación, sino como una relación de *supra* y *subordinación*: la parte de ese orden jurídico estatal que representa al Derecho internacional se encuentra *por encima* de la parte que representa el orden jurídico estatal en sentido estricto [blandiendo, así, la siguiente metáfora: "(...) *El Estado que reconoce al Derecho internacional, se somete de ese modo al mismo*"]-.

La propuesta de Hans Kelsen hasta aquí revistada no obstó a que se levantaran objeciones, principalmente a cargo de aquellos teóricos y filósofos jurídicos que le endilgaron una serie de *dificultades originarias* de suficiente entidad como para alimentar una crítica al buen suceso de sus argumentos²⁹: *v.gr.*, desde censuras inherentes al discurso mismo kelseniano³⁰, debido al acuse de una incompatibilidad -parcial- entre su concepción de la estructura del sistema jurídico y su teoría de la interpretación -en virtud de la cual, algunos destacados expertos se sirven de ella aunque con la meta de *subvertir* la tesis escalonada del orden jurídico, al postular su conformación por aquellas normas que una Corte Suprema u otro órgano jurisdiccional enuncia por vía de interpretación³¹, al punto que se aventura que la interpre-

(29) OST, F. - VAN DE KERCHOVE, M. *Jalons pour une théorie critique du Droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1987, pp. 183 y ss.

(30) *Vide in profundis* Kelsen, H. *Théorie générale des normes*, PUF, Paris, 1996, p. 329.

(31) TROPER, M. "Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique", *Revue Internationale de Philosophie*, 138 (1981) 520, 528, de retenerse por el lector la lectura prohibida -bajo el rótulo *théorie réaliste de l'interprétation*- por el Profesor de la Universidad de París X-Nanterre: si se promueve la necesidad de la interpretación ante todo acto de aplicación del Derecho -al punto que tales actividades desaguan en la significación objetiva de sus disposiciones- y se reconoce la incorporación al orden jurídico de aquella practicada por el órgano al que se le reconoce el poder de interpretación -*pouvoir d'interpréter*-, *cfr.* Idem, "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle", *Recueil d'études en hommage à Mélanges Eisenmann*, Cujas, Paris, 1975, pp. 133 y ss., se sigue que es el intérprete quien determina lo que el enunciado normativo significa -con sus consiguientes efectos en el sistema jurídico-, de modo que a la pregunta por qué es válido aquél, o bien, por qué pertenece a éste, se allega la siguiente respuesta: porque devino *producido durante el proceso de interpretación*, en el sentido que el sujeto interpretativo determina el *status* o condición del texto normativo -*statut du texte*- cuanto los límites de la competencia -*limites de la compétence*- tanto del autor como los suyos propios -en la comprensión, claro está, de que la interpretación no debería reducirse a la sola determinación del *contenido* prescripto por las *disposiciones* normativas-; indudablemente la idea de que el rango o categoría del documento normativo puede interpretarse deriva de un concepto amplio de interpretación -*concept large d'interprétation*-, en virtud del cual la jerarquía del orden legal no entrañaría -como habitualmente se estila- una jerarquía de enunciados o de textos ["(...) *la hiérarchie de l'ordre juridique n'est nullement une hiérarchie d'énoncés ou de textes*"], pues entre dos textos no cabría predicar una relación jerárquica sino -más bien- entre sus contenidos o significados -de allí que se consigne que si el hermeneuta "(...) *détermine simultanément le significado del texto de la Constitución y del texto de la ley, es decir si determina el de las dos normas, establece -al mismo tiempo- la existencia de una jerarquía entre ellos (...) la norma legislativa, según lo determinado en el proceso de interpretación, encuentra su fundamento de validez, o, si se prefiere, es presentada como obligatoria (...) tal como es determinada por la interpretación*"-. En suma, según el credo de los teóricos realistas, la jerarquía de los preceptos normativos refleja la de los poderes, y en ello afloran impactos atendibles en el entendimiento del abordaje kelseniano a la jerarquía normológica, pues el fundamento de validez de la regla jurídica no se remontaría de su *conformidad* con una de rango *superior* sino de la circunstancia de que el significado del enunciado normativo ha sido precisado por una autoridad habilitada para indicar que una determinada conducta puede tener lugar, *cfr.* Idem. "Une théorie réaliste de l'interprétation", *ROJ*, 8 (2) (2006) 301-318; Idem *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, Paris, 1994, pp. 296 y ss; Sobre la cuestión *vide in extenso* Idem. *Le gouvernement des juges, mode d'emploi*, PUL, Québec, 2006, pp. 22 y ss; OST, F. - VAN DE KERCHOVE, M. *Jalons pour une théorie critique du Droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1987, pp. 189 y ss; GUASTINI, R. "Rule-Scepticism Restated",

tación es la que, en realidad, derriba y funda la jerarquía de las normas³²-, pasando por los reproches nacidos de la prevención en orden a los modelos concentrados de justicia constitucional que consagran la incompetencia de la jurisdicción ordinaria para controlar la constitucionalidad -reduciendo, así, la preeminencia real de la Constitución-³³, y hasta -centralmente- los reparos que anotan la circunstancia de que la *querelle* entre los heraldos del dualismo y monismo jurídicos dista de brindar una solución completamente satisfactoria a los problemas que hacen plausible una concepción reformulada de los nexos entre el orden jurídico estatal e internacional al llamar la atención ante una dialéctica singularizada por una multiplicidad de poderes y sociedades creadores de Derechos en interacción³⁴.

3. Aun cuando el último posicionamiento de la construcción monista alentada por Hans Kelsen implicara indiscutibles consecuencias moralmente deseables³⁵, será

Green, L. - Leiter, B. (Eds.). *Oxford Studies in Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 150.

(32) DE BECHILLON, D. "L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation. Réflexions critiques", *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1 (1994) 252.

(33) PESCATORE, P. *Introduction à la science du Droit*, Office des imprimés de l'État, Luxembourg, 1960, p. 182.

(34) RIGAUX, M.F. *Introduction à la science du Droit*, Vie ouvrière, Bruxelles, 1974, p. 364. *Vide etiam* von Bogdandy, A. "Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship Between International and Domestic Constitutional Law", *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press, VI (2008) 397-413. Un ejemplo ilustrativo al respecto, es allegado por Anne Peters cuando presenta el discurso del constitucionalismo global como una estrategia para "(...) compensar la desconstitucionalización a nivel doméstico causada por la globalización y la gobernanza global", en tanto disponen al Estado -y a las constituciones nacionales- bajo presión, obligándolos a cooperar -con miras al abordaje de problemas transnacionales- dentro de organizaciones internacionales y a través de tratados bilaterales y multilaterales, y hasta transferir funciones gubernamentales típicas -entre las que se enlista la garantía de los derechos humanos- a niveles superiores de decisión que actúan de forma transfronteriza; el mentado fenómeno revela que los textos constitucionales internos se tropiezan con la incapacidad para regular -en su totalidad- la gobernanza, a la par que los principios fundamentales que en ellos se estipulan se tornan disfuncionales, *cfr.* PETERS, A. "Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures", *Leiden Journal of International Law*, 19 (2006) 579; *Idem.* "The Globalization of State Constitutions" *ap.* Nijman, J. - Nollkaemper, A. (Eds.). *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 251, pp. 270-277, pp. 285-293.

(35) Como lo insinuara el propio Hans Kelsen -en oportunidad de *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*:- "(...) así como para una concepción objetivista de la vida, el concepto ético de hombre es la humanidad, para la teoría objetivista del Derecho el concepto de Derecho se identifica con el Derecho internacional y precisamente por esto es, al mismo tiempo, un concepto ético", *cfr.* KELSEN, H. "Les rapports de système entre le Droit International et le Droit Interne", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1926, T. XIV, pp. 227 y ss. [Título de la obra original *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Mohr, Tübingen, 1920. *Vide etiam*, traducción italiana bajo título *Il problema della sovranità e la teoria del Diritto Internazionale*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 468]. En orden a las implicancias éticas de la construcción monista, se retiene que es evidente que los sistemas democráticos con su énfasis en la paz y la racionalidad -en contraste

con el renovado perfil de la segunda mitad del siglo XX y de los albores del siglo XXI, que se experimente el *boom* de los tribunales internacionales, y -con ello- algunos avances en la teoría y las razones fundamentales de su creación y funcionamiento³⁶. En efecto, en el contexto de los *sistemas internacionales de tutela de derechos humanos* se vislumbra y apuntala la propiedad de un *ordre public* -explica Antonio Cançado Trindade³⁷- *compuesto por normas imperativas de Derecho internacional que se activan en dos dimensiones:*³⁸ (i) *horizontal, en cuanto consagran obligaciones atinentes a los seres humanos debidas a la comunidad internacional como un todo; en el marco del Derecho internacional convencional, vinculan ellas a todos los Estados Partes en los tratados de derechos humanos -obligaciones erga omnes partes-, y en el del Derecho internacional general vinculan a todos los Estados que componen la comunidad internacional organizada, sean o no partes de aquellos tratados -obligaciones erga omnes lato sensu-;* (ii) *vertical, en la medida que las obligaciones erga omnes de protección vinculan tanto a los órganos y agentes del poder público -estatal- como los simples particulares -en las relaciones interindividuales-*³⁹.

con la ideología y la autocracia prevaletientes en sistemas autocráticos- también corroboran una actitud específica en las relaciones exteriores de esta variante: el pacifismo, *cfr.* KELSEN, H. "State Form and Word-Outlook", Kelsen, H. - Weinberger, O. (Eds.). *Essays on Legal and Moral Philosophy*, Reidel, Boston, 1973, pp. 101 y ss.

(36) GINSBURG, T. "Political Constraints on International Courts", *Public Law & Legal Theory*, Univ. of Chicago WP, 453 (2013) 484-502, 486.

(37) CANÇADO TRINDADE, A.A. *Derecho internacional de los derechos humanos. Esencia y trascendencia del Derecho internacional de los derechos humanos. Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1991-2006*, Porrúa, México, 2007, p. 83.

(38) Voto Concurrente, Juez Cançado Trindade, A.A., CorteIDH, OC 18/03, Serie A Nº 18, de fecha 17.09.2003, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, párrafos 77-78, aunque con la siguiente advertencia: "(...) es sorprendente que, hasta la fecha, estas dimensiones horizontal y vertical de las obligaciones erga omnes de protección hayan pasado enteramente desapercibidas de la doctrina jurídica contemporánea. Sin embargo, las veo claramente configuradas en el propio régimen jurídico de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así, por ejemplo, en cuanto a la dimensión vertical, la obligación general, consagrada en el artículo 1(1) de la Convención Americana, de respetar y garantizar el libre ejercicio de los derechos por ella protegidos, genera efectos erga omnes, alcanzando las relaciones del individuo tanto con el poder público (estatal) cuanto con otros particulares".

(39) Voto Razonado, Juez Cançado Trindade, A.A., CorteIDH, caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, Sent. Serie C/140, de fecha 31.01.2006, párrafos 4-7, en orden a la emergencia de situaciones que ponen "(...) en clarísimo relieve el carácter erga omnes de las obligaciones convencionales de protección de la persona humana (...). La Corte lo ha expresamente reconocido, con acierto, en la presente sentencia (párrs. 117, 123 y 151). La Corte ha, además, determinado el exacto momento de surgimiento de la responsabilidad internacional del Estado bajo la Convención Americana: "(...) La responsabilidad internacional de los Estados, en el marco de la Convención Americana, surge en el momento de la violación de las obligaciones generales, de carácter erga omnes, de respetar y hacer respetar -garantizar- las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona, recogidas en los artículos 1(1) y 2 de dicho tratado" (párr. 111) (...) La obligación general de garantía (artículo 1(1), al igual que la obligación general de armonización del Derecho interno con la Convención, del artículo 2) abarca todos los derechos protegidos por la Convención, y revela el carácter erga omnes de protección de las obligaciones específicas de salvaguardia de cada uno de estos derechos. La obligación general de garantía del artículo 1(1) de la

En rigor, tal ideario resultó desarrollado sucesivamente por los epígonos de un proceso de humanización del Derecho internacional⁴⁰ -tributario también de la herencia republicana en la doctrina internacionalista⁴¹-, propiedad que, en su parecer, alcanzaría indefectiblemente

Convención demuestra, además, que los propios tratados de derechos humanos como la Convención Americana proveen la base jurídica para la exigibilidad del cumplimiento de las obligaciones erga omnes, como lo señalé en mi Voto Razonado en el caso *Las Palmeras* (Sentencia sobre excepciones preliminares, del 04.02.2000), referente a Colombia (...) urge promover el desarrollo doctrinal y jurisprudencial del régimen jurídico de las obligaciones erga omnes de protección de los derechos de la persona humana (...) Como ponderé en mis Votos Concurrentes en las resoluciones sobre medidas provisionales de protección de esta Corte en los casos de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó versus Colombia (del 18.06.2002), y de la Prisión de Urso Branco versus Brasil (del 07.07.2004), se impone claramente el reconocimiento de los efectos de la Convención Americana vis-à-vis terceros (el *Drittwirkung*), sin lo cual las obligaciones convencionales de protección se reducirían a poco más que letra muerta (...) Subsiste, pues, incólume la tesis de la responsabilidad internacional objetiva del Estado, también en circunstancias del presente caso de la Masacre de Pueblo Bello versus Colombia, y aún más en dichas circunstancias, cuando para la configuración de la situación crónica (la creación del así-llamado "paramilitarismo") de alto riesgo contribuyó originalmente el propio Estado. También en mi Voto Concurrente en el caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó versus Colombia (resolución sobre medidas provisionales de protección del 06.03.2003), me permití insistir en la necesidad del "reconocimiento de los efectos de la Convención Americana vis-à-vis terceros (el *Drittwirkung*)", y agregué que "la protección de los derechos humanos determinada por la Convención Americana, de ser eficaz, abarca no sólo las relaciones entre los individuos y el poder público, sino también sus relaciones con terceros (grupos clandestinos, paramilitares, u otros grupos de particulares). Esto revela las nuevas dimensiones de la protección internacional de los derechos humanos, así como el gran potencial de los mecanismos de protección existentes, -como el de la Convención Americana- accionados para proteger colectivamente los miembros de toda una comunidad, aunque la base de acción sea la lesión -o la probabilidad o inminencia de lesión- a derechos individuales." Incluso, el propio Tribunal regional de derechos humanos había anticipado que los derechos protegidos por la Convención Americana deben ser respetados tanto en las relaciones entre los individuos y el poder público estatal, como en las relaciones inter-individuales, siendo aquí exigible el deber de garantía de los Estados Partes bajo el art. 1.1 del Pacto, *cfr.* Corte IDH, OC 18/03, Serie A N° 18, de fecha 17.09.2003, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, párrafo 140. *Vide etiam* HITTERS, J.C. "Responsabilidad del Estado por violación de Tratados Internacionales", *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho. Derechos Humanos y Tribunales Internacionales*, UNAM, México, 2008, T. IX, pp. 189 y ss.

(40) *Vide in profundis* MERON, T. *The Humanization of International Law*, The Hague Academy of International Law - Nijhoff Publishers, Leiden - Boston, 2006, pp. XV, 425 y ss., 466 y ss.; CANÇADO TRINDADE, A.A. *The Construction of a Humanized International Law: A Collection of Individual Opinions (1991-2013)*, Nijhoff Publishers, Leiden - Boston, 2015; *Idem.* *Los tribunales internacionales contemporáneos y la humanización del Derecho internacional*, *Ad Hoc*, Buenos Aires, 2013, pp. 163 y ss; RYNGAERT, C. "The Humanization of International Law", *HR & ILLD*, 1 (2) (2007) 425; *et al.*, aunque tampoco tal nota luce novedosa puesto que -a fines del siglo XIX- el jurista ruso Friedrich von Martens había auspiciado la tesis en virtud de la cual el respeto por los Estados de los derechos humanos de sus habitantes conllevaba -necesariamente- el de aquéllos respecto del Derecho internacional, *vide* VON MARTENS, F. *Völkerrecht. Das Internationale Recht der civilisirten Nationen*, Weidmann, Berlin, 1883, descontándose que el mentado *desiderátum* de la humanización -de estar a la reseña, durante el primer cuarto de la pasada centuria, de Josephus Jitta- comporta un ideal abierto al futuro, progresivo y -de cierto modo- incompleto, *cfr.* JITTA, J. *The Renovation of International Law: On the Basis of a Juridical Community of Mankind*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1919, p. 191.

(41) Así, *v.gr.*, GREENWOOD, N. *The Republican Legacy in International Thought*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, en la sugerencia de que en la tradición del republicanismo -desde Emmer de Vattel, Christian F. Wolf hasta Immanuel Kant- pueden identificarse valiosos elementos

-ante los imperativos kelsenianos, con nítida ascendencia kantiana y wolffiana, de una civitas máxima⁴²- a los órdenes constitucionales domésticos -en particular; en aquellos supuestos en los que las obligaciones erga omnes resultan caracterizadas por el jus cogens, del cual emanan como siendo dotadas de un carácter necesariamente objetivo, en mérito del cual abarcarían, por lo tanto, a los destinatarios in totum de las disposiciones jurídicas [omnes]-⁴³.

para las discusiones contemporáneas sobre soberanía estatal, sociedad internacional, intervención y paz, etc.

(42) KELSEN, H. *“Les rapports de système entre le Droit International et le Droit Interne”*, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1926, T. XIV, pp. 227 y ss., para quien cuando el ordenamiento jurídico universal absorba a los emanados de los Estados-Nación, se erigirá en la “(...) organización de la humanidad y por tanto será uno con la idea ética suprema”, debido a que “(...) sólo temporalmente y en modo alguno para siempre, la humanidad contemporánea se divide en Estados que, por lo demás, se han formado de un modo más o menos arbitrario. Su unidad jurídica es con ello la civitas maxima como organización del mundo: este es el núcleo político de la primacía del Derecho internacional, que es, al mismo tiempo, la idea fundamental de aquel pacifismo que en el ámbito de la política internacional conforma la imagen inversa del imperialismo”, al menos si se admitía la imagen de que “(...) múltiples entidades o comunidades jurídicas deben ser titulares de iguales derechos, es decir, deben ser equiparadas en una comunidad jurídica (...) en la que la libertad de los sujetos (los Estados) esté limitada por su fundamental igualdad jurídica. Esta idea tiene su máxima expresión en la hipótesis, avanzada por Christian Wolf, de la civitas maxima, que como ordenamiento jurídico es superior en igual medida respecto a los Estados particulares (...) el carácter “iusnaturalista” de tal fundamentación del Derecho internacional no puede ni debe ser negado” [Título de la obra original *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Mohr, Tübingen, 1920. *Vide etiam*, traducción italiana bajo título *Il problema della sovranità e la teoria del Diritto Internazionale*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 300 y 370-371]. *Vide in extenso*, RIGAUX, M.F., “Hans Kelsen on International Law”, *European Journal of International Law*, 9 (1998) 325.

(43) Voto Concurrente, Juez Caçado Trindade, A.A., CorteIDH, OC 18/03, Serie A Nº 18, de fecha 17.09.2003, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, párrafos 76-80, precisando que si bien, por definición, todas las normas del jus cogens generan necesariamente obligaciones erga omnes, se impone hacer notar que “(...) mientras el jus cogens es un concepto de Derecho material, las obligaciones erga omnes se refieren a la estructura de su desempeño por parte de todas las entidades y todos los individuos obligados. A su vez, no todas las obligaciones erga omnes se refieren necesariamente a normas del jus cogens”. *Vide etiam*, Voto Razonado, Juez Caçado Trindade, A.A., CorteIDH, caso *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, Sent. Serie C/140, de fecha 31.01.2006, párrafo 8. Por lo restante, reténgase que tratándose de la conectividad entre ordenamientos constitucionales internos y el ordenamiento jurídico comunitario, se ha auspiciado su tipificación como ordenamientos recíprocamente autónomos pero al tiempo coordinados y comunicantes, de estar al corpus jurisprudencial sobre el tópico pergeñado por la Corte Costituzionale italiana, en las Sentencias Nº 170, de fecha 05.06.1984 y Nº 389, de fecha 04.07.1989, entre muchas otras: “(...) il riconoscimento dell’ordinamento comunitario e di quello nazionale come ordinamenti reciprocamente autonomi, ma tra loro coordinati e comunicanti, porta a considerare l’immissione diretta nell’ordinamento interno delle norme comunitarie immediatamente applicabili come la conseguenza del riconoscimento della loro derivazione da una fonte (esterna) a competenza riservata, la cui giustificazione costituzionale va imputata all’art. 11 della Costituzione e al conseguente particolare valore giuridico attribuito al Trattato istitutivo delle Comunità europee e agli atti a questo equiparati. Ciò significa che, mentre gli atti idonei a porre quelle norme conservano il trattamento giuridico o il regime ad essi assicurato dall’ordinamento comunitario -nel senso che sono assoggettati alle regole di produzione normativa, di interpretazione, di abrogazione, di caducación e di invalidazione proprie di quell’ordinamento-, al contrario le norme da essi prodotte operano direttamente nell’ordinamento interno come norme investite di “forza o valore di legge”, vale a dire come norme che, nei limiti delle competenze e nell’ambito degli scopi propri degli organi di produzione normativa della Comunità, hanno un rango primario”, *vide in extenso* *La Giustizia Costituzionale nel 1989*. Conferenza

Al punto que -adjetivada por algunos académicos como una *verdadera revolución copernicana* que acude del exterior- se anota la decidida *presión* del Derecho internacional de los derechos humanos sobre el -hace pocos lustros presuntuoso- Derecho constitucional, amurallado histórica y pétreamente tras las -aparentemente inaccesibles- ideas de soberanía nacional y supremacía constitucional⁴⁴; en cambio, la erección de autoridades supranacionales con competencia para emitir -y hasta implementar el seguimiento- de pronunciamientos obligatorios para los Estados y la admisión de un bien común internacional comprensivo de los derechos humanos -con pretensión de prevalencia sobre el bien común nacional- provocan serios *estremecimientos* en un Derecho constitucional basado clásicamente en cimientos y presupuestos que no albergaban estas apremiantes manifestaciones; esa confluencia no solamente pone de relieve la *simbiosis* entre los catálogos de derechos internacionales y domésticos, pues -además- obliga a *amalgamar* contenidos e interpretaciones para su efectiva vigencia -a través de reglas de preferencia, articulación y hasta de modulación, no siempre sencillas de ajustar y aplicar-: primero, un operativo de *compatibilidad* y *armonización* -con la meta de que ambos Derechos no incurran en contradicciones al reconocer un derecho-, luego otro de *actuación* -alentando a que mientras los operadores nacionales efectivicen genuinamente ese producto jurídico

Stampa del Presidente Francesco Saja, Palazzo della Consulta, 16 gennaio 1990, Corte Costituzionale della Repubblica Italiana, disponible en www.cortecostituzionale.it. Al respecto, se arguye: "(...) *así como la naturaleza autónoma del ordenamiento constitucional comunitario y de su sistema de control jurisdiccional debe entenderse en términos relativos, también en términos relativos debe entenderse la autonomía del ordenamiento constitucional nacional en lo concerniente tanto a la activación de los mecanismos internos de control como a las lecturas del texto constitucional en el marco de supuestas colisiones con el Derecho Comunitario*", *cf.* ALONSO GARCÍA, R. *Justicia constitucional y Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 12-13.

(44) Incluso, el principio de soberanía -observa Anne Peters- se encuentra, en la actualidad, desplazado de su posición como *Letztbegründung* -primer principio- del propio Derecho internacional, si se retiene que el *status* normativo de la soberanía se deriva de la humanidad, *i.e.*, del principio jurídico según el cual deben protegerse y promoverse los derechos, los intereses, las necesidades y la seguridad de los seres humanos, aunque tal *status* normativo también es el objetivo o propósito -*telos*- del sistema jurídico internacional; la humanidad -añade la Directora del Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law- es fundacional, entonces, en un sentido normativo porque los Estados no son fines en sí mismos, sino entidades compuestas cuya justificación radica en cumplir las funciones públicas necesarias para que los seres humanos con-vivan en paz y seguridad mientras que la soberanía estatal es fundacional para el Derecho internacional sólo en un sentido ontológico, toda vez que el respeto mutuo de los Estados por la soberanía de cada uno constituye un sistema horizontal de actores yuxtapuestos y gobierna la actividad de creación del Derecho internacional. En consecuencia, una *soberanía estatal humanizada* implica responsabilidad por la protección de los derechos humanos básicos y la responsabilidad del gobierno por sus acciones, pues cuando las necesidades humanas se asumen como punto de partida, el enfoque se modifica: de los derechos de los Estados a sus *obligaciones* en relación con las personas sometidas a su jurisdicción -al punto que Estado que no cumple con tales deberes se expone al trance de que su soberanía resulte suspendida-, *cf.* PETERS, A. "Humanity as the A and of Sovereignty", *The European Journal of International Law*, 20 (3) (2009) 513-544; *Idem.* "The Merits of Global Constitutionalism", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16 (2) (2009) 397-411.

conjugado, los de carácter trasnacional actúen, en subsidio, para reparar lesiones, negaciones, insuficiencias, etc., de los agentes internos⁴⁵.

Bajo tales premisas argumentativas, los expertos mencionados no sólo desbrozan la tutela y amparo de la dignidad de la persona humana -dignitatis humanae- al talante de un minimum inalienable que todo sistema jurídico debe respetar, defender y promover⁴⁶, o bien, de una referencia estructural que, cualquiera sea la naturaleza de éste,

(45) SAGÜÉS, N.P. "Prólogo", Amaya, J.A. (Dir.). *Tratado de Control de Constitucionalidad y Convencionalidad*, Astrea, Buenos Aires - Bogotá - Porto Alegre, 2018, V. I, pp. VI-VII. En sentido similar, GOZAÍNI, O.A. *Tratado de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano*, La Ley, Buenos Aires, 2014, V. I, pp. 222-223. También Javier García Roca evoca un fenómeno similar -aunque en la praxis europea- "(...) al crear no sólo obligaciones para los Estados sino derechos accionables para los individuos, fijar un mecanismo de tutela jurisdiccional no dependiente de los Estados parte y pretender redactar un texto efectivamente vinculante en el que la Comisión y el Tribunal dijeran el Derecho como corresponde a toda verdadera jurisdicción", cfr. GARCÍA ROCA, J. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e Integración*, Civitas, Pamplona, 2010, p. 34.

(46) Sent. TC Perú, *Marcelino Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos*, Exp. Nº 010-2002-AI/TC, de fecha 03.01.2003, & 218. En efecto, la dignidad humana parece erigirse -en este curso argumentativo- en la premisa antropológico-cultural del Estado constitucional de Derecho, entendida -según el ideario kantiano- como prohibición de instrumentalización de la persona, incluso postulando su operatividad cual piedra angular de una ética universal que el orden constitucional debe confirmar -al menos, si un propósito cosmopolita se le endilga-, cfr. HÄBERLE, P. "La ética en el Estado Constitucional. La relación de reciprocidad y tensión entre la moral y el Derecho", *Revista Direito*, Santiago de Compostela, 5 (2) (1996) 156. Sin embargo, también se ha reprochado la regular utilización del concepto de dignidad humana -en especial, por los magistrados judiciales- cual cortina de humo, con miras a imponer al legislador sus propias preferencias y/o convicciones en materia de políticas públicas sin articular suficientemente la sustancia de sus decisiones, cfr. MCCRUDDEN, C. "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights", *The European Journal of International Law*, 19 (4) (2008) 721. Lo expuesto, por cierto, no ha impedido -en función de que el legislador no puede predecir el avance o regular adecuadamente la totalidad de casos que pueden emerger hacia el futuro en la práctica- que se ligue la teoría de la interpretación con los valores a través de su lectura en casos concretos -no en abstracto-, de modo que -estima Aleksander Peczenik- la evolución histórica del método de razonamiento legal se ha adaptado al propósito de equilibrar y balancear la letra de la ley con demandas morales -incluso, los jueces, añade el Profesor de la Universidad de Lund, han acumulado una cuantiosa experiencia en tal quehacer, mayor que la cualquier otra agencia legislativa podría reivindicar-, cfr. PECZENIK, A. *On Law and Reason*, Springer, Dordrecht, 1989, p. 35. Tampoco ha obstado a que la propia Corte Interamericana se resguarde de tal acuse con arreglo a las siguientes premisas argumentativas: "(...) en ocasiones, la oposición al matrimonio de personas del mismo sexo está basada en convicciones religiosas o filosóficas. El Tribunal reconoce el importante rol que juegan dichas convicciones en la vida y en la dignidad de las personas que la profesan; no obstante, éstas no pueden ser utilizadas como parámetro de convencionalidad puesto que la Corte estaría impedida de utilizarlos como una guía interpretativa para determinar los derechos de seres humanos (...) tales convicciones no pueden condicionar lo que la Convención establece respecto de la discriminación basada en orientación sexual. Es así como en sociedades democráticas debe existir coexistencia mutuamente pacífica entre lo secular y lo religioso; por lo que el rol de los Estados y de esta Corte, es reconocer la esfera en la cual cada uno de éstos habita, y en ningún caso forzar uno en la esfera de otro", cfr. Corte IDH, OC-24/17, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, Res. de fecha 24.11.2017, párrafo 223 -haciendo suya la doctrina de la Corte Constitucional de Sudáfrica al sentenciar el caso *Minister of Home Affairs and Another vs. Fourie and Another* (CCT 60/04) [2005] ZACC 19; 2006 (3) BCLR 355 (CC); 2006 (1) SA 524 (CC), Sent. CC, 01.12.2005-.

le presta fundamento de validez⁴⁷, etc., pues -a la par- contemplan a la comunidad internacional -y no al Estado- como la constelación más amplia del universo jurídico -*broadest constellation of legal universe*-⁴⁸ y a los instrumentos internacionales de derechos humanos como documentos paradigmáticos -*paradigmatic documents*- indagando en torno a su relevancia constitucional⁴⁹, incluso patrocinando una decisiva directriz interpretativa en virtud del cual los tratados de derechos humanos deben merecer un tratamiento especial -*special treatment*-⁵⁰ en tanto se exhiben, en sentido

(47) FERRAJOLI, L. "Diritti Fondamentali" ap. Vitale, E. (Ed.). *Diritti Fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma - Bari, 2003, p. 338, aunque la dignidad es un término del lenguaje moral o ético-político recibido por las normas jurídicas, en sentido *prescriptivo* -como *principium iuris et in iure*- equivale esencialmente al *reconocimiento normativo* de todas las personas como titulares de derechos a la propia identidad y supervivencia, *cfr.* Idem. *Principia Iuris Teoria del Diritto e della democrazia*, Laterza, Roma - Bari, 2007, & 11.12. No obstante, se previene que mientras la práctica constitucional se orienta -cada vez en mayor grado- hacia el concepto de *dignidad* de la persona humana, los teóricos constitucionales someten a éste, en contraste, a una extensa crítica en torno al papel dominante que se le asigna y -en cuya diatriba- presentan un set de diversas objeciones -*v.gr.*, desde la nota de variabilidad que dificultaría su captación por una teoría constitucional coherente, pasando por su emplazamiento en una posición refractaria a la visión liberal del gobierno constitucional, hasta los impedimentos que presenta como guía de resolución de las disputas constitucionales que la involucra, etc.-, como así también en lo atinente a su enorme carga de justificación -si se retiene, *v.gr.*, que para algunos es ineludible su referencia por los artífices de textos legales como una base normativa de los derechos humanos [*v.gr.*, tal como se desprende de la lectura del art. 1 y sus apartados de la *Grundgesetz* de 1949], otros -en cambio- aluden al principio que demanda la protección efectiva de éstos [*v.gr.*, DÜRIG, G. "An Introduction to the Basic Law of the Federal Republic of Germany" ap. Karpen, U. (Ed.). *The Constitution of the Federal Republic of Germany: Essays on the Basic Rights And Principles of the Basic Law*, Nomos, Baden-Baden, 1988, pp. 13 y ss.], al margen de aquellos estudiosos que la vislumbran como la piedra basal de la interpretación con miras a zanjar controversias sobre los derechos [*v.gr.*, GRIMM, D. "Dignity in a Legal Context: Dignity as an Absolute Right" ap. McCrudden, C. (Ed.). *Understanding Human Dignity*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 385], o bien, como un estándar que justifica restricciones a aquéllos [*v.gr.*, CORNELL, D. - FULLER, S. "Introduction" ap. Cornell, D. - Woolman, S. - Fuller, S. - Brickhill, J. - Bishop, M. *The Dignity Jurisprudence of the Constitutional Court of South Africa: Cases and Materials*, Fordham University Press, New York, 2013, V. I, p. 19], sin perjuicio de su presentación cual limitación sustancial al poder de enmendar documentos fundamentales, orientada, así, a neutralizar el propósito de enmiendas o cambios tendientes a diluir el contenido esencial de los derechos [*v.gr.*, ROZNAI, Y. "Unconstitutional Constitutional Amendments. The Migration and Success of a Constitutional Idea", *The American Journal of Comparative Law*, 61 (3) (2013) 657-719]-, *vide in extenso* WEINRIB, J. "Human Dignity and its Critics" ap. Jacobsohn, G. - Schor, M. (Ed.). *Comparative Constitutional Theory*, Elgar, Cheltenham - Northampton, 2018, pp. 167 y ss.

(48) ROMANO, S. *The Legal Order*, Routledge New York, 2017, & 28, p. 54.

(49) ACKERMAN, B. "The Rise of World Constitutionalism", *Va. L. Rev.*, 83 (1997) 771.

(50) *Vide in extenso* MOECKLI, D. - White, N.D. "Treaties as Living Instruments" ap. Bowman, M.J. - Kritsiotis, D. (Eds.). *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties*, Cambridge University Press, Cambridge - New York, 2018, p. 138; ARATO, J. "Accounting for Difference in Treaty Interpretation Over Time" ap. Bianchi, A. - Peat, D. - Windsor, M. (Eds.). *Interpretation in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, & 10; GARDINER, R.K. *Treaty Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 472. Ahora bien, el Profesor de la Universidad de Bristol, Eirik Bjørge, ha aseverado que el modelo de interpretación evolutiva -*evolutionary interpretation*- entrañaría, en puridad, un componente natural de las clásicas directivas exegéticas que lucen codificadas en los

conceptual, como *instrumentos vivos -living instruments-*, cuya exégesis tiene que

arts. 31-33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 -en adelante, CVDT-, *cfr.* BJØRGE, E. *The Evolutionary Interpretation of Treaties*, Oxford University Press, Oxford, 2014, & 1.3. Inclusive, la Corte Interamericana de Derechos Humanos -con motivo de la Opinión Consultiva N° 24/17- ha reseñado que, de conformidad no sólo con las obligaciones generales de respeto y de garantía -establecidas en el art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, en adelante CADH- sino también con los criterios de interpretación fijados en el art. 29 mismo del Pacto cuanto lo estipulado en la Convención de Viena citada, la *orientación sexual* y la *identidad de género* así como la *expresión de género* son categorías protegidas por la Convención -de modo que ninguna norma, decisión o práctica de Derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género-, *cfr.* Corte IDH, OC-24/17, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, Res. de fecha 24.11.2017, párrafos 61-116. Igualmente -al tiempo de expedirse en el caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala-*, el Tribunal impulsó, en torno a las propiedades de autonomía y justiciabilidad que adscribiera al derecho a la salud, una empresa interpretativa de corte holístico -a más de consultar pautas exegéticas de orden literal, sistemático y teleológico-, al sufragar principalmente una de raigón evolutivo respecto al alcance de su competencia sobre el art. 26 del mismo Pacto, de modo que -con base en los antedichos métodos de interpretación y de un análisis de los trabajos preparatorios de la propia Convención, así como de la naturaleza jurídica del Protocolo adicional a la CADH en materia de derechos económicos, sociales y culturales -Protocolo de San Salvador de 1988, en adelante PSS-, se concluyó: “(...) el artículo 26 de la Convención Americana protege aquellos derechos que derivan de las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA. Los alcances de estos derechos deben ser entendidos en relación con el resto de las demás cláusulas de la Convención Americana, por lo que están sujetos a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención y pueden ser sujetos de supervisión por parte de este Tribunal en términos de los artículos 62 y 63 del mismo instrumento. Esta conclusión se fundamenta no sólo en cuestiones formales, sino que resulta de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, así como de su compatibilidad con el objeto y fin de la Convención, que es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos. Corresponderá, en cada caso concreto que requiera un análisis de DESCA, determinar si de la Carta de la OEA se deriva explícita o implícitamente un derecho humano protegido por el artículo 26 de la Convención Americana, así como los alcances de dicha protección”, *cfr.* CorteIDH, caso *Cuscul Pivaral vs. Guatemala*, Sent. Serie C/359, de fecha 23.08.2018, párrafos 75-97. Esta línea de raciocinio ya había sido anticipada -de cierta manera- al sentenciar, hacia marzo de 2018, el caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*: “(...) resulta claro interpretar que la Convención Americana incorporó en su catálogo de derechos protegidos los denominados derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), a través de una derivación de las normas reconocidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), así como de las normas de interpretación dispuestas en el propio artículo 29 de la Convención; particularmente, que impide limitar o excluir el goce de los derechos establecidos en la Declaración Americana e inclusive los reconocidos en materia interna. Asimismo, de conformidad con una interpretación sistemática, teleológica y evolutiva, la Corte ha recurrido al corpus iuris internacional y nacional en la materia para dar contenido específico al alcance de los derechos tutelados por la Convención, a fin de derivar el alcance de las obligaciones específicas de cada derecho”, *cfr.* CorteIDH, caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, Sent. Serie C/349, de fecha 08.03.2018, párrafo 103.

acompañar -con la meta de despejar el riesgo de que el hermeneuta manipule un *dead treaty*⁵¹- la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actual⁵².

Desde luego que tal canon hermenéutico en modo alguno implica librar una *carte blanche* al sujeto interpretativo en virtud de la cual:

“(...) ponga en movimiento su imaginación y altere los lineamientos de la Convención, sin pasar por las instancias normativas formales. No se trata, en suma, de “reformular” el texto de aquélla, sino de desarrollar las decisiones jurídicas del ordenamiento para que mantenga su “capacidad de respuesta” frente a situaciones que los autores del instrumento no tuvieron a la vista, pero que implican cuestiones esencialmente iguales a las consideradas en esa normativa, y que traen consigo problemas específicos y requieren soluciones puntuales, extraídas, por supuesto, de los valores, principios y normas en vigor. En esta dirección ha marchado la jurisprudencia interamericana, gobernada por las disposiciones suscritas en 1969, en las que ha sabido encontrar, generalmente, el significado actual y pertinente para enfrentar y resolver las condiciones de cada nueva etapa”⁵³.

(51) De estar a la hipérbole sugerida por Chang-fa Lo, *Honorable Justice* de la Corte Constitucional de Taiwán (*Judicial Yuan*) y Profesor de la *National Taiwan University*, cfr. LO, Ch. *Treaty Interpretation Under the Vienna Convention on the Law of Treaties: A New Round of Codification*, Springer, Singapore, 2017, p. 260.

(52) CorteIDH, OC N° 16/99, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, de fecha 01.10.1999, párrafo 114, en cuanto puntualiza: “(...) esta orientación adquiere particular relevancia en el Derecho internacional de los derechos humanos, que ha avanzado mucho mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte, en la [décima] *Opinión Consultiva sobre la Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (1989), como la Corte Europea de Derechos Humanos, en los casos *Tyler versus Reino Unido* (1978), *Marckx versus Bélgica* (1979), *Loizidou versus Turquía* (1995)”; Idem. Caso *Barrios Altos*, Sent. Serie C/ 75, de fecha 14.03.2001, párrafos 41-44; Idem. Caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sent. Serie C/79, de fecha 31.08.2001, párrafos 146-148; Ibidem. caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Sent. Serie C/125, de fecha 17.05.2005, párrafo 125; Ibidem. caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Sent. Serie C/134, de fecha 15.09.2005, párrafo 187. Tal argucia ha sido reeditada en ocasiones más próximas, de estar a los registros de su jurisdicción consultiva, v.gr., CorteIDH, OC N° 25/18, *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección*, de fecha 30.05.2018, párrafo 137, cuanto de orden contencioso, v.gr., Ibidem. caso *Muelle Flores vs. Perú*, Sent. Serie C/375, de fecha 06.03.2019, párrafo 176, puesto que añadió -al desbrozar los contenidos del derecho autónomo y justiciable a la seguridad social- que el “(...) párrafo tercero del artículo 31 de la Convención de Viena autoriza la utilización de medios interpretativos tales como los acuerdos o la práctica o reglas relevantes del Derecho internacional que los Estados hayan manifestado sobre la materia del tratado, los cuales son algunos de los métodos que se relacionan con una visión evolutiva del Tratado.” Vide etiam ECHR, *Tyler vs. United Kingdom*, Application N° 5856/72, 25.04.1978, & 31.

(53) Voto Razonado, Juez Cançado Trindade, A.A., CorteIDH, caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, Sent. Serie C/151, de fecha 19.09.2006, párrafo 3.

Pareciera, entonces, que los problemas que suscitan los métodos de interpretación de los tratados internacionales -particularmente en este último tiempo- han comenzado a descubrir un renovado interés por parte de numerosos académicos, el que -a criterio de Laurence Burgorgue-Larsen- se explica primeramente por motivos mecánicos consistentes en el hecho de que la multiplicación de jurisdicciones internacionales ha acarreado, con toda lógica, un atractivo doctrinal sobre su funcionamiento y modo de producción jurisprudencial, sin perjuicio de que -además- obedece a la circunstancia de que se registran hipótesis en las que el empleo de las técnicas hermenéuticas en ciertos foros judiciales de derechos humanos, de repercusión regional, conduce a derogar -de manera clara- el clasismo interpretativo impreso por la primacía de herramientas heurísticas de su sentido y alcance de carácter literal e histórico -donde la voluntad de los Estados debe prevalecer in fine-, dando paso, así, a una significativa valorización ya no sólo del instrumental exegético de índole sistemático sino también de cuño teleológico -basado raigalmente en la fórmula del objeto y fin del instrumento transnacional-⁵⁴.

II. ¿Derrotabilidad o metamorfosis de la doctrina de la superioridad normativa de la Constitución política de los Estados?

II.I. Un convite a los teóricos constitucionales hacia la arena de la discusión cosmopolita

4. A pesar de que -en apariencia- no habrían motivos para abrigar preocupaciones sobre el futuro de la Constitución⁵⁵, se podría objetar -por tratarse de un asunto serio- que, a partir de una atractiva crítica -reseñada por Grégoire C.N. Webber- a la faena habitual de la dogmática constitucional, se ha puesto en tela de juicio la obsesión de avistarla como un *estado final -end state-*: “(...) una Constitución no debe ser entendida como un proyecto terminado; más bien, y siendo consistente con la legitimidad política, se debe considerar (...) como actividad.”⁵⁶ Y hasta podría relacionarse esta observación con la sugerencia patrocinada por Günther Frankenberg respecto del tratamiento que ha de imprimirse al mismo objeto Constitución: al realizar

(54) BURGORGUE-LARSEN, L. “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, 12 (1) (2014) 105-161, 106-107.

(55) GRIMM, D. “The Future of Constitutionalism” *ap. Constitutionalism: Past, Present and Future*, Oxford University Press, Oxford - New York, 2016, p. 233.

(56) WEBBER, G.C.N. *The Negotiable Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 13 y ss., de tal forma que -según la sugerencia del Profesor de *Queen’s University-* en lugar de evocar referencias a la Constitución como arraigada -*entrenched-*, enclaustrada -*enshrined-*, superior, etc., debería -más bien- articularse la idea de que el texto constitucional debe permanecer abierto, de manera continua, a la renegociación democrática, en tanto ésta última entraña el reflejo de que el proceso constituyente es uno continuo y contingente -sin descuidar, por cierto, la particular solemnidad del mecanismo de reforma constitucional-.

su función de ordenamiento, esta necesita -si aspira a coronar el éxito- persuadir -incluso, mediante la mistificación, a más del encanto- a sus destinatarios acerca de las condiciones materiales subyacentes que sirven de sostén a la creencia en el Derecho y defender la noción de que el poder político se ejerce dentro del ámbito normativo de las reglas, restricciones y argumentos constitucionales⁵⁷.

Contestes, así, con la prevención de Joseph-Marie, conde de Maistre -en ocasión de auscultar las aristas de la historia del poder- en orden a que una Constitución es -en tanto *ouvrage des circonstances*- un concurso siempre abierto para que alguien escriba otra mejor⁵⁸, no pocos académicos han inquirido alrededor de un seductor interrogante: ¿puede la norma de base desplazarse más allá del Estado-Nación?

Desde que la distinción -apunta Alec Stone Sweet- entre sociedad internacional y doméstica -debida, en su mayor parte, a un abordaje ortodoxo por la teoría dominante- es más bien relativa y no absoluta⁵⁹, lo cierto es que en el dominio del constitucionalismo latinoamericano algunos estudiosos han registrado la frecuencia con la que los diseñadores constitucionales insertan -en documentos fundantes- estipulaciones etiquetadas de *apertura*⁶⁰ o *estatalidad abierta*⁶¹, de conformidad

(57) FRANKENBERG, G. *Comparative Constitutional Studies. Between Magic and Deceit*, Elgar, Cheltenham - Northampton, 2018, pp. 25-27, aunque el Profesor de la *Goethe-Universität* subraya -adicionalmente- que el buen suceso de cualquier explicación al respecto debe dar sentido a la magia como al subterfugio que realizan los documentos constitucionales -y hasta el mismo discurso constitucional-, obviamente alusivos los primeros a la dimensión performativa que abrigan las Constituciones -en la medida que el lenguaje no se cumplirá si deja de inspirar y encantar-, al tiempo de destacar la trascendencia que asumen los primeros en la lexicografía constitucional en virtud de que los textos constitucionales son informados por las condiciones políticas y -más ampliamente- materiales de la sociedad en la que están insertas.

(58) DE MAISTRE, J.M. *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques et des autres institutions humaines*, Société Typographique, Paris, 1814, pp. 17 y ss.

(59) STONE SWEET, A. "What is a Supranational Constitution? An Essay in International Relations Theory", *Review of Politics*, 55 (1994) 441-474.

(60) FIX ZAMUDIO, H. "El Derecho internacional de los derechos humanos y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Latinoamericana de Derecho*, I (1) (2004) 141-180.

(61) VON BOGDANDY, A. "Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum" ap. von Bogdandy, A. - Morales Antoniazzi, M. - Ferrer Mac-Gregor, E. (Coords.) *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina*, Porrúa, México, 2013, pp. 19-20. *Vide etiam* MORALES ANTONIAZZI, M. "El Estado abierto y el cambio de paradigma de soberanía: objetivo y desafío del Ius Constitutionale Commune" ap. von Bogdandy, A. - Morales Antoniazzi, M. - Ferrer Mac-Gregor, E. (Coords.) *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina*, Porrúa, México, 2013, pp. 90-91; *Ibidem*. "El nuevo paradigma de la apertura de los órdenes constitucionales: una perspectiva sudamericana" ap. Serna de la Garza, J.M. - von Bogdandy, A. (Coords.) *Soberanía y Estado Abierto en América Latina y en Europa*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional - Max Planck Institute - UNAM, México, 2014, pp. 233 y ss. En rigor, la doctrina alemana -desde la segunda mitad del siglo XX- ha trabajado asiduamente el concepto de estatalidad abierta -*offene Staatlichkeit*- pergeñado por el Profesor Emérito de la Universidad de Munich, Klaus Vogel, para describir la decisión constitucional de apertura o permeabilidad -a cargo de los artífices de la Ley Fundamental de Bonn- de la esfera de competencias del Derecho interno tanto en el sentido relativo a la cooperación transnacional como en el atinente al posicionamiento del Estado en la comunidad internacional y su subordinación

con las cuales -en la vasta topografía de desarrollos, experimentos y perspectivas constitucionales en la región⁶²- se asigna un *locus* privilegiado a los *instrumentos supranacionales de derechos humanos* a través de la adjudicación de rango constitucional -v.gr., arts. 75.22 de la Constitución de la Nación Argentina a partir de la reforma

al orden normativo de ella emanado al principio de dignidad humana y de respeto de los derechos fundamentales, *vide* VOGEL, K. *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit*, Mohr, Tübingen, 1964, p. 42; SOMMERMAN, K. "Offene Staatlichkeit: Deutschland" *ap.* von Bogdandy, A. - Cruz Villalón, P. - Huber, P.M. (Eds.). *Ius Publicum Europaeum*, Müller, Heidelberg, 2008, V. II, p. 10. También se le asigna a la Constitución, debido a las referidas estipulaciones de apertura o estatalidad abierta, una destacada función de inclusión -a través de un factor de incorporación multicultural- en el seno de sociedades diversas, que animan la idea -al propio tiempo- de un sistema u orden policéntrico, *cf.* WEILER, J.H.H. "European Neo-constitutionalism" *ap.* Bellamy, R. - Castiglione, D. (Eds.). *Search of Foundations for the European Constitutional Order, Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives*, Blackwell, Oxford, 1996, pp. 517 y ss; DI FABIO, U. "Öffentliche Meinung im System polyzentrischer Herrschaft", *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften*, 7 (2009), p. 666 y ss. De allí que bien puede retenerse la crítica waldroniana hacia los argumentos del atomismo individual -defendido por los partisanos de una comunidad en reducida escala-: si, como los teóricos comunitaristas insisten, existe una deuda de procedencia con las estructuras sociales que han formado a sus integrantes, debería -por tanto- reconocerse igualmente un débito con la *comunidad global* -de la misma manera en que se resulta deudor de un particular Estado, nación, región, etc.-, pues las estructuras de acción e interacción, de dependencia e interdependencia, trascienden -sin esfuerzo- las fronteras nacionales y étnicas, y hasta habilitan la oportunidad de perseguir comunes y trascendentes proyectos bajo condiciones de benevolencia, cooperación e intercambio -conllevando, así, una moderna realización del pensamiento aristotélico: iguales que se orientan a sí mismos en común para la búsqueda de la virtud-, *cf.* WALDRON, J. "Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative" *ap.* Kymlicka, W. (Ed.). *The Rights of Minority Cultures*, Oxford University Press, Oxford, 1995, p. 102-105.

(62) Gracias al reciente trabajo de los Profesores Richard Albert, Carlos Bernal y Juliano Zaiden Benvindo, los estudiosos interesados en el examen del cambio constitucional en América Latina -especialmente en lo atinente a las transformaciones de gran alcance logradas sobre características estructurales básicas del poder y la sociedad como en la agenda de derechos fundamentales-, cuentan con posibilidades más constructivas para el análisis de la utilidad de este intenso período de modificaciones constitucionales en orden a la descripción de su naturaleza y alcance, al develamiento de las motivaciones de los actores políticos, a la teorización de cómo ejecutar mejor los procedimientos de reforma constitucional, etc., *vide* ALBERT, R. - BERNAL, C. - ZAIDEN BENVINDO, J. *Constitutional Change and Transformation in Latin America*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2019. Asimismo, puede encontrarse un perspicaz informe sobre el estado del arte de las profundas alteraciones habidas y sus variados resultados -principalmente en los últimos 25 años- en el constitucionalismo latinoamericano en el escrutinio expuesto por CRAWFORD, C. - BONILLA MALDONADO, D. "Introduction" *ap.* Crawford, C. - Bonilla Maldonado, D. (Eds.). *Constitutionalism in the Americas*, Elgar, Cheltenham - Northampton, 2018, pp. 1 y ss.

constitucional de 1994⁶³, 74.3 de la Constitución de República Dominicana de 2015⁶⁴, etc., de su equivalencia con enmiendas constitucionales -*v.gr.*, art. 5, LXXVIII N° 3 de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, a propósito de la reforma constitucional de 2004⁶⁵-, y hasta de su preeminencia normológica sobre el nivel normativo doméstico, sea en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables -*v.gr.*, art. 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999⁶⁶-, sea que se consagre directamente su prevalencia en el orden interno -*v.gr.*, arts. 46 de la Constitución de Guatemala de 1985⁶⁷, 93 de

(63) La estipulación constitucional nativa antedicha reza: “(...) *Corresponde al Congreso (...) aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional*”. En ejercicio de esa atribución congresional, se ha incorporado al bloque de constitucionalidad: en 1997 -en razón de la Ley N° 24820- la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, luego en 2003 -con motivo de la Ley N° 25778- la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad y, finalmente, en 2014 la Convención sobre Derechos de Personas con Discapacidad -en virtud de la Ley N° 27044-.

(64) En tanto se estipula en la Carta Política: “(...) *los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado*”.

(65) Sin perjuicio de que el constituyente previera que las relaciones internacionales se rigen “(...) *por los siguientes principios: II.- Prevalencia de los Derechos Humanos*” -art. 4-, se ha conferido valencia constitucional a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos al tasarlos como “(...) *equivalentes a las enmiendas constitucionales*” -art. 5, LXXVIII N° 3, a propósito de la reforma constitucional de 2004-.

(66) Con motivo del enunciado normativo que precisa: “(...) *los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público*”.

(67) Al inscribir positivamente en el documento constitucional: “(...) *el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el Derecho interno*”.

la Constitución Política de Colombia de 1991⁶⁸, 13.IV de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009⁶⁹, etc.-.

Asimismo, la taxonomía de tales cláusulas -tributarias de un genuino *momento fundacional* en el devenir del constitucionalismo latinoamericano⁷⁰- descubre una *vis expansiva*, si se retiene la asiduidad con la que los constituyentes inscriben estándares de *interpretación armonizante o conformadora* de la Constitución al albor del estatuto internacional de derechos humanos -v.gr., arts. 1 & 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 -según la reforma constitucional de 2011-, 93 de la Constitución de Colombia de 1991, 13.IV de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009, Disposición Transitoria IV de la Constitución Política del Perú de 1993, etc.-; de *aplicación directa e inmediata* de las normas constitucionales e internacionales que consagran derechos humanos -v.gr., arts. 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, 74.4 de la Constitución de República Dominicana de 2015, etc.-; de *exigibilidad judicial y desarrollo progresivo* del contenido de los derechos -v.gr., arts. 11, inciso 3, & 3, e inciso 8 de la ley constitucional ecuatoriana de 2008-; de *promoción, respeto y protección* de los derechos previstos en regulaciones constitucionales e internacionales -v.gr., arts. 5.2 de la Constitución de Chile de 1980, 46 de la de Nicaragua con motivo de la enmienda constitucional de 2005, etc.-; de *admisión de un orden jurídico supranacional* que garantice la vigencia de los derechos humanos -v.gr., art. 145 de la Constitución de Paraguay de 1992-; de aplicación principiología de directrices hermenéuticas *pro ser humano*, no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta -v.gr., art. 417 de la carta constitucional ecuatoriana de 2008-, o bien, del criterio exegético *más favorable* a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, la procura de armonización con los bienes e intereses protegidos por la Constitución -art. 74.4 del instrumento constitucional dominicano de 2015-; de solidaridad, de afianzamiento de la paz y la democracia universales, de *inviolabilidad de la dignidad*

(68) En tanto el texto de la Ley Mayor reza: "(...) los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia".

(69) Al acuñar la siguiente fórmula en la Ley Fundamental: "(...) los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia".

(70) Aquí lo atractivo estriba en que si bien -al menos, convencionalmente- los momentos de fundación se presentan como eventos históricos que rompen los lazos con el anterior régimen y sientan las bases para el establecimiento de un nuevo orden constitucional -y hasta, a menudo, se los describe como ocurridos radicalmente, o bien, se los ejemplifica mediante la emergencia de una revolución-, lo cierto es que contribuyen decisivamente a configurar el Derecho nacional, influyen en los sistemas jurídicos de Estados circundantes, establecen estructuras de poder futuras y hasta refuerzan las instituciones políticas establecidas por la Constitución, *vide in extenso* ALBERT, R. - GURUSWAMY, M. - BASNYAT, N. *Founding Moments in Constitutionalism*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2019.

humana -arts. 15 y 59 de la Constitución de Honduras de 1982, en razón de la reforma constitucional de 1994-; de *proscripción de celebración y ratificación de tratados que lesionen o menoscaben derechos y garantías fundamentales* de la persona humana -art. 146 de la Constitución de la República de El Salvador de 1983-; etc.

Para algunos doctrinarios he aquí el sentido de la *cultura constitucional de los derechos*, la que -previene Wojciech Sadurski- si bien reconoce un punto de partida en los textos constitucionales, no se confina -con seguridad- a sus estipulaciones, pues gran parte de los contenidos de aquélla pueden ser iluminados por la forma en que los sujetos interpretativos -en especial, los tribunales de justicia- comprenden, interpretan, articulan y hasta desarrollan los derechos -o fragmentos de derechos- a partir de los enunciados esbozados en la Constitución⁷¹.

5. Ciertamente del tenor de las disposiciones hasta aquí glosadas -al menos, si se consiente que el ordenamiento jurídico no es una simple reunión de aquéllas sino la entidad que con vida independiente de ellas resulta⁷²-, algunos teóricos constitucionales describen un progresivo avance del Derecho internacional de los derechos humanos en razón del cual adquieren membresía en el Derecho interno diversos instrumentos internacionales de derechos humanos sea con prelación sobre todo el orden doméstico -incluida la propia Constitución-, sea con nivelación simétrica a la de la Ley Mayor⁷³, desaguando su argumentario en la proyección *maximalista* de un modelo de *contorno abierto y dinámica constitucional*:

“(...) la Constitución muta y cambia a medida que se van incorporando nuevos tratados sobre la materia que impacten su contenido original. En este sentido, el intérprete de la norma constitucional ya no sólo debe estar atento al desarrollo de la jurisprudencia constitucional, sino además al contenido de los nuevos tratados sobre derechos humanos y la jurisprudencia internacional relativa a su evolución interpretativa. Ello nos plantea una dinámica necesaria para interpretar la Constitución teniendo en cuenta los estándares mínimos emanados de los instrumentos internacionales y su jurisprudencia”⁷⁴.

(71) SADURSKI, W. “Preface” *ap. Rights Before Courts*, Springer, Dordrecht, 2005, p. XVIII.

(72) ROMANO, S. *The Legal Order*, Routledge New York, 2017, pp. 11 y ss., pp. 25 y ss.

(73) *Vide, v.gr.*, BIDART CAMPOS, G.J. “El supuesto conflicto (inexistente) con la Constitución” *ap. El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 455; NOGUEIRA ALCALÁ, H. “El uso del Derecho Convencional Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno en el periodo 2006-2010”, *Revista Chilena de Derecho*, 39 (2012) 149; AYALA CORAO, C. “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias” *ap. Méndez Silva, R. (Coord.). Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México, 2002, pp. 37-90.

(74) AYALA CORAO, C. “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias” *ap. Méndez Silva, R. (Coord.). Derecho Internacional de los Derechos Huma-*

En puridad, los patrocinadores de este hábito argumentativo entienden que la versión *ortodoxa* de la supremacía constitucional se *traduce* -y actualiza- en un concepto *compatible* con contenidos de Derecho internacional⁷⁵, aunque le compete a la propia Constitución en su condición de norma primaria y fundante del orden jurídico estatal -*norma normorum*- disponer la *gradación jerárquica* de éste y hasta, inclusive, su *propio emplazamiento* dentro del mismo⁷⁶.

nos. *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México, 2002, pp. 37-90; *Ibidem. Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Porrúa, México, 2013, pp. XIII-XXVIII.

(75) En este tramo, pueden consultarse diversas muestras del uso argumentativo: así, *v.gr.*, se asevera que las disposiciones de origen internacional deben integrarse al ordenamiento jurídico interno como fuente adicional en materia de protección de derechos fundamentales, sin perjuicio de admitir que -en el sistema jurídico nacional- resultan, en definitiva, las propias Constituciones las que determinan el *modo de incorporación y de jerarquía* de los preceptos internacionales, *cfr.* JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.J. "La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho interno", *Revista IIDH*, 7 (1988) 25. O bien, que los tratados internacionales -desde el punto de vista clásico competencial formal- no son algo distinto del constitucionalismo, sino *parte* del mismo: son *firmados bajo autorización constitucional*, al tiempo que los *valores subyacentes* a los sistemas regionales de protección de derechos humanos -y hasta a los de integración- *componen la dimensión axiológica de la Constitución* -si se retiene, *v.gr.*, que, con asiduidad, aluden al apuntalamiento de los derechos, el fortalecimiento de la paz, la cooperación internacional, el desarrollo económico y comercial, etc., *cfr.* CARNOTA, W.F. "Marco teórico-conceptual de los tratados internacionales" *ap.* Carnota, W.F. -Maraniello, P.A. (Dirs.). *Tratado de los Tratados Internacionales*, La Ley, Buenos Aires, 2011, V. I, p. 12. Incluso, otras técnicas argumentativas más radicales pregonan que si se retiene -en el orden doméstico- que la Constitución se presenta como conjunto de normas jurídicas de máximo rango, plasmadas en un documento solemne, las cuales regulan el ordenamiento del Estado respecto a su organización, forma y estructura fundamentales, así como la relación básica con sus ciudadanos y fijan determinados contenidos incluidos en la Constitución como consecuencia de su modificabilidad dificultada, *cfr.* STERN, K. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 214, se arguye que el emplazamiento del Derecho internacional de los derechos humanos impacta de tal modo sobre la Ley Fundamental, que se constataría un abandono de la idea tradicional que la avizora como suprema orientación del esquema jurídico nacional, adoptando, en cambio, un rol que se integra con la orientación emplazada para las normas fundamentales que reconocen -como basamento común- derechos humanos, a la vez de verificarse la apertura del Derecho interno a los preceptos internacionales dotados de superlegalidad constitucional, *cfr.* GOZAÍNI, O.A. "El significado actual de la Constitución" *ap.* *El significado actual de la Constitución. Memorias del Simposio Internacional*, UNAM, México, 1998, p. 351; *Ibidem. Tratado de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano*, La Ley, Buenos Aires, 2014, V. I, pp. 220 y ss.

(76) Al menos, si se retiene la comprensión de la Constitución como la "(...) *fuerza jurídica de la potestad soberana atribuida al sujeto 'pueblo', quien la recupera en base a una condición de mera facticidad*", *cfr.* MORTATI, C. "Commento all'art. 1 Cost." *ap.* Branca, G. (Ed.). *Commentario della Costituzione*, Zanichelli - Foro Italiano, Bologna - Roma, 1975, p. 22, sin que ello impida la distinción -sufragada por Vittorio Frosini- entre las atribuciones del pueblo y las de la Constitución: "(...) *al primero se le confiere la titularidad del poder soberano, y a la segunda, en cambio, su ejercicio concreto, distinción de carácter decisivo para la configuración jurídica de un poder (...) si bien en el texto mencionado el ejercicio también viene atribuido al pueblo, se produce, no obstante, una alteración o conversión de la soberanía como status subjetivo (el pueblo soberano) en soberanía como modus operandi en ciertas formas y dentro de ciertos límites, a través de los cuales la soberanía se define y circunscribe*", *cfr.* FROSINI, V. "Kelsen y las interpretaciones sobre la soberanía", *REDC*, 11 (31) (1991) 61-74, 69-70.

Es frecuente, entonces, que tales académicos aseveren que la norma de base, en común con los instrumentos internacionales de derechos humanos con valencia constitucional, componen -al menos, tal como se sufraga en la experiencia doméstica- un *bloque de constitucionalidad* -también rotulado *bloque normativo*, *núcleo constitucional*, etc.- con igual superioridad normológica, supraordinando así a los niveles de reparto normativo del Derecho infraconstitucional y aprovisionando una doble vertiente -a través del *tándem* de fuentes vernáculas y heterónomas- de derechos⁷⁷.

(77) Vide MANILI, P.L. “El bloque de constitucionalidad” ap. Sabsay, D.A. (Dir.). Manili, P.L. (Coord.). *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, T. III, pp. 718 y ss; *Ibidem*. *El bloque de constitucionalidad. La aplicación de las normas internacionales de derechos humanos en el ámbito interno*, Astrea, Buenos Aires, 2017. Es usual -entre los tratadistas de Derecho constitucional- la reseña a la noción conceptual divulgada por BIDART CAMPOS, G.J. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, EDIAR, Buenos Aires, T. I-A, 2005, pp. 295 y ss., en el sentido de que el bloque de constitucionalidad importa “(...) conjunto normativo que parte de la Constitución, y que añade y contiene disposiciones, principios y valores que son materialmente constitucionales fuera del texto de la Constitución escrita.” Para una lectura del instituto en el ensayo europeo, *vide in extenso* FAVOREU, L. “El bloque de constitucionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, V (1990) 45, quien reseña que el *bloc de constitutionnalité* “(...) se refiere, generalmente, a los «principios y reglas de valor constitucional» para designar el conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la ley”, recordando que la construcción conceptual ha sido utilizada de forma regular, en la doctrina, a partir del estudio dedicado al principio de constitucionalidad [FAVOREU, L. “Le principe de constitutionnalité: essai de définition d’après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel” ap. *Mélanges Eisenmann*, Cujas, Paris, 1975, p. 33], en el que se empleaba tal expresión para explicar las consecuencias resultantes de la decisión fundadora *Conseil Constitutionnel*, despachada el 16 de julio de 1971, relativa a la libertad de asociación [FAVOREU, L. - PHILIP, L. *Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel*, Sirey, Paris, 1989, & 19]. Empero, si la expresión *principio de constitucionalidad* se encontraba ya desde 1928 en la tesis de Charles Eisenmann, en cambio, la de bloque de constitucionalidad no figuraba en ella. Sin embargo, en el ámbito del Derecho administrativo se hacía -y todavía se hace- referencia habitualmente al *bloque de legalidad -bloc de légalité-*, presente en el ideario Maurice Hauriou bajo la denominación de *bloque legal* [EISENMANN, C. *Le Droit Administratif et le principe de légalité*, EDCE, Paris, 1957, p. 26] y el que remitía a la designación, por encima de las leyes, de todas las reglas que se imponen a la Administración en virtud de la subordinación de su accionar al orden jurídico y que no entrañaban la misma naturaleza que aquéllas, ya que un cierto número reconocía un origen jurisprudencial -especialmente los principios generales de Derecho-. A partir de la noción de bloque de legalidad -explica el Profesor de la Université d’Aix-Marseille III- ha nacido y se ha desarrollado la de bloque de constitucionalidad, convocando la atención de los expertos en el análisis del contenido y sentido actuales del prototipo conceptual de marras -principalmente a partir de que Georges Vedel, antiguo miembro del Consejo Constitucional, se dedicara al emplazamiento de la *Déclaration de 1789* en el bloque de constitucionalidad [VEDEL, G. *La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, Paris, 1989, p. 35]-. Sobre la nomenclatura *bloque de supralegalidad*, *vide* LUCHAIRE, F. *Le Conseil Constitutionnel*, Economica, Paris, 1980, p. 130. Por lo restante, se identifican en la experiencia francesa en orden a la conformación de su compleción: (i) elementos *esenciales* -disposiciones de la Constitución de la *Ve République* de 1958, de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, del Preámbulo de la Constitución de la *IVe République* de 1946 y, finalmente, la Carta del Ambiente de 2004- como (ii) componentes *marginales* -principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, regularmente enlistados por la jurisprudencia del Consejo Constitucional: *v.gr.*, asociación, defensa, enseñanza, conciencia, libertad individual, etc.-; en cambio, no adquieren membresía en el bloque de constitucionalidad -resultando, así, excluidos-: los reglamentos de las asambleas, las normas internacionales y los principios generales del Derecho. Sobre

Sin embargo, poco se ha examinado -o, al menos, presentado en conexión con la tesis de *recursividad interna*- sobre el punto hacia el cual se orientan, en la dimensión normativa, las líneas de argumentación que alientan tales eruditos, aunque ciertos progresos puedan computarse de estar, *v.gr.*, a las observaciones pergeñadas por Otto Pfersmann⁷⁸, a partir de la idea de que si las Constituciones son -por definición- la base normativa de un sistema jurídico, en tanto conjunto de normas que definen las condiciones para la validez de otras normas⁷⁹, los expertos no deberían desalentarse, primeramente, ante los problemas que suscitan las objeciones políticas a tal raciocinio, ligadas esencialmente a la evidencia de textos constitucionales que suelen mostrarse -a menudo- como *polimórficos*, *i.e.*, conteniendo distintos niveles de normas y revelando que, en realidad, median estipuladas -en lugar de una única forma supralegal de normas- tantas formas como métodos de producción de normas para las diversas condiciones y/o efectos normativos previstos⁸⁰, de la misma manera

la muestra española, *vide in extenso* RUBIO LLORENTE, F. "El bloque de constitucionalidad", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 27 (1989) 9, con observaciones críticas al punto de referencia que la dogmática regularmente asigna al art. 28 de la Ley Orgánica Nº 2/1979 del Tribunal Constitucional como al argumento presente en la jurisprudencia de este último en tanto lo reseña como "(...) una noción compleja que hace referencia a un conjunto de disposiciones utilizables como parámetro de la legitimidad constitucional de las leyes, pero no a contenidos normativos concretos que no puedan ser modificados de acuerdo con el procedimiento previsto según la naturaleza de cada disposición", *cfr.* STC JC, XII-62 y ss.

(78) PFERSMANN, O. "Five Theses About the Foundations of Constitutional Law" *ap.* Riberi, P. - Lachmayer, K. (Eds.). *Philosophical or Political Foundations of Constitutional Law?*, Nomos - Facultas Verlag, Wien, 2014, pp. 16-17, en la consideración de que si -en el Derecho- el fundamento de una norma está dado por otra norma del sistema, una norma de otro sistema no podría atribuir validez jurídica a una prescripción fuera del sistema y viceversa: "(...) si hay una conexión fundacional entre dos o más normas, entonces es porque ambas pertenecen al mismo sistema. Si fuera de otra manera, las normas podrían existir sin fundamentos, o con un fundamento no-normativo, lo cual resultaría lo mismo. Obviamente, si se acepta alguna variedad de naturalismo, tal imposibilidad desaparece".

(79) PFERSMANN, O. "Pour une typologie modale de classes de validité normative" *ap.* Petit, J.L. (Ed.). *La querelle des normes. Hommage à Georg Henrik Von Wright*, Université de Caen, 27 (1995) 69-113. *Vide etiam* Ibidem. "Arguments ontologiques et argumentation juridique" *ap.* Pfersmann, O. - Timsit, G. (Eds.). *Raisonnement juridique et interprétation*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2001, pp. 11 y ss.

(80) PFERSMANN, O. "Five Theses About the Foundations of Constitutional Law" *ap.* Riberi, P. - Lachmayer, K. (Eds.). *Philosophical or Political Foundations of Constitutional Law?*, Nomos - Facultas Verlag, Wien, 2014, pp. 19-20, abrigando la convicción de que aun el *polimorfismo constitucional* más complejo y desarrollado luce atrapado por la función recursiva de validez: "(...) en tal caso, ciertas normas constitucionales pueden verse anuladas cuando las mismas violasen otras normas constitucionales de mayor jerarquía. Ahora bien, si las Constituciones fueran de tal manera polimórficas y más específicamente, si dicho polimorfismo constitucional fuera "no-equivalente", por ejemplo, si hubiera invalidantes reales, entonces, ¿por qué seguir hablando de Constitución? Cualquiera sea el nombre o el estatus legal que ostenten, aplicando nuestra definición de manera estricta, la verdadera Constitución solamente estaría integrada por esos pocos principios que otras normas del sistema están llamadas a respetar (...) si bien podemos tener distintos niveles de jerarquizados principios constitucionales, por construcción, ninguno de ellos puede estar por encima o fuera de la Constitución." Alrededor de la etiqueta de polimorfismo constitucional y la reconstrucción de categorías constitucionales, *vide in profundis* PFERSMANN, O. "The Only Constitution And It's Many Enemies" *ap.* Sajo, A. - Uitz, R. (Eds.). *Constitutional Topography: Values and Constitutions*, Eleven International

que, luego, tampoco deberían turbarse por los bemoles que desviste el fenómeno de internacionalización del Derecho constitucional y constitucionalización del Derecho internacional -si bien aquí la controversia se desplaza más allá de los lindes vernáculos-, ante la incidencia de instrumentos y tribunales supranacionales que pretenden imponer sus decisiones a los Estados, incitándolos a preguntarse ¿si las Constituciones, todavía, pueden afirmarse como la *pedra de toque* del sistema jurídico? En aras de robustecer este dilema, el Profesor de la *Université Paris-Sorbonne* explica que, de admitirse que los sistemas jurídicos pueden ser subsistemas parciales de otro sistema más elevado, las consecuencias que se derivan no resultan nimias, pues a más de seguirse que los últimos se erigirían en fundamento con relación a los primeros, lo sugestivo finca en que la recursividad interna se estratifica: un sistema jurídico puede efectivamente encontrar fundamentos en otro sistema jurídico, pero tal propiedad cabría predicarla de modo específico, en el sentido de que, apenas, si autoriza a un orden jurídico a establecer una Constitución con limitaciones -más o menos débiles o más o menos fuertes- sólo con respecto a ciertos dominios -tal es el caso, v.gr., en lo que atañe a los derechos humanos-. De allí que, inclusive, de cobijarse la conclusión atinente a que la validez final de aquella reposa en el Derecho internacional como un sistema global, tal aseveración, lejos de significar que tal orden jurídico esté regulando in totum en cada uno de los Estados, remite, en cambio, a la demostración de que, al fin de cuentas, los Estados existen como sistemas jurídicos y que -precisamente de ello- se desprende que tienen una Constitución a partir de la cual se decide la transferencia de competencias a otros sistemas⁸¹.

Para el presente debate, quizás, es suficiente con conceder que las relaciones jerárquicas entre las fuentes -según lo estima Giorgio Pino- están determinadas predominantemente por las *actividades interpretativas* -en un sentido amplio- de los juristas y los órganos de la aplicación⁸², de suerte que la literatura jurídica sobre el

Publishing, Utrecht, 2010, pp. 45 y ss. *Vide etiam* Ibidem. "Unconstitutional Constitutional Amendments: A Normativist Perspective", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 67 (2012) 81-113; Ibidem. "La production des normes: production normative et hiérarchie des normes" ap. Troper, M. - Chagnollaud, D. (Eds.). *Traité international de Droit Constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2012, V. II, pp. 483-528.

(81) PFERSMANN, O. "Five Theses About the Foundations of Constitutional Law" ap. Riberi, P. - Lachmayer, K. (Eds.). *Philosophical or Political Foundations of Constitutional Law?*, Nomos - Facultas Verlag, Wien, 2014, pp. 22-23, sin perjuicio de aclarar lo interesante que resulta la cada vez más compleja integración parcial y singular de sistemas jurídicos -y entre los Estados-, dentro de otros sistemas, sobre los que la conformidad de las acciones de gobierno se torna recientemente limitada, mientras que la validez de la Constitución, como tal, permanece inmutable.

(82) PINO, G. "La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione", *Ars Interpretandi*, 16 (2011) 19-56, abrigando la consideración de que -en general- los intérpretes parecen retener un buen margen de maniobra -más extenso en algunos casos y para algunos tipos de intérpretes, menos extenso en otros casos y para otros tipos de intérpretes- con miras a determinar el valor preceptivo de los textos normativos, *i.e.*, en la atribución del título de fuente del Derecho a un determinado documento; conteste -así- con el argumento de que los textos normativos no presentan *per se* significación alguna *a priori*, pues ella es conferida necesariamente por sus intérpretes, *cfr.* OST, F. - VAN DE KERCHOVE, M. *De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du Droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 390. Incluso, Joseph Raz ha reiterado

tópico está densamente poblada de referencias al movimiento del constitucionalismo internacional, en el que ciertos expertos han puesto de relieve, con sujeción a los arts. 75.22 de la Ley Fundamental y 63 y ss. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, la emergencia -en la lexicografía constitucional- de una *nueva visión* de la Constitución política del Estado en la que afloran operaciones de construcción y selección de interpretaciones⁸³: la *Constitución convencionalizada*, i.e., (i) una Constitución nacional *depurada* de sus elementos inconventionales; (ii) además *conformada* o *reciclada* según el texto del Pacto mencionado y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es interesante, entonces, advertir la posibilidad de que la Constitución convencionalizada resulte susceptible de presentar una imagen más *reducida* respecto de la Constitución nacional -v.gr., en supuestos en los que ciertos trozos de ésta colisionan con el propio Pacto y su interpretación metatextual por el Tribunal regional de derechos humanos-, aunque también puede exhibir una figuración más *extensa* -v.gr., en hipótesis en las que el operador añade a la ley constitucional original, por vía de interpretación mutativa, conceptos básicos vertidos en el Derecho judicial interamericano que complementan derechos enunciados en el sistema constitucional doméstico, o bien, contenidos de los que *ab initio* carecería con miras al despliegue de sus cláusulas en un rumbo hermenéutico determinado⁸⁴.

ad nauseam la idea de que la existencia de instituciones *creadoras* de normas -aunque característica de los sistemas jurídicos modernos- no entraña un rasgo necesario de todos los sistemas jurídicos, a diferencia de la existencia de cierto tipo de instituciones *aplicadoras* de normas que sí lo es, *cfr.* RAZ, J. "The Institutional Nature of Law", *Modern L. Rev.*, 38 (1975) 491.

(83) SAGÜÉS, N.P. *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución Nacional a la Constitución convencionalizada*, Porrúa, México, 2013, pp. 323 y ss; *Ibidem*. "El control de convencionalidad en Argentina. ¿Ante las puertas de la Constitución convencionalizada?" *ap.* Calogero, P. (Dir.). Mezzetti, L. (Coord.). *Tribunales supranacionales y tribunales nacionales*, Astrea, Buenos Aires, 2016, V. I, pp. 299 y ss. Incluso, se ha reseñado que el control de convencionalidad se perfila -a la postre- como un *contralor de supraconstitucionalidad*, *cfr.* SAGÜÉS, N.P. "El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un *Ius Commune* Interamericano" *ap.* von Bogdandy, A. - Ferrer Mac-Gregor, E. - Morales Antoniazzi, M. (Coords.). *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina?*, UNAM - Max Planck Institute, México, 2010, V. II, pp. 462-464.

(84) *Vide in profundis* SAGÜÉS, N.P. "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. A propósito de la Constitución convencionalizada", *Parlamento y Constitución*, XIV (2011) 143. Otro tanto puede relevarse del análisis del proceso de transnacionalización del Derecho constitucional en función del tránsito de la unidad a la *pluralidad interpretativa* -discurriendo entre la *primera palabra*, interpretación en sede doméstica, y la última palabra, interpretación en sede supranacional- y un *racconto* del menú de las principales *técnicas de cohabitación* articuladas sobre un cuantioso nodo de conceptos jurídicos indeterminados -v.gr., principio de identidad constitucional, y su versionado italiano a través de la doctrina de los *controlimiti*; delimitación del área operativa del margen de apreciación nacional; adjudicación de conflictos interpretativos a través del método de interpretación conforme, etc.-, algunos especialistas han sugerido la imagen de un *escenario jurídico fragmentado* entre una diversidad de sistemas jurídicos autónomos interconectados y sujetos a influencia recíproca -en lugar de su visión de compartimientos estancos e incomunicados-, en el que las *relaciones interordinamentales* -propias de un *contexto de normas interconectadas*- conduce a la formación de una *comunidad de intérpretes finales*,

Hay otras figuras -por cierto- que, si bien no conducen necesariamente a la exclusión radical del modelo piramidal, sí acusan -en cambio- una decisiva tendencia a socavarlo parcialmente; de allí que es frecuente la alusión a los siguientes especímenes conceptuales: *v.gr.*, estratificación⁸⁵, especies de jerarquías⁸⁶, interpenetraciones de sistemas⁸⁷, pluralidad de pirámides que comprenden normas de jerarquía subvertida⁸⁸, etc.

6. Si se recapitularan los argumentos hasta aquí expuestos, se colegiría -con claridad meridiana- cómo los mismos han logrado anidar -incluso- en los repertorios de la Corte IDH, pues en éstos se anota la existencia de una *viva interacción*⁸⁹ entre el Derecho interno y el Derecho internacional con intensos *vasos comunicantes* que propician no sólo el *diálogo jurisprudencial*⁹⁰, en la medida en que ambas jurisdicciones

vide in extenso PIZZOLO, C. "Una comunidad de intérpretes finales en materia de derechos humanos" *ap.* Calogero, P. (Dir.). Mezzetti, L. (Coord.). *Tribunales supranacionales y tribunales nacionales*, Astrea, Buenos Aires, 2016, T. I, pp. 249 y ss; *Ibidem.* *Comunidad de intérpretes finales. Relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos*, Astrea, Buenos Aires, 2017, pp. 1 y ss, 77 y ss.

(85) VIRALLY, M. *La pensée juridique*, LGDJ, Paris, 1960, p. 177.

(86) AMSELEK, P., "Réflexions critiques autour de la conception kelsenienne de l'ordre juridique", *Revue du Droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1 (1978) 5, 14.

(87) RIGAUX, M.F. "Quelques réflexions sur l'évolution constitutionnelle de la Belgique et les relations internationales" *ap.* *Évolution constitutionnelle en Belgique et relations internationales. Hommage à Paul de Visscher*, Pedone, Paris, 1984, p. 175.

(88) TROPER, M. "Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique", *Revue Internationale de Philosophie*, 138 (1981) 520, 528.

(89) De estar a la expresión del *ex* Presidente de la Corte IDH, Diego García-Sayán, en ocasión de su trabajo intitulado *Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos ap. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo: 1979-2004*, Corte IDH, San José de Costa Rica, 2005, pp. 323-384.

(90) Voto Razonado, Juez Ad Hoc Ferrer Mac-Gregor, E., Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sent. Serie C/220, de fecha 26.11.2010, párrafo 31, en la comprensión de que el mencionado diálogo "(...) incide en la debida articulación y creación de estándares en materia de protección de los derechos humanos en el continente americano o, por lo pronto, en Latinoamérica. El Derecho internacional de los derechos humanos se conjuga con el Derecho constitucional o, si se prefiere, se enlazan el Derecho constitucional internacional y el Derecho internacional de los derechos humanos." En oportunidad reciente, Geoffrey Sigalet, Grégoire C.N. Webber y Rosalind Dixon explican -en puridad- que la metáfora del diálogo [*dialogue's metaphor*] puede ser empleada para describir una diversidad de aspectos ligados al patrón de interacciones entre las ramas del gobierno -en mayor medida, entre los departamentos legislativo y judicial, sin descontar, aunque con menor intensidad, al de índole ejecutiva- en la amplia gama de democracias constitucionales -pese a su progresiva extensión hacia la reseña y examen de interacciones federales, trasnacionales e internacionales-, aunque también el rótulo se empeña para la descripción de las *prácticas institucionales* emergentes de la mentada interacción en mérito de las cuales resulta posible evaluar, justificar o criticar a ésta última, sin marginar que la invocación metafórica no se limita, entre sus *protagonistas*, a los académicos sino a jueces, legisladores y funcionarios ejecutivos, etc., de tal modo que -en suma- el término *diálogo* remonta hacia una *pluralidad de diferentes metáforas* que recorren transversalmente *distintos contextos institucionales e interacciones*, sin perjuicio de que se condensan en la simple idea de que las *instituciones interactúan*. De allí que los Profesores de las Uni-

-doméstica e internacional- necesariamente deben atender a la normatividad *nacional* cuanto *convencional* en determinados supuestos⁹¹, como la transformación del dispositivo de control *concentrado* de convencionalidad -realizado fundamentalmente por la Corte en sede internacional- en uno de *control difuso de convencionalidad* al extender dicha fiscalización a todos los jueces nacionales como un deber de actuación en el ámbito interno -aunque reservándose la Corte IDH su calidad de *intérprete última de la Convención Americana* cuando no se logre la eficaz tutela de los derechos humanos en el ámbito interno⁹², sino también la formación de un *bloque de convencionalidad* que operaría como parámetro de la inspección convencional difusa con

versidades de Stanford, Queen y New South Wales respectivamente, advierten que es sólo uno de sus usos más prominentes -además de sugestivamente controversial- el atinente a la circulación y empinamiento de las conclusiones judiciales sobre cuestiones de constitucionalidad -y de convencionalidad, *mutatis mutandi*- como la última palabra -*final words*-, independientemente de que la adjetivación de última se disipe ante la *chance* de que se registren *réplicas* legislativas o ejecutivas sobre la conformidad constitucional -y convencional-, las que, por cierto, atesoran, inclusive, estereotipos comparatistas de cuño normativo [*v.gr.*, en la Carta Canadiense de Derechos y Libertades de 1982, se descubren, al menos, dos referencias textuales: una asociada a la *limitations clause*, prevista en su art. 1, en función de la cual los derechos y libertades allí establecidos resultan "(...) sujetos solamente a restricciones razonables prescritas por la ley y cuya justificación pueda demostrarse en una sociedad libre y democrática", otra vinculada a la *notwithstanding clause*, estipulada en su art. 33.1, en razón de la cual el Parlamento o la legislatura de una provincia pueden promulgar una ley donde se declare expresamente -por un lapso máximo de 5 años a partir de su entrada en vigor, descontando que pueda nuevamente adoptarse tras su fenecimiento- que ésta o una de sus disposiciones es *aplicable independientemente* de alguna disposición comprendida en el art. 2 -que compendia las libertades fundamentales: de conciencia y religión, de pensamiento, creencia, expresión e información, de reunión pacífica y asociación- o en los arts. 7 a 15 -que recolectan una serie de garantías judiciales y el principio de igualdad- de la propia *Canadian Charter*], *cfr.* SIGALET, G. - WEBBER, G.C.N. - DIXON, R. "Introduction" *ap.* Sigalet, G. - Webber, G.C.N. - Dixon, R. (Eds.). *Constitutional Dialogue: Rights, Democracy, Institutions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 1-3.

(91) Voto Razonado, Juez Ad Hoc Ferrer Mac-Gregor, E., Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sent. Serie C/220, de fecha 26.11.2010, párrafo 7, como consecuencia de la siguiente argucia: "(...) la actuación de los órganos nacionales (incluidos los jueces), además de aplicar la normatividad que los rige en sede doméstica, tienen la obligación de seguir los lineamientos y pautas de aquellos pactos internacionales que el Estado, en uso de su soberanía, reconoció expresamente y cuyo compromiso internacional asumió".

(92) Voto Razonado, Juez Ad Hoc Ferrer Mac-Gregor, E., Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sent. Serie C/220, de fecha 26.11.2010, párrafo 22 *in fine*, lo que no impide la siguiente precisión -reseñada en oportunidad del párrafo 24-: "(...) el "control difuso de convencionalidad" convierte al juez nacional en juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad. Tienen los jueces y órganos de impartición de justicia nacionales la importante misión de salvaguardar no sólo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió. Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional, si se considera el carácter subsidiario, complementario y coadyuvante de los órganos interamericanos con respecto a los previstos en el ámbito interno de los Estados americanos y la nueva "misión" que ahora tienen para salvaguardar el corpus juris interamericano a través de este nuevo "control". Vide etiam Ibidem. "El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional" *ap.*

miras a establecer estándares regionales para la protección efectiva de los derechos humanos⁹³ y la *asimilación de conceptos del Derecho constitucional* -presente desde el mismo origen y desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos- a partir de la cual emergen los estereotipos conceptuales de *garantías convencionales* y hasta de *supremacía convencional*:

“(...) al crearse las “garantías” y “órganos” internacionales de protección de los derechos humanos. Se advierte claramente una “internacionalización del Derecho constitucional”, particularmente al trasladar las “garantías constitucionales” como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la “supremacía constitucional”, a las “garantías convencionales” como mecanismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos previstos en los pactos internacionales cuando aquéllos no han sido suficientes, por lo que de alguna manera se configura también una “supremacía convencional” (...) una de las manifestaciones de este proceso de “internacionalización” de categorías constitucionales es, precisamente, la concepción difusa de convencionalidad que estamos analizando, ya que parte de la arraigada connotación del “control difuso de constitucionalidad” en contraposición con el “control concentrado” que se realiza en los Estados constitucionales por las altas “jurisdicciones constitucionales”, teniendo la última interpretación constitucional los Tribunales, Cortes o Salas Constitucionales o en algunos casos, las Cortes Supremas y otras altas jurisdicciones”⁹⁴.

No obstante, en oportunidad reciente el parecer por sus fundamentos del Dr. Horacio D. Rosatti -al expedirse en el caso *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto*

Fix-Zamudio, H. - Valadés, D. (Coords.). *Formación y perspectiva del Estado mexicano*, México, El Colegio Nacional-UNAM, 2010, párrafos 151-188.

(93) Voto Razonado, Juez Ad Hoc Ferrer Mac-Gregor, E., Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sent. Serie C/220, de fecha 26.11.2010, párrafo 50.

(94) Voto Razonado, Juez Ad Hoc Ferrer Mac-Gregor, E., Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sent. Serie C/220, de fecha 26.11.2010, párrafos 21-22, aunque -se impone hacerlo notar- el término *supremacía convencional* había sido anticipado en la jurisprudencia consultiva de la Corte -al expedirse sobre la sujeción de la Comisión IDH a bases convencionales de legalidad en el curso del procedimiento de petición, con arreglo a los argumentos expuestos por aquélla en el escrito de observaciones- en el entendimiento de que el sistema interamericano de protección “(...) está dotado de una serie de garantías que aseguran el principio de supremacía convencional”, entre las que se enlistan garantías genéricas de carácter material -principalmente principios interpretativos, como los de buena fe y *pro homine*- y garantías particulares de entidad procedimental -tanto las referentes al procedimiento mismo de petición: *v.gr.*, condiciones de admisibilidad de las peticiones y principios de contradictorio y equidad procesal, y seguridad jurídica, etc., cuanto las atinentes al procedimiento contencioso ante el propio Tribunal regional de Derechos Humanos-, *cfr.* OC N° 19/05, Corte IDH. *Control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión IDH (arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Solicitada por la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 28.11.2005, párrafo 13. En orden a reseñas en la jurisprudencia contenciosa, *vide etiam* *Ibidem*, CortelDH, Sent. Serie C/184, caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, de fecha 06.08.2008, párrafo 65.

*s/informes- reivindicó -no sin polémica- la operatividad de un margen de apreciación nacional*⁹⁵ de la Suprema Corte Federal en la aplicación de las decisiones interna-

(95) A la herramienta en cuestión se le endilga regularmente un carácter polisémico, *cfr.* CHRISTOFFERSEN, J. *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Nijhoff, Leiden - Boston, 2009, pp. 236-240, descontando su desarrollo pretoriano en los anales de ciertos tribunales supranacionales de derechos humanos, *cfr.* SAPIENZA, R. "Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo", *Rivista di Diritto Internazionale*, 3 (1991) 571 *et seq.* Precisamente -explica Javier García Roca- sin perjuicio de descubrir la *realidad dual* en la que se encuentra emplazado el intérprete -ponderando- al mismo tiempo, la soberanía nacional y el orden convencional, como el Dios Jano que "(...) desde el dintel de las casa romanas miraba hacia dentro y hacia afuera"- ha resultado un espécimen conceptual, dotado de cierta autonomía y albergado dentro de *fronteras maleables* en el campo de la teoría europea, pues suele vincularse al principio de *subsidiariedad* -suponiendo su operatividad después de agotada la protección interna y en defecto de la misma, de modo que se repele la *chance* de sustitución de las decisiones nacionales- en virtud del cual aflora como una *reserva de decisión doméstica* -que oficia, así, de criterio de deferencia hacia la garantía nacional-, o bien se exhibe como un *espacio de maniobra* que las instituciones del sistema de protección internacional de derechos humanos conceden a las autoridades internas en el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de los documentos convencionales, y hasta se aproxima a una *directiva de discrecionalidad de valoración* -con reminiscencia a las figuras de *discretion administrative* en los doctrinantes franceses o de *Bewertungsraum* patrocinada por la doctrina germana- hacia la decisión interna, en virtud del cual la autoridad judicial supranacional puede *no enjuiciar plenamente el asunto y ratificar la decisión nacional* -en la medida en que ésta última exude la suficiente apariencia del buen derecho, en vez de sustituir al Estado demandado con sus propios puntos de vista, se impone a sí misma respetar un razonable principio de condescendencia ante los operadores jurídicos domésticos-, *cfr.* GARCÍA ROCA, J. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor, Navarra, 2010, pp. 85, 93, 113, 115, 134 y ss. Mientras en la experiencia europea -al menos desde 1958, oportunidad en la que la Corte Europea de Derechos Humanos evocara "(...) a certain margin of appreciation must be conceded to the Government" al pronunciarse en el asunto *Greece vs. United Kingdom*, ECHR, Application Nº 176/56, V. II, Report of 26 September 1958, & 318- los doctrinantes se han centrado -ante la ausencia de una definición por los jueces de Estrasburgo- en sistematizar el ámbito material de su casuística [Tulkens, F. - Donnay, L., "L'usage de la marge d'appréciation pour la Cour européenne des droits de l'homme: Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature?", *RSCDPC*, I (2006) 3 *et seq.*], en la práctica de índole interamericana, en cambio, su despliegue registra datos menos prolíficos y más bien de entidad residual, pese a que -desde mediados de la década de 1980- la Corte Interamericana de Derechos Humanos -al expedirse sobre el impacto del proyecto de reforma constitucional, a cargo de la Comisión Especial, de los arts. 14 y 15 de la Constitución Política de Costa Rica en torno a la adquisición de nacionalidad por naturalización- reseñaba en relación al examen de orientación legítima de distinciones de tratamiento con el propósito de no vulnerar parámetros de justicia, igualdad, bien común, etc., que suponen: "(...) valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso (...) en esa perspectiva, la Corte reitera el ya expresado señalamiento según el cual, a los efectos del otorgamiento de la naturalización, es el Estado que la concede el llamado a apreciar en qué medida existen y cómo deben apreciarse las condiciones que garantizan que el aspirante a obtenerla esté efectivamente vinculado con el sistema de valores e intereses de la sociedad a la que pretende pertenecer plenamente. En tal sentido, no puede ponerse en duda la potestad soberana de Costa Rica para resolver sobre los criterios que han de orientar el discernimiento o no de la nacionalidad a los extranjeros que aspiran a obtenerla, ni para establecer ciertas diferencias razonables con base en circunstancias de hecho que, por razones objetivas, aproximen a unos aspirantes más que a otros al sistema de valores e intereses de la sociedad costarricense (...) a la luz de los criterios expresados, un caso de distinción no discriminatoria sería la fijación de requi-

cionales -con base en los arts. 27 y 75 inc. 22 de la Ley Mayor-, añadiendo que en un contexto de *diálogo jurisprudencial* que maximice la vigencia de los derechos en juego sin afectar la institucionalidad y procure mantener la convergencia decisional entre los órganos con competencia para dirimir conflictos en los ámbitos internos y transnacional -en donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos representa la *máxima intérprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, mientras la Corte Suprema de Justicia de la Nación figura la *máxima intérprete de la Constitución Nacional*-, es menester que sus criterios -en cada caso concreto- se complementen y no colisionen⁹⁶.

sitos menos exigentes en relación con el tiempo de residencia para la obtención de la nacionalidad costarricense para los centroamericanos, iberoamericanos y españoles frente a los demás extranjeros. En efecto, no parece contrario a la naturaleza y fines del otorgamiento de la nacionalidad, facilitarla en favor de aquellos que, objetivamente, tienen con los costarricenses lazos históricos, culturales y espirituales mucho más estrechos, los cuales hacen presumir su más sencilla y rápida incorporación a la comunidad nacional y su más natural identificación con las creencias, valores e instituciones de la tradición costarricense, que el Estado tiene el derecho y el deber de preservar (...) la Corte tiene especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla. Pero de ningún modo podría verse en ella una aprobación a la tendencia existente en algunas partes a restringir exagerada e injustificadamente el ámbito de ejercicio de los derechos políticos de los naturalizados. La mayoría de estas hipótesis, no sometidas por cierto a la consideración de la Corte, constituyen verdaderos casos de discriminación en razón del origen o del lugar de nacimiento que crean injustamente dos grupos de distintas jerarquías entre nacionales de un mismo país”, cfr. CorteIDH, OC N° 4/84, Serie A, N° 4. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, de fecha 19.01.1984, párrafos 58, 59, 60 y 62. Aunque -también- en la actividad interpretativa del Tribunal regional de derechos humanos -con apelación al principio de proporcionalidad- se ha reconocido un ámbito de libre valoración de las medidas adoptadas por sujetos interpretativos nacionales dentro de los aspectos regidos por el Pacto de San José de Costa Rica -v.gr., en materia de libertad de expresión, Corte IDH, caso Perozo y otros vs. Venezuela, Sent. Serie C/195, de fecha 28.02.2009, párrafo 116; en relación a medidas restrictivas de libertad personal, Corte IDH, caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador, Sent. Serie C /170, de fecha 21.11.2007, párrafo 107; respecto de derechos políticos, Corte IDH, caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, Sent. Serie C/184, de fecha 06.08.2008, párrafo 162; etc. Por el contrario, en otras ocasiones, bajo la aplicación de resultados interpretativos habidos merced el método de ponderación, ha repelido la pertinencia del pronunciamiento en cuestiones atinentes a derechos sexuales y reproductivos: “(...) sobre los alegatos del Estado respecto a que contaría con un margen de apreciación para establecer prohibiciones”, CorteIDH, caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, Sent. Serie C/257, de fecha 28.01.2012, párrafo 316, sin perjuicio de su inoperancia para la cobertura de hipótesis de vulneración de bases convencionales de debido proceso: “(...) de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo”, cfr. Corte IDH, caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Sent. Serie C/107, de fecha 02.02.2004, párrafo 161.

(96) De allí que en el pronunciamiento por sus fundamentos apuntara: “(...) el constituyente ha consagrado en el citado art. 27 una esfera de reserva soberana (margen de apreciación nacional) delimitada por “los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional”, a los cuales los tratados internacionales -y con mayor razón aun la interpretación que de tales tratados se realice- deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad. A partir de esta cláusula no es posible hacer prevalecer automáticamente, sin

II. II. Alrededor de una deconstrucción sugerida por los portavoces del pluralismo jurídico: un espacioso laboratorio conceptual

7. Ahora bien, a diferencia de aquellos teóricos constitucionales que -todavía a tono de las notas del constitucionalismo *westfaliano*⁹⁷- defienden generalmente la existencia de principios sustantivos compartidos entre los distintos ámbitos de regulación y su articulación a través de relaciones de supraordenación *top down*

escrutinio alguno, el derecho internacional -sea de fuente normativa o jurisprudencial- sobre el ordenamiento constitucional. Esta interpretación es reflejo de una fuerte tradición en la práctica constitucional argentina, tal como supo exponerlo Joaquín V. González: “un tratado no puede alterar la supremacía de la Constitución Nacional, cambiar la forma de gobierno, suprimir una provincia o incorporar otras nuevas, limitar atribuciones expresamente conferidas a los poderes de gobierno, desintegrar social o políticamente al territorio; restringir los derechos civiles, políticos y sociales reconocidos por la Constitución a los habitantes del país, ni las prerrogativas acordadas a los extranjeros ni suprimir o disminuir en forma alguna las garantías constitucionales creadas para hacerlos efectivos...En cuanto la Constitución Nacional sea lo que es, el art. 27 tiene para la Nación significado singular en el derecho internacional” (Joaquín V. González, *Senado de la Nación, Diario de Sesiones, sesión del 26 de agosto de 1909, volumen IX, pág. 52.*), cfr. CSJN, Fallos 340:47. Del voto por sus fundamentos del Ministro Horacio D. Rosatti. Sobre la respuesta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *vide in extenso* CorteIDH, caso *Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*, Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, de fecha 18.10.2017, párrafos 12 y ss., como así también las censuras y debates suscitados en buena parte de la comunidad de doctrinantes nacionales, *vide in profundis* CLÉRICO, L. “La enunciación del margen de apreciación: Fontevicchia 2017 desde los márgenes”, *Redea*, 3 (7) (2018) 295-317; SAGÜÉS, N.P. “¿Puede válidamente la Corte Interamericana obligar a que una Corte Suprema nacional deje sin efecto una sentencia suya?”, *ED*, 272-437; SAGÜÉS, S. “Diálogo jurisprudencial y control de convencionalidad a la luz de la experiencia en el caso argentino” ap. Henríquez Viña, M. - Morales Antoniazzi, M. (Coords.). *El control de convencionalidad. Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*, DER, Santiago de Chile, 2017, pp. 281 y ss; ABRAMOVICH, V. “Comentarios sobre “Fontevicchia”, la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de Derecho Público Argentino”, *Revista Pensar en Derecho*, FD, UBA, 10 (2017) 9-25. Por lo restante, reténgase que ya en 2004 -al expedirse en el caso *Arancibia Clavel, E.L.*- el voto en disidencia del Dr. Carlos S. Fayt anticipaba: “(...) el art. 27 de la Constitución Nacional impide claramente la aplicación de un tratado internacional que prevea la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley penal, en tanto el principio de legalidad que consagra el *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* es innegablemente uno de los principios más valiosos de derecho público de nuestra Ley Fundamental. Es este *margen nacional de apreciación* el que determina que la garantía mencionada, consagrada a quienes son juzgados por tribunales argentinos, deba ser respetada estrictamente incluso tratándose de los denominados crímenes de *lesa humanidad*, cuando éstos se juzguen en el país”, cfr. CSJN, Fallos 327:3312. Del voto en disidencia del Ministro Carlos S. Fayt.

(97) El constitucionalismo *westfaliano* -*Westphalian constitutionalism*-, predeterminando por las ideologías constitucionales imperantes durante el extenso siglo XIX hasta prácticamente el término de la centuria pasada, se sustenta -a juicio de Martín Belov- en precisas precondiciones estructurales y conceptuales encerradas en los textos constitucionales y reflejadas -debido a su repercusión- en el terreno del Derecho internacional: *v.gr.*, la organización territorial exclusiva del poder público, la estructura jerárquica del orden normativo salvaguardada en lo jurídico por la gravitación del principio de supremacía y políticamente por el de soberanía, el monopolio estatal de la coerción, la delimitación clara de las esferas de acción entre los agentes del poder público y la ciudadanía, la centralidad de las instituciones estatales en las clásicas funciones públicas de producción, implementación y control del Derecho estatalmente gestado, etc., cfr. BELOV, M. “Introduction” ap. Belov, M. (Ed.). *Global Constitutionalism and Its Challenges to Westphalian Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford - London- New York - New Delhi - Sidney, 2018, p. XIII.

-inclusive, mediante diversas formas de reconocimiento de constitucionalización del Derecho internacional⁹⁸, una pléyade de estudiosos ha explorado una singular vía de deconstrucción del orden piramidal de las normas -como representación estructural alentada por la diatriba de un positivismo legalista o kelsenismo⁹⁹-, allegando atractivos insumos argumentativos sobre las relaciones entre los sistemas normativos estatales e internacionales¹⁰⁰.

¿Podría decirse entonces que, debido a la impotencia de la matriz del formalismo kelseniano para explicar -descriptiva y prescriptivamente- la diversidad dentro del ámbito jurídico en general como los vínculos entre las Constituciones y los fenómenos jurídicos internacionales en particular, los teóricos pluralistas -*pluralist setting* o *legal pluralist challenge*- han logrado alumbrar una estrategia conceptual que se estime de mayor provecho?¹⁰¹.

(98) KRISCH, N. "The Case for Pluralism in Postnational Law", *Law, Society & Economy*, London School of Economics and Political Science, 12 (2009) 2. Son obvias las ventajas que ya traía aparejado, por cierto, el derrocamiento iusrealista del principio de *lex superior*, al menos si se atisba que -en rigor- una fuente del Derecho no prevalece sobre otra por *ser superior* a aquella, sino que es precisamente porque prevalece sobre esta que es *considerada superior*, *cfr.* GUASTINI, R. "Gerarchia normativa", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 27 (1997) 472-473.

(99) En este orden de ideas, Jochen von Bernstorff ha figurado tal entendimiento a través de la imagen de normas jurídicas que se disponen en una gradual y jerarquizada vinculación regida por un vector de subordinación y que activan, en consecuencia, la descripción del sistema jurídico a través de un prototipo unitario -*unitary system*- para la creación y el significado de normas derivadas o subordinadas -*delegated norms*-, las que se remontan a la norma supraordenatoria -*supraordinated norm*- que configura no sólo la base de su validez jurídica sino también los prerequisites formales de su producción, *vide* VON BERNSTORFF, J. *The Public International Law Theory of Hans Kelsen: Believing in Universal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 81. *Vide in extenso* BEHREND, J. *Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merckels und Hans Kelsens (Schriften zur Rechtstheorie)*, Duncker & Humblot, 1977, Berlin.

(100) I-CON's Fifth-Anniversary Conference, *Rethinking Constitutionalism in an Era of Globalization and Privatization*, Sorbonne, Paris, 25-26.10.2007.

(101) El interrogante describe -o, al menos, presupone- que el impacto de la más postrera fase de la globalización, que -en la opinión de algunos historiadores- se acomete en la década del setenta del siglo pasado y acelera su dinámica hacia su último decenio [HOBSBAWM, E.J.C. *The Age of Extremes: The Short Twentieth Century*, Abacus, London, 1995, pp. 3 y ss.], conlleva un set de diversos retos al diseño institucional y a la ideología normativa de los sistemas constitucionales -desatados indisputablemente ya durante los primeros lustros del siglo XXI-, entre los que se computan: *v.gr.*, la emergencia de una normativa global des-ordenada; la crisis de la explicación clásica disponible paradigmáticamente en orden al esquema de fuentes del Derecho, el carácter de las normas de derechos humanos, los arreglos políticos-institucionales que se anudan soberanamente, etc.; el gradual escalonamiento de la colisión -y tensión- entre diferentes filosofías regulativas, diseños constitucionales, culturas jurídicas, prácticas socio-legales, etc; los giros estructurales y las alteraciones de las precondiciones normativas y sociales de la autoridad, la legitimidad, el poder público, la democracia, la representación, el Estado de Derecho, etc., con la suficiente potencia para producir disfuncionalidades sobre el orden constitucional westfalianamente acuñado y sus documentos fundacionales nacionales, máxime ante el cuestionamiento -y hasta distorsión- de la axiología que los insufla; el advenimiento del poder político y la trascendencia constitucional que aspiran a hacerse las élites tecnocráticas supranacionales; la expansión de burocracias transnacionales; la borrosa demarcación de la *suma divisio juris* que auguraba

Algunos paladines del pluralismo jurídico¹⁰², entre los que se enrola Armin von Bogdandy, han ilustrado esta variante con un estilo distintivo de pensamiento y discurso jurídicos:

“(...) el concepto de pluralismo jurídico no implica una estricta separación entre regímenes jurídicos; por el contrario, promueve la idea de que existe una interacción entre los distintos ordenamientos jurídicos. Este concepto conlleva además importantes consecuencias para la concepción del Derecho constitucional: ninguna Constitución es ya un universo en sí mismo, sino más bien un elemento de un “pluriverso normativo” (...) en este contexto, un concepto que podría resultar útil para explicar las relaciones normativas sería el de acoplamiento entre ordenamientos jurídicos”¹⁰³.

el tándem público-privado como prerrequisito estructural del moderno Derecho público; etc., *cfr.* BELOV, M. “Introduction” *ap.* Belov, M. (Ed.) *Global Constitutionalism and Its Challenges to Westphalian Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford - London- New York - New Delhi - Sidney, 2018, pp. XI y ss.

(102) Un mapeo de las teorías del constitucionalismo global puede consultarse en ATILGAN A. *Global Constitutionalism: A Socio-legal Perspective*, Springer, Dordrecht, 2018, pp. 73 y ss.

(103) VON BOGDANDY, A. “Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law”, *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press, VI (2008) 397-413, 401, con la aclaración -por parte del Director del Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law- en orden a que la respuesta a la tesis de la deconstrucción no es absoluta sino *relativa*, ella debe indagarse hacia las entrañas del *proceso constitucional interno*, de acuerdo con las experiencias, expectativas y convicciones de las diversas y heterogéneas comunidades constitucionales; aunque -igualmente se contraponen- que -desde que tal postura afecta la naturaleza retórica de las argumentaciones- reviste un importancia práctica muy secundaria, de hecho, que los razonamientos de los operadores del Derecho vengan a ser, acaso, presentados -o así aparezcan calificados metadogmáticamente- ya sea como pirámide o como red, pues “(...) las cámaras de torturas interpretativas que fuere se pueden acomodar a cualquiera de aquellos dos modelos, llegado el caso, tanto si el intérprete tiene conciencia teórica de tal alternativa como si no la tiene”, *cfr.* HABA, E.P. “Puntualizaciones realistas sobre la conceptualización: «redes» del Derecho. Realidades, silencios y fantasías que se conjugan al postularla como «paradigma» renovador del pensamiento jurídico”, *Doxa*, 41 (2018) 316. La censura anotada en modo alguno descuida el análisis del denominado *síndrome normativista* -como de sus principales técnicas discursivas-, *vide etiam* *Ibidem*. *Metodología jurídica irreverente*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 262 y ss. Tampoco la reticencia de ciertos estudiosos a un planteo binario que solamente desagüe en la dicotomía *constitucionalismo/pluralismo* -en términos tanto teóricos como empíricos-, en la inteligencia que la construcción de la noción de *pluralismo constitucional* supone especificar qué es -a la vez- constitucional y pluralista acerca de la estructura de un sistema jurídico: al considerar la interfaz entre los regímenes internacionales y nacionales, los académicos generalmente identifican como andamiaje normativo básico a la Constitución, las directrices de *jus cogens*, los derechos fundamentales, etc., componentes que encuentran su expresión principalísima en tratados internacionales -multilaterales y regionales- firmemente respaldados por la *opinio juris*, sin perjuicio que lo que hace que el sistema sea constitucional estriba en que presenta una *estructura normativa general* conformada por el estatuto de los derechos que los jueces -y otros funcionarios- tienen el deber legal de hacer cumplir y un conjunto de técnicas compartidas que éstos han desarrollado para adjudicarlos en los diálogos que protagonizan. Al mismo tiempo, la distribución de la autoridad propuesta es pluralista, puesto que el espacio se compone de jerarquías discretas, nacionales y basadas en instrumentos internacionales, cada una de las cuales ostentan una *pretensión o afirmación autónoma de*

De allí que el Profesor de las Universidades de Heidelberg y Goethe de Frankfurt¹⁰⁴ promueva la siguiente explicación teórica de una concepción encaminada hacia el pluralismo de sistemas normativos, aventurándolo como un constructo conceptual apto para describir y analizar el estado del arte en el que se emplazan, en el presente, las diferentes constelaciones normológicas posnacionales -al propio tiempo de sugerir la carestía teórica del paradigma de la jerarquía como mecanismo explicativo de la relación entre los órdenes domésticos e internacional-, en el que *se entrecruzan principios, reglas y regulaciones estatales y supra-nacionales*:

“(...) en tanto representan construcciones dogmáticas específicas, el monismo y el dualismo no ofrecen soluciones plausibles a ninguna de las preguntas jurídicas relevantes del momento actual. Como construcciones teóricas para comprender la estructura general del Derecho son igualmente inútiles, tanto analítica como normativamente. Finalmente es preciso apuntar a título de crítica que el dualismo afronta el mismo destino del concepto tradicional de soberanía, mientras el monismo, que sostiene la primacía incondicional del Derecho internacional público, comparte las mismas debilidades de las propuestas teóricas de un Derecho constitucional mundial. Aplicado al Derecho común latinoamericano, es necesario concebirlo no como un ordenamiento único, sino como una forma de relación entre normas de varios sistemas que comparten una misma finalidad. Está compuesto por normas internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos y, a la vez, por normas nacionales con la misma vocación, como son por ejemplo las cláusulas de apertura o las cláusulas interpretativas”¹⁰⁵.

Otros académicos emplean tácticas argumentales próximas para aludir a un entorno de recursividad¹⁰⁶ en la que la subordinación cede su lugar a la coordinación, la jerarquía jurídica revela sus limitaciones ante procesos inconclusos o

legitimidad, de modo que la agencia de mando para hacer cumplir los derechos fundamentales adquiere notas descentralizadas -en el sentido de que no existiría, en su opinión, una regla final de clausura de conflictos o una autoridad última para resolver colisiones normativas-, *cfr.* STONE SWEET, A. “The Structure of Constitutional Pluralism”, *International Journal of Constitutional Law*, 11 (2) (2013) 491-500.

(104) VON BOGDANDY, A. “Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum” *ap.* von Bogdandy, A. - Morales Antoniazzi, M. - Ferrer Mac-Gregor, E. (Coords.) *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina*, Porrúa, México, 2013, pp. 19-20. *Vide etiam* Ibidem. *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Aclaración conceptual* *ap.* von Bogdandy, A. - Morales Antoniazzi, M. - Ferrer Mac-Gregor, E. (Coords.) *Ius constitutionale commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Max Planck Institute, 2017, p. 137 y ss.

(105) VON BOGDANDY, A. “Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum” *ap.* von Bogdandy, A. - Morales Antoniazzi, M. - Ferrer Mac-Gregor, E. (Coords.) *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina*, Porrúa, México, 2013, pp. 19-20.

(106) VAN DE KERCHOVE, M. - OST, F. *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, Paris, 1988, pp. 105 y ss.

situaciones de discontinuidad y alternancia, la linealidad normativa se relativiza y se acompaña -cada vez más frecuentemente- por fenómenos de cierre e inversión entre los órdenes en relación -*bouclage*-, y hasta la arborescencia se diluye por la multiplicidad de focos de creación del Derecho que no derivan -en su totalidad- de un único y soberano punto de producción¹⁰⁷.

En todo caso, son tales estudiosos quienes, a tenor de las transformaciones observables en los sistemas jurídicos contemporáneos que atacan -prácticamente a través de un movimiento de **échec double**- la naturaleza jerárquica o piramidal del modelo tradicional -*pyramidale ou hiérarchique nature*¹⁰⁸, los que han tomado nota de la multiplicación de conceptos híbridos que revelan formas atípicas: *v.gr.*, desde soberanías que se asumen relativas o *compartidas* -*partagées*- y ciudadanías que se multiplican y hasta se presentan fragmentarias -*fragmentées*¹⁰⁹, o bien, la validez de las normas jurídicas que se exhibe con carácter condicional y provisorio -*conditionnelle et provisoire*¹¹⁰.

8. Sin embargo, si el observador se atiene a tal descripción no será difícil que se tope -bajo distintas etiquetas pergeñadas, incluso, por la *expertise* de la literatura íbero latinoamericana- una diversidad de puntos de vista que combinan -y hasta dilatan- el sistema conceptual pluralista y lo embarcan en una *explosiva polisemia*, debido a la frecuencia con la que se colectan -cual muestras argumentales- las siguientes alusiones: *v.gr.*, pirámides inacabadas o jerarquías discontinuas, alternativas o invertidas¹¹¹,

(107) OST, F. - VAN DE KERCHOVE, M. *De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du Droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 50.

(108) TULKENS, F. - VAN DE KERCHOVE, M. "D'où viennent les flous du pénal? Les déplacements de l'objet et du sujet" *ap.* Cartuyvels, Y. - Digneffe, F. - Robert, P. (Eds.). *Politique, police et justice au bord du futur. Mélanges pour et avec Lode Van Outrive*, L'Harmattan, Paris, 1998, pp. 131 y ss.

(109) TEUBNER, G. "Un Droit spontané dans la société mondiale?" *ap.* Morand, Ch. A. (Dir.). *Le Droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 197 y ss.

(110) OST, F. - VAN DE KERCHOVE, M. *De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du Droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 15.

(111) DELMAS-MARTY, M. *Pour un Droit commun*, Seuil, Paris, 1994, pp. 91 y ss.

poli-centrismo¹¹², estructura reticular o de red¹¹³, modelos de red¹¹⁴, redes horizontales de colaboración¹¹⁵, interconstitucionalidad¹¹⁶, marco metaconstitucional¹¹⁷ metacons-

(112) WEILER, J.H.H. "European Neo-constitutionalism" *ap.* Bellamy, R. - Castiglione, D. (Eds.). *Search of Foundations for the European Constitutional Order, Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives*, Blackwell, Oxford, 1996, pp. 517 y ss.

(113) RIGAUX, M.F. *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Lar-cier, Bruxelles, 1985, p. 181. Igualmente Jean-Bernard Auby ha sugerido que, dado que el espacio soberano de los Estados -como sus marcos legales- está disminuyendo y resulta reemplazado por un sistema más fluido de órdenes normativos que se entrecruzan -*intersecting orders*-, el funcionamiento del Derecho en la era global se puede concebir mejor en términos de redes -*networks*- que ligan a una gama de actores que operan por encima y hacia el interior del Estado, así como a ambos lados de la división público-privada, *vide in extenso* AUBY, J.B. *Globalisation, Law and State*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2019.

(114) OST, F. - VAN DE KERCHOVE, M. *De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du droit*, PFUSL, Bruxelles, 2002, p. 49, dando cuenta de la emergencia del modelo de red -*modèle du réseau*- que acentúa las dificultades y aporías con las que tropieza el modelo piramidal -*modèle pyramidal*- y conducen, por tanto, a la necesidad de una más compleja construcción teórica en su reemplazo.

(115) PAMPILLO BALIÑO, J.J. "The Legal Integration of the American Continent: An Invitation to Legal Science to Build a New *Ius Commune*", *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 17-3 (2011) 517-553, 519.

(116) GOMES CANOTILHO, J.J. *Teoría de la Constitución*, Dykinson - Universidad Carlos III, Madrid, 2004, pp. 93 y ss.

(117) FLYNN, T. "Introduction" *ap.* *The Triangular Constitution*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2019, &1, nota 10, promoviendo -dentro de las diferentes concepciones que la literatura descubre en el pluralismo constitucional- los postulados inherentes a las teorías metaconstitucionales con miras a establecer la estructura normativa general para la gestión y resolución de conflictos entre diferentes órdenes legales -*metaconstitutional framework*-, la que preserva cierta cuota de autonomía -sin agotar, entonces, sus márgenes de actuación- y cumplimenta, así, una función puente -*bridging function*- entre aquéllos a través de normas de interfaz -*interface norms*-, en virtud de las cuales se ajusten y diriman, de forma interactiva y dialógicamente, las reivindicaciones enfrentadas o las demandas concurrentes entre cada ordenamiento con preferencia hacia arreglos de corte heterárquico -en lugar de reglas de supremacía fundadas en la jerarquización estratificada entre planos normativos superiores e inferiores-. Por lo restante, el Profesor de la Universidad de Essex identifica, por lo menos, dos especies de normas de interfaz: (i) normas de interfaz sustantivas [*substantive norms-at-the-interface*], *i.e.*, aquellas que resuelven materialmente un caso concreto de interacción o un conflicto potencial entre órdenes legales -ejemplificando, *v.gr.*, con la divergencia suscitada entre el derecho de propiedad y las obligaciones internacionales asumidas por los Estados, de conformidad al asunto *Bosphorus Hava Yollari vs. Ireland*, fallado por la Corte Europea de Derechos Humanos [ECHR, Application N° 45036, de fecha 30.06.2005]-; (ii) normas de interfaz propiamente dichas [*interface norms proper*], *i.e.*, aquellas que regulan qué normas y decisiones de un suborden producen efectos jurídicos en otro -al igual que precisan cuáles contenidos y bajo qué condiciones tal proyección se constata-, en cuanto principal expresión de apertura y clausura, hospitalidad u hostilidad entre los diferentes actores normativos -ilustrando, *v.gr.*, con el principio de reconocimiento condicional, simbolizado en el caso *Solange II*, de estar a los anales de jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht* [BVerfGE, 73.339, [1987] 3 CMLR 225, 22.10.1986]-.

titucionalidad recíproca¹¹⁸, red de Constituciones¹¹⁹, influjos y lecturas simultáneas¹²⁰, normativismo supranacional¹²¹, transconstitucionalismo¹²², constitucionalismo trans-

(118) CRUZ VILLALÓN, P. "El papel de los tribunales constitucionales nacionales en el futuro constitucional de la Unión" *ap. Une communauté de Droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berliner Wissenschafts, Berlin, 2003, pp. 271-282.

(119) BUSTOS, R. *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, Porrúa, México, 2012, pp. 13 y ss.

(120) NIKKEN, P. "El Derecho internacional de los derechos humanos", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, 72 (1989), pp. 17-52, 23-24.

(121) GORDILLO, A. *Derechos humanos*, FDA, Buenos Aires, 2005, p. III-7 [con cita de Eissen, M. *El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos*, Madrid, Civitas, 1985, pp. 90-91].

(122) NEVES, M. *Transconstitucionalismo*, Wmf Martins Fontes, São Paulo, 2009, pp. 115 y ss.

formador¹²³ o multinivel¹²⁴, Constitución cosmopolita¹²⁵ o global¹²⁶, orden legal cosmo-

(123) VON BOGDANDY, A. - EBERT, F.Z. - FERRER MAC-GREGOR, E. - MORALES ANTONIAZZI, M. - PIOVESAN, F. - SALAZAR UGARTE, P. - SOLEY, X. "Ius Constitutionale Commune en América Latina (ICCAL) y Derecho Económico Internacional (DEI). Una introducción" *ap.* von Bogdandy, A. - Salazar Ugarte, P. - Morales Antoniazzi, M. - Ebert, F.Z. (Coords.). *El constitucionalismo transformador en América Latina y el Derecho económico internacional. De la tensión al diálogo*, UNAM - Max Planck Institute, México, 2018, pp. 12 y ss., condensando un enfoque de Derecho público que conecta una diversidad de fenómenos, experiencias y teóricas jurídicas, y -a la par- defiende la existencia de un nuevo acontecer jurídico que ha emergido de la interacción y confluencia entre el Derecho nacional y el Derecho internacional -global y regional-.

(124) PERNICE, I. "Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration. German Constitution and Multilevel Constitutionalism" *ap.* Riedel, E. (Ed.). *German Reports in Public Law*, Nomos, Baden-Baden, 1998, pp. 40 y ss.

(125) SOMEK, A. *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 24 y ss.

(126) TEUBNER, G. *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 12 y ss. *Vide etiam* BELOV, M. "Introduction" *ap.* Belov, M. (Ed.). *Global Constitutionalism and Its Challenges to Westphalian Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford - London - New York - New Delhi - Sidney, 2018, pp. XI y ss., aunque precisando que el constitucionalismo global entraña un paradigma normativo -opuesto al del constitucionalismo westfaliano- que sirve de marco general de análisis, cuya abstracción no impide su apertura a exploraciones científicas multidimensionales, sin perjuicio de que -observa el Profesor de la Universidad de Sofía St. Kliment Ohridski- sea conveniente identificar un tipo específico -dadas las particularidades regionales de los sistemas de protección internacional de derechos humanos- de constitucionalismo global, denominado *constitucionalismo supranacional* en razón de su arraigo en soluciones innovadoras, conceptos *sui generis* y singulares condicionantes socio-legales de desarrollo. No obstante, algunos publicistas aducen que el constitucionalismo global existe aun cuando carezca de respaldo formal en el texto de los instrumentos internacionales de derechos humanos, en la medida que éstos si bien importan su principal componente no agotan *per se* su contenido: las prácticas consuetudinarias -en opinión de Surendra R. Bhandari- también sirven de reflejo material, sin perjuicio de que el *jus cogens* juegue un rol decisivo en la legitimación de las reglas internacionales, *cfr.* BHANDARI, S.R. *Global Constitutionalism and the Path of International Law: Transformation of Law and State in the Globalized World*, Brill Nijhoff, Leiden - Boston, 2016, pp. 3 y ss. Anne Peters -igualmente- emplea la etiqueta de constitucionalismo global para aludir a una *agenda política y académica que identifica y defiende la aplicación de los principios constitucionalistas en la esfera jurídica internacional con el objetivo de mejorar la efectividad y justicia del orden normativo internacional*, *cfr.* PETERS, A. - ARMINGEON, K. "Global Constitutionalism From an Interdisciplinary Perspective", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16 (2009) 385, sin perjuicio de que -en trabajos más recientes- argumenta que se refiere al proceso continuo, pero no lineal, de surgimiento y creación deliberada de elementos constitucionales en el orden jurídico internacional por actores jurídicos y políticos, apoyada por un discurso académico donde estos elementos se identifican y desarrollan, *cfr.* PETERS, A. "The Merits of Global Constitutionalism", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16 (2) (2009) 397-411.

polita¹²⁷, comunidades interconectadas e interdependientes¹²⁸, interlegalidad¹²⁹, etc.-.

Si se recapitula y considera la estructura que ha resultado de tales creaturas conceptuales -algunas con clara reminiscencia al *ius cosmopolitanicus* kantiano-, es indudable que los teorizantes del pluralismo jurídico se han hecho de una herramienta -muy poderosa, por cierto- para el análisis de mucho de lo que ha desconcertado hasta aquí a ciertos teóricos de la Constitución¹³⁰.

(127) STONE SWEET, A. - RYAN, C. *A Cosmopolitan Legal Order Kant, Constitutional Justice, and the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2018, & 3.

(128) BROWN, G.W. *Grounding Cosmopolitanism: From Kant to the Idea of a Cosmopolitan Constitution*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2009, pp. 1-13, alentando -incluso- una concepción normativa para el diseño de reglas básicas de Derecho cosmopolita -*Cosmopolitan Law*- con mientes al establecimiento de un orden cosmopolita no sólo *legal* sino también ético, susceptible de formalizar el respeto universal por la humanidad a través de una tipología de las siguientes variedades de cosmopolitismo: (i) *jurídico* -a través de un sistema de ordenes jurídicos estatales que se enlazan con un orden jurídico internacional mediante de la creación de obligaciones globales ajenas a la idea externalista de soberanía estatal-, (ii) *político* -enfaticando la creación de formas de gobernanza global y la reforma de instituciones políticas en línea con ideales cosmopolitas-, (iii) *cultural* -por cauce de la identificación de una multiplicidad de identidades culturales que interconecta a los miembros de cada comunidad, sin descuidar el patrón de *common humanity*- y (iv) *cívico* -impulsando la creación de un sentido no nacional de comunidad global y ciudadanía unificadora-.

(129) DE SOUSA SANTOS, B. "Law: A Map of Disreading. Toward a Postmodern Conception of Law", *Journal of Law and Society*, 14 (3) (1987) 279, 298-299. *Vide etiam* ELLIOTT, M. - VARUHAS, J. - WILSON STARK, S. "Introduction" *ap.* Elliott, M. - Varuhas, J. - Wilson Stark, S. (Eds.) *The Unity of Public Law?: Doctrinal, Theoretical and Comparative Perspectives*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2018, p. 15.

(130) Al menos, si se retiene que el reto fundamental no finca -tanto- en elegir un modelo excluyendo otro, sino en indagar cómo es posible diseñar un sistema multinivel de manera tal que cada esfera de autoridad ejerza sólo aquellos poderes que corresponden a sus recursos de legitimidad, sin perjuicio de puntualizar: "(...) a la luz de la idea kantiana, podríamos imaginar una Constitución política para una sociedad global descentralizada, basada en las estructuras existentes, como un sistema multi-nivel que por motivos de peso carece, por lo general, de un carácter estatal (*staatlihen*). Bajo esta concepción, una organización global reformada adecuadamente sería capaz de desempeñar funciones esenciales de manera eficaz y no sectorial e, inclusive, especificadas con precisión, de mantenimiento de la paz y de los derechos humanos a nivel supranacional sin tener que asumir la forma estatal de una República global (...) Por lo tanto, se necesita un esfuerzo menos evolutivo para avanzar desde un sistema internacional en gran medida horizontal a uno con instituciones globales, velando por los principios constitucionales fundamentales, que para abandonar el estado de naturaleza hobbesiano entre individuos. El constitucionalismo internacional, en este sentido, es simplemente un complemento de constitucionalismo nacional y un paso adelante en un proceso de civilización", *cfr.* VON BOGDANDY, A. "El constitucionalismo en el Derecho internacional" *ap.* *Hacia un nuevo Derecho Público. Estudios de Derecho Público Comparado, Supranacional e Internacional*, UNAM, México, 2011, pp. 440-442. Tomar en serio la idea de una Constitución global quiere decir -evidentemente- defender de manera plausible los elementos constitucionales del Derecho internacional, *cfr.* PETERS, A. "The Merits of Global Constitutionalism", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16 (2) (2009) 397-411, o bien, retener que la tradición del constitucionalismo sigue siendo -asevera Neil Walker- la reserva mejor abastecida desde donde puede extraerse una política responsable al respecto y el medio más persuasivo por el cual ella puede expresarse, *cfr.* WALKER, N. "The EU and the WTO: Constitutionalism in a New Key" *ap.* de Búrca, G. - Scott, J. (Eds.). *The EU and the WTO: Legal and Constitutional Issues*, Hart Publishing, Oxford, 2001, p. 57.

En especial, se han interesado por el elemento -medular a su juicio- de acoplamiento -*coupling*-¹³¹ o mediación -*mediation*-¹³² entre sistemas jurídicos, el que se promueve tanto en instituciones políticas como en administrativas y judiciales, aunque en éste último caso -en lo que aquí incumbe- la admisión de una *dimensión constitucional del efecto directo de normas internacionales* no solamente conduzca a desterrar el retrato del dominio internacional cual un *desierto o vacío constitucional*¹³³ sino que -a más- se acometa a través de doctrinas de aplicación directa o de carácter autoejecutivo -*self executing*-, de interpretación *conforme* -*consistent interpretation*-, etc., sin perjuicio de alertarse que éstas sobrellevan la afectación de trascendentes cuestiones constitucionales -*v.gr.*, separación de funciones del poder estatal, papel de los agentes políticos, y su vinculación con los órganos administrativos y judicantes, situación de los ciudadanos en un contexto globalizado, etc.-¹³⁴, máxime cuando algunos estudiosos aseveran que los principios ligados esencialmente a la distribución funcional del poder y al constructo de *Rule of Law* conforman la piedra angular -*bedrock*- de los valores constitucionales y de la ordenación fundamental del aparato institucional de cada Estado -como de los preceptos que vinculan a tales instituciones-¹³⁵.

(131) POSCHER, R. "Internationales Verwaltungsrecht", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutscher Staatsrechtslehrer*, 67 (2008) 160.

(132) VON BOGDANDY, A. "Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una nueva perspectiva de la relación entre el Derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales" *ap. Capaldo, G. - Sieckmann, J. - Clérico, L. (Dirs.). Internacionalización del Derecho constitucional, constitucionalización del Derecho internacional*, Eudeba - Alexander Von Humboldt Stiftung, Buenos Aires, 2012, pp. 21 y ss.

(133) ALLOTT, P. "Intergovernmental Societies and the Idea of Constitutionalism" *ap. Coicaud, J.-M. - Veijo Heiskanen, V. (Eds.). The Legitimacy of International Organizations*, United Nations University Press, Tokyo, 2001, p. 92.

(134) VON BOGDANDY, A. "Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship Between International and Domestic Constitutional Law", *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press, VI (2008) 398, y 403, impulsando un equilibrio -*balancing*- con cánones constitucionales de cooperación internacional, por un lado, y de gobierno democrático, subsidiariedad, protección de los derechos fundamentales, etc., por el otro; es que -añade- en el actual grado de desarrollo del Derecho internacional debe existir la posibilidad -al menos en las democracias liberales- de establecer dentro del *orden jurídico interno* ciertos *límites legales* -*legal limits*- a los efectos de una *norma o acto internacional que colisione de manera grave con principios constitucionales* -*severely conflicts with constitutional principles*-.

(135) WHEATLE, S. *Principled Reasoning in Human Rights Adjudication*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2019, p. 13. Este dato -por cierto- es muy atractivo para el despliegue de planteamientos consecuencialistas, como el esbozado, *v.gr.*, por el Profesor de las Universidades Diego Portales y Utrecht, Javier Couso, en orden a que -en el dominio de los derechos económicos, sociales y culturales- la experiencia latinoamericana parece descubrir limitantes en la capacidad de los más recientes textos constitucionales para coronar la meta de la transformación socio-económica, debido a que el constitucionalismo contemporáneo regional encuentra -en su opinión- tangibles dificultades a la hora de reconocer el rol decisivo que le corresponde a la parte orgánica en el diseño constitucional, en razón de focalizarse centralmente -los artífices de enmiendas o documentos fundamentales- en el estatuto de los derechos -a expensas, indudablemente, de la proyección sobre los aspectos estructurales del poder

Así pues, los portavoces del *pluralist setting* no sólo encaminan al auditorio hacia el despliegue de una práctica argumentativa *multireferencial* a través del montaje teórico de un *pluralismo jurídico* que ilustra el proceso de des-dibujamiento del escalonamiento normativo a la luz de la *Stufenbau-Theorie* de raigambre kelseniana, pues también aluden -capitalmente- a un suceso de *entrelazamiento normativo*¹³⁶ -que

que hacen a la sala de máquinas del cambio político-, *cfr.* COUSO, J. "The Economic Constitutions of Latin America: Between Free Markets and Socioeconomic Rights" *ap.* Dixon, R. - Ginsburg, T. (Eds.). *Comparative Constitutional Law in Latin America*, Elgar, Cheltenham - Northampton, 2017, pp. 343 y ss. Igualmente Frank Vibert ha expuesto -en una flamante obra- un énfasis similar aunque en relación a los principios que han de regir la acción de las autoridades democráticas en las sociedades modernas, principalmente el de *fair play* en términos de participación y compromiso social y político, orientado, entonces, a prestar -en el proceso democrático- una mayor atención al modo en que los decisores políticos han de reparar en una más amplia red de fuentes de información y lograr, así, un más extenso encuadramiento de las diferentes alternativas de obrar -desalentado, por tanto, el excesivo celo de aquellos políticos y juristas que estiman que los defectos de la estructura institucional únicamente pueden sortearse mediante la inclusión de cada vez más extensas declaraciones de derechos, que, a la sazón, sólo los primeros lucen empoderados para interpretar-, *cfr.* VIBERT, F. "Preface" *ap.* *Making a 21st Century Constitution*, Elgar, Cheltenham - Northampton, 2018, p. III.

(136) PIOVESAN, F. "Direitos humanos e diálogo entre jurisdições", *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, RBDC, 19 (2012) 67-93. En este sentido, se ha demostrado que el pluralismo jurídico dista de resultar un evento reciente, pues la existencia de órdenes paralelos y entrecruzados -*parallel and intersecting legal orders*- con vigencia en un mismo territorio es una constante a lo largo de la historia -*v.gr.*, desde la época imperial romana hasta la actualidad-, *cfr.* GALLIGAN, D.J. *Law in Modern Society*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 158 y ss. De allí que Santi Romano explica que el fenómeno de una pluralidad de órdenes jurídicos -tantos como instituciones hay- surge con tal evidencia durante la Edad Media, que difícilmente los especialistas pudieran desconocerlo, al menos si atienden -durante dicha fase histórica- a la constitución de una sociedad dividida e integrada por distintas comunidades independientes o flexiblemente conectadas entre sí, *cfr.* ROMANO, S. *The Legal Order*, Routledge New York, 2017, & 26, p. 51. En efecto, la intervención de *co-ocurrentes* sistemas jurídicos ha sido registrada por destacados académicos: *v.gr.*, mientras Lon Fuller recordaba que históricamente duales -hasta trinitarios- sistemas jurídicos han operado sin serios puntos de conflicto, o bien, zanjándolos -cuando emergían- a través de algún estándar de adecuación, tal como aconteciere, *v.gr.*, en Inglaterra en la coyuntura que los tribunales de justicia del *Common Law* absorbieron reglas -principalmente costumbres y principios- desarrollados por los tribunales mercantiles -*Piepowder Courts*-, *cfr.* FULLER, L. *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1967, p. 124, Andrei Marmor anota que -precisamente durante el Medievo- el Derecho positivo era visualizado como una *excepción* a las reglas sentadas por la costumbre, la tradición, la religión, etc., *i.e.*, como un relativamente inusual recurso normativo que únicamente intervenía en el reducido espacio que tales fuentes liberaban, *cfr.* MARMOR, A. *Positive Law & Objective Values*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 40. Igualmente, Eugen Ehrlich denunció el carácter arbitrario de la pretensión de unidad del Derecho, arguyendo la existencia de un *Derecho viviente* que puede ser conocido utilizando diferentes fuentes -*v.gr.*, no sólo la legislación o la jurisprudencia sino también las costumbres, usos, prácticas de los grupos sociales-, *vide* EHRLICH, E. *Grundlegung der Soziologie der Rechts*, Duncker - Humblot, München - Leipzig, 1913, pp. 2 y ss.

luce abonado por un discurso cada vez más densamente poblado¹³⁷, inclusive con perspectivas interdisciplinarias¹³⁸.

El aprehender ésta última modalidad de conexión entre sistemas jurídicos suministra un espeso conjunto de problemas que reclama seriamente la atención del lector, frente a los cuales los estudiosos alineados con esta propuesta son proclives a la incorporación de una singular trama discursiva que reseña -a título de *key-concepts* de una concepción posmoderna del Derecho- desde la emergencia de una intersección de una pluralidad de diferentes órdenes legales -*interlegalidad*¹³⁹, pasando por la hechura de un código jurídico universal -*universal code of legality*-

(137) *Vide in extenso*, VON BOGDANDY, A. "Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador", *Revista Derecho del Estado*, 34 (2015) 3-50; FISCHER-LESCANO, A. - TEUBNER, G. *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt, 2006, pp. 163-169; BURKE-WHITE, W. "International Legal Pluralism", *Mich. J. Int'l L.*, 25 (2004) 963; BENDA BECKMANN, F. "Who's Afraid of Legal Pluralism", *Legal Pluralism & Unofficial L.*, 47 (2002) 37; BENDA BECKMANN, K. "Globalization and Legal Pluralism", *Int'l L. F.*, 4 (2002) 19; SCHIFF BERMAN, P. "Global Legal Pluralism", *S. Cal. L. Rev.*, 80 (2007) 1155; ÖHLINGER, T. "Unity of The Legal System or Legal Pluralism: the Stufenbau Doctrine in Present-Day Europe" *ap. Jiránki, A. (Ed.). National Constitutions in the Era of Integration*, Kluwer, Boston, 1999, pp. 163-174.

(138) Así, *v.gr.*, la auspiciada por el ex Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Andina de Juristas: "(...) los constitucionalistas no hemos dejado o abandonado el tema de los derechos humanos, al tratamiento exclusivo de los internacionalistas. Ello ha permitido la elaboración doctrinaria del tema de los derechos humanos, desde ambas perspectivas. Sin embargo, aun así ya se advierte que el tema de los derechos humanos no puede ser abordado exclusivamente por el Derecho internacional ni por el Derecho constitucional, sino por un multidisciplinario método", *cfr. Ayala Corao, C. "La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias" ap. Méndez Silva, R. (Coord.). Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México, 2002, pp. 37-90.

(139) Además de ser regidas por un singular orden legal, las sociedades modernas -escribe Boaventura de Sousa Santos- están reguladas por una pluralidad de órdenes legales, interrelacionados y socialmente distribuidos en diferentes formas, gestantes, así, de una porosidad legal -*legal porosity*- que articula múltiples redes que obligan a transiciones constantes y *tresspassings*, *cfr. DE SOUSA SANTOS, B. Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge, New York, 1995, pp. 114, 473. Descartándose, así, una legalidad estatalmente centrada, la que cede su paso a un fenómeno de legalidad no estatal que transforma el problema de determinación de límites por uno de superposición, intersección y otras formas de coordinación y participación entre diferentes órdenes jurídicos -*non state legality*-, *cfr. CULVER, K.C. - GIUDICE, M. Legality's Borders. An Essay in General Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 143 y ss. En orden a la necesaria dificultad básica -y estrategias de limitación- suscitada por el desorden -*disorder*- creado por la multiplicación y la dispersión de agentes y sedes de producción normativa en el espacio global, *vide AUBY, J.B. "Global Constitutionalism and Normative Hierarchies" ap. Belov, M. (Ed.). Global Constitutionalism and Its Challenges to Westphalian Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford - London- New York - New Delhi - Sidney, 2018, pp. 3 y ss. *Vide etiam* SERNA DE LA GARZA, J.M. "El concepto de Ius Constitutionale Commune en derechos humanos: elementos para una agenda de investigación" *ap. von Bogdandy, A. - Morales Antoniazzi, M. - Ferrer Mac-Gregor, E. (Coords.). Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Max Planck Institute, 2017, pp. 193-194.

que erosiona la fuerza persuasiva del ideal de plenitud del sistema jurídico¹⁴⁰ o la modelación de un avatar -de proyección regional- consistente en un *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*¹⁴¹, hasta el desplazamiento conceptual de la capital noción de supremacía -inherente a un único centro de imputación de validez normativa, ante la que se acude, con miras a la resolución de conflictos entre disposiciones y autoridades, al rango diferenciado de un intérprete último que se expide *uppermost* sobre un escalonamiento rígido de fuentes del Derecho- por la de *heterarquía*¹⁴², en tanto ésta última condensaría, en contrapunto, la *unidad de relaciones*

(140) GÜNTHER, K. "Legal Pluralism or Uniform Concept of Law? Globalisation as a Problem of Legal Theory. No Foundations", *Journal of Extreme Legal Positivism*, Helsinki, 5 (2008), 5-21, 16, en virtud de que no debiera sorprender -en el argumentario pluralista- que se asevere que los agentes involucrados en las varias y multinivel redes de interlegalidad se comunican a través de un concepto uniforme de Derecho -*uniform concept of Law*- que se traduce en un *metalenguaje* que contiene referentes conceptuales atinentes a derechos, procedimientos ecuanímes, sanción, incumbencia, etc.

(141) Tal lexicografía ha puesto de relieve -a través del intercambio académico entre el Instituto Max Planck de Derecho público comparado y Derecho internacional público y expertos latinoamericanos- la configuración de un *Derecho común* en tanto estrategia para otorgar respuesta al interrogante sobre *cómo entender las estructuras fundamentales del Derecho público a la luz de los procesos de apertura y globalización*, teniendo en cuenta su caracterización producto del *entrelazamiento* de los órdenes normativos supranacional y nacional de protección de los derechos humanos propios del siglo XXI; surge, por tanto, para tales doctrinantes la necesidad de *repensar definiciones jurídicas clásicas*, utilizando como herramientas básicas la interdisciplinariedad y el Derecho comparado, tomando en cuenta la visión de los diversos actores y protagonistas de los cambios de paradigma, en un escenario de *pluralismo normativo*, cfr. VON BOGDANDY, A. - MORALES ANTONIAZZI, M. - FERRER MAC-GREGOR, E. "Nota preliminar" ap. von Bogdandy, A. - Morales Antoniazzi, M. - Ferrer Mac-Gregor, E. (Coords.). *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina*, Porrúa, México, 2013, pp. XIII-XIV, donde consideran que "(...) en un mundo cada vez más interrelacionado, los Estados latinoamericanos enfrentan retos importantes para articular respuestas jurídicas acordes con los fenómenos de la humanización del derecho, en el sentido de la incorporación progresiva de los tratados de derechos humanos con rango constitucional, proceso además inspirado en principios y valores compartidos en la región".

(142) Con la pretensión de describir -a través de este arquetipo conceptual- la existencia de una creciente y densa *red de instituciones de gobernanza global*, creada y mantenida por *actores públicos y privados*, y -a la par- orientada a la *gestión colectiva* -basada en reglas- de los problemas transiberianos a través de una *coordinación y cooperación horizontal*, donde diferentes grupos de agentes -*v.gr.*, Estados, organizaciones intergubernamentales, organizaciones de la sociedad civil, etc.- son sensibles a los valores e intereses de cada uno y dependen entre sí para la consecución de objetivos comunes, descartándose así la implementación de disposiciones ligadas a un proceso político que sólo opere verticalmente entre los diferentes cotas o estamentos -sea *top down*, sea *bottom up*-, vide RITTBERGER, V. "Global Governance: From 'Exclusive' Executive Multilateralism to Inclusive, Multipartite Institutions", *Tübinger Arbeitspapiere zur Internationalen Politik und Friedensforschung*, 52 (2008) 1-28, 16. ¿Qué habría de decirse de la plausibilidad de esta iniciativa -observa el Profesor de la Universidad de Frankfurt, Klaus Günther- si la figura de un sólo legislador legítimo por medio de un ordenamiento jurídico general y coherente, como así también la de una adjudicación legal basada en la interpretación -también coherente- de disposiciones y precedentes judiciales, tributaria de una unidad sistémica -propia de un modelo estatalmente centrado [*State centredness*]-, procura ser reemplazada por la vertiginosa imagen de áreas fragmentadas de autorregulación normativa, practicadas por sujetos de producción jurídica que no sólo parecen haberse empoderado a sí mismos, pues -además- generan enunciados normativos con diferentes grados de generalidad y alcance a través de deslindes competenciales con distintas gradas

interdependientes, verticales y horizontales, entre órdenes múltiples -y sus actores- en redes caracterizadas por *acoplamientos normativos no jerárquicos* y una concepción *no centralizada* de la *autoridad normativa* sino más bien compartida -peculiar, entonces, al funcionamiento de un aglomerado *dinámico y flexible* de fuentes jurígenas¹⁴³, etc.

9. Tal manera de advertir la complejidad conceptual que está aquí en juego, ha conducido -en definitiva- a la preferencia de los estudiosos pluralistas por avizorar el mundo jurídico posnacional recorrido transversalmente por la *matrix* conceptual de la *heterarquía*: “(...) una interacción de diferentes subórdenes que no están sujetos al mismo patrón de reglas jurídicas, sino dotados de formas más abiertas y políticas”¹⁴⁴.

Y obviamente que no es un orbe adecuado para categorías rígidas articuladas a partir de teorizaciones jurídicas mecánicas, sino que descubre un significativo y anchuroso campo para el ejercicio de un más detenido examen de *procesos de transición* en los que se despejan las características más interesantes de esta teoría: (i) de la noción estructurante de unidad *sistémica* -a partir del Derecho estatal- a la necesidad de reconocimiento de una unidad *multiplex* de distintas fuentes normativas igualmente legítimas -producidas más allá del Estado-; (ii) de la pretensión de *ordenación jerárquica* al vector de *acomodación* de diferentes regímenes jurídicos multinivel y segmentados; (iii) de la consagración del dogma de la *coherencia intra-sistémica* -deber de corrección y eliminación de las antinomias- al reconocimiento de las *diferencias* y de la *pluralidad* como valores que insumen esfuerzos de *compa-*

de simetría y asimetría?, *cfr.* GÜNTHER, K. “Legal Pluralism or Uniform Concept of Law? Globalisation as a Problem of Legal Theory”, *Journal of Extreme Legal Positivism*, Helsinki, 5 (2008), 5-21, 7.

(143) VON BERNSTORFF, J. “The Structural Limitations of Network Governance: ICANN as a Case in Point” *ap.* Joerges, C. - Sand, I.J. - Teubner, G. (Eds.). *Transnational Governance and Constitutionalism*, Hart Publishing, Oxford, 2004, pp. 257 y ss.

(144) KRISCH, N. “The Case for Pluralism in Postnational Law”, *Law, Society & Economy, London School of Economics and Political Science*, 12 (2009) 2, sin perjuicio de que otras contribuciones del Co-Director del *Global Governance Centre at the Graduate Institute for International and Development Studies* de Geneva, pueden consultarse *in extenso* en *Ibidem*. “More Equal Than the Rest? Hierarchy, Equality and US Predominance in International Law” *ap.* Byers, M. - Nolte, G. (Eds.). *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 135 y ss. No debiera sorprender, acaso, que algunos publicistas hayan llegado a sugerir que la noción de pluralismo es equivalente a la heterarquía -también denominada horizontalidad-, mientras que la de jerarquía -y su análoga de verticalidad- no solamente se tachan, con frecuencia, con las notas de anticuadas, antimodernas y hasta de reaccionarias, sin perjuicio de prevenir que la combinación *constitucionalismo - monismo - jerarquía* y su oposición con la configuración diádica *pluralismo - heterarquía*, se encuentra abierta a desafíos conceptuales futuros, *cfr.* FLYNN, T. *European Constitutional Pluralism and The Triangular Constitution ap. The Triangular Constitution*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2019, Ch. I, &2. A.

tibilización de disposiciones en conflicto -inclusive, a costa de no desaguar en la eliminación necesaria de estas antinomias-¹⁴⁵.

Es posible que, escudados en los presupuestos teóricos y epistemológicos hasta aquí reseñados, los partidarios del pluralismo dejen de considerar que el acoplamiento en el mentado pluriverso normológico no resulta inocente; sin embargo, también se puede incluir un argumento que envuelve *influencias y presiones* en la búsqueda de *re-construir* la interpretación y aplicación jurídicas en multiniveles locales, nacionales y transnacionales, a la par de reflejar *referencias cruzadas -cross references-* en el cuerpo de las decisiones de los operadores que deben asegurar el cumplimiento de las cláusulas constitucionales, desatando, a partir de allí, una saga de seductores interrogantes: *v.gr.*, ¿cómo este suceso impacta en la comprensión habitual del rol de la Constitución y de sus intérpretes en los procesos de elaboración y adjudicación constitucional?, ¿podrían -en sentido inverso- los mismos documentos constitucionales y sus hermeneutas afectar el aludido fenómeno transnacional?, ¿cabría predicar la emergencia de un genuino -y no edulcorado o hasta espurio- constitucionalismo global?-, etc.¹⁴⁶.

(145) *Vide in profundis* CABALLERO LOIS, C. - PINTO BASTOS, L.M. "Pluralismo constitucional y espacios transnacionales: ¿el fin de la Constitución nacional o su nuevo comienzo?", *Revista de Derecho del Estado*, 40 (2018) 127-151.

(146) *Vide in extenso* JACKSON, V.C. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford University Press, New York, 2013, pp. 1 y ss. Por cierto, un grueso de las inquietudes en la modelación de las respuestas a los interrogantes expuestos en el texto, se sustentan en contribuciones provenientes de trabajos de sociólogos jurídicos, en razón de las cuales se advierte que *las Constituciones se configuran, cada vez en mayor medida, más allá de las fronteras nacionales*, no sólo como resultado de procesos políticos transnacionales sino también como producto de procesos privados que tienen lugar en la seno de la sociedad global, de modo que la sociología constitucional se enfrenta a una saga de desafíos inquietantes -*v.gr.*, explorar empíricamente el proceso de constitucionalización transnacional, desarrollar una teoría del constitucionalismo para la sociedad transnacional, identificar las precondiciones sociológicas para desarrollar perspectivas normativas tanto en el Derecho como en la política, etc.-, *cfr.* TEUBNER, G. "Il costituzionalismo della società transnazionale", *Quaderni Costituzionali*, 1 (2014) 185 *et seq.*; *Ibidem.* "Transnationaler Verfassungpluralismus", *Heidelberg J. I. L.*, 3 (2016) 661 *et seq.*; FISCHER-LESCANO, A. - TEUBNER, G. "Collisions de regimes: la recherche vaine de l'unité juridique face à la fragmentation du Droit mondial", *RIDE*, 27 (1-2) (2013) 187 *et seq.* También se registran aportes -en su dilucidación- proyectados por teóricos y filósofos jurídicos -principalmente con *expertise* comparatista-. En efecto, Gunther Teubner ha denominado la nueva cuestión constitucional -*new constitutional question*- al proceso transnacional en la que anida la tensión entre la Constitución del Estado-Nación -*Nation State Constitution*- y la Constitución global -*Global Constitution*-, *cfr.* TEUBNER, G. *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 12 y ss., consignando que tanto los teóricos del Derecho internacional como los cultores de la Filosofía Política adscriben -con frecuencia- al argumento de una Constitución única para la comunidad mundial, de modo que ésta se modele -tanto como sea posible- en paralelo a la Constitución del Estado-Nación: como las normas constitucionales, aquélla se insertaría al tope de la jerarquía normativa, descubriendo a la *urbe in totum* en tanto jurisdicción unitaria que cobija todas las esferas nacionales, culturales y sociales -aunque con la prevención de que los análisis sociológicos revelarían el dato de que la fragmentación social dificulta o, al menos, torna más complejo el ensayo de un constitucionalismo global -*global constitutionalism*-. Inclusive, tal término ha sido empleado

Aun así, ante la sospecha de que el tenor de la respuesta a tales incógnitas no satisfaga del todo la riqueza de argumentos que pueden oponerse a las teorías del constitucionalismo global, quizás sea conveniente despuntar por ocuparse teóricamente de las controversias terminológicas que -por lo pronto- arriesga la ya mentada explosiva polisemia de los candidatos conceptuales que blanden los partidarios del enfoque pluralista, al menos para evitar que aquellos se empleen como un paraguas lingüístico -*umbrella term*- bajo el que se guarezca cualquier imaginable proceso de regulación, formal o informal, que aspire a sustanciarse en un orden jurídico global¹⁴⁷, desconociendo, así, que las ideas nucleadas alrededor del *constructo* del constitucionalismo global distan de resultar exentas de réplicas y

en el sentido de un conglomerado de normas, actores, procedimientos e instituciones implicadas en cuestiones relativas al establecimiento y ejercicio de una autoridad pública legítima a través de las jurisdicciones, con motivo del compromiso con el manta trinitario de fe constitucional -*constitutional mantra of constitutional faith*- incardinado en los contenidos de derechos humanos, democracia y *Rule of Law*, vide KUMM, M. - LANG, A.F. - TULLY, J. - WIENER, A. "How Large is the World of Global Constitutionalism?", *Global Constitutionalism*, 3 (1) (2014), 1-8, 3. En otra oportunidad, los especialistas aluden a un campo global de diversos ensamblados -formales e informales- de contenidos del Derecho y de gobernanza, de normas y actores que exhiben cualidades constitucionales -*constitutional qualities*-, susceptibles de enlistarse en el siguiente menú: *v.gr.*, distribución y separación de funciones del poder político, junto al catálogo de derechos, deberes y responsabilidades; reglas primarias y secundarias que limitan y/o determinan a las autoridades gubernamentales; mecanismos diseñados para resguardar su cumplimiento coactivo; grados y tipología de institucionalización; persistencia inter-generacional; publicidad, no arbitrariedad, etc., y patrones -ampliamente aceptados- de legitimidad, etc. Ahora bien, mientras un número suficiente de tales propiedades configura un *sistema* -*system*-, se sugiere que los diferentes sistemas jurídicos en el orbe exhiben una diversidad de subconjuntos de cualidades constitucionales habitualmente denominados Constituciones o sistemas constitucionales, tributarios de particulares *procesos de constitucionalización* -*process of constitutionalization*-, etc., vide TULLY, J. - DUNNOF, J.L. - LANG, A.F. - KUMM, M. - WIENER, A. "Introducing Global Integral Constitutionalism", *Global Constitutionalism*, 5 (1) (2015) 1-15, 1. En este orden de ideas, cierta literatura comparatista ha advertido -al describir el cosmopolitismo *in crescendo* que aflora como nota de la interpretación constitucional, especialmente de hechura judicial- la globalización de las prácticas del moderno constitucionalismo, vide CHOUDHRY, S. "Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation", *Ind. L. J.*, 74 (1999) 819-827, o bien, se ha concentrado en explorar las causas de conversaciones transnacionales y hasta de la germinación de un valedero *Common Law* de derechos humanos, vide MCCRUDDEN, C. "A Common Law of Human Rights?", *Oxford J. Legal Stud.*, 20 (2000) 516-527. En contraste, observaciones críticas al respecto -como así también censuras en orden a los efectos producidos por fenómenos de elusión a la estructura constitucional de producción normativa, como de alteración de su funcionamiento práctico, y hasta de modificación de la dinámica de aplicación de la legislación federal-, han sido minuciosamente analizadas por YOUNG, E.A. "The Trouble with Global Constitutionalism", *Tex. Int. L. J.*, 38 (2003) 527 *et seq.*, mientras que un examen de los principales reproches adosados al suceso de marras -aunque bajo el ropaje del cosmopolitismo judicial- ha sido expuesto por POSNER, R.A. "Foreword: A Political Court", *Harv. L. Rev.*, 31 (2005) 84-90, sin perjuicio de la polémica suscitada en razón del carácter irrelevante adjudicado por ciertos teóricos y jueces constitucionales a la práctica hermenéutica pergeñada en la comunidad global, vide LEVINSON, S.V. "Looking Abroad when Interpreting the U.S. Constitution: Some Reflections", *Tex Int. L. J.*, 39 (2004) 359-365.

(147) TZANAKOPOULOU, M. *Reclaiming Constitutionalism: Democracy, Power and the State*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2018, pp. 99-100.

desafíos: *v.gr.*, desde la objeción -prácticamente común- que le achaca la promoción de una perspectiva ilusoria *-unrealistic perspective-* sobre la constitucionalización del poder público supranacional¹⁴⁸ a través de una Constitución desacoplada de lindes estatales e impotente para encajar en el esquema trasnacional -alentando la argucia de que la separación de los textos constitucionales del entorno estatal no luciría materialmente posible, si se admite que sus propiedades conceptuales pertenecen en sentido estricto a los modernos Estados-¹⁴⁹, pasando por la réplica de los académicos que sostienen que el empleo del constitucionalismo en este sentido resulta -paradójicamente- en la exclusión de sus elementos democráticos¹⁵⁰, en el vaciamiento del poder explicativo de su concepto, prácticamente reducido a cero -en la medida en que, aplicado de manera inflacionaria, si todo el Derecho (internacional) se constitucionaliza de alguna forma, entonces nada es constitucional-¹⁵¹ o en su falta de arraigo en la realidad del orden global -sin perjuicio de que se acuerde la necesidad de contar con un Derecho global que aborde la emergencia de un nuevo

(148) KÄLIN, W. "Der Menschenrechtsschutz der UNO: Ein Beispiel für die Konstitutionalisierung des Völkerrechts?", *Recht Sonderheft*, 2005, 42, 47, 49, en el entendimiento de que la interpretación constitucionalista del Derecho internacional no está respaldada por una voluntad política común ni por las correspondientes estructuras de poder y sanciones a nivel internacional que permitirían que la Constitución internacional fuera aplicable, de modo que el enfoque no refleja adecuadamente el *enfoque realista de los gobiernos*.

(149) GRIMM, D. "The Constitution in the Process of De-nationalization" *ap. Constitutionalism: Past, Present and Future*, Oxford University Press, Oxford - New York, 2016, pp. 315 y ss. En consecuencia, se reprocha la tendencia a gestar *expectativas peligrosamente altas* en orden a las reales *chances* de creación directa de legitimidad de las instituciones del constitucionalismo global, *cfr.* ST. JOHN MACDONALD, R. - JOHNSTON, D. M. "Introduction" *ap.* Ronald St. John MacDonald, R. - Johnston, D. M. (Eds.) *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*. Nijhoff, Leiden - Boston, 2005, p. XVII, máxime cuando se observa la tendencia a que aquélla resulte construida de modo artificial a través del uso del lenguaje constitucional, *cfr.* CASS, D. Z. *The Constitutionalization of the World Trade Organization: Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 237.

(150) GRIMM, D. "The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World" *ap.* Dobner, P. - Loughlin, M. (Eds.). *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, Oxford - New York, 2010, p. 21.

(151) De allí que algunos estudiosos militen a favor de una descomposición conceptual de los elementos que lo integran -en lugar de afirmaciones holísticas del vocabulario constitucionalista en el orden internacional- y la consecuente consideración del rol adecuado de cada uno de ellos para la gobernanza global, *cfr.* BODANSKY, D. "Is there an International Environmental Constitution?", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16 (2009) 565. En contraste, la Profesora de las Universidades de Heidelberg, Freie Universität Berlin, Basel, etc., Anne Peters, sugiere que el valor del paradigma constitucionalista en el campo trasnacional radica en su carácter *omnicomprensivo*, en virtud del cual las varias características constitucionales, tales como un proceso de decisión más inclusivo y transparente, y el control judicial de constitucionalidad, deberían converger, como en la circunstancia de que aquéllas exudan una relevancia normativa especial cuando se articulan combinadas -dotando, así, a los teóricos pluralistas con un instrumento de reconstrucción teórica equipado de un valor explicativo y prescriptivo adicional-, *cfr.* PETERS, A. "The Merits of Global Constitutionalism", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16 (2) (2009) 397-411.

poder público-, hasta aquellos que se focalizan en defectos o desajustes del proceso de constitucionalización en lo atinente a contenidos de *Rule of Law*, democracia, etc.¹⁵².

III. ¿Qué pueden aportar al debate los evolucionistas jurídicos? Tras los rastros de una Constitución de muchas mentes. El giro de la interpretación evolutiva en la jurisprudencia interamericana

10. Descontando la célebre polémica entre Thomas Jefferson y James Madison en torno al cambio constitucional¹⁵³, buena parte de este -explica Cass R. Sunstein- ha acontecido siguiendo un proceso *incremental* -en lugar de verificarse, según la sugerencia jeffersoniana, a través de una variación a gran escala generacional-, desatando así una serie de decisiones intersticiales y graduales que construyen cuidadosamente sobre lo que ha sido dicho en el pasado¹⁵⁴ -de estar a la insinuación madisoniana- y afloran, entonces, a través de una *Constitución de muchas mentes* -*Constitution of many minds*-¹⁵⁵.

(152) Son tales los bemoles que tiene en mente, entre otros, ATILGAN A. *Global Constitutionalism: A Socio-legal Perspective*, Springer, Dordrecht, 2018, pp. 108-121. *Vide etiam* PETERS, A. "Reconstruction constitutionnaliste du Droit international : arguments pour et contre" ap. Ruiz Fabri, H. et al (Eds.). *Select Proceedings of the European Society of International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2006, pp. 361-377.

(153) *Vide in extenso* SUNSTEIN, C.R. *A Constitution of Many Minds*, Princeton University Press, New Jersey, 2009, pp. 1-3. *Vide etiam* BANNING, L. "The Earth Belongs to the Livings" ap. *Jefferson and Madison: Three Conversations from the Founding*, Madison House Publishers, Boston, 1995, pp. 159 y ss.

(154) SUNSTEIN, C.R. *Designing Democracy: What Constitutions do*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 50.

(155) SUNSTEIN, C.R. *A Constitution of Many Minds*, Princeton University Press, New Jersey, 2009, pp. IX y 3, aunque -en rigor de verdad- la idea no debiera sorprender tan pronto como se colige que -desde la segunda mitad de la centuria pasada- la academia norteamericana, con la meta de abordar los complejos problemas de una sociedad dinámica y diversa, ya había destacado la *amplia dispersión de la toma de decisiones* -*broad dispersion of decisionmaking*- en el proceso jurídico al examinar cómo interactúan diversas instituciones y autoridades normativas con perspectivas diferentes sobre aspectos sustantivos sometidos a su conocimiento y resolución -de estar a la sugerencia de los Profesores de la Universidad de Harvard Henry M. Hart y Albert M. Sacks-, *cfr.* HART, H.M. - SACKS, A.M. *The Legal Process. Basic Problems in the Making and the Application of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1958, pp. 180-183, aunque se controvertiera -por los expertos desde el período previo a la segunda guerra mundial- que, si la legislación importaba la creación y elaboración de políticas públicas en el seno de una sociedad democrática, los decisores debían implementar un análisis de costo-beneficio -de *pedigree* utilitario- con el propósito de seleccionar una regla jurídica o medida política por sobre otra, *cfr.* FULLER, L.L. "American Legal Realism", *U. PA. L. Rev.*, 82 (1934) 429, 437, de tal suerte que -en la opinión de algunos juristas- eran las Legislaturas -y no los tribunales de justicia- las instituciones más apropiadas para la adopción e implementación decisiones sobre políticas sociales, *cfr.* *International News Serv. vs Associated Press*, 248 US 215, 262-63 (1918) -*Justice* Louis D. Brandeis, *dissenting*-; *Lochner vs. New York*, 198 US 45, 75-76 (1905) -*Justice* Oliver W. Holmes, *dissenting*-, mientras que otros doctrinantes instaban a que -con una nítida resistencia a los enfoques exegéticos formales- los magistrados judiciales interpretaran los estatutos legales de acuerdo a los propósitos que animaban las políticas impulsadas, *cfr.* RADIN, M. "A Short Way with Statutes", *Harv. L. Rev.* 56 (1942) 388 *et seq.*, o bien, a través de la doctrina de competencia institucional -*institutional competence*- expuesta por

Va de suyo que si se retiene el argumento del Profesor de la Universidad de Harvard en orden a que se asiste a *tradiciones que evolucionan más que a quiebres precipitados*¹⁵⁶, bien podría argüirse que el escenario -retratado por Vicki C. Jackson- de un *nuevo universo* en el que las Constituciones domésticas, nacionales y locales especialmente en aquellos sistemas que articulan ajustes federativos, operan en un creciente ambiente dominado por un *fenómeno transnacional múltiple -multiple transnational phenomena-* que revela la presencia estelar de una *pluralidad de instrumentos internacionales de derechos humanos*¹⁵⁷, parece obedecer a un *corpus* de ideas y decisiones jurídicas pergeñadas sucesivamente por *diferentes generaciones*, frente a las cuales el éxito de los teóricos pluralistas no resultaría en nada desdeñable en su trayectoria concurrente hacia el campo de problemas que desbrozan el orden jurídico estatal e internacional y en el diseño integrador de las condiciones que deben cumplirse -en una dimensión normativa, claro está- para la producción de conocimiento sobre los contenidos jurídicos que identificarían el objeto Constitución¹⁵⁸, aunque, al propio tiempo, luciría más bien gradual y seriado -no tan disruptivo

el *Justice Felix Frankfurter* al aseverar que si en un gobierno que busca promover el interés público cada órgano tiene una competencia o expertise especial, la clave para un buen gobierno no radica sólo en descubrir la mejor política sino también identificar *cuáles instituciones deben tomar qué decisiones y cómo pueden colaborar las más productivas*, cfr. FRANKFURTER, F. - HART, H.M. "The Business of the Supreme Court at October Term, 1934", *Harv. L. Rev.*, 49 (1935) 68, 90-91, 94-96. Gran parte de las ideas centrales sugeridas por Henry M. Hart y Albert M. Sacks han sido proyectadas en la arena del Derecho constitucional tanto por sus colegas contemporáneos -v.gr., Harry Wellington, David Shapiro, etc.- cuanto por profesores pertenecientes a generaciones posteriores -incluso, algunos de los cuales fueron sus estudiantes, v.gr., Stephen Breyer, Owen M. Fiss, Frank Michelman, Richard A. Posner, etc.-, y hasta lucen reelaboradas con miras a repensar ambiciosamente problemas de la Constitución -John H. Ely-, los estatutos legales -Guido Calabresi- o la jurisprudencia -Ronald M. Dworkin-, *vide in profundis* ESKRIDGE, W.N. "Making of the Legal Process", *Harv. L. Rev.*, 107 (1993) 2052. En oportunidad más próxima, Mauro Barberis ha explicado que desde que el Derecho moderno ha sustituido la producción consuetudinaria de normas con la legislación, y la *interpretatio iuris* -la búsqueda de la solución del caso por la *iurisprudencia* o por el juez- con la interpretación de la ley, ésta resulta susceptible de concebirse *subjetivamente* como el acto de atribución de sentido a un texto por los intérpretes, acto orientado a su aplicación, sin perjuicio de que también pueda entenderse *objetivamente* como la actividad -evocando la etiqueta de *legal process* que patrocinaran Henry M. Hart y Albert M. Sacks- que se traduce en una división del trabajo de producción del Derecho entre diferentes sujetos típicos: a la participación con diferentes roles que en el modelo del Estado legislativo se asignaba a legisladores, jueces y doctrinantes, se enfatiza -en mayor medida a partir de la creciente proyección del diseño adscrito al Estado constitucional- la de constituyentes y tribunales constitucionales, cfr. BARBERIS, M. "Los derechos humanos como adquisición evolutiva", *Doxa*, 36 (2013), pp. 25-40, 30.

(156) SUNSTEIN, C.R. *Designing Democracy: What Constitutions do*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 6.

(157) JACKSON, V.C. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford University Press, New York, 2013, pp. 1 y ss.

(158) Lo expuesto en el texto es, en cierto modo, revelador de la caladura teórica de la prevención de Otto Pfersmann: sean lo que sean las Constituciones, lo cierto es que se han convertido en objetos más y más complejos, y -por ello- en objetos bastante difíciles de entender -a más del destinatario común- por el punto de vista técnico-erudito de la *troupe* de expertos altamente capacitados, cfr. PFERSMANN, O. "Five Theses about the Foundations of Constitutional Law" *ap. Riberi, P. - Lachmayer,*

como en el aspecto anterior- pues difícilmente sus estudios podrían marginar el avance incremental logrado a partir de los aportes de la matriz teórica kelseniana -con todas sus reacciones favorables y desfavorables-¹⁵⁹ a los estudios de la *soberanía de la Constitución*¹⁶⁰, a las marchas -y contramarchas- que los expertos han debido dar para su comprensión -ya no sólo desde la perspectiva de en un sistema jurídico singular sino en clave plural-.¹⁶¹

En puridad, el debate entre los teóricos constitucionales y los adalides del *pluralist setting* parece corroborar la conjetura acuñada por Alan Watson -en ocasión de su *The Evolution of Law*- en orden a que el examen de las revoluciones jurídicas confirmaría la tesis general del *enorme impacto* que irrogan las *tradiciones* acuñadas por las élites de expertos jurídicos sobre las *modificaciones* habidas en el diseño e hermenéutica de las normas del sistema jurídico¹⁶².

K. (Eds.). *Philosophical or Political Foundations of Constitutional Law?*, Nomos - Facultas Verlag, Wien, 2014, p. 15.

(159) De allí que, *v.gr.*, el Profesor de la Universidad de Milán, Claudio Luzzati, observe que -en este como en otros tantos problemas jurídicos- las soluciones propiciadas por Hans Kelsen dan cuenta de una "(...) *figura a caballo entre dos épocas: cierra una y abre otra*", pues aspectos extremadamente novedosos de su *Reine Rechtslehre -v.gr.*, la teoría gradualista del ordenamiento, la tesis de la relativa indeterminación de las normas, el ataque al cognoscitivismo en ética o la crítica del dogma estatista, etc.- se mezclan -y hasta confunden- con aspectos que actualmente aparecerían decididamente superados -*v.gr.*, la reducción de la norma jurídica a norma coactiva, la epistemología neokantiana, la concepción decimonónica de la lógica, etc.-, *cfr.* LUZZATI, C. "Más allá de Kelsen. Monismo y dualismo en el Derecho internacional", *Doxa*, 22 (1999) 135-177, sugiriendo -incluso- que del jurista de Praga cabe pregonar lo mismo que él refiere de Dante en orden a que su doctrina no era conforme con su momento: "(...) *aún no lo era, porque en muchos aspectos se anticipaba a su tiempo; y no lo sería jamás, porque la base sobre la que estaba edificada ya había tenido su tiempo*", *cfr.* KELSEN, H. *La teoria dello Stato in Dante*, Boni, Bologna, 1974, p. 162.

(160) *Vide in extenso* ZAGREBELSKY, G. "Il metodo di Mortati" *ap.* Lanchester, F. (Ed.). C. *Mortati, costituzionalista calabrese*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1989, p. 83.

(161) RIGAUX, M.F. "Le Droit au singulier et au pluriel", *RIEJ*, 9 (1982) 1, máxime si la soberanía -como poder- representa el punto de encuentro entre el ordenamiento jurídico interno e internacional, prácticamente la obra kelseniana es atravesada *in totum* -como por un *hilo rojo* según la aguda observación de Vittorio Frosini- por este problema inicial, presentado y debatido como la ambigua relación entre Derecho interno y Derecho internacional a través -en opinión del Profesor de la Universidad de La Sapienza- de un *modelo platónico del ordenamiento jurídico*: "(...) *la unidad pretendida por Kelsen es la unidad de la imagen jurídica del mundo, no la unidad sustancial de las relaciones de vida (...) la soberanía del Derecho internacional, que aseguraría la paz y los derechos del hombre en la era planetaria, no es un principio jurídico operante, sino un ideal por realizar; y es también la tarea encomendada a una nueva cultura jurídica que avance por su camino y que preceda a la experiencia política de los poderes soberanos de los Estados, conduciéndola por la vía del progreso civil de la humanidad. La idea de soberanía de la ley en las relaciones internacionales ha encontrado en Kelsen, más que un desencantado teórico, un profeta con abundantes, aunque contenidas, pasiones intelectuales y morales, dada su aspiración a aquella Civitas máxima de la cual se podría decir que él ha sido un ciudadano ideal*", *cfr.* FROSINI, V. "Kelsen y las interpretaciones sobre la soberanía", *REDC*, 11 (31) (1991) 61-74. *Vide etiam*, *Ibidem*. *Saggi su Kelsen e Capograssi. Due interpretazioni del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 57-72.

(162) WATSON, A. *The Evolution of Law*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1985, p. 110.

¿Despeja ello, entonces, el reproche atinente a que los eruditos convocados al estudio del constitucionalismo global sólo han logrado dar vida a un *tigre de papel*? El aspecto anotado, que bien podría aventar una desventaja raigal en los presupuestos epistémicos de los teóricos pluralistas -si se retiene la observación de que los agentes de la constitucionalización del orden supranacional parecen ser, sobre todo, académicos, más que actores políticos, sumado a la evidencia empírica que identifica un proceso desigual de constitucionalización en varias dimensiones y diferentes regiones del mundo¹⁶³, no podría descuidar que -en rigor- las reconstrucciones académicas revelan habitualmente, a través de la oferta de los constructos y argumentos jurídicos, un impacto apreciable en el ejercicio del poder¹⁶⁴.

Así, pues, se sostiene que la versión supranacional del constitucionalismo ha trascendido las fronteras del Estado-Nación -y si ello no se percibe tanto en la realidad, añade Wojciech Sadurski, sí, en cambio, resulta diáfano en el discurso académico encaminado modelarla¹⁶⁵; podría decirse, *v.gr.*, que una muestra significativa al respecto puede rastrearse en los trabajos ya glosados de Armin von Bogdandy, o bien, en los de Ernst U. Petersmann, al menos, desde que éste último ha señalado que si los Estados y las organizaciones internacionales encuentran justificación -en última instancia- en el *suministro colectivo de bienes públicos* demandados por las personas, tales bienes parecen desenvolverse desde una carnadura nacional -*v.gr.*, igual libertad de los habitantes, remedios judiciales para su salvaguarda, etc.- hacia una dimensión más bien global -entre los que se inventariarían a los derechos humanos, *Rule of Law*, paz democrática, estabilidad monetaria, protección ambiental, desarrollo sustentable, etc.-, de modo que la comunidad académica debería adentrarse -según la sugerencia del Emeritus Professor del European University Institute- en reflexionar como éstos últimos bienes pueden ser producidos de manera más legítima y protegidos con mayor efectividad a través del estudio de las conexiones entre su tutela doméstica y supranacional, a la par de sufragar la relevancia de explorar los conceptos y teorías legados por el constitucionalismo en sus versiones democrática -centrada en la autoconstitución y emancipación del pueblo y la acción de sus gobernantes-, republicana -orientada a limitar la dominación arbitraria y estimular virtudes cívicas que resguarden adicionales bienes públicos en beneficio de los ciudadanos- y cosmopolita -alentando el autodesarrollo individual y democrático como la defensa colectiva de tales bienes más allá de las fronteras vernáculas- con miras a comprender, y hasta incitar reformas, sobre la

(163) ARMINGEON, K. - MILEWICZ, K. "Compensatory Constitutionalisation: A Comparative Perspective", *Global Society*, 22 (2008) 179.

(164) PETERS, A. "The Merits of Global Constitutionalism", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16 (2) (2009) 397-411.

(165) SADURSKI, W. "Introduction" *ap. Constitutionalism and the Enlargement of Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. XVII.

dominancia de los problemas regulatorios que despeja la gobernanza multinivel de bienes públicos transnacionales¹⁶⁶.

Si se activa así una prueba de cómo los textos normativos pueden evolucionar a partir de estudios innovadores sobre el Derecho¹⁶⁷, ¿no cabe pensar, entonces, que la vinculación de la Constitución con los instrumentos internacionales de derechos humanos, al igual que acontece con la formación del grueso de instituciones políticas y jurídicas, pueda reputarse un estadio de un proceso modelado -también- por *elementos evolutivos*?, ¿acaso no sería posible impulsar en los trabajos de los expertos sobre el punto un objetivo que, al margen de rastrear resabios de la metáfora de la evolución *biológica* e indagar la forma en que se emplean en sus obras, se encamine a definir y, por lo tanto, a crear una tradición evolutiva con un poder acumulativo que trascienda a sus contribuciones?¹⁶⁸, ¿en tal empresa, el evolucionismo *cultural* podría desaguar en un posicionamiento adscrito al realismo jurídico, en el sentido de una teoría del Derecho vigente o efectivo concebido como efecto objetivo de agregación de aplicaciones e interpretaciones subjetivas?¹⁶⁹, etc.

11. No debiera sorprender, por tanto, la respuesta de Carl Menger¹⁷⁰, pues -con antelación a la irrupción en el campo de las ciencias sociales de Max Weber- repli-

(166) PETERSMANN, E.U. *Multilevel Constitutionalism for Multilevel Governance of Public Goods*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2017, pp. 1-4, exhortando a juristas, sociólogos, científicos políticos, funcionarios gubernamentales, agentes de organizaciones Internacionales, etc., a re-pensar el rumbo de sus premisas metodológicas, en especial parapetándose en el constitucionalismo como una metodología legal sumamente valiosa -a su entender- para transformar los principios de justicia que dimanan del *Law in the books* en un socialmente efectivo *Law in action* que rinda, así, una real protección a los derechos humanos fundamentales.

(167) VON BOGDANDY, A. *El constitucionalismo en el Derecho internacional ap. Hacia un nuevo Derecho Público. Estudios de Derecho Público Comparado, Supranacional e Internacional*, UNAM, México, 2011, p. 431.

(168) ELLIOTT, D.E. "The Evolutionary Tradition in Jurisprudence", *Colum. L. Rev.*, 85 (1985) 38.

(169) BARBERIS, M. "Interpretación-acto y interpretación-actividad: Nueve extensiones de la teoría genovesa", *RBF*, 240 (62) (2014) 55-69.

(170) La denominada *Escuela Austríaca de Economía* [*Wiener Schule der Ökonomie*] descubre un hito trascendente hacia fines del tercer cuarto del siglo XIX, precisamente en ocasión de que Carl Menger (1840-1921), tras sus estudios de Derecho y Economía en las Universidades de Viena (1859-1860) y Praga (1860-1863) como así también la obtención de su Doctorado en Derecho bajo la supervisión de Lorenz von Stein, en Cracovia, divulga su *opus magnum* intitulada *Grundsätze der Volkswirtschaftslehre* [*Principios de Economía*] -editada en Viena, en 1871, por Braumüller- y sentara los cimientos tipificantes de la *praxiología* o teoría de la acción racional -principalmente al desarrollar la doctrina del valor, de los precios, de la distribución, etc., como así también el método de investigación aplicable a tales objetos-, sin perjuicio de que -apunta Raimondo Cubbedu- extendió su influencia constante, al emplazarse en un punto focal, sobre los diversos problemas epistemológicos, políticos y sociales que motorizaba su crítica a la doctrina positivista de la ciencia alimentada por el positivismo francés y el empirismo inglés -principalmente en la línea cultivada por Augusto Comte y Francis Bacon respectivamente-, al

caba que la tarea más importante de la orientación exacta en la investigación teórica es -en su opinión- la de reconducir -zurückzuführen- a sus *elementos* los fenómenos complejos:

“(...) toda teoría, sea cual fuere su género y grado de rigor en el conocimiento, tiene ante todo la función de permitirnos comprender los fenómenos concretos del mundo real en cuanto ejemplificaciones de una cierta regularidad en la sucesión de los fenómenos, es decir genéticamente [...] este elemento genético es inseparable del concepto de ciencias teóricas (...) nos enseña cómo cada fenómeno es presentado en cada paso de su desarrollo como como resultado de regular proceso genético”¹⁷¹.

La intuición central del Profesor de la Universidad de Viena -en lo que aquí interesa- estriba en que el surgimiento de los fenómenos sociales [*soziale Phänomene*]¹⁷² -entre los que enlista el lenguaje, el Derecho, el Estado, etc.-, pueden ser expli-

rol del pragmatismo alentado por el racionalismo abstracto en el dominio de los asuntos humanos -al menos, según la vertiente smithiana- y al reclamo de un conocimiento teórico en cuestiones sociales derivado históricamente -según el ideario del temprano historicismo económico auspiciado, entre otros, por Wilhelm G.F. Roscher, Karl Knies, Bruno Hildebrand, etc., que germinara en la *Historische Schule der Nationalökonomie-*, cfr. CUBBEDU, R. *The Philosophy of the Austrian School*, Routledge. New York, 2006, pp. 1 y ss; al punto que -a juicio de Friedrich von Hayek- lo que es común a los miembros de la *Wiener Schule* y proveyó los fundamentos de sus contribuciones ha sido la aceptación de las enseñanzas mengerianas, dotadas de la suficiente potencia para revolucionar un cuerpo de ciencia ya bien desarrollado, *vide* VON HAYEK, F. “Introduction” *ap.* MENGER, C. *Principles of Economics*, Ludwig von Mises Institute, Auburn, 2007, p. 12. *Vide etiam* Ibidem. “The Place of Menger’s Grundsätze in the History of Economic Thought” *ap.* Hicks, J.R. - Weber, W. (Eds.). *Carl Menger and the Austrian School of Economics*, Oxford University Press, Oxford, 1973; VOLPE, G. *Il costituzionalismo del Novecento*, Laterza, Bari-Roma, 2000, p. 302.

(171) MENGER, C. *Problems of Economics and Sociology*, University of Illinois Press, Urbana, 1963, pp. 94 y 113, alumbrando así un “(...) poderoso instrumento de análisis en el que cada paso se presenta como resultado, con inevitable necesidad, del precedente”, cfr. VON HAYEK, F. “Introduction” *ap.* Menger, C. *Principles of Economics*, Ludwig von Mises Institute, Auburn, 2007, p. 16.

(172) Ya en 1859 el naturalista británico Charles R. Darwin -a propósito de su célebre *On The Origin of Species by Means of Natural Selection, or the Preservation of Favoured Races in the Struggle for Life*, editado en Londres por John Murray- había conmovido los presupuestos epistemológicos del paradigma creacionista mediante la observación de que las modificaciones habidas en la naturaleza lucían sedimentadas por la evolución de sucesivas generaciones -*branching pattern of evolution-*, consolidándose -a partir de entonces- una línea de evolucionismo biológico o natural que postulará los siguientes mecanismos: (i) mutación genética -*variaton-*; (ii) selección de mutaciones aptas al medio ambiente -*selection-*; (iii) retención de las mutaciones favorables a la supervivencia -*retention-*, *vide* DARWIN, Ch.R. “The Evolution Debate 1813-1870. On the Origin of Species” *ap.* Knight, D. (Ed.), Routledge - National History Museum, London - New York, 2003, V. V, pp. 7 y ss., 81 y ss., 413 y ss.; sin perjuicio de que -cabe destacarlo- aquéllos han sido reivindicados por los cultores de la epistemología evolucionista -*evolutionary epistemology-* para explicar el desarrollo del conocimiento humano, *cfr.* STEIN, E. “Evolutionary Epistemology” *ap.* Dancy, J. - Sosa, E. - Steup, M. (Eds.). *A Companion to Epistemology*, Wiley-Blackwell, Maiden-Oxford, 2010, p. 354.

cados como *efectos no intencionales -i.e.*, de agregación o de composición- *de actos intencionales*¹⁷³, pues -de modo similar a la formación de los precios- las evaluaciones subjetivas se convierten en valoraciones objetivas, formándose -así- los valores, las reglas, las instituciones políticas y jurídicas, máxime cuando los derechos humanos son reconocidos por normas y procesos institucionalizados, *i.e.* producidos y aplicados por instituciones¹⁷⁴.

(173) MENGER, C. *Untersuchungen über die Methode der Sozialwissenschaften, und der politischen Oekonomie insbesondere*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1883, p. 163, en el temperamento de que así como el mercado, la moneda, la concurrencia, etc., resultan pasibles de un análisis a la luz de la metodología evolucionista, un abordaje similar puede extenderse respecto de los institutos que sirven al bienestar social -*Wohlfahrt der Gesellschaft*- y que lucen extremadamente significativos para este, pues -en su entender- las instituciones de carácter orgánico serían el resultado, en buena parte, de un desarrollo social no intencionado al derivar -principalmente- de la interacción de una multitud de agentes que operan en procura de su propio interés -pues, sólo una minoría de instituciones sociales reconocía un origen pragmático [*pragmatischen Ursprung*] o deliberado, debido a la voluntad común dirigida a su establecimiento-. Por lo restante, mientras los ensayos de algunos estudiosos observan que -en rigor- son los moralistas escoceses del siglo XVIII, como David Hume, Thomas Reid, Adam Smith, etc., los que esbozaron, con alguna antelación, la idea de efectos no intencionales de una acción intencional, sirviendo así de precedente a los trabajos del evolucionismo natural cuanto cultural, *cf.* FLEW, A. "Social Science: Making Visible the Invisible Hands", *Journal of Libertarian Studies*, 8 (1987) 197-211, otros expertos, en cambio, han presentado una taxonomía de las teorías de la evolución legal en cuatro grupos básicos: (i) enfoque *social* -en el que se enrolan Friedrich K. von Savigny, James S. Maine, John H. Wigmore, etc.-, caracterizado por la afirmación de que el Derecho no es un sistema autónomo, sino una parte integral de la vida social de una comunidad: a medida que el lenguaje, la cultura, el sistema político, la estructura económica, etc., de la sociedad evolucionan, las reglas y principios jurídicos cambian con ellos; (ii) enfoque *doctrinal* -al que adhieren Oliver W. Holmes, Arthur L. Colbin, Robert C. Clark, etc.-, singularizado por el entendimiento de que el fenómeno evolutivo no sólo se registra a nivel societal sino también, e incluso de forma más detallada, en el campo de las declaraciones específicas de reglas y principios jurídicos que los juristas generalmente aglutinan bajo el rótulo de doctrinas legales; (iii) enfoque *economicista* -en el que descollan Paul Rubin, George Priest, Robert Cooter y Louis Kornhauser, etc.-, cuyos adeptos no están particularmente interesados en identificar patrones de cambios en el *corpus* de doctrinas jurídicas, debido a que su principal preocupación se traslada a la finalidad de modelar los procesos que causan su modificación, argumentado que el objetivo, compartido por los integrantes de una comunidad, de reducir los costos innecesarios hace que el sistema jurídico evolucione hacia reglas o principios que son menos inútiles o, a la inversa, que incrementan la eficiencia; (iv) enfoque *sociobiológico* -en el que sobresalen los aportes de Albert G. Keller, Jack Hirshleifer, Richard A. Epstein, etc.-, patrocinando un set de explicaciones evolutivas que no se limitan a las estructuras biológicas, puesto que estiman que un amplio espectro de prácticas individuales cuanto colectivas también están moldeadas por la selección natural: las costumbres y formas sociales son productos evolutivos -como las pezuñas de los caballos o las extremidades de los camellos, según la ejemplificación del Profesor de *Science of Society* de la Universidad de Yale, Albert G. Keller ["Law in Evolution", *Yale L.J.*, 28 (1919) 775]- a través de ajustes a las condiciones de vida y al entorno en las que se destaca el valor de supervivencia y adaptabilidad, de tal modo que cada una de las categorías revistadas representan diferentes escuelas de pensamiento evolutivo, *cf.* ELLIOTT, D.E. "The Evolutionary Tradition in Jurisprudence", *Colum. L. Rev.*, 85 (1985), p. 38 y ss.

(174) Los derechos humanos tienen, al menos, cinco rasgos no intencionales, todos explícita o implícitamente subrayados por Mauro Barberis en oportunidad de su obra *Europa del diritto*, editada en 2008 por Il Mulino en Bolonia, en particular & 4, 5 y 6: (i) la imitación, casi espontánea, de formulaciones anteriores de declaraciones de derechos por constituyentes sucesivos; (ii) la migración de las

12. No hace mucho tiempo que los teóricos y filósofos jurídicos han comenzado a problematizar no tanto sobre la relación entre las normas jurídicas y la sociedad en la que éstas operan, sino -más bien- en torno a la conexión entre las fuentes del Derecho y el modo en que estas se desenvuelven¹⁷⁵ -pese a que la imagen de que aquéllas evolucionan, luce tan profundamente arraigada en el pensamiento legal que la mayoría de los expertos ni siquiera son conscientes de ello como una metáfora-¹⁷⁶.

formulaciones de una cultura jurídica a otra; (iii) la proliferación por generaciones de los derechos, hasta la entropía actual; (iv) la interpretación de los textos, *i.e.*, la atribución de sentidos siempre nuevos y en todo caso no previsibles por los autores; y, por último, (v) la propia posibilidad de considerar los derechos humanos como una adquisición evolutiva de la especie humana; en consecuencia, la relación entre evolución y derechos humanos luce esbozada así: "(...) los sistemas éticos (morales, políticos y jurídicos...) se forman como los mercados, es decir a partir del encuentro de actos intencionales individuales que generan, por efecto no intencional de agregación o composición, instituciones complejas. La ética y la interpretación jurídica tienen así dos rasgos: el rasgo subjetivo del acto intencional individual de evaluación moral, sea de pretensión o de interpretación jurídica y constitucional, y el rasgo objetivo de la actividad, como conjunto de actos que producen valores y normas relativamente estables. La metaética subjetivista y la teoría de la interpretación escéptica del siglo xx, creo, han pasado por alto el segundo rasgo: sin entender que sólo en el contexto del segundo el primero tiene sentido", *vide* BARBERIS, M. "Los derechos humanos como adquisición evolutiva", *Doxa*, 36 (2013), pp. 25-40, 29 y 34.

(175) WATSON, A. "Legal Evolution", *BYU L. Rev.*, 2 (1987) 353-379. En efecto, Donald E. Elliott ha sugerido la siguiente figura: en ocasiones el Derecho se comporta de modo semejante a un carroñero -*scavenger*-, debido a que crece alimentándose de ideas externas -en lugar de inventar otras propias-, de suerte que como las ideas prestadas -*borrowed ideas*-, no las teorías políticas y sociales sino las ideas abstractas tomadas de otras disciplinas, afectan al Derecho es un tema que sus académicos regularmente han pasado por alto, *cfr.* ELLIOTT, D.E. "The Evolutionary Tradition in Jurisprudence", *Colum. L. Rev.*, 85 (1985), p. 38 y ss. -de allí que este Profesor de la Universidad de Yale se ha abocado a estudiar el modo en que la idea más influyente del siglo pasado -a su juicio la teoría de la evolución biológica de Charles Darwin- ha afectado la forma en que legisladores, jueces, juristas, etc. piensan sobre el Derecho-. Incluso, descontando que los enfoques evolutivos no son la panacea, en virtud de que trasuntan -más bien- la invitación al desafío de considerar las prácticas sociales, políticas, jurídicas, etc., como realmente son, el *corpus* de literatura en la materia exhibe una tendencia *in crescendo*, *vide in profundis* WATSON, A. *The Evolution of Law*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1985; BARBERIS, M. *L'evoluzione nel Diritto*, Giappichelli, Torino, 1998; STEIN, P. *Legal Evolution. The Story of an Idea*, Cambridge University Press, Cambridge, 1980; BECKSTROM, J.H. *Evolutionary Jurisprudence. Prospects and Limitations on the Use of Modern Darwinism throughout the Legal Process*, University of Illinois Press, Urbana-Chicago, 1979; DEAKIN, S. *Evolution of Our Time: a Theory of Legal Memetics*, Oxford University Press, Oxford, 2003; OESER, E. *Evolution and Constitution. The Evolutionary Self-Construction of Law*, Reidel, Dordrecht, 2003; HUTCHINSON, A.C. *Evolution and the Common Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005; ZALUSKI, W. *Evolutionary Theory and Legal Philosophy*, Elgar, Cheltenham - Northampton, 2009; ROMEO, F. *Antropologia giuridica. Un percorso evolucionista verso l'origine della relazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2012.

(176) EPSTEIN, R.A. "The Static Conception of the Common Law", *J. Legal Stud.*, 9 (1980) 253, aunque algunos académicos lo advirtieran con claridad meridiana: *v.gr.*, Thomas Woodrow Wilson, en los comienzos del siglo XX, reseñaba, en un texto constitucional clásico, que si bien el gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica se había modelado sobre la teoría *whig* de la dinámica política -en su opinión, importaba una especie de copia inconsciente de la teoría newtoniana del universo-, "(...) en nuestros días, cuando discutimos la estructura o el desarrollo de algo, ya sea en la naturaleza o en la sociedad, seguimos consciente o inconscientemente al Sr. Darwin", *cfr.* WILSON, T.W. *Constitutional Government in the United States*, Columbia University Press, New York, 1908, pp. 54-55.

En este orden de ideas, Mauro Barberis ha explicado que las aplicaciones jurídicas de la metodología evolucionista entrañan una perspectiva fecunda de investigación para comprender los problemas de formación de los Estados y el desarrollo de su Derecho típico¹⁷⁷, con una sola precisión: el Derecho se conformaría a partir del *efecto no intencional de una actividad* -una serie de actos- en el que participan constituyentes, legisladores, doctrinantes, jueces, etc., de tal modo que si bien los primeros *formulan* sus textos normativos característicos -Constitución y ley respectivamente-, los *sentidos* a ellos adscritos *cambian* con las *interpretaciones* doctrinarias y las aplicaciones judiciales¹⁷⁸.

(177) BARBERIS, M. “La fin de l’État et autres narrations” ap. Bonin, P. - Brunet, P. - Kerneis, S. (Eds.). *Formes et doctrines de l’Etat. Dialogue entre histoire du droit et théorie du droit*, Pedone, Paris, 2018, pp. 331 y ss; Ibidem. “La fine dello Stato e altri racconti”, *Filosofia Politica*, 27 (2) (2013) 317-328, aunque el Profesor de la Universidad de Trieste se ocupa de subrayar que se trata de una metodología cognoscitiva que debe ser nítidamente distinguida de la ideología normativo-liberal sustentada por muchos eruditos austríacos y sus cultores del pensamiento *libertarian*: así, *v.gr.*, si bien los antiguos tuvieron en mente que *polis, dikaion y politeia* pertenecían al orden natural, los modernos han adscrito el Estado, la Constitución, la legislación, etc., a la esfera de lo artificial, de modo que en obras paradigmáticas del evolucionismo austríaco -*v.gr.*, tanto *The Constitution of Liberty* [editada primeramente, en 1960, en Chicago por Chicago University Press] cuanto en la *magnum opus* de filosofía política intitulada *Law, Legislation and Liberty* [divulgada en tres sustanciosos volúmenes, desde 1973, por Routledge, London], ambas autoría de Friedrich von Hayek- dedicadas a la *Tierra Media* entre lo natural y artificial, que es la evolución *cultural*, se advierten oscilaciones a propósito del Estado a través de su calificación de *orden espontáneo* -las que, por cierto, no se advierten en el ideario mengeriano que repele el artificialismo como el organicismo, menos todavía en la propia biblia de los estudiosos libertarios: *Anarchy, State, and Utopia* -publicada por Basic Books desde 1974 en New York- de Robert Nozick, a pesar de sus replanteamientos en *The Examined Life. Philosophical Meditations* -aparecida en 1989, a instancias de Simon & Schuster, también en New York- en la medida que, en abierta polémica con los anarcocapitalistas, ofrece una fundamentación del Estado a través de una suerte de justificación cultural: si el Estado mínimo es el único moralmente legítimo, la concurrencia de múltiples agencias de protección privada -*protective association*- producirá el monopolio de la agencia de protección dominante -*dominant protection agency*- que jurídicamente se erige en el Estado (*minimal State*), limitado a la provisión de seguridad, protección de la propiedad y cumplimiento de los contratos-, *cfr.* NOZICK, R. *Anarchy, State, and Utopia*, Blackwell, Oxford, 1999, pp. 12 y ss., 26 y ss. *Vide in extenso* LUHMANN, N. *Soziologie des Rechts*, Rowohlt, Hamburg, 1972; Ibidem. *Ausdifferenzierung des Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt, 1981.

(178) *Vide in profundis* BARBERIS, M. *L’evoluzione nel Diritto*, Giappichelli, Torino, 1998; Ibidem. “Knowledge, Evaluation and Interpretation in an Evolutionary Theory of Law”, *Analisi e Diritto*, (2010) 257-270, aunque y al menos para todos los positivistas, partidarios de la tesis de las fuentes sociales, el Derecho -explica Mauro Barberis- está hecho por los hombres, empero identifica -mínimamente- dos maneras de concebir, a su juicio, esta producción: el *constructivismo* -en el sentido no metaético, de John B. Rawls, sino metodológico, de Friedrich von Hayek- que la concibe como *producción sólo intencional*, y -en contraste- el *evolucionismo*, que la capta como producción también *no intencional*. De allí la siguiente característica distintiva: para los genoveses, como para la mayoría de los positivistas, el Derecho está producido sólo intencionalmente por seres humanos, y en particular por el legislador, por los jueces y por los juristas: aunque la voluntad de los jueces resulte de hecho sobresaliente si se consiente asignarles la última palabra -precisamente para Giovanni Tarello y quizás para [el primer Riccardo Guastini más próximo al escepticismo interpretativo radical], como para el realista estadounidense John Gray, el Derecho luce producido así: *el legislador proporciona los enunciados (las disposiciones), y los jueces los sentidos (las normas)*-, mientras que, por el contrario, para los evolucionistas -tanto para Mauro Barberis como para una minoría de positivistas desde Friedrich K. von Savigny a Niklas Luhmann- el Derecho no es sólo gestado *intencionalmente* sino también *no intencionalmente*, en particular

Así, las normas son también resultados no intencionales, *i.e.*, efectos de la agregación de diversos actos intencionales¹⁷⁹.

De allí que bien puede rastrearse -en los propios anales de la CorteIDH- un proceso evolutivo de recepción nacional del Derecho internacional de los derechos humanos, el que se manifiesta en reformas normativas trascendentales en los Estados

se podría decir -atribuyendo a los evolucionistas las distinciones genovesas- que *las normas son los efectos no intencionales, producidos por la interpretación en sentido genérico, de las disposiciones, producidas por actos humanos intencionales*. Este entendimiento es el que lo conduce a la siguiente explicación: “(...) las normas no son otra cosa que el producto no intencional de todos los actos de habla de los participantes al juego jurídico; de la misma manera en que el mercado es el producto de actos de agentes económicos en concurrencia entre sí, así el derecho es el resultado de interpretaciones llevadas a cabo por todos los agentes jurídicos: actos que todos concurren a producir, de maneras diferentes, aquel artefacto histórico que es el Derecho”, *cfr.* BARBERIS, M. “Interpretar, aplicar, ponderar. Nueve pequeñas diferencias entre la teoría genovesa y la mía”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, 11 (2011), p. 535 y ss. Muchos expertos, incluso, han deseado introducir la diferenciación entre la dimensión estática y dinámica del ordenamiento jurídico -y su proyección en el pensamiento kelseniano-, refiriendo una a la norma y otra al acto normativo, distinguiendo así el significado del Derecho producido de la fuente de su producción y desaguando, entonces, la primera en la sustancia del Derecho en estado de quietud, a diferencia de la segunda que entraña la forma del Derecho en movimiento, *vide* FERRAJOLI, L. *La logica del diritto: Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Laterza, Roma - Bari, 2016, & 6.1.

(179) Ignorar los efectos no intencionales -en opinión de Mauro Barberis- descubre patentes consecuencias subjetivistas y reduccionistas: el Derecho se comprime así al producto de actos de voluntad legislativos -constituyentes, legisferantes *stricto sensu*, judiciales- básicamente iguales, aunque llevados a cabo por diferentes actores y conflictivos entre sí, inclusive -se añade- que tales actos pueden estar relacionados casi sólo dinámicamente, por delegación, como para el último Hans Kelsen, “(...) todos los operadores crean todo el Derecho, para así decirlo, *uti singuli*: cada uno posee el poder legislativo total, y lo ejerce en conflicto con los demás”. De allí que para el enfoque constructivista, reduccionista y particularista genovés, por ende, las disposiciones pueden albergar todos los sentidos que *de hecho* le atribuyen sus autores, la única diferencia conceptual entre ellos -para el segundo Guastini, cercano al escepticismo interpretativo moderado y siempre a la Kelsen- consiste en el hecho que el sentido se geste dentro o fuera del marco de significado -*Rahmenlehre*- del enunciado: en el primer caso lo etiqueta con el título de interpretación, en el segundo con el de creación de Derecho. Por el contrario, si se repara en una perspectiva evolucionista, no reduccionista y holista, no se vislumbran tantas normas como legisladores ni tantos sistemas jurídicos como intérpretes, en virtud de que todos los operadores crean todo el Derecho, *uti universi*, sin poder controlar, *uti singuli*, los efectos de sus actos de habla -al punto que ninguno de ellos detenta la última palabra, sino como máximo la penúltima desde que regularmente sus actos tendrán efectos intencionales ulteriores-, *cfr.* BARBERIS, M. “Interpretar, aplicar, ponderar. Nueve pequeñas diferencias entre la teoría genovesa y la mía”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, 11 (2011) 537-538. Otros estudiosos, como Giorgio Pino, también ofrecen una deconstrucción de la doctrina iuspositivista de las fuentes, pues pese a que los adherentes a ésta han aceptado la tesis de que los jueces participan en la creación del Derecho a través de la interpretación, lo cierto es que han mantenido regularmente la reserva de que la interpretación supondría bases fácticas que la doctrina o la teoría del Derecho estarían obligadas a reconocer, *i.e.*, las fuentes del Derecho, de modo que la iniciativa del Profesor de la Universidad de Roma III se orienta a explicar cómo los jueces y doctri-nantes alteran cotidianamente esta pretendida base fáctica, *vide* PINO, G. “La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione”, *Ars Interpretandi*, 16 (2011) 19-56. *Vide etiam*, *Ibidem*, *Diritto e Interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato Costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2018, pp. 115 y ss.

nacionales, al incorporar diversas cláusulas *constitucionales* para recibir el influjo del Derecho internacional:

“(...) así sucede con el reconocimiento de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos, o incluso aceptando su carácter de supraconstitucionalidad cuando resulten más favorables; el reconocimiento de su especificidad en esta materia; la aceptación de los principios pro homine o favor libertatis como criterios hermenéuticos nacionales; en la incorporación de “cláusulas abiertas” de recepción de otros derechos conforme a la normatividad convencional; o en cláusulas constitucionales para interpretar los derechos y libertades “conforme” a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, entre otros supuestos. De esta forma las normas convencionales adquieren carácter constitucional”¹⁸⁰.

Y también se debe -según los registros del Derecho judicial interamericano- a las propias jurisdicciones domésticas -especialmente a las altas jurisdicciones constitucionales- que progresivamente han privilegiado interpretaciones dinámicas que favorecen y posibilitan la recepción de los derechos humanos previstos en los tratados internacionales, formándose:

“(...) un auténtico “bloque de constitucionalidad”, que si bien varía de país a país, la tendencia es considerar dentro del mismo no sólo a los derechos humanos previstos en los pactos internacionales, sino también a la propia jurisprudencia de la Corte IDH. Así, en algunas ocasiones el “bloque de convencionalidad” queda subsumido en el “bloque de constitucionalidad”¹⁸¹.

De esta manera, los sujetos interpretativos domésticos de la Convención también se encuentran obligados al cumplimiento de la normatividad convencional, y la doctrina del control de convencionalidad les facilita esta labor para realizar interpretaciones de las disposiciones nacionales -incluidas las del texto constitucional- que sean *conformes* al *corpus juris* internacional -e, incluso, para no aplicar aquéllas que contravengan de manera absoluta el referido bloque de convencionalidad-, evidentemente con el propósito de evitar la responsabilidad internacional del Estado¹⁸². Se anima -de esta forma- un *fenómeno de migración interconvencional*, en cuya

(180) Voto Razonado, Juez Ad Hoc Ferrer Mac-Gregor, E., Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sent. Serie C/220, de fecha 26.11.2010, párrafo 25.

(181) Voto Razonado, Juez Ad Hoc Ferrer Mac-Gregor, E., Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sent. Serie C/220, de fecha 26.11.2010, párrafo 26.

(182) Voto Razonado, Juez Ad Hoc Ferrer Mac-Gregor, E., Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sent. Serie C/220, de fecha 26.11.2010, párrafo 51, pues -según se arguye en el párrafo subsiguiente- así la *fuerza normativa* de la Convención alcanza a la interpretación que de la misma realice la Corte IDH, autonominándola *intérprete última* de dicho Pacto en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos; incluso, se añade que la interpretación emprendida

virtud se pone en marcha privilegiando, una y otra vez, las interpretaciones más favorables a los derechos de las personas, de modo que -primordialmente cuando se evoca el patrón de interpretación más protectora en su clave *in favor personae* o *pro persona*- decanta hacia la pretensión de su imposición al conjunto de los Estados parte -inclusive, aquellos que no han ratificado convenios especializados-¹⁸³.

Tal esquema argumentativo conduce a ciertos académicos -a través del concepto de *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*- hacia la afirmación de existencia de un novel fenómeno jurídico compuesto por elementos provenientes de una variedad de sistemas jurídicos que se encuentran interconectados por el impulso común de un constitucionalismo transformador¹⁸⁴; proceso que -se añade- no sólo se

por el Tribunal Interamericano a las disposiciones convencionales *adquiere la misma eficacia que poseen éstas*, en la comprensión de que las *normas convencionales* constituyen el resultado de la *interpretación convencional* que emprende la Corte IDH como órgano judicial autónomo cuyo objetivo es la aplicación e interpretación del *corpus juris* interamericano -art. 1, Estatuto CorteIDH-, concluyéndose, entonces, que el resultado de la exégesis de la Convención conforma la jurisprudencia de la misma, *i.e.*, “(...) *constituyen normas que derivan de la CADH, de lo cual se obtiene que gocen de la misma eficacia (directa) que tiene dicho tratado internacional*”, *cfr.* FERRER MAC-GREGOR, E. - SILVA GARCÍA, F. “Homicidios de mujeres por razón de género. El caso Campo Algodonero” *ap.* von Bogdandy, A. - Ferrer Mac-Gregor, E. - Morales Antoniazzi, M. (Coords.). *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, UNAM - Max Planck Institute, México, 2010, V. II, pp. 259-333, 296-297.

(183) BURGORGUE-LARSEN, L. “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, 12 (1) (2014) 105-161, 109. El intérprete, entonces, debería trabajar teniendo a la vista -a juicio de Anne Peters- que el *ranking* de las normas en cuestión debe ser evaluado de una forma más sutil, de acuerdo con su *peso* y *relevancia substantiva*, de modo que tal perspectiva introduce un interesante recurso hermenéutico: “(...) *las garantías de los derechos fundamentales deberían prevalecer sobre normas menos importantes (independientemente de su ubicación y tipo de codificación) [...] esta [...] aproximación no ofrece una guía estricta porque es discutible cuáles normas son “importantes” en términos de la substancia y porque no resuelve los conflictos entre un derecho humano “doméstico”, por un lado, y el derecho “internacional”, por el otro. Sin embargo, la idea fundamental es que lo importante es observar la substancia, mas no la categoría formal de las normas en conflicto*”, *cfr.* PETERS, A. “The Globalization of State Constitutions” *ap.* Nijman, J. - Nollkaemper, A. (Eds.). *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 306 y ss.

(184) Tal vocación transformadora impone hacer notar que si se aspira a avanzar genuinamente hacia un modelo conceptual que sirva de *garantía a las democracias constitucionales*, es necesario -en paralelo- *resguardar la efectividad de los derechos fundamentales de las personas* en cada uno de los Estados nacionales -de lo contrario, se desfondan las condiciones que hacen posible al *Ius Constitutionale Commune* de derechos humanos-, *cfr.* SALAZAR UGARTE, P. “La disputa por los derechos y el *Ius Constitutionale Commune*” *ap.* von Bogdandy, A. - Morales Antoniazzi, M. - Ferrer Mac-Gregor, E. -Coords.- *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Max Planck Institute, 2017, pp. 110-111. Por lo restante, la adjetivación transformadora del constitucionalismo se remonta -con el alcance antedicho- a las experiencias constitucionales colombiana de 1991 y sudafricana de 1996, *cfr.* VON BOGDANDY, A. “*Ius Constitutionale Commune en América Latina. Aclaración conceptual*” *ap.* von Bogdandy, A. - Morales Antoniazzi, M. - Ferrer Mac-Gregor, E. (Coords.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado

constataría en el *papel -on paper-* sino que constituye una *praxis* jurídica trasnacional institucionalizada que entrelaza -en la muestra regional- a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los demás instrumentos jurídicos internacionales con las garantías establecidas en las Constituciones nacionales y con las cláusulas constitucionales de apertura del ordenamiento jurídico interno al internacional, así como con la jurisprudencia nacional e internacional pertinente.¹⁸⁵

Por lo restante -al margen de que, como ya se anticipara en esta entrega, el Derecho internacional de los derechos humanos ha *avanzado sustancialmente* mediante la *interpretación evolutiva* de los documentos internacionales de protección, de modo que esta orientación revela *particular importancia*¹⁸⁶-, el cometido precedente descarta resultados interpretativos restrictivos debido a que el Tribunal cimero de orden interamericano -al expedirse en la OC N° 16/99- ha precisado:

“(...) el corpus juris del Derecho internacional de los derechos humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe

de Querétaro - Max Planck Institute, 2017, p. 139, nota 5. *Vide in extenso* KLARE, K. “Legal Culture and Transformative Constitutionalism”, *South African Journal on Human Rights*, 14 (1) (1998), p. 46 y ss.

(185) VON BOGDANDY, A. - EBERT, F.Z. - FERRER MAC-GREGOR, E. - MORALES ANTONIAZZI, M. - PIOVESAN, F. - SALAZAR UGARTE, P. - SOLEY, X. “Ius Constitutionale Commune en América Latina (ICCAL) y Derecho económico internacional (DEI). Una introducción” *ap.* von Bogdandy, A. - Salazar Ugarte, P. - Morales Antoniazzi, M. - Ebert, F.Z. (Coords.) *El constitucionalismo transformador en América Latina y el Derecho económico internacional. De la tensión al diálogo*, UNAM - Max Planck Institute, México, 2018, pp. 12 y ss.

(186) CorteIDH, caso *Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, Sent. Serie C/63, de fecha 19.11.1999, párrafo 193; *Ibidem.* caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sent. Serie C/79, de fecha 31.08.2001, párrafo 148; *Ibidem.* caso *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Sent. Serie C/110, de fecha 08.07.2004, párrafo 165; *Ibidem.* caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Sent. Serie C/125, de fecha 17.06.2005, párrafo 125; *Ibidem.* caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Sent. Serie C/134, de fecha 15.09.2005, párrafos 106 y 187, sin perjuicio de precisar que los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen *sentido autónomo*, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el Derecho interno; *Ibidem.* caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Sent. Serie C/146, de fecha 26.03.2006, párrafo 117; *Ibidem.* *Masacres de Ituango vs. Colombia*, Sent. Serie C/148, de fecha 01.07.2006, párrafos 155 y 157; *Ibidem.* caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Sent. Serie C/239, de fecha 24.02.2012, párrafo 83; *Ibidem.* caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, Sent. Serie C/245, de fecha 27.06.2012, párrafo 161; *Ibidem.* caso *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, Sent. Serie C/257, de fecha 28.11.2012, párrafo 245; *Ibidem.* caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, Sent. Serie C/318, de fecha 20.10.2016, párrafos 245-247; *Ibidem.* caso *Cuscul Pivaral vs. Guatemala*, Sent. Serie C/359, de fecha 23.08.2018, párrafo 102; *et al.* En otras oportunidades, ha empleado el giro de *interpretación dinámica*, *cfr.* CorteIDH, caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, Sent. Serie C/102, de fecha 26.11.2003, párrafo 56.

*adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el Derecho internacional contemporáneo*¹⁸⁷.

¿Catálogos cerrados o abiertos de derechos? Este interrogante -que tanto ha inquietado a Guillermo Escobar Roca en su avatar europeo- desagua hacia la demarcación entre un *nuevo derecho* y un *novel contenido de un derecho originario* o vetusto -el que normalmente se amplía por exigencias de demandas sociales y nuevas realidades-, la cual -descontando su sutileza- revela, en cualquier caso, tanto un grado importante de innovación del ordenamiento de los derechos cuanto de creación judicial del Derecho, no exentos de embates desde la perspectiva tradicional del positivismo -y hasta del principio democrático¹⁸⁸-, sin perjuicio, claro está,

(187) CorteIDH, OC N° 16/99, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, de fecha 01.10.1999, párrafo 115. *Vide etiam* Ibidem. caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, Sent. Serie C/102, de fecha 26.11.2003, párrafo 56; Ibidem. caso *de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Sent. Serie C/125, de fecha 17.06.2005, párrafo 128; Ibidem. *Masacres de Ituango vs. Colombia*, Sent. Serie C/148, de fecha 01.07.2006, párrafos 155 y 157; Ibidem. caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, Sent. Serie C/318, de fecha 20.10.2016, párrafos 245-247; *et al.*

(188) ¿Y dónde está el problema? En su presentación canónica, mientras los críticos de los mecanismos de inspección judicial de compatibilidad constitucional -y, además, de supervisión convencional- argumentan, con vigor, que el encargo de tales tareas a los magistrados judiciales vulnera el fundamental postulado democrático de igual participación en el gobierno, los adalidades de las bondades de aquéllos, con énfasis no menor, contraponen la necesidad de asegurar la subsistencia y continuidad de una forma saludable de democracia en la que se protejan los derechos de todos sus miembros, en especial de las minorías; aunque esta descripción de la querella se enriquece tan pronto como los expertos se concentran en aspectos de mayor caladura política y moral: así, *v.gr.*, Paul Yowell se ha interesado por inquirir en qué medida los jueces detentan la capacidad institucional necesaria para dirimir la especie de asuntos políticos y morales, hondamente divisivos y controversiales, que emanan de las litigios sobre derechos, distinguiendo aquellos supuestos en los que la institución de fiscalización constitucional -a lo que bien puede añadirse la faena de escrutinio convencional-: (i) resulta autorizada para activar el mentado poder de contralor, (ii) designada específicamente para tal cometido y (iii) con capacidad para obtener resultados adecuados y eficaces en tal trance; postulando, así, el Profesor de la Universidad de Oxford que -descontando la hipótesis de autorización formal- en el grueso de los casos la magistratura judicial asume la atribución de revisión -y, a través de ella, de aseguramiento de los derechos- por propia iniciativa o la extiende más allá del área de su competencia formal, sin que hubiera sido designada específicamente por los diseñadores del sistema político para lidiar con los desafíos de gran envergadura -y hasta sujetos a revisiones continuas- que auspicia el razonamiento moral, o bien, para captar y evaluar en sus pronunciamientos insumos de información provenientes de las ciencias sociales y de la estadística, *cf.* YOWELL, P. *Constitutional Rights and Constitutional Design: Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review*, Hart Publishing, Oxford, 2018, pp. 1-2. A su turno, Wojciech Sadurski explica que -con arreglo a la más elemental observación del sentido común- la naturaleza del fundamental dilema de legitimidad -*legitimacy dilemma*- estriba en la hipótesis -crítica- de que los jueces constitucionales, al ejercitar el poder de invalidar *leyes democráticamente sancionadas*, procedan sobre la base de su *propio entendimiento* de los derechos -*own understanding of rights*-, aunque el mayor interés en la polémica estribe en clarificar asuntos -aunque asociados- no menos espinosos, *i.e.*, la aserción de existencia de un *verdadero significado* adscrito a las disposiciones sobre derechos y de la decisión así pergeñada como el *mejor dispositivo institucional posible* en términos

de los aciertos o yerros en los que incurra la faena de interpretación evolutiva.¹⁸⁹ Tampoco resultan desembarazados del celo con el que ciertos expertos abogan en pos de una mayor cuota de *self-restraint* de la propia Corte regional de derechos humanos a través de una reducción del ritmo que ha impuesto a la actividad interpretativa de sesgo evolutivo -al menos, si se aspira a evitar que ésta se convierta en un *terreno resbaladizo*, debido a las dinámicas que normalmente exuda el sistema interamericano en el marco de una protección multinivel no inmune a tensiones-¹⁹⁰.

de hacerse del acceso a un significado *objetivamente válido*; inclusive, la cuestión de legitimidad de la revisión judicial -entiende el Profesor de las Universidades de Sidney y Warsaw- no puede abordarse aisladamente de la línea de fondo que recorre transversalmente las prerrogativas legítimas de *otras instituciones* -en particular, de aquellas equipadas con el mandato constitucional de producción de disposiciones generales y obligatorias-, *cfr.* SADURSKI, W. *Rights Before Courts*, Springer, Dordrecht, 2005, pp. 27 y ss., pp. 87 y ss. De allí que, *v.gr.*, algunos académicos han explicado los diferentes patrones que han seguido ciertas jurisdicciones del *Common Law* al operar con sistemas jurídicos que han adoptado declaraciones de derechos humanos -reténgase, *v.gr.*, la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* de 1982, o bien, la *New Zealand Bill of Rights Act* de 1990, sin perjuicio de contar desde 1993 con la *Human Rights Act*, y hasta la más reciente *UK Human Rights Act* de 1998- y su apartamiento del modelo norteamericano de tutela, pues han desacoplado al mecanismo de revisión judicial de su pretensión supremacía judicial y empoderado, en consecuencia, a las Legislaturas con una palabra decisiva al respecto -en algunas hipótesis, incluso, con *the last word*-, *cfr.* GROVES, M. - WEEKS, G. "The Legitimate Expectation as an Instrument and Illustration of Common Law Change" *ap.* Groves, M. - Weeks, G. (Eds.). *Legitimate Expectations in the Common Law World*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2017, Ch. I, &1. Tal dato luce estrechamente ligado a la tendencia -apuntada por Alec Stone Sweet- en orden a la frecuencia con la que la justicia constitucional modela y reforma su ambiente político, y hasta subvierte rutinariamente el esquema de división funcional de las ramas del gobierno constitucional, incluyendo elementos en cuya legitimidad originalmente se sustenta, *cfr.* STONE SWEET, A. "Constitutional Courts" *ap.* Rosenfeld, M. - Sajó, A. (Eds.) *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 817. Sobre el déficit de legitimidad democrática de las autoridades supranacionales y la comprensión de la legitimidad más allá del Estado como un atributo subjetivamente conferido por normas específicas, *vide* SADURSKI, W. "Conceptions of Public Reason in the Supranational Sphere and Legitimacy Beyond Borders" *ap.* Sadurski, W. - Sevel, M. (Eds.) *Legitimacy. The State and Beyond*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 161 y ss.

(189) ESCOBAR ROCA, G. *Nuevos derechos y garantías de los derechos*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 32 y ss.

(190) Tal como lo ha prevenido la Profesora de Derecho Comparado de la Universidad de Bolonia, RAGONE, S. *Función judicial y protección multinivel de derechos ap. Desafíos de la función judicial. Un acercamiento desde el Derecho Público Comparado*, Olejnik, Buenos Aires - Santiago de Chile, 2018, pp. 34-35. Igualmente pueden consultarse sus reflexiones expuestas en RAGONE, S. "Las tres vertientes del impacto de la jurisprudencia de la Corte IDH en el continente americano: itinerarios para investigaciones multidisciplinarias" *ap.* Santolaya Machetti, P. - Wences, I. (Eds.). *La América de los derechos*, CEPC, Madrid, 2016, pp. 435 y ss; *Ibidem.* "The Inter-American System of Human Rights: Essential Features" *ap.* von Bogdandy, A. - Ferrer Mac-Gregor, E. - Morales Antoniazzi, M. - Piovesan, F. (Eds.) *Transformative Constitutionalism in Latin America: the Emergence of a New Ius Commune*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 279 y ss., descontando que -recientemente- ha ofrecido, mediante el ejercicio de una evaluación crítica de la trama jurisprudencial actual, una serie de propuestas orientadas a incrementar la legitimidad de la Corte IDH, *vide in profundis* RAGONE, S. "The Inter-American Court of Human Rights Turned 40: Achievements and Challenges", *Revista General de Derecho Público Comparado*, N° 25, 2019.

Sin embargo, el lector podrá advertir que no son pocos los casos asentados en los anales del Derecho judicial interamericano que llenan los espacios en blanco y problematizan -con el alcance precedente- el *develamiento líquido* de derechos, reglas y principios imprevistos en la normatividad semántica del documento convencional: *v.gr.*, desde el reconocimiento de los derechos a la *identidad*¹⁹¹ como de buscar y recibir *asilo*¹⁹² -particularmente en cabeza de niños y niñas, sin descuidar su derecho a *no ser reclutados en fuerzas o grupos armados*¹⁹³-, a la *identidad cultural*¹⁹⁴ de los pueblos y comunidades indígenas -como asimismo *a su propiedad comunal*¹⁹⁵-, *a no ser desplazado forzosamente*¹⁹⁶, de *propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión*¹⁹⁷, de *acceso al expediente* como a *solicitar y obtener copias del mismo*¹⁹⁸, al *goce del progreso científico* y de sus aplicaciones -*v.gr.*, con miras al ejercicio de la autonomía reproductiva-¹⁹⁹, a un *medio ambiente sano*²⁰⁰, a la *salud*²⁰¹, a la *seguridad social*²⁰², etc., pasando por la admisión de la *orientación sexual* y la *identidad de género* de las personas cual *categorías protegidas* por el ordenamiento convencional²⁰³, la categorización de

(191) CorteIDH, caso *Gelman vs. Uruguay*, Sent. Serie C/221, de fecha 24.02.2011, párrafo 122; Ibidem. caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, Sent. Serie C/232, de fecha 31.08.2011, párrafo 112.

(192) CorteIDH OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Res. de fecha 19.08.2014, párrafos 72-74 y 78. *Vide etiam* Corte IDH, caso *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, Sent. Serie C/272, de fecha 25.11.2013, párrafo 129.

(193) CorteIDH, caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Sent. Serie C/134, de fecha 15.09.2005, párrafo 103.

(194) CorteIDH, caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, Sent. Serie C/245, de fecha 27.06.2012, párrafo 213.

(195) CorteIDH caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sent. Serie C/79, de fecha 31.08.2001, párrafos 147-148.; Ibidem. caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Sent. Serie C/125, de fecha 17.05.2005, párrafos 124-125; Ibidem. caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Sent. Serie C/146, de fecha 29.03.2006, párrafos 117-118; Ibidem. caso *Pueblo Saramaka. vs. Suriname*, Sent. Serie C/172, de fecha 28.11.2007, párrafos 92-93; *et al.*

(196) CorteIDH, caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Sent. Serie C/134, de fecha 15.09.2005, párrafo 188.

(197) CorteIDH, caso *Cinco Pensionistas vs. Perú*, Sent. Serie C/98, de fecha 28.02.2003, párrafos 101-103.

(198) CorteIDH, caso *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, Sent. Serie C/209, de fecha 23.11.2009, párrafo 258.

(199) CorteIDH, caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, Sent. Serie C/257, de fecha 28.11.2012, párrafo 157.

(200) Corte IDH, OC-23/17, *Medio ambiente y derechos humanos*, Res. de fecha 15.11.2017, párrafos 44-45, 47, 56.

(201) CorteIDH, caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, Sent. Serie C/359, de fecha 23.08.2018, párrafo 99.

(202) CorteIDH, caso *Muelle Flores vs. Perú*, Sent. Serie C/375, de fecha 06.03.2019, párrafos 172-193.

(203) CorteIDH, caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sent. Serie C/239, de fecha 24.02.2012, párrafo 91; Ibidem. OC-24/17, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, Res. de fecha 24.11.2017, párrafos 61-116.

víctima -y su consecuente legitimación- en relación a los *familiares* de las víctimas de desapariciones forzadas²⁰⁴, la consolidación del paradigma de la *interdependencia* e *indivisibilidad* del estatuto de los derechos humanos²⁰⁵, el develamiento de la nota de su *inherencia e inalienabilidad*²⁰⁶, la fuerza vinculante y justiciabilidad de los *derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*²⁰⁷, el mandato de *protección específica de los derechos políticos para los miembros de comunidades indígenas y étnicas*²⁰⁸, etc., y hasta la operatividad del principio de *legalidad* no sólo en el proceso criminal sino también en los de cuño administrativo-sancionador²⁰⁹, el diseño de una matriz de *garantías de debido proceso* aplicables en procesos migratorios que involucran a niñas y niños²¹⁰, la recepción de un *concepto amplio y flexible de familia* -incluyendo, así, a las familias poligámicas²¹¹, etc.

Puesto que -una lectura fugaz de la precedente nómina- hace notar que las decisiones que el intérprete judicial rinde en las controversias sobre los derechos se extienden a la largo de la vida política y social de las personas y conmueven los más básicos intereses y valores de la sociedad²¹², no sería inconveniente profundizar muchos de los aspectos que circulan a través de ellas.

(204) CorteIDH, caso *Blake vs. Guatemala*. Sent. Serie C/36, de fecha 24.01.1998, párrafos 96-97.

(205) CorteIDH, caso *Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú*, Sent. Serie C/198, de fecha 01.07.2009, párrafo 10; Ibidem. caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, Sent. Serie C/349, de fecha 08.03.2018, párrafo 100; Ibidem. caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*, Sent. Serie C/261, de fecha 21.05.2013, párrafo 131; Ibidem. caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, Sent. Serie C/298, de fecha 01.09.2015, párrafo 172; Ibidem. caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, Sent. Serie C/359, de fecha 23.08.2018, párrafo 78; Ibidem. caso *Muelle Flores vs. Perú*, Sent. Serie C/375, de fecha 06.03.2019, párrafo 36; *et al.*

(206) CorteIDH, OC-22/16, *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos*, Res. de fecha 26.02.2016, párrafo 108.

(207) CorteIDH, caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, Sent. Serie C/349, de fecha 08.03.2018, párrafo 103.

(208) CorteIDH, caso *Yatama vs. Nicaragua*, Sent. Serie C/127, de fecha 23.06.2005, párrafos 203-205.

(209) CorteIDH, caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Sent. Serie C/72, de fecha 02.02.2001, párrafos 105-106.

(210) CorteIDH OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Res. de fecha 19.08.2014, párrafo 234.

(211) Corte IDH, OC-24/17, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, Res. de fecha 24.11.2017, párrafo 190. *Vide etiam* CorteIDH, caso de los "Niños de la Calle" (*Villagrán Morales y otros*) vs. Guatemala, Sent. Serie C/63, de fecha 19.11.1999, párrafo 68; Ibidem. caso de la "Panel Blanca" (*Paniagua Morales y otros*) vs. Guatemala, Sent. Serie C/76, de fecha 25.05.2001, párrafo 86; Ibidem. caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, Sent. Serie C/42, de fecha 27.11.1998, párrafo 92; Ibidem. caso *Aloeboetoe y otros vs. Surinam*, Sent. Serie C/15, de fecha 10.09.1993, párrafo 62.

(212) YOWELL, P. *Constitutional Rights and Constitutional Design: Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review*, Hart Publishing, Oxford, 2018, pp. 1 y ss.

Es que este anchuroso curso de audacia interpretativa²¹³, lo mismo que revela la potencia exegética que los operadores interamericanos se aprestan a extraer de los lindes de un Derecho mudo²¹⁴, impulsa -por parte de la CorteIDH- una actividad *constructiva* de su texto de referencia -más que meramente *interpretativa*-²¹⁵, en el marco de una etiquetada interpretación evolutiva, fenómeno que obedecería -según la opinión de Laurence Burgorgue-Larsen- a la combinación de un *mix* de razones que anidan en los siguientes planos: (i) el contexto *legal* con el que ha de operar, *i.e.*, inherente al contenido de la Convención regional de derechos humanos cuanto al *backup* de filosofía iusnaturalista que lo impregna, patrocinando capitalmente un enfoque hermenéutico de integración y amalgamamiento entre tradicionales reglas generales de interpretación, codificadas en la ya anticipada Convención de Viena, y las disposiciones propias consignadas específicamente en el emblemático art. 29 del Pacto de San José, sin descuidar el encumbramiento del principio *pro homine* -consistente en proveer un producto interpretativo que otorgue a las personas una protección máxima, resultando, así, pronta a privilegiar la exégesis más favorable-, de tal forma que se induce una decisiva apuesta en pos de privilegiar el método teleológico aunque sin desestimar, de forma orgánica y definitiva, la convergencia con otras técnicas de interpretación -textual, histórica, sistemática- en el abordaje de los *hard cases*; (ii) el contexto *político* en el que luce inserta su faena jurisdiccional, signado por el estigma de una primigenia situación de violencia institucionalizada -a la que tributarán, *v.gr.*, el terrorismo de Estado, la doctrina de la seguridad nacional, las ejecuciones extrajudiciales masivas, etc.,-²¹⁶, sin perjuicio de que bien puede añadirse

(213) BURGORGUE-LARSEN, L. "Le destin judiciaire strasbourgeois de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Vices et vertus du cosmopolitisme normatif" *ap. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, Paris, 2010, pp. 145 y ss. *Vide etiam* Ibidem. "Interpreting the European Convention: What can the African Human Rights System learn from the case law of the European Court of Human Rights on the Interpretation of the European Convention?", *Int. Am. & Eur. Hum. Rts. J. / Rev. Int. Am. & Eur. D.H.*, 5 (2012) 90-123.

(214) Rodolfo Sacco ha sugerido la existencia de un Derecho no verbalizado y desarticulado al que, no obstante, sus destinatarios se sujetan de modo inconsciente, descontando, claro está, que -al margen de que los primeros seres humanos, privados de lenguaje articulado, no podían tener otro sistema jurídico que aquél- ha cedido gradualmente su posición a uno de ascendencia autoritaria cuanto a un Derecho espontáneo pero consciente; sin embargo -añade el Profesor Emérito de la Universidad de Torino- el llamado Derecho mudo lejos se encuentra de desaparecer, sino -más bien- ejerce un rol fundamental en la cultura como en la sociedad, *vide in extenso* SACCO, R. *El Derecho mudo. Neurociencias, conocimiento tácito y valores compartidos*, Communitas, Lima, 2016.

(215) Sobre la *interpretation - construction distinction* *vide* Sollum, L.B. "Goldsworthy on the Normative Justification for Originalism" *ap. Crawford Burton, L. - Emerton, P. - Smith, D. (Eds.). Law Under a Democratic Constitution: Essays in Honour of Jeffrey Goldsworthy*, Hart Publishing, Oxford, 2019, pp. 68-72.

(216) En torno al proceso de devaluación de los ideales medulares de autonomía individual y autogobierno colectivo que atesora en su seno la experiencia constitucional latinoamericana, merced el poderoso influjo de los desvaríos en los que ha desaguado el curso del constitucionalismo autoritario, *vide* GARGARELLA, R. "Authoritarian Constitutionalism in Latin America: from Past to Present" *ap. Alviar García, H. - Frankenberg, G. (Eds.). Authoritarian Constitutionalism. Comparative Analysis and*

el latente estado de generalizada desigualdad sustancial y la crítica distribución de recursos que persiste en los entornos latinoamericanos²¹⁷; (iii) el contexto *sociológico*, vinculado a la composición institucional de la propia Corte como la formación de sus miembros. De lo contrario, el lector que vele tales coordenadas, resultará impedido de abordar el tentador conteste a una saga de interrogantes a ellas ligados: *v.gr.* ¿la interpretación evolutiva resulta susceptible de perdurar al mismo ritmo y con el mismo arrojo mentado, o, quizás, se expone al riesgo de erigirse en un obstáculo para la ejecución de los propios decisorios interamericanos?, ¿no engendra, acaso, resistencias en el seno mismo del Tribunal interamericano, produciendo disidencias fuertes que podrían, *in fine*, socavar su legitimidad interna y hasta su legitimidad *vis-à-vis* la opinión pública latinoamericana?, ¿cómo se procura mantener, entonces, la confianza de las jurisdicciones a nivel nacional?, etc.²¹⁸.

Critique, Elgar, Cheltenham - Northampton, 2019, pp. 115 y ss. Asimismo Wojciech Sadurski ha advertido que el populismo iliberal *-iliberal populism-* es impaciente con los derechos humanos, y hasta en ocasiones propenso a una retórica hostil respecto de la agenda de su promoción y respeto, al punto que su reticencia hacia el ejercicio efectivo de tales derechos se manifiesta claramente en las reacciones -que abogan por la exclusión de una supuesta interferencia externa- contra los instrumentos internacionales de derechos humanos y sus órganos de monitoreo regionales, las que resultan susceptibles de despeñar en una fuerte narrativa a favor del nacionalismo y de la seguridad interna -a lo que se suma la alegoría de amenazas debidas a las reglas de un cosmopolitismo liberal que resultarían insensible a los reales intereses del pueblo-, gestantes, así, del desmantelamiento de la infraestructura institucional de reconocimiento y garantía de los derechos como de la concentración en la Legislatura -o bien, en los poderes prácticamente extraconstitucionales del líder político- de la interpretación final de las libertades de las personas -consumándose, así, un *asalto a los derechos-*, *cfr.* SADURSKI, W. *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 150 y ss.

(217) Al respecto *vide* DIXON, R. - GINSBURG, T. *Introduction ap.* Dixon, R. - Ginsburg, T. (Eds.). *Comparative Constitutional Law in Latin America*, Elgar, Cheltenham - Northampton, 2017, p. 1.

(218) BURGORGUE-LARSEN, L., "El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos", *Estudios Constitucionales*, 12 (1) (2014) 105-161, 108-119, 131-145. Incluso, para evitar malentendidos ceñidos al dominio interpretativo, otros trabajos recientes complementan ampliamente -con observaciones perspicaces- la influencia creciente de la Corte IDH, y de su osado activismo, cuanto su pretensión de emplazarse en el pináculo de un nuevo orden constitucional trasnacional y reivindicar para sí poderes con un alcance solamente cotejable -en el terreno de los tribunales de justicia internacionales- con la práctica jurisprudencial de la Corte Europea de Derechos Humanos, *cfr.* HUNEUUS, A. "The Institutional Limits of Inter American Constitutionalism" *ap.* Dixon, R. - Ginsburg, T. (Eds.). *Comparative Constitutional Law in Latin America*, Elgar, Cheltenham - Northampton, 2017, pp. 300 y ss. No obstante, este último ejemplo conduce a ponderar una realidad mucho más compleja y diversa, pues es habitual que -en la literatura especializada- se consigne que el sistema europeo de protección de derechos humanos es el que rinde la tutela más efectiva entre los diversos regímenes regionales y que la propia ECHR se comporta, en lo que atañe a los derechos protegidos por su texto de referencia, como una suerte de Corte Constitucional, *cfr.* SADURSKI, W. *Constitutionalism and the Enlargement of Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 1 y ss.

IV. Ideas de cierre. La imagen desencantada de Narciso: ¿una reconstrucción de la teoría de las fuentes más allá de los confines westfalianos? Cuestiones y problemas

13. Va de suyo que, a diferencia del principio de unidad del Derecho conjugado -*au premier Kelsen*- por una concepción lógica de la jerarquía de las normas, las cuales brotarían de una sola norma general: la norma suprema del Derecho internacional -convertida así jerárquicamente en norma primera y fundamental-, no han faltado respuestas a la problemática que hasta aquí ha convocado la atención del lector, aunque ensayadas, en cambio, desde el *empirismo* jurídico y los antecedentes de la evolución equipada con categorías *históricas*, prestas -por supuesto- a encaminar el *progreso* hacia la unidad del Derecho con fundamento -a su vez- sobre la unidad de la conciencia jurídica como así también sobre la unidad empírica de la evolución histórica²¹⁹.

Al igual que las contribuciones deparadas por los trabajos de la historiografía crítica de Francesco Donato²²⁰ y Michel Troper²²¹, que han demostrado cómo el devenir en la categorización de las fuentes del Derecho ha sido una condición decisiva para la formación estatal, se aduce -en relación con la doctrina de las fuentes- que, en contraste del Medievo -en el que tras el redescubrimiento del *Corpus Iuris* y oposiciones de la especie *iura propria/ius commune*- los juristas recurrieron al principio de *lex specialis* para regular los conflictos dentro del Derecho a condición de prever claramente un caso especial²²², en la época moderna -al menos, en razón de la codificación desatada por el *Code Napoléonien*- el legislador se esforzó en regular la producción y aplicación de preceptos normativos a través de doctrinas de las fuentes *stricto sensu*, sustentadas en el criterio de *jerarquía -lex superior-*²²³.

(219) MIRKINE-GUETZEVITCH, B. *Les nouvelles tendances du Droit Constitutionnel*, Pichon, R. - Durand, R., Paris, 1936, p. 52, patrocinando, entonces, un enfoque de *empirisme historique de Droit Public*; Ibidem. "L'influence de la Révolution française sur le développement du Droit International dans l'Europe orientale", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1929, T. XXII, pp. 295 y ss.

(220) *Vide in profundis* DONATO, F. *La rinascita dello Stato. Dal conflitto magistratura-politica alla civilizzazione istituzionale europea*, Bologna, Il Mulino, 2010.

(221) TROPER, M. "Structure du système juridique et émergence de l'État, le problème de la définition de l'État" ap. Bonin, P. - Brunet, P. - Kerneis, S. (Eds.). *Formes et doctrines de l'Etat. Dialogue entre histoire du droit et théorie du droit*, Pedone, Paris, 2018, pp. 17 y ss. *Vide etiam* Ibidem. *Le droit et la nécessité*, PUF, Paris, 2011.

(222) TARELLO, G. *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1976, pp. 52 y ss.

(223) En puridad, el paso entre épocas -se agrega- se remonta a partir de la sanción de la *Ordonnance de Montil-les-Torus*, en el mes de abril de 1453, que impuso la redacción escrita de las costumbres, medida con la que los monarcas franceses -debido a la iniciativa de Charles VII, *le Victorieux*, de la Casa de Valois- subordinaron el Derecho consuetudinario a la legislación, aunque los juristas del *Ancien Régime* hicieron algo más: refractarios al Derecho romano -que si bien los dotó de un modelo para una soberanía *legibus soluta*, había decantado en el interin en el Derecho del Imperio alemán-

Ciertamente esta última inventiva al servicio del monopolio estatal de las fuentes provocó, luego, la dinámica *jerárquica* en el origen del binomio *ley ordinaria-ley constitucional*, *Estado legislativo de Derecho/Estado constitucional de Derecho*²²⁴, la que

idearon la directriz de *lex superior*, merced a la cual la legislación soberana -que ya había prevalecido sobre la fuente romanista tradicionalmente concebida como Derecho general o hasta universal, sólo a título de Derecho particular de Francia- se convirtió, desde entonces, en norma superior esperando agotar, tras el proceso codificadorio, el Derecho estatal francés, *cfr.* BARBERIS, M. "La fin de l'État et autres narrations" *ap.* Bonin, P. - Brunet, P. - Kerneis, S. (Eds.). *Formes et doctrines de l'Etat. Dialogue entre histoire du droit et théorie du droit*, Pedone, Paris, 2018, pp. 331 y ss.; *Ibidem.* "La fine dello Stato e altri racconti", *Filosofia Politica*, 27 (2) (2013) pp. 317-328.

(224) *Vide in extenso* BARBERIS, M. *Stato Costituzionale*, Mucchi, Modena, 2012. A partir de tal denotación se producirá una secuencia de cambios radicales -glosados también por Luigi Ferrajoli-: primeramente se altera el ortodoxo entendimiento de las *condiciones de validez de las normas* -y no sólo de la naturaleza de la democracia-, dependientes ya no sólo de la *forma de su producción* sino también de la *coherencia de sus contenidos* -en los que los derechos fundamentales y los principios constitucionales capturan un *locus peculiaris*-. La existencia -o vigencia- de las normas, que en el *paradigma paleo-iuspositivista* se había disociado de la justicia, se disgrega también de la validez -resultando posible que una norma *formalmente válida* y, por consiguiente, vigente, sea *sustancialmente inválida* por el contraste de su significado con regulaciones constitucionales que estatuyen derechos y principios de valía fundamental-. Se modifica, también, el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica, a la que la posible divergencia entre Constitución y legislación confiere un papel ya no sólo exclusivamente explicativo, sino *crítico y proyectivo* en relación con su propio objeto. En efecto, la Constitución -en el seno del *Estado constitucional de Derecho*- no sólo disciplina las formas de producción legislativa, sino que impone también a ésta prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas unas a los derechos de *libertad* y las otras a los derechos *sociales*, cuya violación genera *antinomias* o *lagunas* que impelen a la ciencia jurídica a su constatación con el propósito de que sean eliminadas o corregidas. Paralelamente, se conmueve el papel de la jurisdicción, que es aplicar la ley sólo si es constitucionalmente válida, y cuya interpretación y aplicación son siempre, por esto, también, un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarla en sentido constitucional. De aquí se deriva, tanto para la cultura jurídica como para la jurisdicción, una *dimensión pragmática* y una *responsabilidad cívica*, desconocidas para la razón jurídica propia del viejo iuspositivismo formalista: el señalamiento de las antinomias y las lagunas, y la promoción de su superación por medio de las garantías existentes, o la proyección de las garantías que falten, etc., *cfr.* FERRAJOLI, L. "Lo Stato di Diritto fra passato e futuro" *ap.* Costa, P. - Zolo, D. (Eds.). *Lo Stato di Diritto: storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2003, pp. 354 y ss., aunque no es ocioso recordar que la *mise-en-scène* reseñada precedentemente deviene una derivación del modelo neo-iuspositivista del Estado constitucional de Derecho, con motivo del impacto, merced a la emergencia del principio de *estricta legalidad* o *legalidad sustancial*, operado a través de la subordinación de la legalidad misma -garantizada por una específica jurisdicción de legitimidad- a Constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez y, en mérito del cual la validez sustancial de la ley misma está condicionada a la compatibilidad de sus contenidos con principios y derechos fundamentales estipulados por preceptos constitucionales -verificándose, así, la superación del modelo paleo-iuspositivista del Estado legislativo de Derecho configurado por el nacimiento del Estado moderno y su afirmación del principio de *mera legalidad* o de *legalidad formal* como norma de reconocimiento del Derecho positivo existente, en cuya virtud la jurisdicción y toda otra actividad infralegal está subordinada a la ley-. En oportunidad más próxima -precisamente en ocasión de la difusión de su obra *Poteri selvaggi: la crisi della democrazia italiana*- se observa que este *Derecho sobre el Derecho*, este sistema de normas metalegales -en que consisten las actuales Constituciones rígidas- no se limita a regular, pues, la forma de producción del Derecho mediante normas procedimentales sobre la formación de las leyes, sino que, además, vincula sus contenidos mediante

en la actualidad, conduce a través del debate entre teóricos de la Constitución y pluralistas -a semejanza de lo que acontece en un *juego de espejos curvos* [*fun house or distorting mirrors*]- a producir otra imagen, la de *co-existencia de una pluralidad de sistemas jurídicos de diferente pedigree normativo*²²⁵, con la suficiente capacidad de reflexión convexa o divergente para -al englobar un campo de visión más amplio- poner en jaque la pretensión de *exclusivismo* inherente a cada uno de ellos, en mérito de la cual

normas sustanciales sobre la producción -como lo son las que enuncian derechos fundamentales-, reiterando así la inteligencia de que para una norma legal resulte válida es necesario que no sólo sus formas, *i.e.*, los procedimientos de formación de los actos legislativos, sean conformes, sino también que su sustancia, *i.e.*, sus significados y contenidos, sea coherente con las normas constitucionales que disciplinan su producción. Las dimensiones formal y sustancial de la democracia resultan, así, anudadas en el paradigma -complejo- constitucional, *cfr.* FERRAJOLI, L. *Poteri selvaggi: la crisi della democrazia italiana*, Laterza, Roma-Bari, 2011, & 1.1, pp. 1 y ss.

(225) VAN DE KERCHOVE, M. - OST, F. *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, Paris, 1988, p. 163, y no sólo supranacionales sino también de raigambre infraestatal o corporativa y de carácter desterritorializado. *Vide etiam* OST, F. - VAN DE KERCHOVE, M. *De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du droit*, PFUSL, Bruxelles, 2002, pp. 186 y ss. Igualmente, Norberto Bobbio apela a la noción de *pluralismo institucional* en el que la diversidad actuante de órdenes jurídicos se corresponde a la de las instituciones o grupos sociales organizados, *cfr.* BOBBIO, N. *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960, p. 188. En este orden de ideas, se recurre además -aunque ante el laboratorio experimental que oferta el Derecho de la Unión Europea- a las lecturas que propician un consenso entrecruzado -*overlapping consensus*-, tributario de un orden de constitucionalismo coordinado -*order of coordinate constitutionalism*-, en el que cada una de las órbitas de autoridad implicadas "(...) acuerdan respetar los unos las decisiones de los otros, siempre que dichas decisiones respeten mutuamente acuerdos esenciales", con el propósito de ajustar el significado práctico de los ideales compartidos, *cfr.* SABEL, CH.F. - GERSTENBERG, O. "Constitutionalising an Overlapping Consensus: The ECJ and the Emergence of a Coordinate Constitutional Order", *European Law Journal*, 5 (2010), p. 511 y ss. De allí que la justicia constitucional alemana -a través del célebre pronunciamiento del *Bundesverfassungsgericht* en el caso *Solange II*- ha reseñado que el ordenamiento jurídico de los Estados miembros y el ordenamiento jurídico comunitario "(...) ni son inconciliables ni están incomunicados entre sí, sino que se interrelacionan de múltiples maneras, se entrecruzan mutuamente y están abiertos a influencias recíprocas", *cfr.* BVerfGE, 73.339, [1987] 3 CMLR 225, 22.10.1986, o bien, en razón del parecer de la magistratura constitucional italiana -igualmente en el espacio de la integración europea- que desagua en la figura de "(...) un ordenamiento jurídico autónomo, integrado y coordinado con el ordenamiento interno", sin perjuicio de reconocer la eficacia obligatoria de la norma comunitaria, la que en virtud del art. 117 de la Constitución según la reforma introducida por *Legge costituzionale N° 3/2001*, vincula al legislador nacional -estatal, regional y de las Provincias autónomas- con el sólo límite de la intangibilidad de los principios fundamentales del ordenamiento constitucional y de los derechos inviolables del hombre [*intangibilità dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inviolabili dell'uomo*] garantizados por normas constitucionales -con cita de SCC N° 170/1984; *Ibidem.* 287/2007; *Ibidem.* 348/2007; *Ibidem.* 349/2007; *cfr.* Cor. Cos. It., SCC N° 102, de fecha 13.02.2008, & 8.2.8.1. Sobre el punto *vide* SADURSKI, W. *Constitutionalism and the Enlargement of Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 99 y ss; MAYER, F.C. "Multi-Level Constitutional Jurisdiction" *ap.* von Bogdandy, A. - Bast, J. (Eds.). *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2009, pp. 399 y ss; Claes, M. *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2006, pp. 150 y ss.; GORDILLO, L.I. *Interlocking Constitutions: Towards an Interordinal Theory of National, European and UN Law*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2012, & 2.1 y 2.2; KRISCH, N. *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford University Press, Oxford - New York, 2010, p. 173.

sólo consideran como vinculantes sus propias normas e irrelevantes a las ajenas²²⁶ -puestas, así, éstas últimas fuera de foco por efecto de una reflexión convergente que únicamente agiganta la imagen de un singular orden legal-, evitando, entonces, que se descuide ponderar no sólo la *proliferación* ganada en esta panorámica por los diversos productos atesorados en el terreno del *Derecho internacional* sino también el *resultado político contingente* que deparan los enfoques sobre la vinculación entre los sistemas jurídicos domésticos e internacionales²²⁷, y conjurando -claro está- el riesgo -latente, por cierto- de que se exageren ciertas áreas normativas y se ignoren o minimicen otras²²⁸.

De tal perspectiva nace -para los partidarios del *legal pluralist challenge*- una particular asimilación del universo especular, el que se presenta como resultante de una tesis orientada a tergiversar -no sin reparos²²⁹- las modalidades de argumentación discursivo-retóricas del pensamiento de la posmodernidad jurídica²³⁰, a

(226) RIGAUX, M.F. "Le Droit au singulier et au pluriel", *RIEJ*, 9 (1982) 1, 6.

(227) De estar, *mutatis mutandis*, a la observación gurvitchniana -con centro en el monismo- de que correspondía al período de creación y consolidación de los Estados modernos -desde los cambios suscitados entre mediados del siglo XV y fines del siglo XVII hasta la situación reinante en la centuria pasada-, frente a la circunstancia de que el poder jurídico -en la opinión del Profesor de la Universidad de París- no residía únicamente en el Estado sino -más bien- en numerosas entidades independientes a él -excluyendo, así, el carácter exclusivo del orden jurídico estatal como fuente del Derecho-, al punto que la perspectiva del pluralismo jurídico se presenta como una variable de las transformaciones actuales de la vida jurídica -insusceptible, por cierto, de apreciarse sino a través de la idea de Derecho social-, *vide in extenso* GURVITCH, E. *L'idée du Droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le XVIIe siècle jusqu'à la fin du XIXe siècle*, Sirey, Paris, 1932, pp. 43 y ss.

(228) Si se retiene la explicación para la que el lenguaje, como un espejo del pensamiento, no es simplemente un espejo que refleja, pues también refracta y distorsiona, *cfr.* ALLOTT, P. "Interpretation. An Exact Art" *ap.* Bianchi, A. - Peat, D. - Windsor, M. (Eds.). *Interpretation in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, 18.2.

(229) Es que se ha objetado que esta técnica discursiva -ajena a la doctrina tradicional de rasgo piramidal sobre fuentes del Derecho- representa, más bien, una *falacia intelectualista* al postular, a título de nuevo paradigma, un hermeneuta *todosapiente*, sin que impida que permanezcan "(...) relegados tras bambalinas los ingredientes relativamente voluntaristas de los conflictos de interpretaciones (con sus estratagemas retóricas) en los tribunales y en la doctrina jurídica, como asimismo se hace abstracción de los múltiples desfases entre *law in books* y *law in action*", *cfr.* HABA, E.P. "Puntualizaciones realistas sobre la conceptualización: «redes» del Derecho. Realidades, silencios y fantasías que se conjugan al postularla como «paradigma» renovador del pensamiento jurídico", *Doxa*, 41 (2018), pp. 297-317.

(230) De allí que, *v.gr.*, si bien el jurista belga Francois Ost asevera que el Derecho posmoderno -o Derecho de Hermes en su estereotipo de decisor judicial-, supone "(...) una estructura en red que se traduce en infinitas informaciones disponibles instantáneamente y, al mismo tiempo, difícilmente matizables", descubriendo así "(...) un campo jurídico que se analiza como una combinación infinita de poderes, tan pronto separados como confundidos, a menudo intercambiables (...) una multiplicación de los actores, una diversificación de los roles (...). Tal circulación de significados e informaciones no se deja ya contener en un código (...) se esfuerza por integrar, en la construcción del sentido jurídico, las creaciones normativas que emanan de otras fuentes como la jurisprudencia, las costumbres, las convenciones internacionales, los principios generales del Derecho, la doctrina", de tal suerte que la teoría del Derecho ha de "(...) centrarse en la circulación del sentido", *cfr.* OST, F. "Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez", *Doxa*, 14 (1993) 172-181.

través de una distintiva representación de una protección multinivel -con sustento en un modelo teórico *en red* o *unión* [*Verbund*]- de derechos humanos como ruta de *interacción* entre las diversas instancias de producción y aplicación normativa, internas e internacionales, en la que permean *influencias y condicionamientos mutuos* por cauce de la gradual constitucionalización de un orden legal cosmopolita -*cosmopolitan legal order*.²³¹, que no sólo fomentaría -en el parecer de Antonio Cançado Trindade- un mayor grado de *cohesión* en el ordenamiento jurídico sino que procuraría una más estrecha *interacción* entre los sistemas jurídicos internacional y estatal en la *protección de los derechos humanos*; en este marco hasta podría reconocerse que, en el plano internacional propiamente dicho, *los tratados de derechos humanos tienen una dimensión constitucional*, y no sólo en el sentido de su posición en el escalonamiento normativo de la órbita interna -aun cuando se consienta que de todos modos ella es rehén de lo que determinan las Constituciones nacionales, proyectándose de ahí con variaciones al ámbito transnacional-, sino más bien en la percepción -por cierto, mucho más avanzada- de que *construyen, en el propio plano internacional un orden jurídico constitucional de respeto a los derechos humanos*²³².

Desde este enclave, no es harto dificultoso comprender -hasta lo aquí expuesto- que el *evolucionismo interpretativo* estimulado desde San José de Costa Rica oficia como una seductora manera de mantenerse al día con las tendencias convergentes a escala internacional -cultivando, así, de modo vivo, la universalidad de los derechos-, y, quizás lo más interesante, estriba en asimilar que los retos que enfrenta reposan en problematizar y refinar -dentro de la agenda académica- la modalidad en la que opera, puesto que el enfoque evolucionista no sólo se equipara de (i) una

(231) Según la etiqueta acuñada por Alec Stone Sweet y Claire Ryan, comprensiva de los siguientes aspectos: (i) un sistema legal metanacional en el que los individuos titularizan derechos justiciables; (ii) la obligación en cabeza de todo poder público estatal de cumplir con los derechos fundamentales de las personas que se encuentre en su jurisdicción, independientemente de su nacionalidad; (iii) la supervisión a cargo de magistrados judiciales -tanto nacionales como internacionales- con miras a fiscalizar cómo actúan aquéllos, *vide* STONE SWEET, A. - RYAN, C. *A Cosmopolitan Legal Order Kant, Constitutional Justice, And The European Convention On Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 1 y ss. El pluralismo ha ganado, en los últimos años, mucho terreno -como herramienta analítica cuanto visión normativa- en el sector del Derecho internacional de los derechos humanos, a través de una narrativa que -en el parecer de sus adalides- presentaría ventajas significativas sobre el que promueve la clásica imagen de órdenes constitucionales construidos jerárquicamente, especialmente en la estructura política y social altamente diversa y disputada del espacio posnacional, *cf.* KRISCH, N. "Constitutionalism and Pluralism: A Reply to Alec Stone Sweet", *International Journal of Constitutional Law*, 11 (2) (2013) 501-505, sin perjuicio de que en el pregón de un orden constitucional global se deja en claro -según ciertos juristas- quién puede emitir disposiciones y estándares, qué clases de tales mandatos producirá y hasta cuál será su efecto, *cf.* KLABBERS, J. "Setting the Scene" ap. Klabbers, J. - Peters, A. - Ulfstein, G. (Eds.). *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 1 y ss. *Vide etiam* KRISCH, N. "Who is Afraid of Radical Pluralism? Legal Order and Political Stability in the Postnational Space", *Ratio Juris*, 24 (2011) 386.

(232) Voto Disidente, Juez Cançado Trindade, A.A., CorteIDH, caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Solicitud de Interpretación de Sentencia, Sent. Serie C/174, de fecha 30.11.2007, párrafo 7.

significativa *apertura normativa* hacia fuentes jurígenas externas que, atento a la cadadura adjudicada al vector interpretativo *pro homine*, anima la ya reseñada figura del Pacto cual *instrumento viviente* y encuentra un espacio propicio para que la Corte IDH se *re-localice* sistemáticamente como autoridad interpretativa del *corpus juris internacional* -a más del interamericano- y se oriente a reivindicar -y hasta terciar- el cometido de imprimir al estatuto de los derechos un alcance concreto y efectivo en el contexto eminentemente complejo de la realidad latinoamericana -inclusive, llevando al paroxismo la teoría del efecto útil-, pues -a la par- se sustenta en (ii) la creación de *nuevos derechos*, atinente a la evidente -y no menos polémica- astucia de vincularlos sistemáticamente a uno o más fundamentos jurídicos preexistentes en el seno del documento convencional²³³; y *-last but not least-* en el (iii) el empujado uso de los conceptos transformadores de *no discriminación* ante los estereotipos que se ciernen sobre grupos no dominantes debido a su diversidad sexual, condiciones etarias, desplazamiento, etc. -art. 1.1, CADH-, con su corolario positivo, la igualdad -art. 24, CADH-, y -el de índole pretoriana- de *vulnerabilidad*, a través de una cartografía expansiva -en la que regularmente se alude, *v.gr.*, a niñas y niños, mujeres, migrantes, miembros de comunidades indígenas, defensores de derechos humanos, etc.-, con miras -en ambos casos- encaminadas a morigerar o desterrar las prácticas, normas o actos afectados por desigualdades de tipo estructural e imponer a los Estados parte obligaciones positivas reforzadas y ensanchar, así, sus compromisos internacionales -incluso, asignándoles, no sin una ardua crítica, a tales especímenes conceptuales la propiedad de normas *jus cogens*-²³⁴.

(233) Es que, para comprender adecuadamente este proceso interpretativo, la Profesora de la Université Paris-Sorbonne apela a la *figuración de una revelación* de derechos que estarían consagrados implícitamente en el texto convencional y que la Corte IDH simplemente *desvela* públicamente: “(...) aunque en ninguna parte del texto son “nombrados”, estos derechos terminan por ser desvelados, nombrados y, por lo tanto, creados”. Y para ello se vale de, por lo menos, dos técnicas específicas, a saber: (i) la técnica de *integración* de un novel derecho -*v.gr.*, el derecho a la verdad- a partir de contenidos de otros derechos textualmente consignados en el Pacto -*v.gr.*, los derechos al debido proceso y a la protección judicial estatuidos en los arts. 8 y 25 de la CADH-; y la de (ii) *combinación de las bases jurídicas existentes* en el seno de la propia Convención -combinación intraconvencional, tal como aconteció, *v.gr.*, al derivar el derecho indígena a la consulta previa, libre e informada del art. 21 en relación con los arts. 1.1 y 2-, o bien, a través de la invocación de un instrumento internacional exógeno a la misma Convención y su consecuente ligamen con ésta -combinación interconvencional, de estar, *v.gr.*, a la tutela del derecho a la identidad del menor con apoyatura en el art. 19 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 y su articulación con los derechos a la personalidad jurídica, a la protección de la familia, al nombre y a la nacionalidad del texto interamericano [arts. 3, 17, 18 y 20 CADH] e interpretado en relación con varias disposiciones de la primera-, *cfr.* BURGORGUE-LARSEN, L. “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, 12 (1) (2014), pp.105-161, 125-128.

(234) *Vide in extenso* BURGORGUE-LARSEN, L. “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, 12 (1) (2014), pp. 105-161, 119-131, con la precisión de que la propuesta de una interpretación *abierto* de la CADH se aleja de los límites literales del art. 31 de la revistada Convención de Viena y -en cambio- se nutre, entre otros insumos, del Derecho internacional vinculante como del *soft law*, tanto de la jurisprudencia internacional -universal y regional- como la pergeñada por las jurisdicciones internas

De allí que no es totalmente necesario -de estar a la prevención precedentemente expuesta- que los teóricos constitucionales ciñan su campo visual al doblaje del orden jurídico estatal cual la *imagen desencantada* de Narciso [Νάρκισσος] -que, en la literatura mitológica, la versión lírica de Ovidio tan bien recoge como error, el error de Narciso, de aspirar agotar su comprensión a través del reflejo de la imitación perfecta de su propia idea²³⁵-, pues la consecuencia fundamental -para la argumentación de los adeptos al pluralismo jurídico- de la recurrencia al juego de los espejos curvos ya reseñado, finca en que su uso contribuye a configurar la transformación misma de las teorías de las fuentes, y aquí es la poesía borgiana la que mejor viene a simbolizarla al evocar -no sin confesar su terror a los espejos- cómo éstos logran *multiplicar el mundo como el acto generativo* y, así, incluir el *orbe profundo que urden los reflejos*²³⁶.

Lo incauto, en todo caso, parece fincar -más bien- en la circunstancia de que la propuesta orientada a disolver el icono de una dicotomía -demasiado rígida- entre el orden interno y el orden internacional de los derechos humanos, debido a las fricciones que desatan las lecturas domésticamente arcaizantes ó cosmopolitamente modernizadoras à outrance, se milite con tanta ansia, al punto que conduzca al lector a la intuición -temeraria, por cierto- de que tal resultado es factible únicamente gracias al *continuum* de soluciones sólo legales pero desarraigadas de la atmósfera política en la que se barajan; es que -con todo- no cabría sino admitir la complicada relación habida entre política y Derecho en el dominio metanacional: a pesar que, desde hace más de un siglo, los cultores del Derecho internacional han tratado de construir un ámbito jurídico autónomo -i.e, inmune a consideraciones de orden político- en el proceso de elaboración de decisiones orientadas a resolver disputas en la que se encuentran comprometidos contenidos normativos transnacionales, lo cierto es que -según lo insinúa Tom Ginsburg- el contexto de la adjudicación internacional es -casi por definición- uno *intensamente político*, y la *eficacia* de las disposiciones supranacionales requiere una cierta consideración, y sensibilidad además, de tal trama -en la que las controversias frecuentemente involucran altas apuestas y el sueño de un Derecho autónomo aportando soluciones técnicamente correctas se enfrenta, con toda crudeza, a las realidades que desnuda la *praxis* política-. Al mismo tiempo, agrega el Leo Spitz Professor of International Law de la Universidad de Chicago, los registros que anotan auténticos éxitos en la adjudicación de los derechos humanos en el orden internacional sugieren que algunas cortes de justicia han logrado sortear -con eficacia- esta tensión, tan pronto como los jueces dejan de ignorar -y, principalmente, los expertos de desaprovechar como

-del continente americano y hasta foráneas a éste-, de la doctrina de los comités convencionales -tanto interamericanos como universales-, de las reglas de buenas prácticas en ámbitos particulares, etc.

(235) OVID. *Metamorphoses*, L. III, v, p. 339 y ss. *Vide etiam* Ibidem. *Ovid's Metamorphoses*, Anderson, W.S. (Ed.). University of Oklahoma Press, Norman, 1997, pp. 371 y ss.

(236) BORGES, J.L. *Selected Poems*, Coleman, A. (Ed.). Penguin Books, New York, 2000, V. II, pp. 104-105.

tema central de sus estudios- que tales tribunales operan bajo precisas restricciones políticas *-political constraints-*, las que ayudan a comprender tanto las posibilidades cuanto las limitaciones con las que lidian, dentro de una zona de discreción judicial [*zone of judicial discretion*], en ocasión de ocuparse de la tutela jurisdiccional de los derechos -abonándose, así, la idea de que éstos reciben, en definitiva, de los intereses políticos un constante apoyo material-. De allí que -en ésta última línea de argumentación- se enlisten, por un lado, restricciones políticas *ex ante, i.e.*, aquellas que se implementan con antelación a la adopción de las decisiones por los juzgadores, al definir los términos en los que ejercerán su jurisdicción, e impactan en su capacidad de respuesta, incluyendo la definición de su órbita competencial *-v.gr.*, factores institucionales de independencia y autonomía, sistema de nombramiento de los miembros de las cortes internacionales, duración de mandatos, incentivos de reelección, casuística de casos justiciables, etc.-, de pautas de interpretación y aplicación material de los tratados *-v.gr.*, definiendo reglas generales de exégesis y sus métodos complementarios, fijando principios de aplicación, como el de irretroactividad, o bien, de observancia, en función de las directivas *pacta sunt servanda*, de veda a la justificación del incumplimiento por normas internas, etc.- y de técnicas discursivas *-v.gr.*, promoviendo doctrinas del Derecho internacional que no quebranten la fidelidad con el instrumento de constitución [*founding treaty*], o bien, que disuadan la creación judicial ante el valladar de formales reglas de asignación de competencia o patrocinen virtudes de pasividad judicial o *self restraint-*, y, por el otro, restricciones políticas *ex post, i.e.*, aquellas que se activan luego de que los magistrados judiciales emiten una resolución y envuelven las hipótesis en las que el Estado resulta habilitado para ignorar, invalidar o rechazar decisorios adversos²³⁷,

(237) En este punto, el académico estadounidense apela al esquema tradicionalmente expuesto por Albert O. Hirschman a través de la fórmula *salir - voz - lealtad* [*exit - voice - loyalty*], de tal suerte que según una primera alternativa un Estado parte que no luzca conforme con los términos de una decisión judicial puede -no obstante- *cumplirla permaneciendo leal a sus obligaciones* [aunque, en este tópico, con reminiscencia a la reflexión de Walter Murphy, en orden a que los destinatarios resultan más prestos a aceptar "(...) *decisiones desagradables que parecen ser el resultado ineludible de deducciones rigurosamente lógicas*" MURPHY, W. *Elements of Judicial Strategy*, University of Chicago Press, Chicago, 1964, p. 17, sin perjuicio de que -tal como se ha verificado en la experiencia trasnacional- aquél, por el contrario, se sustraiga de la jurisdicción del tribunal, exonerándose -en esta segunda *chance-* de los compromisos asumidos mediante la denuncia del régimen del tratado -de estar, *v.gr.*, a las estipulaciones sobre denuncia o retiro consignadas en el art. 56 de la CVDT o a la cláusula opcional reseñada en el art. 36.2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia-. Ahora bien, una tercera posibilidad finca en ejercer varias *formas de voz*, permaneciendo fiel al instrumento supranacional pero comunicando a los decisores el propósito de que su resolución no se efectivice -al menos, *in totum-*, aspirando -de esta manera- a *modificar los alcances* del fallo proferido o *influir en sus futuros pronunciamientos*, al margen de otras actitudes orientadas a menguar los efectos de la sentencia vertida: *v.gr.*, es posible que los Estados parte procuren anular el resultado interpretativo a través de la enmienda formal del tratado, el impulso de una exégesis literal y restrictiva de sus preceptos, etc., y hasta que acudan a mecanismos más generales -y, por ende, radicales- materializados en la capacidad de ataque [*ability to attack*], sea explícitamente al anotar su desagrado o repulsa ante una decisión judicial desfavorable o difícil -incluso, movilizándolo a la opinión pública-, sea implícitamente al procurar limitar la jurisdicción del

descontando que, así, como un punto inicial en el que las mentadas restricciones se evidencian es el atinente al *diseño institucional* a través de estipulaciones flexibles o precisas en la gama de sus detalles -al menos, desde que los instrumentos normativos que establecen y regulan la jurisdicción internacional brindan a los Estados una ocasión para que, al contribuir a la hechura de su régimen positivo, aseguren allí la receptividad de los intereses políticos, tanto ex ante como ex post-, tampoco deja de ser decisivo el análisis de los *incentivos de acatamiento* encaminados a estimular la calidad de la decisión, la estrategia de selección de causas, el involucramiento de los afectados y de la comunidad en general en función de audiencias públicas²³⁸ -a los que cabe añadir la participación en el proceso de las presuntas víctimas, la intervención de *amicus curiae*, etc.-.

Entre otras cosas, las referencias anteriores dejan en claro que la pretensión de *apoliticidad* del constitucionalismo global -y hasta la de estar por *encima* de la mismísima política-²³⁹ distan de entrañar un problema insignificante; ello se nota, incluso, con cualquier ejercicio teórico -como el anteriormente ensayado por Tom Ginsburg- en los que se evidencia su propiedad de sistemas *acoplados estructuralmente y mutuamente constitutivos*, de modo que, quizás, el punto central de la argumentación radique, en cambio, en hacer más claro cómo la alternativa jurídica puede moralizar, por un lado, y empoderar, por otro, a la política, y en tal empresa suscite en la actualidad -a través de un debate más rico y productivo- la pregunta apremiante sobre la *legitimidad de la gobernanza global, i.e.*, de las normas y de un

tribunal, reducir o influir su composición, retacear su poder efectivo en casos posteriores, disminuir sus recursos presupuestarios, etc. Por lo restante, una cuarta variante estriba en ceñirse a desconocer e *incumplir la solución* rendida sólo en lo atinente al *caso sentenciado*, con mientes a que el cuestionamiento repercuta en el sentido de postreras interpretaciones de los magistrados supranacionales. *Vide in extenso* HIRSCHMAN, A.O. *Exit, Voice and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations and States*, Harvard University Press, Cambridge, 1970, pp. 1 y ss., 21 y ss., 30 y ss., 76 y ss; WEILER, J.H.H. "The Transformation of Europe", *Yale L. J.*, 100 (1990) 2403, 2411.

(238) GINSBURG, T. "Political Constraints on International Courts", *Public Law & Legal Theory*, Univ. of Chicago WP, 453 (2013), pp. 484-502, 484-494, antecedido su examen de una singular prevención sobre los puntos de vista que subyacen a las restricciones políticas -*v.gr.*, mientras algunos eruditos perciben en el empinamiento actual del Derecho internacional un nuevo conjunto de amenazas a las preocupaciones tradicionales en torno a la soberanía, al propio tiempo que temen, en especial, a la exorbitancia de los poderes judiciales, justificando, entonces, su admisibilidad en razones de rendición de cuentas [*accountability*], otros, en contrapunto, presagian el advenimiento del riesgo de una excesiva politización que aminore la potencia -y viabilidad- de las soluciones internacionales beneficiosas para los problemas de gobernanza-, y seguido -luego- su análisis de un detallado estudio de casos de destacados tribunales internacionales, entre los que se inserta ejemplificaciones atinentes a la Corte IDH [4.5, pp. 500-501].

(239) TRACHTMAN, J.P. "The Constitutions of the WTO", *European Journal of International Law*, 17 (2006), p. 623.

gobierno político que no dependen de una estructura de gobierno o gobernanza idénticas a la del Estado²⁴⁰.

14. En definitiva, si bien en el *inicio* se encuentra la doctrina de los legalistas del *Ancien Régime* y la decantación hacia la superioridad normativa de la Constitución política de los Estados -exhibida cual punto culminante [*crowning point*] de la jerarquía de un sistema jurídico estatal- merced los voceros del constitucionalismo de raigambre liberal-individualista que diseminaron -principalmente desde fines del siglo XVIII- la valía de las *Paper Constitutions*, lo cierto es que en el *final* (no se sabe aún): quizás el *triunfo del orden internacional de los derechos humanos*, y hasta -descontando las rutas de retorno a un particularismo sustentado en el principio de *lex specialis*, en el que la unidad del sistema global, que asume el conjunto de los fenómenos jurídicos descriptos como constituyendo otro Derecho, se des-arma en tanto éstos quedan fuera, no integrados al sistema único y universal²⁴¹, prácticamente en un *état sauvage*²⁴² o librados a una *vie propre*²⁴³- también se presagia la *disolución de la jerarquía de las fuentes* en cuanto tal²⁴⁴ -en la que a algunos académicos les resulta difícil sustraerse de la tentación de evocar la *heterarquía* como una bisoña creatura conceptual-

Queda en claro, entonces, que la interacción entre el Derecho constitucional y el Derecho internacional de los derechos humanos -y de sus fuentes- dista de pivotarse a partir de una colección de reglas y principios inmutables, pues aun cuando se exhiban como un almacén de sabiduría -*storehouse of wisdom*-²⁴⁵, los académicos que han apostado por un enfoque evolutivo más que adorar el pasado, deben -como lo previniera John H. Wigmore²⁴⁶- esforzarse a través de aportes críticos y creativos -si pretenden que la evolución jurídica represente progreso y no sólo movimiento- por relacionar aquéllos con los fines a los que sirven y reprobar la masa de productos

(240) PETERS, A. "The Merits of Global Constitutionalism", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16 (2) (2009), pp. 397-411.

(241) BOBBIO, N. *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960, p. 186.

(242) CARBONNIER, J. *Sociologie du Droit*, Colin, Paris, 1972, p. 24.

(243) MIRKINE-GUETZEVITCH, B. *Les nouvelles tendances du Droit Constitutionnel*, Pichon, R. - Durand, R., Paris, 1936, p. 50.

(244) BARBERIS, M. "La fin de l'État et autres narrations" *ap.* Bonin, P. - Brunet, P. - Kerneis, S. (Eds.). *Formes et doctrines de l'Etat. Dialogue entre histoire du droit et théorie du droit*, Pedone, Paris, 2018, pp. 331 y ss; *Ibidem*. "La fine dello Stato e altri racconti", *Filosofia Politica*, 27 (2) (2013), pp. 317-328.

(245) CORBIN, A.L. "The Law and the Judges", *Yale L. Rev.*, 3 (1914), pp. 234, 246.

(246) WIGMORE, J.H. "Planetary Theory of the Law's Evolution" *ap.* Kocourek, A. - Wigmore, J.H. (Eds.). *Evolution of Law: Select Readings on the Origin and Development of Legal Institutions*, Little, Brown & Company, Boston, 1915-1918, V. III, p. 533.

normativos e interpretativos si ya no sirven razonablemente para objetivos válidos²⁴⁷ -y hasta en hipótesis en las que las condiciones de aplicabilidad han cambiado-²⁴⁸.

Y no sería un reducido universo de ideas conceptuales las que -aquí- podrían controvertirse febrilmente por los eruditos²⁴⁹: desde la propiedad de comprensividad -*comprehensiveness*- de los sistemas jurídicos -en virtud de la cual, según Joseph Raz, estos *pretenden autoridad para regular cualquier tipo de conducta*, a diferencia de otros sistemas normativos que, precisamente, no la reclaman²⁵⁰, o bien, el designio de exclusividad que aviva la polémica sobre la *chance* de que dos sistemas jurídicos dominen sobre una misma porción territorial -*exclusiveness*-²⁵¹, pasando por la cualidad de apertura de un sistema jurídico en el supuesto de que albergue normas cuyo propósito finque en conferir fuerza vinculante, dentro del mismo, a normas que no pertenecen a él y exigir de los jueces que actúen en la resolución de disputas sobre su base²⁵² -*openness*-, y -en especial- la endilgada condición de supremacía

(247) ELLIOTT, D.E. "The Evolutionary Tradition in Jurisprudence", *Colum. L. Rev.*, 85 (1985), p. 94.

(248) EPSTEIN, R.A. "The Static Conception of the Common Law", *J. Legal Stud.*, 9 (1980), p. 254, al menos si se retiene que -en opinión del Professor Emeritus de la Universidad de Chicago- el valor del sistema jurídico está -en definitiva- sujeto a una depreciación constante -*constant depreciation*-, pues con frecuencia las normas que se reputaban adecuadas en la era social en la que aparecieron por primera vez, con las condiciones cambiantes, seguramente darán paso a una nueva realidad -la ley, añade, debe evolucionar así con las instituciones humanas que gobierna para preservar su propia legitimidad-.

(249) De estar a la sugerencia del Profesor del *King's College* de Londres, Thomas Schultz, bajo la etiqueta de *misconceptions* -dando cuenta de que las habituales caracterizaciones de las notas tipificantes de un sistema jurídico no siempre resultan adecuadamente encuadradas en las muestras prácticas y hasta liberan un amplio espacio para el debate, *v.gr.*, si se retiene que los sistemas federales importan una sugerente evidencia del carácter no esencial de los atributos de exclusividad y supremacía-, *vide in extenso* SCHULTZ, T. *Transnational Legality*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 74 y ss. En este orden de ideas, *vide etiam* CULVER, K.C. - GIUDICE, M. *Legality's Borders. An Essay in General Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 22 y ss., pp. 131 y ss.

(250) RAZ, J. *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 150-151, aclarando el Emeritus Research Professor de la Universidad de Oxford y Columbia que "(...) si los sistemas jurídicos están constituidos para una finalidad determinada se trata de una finalidad que no implica una limitación sobre el alcance de competencia que pretenden".

(251) KRAMER, M.H. *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmings*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 96 y ss., sin perjuicio de que -además- se observe que la ausencia de la pretensión de regular los aspectos de la vida individual y colectiva en un determinado ámbito espacial obstaría la configuración de un sistema jurídico como un sistema jurídico completo -*full blown legal system*-.

(252) RAZ, J. *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 120, al margen de que se consientan que potenciales conflictos se desatan no sólo en términos de la relación de su adopción cuando los juzgadores domésticos aplican normas foráneas a su sistema sin que las mismas hayan observado las instancias formales de incorporación, sino también en referencia al criterio de pertenencia a un sistema institucionalizado, pues sería menester su modificación a través del ensayo de un *test* que identifique como pertenecientes al sistema a todas las normas que sus instituciones aplicadoras están constreñidas a aplicar, excepto aquellas normas que son meramente adoptadas -*adopted norms*-. *Vide*

-supremacy- en función de la cual cada sistema jurídico conllevaría la aspiración de erigirse -cual árbitro final de su propio dominio jurídico²⁵³- en la más encumbrada autoridad normativa del ámbito de su regulación, presentándose como el orden normativo superior de la comunidad sujeto -al menos, desde que reclama autoridad para regir las condiciones de establecimiento y funcionamiento de las instituciones normativas pertenecientes a aquélla-²⁵⁴.

En esta última empresa, como en el caso de los Estados, también el Derecho internacional de los derechos humanos ha impelido a los expertos -y algunos han cedido a la invitación- a imaginar otra realidad en la teoría de las fuentes, que trastorne la hasta aquí heredada, quizás bajo el entendimiento de que, incluso cuando se consienta que son los intérpretes quienes *in facto* controlan la identificación de las fuentes del Derecho²⁵⁵, lo cierto es que *nadie nunca ha logrado controlarlas en solitario*:

etiam Ibidem. *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press, Oxford -New York, 2009, pp. 182, 193-194.

(253) MARMOR, A. *Positive Law & Objective Values*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 39 y ss.

(254) RAZ, J. *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 118, aun cuando se admita que los reclamos de no supremacía -*non supremacy claims*- y la multiplicidad de sistemas legales pueden existir en los hechos -pese a que como cuestión jurídica ello se descarte, en el temperamento de que un sistema jurídico no podría reconocer la supremacía de otro, debido a que ello viciaría su autoridad al sujetarlo, en orden a determinar qué sistema obedecer, a revisar las razones que la autoridad supuso-. Sobre el punto, *vide* VAN DER VOSSSEN, B. "Legitimacy and Multi-Level Governance" *ap.* Del Mar, M. (Ed.). *New Waves in Philosophy of Law*, Palgrave, New York, 2011, p. 262. De allí que algunos estudiosos arguyen que -en definitiva- la demanda sistémica raziana de supremacía se exhibiría como la *autocomprensión* del sistema jurídico en orden a que sus estándares proveen el último fundamento de los restantes estándares normativos reconocidos por el propio sistema, *cfr.* CULVER, K.C. - GIUDICE, M. "Making Old Questions New: Legality, Legal System and State" *ap.* Waluchow, W.J. - Sciaraffa, S. (Eds.). *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 282. En relación a la propuesta de una teoría interinstitucional del Derecho -*Interinstitutional Theory of Law*- que destaca la interacción de órdenes legales caracterizados en razón de los tipos de sus normas -en lugar de evocar su contenido o la membresía a un sistema jurídico- a través de patrones de intensa referencia mutua que incluyen formas de legalidad superpuesta -*overlapping forms of legality*-, *vide in profundis* Ibidem. *Legality's Borders. An Essay in General Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford - New York, 2010.

(255) PINO, G. "La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione", *Ars Interpretandi*, 16 (2011) 19-56. En efecto, la crisis de la doctrina de las fuentes pone en entredicho el compromiso en que se sustenta una teoría del Derecho *mainstream* -coherente con la idea de reducir el Derecho a la legislación y la adjudicación a la interpretación de la ley-, en mérito del cual los jueces sólo pueden interpretar las fuentes establecidas por el constituyente o por el legislador, pues "(...) *los grandes tribunales supremos, constitucionales e internacionales, se auto-atribuyen también el poder de elegir las fuentes. En particular, estos elevan, al rango de fuentes supremas, a materiales normativos antes no considerados formalmente jurídicos, y re-determinan las relaciones jerárquicas entre éstos y las fuentes formales (...) ello ha ocurrido muchas veces, desde Marbury vs. Madison (1804) (sic) en adelante, y en casos mucho más dudosos de la constitución federal estadounidense. Tratados europeos han sido interpretados como documentos instituyentes de la Comunidad Europea; preámbulos de constituciones han sido asimilados al bloc de constitutionnalité francés; leyes fundamentales han sido utilizadas como constitución de Israel, etc.*", de tal modo que para los adherentes al realismo jurídico la relación -más bien- se invierte desde que "(...) *la función principal*

las fuentes, en definitiva, siempre son el *resultado de cooperación y de conflicto* entre muchos sujetos y órdenes normativos distintos²⁵⁶.

*del Derecho es la adjudicación, mientras la legislación deviene mayormente en un modo de controlar y limitar a aquella”, cfr. BARBERIS, M. “Para una teoría realmente realista del Derecho”, *Revus*, 29 (2016) 15-23, 17-21. Vide etiam TROPER, M. “Une théorie réaliste de l’interprétation”, *ROJ*, 8 (2) (2006) 301-318, 312.*

(256) BARBERIS, M. “La fin de l’État et autres narrations” *ap.* Bonin, P. - Brunet, P. - Kerneis, S. (Eds.). *Formes et doctrines de l’Etat. Dialogue entre histoire du droit et théorie du droit*, Pedone, Paris, 2018, pp. 331 y ss; Ibidem. “La fine dello Stato e altri racconti”, *Filosofia Politica*, 27 (2) (2013), pp. 317-328.

EL DERECHO AL IGUALITARIO ACCESO A LA JUSTICIA EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA*

THE RIGHT TO EQUAL ACCESS TO JUSTICE IN ARGENTINE JURISPRUDENCE

*Amalia Uriondo de Martinoli***

Resumen: El objetivo del presente artículo es destacar que la exigencia formal establecida por algunas disposiciones de la ley nacional 26413/2008 de Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, vulnera el derecho al igualitario acceso a la justicia.

Palabras-clave: Acceso a la justicia - Derecho humano - Normativa registral.

Abstract: The objective of this article is to highlight that the formal requirement established by certain provisions of the national law 26413/2008 on the Registration of Marital Status and Capacity of Persons, violates the right to equal access to justice.

Keywords: Access to justice - Human right - Registration regulations.

Sumario: I. Tutela jurisdiccional. II. La exigencia formal administrativa. II.1. Recaudo legal de imposible cumplimiento: CNCiv., sala I, 25/04/18, "S., D. M. c. N. J., J. s. divorcio". II.2. Planteo de inconstitucionalidad de los artículos 75 y 78 de la ley 26413/2008. Inscripción registral. Foro de necesidad: Cámara de Apelaciones en lo civil, comercial, laboral y minería. Santa Rosa (La Pampa), Sala 02, 18/09/18, "R., S. A. y G. T., R. S/ Divorcio". II.3. Impedimentos al acceso a la justicia. a) Juzgado Civil 4, 12/11/14" Dieguez Luis Alberto

* Trabajo recibido el 25 de febrero de 2020 y aprobado para su publicación el 12 de marzo del mismo año.

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba. Catedrática de Derecho Internacional Privado. Directora de la carrera de Especialización en Derecho de familia. Profesora de posgrado en las carreras de Especialización en Derecho Procesal y en Derecho de los Negocios. Miembro de asociaciones científicas. Autora de libros y artículos sobre temas atinentes a la materia. Correo electrónico: martinoliamalia1@gmail.com

c/ Ravier Carolina Maria s/ divorcio art. 215 Código Civil”. b) Juz. Nac. Civ. 25, 26/08/10, “S., G. A. c. I., A. C. s. divorcio art. 214, inc. 2° C.C”.
III. Reflexión final.

I. Tutela jurisdiccional

El objeto del artículo será analizar el problema del acceso a la justicia, que constituye una de las preocupaciones fundamentales de todos los sistemas jurídicos contemporáneos. Para ello, seleccionamos algunas sentencias que, frente a la imposibilidad de cumplir los requisitos establecidos por disposiciones de la ley nacional 26.413/2008 de Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, determinan que se vulnera el derecho al efectivo e igualitario acceso a la justicia.

La tutela jurisdiccional, “es el derecho de toda persona a que se le ‘haga justicia’; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con garantías mínimas”¹. Es el ingreso a un proceso que pueda satisfacer las pretensiones que se expresen, pero “no comprende -obviamente- el de obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones que se formulan, sino el derecho a que se dicte una resolución en Derecho, siempre que se cumplan los requisitos procesales para ello”².

Los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos, consagran el derecho esencial del hombre a la tutela judicial efectiva. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 promueve el respeto del derecho a recurrir ante los tribunales nacionales competentes para hacer valer sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley (artículo 8). En marzo del mismo año, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, contempla el derecho de la persona a disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia la ampare contra actos de la autoridad que lo violente (artículo XVIII).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 garantiza que la justicia sea aplicada adecuadamente a todas las personas en igualdad de condiciones ante un tribunal competente, independiente e imparcial y tienen el mismo derecho a ser oídos públicamente por las autoridades competentes, con las debidas garantías judiciales (artículo 14). Ratifican estos principios, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21 de diciembre de 1965 (artículo 5. a); la Convención sobre la eliminación de todas las

(1) GONZÁLEZ PÉREZ, J. *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*, Madrid, Civitas, 2001, p. 33.

(2) Tribunal Constitucional de España, Sala primera (STC 9/1981, 31/03/81), Recurso de Amparo n° 107/1980, Fundamentos jurídicos, punto 4.

formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979 (artículo 2. c); y la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 (artículo 12.2).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969 reconoce, en el artículo 7, el derecho que tiene toda persona a la libertad y a la seguridad personales. A través del apartado 1 del artículo 8, titulado “Garantías judiciales” los Estados partes se comprometen a respetar el derecho de toda persona a ser oída “con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. En el artículo 25. 1 sobre “Protección judicial”, expresamente dispone que: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

Conforme al diseño de la Convención, se trata de un derecho-deber. Derecho para los habitantes de la Nación y deber del Estado que se compromete en adoptar todos los recursos legales y técnicos suficientes para asegurar que el acceso a la justicia se torne realmente operativo y no quede sólo en una expresión retórica o de deseos³. La interrelación entonces, no sólo es posible sino querida por las normas supranacionales, tal cual lo prescribe la Convención Americana al declarar la correlación entre deberes y derechos, disponiendo que toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad (art. 32, apartado 1).

No debe olvidarse, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos deviene en guardián de la tutela de los derechos asegurados en la Convención. Este tribunal ejerce el control del cumplimiento de las obligaciones asumidas, lo cual demuestra que “los custodios jurisdiccionales nacionales están custodiados por custodios jurisdiccionales internacionales y supranacionales”⁴.

En esta materia, la Corte IDH ha sido extremadamente clara. Así, sostuvo en “Cantos *vs.* Argentina” que: “[...] los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier manera el acceso de los individuos a los tribunales y

(3) BARBIERI, P. C. “El acceso a la justicia y la inclusión”, *SAIJ* (Sistema Argentino de Información Jurídica), 11 de marzo de 2015.

(4) NOGUEIRA ALCALÁ, H. “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacional y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo (ReDCE)* Año 10, Núm. 19, enero-junio/2013, p. 232.

que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención”.

Entre otras cuestiones, la Corte IDH tuvo que decidir si la suma desproporcionada o excesiva de la tasa de justicia fijada por la legislación argentina, resultaba compatible con los derechos consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. En tal sentido, sostuvo que “[...] si bien el derecho al acceso a la justicia no es absoluto y, consecuentemente, puede estar sujeto a algunas limitaciones discrecionales por parte del Estado, lo cierto es que éstas deben guardar correspondencia entre el medio empleado y el fin perseguido y, en definitiva, no pueden suponer la negación misma de dicho derecho”. Asimismo, agregó, que el monto por cobrar por el rubro tasa de justicia y la correspondiente multa “no guarda relación entre el medio empleado y el fin perseguido por la legislación argentina, con lo cual obstruye, evidentemente, el acceso a la justicia del señor Cantos, y en conclusión viola los artículos 8 y 25 de la Convención”.

De forma uniforme y reiterada, la Corte IDH ha determinado que: “la garantía de un recurso efectivo constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención y que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad (...)”⁵.

Por su lado, la Comisión IDH “[...] entiende que el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 25 no se agota con el libre acceso y desarrollo del recurso judicial. Es necesario que el órgano interviniente produzca una conclusión razonada sobre los méritos del reclamo, que establezca la procedencia o improcedencia de la pretensión jurídica que, precisamente, da origen al recurso judicial. Es más, esa decisión final es el fundamento y el objeto final del derecho al recurso judicial reconocido por la Convención Americana en el artículo 25, que estará también revestido por indispensables garantías individuales y obligaciones estatales (artículos 8 y 1.1)”⁶.

En “Fornerón e hija *vs.* Argentina”, la Corte IDH recordó que el derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable, y que su falta de razonabilidad constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales. La razonabilidad del plazo depende de los siguientes elementos: “a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales, y d) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso”.

(5) Corte IDH, caso “*Cantos vs. Argentina*”, sentencia de 28 de noviembre de 2002, Serie C, No 97 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 50 y 52.

(6) Comisión IDH, informe 30/97- caso nº 10.087 “*Gustavo Carranza, Argentina*” - párr. 71.

Con relación al primer elemento, los procesos analizados involucran, respectivamente, la guarda de una niña -había sido entregada por su madre en guarda provisoria a un matrimonio con fines de adopción- que está siendo reclamada por su padre biológico y el establecimiento de un régimen de visitas que permita crear vínculos entre ellos.

Respecto de la actividad procesal del interesado en ambos procedimientos, la Corte indica que no hay nada que demuestre que la actividad procesal del señor Fornerón haya obstaculizado los procesos internos, sino que, por el contrario, participó activamente haciendo todo lo posible para avanzar en su resolución.

En cuanto a la conducta de las autoridades, se advierte que los procedimientos de guarda judicial y de régimen de visitas se demoraron más de tres y diez años, respectivamente. Al respecto, ha sido señalado que “no es posible alegar obstáculos internos, tales como la falta de infraestructura o personal para conducir los procesos judiciales para eximirse de una obligación internacional [...]”.

Para determinar la razonabilidad del plazo, la Corte ha dicho que también se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración de los procesos en la situación jurídica de la persona involucrada en el presente caso, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. Así, se ha dejado constancia que “si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento avance con mayor diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve”. La duración total de los procedimientos (guarda judicial y régimen de visitas), sobrepasan excesivamente un plazo que pudiera considerarse razonable, “por lo que constituyen una violación del artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 17.1 y 1.1 del mismo instrumento en perjuicio del señor Fornerón y de su hija M, así como en relación con el artículo 19 de la misma en perjuicio de esta última”⁷.

Desde la perspectiva del ámbito interno, en lo que se refiere al derecho fundamental de acceso a la justicia, la Constitución Nacional argentina de 1994 lo recoge tanto en el Preámbulo cuando expresa “afianzar la justicia”, en el artículo 14, al decir que “todos los habitantes de la Nación gozan del derecho de peticionar a las autoridades” como el artículo 18, que dispone ciertas garantías judiciales que, entre otras cuestiones, se extienden a las referidas al debido proceso. Sin perder de vista que otorga rango constitucional a los compromisos internacionales asumidos por nuestro país que imponen el deber de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar violaciones a los derechos humanos (CN, artículo 75, inciso 22).

(7) Corte IDH, caso “Fornerón e hija vs. Argentina”, sentencia de 27 de abril de 2012, Serie C nº 242 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 66/77.

II. La exigencia formal administrativa

Con distintos enfoques, los tribunales argentinos dictaminan que la exigencia formal establecida por algunas disposiciones de la ley 26413/2008 de Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas contenidas en el capítulo XIII, dedicado a la registración local de documentos de extraña jurisdicción (artículos 73/77), y en el capítulo XIV, referido a Resoluciones Judiciales (artículos 78/82), vulnera el derecho al efectivo acceso a la justicia. El tema se relaciona con aquellos casos en que el matrimonio disuelto o anulado se haya celebrado en territorio extranjero y se intente exigir la constancia de la inscripción marginal de disolución o declaración de nulidad matrimonial, en un registro de otro país cuya legislación no la contempla. Las normas que se atacan regulan las cuestiones atinentes a la inscripción, publicidad y modificación de los registros y documentos vinculados al estado civil de las personas.

II.1. Recaudo legal de imposible cumplimiento: CNCiv., sala I, 25/04/18, "S., D. M. c. N. J., J. s. divorcio"⁸

El matrimonio, contraído en la ciudad de Nueva York (EE.UU.), obtuvo la sentencia de divorcio en la República Argentina, y la juez *a quo* ordenó inscribir dicha decisión en el Registro Civil de origen. Este proceder, se ajusta a las previsiones contenidas en los artículos 75 y 78 de la ley 26413 de Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, que imponen la previa modificación de la inscripción en la partida de origen para recién luego hacer lo propio en el Registro local. Este último aspecto de la sentencia motivó las críticas de los interesados que pretenden que tanto el matrimonio celebrado en el extranjero como su disolución, se inscriban en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Téngase en cuenta que la ley 26413 establece en su artículo 1º que todos los actos o hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil y la capacidad de las personas, deberán inscribirse en los correspondientes registros de las provincias, de la Nación y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La misma ley en el artículo 75 señala que, las "inscripciones asentadas en los libros de extraña jurisdicción no podrán ser modificadas sin que previamente lo sean en su jurisdicción de origen". De esta forma, se exige que no se tomen registros en este libro si previamente no se ha acreditado su existencia en los de origen. El artículo 78 dispone que, todas las resoluciones judiciales que "den origen, alteren o modifiquen el estado civil o la capacidad de las personas, deberán ser remitidas al Registro de origen de la inscripción para su registro. En todos los casos, los jueces, antes de dictar sentencia, deberán correr vista a la dirección general que corresponda. Los registros civiles no tomarán razón de las resoluciones judiciales que solo

(8) Fallo publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 26/06/19.

declaren identidad de persona sin pronunciarse sobre el verdadero nombre y/ o apellido de la misma”.

La Cámara aclara que la carga que imponen estas disposiciones depende del Estado que se trate, pues algunos pueden exigir iguales recaudos, pero otros no. Tal es el caso de los Estados Unidos de Norteamérica, donde el divorcio se prueba únicamente con la sentencia legalizada, y carece de un sistema de anotaciones marginales que modifique la inscripción de origen. Cabe precisar que las inscripciones marginales, son aquellas en las cuales se registran las modificaciones del contenido de las inscripciones. Estas actas deben ser correlacionadas con sus antecedentes efectuando en forma marginal al contenido original, los datos referentes a la relación de que se trate⁹. Sirven, principalmente, para coordinar las diferentes inscripciones relativas a una misma persona.

La inexistencia en la legislación extranjera de una exigencia similar, lleva a concluir que los artículos 75 y 78 de la ley 26413 son de imposible cumplimiento y a fin de evitar la frustración de los derechos de los cónyuges divorciados, en especial, el que asiste a cada uno de ellos de contraer nuevas nupcias, el tribunal decide que corresponde admitir la pretensión recursiva intentada y modificar la decisión que fue su objeto en el sentido pretendido por las partes.

El incumplimiento de la formalidad administrativa que exige la citada ley, puede privar el ejercicio de derechos garantizados por normas de grado superior, pues ha sido dicho, que a partir de 1994 el derecho internacional de los derechos humanos ha adquirido la más alta jerarquía constitucional en la Argentina (Constitución Nacional, artículo 75, inciso 22). Tales los casos de las normas contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que establece que los hombres y las mujeres tienen derecho a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio (artículo 16.1). También las previstas por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que impone que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y merece la protección de la sociedad y del Estado, reconociendo el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello (artículo 23.1 y 2). La protección a la familia también la avala la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, que -junto a la edad de los contrayentes- exige el cumplimiento de las condiciones para contraer matrimonio requeridas por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten el principio de no discriminación establecido en su texto (artículo 17), entre otros convenios.

(9) CÓRDOBA, M. M. “Registro del Estado Civil y de la Capacidad de las Personas”, en *Enciclopedia de Derecho de Familia*, dirigido por Carlos A. Lagomarsino y Marcelo U. Salerno, Tomo III, Buenos Aires, ed. Universidad, 1994, p. 512.

El tribunal resuelve modificar la sentencia en el aspecto apuntado y disponer que se inscriba en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas el matrimonio contraído por las partes en el extranjero, como así también la mencionada sentencia de divorcio.

***II.2. Planteo de inconstitucionalidad de los artículos 75 y 78 de la ley 26413/2008. Inscripción registral. Foro de necesidad: Cámara de Apelaciones en lo civil, comercial, laboral y minería. Santa Rosa (La Pampa), Sala 02, 18/09/18, "R., S. A. y G. T., R. S/Divorcio"*¹⁰**

Los accionantes contrajeron matrimonio en el exterior y mediante resolución judicial se anotó el enlace en el país. Ante la imposibilidad de inscribir en el Registro Civil y Capacidad de las Personas la sentencia de divorcio -decretado en Argentina- del matrimonio que contrajeron la Sra. S. A. R. y el Sr. R. G. T. en La Habana (Cuba), de conformidad a los artículos 75 y 78 de la Ley N° 26413, se formalizó el pedido de inconstitucionalidad de dichas disposiciones.

La juez *a quo* rechazó tal solicitud, porque estimó que el planteo resultó tardío, no pudiendo obviar los peticionantes el hecho de que contrajeron matrimonio en el exterior y que mediante resolución judicial se inscribió en el país. La petición de inconstitucionalidad resulta ser consecuencia de la Nota N° 1175/17 emitida por la Dirección General del Registro Civil y Capacidad de las Personas, en la cual y ante lo requerido en el Oficio N° 435/17 para que proceda a la toma de razón y posterior inscripción de la sentencia de divorcio vincular correspondiente al matrimonio celebrado en Cuba, recuerda que según el artículo 75 de la ley 26413, la posibilidad de modificar las inscripciones en los libros de extraña jurisdicción, depende que previamente lo sean en su jurisdicción de origen. Por otro lado, el artículo 78 pide que todas las resoluciones judiciales que "den origen, alteren o modifiquen el estado civil o la capacidad de las personas, deberán ser remitidas al Registro de origen de la inscripción para su registro".

Lo resuelto mereció la apelación de S. A. R. y R. G. T., quienes manifiestan que la inscripción previa en la jurisdicción de origen -República de Cuba- les resulta muy gravosa atento que ambos residen en la ciudad de Santa Rosa, vulnerándose así el derecho de acceso a la justicia (artículo 18 CN, art. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

(10) Sistema Argentino de Información Jurídica, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, disponible en: http://www.saij.gob.ar/camara-apelaciones-civil-comercial-laboral-mineria-local-pampa--divorcio-fa18340001-2018-09-18/123456789-100-0438-1ots-eupmocsollaf?utm_source=newsletter-semanal&utm_medium

El tribunal se pregunta ¿qué artículo de la ley 26413 debe aplicarse a efectos de inscribir la sentencia de divorcio -decretado en Argentina- entre la Sra. S. A. R. y el Sr. R. G. T., quienes contrajeron matrimonio en el extranjero?

La respuesta señala que en el supuesto analizado, donde el matrimonio fue contraído en el extranjero y media sentencia disolutoria de nuestro país, debe aplicarse el artículo 80 de la ley 26413, “por referirse al capítulo específico de inscripción de resoluciones judiciales atinentes al estado civil de las personas”¹¹. Para así concluir, la Cámara transcribe algunos párrafos del fundamento de sentencias anteriores sobre la exégesis de la ley registral¹², en donde se hace una interpretación armónica y sistemática de su articulado, se considera la naturaleza particular del matrimonio, así como el hecho de que en nuestra legislación sólo por resolución judicial puede decretarse la separación personal y/o el divorcio vincular. También se pondera que dicha disposición no impone el requisito ineludible de inscripción previa del divorcio vincular o separación personal en la jurisdicción en que se contrajo el matrimonio, como condición que habilite la inscripción de la sentencia local. Como se dijo, “el artículo 78 de la ley mencionada, se refiere, a las resoluciones judiciales disolutorias vinculadas a matrimonios contraídos en otros Registros del país. Tratándose de comunicación entre Registros Civiles dentro del país, luce razonable y no desproporcionada la inscripción previa en la Provincia ó Registro que celebró el matrimonio, mediante los nuevos mecanismos que prevé la ley, con el fin no sólo de actualizar los registros sino también para evitar que se contraiga más de un matrimonio dentro del propio país”. Pero al advertir que el matrimonio ha sido contraído en el extranjero, se juzga que la exigencia actualmente impuesta para proceder a la inscripción de la sentencia argentina respecto a ese matrimonio “aparece como excesiva y más allá de los fines tenidos en mira por el legislador para estos casos, especialmente si no se han alegado perjuicios o inconvenientes para el Estado argentino y/o cambios en la legislación de derecho internacional privado vigente”. Concretamente, los jueces apuntaron a la “ausencia de tratados o de convenciones internacionales”, por lo que estimaron que “no cabe otra solución que aplicar derecho internacional privado argentino”.

A tal efecto, puntualizaron que en el Código Civil y Comercial de nuestro país (en adelante, CCCN) a través de su Libro IV sobre “Disposiciones de Derecho Internacional Privado”, se han incorporado reglas generales y especiales relativas a derecho aplicable y a la jurisdicción, diseñadas para dar una respuesta adecuada a las siguientes situaciones: “(i) con diferentes ordenamientos jurídicos implicados;

(11) Ley 26413, artículo 80: “Cuando la resolución judicial se refiera a hechos o actos atinentes al estado civil de las personas, que no se hallen inscriptos, se registrará su parte dispositiva en forma de inscripción, con todos los requisitos que las mismas deban contener, consignándose fecha, autos, juzgado y secretaría en que éstos hubieren tramitado”.

(12) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala L, “S.S.T.J. c/ I.D.E. s/ Divorcio art. 214 inc. 2 C.Civ”, 11/09/2014, que remite a los autos “Kelly Sarah Wade c/ Scandella Méndez Christian s/ Divorcio art. 214 inc. 2° Código Civil” de fecha 23/09/13.

(ii) con juez argentino aplicando normas formales o materiales de un derecho extranjero; (iii) con necesidad excepcional de intervenir para evitar una denegación de justicia, siempre que no sea razonable exigir al interesado demandar -en sentido lato- fuera del territorio, cuando estemos ante un caso que presente, cuanto menos, contacto suficiente o mínimo con la República Argentina (doctrina del “minimal contact análisis”).

Y que bajo la idea de aquello que se entiende como “foro de necesidad (artículo 2602 CCCN), aun cuando la jurisdicción internacional no le correspondiere al juez argentino, éste tendrá siempre legalmente habilitada su intervención en modo excepcional, evitando denegar justicia a los involucrados [...], procurando como se reclama para este caso, una sentencia eficaz”.

En los Fundamentos de la Comisión de Reforma del CCCN, se explica que la “regulación del *fórum necessitatis* permite a los tribunales argentinos entender en una acción en aquellos casos en que sea ésta la única forma de garantizar el acceso a la justicia. La importancia de la reforma consiste entonces en que el Código, en sintonía con los instrumentos de derechos humanos, adopta este instituto que garantiza el acceso a la jurisdicción a fin de evitar la denegación de justicia. Conocer en supuestos internacionales captados por el sistema de Derecho Internacional Privado (DIPr) interno tiene un límite que pasa por no permitir la vulneración del principio de tutela judicial efectiva”¹³.

En consecuencia, en virtud de lo precedentemente expuesto, la Cámara resuelve hacer lugar a la apelación de los actores y, en el marco de su pretensión de impugnación recursiva, ordena la inmediata inscripción directa de la sentencia de divorcio por ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas provincial.

II. 3. Impedimentos al acceso a la justicia

II. 3. a) Juzgado Civil 4, 12/11/14, “Dieguez Luis Alberto c/ Ravier Carolina Maria s/ divorcio art. 215 Código Civil”¹⁴

El Sr. Luis A. Dieguez, por derecho propio, peticiona la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 75 y 78 de la ley 26413 y que, en consecuencia, se ordene la inscripción de la sentencia de divorcio dictada el 7 de junio del 2010, conjuntamente con el matrimonio celebrado el 8 de abril de 1996 en el Condado de Clark, ciudad de Las Vegas (Nevada, EE.UU.). Después del divorcio, el Sr. Dieguez ha conformado una nueva familia con su pareja, Sra. Stagnaro, fruto de la cual nació el niño T. D. S. pero no se ha podido legitimar, por la imposibilidad de inscribir debidamente el

(13) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T. XI, R. L. Lorenzetti -Director-, “El derecho internacional privado en los Fundamentos de la Comisión de Reformas”, pp. 516/517.

(14) Sentencia publicada en CÓRDOBA, M. M./DE LA PUENTE, V. G. “Inconstitucionalidad. Caso concreto. Inscripción sentencia de divorcio. Doctrina y jurisprudencia”, *Revista jurídica, Maestros del derecho moderno*, 1 de marzo de 2015.

divorcio en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas local. Afirma que el Registro Civil de Las Vegas, no realiza la inscripción de divorcios como lo prevé el artículo 78 de la ley 26413.

Se encuentra acreditado en el caso, que no existe convenio sobre reconocimiento de sentencia extranjera entre nuestro país y los Estados Unidos de Norteamérica que permita inscribir la sentencia de divorcio vía exhorto diplomático, por lo que, para llevar a cabo el reconocimiento de la decisión, debería presentarse directamente a la justicia estadounidense con un abogado local (conf. contestación del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio internacional y Culto).

La jueza Guahnon, advierte que el recaudo exigido por los artículos 75 y 78 de la ley específica del registro imponen, por el país en el cual debe modificarse previamente la inscripción (EE.UU.), la contratación de abogados locales que implica un desembolso muy grande de dinero, y la promoción de actuaciones judiciales, lo que por otra parte insume un considerable tiempo de tramitación. De ahí, que subraye que le parece excesivo hacer cargar al peticionante con la falta de cooperación entre ambos Estados.

En este contexto, es que el Sr. Luis A. Dieguez introduce el planteo de inconstitucionalidad de los artículos 75 y 78 de la ley 26413, por considerar que debido a los altos costos (honorarios elevados y carencia de asistencia gratuita para el ciudadano extranjero), estas disposiciones vulneran el derecho de acceso a la justicia, constituyendo una exigencia irrazonable de la normativa registral.

Desde esa perspectiva, “sostiene Bidart Campos que el control judicial de constitucionalidad, y la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma o un acto, es un deber (u obligación) que implícitamente impone la Constitución formal a todos los tribunales del poder judicial cuando ejercen su función de administrar justicia, o cuando deben cumplir dicha norma o dicho acto”¹⁵. Todo sistema de control de constitucionalidad tiene por finalidad cotejar las leyes o actos de los poderes públicos o de particulares con la Constitución para salvaguardar su supremacía. “En cuanto al órgano que lo ejerce, el sistema es jurisdiccional difuso, porque todos los jueces pueden llevarlo a cabo, sin perjuicio de llegar a la Corte Suprema como tribunal último por vía del recurso extraordinario legislado en el art. 14 de la ley 48. En este sentido es claro que el poder judicial es, en última instancia, el único habilitado para juzgar las normas dictadas por el poder legislativo [...]”. Así lo decidió la Corte Suprema en el caso “Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal S.A. c/Provincia de Salta s/Recurso de hecho” de 8 de noviembre de 1967¹⁶.

(15) BIDART CAMPOS, G. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Nueva edición ampliada y actualizada a 1999-2000, T. 1 A, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 403.

(16) CSJN, 8/11/1967, “Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal S.A. c/Provincia de Salta s/Recurso de hecho”, *Jurisprudencia Argentina*, letra I, 26 de abril de 2008.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha acuñado una doctrina en la materia, señalando que “la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como ‘*ultima ratio*’ del orden jurídico, siempre que la violación de la Constitución sea manifiesta e indubitable y, de una entidad tal, que justifique la abrogación de la norma (Fallos, 307:531, 256:602; 258:255; 288:325; 290:83; 292:190, 301:963; 306:136; 322:842; 325:1922; 327:831, entre otros)”.

La ley o el acto presuntamente inconstitucionales deben causar gravamen al titular actual de un derecho, es decir, aquél que ostenta un interés personal y directo comprometido por el daño al derecho subjetivo¹⁷. Es por ello, que la Jueza decide que la normativa atacada resulta ser una regulación irrazonable de los derechos, provocando un cercenamiento de derechos y garantías de igual o mayor trascendencia como son los del acceso a la justicia, a la gratuidad en los procesos de familia, a contraer matrimonio y formar una familia según sus convicciones (cfr. los tratados de derechos humanos), a una tutela judicial efectiva (principio consagrado en distintos tratados internacionales de jerarquía constitucional, en virtud de lo dispuesto por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución argentina).

Así sostiene que la protección integral de la familia, no sólo debe servir como pauta de interpretación, sino que debe prevalecer sobre la misma ley cuando ésta pudiera en su aplicación literal no adecuarse a las circunstancias del asunto planteado, provocando una solución injusta.

En función de lo expuesto, resuelve en el caso concreto, hacer lugar al pedido de inconstitucionalidad de los artículos 75 y 78 de la ley 26413 y ordenar la inscripción de la sentencia de divorcio de los cónyuges, junto con su matrimonio en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas provincial.

Resulta importante subrayar que la declaración de inconstitucionalidad según se encuentra establecida en la estructura jurídica de Argentina, sólo incide en el proceso judicial en el que ha sido dictada. Es decir, que éste pronunciamiento no invalida la norma del derecho positivo sino que obsta a su aplicación en el caso concreto y por los elementos aportados¹⁸.

(17) GUADAGNOLI, R. S. “Análisis del sistema de control constitucional argentino”, *Sistema Argentino de Información Jurídica*, 15 de noviembre de 2013.

(18) CÓRDOBA, M. M./DE LA PUENTE, V. G. “Inconstitucionalidad. Caso concreto. Inscripción sentencia de divorcio. Doctrina y jurisprudencia”, ob. cit.

II. 3. b) Juz. Nac. Civ. 25, 26/08/10, "S., G. A. c. I., A. C. s. divorcio art. 214, inc. 2° C.C."¹⁹

En la causa "S., G.A. c. I., A.C.", se requirió a las partes que como previo a la inscripción del divorcio en esta jurisdicción, debía acreditarse su toma de razón en el lugar donde se celebró el matrimonio, la ciudad de Miami, Estado de Florida, (EEUU), conforme lo indica el artículo 75 de la ley 26413.

La petición fue reiterada por el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, de modo que se ordenó librar exhorto diplomático a tales fines, con los requisitos a los que deben ajustarse las solicitudes de cooperación. Sin embargo, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, informa que dicha rogatoria no ha sido diligenciada toda vez que no existe con Estados Unidos de América un convenio sobre reconocimiento de sentencia extranjera. Por ende, a los efectos de lograr la inscripción de la sentencia en su lugar de origen, el requirente deberá tramitar, a través de un abogado local, un exequátur en la jurisdicción en donde se pretende su inscripción.

En este contexto, es que el Sr. S. -como cónyuge interesado- introduce el planteo de inconstitucionalidad de los artículos 75 y 78 de la ley 26413, por cuanto considera que contratar un abogado que esté habilitado para ejercer la profesión y, de ese modo, realizara el trámite de inscripción pertinente en los Estados Unidos, "conlleva costos altísimos que convertiría en letra muerta la garantía del acceso a la justicia", constituyendo una exigencia irrazonable de la normativa registral.

Seguidamente, se aborda la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma o un acto con la cita de Bidart Campos y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que ha sido el tema desarrollado en la sentencia anterior ("Dieguez Luis Alberto c/ Ravier Carolina Maria s/ divorcio art. 215 Código Civil" de 2014).

Al tratar sobre el derecho a la jurisdicción, el tribunal sostuvo que "[d]e lo que se trata ciertamente, es remover los obstáculos sustanciales, formales y procesales, y/o reales que impidan a las personas concretar la satisfacción de sus derechos y obtener una respuesta a sus demandas".

Al hilo de esta argumentación, son dos las razones invocadas para considerar que el trámite exigido por la legislación registral argentina, se alza como un obstáculo en el acceso a la justicia. La primera, sostiene que ello importaría para el demandante trasladarse a Estados Unidos para realizar los trámites necesarios, "lo que resulta un absurdo si se considera la dilapidación de recursos y de tiempo que ello implica. Tampoco en nuestro país existe un servicio gratuito para llevar adelante este tipo de trámites, pues nótese que es el propio Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto el que dictamina que el peticionante deberá realizar el trámite mediante un abogado norteamericano".

(19) Fallo publicado por Julio Córdoba en *DIPr Argentina* el 24/05/11.

En segundo término, se destaca que la exigencia previa crea también un obstáculo para acceder en un tiempo razonable a la requisitoria del demandado, que es nada más y nada menos que la inscripción de la sentencia de divorcio vincular para que pueda producir efectos frente a terceros. A tal efecto, se acentúa que han transcurrido más de diez meses desde el dictado de la sentencia (22 de octubre de 2009), lo cual no sólo menoscaba el derecho de ambas partes de regularizar su situación civil, en el supuesto que alguna de ellas deseara volver a casarse, “sino también podría afectar derechos o intereses de terceros, especialmente en aspectos de índole patrimonial, incidiendo también en la seguridad jurídica que se pretende reine en el ámbito contractual”.

Finalmente, se sostuvo que “las exigencias particulares de litigar en extraña jurisdicción para acceder a la inscripción de la sentencia de divorcio, lo normado por el art. 75 y el art. 78 primera parte de la Ley 26413 resulta una intervención en el derecho al acceso a la justicia que deviene irrazonable”.

III. Reflexión final

En las sentencias examinadas, se advierte que el excesivo ritualismo o formalidad en los recaudos establecidos por la ley 26413 de Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, es hábil para traer aparejado el impedimento o restricción en el ejercicio de derechos garantizados constitucionalmente, como es el caso del acceso a la justicia y el derecho a volver a contraer matrimonio.

A partir de dicha ley, se ha interpretado que la anotación del divorcio en Argentina requiere que previamente se lo inscriba en el registro del lugar en el que se celebró el matrimonio (Nueva York, Cuba, Las Vegas, Miami). A los efectos de lograr la inscripción de la sentencia en su lugar de origen, el interesado deberá tramitar el exequátur en la jurisdicción en donde se pretende su registro, para lo cual será necesario, por lo menos, la intervención de un abogado local, la traducción del testimonio de la sentencia, la legalización y el trámite ante el registro que corresponda.

Como lo subrayan los tribunales en los casos en que se plantea esta problemática, los requisitos administrativos previstos por la ley, conllevan costos altísimos que convertiría “en letra muerta la garantía del acceso a la justicia”. Además, alteran su verdadera función, ya que no se corresponden con los principios de economía, celeridad y eficacia. En tal sentido, se ha expresado que “[l]os procedimientos administrativos deben ser simples, sencillos y directos; deben alcanzar su objetivo sin necesidad de recurrir a recaudos excesivos, sin complicaciones innecesarias y sin las inútiles dilaciones que ellas acarrearán”²⁰.

(20) DALLA VIA, A. R. “La Buena Fe y los abusos en el Derecho Público”, en *Tratado de la buena fe en el Derecho*, dirigido por CORDOBA, M. M., Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 917.

Los magistrados lograron emitir soluciones justas en las cuestiones expuestas, al ordenar la inscripción en el Registro Civil local de la sentencia de divorcio junto con el matrimonio entre las partes celebrado en otro país, eludiendo, con distintos argumentos (foro de necesidad, incompatibilidad con derechos fundamentales de mayor jerarquía), la excesiva carga registral establecida por la ley 26413.

Cobra así relieve la conceptualización del acceso a la justicia -como un aspecto del derecho a la tutela judicial efectiva- elaborada por Mauro Cappelletti y Bryant Garth en los siguientes términos: “El reconocimiento de la importancia del ‘acceso’ efectivo a la justicia no tendría sentido si no se proporcionasen los medios legales para que los derechos puedan ser ejercidos prácticamente. De ahí que deba tenerse al ‘acceso a la justicia’ como el principal derecho -el más importante de los ‘derechos humanos’- en un moderno e igualitario sistema legal que tenga por objeto garantizar, y no simplemente proclamar, el derecho de todos”²¹.

Luego del tratamiento y discusión del tema “El derecho de acceso a la justicia y el Derecho internacional privado” en el marco del XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional²², la Sección de Derecho internacional privado arribó a una serie de conclusiones entre las que se destacó “que el acceso a la justicia es un derecho humano que incluye la posibilidad de acudir a un tribunal judicial o arbitral, tramitar un proceso y que el decisorio que se obtenga sea efectivo más allá de donde hubiere sido dictado” (Conclusión N° 1).

(21) M. CAPPELLETTI, M./GARTH, B. *El acceso a la justicia. Movimiento mundial para la efectividad de los derechos. Informe general*, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, 1983, p. 22.

(22) El Congreso ha sido organizado por la Asociación Argentina de Derecho Internacional y se realizó en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba del 4 al 6 de septiembre de 2019.

EL RECONOCIMIENTO DE SITUACIONES FAMILIARES TRANSFRONTERIZAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO*

*THE RECOGNITION OF CROSS-BORDER FAMILY SITUATIONS
IN ARGENTINE PRIVATE INTERNATIONAL LAW*

*Luciana B. Scotti***

Resumen: El presente trabajo abordará el método de reconocimiento, aplicado en particular en las situaciones familiares internacionales, en pos de su eficacia transnacional, como mecanismo superador, bajo ciertas condiciones, de los clásicos métodos del Derecho Internacional Privado. A tales fines, se realizará una revisión de sus antecedentes, fundamentos, y requisitos a la luz de la doctrina y la jurisprudencia nacionales y extranjeras. Finalmente, serán analizadas las normas de reconocimiento incorporadas en el Código Civil y Comercial de la República Argentina, en materia de filiación, adopción e institutos de protección de niños, niñas y adolescentes.

Palabras-clave: Método de reconocimiento - Derecho Internacional Privado de Familia - Filiación - Adopción - Institutos de protección.

Abstract: This paper will address the method of recognition, applied in particular in international family situations, in pursuit of its transnational effectiveness, as a mechanism to overcome, under certain conditions, the classic methods of Private International Law. For such purposes, a review of its background, foundations, and requirements

* Trabajo recibido el 14 de febrero de 2020 y aprobado para su publicación el 6 de marzo del mismo año.

** Abogada, egresada con Medalla de Oro (Universidad de Buenos Aires-Argentina/UBA). Magister en Relaciones Internacionales (UBA). Doctora de la Universidad de Buenos Aires (Área Derecho Internacional). Diploma de Posdoctorado (Facultad de Derecho, UBA). Profesora de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho, UBA. Investigadora Categoría I. Vicedirectora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja". Autora y coautora de libros, capítulos de libros, artículos, ponencias y comunicaciones en Congresos, sobre temas de su especialidad. Contacto: lucianascotti@derecho.uba.ar

will be carried out in the light of national and foreign doctrine and jurisprudence. Finally, the recognition rules incorporated in the Civil and Commercial Code of the Argentine Republic will be analyzed, regarding the filiation, adoption and protection institutes of children and adolescents.

Keywords: Method of recognition - International Private Family Law - Filiation - Adoption - Protection institutes.

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes: ¿viejo o nuevo método? III. El método de reconocimiento: caracterización y distinción con otros métodos. IV. Los principales fundamentos del método de reconocimiento. V. Condiciones operativas del método de reconocimiento. VI. El método de reconocimiento y la eficacia transnacional de las situaciones familiares internacionales. VII. El método de reconocimiento en el Derecho Internacional Privado argentino. 1. Reconocimiento de un emplazamiento filial constituido en el extranjero. 2. Reconocimiento de una adopción constituida en el extranjero. 3. Reconocimiento de institutos de protección de niños, niñas y adolescentes. VIII. Reflexiones finales. IX. Bibliografía.

“L'état des personnes ne peut demeurer incertain, sans qu'il en résulte un trouble profond dans les familles et une atteinte grave à l'ordre social”. Arrêt du 9 mai 1900, Prince de Wrède¹

I. Introducción

En nuestros días, los desplazamientos internacionales de personas y grupos familiares se han incrementado exponencialmente. Sin embargo, los ordenamientos jurídicos de los Estados involucrados suelen ser divergentes, máxime en una materia plenamente alcanzada por la diversidad cultural como el derecho de familia.

Por ende, tal como señala Baratta, dado que este fenómeno tiene una repercusión en el estado jurídico de las personas, es inevitable que ellas tengan un interés social: el mantenimiento de tales estados cuando cruzan fronteras².

(1) “El estado de las personas no puede permanecer incierto, sin que de ello resulte una profunda perturbación en las familias y un ataque grave al orden social”. Corte de Casación Francesa, sentencia del 9 de mayo de 1900, “Prince de Wrède c. Dame Maldaner” (traducción de la autora). Citado por: BARATTA, R. “La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales”, *Recueil des Cours*, t. 348, 2011, p. 464.

(2) BARATTA, R. *Supra* nota 1, p. 463.

En similar sentido, Amalia Uriondo de Martinoli sostiene que esta creciente movilización de las personas suscita la necesidad de ofrecer mayor seguridad jurídica en materia de estado civil, y de suprimir los obstáculos para que una relación privada nacida en un Estado no se vea alterada por el solo hecho que ellas se muevan de un país a otro. Advierte que: “teniendo en cuenta las dispares tradiciones jurídicas, culturales y religiosas que entran en relación, una misma situación podría ser tratada de manera diferente y, eventualmente, dar lugar a relaciones claudicantes, esto es, consideradas válidas en el país de origen, pero no en el país del reconocimiento (...). La tendencia moderna en el Derecho Internacional Privado es evitar estas relaciones claudicantes, a través de un principio general de reconocimiento en los otros Estados”³.

En un contexto de pluralismo y renovación de métodos, en los últimos años se ha desarrollado el llamado método de reconocimiento, aún no explorado acabadamente en la doctrina iusprivatista internacional de América Latina. Sin embargo, en la República Argentina encontramos normas vigentes en el Código Civil y Comercial de la Nación que lo receptan. De allí, la importancia de un detenido análisis a su respecto.

Es importante anticipar que nos encontramos ante un método que se distingue tanto del método conflictual, característico del sector del derecho aplicable, así como del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras recaídas en procedimientos contenciosos.

En efecto, se ha sostenido, con acierto que dicho método “resulta particularmente útil cuando de lo que se trata es de hacer valer situaciones creadas al amparo de otro sistema jurídico. Es decir, partiría de una distinción fundamental entre la ‘creación’ de las situaciones jurídicas -momento en el que la autoridad competente debiera aplicar la ley designada por su sistema de normas de conflicto- y el reconocimiento de situaciones ya creadas al amparo de un ordenamiento extranjero. En este segundo contexto, cambiaría el punto de referencia, puesto que de lo que se trataría es de determinar si el *status* jurídico creado en el extranjero puede ser aceptado en el foro de reconocimiento, independientemente de cuál haya sido la ley aplicada en el extranjero en el momento de haberse creado la situación”⁴.

Su característica tipificante consiste, entonces, en el abandono del método conflictual tradicional, según el cual el reconocimiento de una situación jurídica acontecida en el extranjero se supedita a su conformidad con la ley aplicable según las normas de conflicto del Estado donde se pretenda dicho reconocimiento.

(3) URIONDO DE MARTINOLI, A. *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Relaciones de familia*, Ed. Lerner, Córdoba, 2017, p. 195.

(4) GARDEÑES SANTIAGO, M. “El método de reconocimiento desde la perspectiva del derecho internacional privado europeo y español”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, p. 380.

En referencia al funcionamiento del método del reconocimiento en el particular ámbito de la Unión Europea, Alfonso-Luis Calvo Caravaca señala que la autoridad de un Estado miembro ya “aplicó su ‘sistema nacional de DIPr.’ y aplicó una concreta Ley estatal. A partir de ahí, la situación jurídico-privada ha sido legalmente constituida y será reconocida y tenida como válida y existente en otros Estados. No es preciso volver a precisar, con arreglo a las normas de conflicto del Estado de destino de la situación jurídica, la Ley que regula tal situación...”⁵.

Ahora bien, tampoco podemos confundir el tema que nos ocupa con el sector del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, que han sido dictadas como resultado de procedimientos judiciales que preservan las garantías constitucionales del debido proceso y dirimen una cuestión controvertida entre dos partes en conflicto. El método de reconocimiento, en cambio, se emplea cuando existe otro tipo de acto proveniente de una autoridad foránea, y para cierto sector de la doctrina, incluso cuando no hubiera intervenido ninguna autoridad en la creación de una situación al amparo de un derecho extranjero.

Dado que su principal fundamento, más no el único, es garantizar la continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio, la discusión sobre el método del reconocimiento se ha planteado esencialmente en el marco del estatuto personal y familiar de las personas humanas, en ámbitos como el del derecho al nombre, el matrimonio y las uniones convivenciales, las adopciones o la filiación obtenida mediante gestación por sustitución⁶.

Sin embargo, ¿estamos en presencia de un método completamente novedoso? Veamos.

II. Antecedentes: ¿viejo o nuevo método?

La necesidad de reconocer situaciones jurídicas ya creadas en el extranjero para permitir su circulación internacional, no es un fenómeno totalmente novedoso.

Las principales teorías del reconocimiento de los derechos adquiridos en el extranjero, muy recurrentes, por cierto, guardan un singular parentesco intelectual con el ahora llamado método de reconocimiento.

(5) CALVO CARAVACA, A. L. “El ‘Derecho internacional privado multicultural’ y el *revival* de la ley personal”, *La Ley*, 2012-XXXIII, 27, sección Tributaria.

(6) GARDEÑES SANTIAGO, M. *Supra*, nota 4, p. 382. Otro ámbito propicio para la utilización de este método, es el del estatuto de las personas jurídicas, en relación con el reconocimiento de su personalidad jurídica.

Lagarde enumera como precedentes de este método a la doctrina de los derechos adquiridos de Antoine Pillet⁷, la de los “*vested rights*” de Dicey y Beale⁸, la doctrina del unilateralismo de Niboyet⁹ y la teoría de los conflictos de sistemas de Meijers y Francescakis¹⁰.

Sin embargo, tal como sostiene Horatia Muir Watt todas estas manifestaciones parciales o intersticiales de la tendencia estatutaria o unilateralista no amenazaban la sustancia del método conflictual¹¹.

Por el contrario, advierte que el método de reconocimiento importa dejar de lado la regla del conflicto del foro y por ello, induce a una verdadera transformación metodológica. En lugar de una mera liberalización de las condiciones de recepción de sentencias extranjeras, radica en la absorción potencial del campo cubierto hasta ahora por los conflictos de leyes. Para verificar esta hipótesis, la exención de la regla de conflicto del foro debe imponerse en los casos que hasta ahora se trataron en

(7) Antoine Pillet, partiendo de que “*aucunes relations de droit privé n’existeraient dans la société internationale si les droits acquis dans un pays n’étaient considérés comme existants que dans ce seul pays*”, concluyó, sin embargo, que para preservar el respeto de los derechos adquiridos en el extranjero, era necesario garantizar la regularidad de su adquisición en virtud del Derecho Internacional Privado y que cada Estado tenía derecho a aplicar su propio Derecho Internacional Privado a esta cuestión y a dar efecto en su territorio solo a los derechos establecidos de conformidad con las leyes que considere competentes.

(8) En los países del *common law*, particularmente en Inglaterra bajo la influencia de Dicey y en los Estados Unidos bajo la de Beale, se desarrolló la teoría de los “*vested rights*”, para respetar los derechos adquiridos en el extranjero, pero no como el resultado de la renuncia del Estado a la aplicación de su regla de conflicto, sino más bien como una aplicación de esta misma regla de conflicto, que otorga competencia, en virtud del principio de soberanía, a la ley del Estado en cuyo territorio han surgido esos derechos.

(9) Niboyet procura de algún modo sustraer los derechos adquiridos a la regla de conflicto de leyes del Estado en el que fueron invocados. De acuerdo con su sistema, corresponde a cada Estado determinar el alcance de sus leyes de manera soberana, a través de sus normas de Derecho Internacional Privado, pero no hacer lo mismo con las leyes extranjeras, porque eso socavaría la soberanía de los Estados extranjeros. Por ende, cuando la ley del foro no ha sido convocada para aplicarse, se aplicará la ley o leyes extranjeras que tienen esa intención. Su anteproyecto de reforma al Código Civil, en el artículo 53 refleja la idea del autor: “*À moins que la loi française ne fut compétente toute situation juridique créée à l’étranger en vertu d’une loi étrangère qui se reconnaissait compétente, produit ses effets en France*”.

(10) En la teoría de Meijers y Francescakis, la no aplicación del sistema de Derecho Internacional Privado del Estado de reconocimiento sigue sujeta al respeto de las reglas de conflicto de todos los Estados con los que la situación estaba vinculada cuando se creó, lo que implica la denegación de reconocimiento si la situación también tenía un vínculo con el Estado del foro y no se respetaba la ley local. Un ejemplo de aplicación de esta teoría se puede encontrar en el proyecto de ley uniforme del Benelux de 1951, sobre el Derecho Internacional Privado, modificado en 1968, así como en el artículo 7 de la Convención Interamericana sobre las Normas Generales de Derecho Internacional Privado, según el cual, las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado Parte de acuerdo con *todas las leyes con las cuales tengan una conexión al momento de su creación*, serán reconocidas en los demás Estados parte, siempre que no sean contrarias a los principios de su orden público.

(11) MUIR WATT, H. “*Discours sur les Méthodes du Droit International Privé*”, *Recueil des Cours*, t. 389, 2017, p. 291.

términos de una determinación *a priori* de la ley aplicable, y no como la circulación de una sentencia o documento público extranjero.

De acuerdo a la autora, el aspecto más claramente distintivo del método de reconocimiento radica en su *ethos*: la gradual refundación del pensamiento constitucional europeo sobre el concepto de dignidad humana y en particular, el respeto a la vida privada y familiar.

La idea del reconocimiento nace en el contexto del multiculturalismo dentro de una comunidad política. El objeto del conflicto de leyes es precisamente gestionar la misma tensión, transpuesta en las relaciones internacionales, entre la necesidad de cohesión social y la necesidad de dejar espacio para la alteridad¹².

En gran medida, la innovación metodológica viene dada por sus características definitorias y por sus propios fundamentos.

III. El método de reconocimiento: caracterización y distinción con otros métodos

Según Lagarde, este método es aquel que permite el reconocimiento de una situación sin la verificación por el Estado donde es invocada la ley aplicable al momento de su creación. En su expresión más clara, consiste en el hecho de que el Estado en el que se invoca una situación renuncia a la aplicación de su propia regla de conflicto para controlar la validez de esa situación, a favor de la ley que dio origen a la situación¹³.

A su turno, conforme Lehmann, puede decirse que “hay reconocimiento cuando una situación jurídica registrada en un documento o una inscripción tiene efectos en otro Estado sin que éste último identifique y controle el derecho aplicable a dicha situación jurídica. En otras palabras, el reconocimiento sirve, en cierta medida, como sustituto al método tradicional del derecho internacional privado”¹⁴.

María Mercedes Albornoz y Nieve Rubaja advierten, con justicia, que “el enfoque de reconocimiento tiene el mérito del pragmatismo. El reconocimiento internacional de la situación jurídica de la persona y de la familia va más allá de la coordinación entre los puntos de vista de los Estados pensada en términos de justicia distributiva

(12) MUIR WATT, H. *Supra*, nota 11, p. 299.

(13) LAGARDE, P. (Dir.). *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, Paris, 2013, p. 19. Así lo expresa: “Le trait caractéristique de la méthode de la reconnaissance des situations est que l’Etat dans lequel une situation est invoquée renonce à l’application de sa propre règle de conflit pour vérifier la validité de cette situation, au profit de la loi qui a fait surgir la situation. La méthode est ou serait une nouvelle application (...) de la distinction entre la création des situations juridiques, selon la loi désignée par la règle de conflit de l’Etat d’origine, et l’efficacité de cette situation dans les autres Etats, qui serait soustraite à l’application des règles de conflit de ces Etats”.

(14) LEHMANN, M. “El reconocimiento ¿una alternativa al Derecho Internacional Privado?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2016), Vol. 8, N° 2, pp. 240-257, p. 243.

(...) el respeto de los derechos del niño llama a propiciar la unidad, la continuidad y la coherencia de su estado filiatorio más allá de las fronteras del país donde nació o donde el vínculo filial fue establecido, tanto cuando el establecimiento filial deriva de una sentencia como cuando no la hay"¹⁵.

En similar sentido, Amalia Uriondo de Martinoli entiende que en este método no corresponde indagar la ley competente y que el control basado en el límite del orden público internacional es excepcional y relativo en el espacio y en el tiempo. Concluye: "en definitiva, el control conflictual se realiza en el Estado de origen y no en el de reconocimiento"¹⁶.

Ahora bien, resulta sencillo colegir que el método de reconocimiento de situaciones jurídicas tiene vínculos, puntos de contacto tanto con el conflicto de leyes, como con el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. Sin embargo, dicho método solo puede ocupar un lugar aparte, sin caer en ninguno de los preexistentes. En el que nos interesa aquí, no se trata de crear una realidad legal *ex nihilo*, ni de simplemente reconocer una decisión o un acto público extranjero, sino de reconocer una situación jurídica ya creada realmente en el extranjero¹⁷.

Es importante determinar el alcance del reconocimiento, es decir cuáles serán en concreto los efectos reconocidos de una determinada situación jurídica. La mayoría de la doctrina entiende que, en principio, debe limitarse al reconocimiento del estatuto jurídico en cuestión, pero en cambio no se extendería a los aspectos regulados por las normas de conflicto del Estado de reconocimiento relativas a otras materias¹⁸.

Sin embargo, el reconocimiento no necesariamente conduce a una superposición completa de efectos entre los dos Estados. Si bien es cierto que los efectos reconocidos deben, al menos en principio, estar lo más cerca posible de los existentes en el Estado de origen, no podrán ser siempre idénticos. En ocasiones, será necesario realizar una adaptación o asimilación parcial de los efectos producidos en el extranjero de acuerdo con el ordenamiento jurídico del Estado receptor¹⁹.

Ahora bien, resta identificar cuáles son las situaciones jurídicas que resultan pasibles del método de reconocimiento.

En este sentido, conforme a Pierre Mayer, el método de reconocimiento opera en aquellas situaciones que se hubieran "cristalizado", consolidado en un orde-

(15) ALBORNOZ, M. M./RUBAJA, N. "Los desafíos en la labor del Grupo de expertos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre filiación y gestación por sustitución", *Jornadas 130 aniversario de los Tratados de Montevideo de 1889. Legado y futuro de sus soluciones en el concierto internacional actual*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2019, p. 674.

(16) URIONDO DE MARTINOLI, A. *Supra*, nota 3, p. 196

(17) BILYACHENKO, A. *La circulation internationale des situations juridiques*, Droit, Université de La Rochelle, 2016, p. 349.

(18) GARDEÑES SANTIAGO, M. *Supra*, nota 4, p. 417.

(19) BARATTA, R. *Supra*, nota 1, pp. 491-492.

namiento extranjero, de modo que las partes interesadas hayan formado expectativas legítimas sobre la base de esta cristalización²⁰. En efecto, la necesidad de su reconocimiento más allá de las fronteras del Estado de creación se debe a que son situaciones perdurables en el tiempo a la vez que susceptibles de desplegar efectos en distintos países.

Al respecto, existe consenso en que el factor más decisivo en esa cristalización es la intervención de una autoridad pública.

No obstante, en otros supuestos, se configura una suerte de “cristalización lenta” o “sedimentación”²¹, que podría operar, incluso en ausencia de acto público, cuando la situación se objetivara por una “posesión de Estado prolongado” en un país, para que los interesados puedan también tener expectativas legítimas.

Lequette señala que detrás de la cristalización y la sedimentación, lo que se busca es un enraizamiento objetivo suficientemente fuerte de la situación en un país determinado. Ante ello, irónicamente se nos interroga: ¿dónde detenerse en este camino?²². La respuesta no es unívoca y en gran medida está supeditada a que se configuren las condiciones que exige el método de reconocimiento para su consagración en un caso concreto.

En definitiva, tal vez no existe un método de reconocimiento en singular, sino métodos de reconocimiento en plural. Al decir de Baratta, bajo esta denominación genérica corresponde incluir varios modelos de inserción de situaciones jurídicas en el Estado receptor: una regla de recepción puede ser explícita, pero a menudo es implícita dentro de los sistemas jurídicos, o hasta puede ser concebida en términos de un principio de reconocimiento, como es el caso de la Unión Europea²³.

IV. Los principales fundamentos del método de reconocimiento

Paul Lagarde se detiene en lo que, a su entender son los tres fundamentos del método de reconocimiento: “*la permanence de l'état des personnes, les droits fondamentaux et la citoyenneté européenne*”²⁴.

(20) Véase MAYER, P. “Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé”, *Recueil des Cours*, t.327, 2007, pp. 1-377.

(21) Lequette prefiere utilizar el término “sedimentación” pues la cristalización evoca un fenómeno brutal y repentino, instantáneo, de modo que la expresión “cristalización lenta o progresiva” constituye, a su criterio, un oxímoron. LEQUETTE, Y. “Les mutations du Droit International Privé: vers un changement de paradigme?”, *Recueil des Cours*, t. 387, 2015, p. 579.

(22) LEQUETTE, Y. *Supra*, nota 21, 579 ss.

(23) BARATTA, R. *Supra*, nota 1, pp. 487-489.

(24) LAGARDE, P. “La méthode de la reconnaissance, est - elle l'avenir du droit international privé?”, *Recueil des Cours*, t. 371, 2014, p. 26.

En efecto, el fundamento más antiguo es la necesidad de permanencia, de estabilidad, de continuidad del estado de las personas. Es irrazonable en nuestros días que la situación jurídica de una persona, constituida en un Estado, sea cuestionada en otro Estado donde la misma persona pretende establecerse o simplemente donde tendría que hacer valer su estado, por la única razón de que no se hubiera creado esta situación de acuerdo con la ley designada por el sistema de Derecho Internacional Privado del Estado de reconocimiento.

En segundo lugar, los derechos fundamentales tienen un rol destacado en el contexto de este método, en especial, el derecho al respeto de la vida familiar. Algunas reconocidas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) concluyeron que el no reconocimiento de un Estado al estatuto adquirido en otro país puede constituir, en determinadas circunstancias, una violación del derecho al respeto de la vida familiar.

Es emblemática la sentencia “Wagner c. Luxemburgo”, dictada por el TEDH el 28 junio 2007. Se trataba del caso de una mujer luxemburguesa que había adoptado a una niña en Perú. Las autoridades de su país denegaron el exequátur de la sentencia peruana de adopción, basándose en que, según la norma de conflicto de leyes de Luxemburgo, la capacidad para adoptar se regía por la ley nacional del adoptante, en el caso la ley luxemburguesa, y dicha ley establecía que las personas solteras, como la Sra. Wagner, no tenían acceso a la adopción plena. En definitiva, sobre la base de un control de la ley aplicada por el juez peruano que autorizó la adopción, denegaron su reconocimiento. El TEDH entiende que el control de la ley aplicada, como condición para reconocer una resolución extranjera de adopción no estaba realmente justificado en función de los intereses y circunstancias presentes. Es decir, el hecho de que el juez peruano no hubiera aplicado la misma ley que hubiera aplicado un juez luxemburgués si la adopción se hubiera solicitado en Luxemburgo, no constituye por sí sola una razón que permita denegar el reconocimiento de la adopción. Es todo caso, para que la denegación estuviera justificada, harían falta razones de auténtico peso, relacionadas con la apreciación de si la adopción era conforme o no con el interés superior de la niña²⁵.

(25) Otros casos son igualmente ilustrativos. Por ejemplo, en el caso “Negrepointis-Giannis c. Grecia”, del 3 de mayo de 2011, referido a una adopción constituida en los EE.UU., el Tribunal de Estrasburgo confirmó su posición manifestada previamente en la sentencia del 28 de junio de 2007 en el caso “Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo”. El Tribunal Europeo adoptó un criterio favorecedor del reconocimiento de decisiones extranjeras en los Estados miembros del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), pues afirma que “las obligaciones positivas al respeto efectivo de la vida familiar con base en el artículo 8 se proyectan sobre las relaciones de estado civil y familiares constituidas en el extranjero, de modo que la negativa al reconocimiento de decisiones extranjeras en virtud de las cuales se constituyen tales relaciones suponen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 8”. El Tribunal afirma que los jueces no pueden dejar de reconocer un estatuto jurídico creado en el extranjero, en la medida en que se corresponde con la vida familiar que protege el artículo 8°, CEDH, porque el interés superior del niño debe prevalecer.

En tercer término, dentro del marco de la Unión Europea, como de cualquier otro espacio integrado que procure la constitución de un mercado común, la libertad de circulación puede ser invocada como argumento para imponer el reconocimiento de situaciones creadas en un Estado miembro por otro Estado parte.

Debemos destacar que la Comisión de la UE, jugó un papel central en el desarrollo del método de reconocimiento cuando en su Libro verde para la reducción de la burocracia del año 2010, sugirió no sólo la necesidad de suprimir la legalización de documentos y la exigencia del reconocimiento de las inscripciones en el registro, sino que también planteó la posibilidad de que los Estados miembros se viesen forzados a reconocer situaciones jurídicas creadas en otros Estados miembros que no constasen en ningún registro o documento²⁶.

Asimismo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha incidido de manera muy significativa en dos ámbitos: el del nombre de las personas físicas, y el de la creación y reconocimiento de las personas jurídicas.

Asimismo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha dictado una sentencia de fecha 26 de junio de 2014, en los asuntos 65192/11 (“Mennesson c. Francia”) y 65941/11 (“Labassee c. Francia”), por la que declara que Francia viola el artículo 8° del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH), por no reconocer la relación de filiación entre los niños nacidos mediante subrogación y los progenitores que han acudido a este método reproductivo. En ambos casos, los recurrentes son matrimonios franceses que contrataron en los Estados Unidos gestaciones por sustitución, por implantación de embriones en el útero de otras mujeres. De tales procedimientos, nacieron, en un caso, dos niñas gemelas y en el otro una niña. El Tribunal de Estrasburgo observa que la vida familiar se ve necesariamente afectada por la falta de reconocimiento por el derecho francés de la relación de filiación entre los hijos y los esposos que contrataron la gestación en el extranjero. Por lo que se refiere al respeto de la vida privada de los niños así nacidos, el tribunal aprecia que éstos se encuentran en una situación de incertidumbre jurídica: sin ignorar que los niños han sido identificados en el extranjero como hijos de los recurrentes, Francia les niega, sin embargo, esta consideración en su ordenamiento jurídico. El tribunal considera que tal contradicción atenta al reconocimiento de su identidad en el seno de la sociedad francesa. Por añadidura, a pesar de que su padre biológico sea francés, los niños se ven abocados a una inquietante incertidumbre en cuanto a la posibilidad de ver reconocida su nacionalidad francesa, una indeterminación susceptible de afectar negativamente la definición de su propia identidad. Respecto al mismo caso, el 10 de abril de 2010, el Tribunal de Estrasburgo emitió por primera vez una opinión consultiva, no vinculante, en la que señala que los Estados tienen que reconocer el vínculo legal entre la llamada “madre de intención” y el menor nacido en un proceso de gestación subrogada en el extranjero. Dicha consulta había sido pedida por Corte de Casación Francesa, para conocer su opinión sobre el reconocimiento pleno de los niños nacidos por gestación subrogada como hijos de la “madre de intención”. Estas sentencias, así como la opinión consultiva, pueden ser consultadas en www.echr.coe.int. [Consulta: 26/02/2020]. Finalmente, el 4 de octubre de 2019, la Corte de Casación autorizó la transcripción en el Registro Civil francés de las actas de nacimiento de Fiorella y Valentina Mennesson, formalizadas en el año 2000 en Estados Unidos, en las que se reconoce a Dominique Mennesson como padre biológico y a su esposa, Sylvie, como madre legal. La sentencia completa se encuentra en https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/648_4_43606.html. [Consulta: 26/02/2020].

(26) COMISIÓN EUROPEA. “Less bureaucracy for citizens: promoting free movement of public documents and recognition of the effects of civil status records”, COM (2010) 747 final.

En lo relativo al derecho al nombre, y sobre la base del derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la UE (artículo 21 TFUE) el TJUE establece la obligación para los Estados miembros de reconocer el nombre de un ciudadano de la UE tal como haya sido registrado en otro Estado miembro, y ello aun cuando las normas de conflicto de leyes del primer Estado miembro condujeran a la aplicación de una ley distinta, con arreglo a la cual no se permitiera el nombre otorgado en el segundo Estado miembro²⁷.

El no reconocimiento por un Estado miembro del nombre atribuido en otro Estado miembro podría conducir a situaciones en las que el ciudadano europeo ostentara nombres distintos en diversos Estados miembros, lo cual podría ser fuente de inconvenientes que desincentivarían su derecho a la libre circulación.

En materia de sociedades, la jurisprudencia del TJUE ha establecido, también sobre la base de la libertad de establecimiento, la obligación de reconocimiento de las sociedades -en el sentido del artículo 54 TFUE- constituidas de acuerdo con la ley de un Estado miembro, y ello, aunque dichas sociedades no tuvieran su sede real o sus principales actividades en el Estado de constitución.

Ahora bien, de todos estos fundamentos, principalmente destaca la imperiosa necesidad de resguardar los derechos fundamentales de las personas humanas. Con simples y elocuentes palabras, así lo señala Roberto Baratta: *“La justification primordiale de la reconnaissance (...) n’est pas seulement liée à l’harmonisation internationale des solutions, mais surtout au fait qu’elle tend à réaliser les droits fondamentaux des personnes”*²⁸.

En efecto, explica que, en todo caso, la razón de ser del método de reconocimiento no se trata solo del objetivo típico del Derecho Internacional Privado, es decir, la armonía de las soluciones relativas a las relaciones jurídicas privadas, sino que este objetivo tiende a asumir un papel progresivamente complementario. En cambio, la razón primordial de los mecanismos basados en el principio del reconocimiento del estatus personal es la necesidad de perseguir objetivos sustanciales en el campo del derecho de familia²⁹.

En este entendimiento, se advierte el cambio de paradigma metodológico del Derecho Internacional Privado de nuestros tiempos, que ha abandonado la persecu-

(27) Son particularmente significativas a este respecto las sentencias “García Avello”, de 2 octubre 2003 (as. C -148/02) y “Grunkin - Paul”, de 14 octubre 2008 (as. C -353/06). En esta última, el TJUE declaró incompatible con el Derecho de la UE la negativa de las autoridades alemanas a reconocer el nombre atribuido a un niño alemán en Dinamarca, país en el que había nacido y residía desde su nacimiento, en virtud del derecho de los ciudadanos europeos a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

(28) BARATTA, R. *Supra*, nota 1, pp. 464-465: “La justificación primordial del reconocimiento (...) no solo está vinculada a la armonía internacional de soluciones, sino especialmente al hecho de que tiende a la realización de los derechos fundamentales de las personas” (traducción de la autora).

(29) BARATTA, R. *Supra*, nota 1, p. 466.

ción de una pretendida neutralidad como objetivo (propio de la justicia distributiva o conflictual), en búsqueda de valores propios de una justicia material.

De los propios fundamentos del método de reconocimiento, en tanto su razón de ser, se deducen sus ventajas³⁰. Ello no es óbice para que también existan detractores, quienes sostienen, como argumento principal que su aplicación debilita las legislaciones nacionales de los Estados, porque éstos se verían obligados a aceptar instituciones jurídicas desconocidas por su legislación y posiblemente contrarias a sus valores y políticas. Sin embargo, ningún principio es absoluto y también este método está sujeto a condiciones y límites, tal como veremos en el próximo apartado.

En este mismo sentido, Lagarde advierte que, para algunos, representa una amenaza para el Derecho Internacional Privado, aunque considera que, por el contrario, este método contribuye a una mejor comprensión de la materia. De hecho, advierte que la verdadera división de esta disciplina no es entre el conflicto de leyes y el de jurisdicciones, sino entre la creación de derechos y su eficacia por fuera del orden jurídico que le ha dado nacimiento³¹.

Yves Lequette es particularmente crítico del método. Lo asocia con la lógica de la posmodernidad, representada por una sociedad que ya no está integrada por ciudadanos que participan en un proyecto colectivo, sino de individuos guiados únicamente por la preocupación por sus intereses puramente personales y que, además, desean maximizarlos. Desde su mirada, estos individuos gozan o pretenden gozar de la libertad de crear situaciones o estados "a la carta", bajo un determinado ordenamiento jurídico complaciente para satisfacer sus deseos, para exigir luego, que sea reconocido donde les sea útil. De este modo, pasamos de una lógica de proximidad a una lógica del hecho consumado, que conduce a eludir las prohibiciones de un orden jurídico que se inclina ante aquél para evitar la multiplicación de situaciones claudicantes³².

(30) Se han enumerado y explicado varias ventajas sobre la utilización práctica de este método. Lehmann las enuncia: 1. Reducción de la burocracia. 2. Evitar relaciones claudicantes. 3. Aumento de la seguridad jurídica y de la estabilidad de las relaciones privadas. 4. Gestión de la diversidad. 5. Mejoramiento de la movilidad. 6. Evitar el complejo método del Derecho Internacional Privado. 7. Aumento de la armonía internacional de soluciones judiciales. 8. Lucha contra la discriminación. Cfr. LEHMANN, M. *Supra*, nota 14, pp. 240-257.

(31) LAGARDE, P. *Supra*, nota 24, pp. 20-21. La distinción creación - eficacia también se advierte en el juego de la excepción de orden público internacional. En la etapa de creación de la situación, donde la autoridad competente para aplicar una ley extranjera, puede descartarla si es manifiestamente contrario a su orden público, por ejemplo, un matrimonio polígamo. Pero cuando la situación ha sido creada en el extranjero y se invoca en el foro, la jurisprudencia ha desarrollado el concepto del efecto atenuado del orden público, es decir, la desactivación de la excepción de orden público, porque lo que fue creado en el extranjero y que no pudo haber sido creado en el foro, sin embargo, puede ser en cambio reconocido. Se ha observado muy acertadamente que el "efecto atenuado del orden público" encuentra así su fundamento en un principio favorable a el reconocimiento de la decisión extranjera.

(32) LEQUETTE, Y. *Supra*, nota 21, pp. 621-623.

Precusores y defensores del método de reconocimiento, así como sus detractores y críticos coinciden en que para su puesta en práctica se requiere el cumplimiento de una serie de condiciones mínimas.

V. Condiciones operativas del método de reconocimiento

Recurrimos nuevamente a Paul Lagarde, quien sintetiza las condiciones exigidas para aplicar este método. La primera, y más obvia, es la existencia de una situación válidamente constituida. La segunda condición es la exigencia de un vínculo de proximidad de la situación con su Estado de origen. La tercera, universalmente conocida en el Derecho Internacional Privado, es la no contradicción de la situación con el orden público internacional del Estado de reconocimiento. Estos tres primeros requisitos ayudan a entender una cuarta condición, según la cual la situación debe ser susceptible del método de reconocimiento.

En efecto, dado que la intervención de una autoridad pública no consolida la situación con la misma energía que una decisión judicial, a las condiciones tradicionales de regularidad a las que está subordinado el reconocimiento de decisiones judiciales se agrega un requisito preliminar: la validez de la situación, tal como estaba constituida en su orden legal original³³.

Gardeñez explica que, respecto a esta primera condición, el método de reconocimiento no descarta que pueda contestarse la validez del acto, lo que excluye únicamente es que dicho control de validez deba hacerse según la ley designada por las normas de conflicto del Estado de reconocimiento. Si conforme al ordenamiento del Estado de origen, la situación no hubiera llegado a constituirse válidamente, tampoco podría ser reconocida por los demás. Sin embargo, puede haber situaciones creadas irregularmente y que a pesar de ello, excepcionalmente, puedan desplegar algún efecto, como consecuencia de la adquisición de derechos mediante la posesión de estado o por imperativo del respeto de los derechos fundamentales³⁴.

Respecto a la segunda condición, o sea la exigencia de vínculos suficientes de proximidad entre la situación creada y el Estado de creación u origen debe asociarse al fraude a la ley.

En tal sentido, Bilyachenko advierte que la apreciación sobre la ausencia de fraude es inseparable del control de proximidad efectiva entre la situación jurídica y el orden jurídico de origen, de modo que la ausencia de uno significa la presencia del otro. La proximidad efectiva se presenta como un vínculo real de la situación con un orden jurídico, caracterizado por la efectividad, por la producción de efectos de la situación en ese sistema legal³⁵.

(33) LEQUETTE, Y. *Supra*, nota 21, p. 581 ss.

(34) GARDEÑES SANTIAGO, M. *Supra*, nota 4, p. 413.

(35) BILYACHENKO, A. *Supra*, nota 17, p. 346.

No obstante, algunos supuestos en donde no se presenten esos vínculos estrechos serán igualmente susceptibles de reconocimiento. Por ejemplo, el llamado "turismo matrimonial" no conlleva necesariamente una intención fraudulenta. Es decir, que para denegar el reconocimiento resultaría necesario comprobar la existencia de un fraude a la ley, o sea la deliberada y sinuosa voluntad de eludir disposiciones imperativas aplicables, a través de la creación de vínculos artificiales con un ordenamiento extranjero, y siempre que estuvieran en juego derechos indisponibles de los interesados³⁶.

Ahora bien, aun cuando se configure un supuesto de tales características, corresponderá igualmente el reconocimiento de la situación jurídica, si se encuentran comprometidos derechos de terceros, sobre todo si se trata de niños, como en los casos de reconocimiento del emplazamiento filiatorio en casos de gestación por sustitución cuando los padres intencionales recurrieron al llamado "turismo reproductivo" para celebrar un acuerdo válido en un determinado país, en fraude al derecho de su domicilio o residencia habitual.

Respecto a la excepción de orden público, cabe señalar que podría configurarse como un límite parcial al reconocimiento de la situación jurídica, en la medida en que se reconociera el estatuto jurídico, aunque alguno de sus efectos se excluyera por ser contrarios a los principios fundamentales del Estado en que el reconocimiento se pretendiera hacer valer.

Dado que no se trata aquí de crear una nueva situación en el foro, sino de reconocer una situación ya constituida, la doctrina alude al efecto mitigado o atenuado del orden público internacional. No es la misma reacción del foro cuando se trata de constituir una relación jurídica en base a una ley extranjera, que cuando se trata solamente de reconocer efectos a una situación jurídica ya constituida en el extranjero. La acción del orden público en este último supuesto es menos intensa o enérgica que en el primero³⁷.

(36) El fraude a la ley es procedente en materias no disponibles por las partes, como en general lo son el estado civil y relaciones familiares, dado que normalmente no se admite el ejercicio de la autonomía de la voluntad. No obstante, esta autonomía privada tanto conflictual como material, con algunos límites adicionales a los acordados en materia contractual, ha ganado terreno para la autorregulación de las relaciones familiares, en especial la vida matrimonial y su crisis. Ver, entre otros, GANNAGÉ, P. "La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille", *Revue critique de Droit international privé*, 1992, pp. 425 y ss.; CARLIER, J. Y. *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Travaux de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, Bruylant, Bruselas, 1992.

(37) Sobre este tema, es ilustrativa la jurisprudencia extranjera, incluso en temas tan polémicos y complejos como la gestación por sustitución. Por ejemplo, una Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Oviedo (España), de 9 de abril de 2012, que concede a una madre por subrogación (madre comitente) el permiso por maternidad y el derecho a percibir un subsidio por maternidad, en relación con su hijo nacido en California mediante gestación por sustitución. El juez afirmó que: "el hecho de que la maternidad por sustitución no esté reconocida en España, es más, esté prohibida, no es motivo para que no se le reconozca a la madre el subsidio, porque en otras situaciones ilegales o irregulares, existe

VI. El método de reconocimiento y la eficacia transnacional de las situaciones familiares internacionales

El método de reconocimiento puede ser recogido con un alcance general, o particular, en cuyo caso sólo se lo regula en situaciones jurídicas puntuales.

Genéricamente, fue receptado en el artículo 9º de la ley de Derecho Internacional Privado de Países Bajos del 19 de mayo de 2011: Cuando los efectos jurídicos de un hecho son atribuidos por un Estado extranjero interesado, de conformidad con la ley designada por su Derecho Internacional Privado, esos mismos efectos pueden reconocerse en los Países Bajos, incluso como excepción a la ley aplicable en virtud del Derecho Internacional Privado holandés, en la medida en que la negativa a reconocer tales efectos constituiría una violación inaceptable de la confianza de las partes o de la seguridad jurídica (traducción propia).

En el particular espacio de la Unión Europea, vimos que la libertad de circulación y establecimiento, conlleva la aplicación del método de reconocimiento en tanto sea necesario para el correcto funcionamiento del mercado interior.

Ahora bien, fuera de los casos donde se recepta con alcance general o en la UE, el método de reconocimiento tiene su campo de operaciones más fértil en el ámbito de las situaciones familiares internacionales. Se evidencia en estos supuestos una necesaria “portabilidad” del estatuto familiar de un Estado a otro³⁸.

Baratta admite que aún no existe una obligación o principio general de reconocimiento en el derecho internacional, pero que los mecanismos de reconocimiento tienen la flexibilidad necesaria para perseguir el objetivo de proteger los derechos fundamentales de las personas involucradas, incluido el derecho a la vida privada y familiar, y el respeto por el interés superior del niño.

Advierte que la aceptación o no de un determinado estatus jurídico establecido en el extranjero necesariamente afecta a la persona, a su personalidad e identidad, pudiendo vulnerar sus derechos a la vida personal y familiar³⁹.

Asimismo, prestigiosa doctrina relaciona este método con el “Derecho social de la inmigración”, a los fines de dar adecuada respuesta a las demandas de las perso-

la protección del sistema para los afectados”. El juzgado ejemplifica con la pensión de viudez que se otorga a las viudas de un causante poligámico o la protección que se otorga, en materia de Seguridad Social, a los trabajadores en situación irregular. Concluyó que, siendo la maternidad por sustitución equiparable a las demás situaciones de hecho protegidas, la denegación del subsidio solicitado vulneraría el principio de igualdad. Cfr. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución”, en FORNER DELAYGUA, J. J. - GONZÁLEZ BEILFUSS, C. - VIÑAS FARRÉ, R. (Coords.). *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho Internacional Privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 85-86.

(38) JIMÉNEZ BLANCO, P. “Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y derecho internacional privado”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 35, 2018.

(39) BARATTA, R. *Supra* nota 1, pp. 467-468.

nas que migran, que procuran su integración social. En tal inteligencia, la vida en familia constituye uno de los factores clave para promover la mentada integración social, que en el sistema de Derecho Internacional Privado consiste en promover la continuidad espacial de las relaciones familiares de las personas que migran tanto en el país de origen como en el Estado de destino⁴⁰.

A su turno, Nieve Rubaja señala que entre los derechos comprometidos en situaciones familiares que requieran de nuestra disciplina para restablecer y garantizar su plena satisfacción, se encuentra el “Derecho a la estabilidad en las relaciones familiares y a que los estados de familia adquiridos no sean claudicantes (...) Este derecho es resultante de otros tales como la consideración del interés superior del niño, el derecho a la identidad, a mantener contacto con ambos progenitores, entre otros, y adquiere una especial dimensión a partir de la internacionalidad de las relaciones familiares puesto a que se enfrenta al desafío que implica su desplazamiento a través de las fronteras estatales”⁴¹.

VII. El método de reconocimiento en el Derecho Internacional Privado argentino

En el Derecho argentino, no encontramos una norma general que recepte el método de reconocimiento. Sin embargo, el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina lo acogió en algunas disposiciones de la Parte Especial.

La inclusión de las normas que a continuación analizaremos, así como otras novedades importantes que aporta la reforma del derecho civil y comercial argentino, tal como recuerda María Susana Najurieta, reconoce como uno de los objetivos el refuerzo de la dignidad de la persona humana, buscando un equilibrio entre la tradición jurídica argentina y la renovación de fuentes y soluciones. Se trata de una clara tendencia hacia la constitucionalización del derecho privado⁴².

Asimismo, respecto a la inclusión del método de reconocimiento en la legislación argentina, Adriana Dreyzin de Klor señala que debe otorgársele un espacio importante entre los distintos caminos de la ciencia del Derecho Internacional Privado, dado que “ya no pueden ignorarse sus bondades, sino que resulta esencial ante la nueva realidad, que es la de un mundo imbuido de avances tecnológicos y científicos, con modificaciones culturales y sociológicas inspiradas en una clara

(40) Ver el trabajo de ESTEBAN DE LA ROSA, G. “El ‘método del reconocimiento’ como propuesta de regulación de las nuevas situaciones privadas internacionales vinculadas con la inmigración”, *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 9/2009 (Segunda Época).

(41) RUBAJA, N. “Desafíos actuales del derecho internacional privado de familia”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Nº XXVI, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Córdoba, 2017, pp. 137-138.

(42) NAJURIETA, M. S. “L’Adoption Internationale des Mineurs et les droits de l’Enfant”, *Recueil des Cours*, t. 376, 2015, p. 355.

intención: los Derechos Humanos fundamentales deben llegar con sus radiaciones a todas las instancias”⁴³.

VII.1. Reconocimiento de un emplazamiento filial constituido en el extranjero

El artículo 2634 CCyCN se ocupa del reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero⁴⁴. Esta norma contiene dos párrafos que deben ser diferenciados. El primero brinda la regla general a seguir cuando se solicita ante una autoridad argentina el reconocimiento de los efectos de un emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero. En tales supuestos, la disposición establece que deberá reconocerse en nuestro país, de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño. Por ende, se vincula al artículo 2600, según el cual las normas de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino. En consecuencia, si dicho reconocimiento del estado filiatorio conduce a un resultado contrario a nuestros principios esenciales, deberá ser desechado⁴⁵.

Cabe recordar que el orden público internacional argentino en esta materia viene dado por los principios consagrados positivamente en diversos convenios internacionales con jerarquía constitucional, enumerados en el artículo 75, inciso 22⁴⁶.

(43) DREYZIN DE KLOR, A. *El Derecho Internacional Privado Actual*, tomo 2, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2017, pp. 87-88.

(44) Artículo 2634 CCyCN: “Reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero. Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño.

Los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño”.

(45) Supuestos de filiación donde pueden verse afectados nuestros principios fundamentales se pueden configurar en los derechos de países de religión musulmana que tienen una concepción muy distinta a la occidental en materia filiatoria. En efecto, “aparte de la presunción de filiación matrimonial, el cauce del reconocimiento de la filiación descansa exclusivamente en la voluntad del padre y ninguna otra persona o autoridad, ni siquiera el juez puede sustituirla”. Cfr. MOTILLA, A. “La filiación natural y adoptiva en el derecho islámico y en los códigos de Marruecos, Argelia y Túnez. Relevancia en el derecho español”, en CALVO CARAVACA, A. L. - CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Coords.). *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 585-586.

(46) En particular, el artículo 7° de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Res. 44/25, del 20 de noviembre de 1989, en vigor desde el 2 de septiembre de 1990 establece que “1. El niño será inscripto inmediatamente después de su

María Susana Najurieta asevera que “la primera frase de esta disposición revela su inspiración unilateralista: no se impone una verificación de la regularidad de la situación -el estado filial conferido o constatado en un Estado extranjero- de conformidad con las normas de conflicto del foro, sino que se acepta el ordenamiento de ‘constitución’ en bloque, con el único control de la compatibilidad de la situación con el orden público internacional argentino... Puesto que se trata de una regla de ‘conflicto de sistemas’, es igualmente aplicable al estado filial que resulta de una sentencia extranjera o de una decisión administrativa de conformidad con el derecho extranjero o de una partida de nacimiento, acto emanado de autoridad pública que constata la situación. Se trata de un sistema innovador, que comporta una gran responsabilidad para la autoridad judicial o administrativa argentina que debe efectuar el control de compatibilidad sustancial previsto”⁴⁷.

En suma, el método empleado por el artículo 2634 permite “la inserción de emplazamientos o situaciones jurídicas creadas de acuerdo a la ley extranjera a los fines de que desplieguen plenos efectos en nuestro país. De este modo, se evita el procedimiento de *exequatur* y se favorece la continuidad y coherencia de las relaciones jurídicas creadas con fundamento en el respeto y plenitud de los derechos humanos involucrados. Este reconocimiento no es automático; por el contrario, está sujeto a determinadas condiciones: en primer lugar, el emplazamiento debe haber sido determinado por una autoridad competente, ya sea judicial o administrativa; en segundo lugar, se exige la compatibilidad de la situación creada en el extranjero con los principios que ordenan el orden público internacional argentino con un importante matiz: el interés superior del niño”⁴⁸.

Por otro lado, cabe señalar que, aunque la norma no lo indique expresamente, tampoco una autoridad argentina estará obligada a reconocer un emplazamiento filiatorio constituido en el extranjero si detectare un caso de fraude a la ley en los términos del artículo 2598.

nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (...). A su turno, el artículo 8° dispone que “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

(47) NAJURIETA, M. S. “Principios y caracteres del derecho internacional privado de la infancia con especial referencia a las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación”, en UZAL, M. E./NAJURIETA, M. S. (Coords), *Revista Jurídica de Buenos Aires: Derecho Internacional Privado*, año 41, número 93, 2016, pp. 159-160.

(48) RUBAJA, N. *Supra*, nota 41, pp. 177-178. La autora añade, con gran atino, que, en el método de reconocimiento, el control del orden público deberá realizarse directamente respecto de la situación creada, sin perjuicio del derecho que se haya aplicado o de las disposiciones que aquél contenga, a diferencia de lo que sucede en el conflictualismo, donde dicho control se hará respecto de la solución a la que se arrije luego de aplicar el derecho extranjero.

El segundo párrafo del artículo 2634 CCyCN se ocupa de un tema muy delicado, como es la relación entre el Derecho Internacional Privado y las llamadas técnicas de fertilización asistida. Según la norma que estamos analizando, las disposiciones sobre la filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. Agrega el artículo que, en todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño.

María Susana Najurieta recuerda que este segundo párrafo, en su redacción original, se enfocó en los requisitos que el juez argentino debería verificar antes de autorizar el registro de la práctica de la gestación por sustitución (artículo 562, párrafo a), b), c), d), e), j), g) y h) del proyecto de Código Civil y Comercial de Argentina). Con la exclusión de dicha técnica en el texto aprobado, la referencia contenida en el segundo párrafo del artículo 2634, por lo tanto, se refiere a prácticas de procreación humana en general. En este contexto, de acuerdo a la autora, la regla señala el principio de orden público relacionado con la preservación de los elementos que conforman la identidad del niño⁴⁹.

Por último, cabe señalar que a la fecha, no contamos aún con interpretaciones jurisprudenciales sobre los alcances del artículo 2634 en casos internacionales⁵⁰.

(49) NAJURIETA, M. S. *Supra*, nota 42, pp. 357-358. La autora afirma al respecto: “La segunda frase hubiera podido evitarse. Sin embargo, se ha considerado útil incluir este esclarecimiento en atención a las profundas diferencias que revelan las legislaciones de los distintos Estados en cuanto al concepto jurídico de ‘maternidad’ y a la admisión de los acuerdos de gestación por otro... El derecho fundamental a la no discriminación por razón de nacimiento impone asegurar el principio del reconocimiento a todos los supuestos, en tanto se resguarden los principios fundamentales que conforman el orden público internacional argentino y que, en la materia, comprenden la protección de todos los elementos de la identidad, incluso la transparencia de la historia biológica completa de niños y niñas”. Cfr. NAJURIETA, M. S. *Supra*, nota 47, pp. 159-160.

(50) No obstante, el artículo 2634 del CCyCN fue invocado en una sentencia con la finalidad de argumentar a favor del reconocimiento de una filiación sin elementos extranjeros, para permitir la inscripción de una niña, que fue gestada en el útero de la hermana de la peticionante, como hija de los accionantes que habían aportado los gametos, la juez declaró la inconstitucionalidad y la “anti-convencionalidad” de la regla del artículo 562 que regula específicamente la “voluntad procreacional” como regla de determinación concurrente de la filiación, en cuanto establece que los niños nacidos por técnicas de reproducción asistida son hijos de quienes los dan a luz. Según el fallo, sólo es consistente con el derecho internacional de los derechos humanos y la Constitución Nacional determinar la filiación por “voluntad procreacional” con independencia del vínculo biológico o gestacional. Añadió que: “Toda vez que el art. 2634 del CCyCN reconoce el emplazamiento filial constituido en el extranjero, las prohibiciones legales o las limitaciones emergentes de la falta de regulación de la maternidad por sustitución resultan discriminatorias, en tanto se aplican mayormente a personas o parejas que no pueden afrontar los costos de una práctica compleja como esta en el exterior” (Juzgado de Familia N° 7 Lomas de Zamora, 30/12/2015, autos “H. M. y otro s/medidas precautorias art. 232 del CPCC”). Antes de la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, sin embargo, se habían resuelto algunos casos internacionales. El primero fue un precedente dictado por un Juzgado Contencioso Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires el 22 de marzo de 2012, en autos “D. C. G y G. A. M.

VII.2. Reconocimiento de una adopción constituida en el extranjero

El artículo 2637 del CCyCN, a su turno, se dedica al reconocimiento de una adopción constituida en el extranjero⁵¹.

Si bien en el Código Civil derogado no se prescribía una disposición expresa sobre el reconocimiento de las adopciones conferidas en el extranjero, lo cierto es que la solución de desprendía del artículo 339.

Un amplio sector de la doctrina y jurisprudencia argentinas entendió que cuando se solicita el reconocimiento de una adopción conferida en el extranjero, se debían exigir las condiciones para el reconocimiento de una sentencia extranjera en sede judicial, además del cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos previstos por la ley del lugar del domicilio del adoptado al momento de ser otorgada la adopción.

Sin embargo, la Prof. Najurieta había señalado que las normas argentinas de fuente interna sobre adopción internacional no versan sobre el reconocimiento de una decisión extranjera, sino del reconocimiento de los efectos que una situación jurídica extranjera puede desplegar en el foro. Por ello, según la autora, el artículo 339 del Código Civil derogado permitiría sustituir el procedimiento tradicional de reconocimiento de sentencia extranjera (*exequatur*) por un control desde la óptica del ordenamiento jurídico del domicilio del adoptado al tiempo de la adopción⁵².

c. GCBA, s/amparo”, en el cual se hizo lugar al amparo incoado, autorizándose al Registro Civil a proceder a inscribir el nacimiento del niño de los actores ante la solicitud que formuló la Embajada Argentina en la India (donde se celebró el acuerdo de gestación por sustitución) a favor de ambos integrantes (hombres) de la pareja matrimonial, fundado en el derecho a la no discriminación por razón de orientación sexual, el derecho a la identidad, la protección de las relaciones familiares y el principio rector en todo asunto que involucre a personas menores de edad: el interés superior del niño. En efecto, el 31 de julio de 2012, a tres semanas de su nacimiento, fue inscripto el primer hijo, Tobías, de dos papás en el Registro Civil porteño.

(51) Artículo 2637 CCyCN: “Reconocimiento. Una adopción constituida en el extranjero debe ser reconocida en la República cuando haya sido otorgada por los jueces del país del domicilio del adoptado al tiempo de su otorgamiento. También se deben reconocer adopciones conferidas en el país del domicilio del adoptante cuando esa adopción sea susceptible de ser reconocida en el país del domicilio del adoptado.

A los efectos del control del orden público se tiene en cuenta el interés superior del niño y los vínculos estrechos del caso con la República”. Cabe señalar que el reconocimiento de pleno derecho de las adopciones internacionales conferidas en los términos convencionales está previsto en dos tratados internacionales en la materia, no ratificados por Argentina: el Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional (artículos 23 y ss.) y Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores (CIDIP III, La Paz, 1984) (artículo 5).

(52) NAJURIETA, M. S. *Coordinación de ordenamientos jurídicos en materia de adopción internacional*, Premio Dalmacio Vélez Sarsfield, Tesis sobresalientes, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2004, p. 356. En su tesis doctoral, María Susana Najurieta proponía “sustituir la acción de reconocimiento de sentencia extranjera de adopción, en tanto proceso que tiene por objeto un acto jurisdiccional extranjero, por un procedimiento de reconocimiento de emplazamiento adoptivo. Ello no significa que la intervención de una autoridad judicial extranjera o la creación de

La comisión redactora del Anteproyecto manifestó que la propuesta del artículo 2637, CCyCN, pone el acento en la inserción de adopciones constituidas en el extranjero -internacionales o simplemente extranjeras- en la República Argentina. Aclaran que no se trata del mero reconocimiento en la Argentina de sentencias extranjeras de adopción, sino de una regla que ensancha las posibilidades que ofrecía el artículo 339 del Código Civil. Se favorece la coordinación de nuestro sistema jurídico con los sistemas extranjeros, pues se toma como ordenamiento de referencia el del “domicilio del adoptado” al tiempo del otorgamiento de la adopción, que comprende no sólo los emplazamientos constituidos en ese Estado sino también toda solución aceptada y con eficacia en ese Estado.

Por ello, la disposición establece que también se deben reconocer adopciones conferidas en el país del domicilio del adoptante cuando esa adopción sea susceptible de ser reconocida en el país del domicilio del adoptado⁵³, solución también receptada por el Convenio de La Haya de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional.

Najurieta sostiene que esta primera parte del artículo 2637 ha recibido la influencia de la teoría de la “referencia al orden jurídico competente” del Profesor Paolo Piccone: “el juez argentino en ocasión de la inserción de la institución creada en el extranjero, no deberá controlar la competencia del juez de origen según el estricto criterio de la bilateralidad, sino que tomará como referencia la intervención del juez del domicilio del adoptado o la solución que el orden jurídico del domicilio del adoptado acepte, aun cuando ello comporte aceptar la intervención del juez o autoridad competente del domicilio del adoptante”⁵⁴.

Ahora bien, el artículo 2637 admite que el reconocimiento extraterritorial de una adopción conferida en el extranjero está sometido en última instancia al control del orden público internacional, para lo cual se debe tener en cuenta el interés superior del niño y los vínculos estrechos del caso con la República.

Tal como afirma Carolina Iud, “esa adopción no debe contrariar el orden público internacional argentino, control que, al independizarse del método tradicional de reconocimiento de sentencias, no se encuentra limitado por la regla de prohibición de revisión del fondo para posibilitar la detección, por ejemplo, de un supuesto de tráfico como antecedente de la adopción. El funcionamiento del orden público en

un emplazamiento filiatorio por acto jurídico, tal vez homologado judicialmente, sean circunstancias irrelevantes. Esas variaciones tendrán importancia al tiempo de efectuar el juicio de compatibilidad con el orden público internacional argentino que persigue, esencialmente, trazar una línea divisoria entre las adopciones genuinas y las adopciones viciadas por un acto ilícito o por un delito”.

(53) Algunos países asiáticos permiten la salida de sus niños del país con una decisión judicial de guarda pre adoptiva, con el compromiso de otorgar la adopción en el país del domicilio de los adoptantes, conferir la nacionalidad de uno de los adoptantes al niño y comunicar la finalización del proceso al estado de origen. Cfr. NAJURIETA, M. S. *Supra*, nota 42, pp. 394-395.

(54) NAJURIETA, M. S. *Supra*, nota 47, pp. 161-162.

este caso recibe la influencia de dos ideas que de alguna manera lo matizan; una ya es conocida por nuestro sistema jurídico y es la consideración del interés superior del niño, y otra no tanto, como es el concepto de orden público de proximidad. En este último caso, se destaca que no ha sido adoptado como regla general ni rígida, por lo que se logra superar los inconvenientes de la creación de sujetos de doble condición o de derecho humanos de geometría variable (...)”⁵⁵.

En similar inteligencia, Dreyzin de Klor afirma que la nueva norma muestra una superación de la regulación anterior, en tanto prohibía la revisión del fondo⁵⁶.

En consecuencia, este control del orden público, según Najurieta, “no consiste en una mirada flexible o indulgente al bienestar del niño. Este es un equilibrio extremadamente delicado entre diferentes derechos que pueden describirse como derechos fundamentales... el derecho del niño a no convertirse en un objeto del mercado, su derecho a no ser separado ilegalmente de su familia biológica y sus raíces, su derecho al respeto de todos los elementos de su identidad”⁵⁷.

En relación con el artículo 2637, contamos con un reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de fecha 24 de septiembre de 2019, en el que sostuvo: “A mayor abundamiento, resulta oportuno recordar que, con el fin de proteger el interés superior del niño y su derecho a la identidad, el Código Civil y Comercial de la Nación ha dispuesto en materia de adopciones extranjeras el deber de reconocimiento de la sentencia foránea, destacando -en lo que al caso interesa- que en el control del orden público exigido en estos asuntos debe tenerse en cuenta el interés superior del niño y los vínculos estrechos del caso con la República (artículo 2637 del código citado), extremos que no se advierte hayan sido desconocidos por la Cámara”⁵⁸.

(55) IUD, C. “Sección 6ª. Adopción”, en RIVERA, J. C./MEDINA, G. (Dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014, pp. 898-899.

(56) DREYZIN DE KLOR, A. *Supra*, nota 43, p. 119.

(57) NAJURIETA, M. S. *Supra*, nota 42, p. 399.

(58) CSJN, “SFA c/ LCL s/ exequátur y reconocimiento de sentencia extranjera”, 24/09/2019. En el caso, la Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la resolución de primera instancia que había denegado las medidas requeridas por la Defensora Pública de Menores e Incapaces en el trámite del exequátur referido a una sentencia de adopción extranjera procedente de México. En esta causa los actores -argentinos domiciliados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- solicitaron, en los términos del artículo 517 y 518 del Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Nación y de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, el reconocimiento de la fuerza ejecutoria de la sentencia de adopción plena dictada el 18 de diciembre de 2009 por el Juzgado en Materia Familiar de la ciudad de Colima, Estados Unidos Mexicanos. Esa sentencia decretó la adopción de un niño nacido en ese país el 12 de mayo de 2009 a favor de los actores. En ese marco, la Defensora Pública de Menores e Incapaces destacó que se trataba de una adopción realizada en la ciudad de Colima, que atraviesa una situación singular y públicamente conocida. La Cámara señaló que el exequátur no tiene por objeto revisar la cuestión litigiosa resuelta por el tribunal extranjero sino únicamente examinar su idoneidad para producir efectos ejecutorios en nuestro país. Agregó que esa evaluación está circunscripta a los recaudos de

VII.3. Reconocimiento de institutos de protección de niños, niñas y adolescentes

Por último, encontramos el artículo 2640 del CCyCN sobre el reconocimiento de otros institutos de protección de niños, niñas y adolescentes regularmente constituidos según el derecho extranjero⁵⁹.

En relación con esta norma, Adriana Dreyzin de Klor manifiesta que la inserción de estas categorías procura respetar el derecho a la identidad de las personas, alcanzadas por situaciones contempladas en diversos ordenamientos en función de sus culturas⁶⁰.

Por ejemplo, un juez argentino deberá reconocer los efectos de un instituto como el acogimiento familiar, regulado entre otros por el derecho español. Se trata de una medida de protección a la infancia mediante la cual se ofrece un entorno familiar adecuado a los menores que, por diversas circunstancias, no pueden vivir con su familia. Este acogimiento puede ser temporal, mientras se produce la reinserción en la familia de origen o para la adaptación previa a la convivencia con una familia adoptante, o bien permanente, cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo requieran.

La aplicación del artículo 2640 también podría corresponder si se solicita el reconocimiento de la llamada *Kafala* islámica, institución especialmente compleja, multifuncional y de carácter religioso, que se configura como la máxima medida de protección de la que puede gozar un menor en esta cultura⁶¹.

autenticidad, legalidad y resguardo del orden público internacional. En ese entendimiento, concluyó que las medidas requeridas por la defensora son inadmisibles desde que parten de una hipótesis genérica, basada en meras sospechas y que son ajenas al ámbito propio del trámite del exequátur. Cabe señalar que las adopciones internacionales realizadas en el territorio de Colima han sido objeto de investigación por parte de la Procuraduría General de la República de México, la Procuraduría General de Justicia del Estado y, de diversas denuncias por parte de asociaciones civiles, por constituir presumiblemente una red de trata de personas que se aprovecha de las deficiencias legislativas en la materia. Esta situación impulsó, de hecho, iniciativas legislativas para el otorgamiento de adopciones internacionales seguras (<https://congresocol.gob.mx>), [Consulta: 26/02/2020]. Cabe advertir que, si en el caso hubiera correspondido aplicar el derecho vigente, en realidad no era pertinente acudir a las disposiciones sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, ni tampoco sostener que le estaba vedado a la autoridad argentina revisar el fondo, para detectar por ejemplo un supuesto de tráfico de menores.

(59) Artículo 2640 del CCyCN: “Tutela e institutos similares (...) Otros institutos de protección de niños, niñas y adolescentes regularmente constituidos según el derecho extranjero aplicable, son reconocidos y despliegan sus efectos en el país, siempre que sean compatibles con los derechos fundamentales del niño”.

(60) DREYZIN DE KLOR, A. *Supra*, nota 43, p. 60.

(61) Esta institución se define como aquella en virtud de la cual el *kafil* (titular de la *kafala*) adquiere el compromiso de hacerse cargo voluntariamente del cuidado, de la educación y de la protección del menor (*makful*) de la misma manera que un padre lo haría para con su hijo. No se trata sólo de mantener y cuidar a un menor, sino también de educarlo en la fe musulmana.

La complejidad de esta institución protectoria torna difícil su asimilación plena, con los institutos de los derechos occidentales. La doctrina española sostiene, al respecto: “Las resoluciones de *Kafala* una vez reconocidas en España, deben poder desplegar los efectos que le son propios, según la ley extranjera de origen. Para ello se requerirá el análisis del caso concreto para, conforme a lo que establece el Derecho de origen (...) poder fijar la función que en cada caso desarrolla y una vez fijada, buscar la institución jurídica española que cumpla una función similar. Se operará entonces una equiparación ‘funcional’ a ella, pero reducida a los efectos que se desea que produzca”⁶².

Ahora bien, de acuerdo a la Profesora Najurieta, “el legislador toma una opción en cuanto a la transposición de instituciones. En efecto, el reconocimiento puede limitarse a la existencia del instituto y a su validez, o comprender los efectos de la situación extranjera ‘cristalizada’ en clara referencia a los efectos propios del derecho extranjero de constitución. Tan delicado es este punto, que los autores más prestigiosos han propuesto distinguir los efectos inescindibles de la existencia, de los efectos futuros, es decir, aquéllos que solo existirían virtualmente al tiempo de la inserción del instituto dado que necesitan de un derecho que les otorgue contenido a medida que se despliegan”. Al respecto, concluye que nuestra norma “decide la inserción respetando los efectos propios de la institución extranjera, sin deformaciones, al menos en los límites compatibles con el orden público internacional del foro”⁶³.

VIII. Reflexiones finales

El Derecho Internacional Privado de nuestros días se desenvuelve ante una realidad muy distinta a aquella de sus orígenes en la Edad Media y de su posterior desarrollo en la Edad Moderna. En el Siglo XXI, algunos de los pilares elementales sobre los que se construyó nuestra disciplina han desaparecido, o se han transformado.

Nuestro Derecho Internacional Privado es, sin dudas, más complejo porque tiene que responder a casos pluriconectados cada vez más frecuentes propios de una sociedad global, integrada a la par que multicultural. La pluralidad de sectores y de finalidades; el diálogo de fuentes; el pluralismo metodológico; la dilución entre lo público y lo privado; el inevitable avance de la autonomía de la voluntad, incluso en ámbitos otrora insospechados; la importancia del “conflicto de jurisdicciones” aún por sobre el clásico “conflicto de leyes”; el rol protagónico de la cooperación jurídica internacional, así como la materialización de sus soluciones principalmente como consecuencia del debido respeto a los derechos humanos, son algunas de las características que hoy guían a esta disciplina.

(62) DIAGO DIAGO, María del Pilar. “La Kafala islámica en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2010), Vol. 2, N° 1, pp. 140-164.

(63) NAJURIETA, M. S. *Supra*, nota 47, pp. 158-159.

Ese denominador común, configurado por la garantía de los derechos fundamentales, que atraviesa todas las disciplinas jurídicas, pero también la vida de cada persona y de cada familia, ha contribuido a un Derecho Internacional Privado más humano, que ha dejado atrás su apología de la neutralidad en miras de una justicia conflictual y localizadora, para atender al contenido material de las soluciones en la búsqueda de una justicia material, substancial, de la Justicia con mayúsculas.

El Derecho Internacional Privado argentino se halla consustanciado con estas tendencias a través de la inclusión de reglas que procuran el acceso efectivo a la justicia, que exigen, cual deber, la cooperación jurídica internacional así como de soluciones más razonables y justas en el sector de derecho aplicable a través de correcciones al método conflictual como la cláusula de excepción, de alcance general, y especial para algunas materias; las normas materialmente orientadas; la excepción de orden público internacional restringida a la vulneración de principios fundamentales como el interés superior del niño, entre las más destacadas.

En este contexto, debe considerarse al método de reconocimiento, que se erige, entonces, como una herramienta eficaz para reconocer extraterritorialmente una situación creada conforme un ordenamiento foráneo, especialmente cuando se trata de situaciones jurídicas familiares en donde los derechos fundamentales de sujetos especialmente vulnerables están en juego y reclaman se preserve su continuidad en el espacio, más allá de las fronteras del Estado de origen.

Este método debería erigirse en una suerte de principio, tal como sucede en el ámbito de la Unión Europea, en otro proceso de integración como es el Mercosur, que en su tratado fundacional prevé la libertad de circulación de personas. Resta mucho camino por recorrer, sin embargo, para materializar esta propuesta.

Mientras tanto, celebramos que el sistema de Derecho Internacional Privado de fuente interna cuente con normas de reconocimiento específicas en materias tan sensibles como la filiación, la adopción y otras instituciones protectorias de niños, niñas y adolescentes. Ello nos exige conocer cabalmente este método que renueva las bases y fundamentos de nuestra disciplina. Anhelamos haber contribuido, con estas líneas, en dicha labor.

IX. Bibliografía

ALBORNOZ, María Mercedes - RUBAJA, Nieve. "Los desafíos en la labor del Grupo de expertos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre filiación y gestación por sustitución", *Jornadas 130 aniversario de los Tratados de Montevideo de 1889. Legado y futuro de sus soluciones en el concierto internacional actual*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2019, pp. 663-681.

BARATTA, Roberto. «La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales», *Recueil des Cours*, t. 348, 2011, pp. 257-499.

BILYACHENKO, Alexey. *La circulation internationale des situations juridiques*. Droit. Université de La Rochelle, 2016. Disponible en <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01370120>

DREYZIN DE KLOR, Adriana. *El Derecho Internacional Privado Actual*, tomo 2, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2017.

ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria. "El 'método del reconocimiento' como propuesta de regulación de las nuevas situaciones privadas internacionales vinculadas con la inmigración", *Revista de Estudios Jurídicos* n° 9/2009 (Segunda Época). Disponible en <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/130>

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. "Título IV: Disposiciones de Derecho Internacional Privado. Capítulo 1: Disposiciones generales", en RIVERA, Julio C./MEDINA, Graciela (Dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014.

GARDEÑES SANTIAGO, Miguel. "El método de reconocimiento desde la perspectiva del derecho internacional privado europeo y español", *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 379-424. DOI: 10.19194/aedipr.17.11

HERRERA, Marisa - CAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián (Dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Sistema Argentino de Información Jurídica (INFOJUS), Buenos Aires, 2015.

JIMÉNEZ BLANCO, Pilar. "Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y derecho internacional privado", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* N° 35, 2018. DOI: 10.17103/reei.35.06

LAGARDE, Paul. «La méthode de la reconnaissance, est - elle l'avenir du droit international privé?», *Recueil des Cours*, t. 371, 2014, pp. 19-42.

LAGARDE, Paul. (Dir.). *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, París, 2013.

LEHMANN, Matthias. "El reconocimiento, ¿una alternativa al Derecho Internacional Privado?", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2016), Vol. 8, N° 2, pp. 240-257. DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3258>

LEQUETTE, Yves. "Les mutations du Droit International Privé: Vers un changement de paradigme?", *Recueil des Cours*, t. 387, 2015, pp. 1-592.

MAYER, Pierre. "Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé", *Recueil des Cours*, t.327, 2007, pp. 1-377.

MUIR WATT, Horatia. "Discours sur Les Methodes du Droit International Privé", *Recueil des Cours*, t. 389, 2017, pp. 9-398.

NAJURIETA, María Susana. "Principios y caracteres del derecho internacional privado de la infancia con especial referencia a las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación", en UZAL, María Elsa/NAJURIETA, María Susana (Coords.). *Revista Jurídica de Buenos Aires: Derecho Internacional Privado*, año 41, número 93, 2016. Disponible en http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_juridica/rjba-ii-2016.pdf

NAJURIETA, María Susana. "L'Adoption Internationale des Mineurs et les droits de l'Enfant", *Recueil des Cours*, t. 376, 2015, pp. 9-398.

NAJURIETA, María Susana. *Coordinación de ordenamientos jurídicos en materia de adopción internacional*, Premio Dalmacio Vélez Sarsfield, Tesis sobresaliente, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2004.

PAREDES PÉREZ, José Ignacio. "Espacios de desencuentro entre los métodos de reconocimiento y el método bilateral (una lectura desde la perspectiva del estatuto familiar)", *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 589-619.

PICONE, Paolo. "Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé", *Recueil des Cours*, t. 276, 1999, pp. 9 – 296.

RUBAJA, Nieve. "Desafíos actuales del derecho internacional privado de familia", *Anuario Argentino de Derecho Internacional* N° XXVI, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Córdoba, 2017, pp. 131-202.

RUBAJA, Nieve. "El Derecho internacional privado al servicio de los derechos fundamentales de los niños nacidos por el empleo de la gestación por sustitución en el extranjero", en MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio - LIMA MARQUES, Claudia (Coords.). *Los servicios en el derecho internacional privado. Jornadas de la ASADIP 2014*, Gráfica y Editora RJR, Asunción, 2014.

RUBAJA, Nieve. *Derecho Internacional Privado de familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

SCOTTI, Luciana B. *Manual de Derecho Internacional Privado*, 2ª edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2019.

URIONDO DE MARTINOLI, Amalia. *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Relaciones de familia*, Ed. Lerner, Córdoba, 2017.

**LOS DERECHOS DE LAS
PERSONAS CON DISCAPACIDAD.
UN TEMA PRIORITARIO EN LA LABOR DE LA
COMISIÓN INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS***

*THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES.
A PRIORITY ISSUE IN THE WORK OF THE INTER-AMERICAN
COMMISSION ON HUMAN RIGHTS*

*María Alejandra Sticca***

Resumen: El objetivo de esta contribución es reflexionar y visibilizar la labor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en materia de reconocimiento y protección de derechos de las Personas con discapacidad (PCD).

Palabras claves: Derechos Humanos - Personas con discapacidad - Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Abstract: The purpose of this contribution is to reflect and make visible the work of the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) on the recognition and protection of the rights of Persons with disabilities (PCD).

Keywords: Human rights - Persons with disabilities - Inter-American Commission on Human Rights.

* Trabajo recibido el 15 de marzo de 2020 y aprobado para su publicación el 14 de abril del mismo año.

** Abogada por la Universidad Nacional de Córdoba-Argentina (UNC). Licenciada en Relaciones Internacionales por la Universidad Católica de Córdoba-Argentina. Especialista en Aspectos Jurídicos y Económicos de Mercosur (UNC). Magister en Cooperación Internacional al Desarrollo y Acción Humanitaria por la Universidad Internacional de Andalucía (España). Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Catedrática de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho (UNC) y en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES) Sede San Francisco-Córdoba-Argentina. Coordinadora Académica del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho (UNC). Email: alesticca@gmail.com

Sumario: I. Introducción. II. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los Derechos de las PCD. III.- Reflexiones finales. IV. Bibliografía.

I. Introducción

En el sistema interamericano de derechos humanos, las personas con discapacidad se encuentran protegidas de manera específica por el artículo 18 referido a la protección de los minusválidos¹ del *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derecho Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador)* de 1988², ello con una terminología propia de la época de su adopción y enrolado en el modelo biológico.

Años más tarde, en 1999 en nuestro continente se adoptó la *Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIPCD)*, en la ciudad de Guatemala, el día 6 de julio del año 1999 en el 29º período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. La CIPCD entró en vigor en día 14 de septiembre del año 2001 y a la fecha cuenta con diecinueve Estados partes. La República Argentina la aprobó el día 6 de julio del año 2000 por Ley n° 25280 y ratificó el 10 de enero de 2001.

Dicha Convención tiene como objetivo principal la eliminación de todas las formas de discriminación hacia las personas con discapacidad, reafirma que las personas que poseen alguna discapacidad tienen absolutamente los mismos derechos y libertades fundamentales que todas las demás personas, siendo personas dignas e iguales en todo el mundo, sin motivos de discriminación, comprometiéndose a que esta sea eliminada en todas sus formas y manifestaciones hacia las personas con discapacidad. Por ello, en los artículos III y IV, los Estados Partes se comprometen a adoptar distintas medidas a los fines del logro del objetivo propuesto³. Los Estados

(1) “Artículo 18 Protección de los Minusválidos. Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Con tal fin, los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que sean necesarias para ese propósito y en especial a: a). ejecutar programas específicos destinados a proporcionar a los minusválidos los recursos y el ambiente necesario para alcanzar ese objetivo, incluidos programas laborales adecuados a sus posibilidades y que deberán ser libremente aceptados por ellos o por sus representantes legales, en su caso; b). proporcionar formación especial a los familiares de los minusválidos a fin de ayudarlos a resolver los problemas de convivencia y convertirlos en agentes activos del desarrollo físico, mental y emocional de éstos; c). incluir de manera prioritaria en sus planes de desarrollo urbano la consideración de soluciones a los requerimientos específicos generados por las necesidades de este grupo; d). estimular la formación de organizaciones sociales en las que los minusválidos puedan desarrollar una vida plena”.

(2) Vigente desde el 16 de noviembre de 1999.

(3) CIPCD. “Artículo III Para lograr los objetivos de esta Convención, los Estados parte se comprometen a: 1. Adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier

miembros se comprometen a adoptar las medidas necesarias en todas las esferas de la sociedad para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad, promoviendo su integración en entidades privadas y públicas; a adaptar infraestructuras y transportes a sus condiciones, facilitando su acceso; a prevenir todas las formas de adquirir una discapacidad; a la detección temprana, tratamiento y rehabilitación; a concientizar y sensibilizar a la sociedad. También se comprometen a colaborar con la investigación científica y tecnológica, además del desarrollo de medios y recursos para facilitar el acceso a personas con discapacidad a la sociedad.

Los Estados deben promover la participación de personas con discapacidad y sus representantes en organizaciones internacionales y no gubernamentales, aplicando las normas de dicha Convención, además de facilitar la comunicación y difusión de sus avances.

La CIDPC crea un órgano de supervisión de su cumplimiento, el *Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad* (CEDDIS)⁴.

otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad, incluidas las que se enumeran a continuación, sin que la lista sea taxativa: a) Medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración; b) Medidas para que los edificios, vehículos e instalaciones que se construyan o fabriquen en sus territorios respectivos faciliten el transporte, la comunicación y el acceso para las personas con discapacidad; c) Medidas para eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos arquitectónicos, de transporte y comunicaciones que existan, con la finalidad de facilitar el acceso y uso para las personas con discapacidad; y d) Medidas para asegurar que las personas encargadas de aplicar la presente Convención y la legislación interna sobre esta materia, estén capacitados para hacerlo. 2. Trabajar prioritariamente en las siguientes áreas: a) La prevención de todas las formas de discapacidad prevenibles; b) La detección temprana e intervención, tratamiento, rehabilitación, educación, formación ocupacional y el suministro de servicios globales para asegurar un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida para las personas con discapacidad; y c) La sensibilización de la población, a través de campañas de educación encaminadas a eliminar prejuicios, estereotipos y otras actitudes que atentan contra el derecho de las personas a ser iguales, propiciando de esta forma el respeto y la convivencia con las personas con discapacidad”.

(4) CIPCD. “Artículo VI.1. Para dar seguimiento a los compromisos adquiridos en la presente Convención se establecerá un Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, integrado por un representante designado por cada Estado parte. 2. El Comité celebrará su primera reunión dentro de los 90 días siguientes al depósito del décimo primer instrumento de ratificación. Esta reunión será convocada por la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y la misma se celebrará en su sede, a menos que un Estado parte ofrezca la sede. 3. Los Estados parte se comprometen en la primera reunión a PRESENTAR UN INFORME al Secretario General de la Organización para que lo transmita al Comité para ser analizado y estudiado. En lo sucesivo, los informes se presentarán cada cuatro años. 4. Los informes preparados en virtud del párrafo anterior deberán incluir las medidas que los Estados miembros hayan adoptado en la aplicación de esta Convención y cualquier progreso que hayan realizado los Estados parte en la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. Los informes también contendrán

También debemos recordar que, a final del año 2001, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la resolución 56/168, estableciendo la creación de un Comité Especial (Comité *Ad Hoc*) encargado de la realización del proyecto para el tratado internacional relativo a las personas con discapacidad. Gracias al esfuerzo conjunto de distintas instituciones y los Estados se aprobó la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, en Nueva York el 13/12/2006 abierta a la firma el 30/3/2007. 82 Estados la firmaron el mismo día que se abrió a la firma. Actualmente cuenta con 179 Estados Partes más la Unión Europea. Entró en vigor el 3 de mayo de 2008. Para la República Argentina tiene jerarquía constitucional otorgada por la ley 27044 del 19 de noviembre 2014. El Protocolo facultativo a la Convención adoptado también en Nueva York el 13 de diciembre 2006 cuenta con 92 Estados Partes. Dicho Protocolo en su primer artículo reconoce la competencia del “Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad” para recibir “comunicaciones” que se presenten por personas o grupos que declaren ser víctimas de una violación a sus derechos por un Estado Parte.

La CIPCD se enrola en el modelo social de la discapacidad, lo cual surge con claridad de su preámbulo apartado e), e *i.a.* de los artículos I párrafo 2, artículo II, al definir “ajustes razonables”; lo que asimismo es observable en el artículo V, que consagra los derechos de igualdad y no discriminación.

El artículo IV de la Convención señala que los Estados Partes deben promover y asegurar el pleno ejercicio de los derechos humanos de las personas con discapacidad y sus libertades fundamentales, sin ningún tipo de discriminación.

Si bien es cierto el Sistema de Naciones Unidas ha tenido mayores avances en el tema de discapacidad, durante los últimos años, los órganos del Sistema Interamericano, y en particular la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), han promovido y protegido, a través de sus distintos mecanismos, los derechos de las personas con discapacidad (PCD). Es de destacar que los recientes esfuerzos de la CIDH por visibilizar esta temática se desarrollan bajo el nuevo paradigma social

cualquier circunstancia o dificultad que afecte el grado de cumplimiento derivado de la presente Convención. 5. El Comité será el foro para examinar el progreso registrado en la aplicación de la Convención e intercambiar experiencias entre los Estados parte. Los informes que elabore el Comité recogerán el debate e incluirán información sobre las medidas que los Estados parte hayan adoptado en aplicación de esta Convención, los progresos que hayan realizado en la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, las circunstancias o dificultades que hayan tenido con la implementación de la Convención, así como las conclusiones, observaciones y sugerencias generales del Comité para el cumplimiento progresivo de la misma. 6. El Comité elaborará su reglamento interno y lo aprobará por mayoría absoluta.

7. El Secretario General brindará al Comité el apoyo que requiera para el cumplimiento de sus funciones. Luego de recibido los informes el Comité elaborará un informe que recogerá las conclusiones, observaciones y sugerencias especiales para el cumplimiento progresivo de la Convención”. También tiene la facultad de interpretar el tratado que tutela.

de las PCD, en el que éstas son consideradas “sujetos de derecho” y son partícipes en sus propios procesos.

II. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los Derechos de las PCD

Tempranamente, la CIDH, en su doble rol de órgano principal de la Organización de Estados Americanos y de órgano de protección de los derechos humanos en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y del Protocolo de San Salvador de 1988, tuvo la oportunidad de conocer casos y peticiones vinculados a la violación de derechos de las PCD.

Es posible distinguir entre los casos resueltos antes de la entrada en vigencia de la CIPCD, que como señalamos adscribe al modelo social, y los casos resueltos luego de la vigencia de dicho tratado. Ello nos permite afirmar que la entrada en vigor de la Convención universal de 2006 implicó un cambio en el abordaje de la temática a nivel regional.

Los primeros casos relativos a PCD se referían a supuestos vinculados a la salud mental. De este modo, encontramos ya en 1999 el *Caso Víctor Rosario Congo vs. Ecuador*⁵, en el cual la CIDH determinó la responsabilidad del Estado por la muerte de una persona con discapacidad mental en un centro de reclusión. También se estableció que Ecuador no tomó las medidas pertinentes para la protección de la integridad de esa persona, tomando en cuenta su situación de discapacidad, al señalar que “La violación al derecho a la integridad física es aún más grave en el contexto del caso particular donde la víctima, en situación de prisión preventiva y padeciendo enfermedad mental, se encontraba bajo la custodia del Estado en una situación de particular vulnerabilidad”⁶.

La CIDH sostuvo que el sistema penitenciario ecuatoriano no estaba a la altura de los estándares internacionales sobre la asistencia médico psiquiátrica, de conformidad con los *Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental*⁷, que establecen que las personas que cumplen penas de prisión por delitos penales o que han sido detenidas en el transcurso de procedimientos penales efectuados en su contra y que, según se ha determinado o se sospecha, padecen una enfermedad mental, deben recibir la mejor atención posible de salud mental. Por su parte, las *Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos*⁸ disponen que los alienados no deben ser reclusos en prisiones, debiéndose adoptar medidas

(5) CIDH Informe N° 63/99. Caso 11427. *Caso Víctor Rosario Congo vs. Ecuador*, del 13 de abril de 1999.

(6) *Ibidem*, párr. 72.

(7) Adoptados por la Asamblea General en su resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991 (<https://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/principiosproteccionmental.htm>).

(8) Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico

para trasladarlos lo antes posible a establecimientos para enfermos mentales y, en el caso de que deban permanecer en prisión, deben permanecer bajo la vigilancia especial de un médico⁹.

En el caso *Damiao Ximenes Lopez vs. Brasil* admitido por la CIDH¹⁰ el 9 de octubre de 2002, en el informe sobre admisibilidad, no se encuentra referencias expresas a PCD, pero debe ser destacado pues luego se convertirá en el primer caso tramitado ante la Corte IDH referido de manera específica a la vulneración de derechos de una PCD¹¹⁻¹². En el caso, la Corte IDH analiza los hechos a la luz de la *Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad*¹³.

Un caso paradigmático admitido por la CIDH, lo constituye *Furlán y Familiares vs. Argentina*¹⁴ resuelto por la Corte IDH en agosto 2012¹⁵ en el que la Corte no sólo aplicó la Convención Interamericana referida a PCD sino también la Convención Universal de 2006 y sostuvo que la CIPCD recoge el modelo social para el abordaje de la discapacidad al igual que la CDPCD.

y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977 (<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TreatmentOfPrisoners.aspx>).

(9) Párr.77.

(10) (<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/Brasil.12237.htm>).

(11) Sentencia de la Corte IDH *Ximenes Lopes vs. Brasil*, del 4 de julio de 2006 (http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf).

(12) Párr. 103: “La Corte Interamericana considera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad”.

(13) Párr. 110. Al analizar las violaciones a la vida y a la integridad personal en perjuicio del señor Damião Ximenes Lopes, la Corte se remitirá a la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, instrumento que forma parte del marco normativo de protección de los derechos humanos en el sistema interamericano y que fue ratificado por el Estado el 15 agosto de 2001, como fuente de interpretación para determinar las obligaciones del Estado en relación con la Convención Americana en el presente caso.

(14) Caso admitido por la CIDH Informe 17/06 del 2 de marzo de 2006.

(15) Párr. 132. “La CIADDIS define el término “discapacidad” como “una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”. Por su parte, la CIDPD establece que las personas con discapacidad “incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

La CIDH ha resuelto en 2013 casos contra Estados Unidos referidos a la aplicación de la pena de muerte de personas con discapacidad mental¹⁶.

También debemos destacar que la CIDH protege a las personas con discapacidad a través de medidas cautelares¹⁷, siempre que se cumplan con las condiciones

(16) CIDH. Informe 52/13 casos 11575, 12333 y 1234, *Clearence Allen Lackey y otros, Miguel Angel Flores y otros y James Wilson Chambers vs. Estados Unidos*, 15 de julio de 2013. Véase en particular párrafos 206 en adelante, en part.: “218. Teniendo en cuenta el carácter supremo del derecho a la vida y el nivel de escrutinio más riguroso requerido en casos que involucran la pena de muerte, la Comisión Interamericana considera que las personas con discapacidad mental no pueden ser sometidas a la pena capital. Ello, debido a que estas personas no tienen la capacidad de comprender la razón o consecuencia de la ejecución. 219. Por otra parte, con base en su especial deber de protección respecto a las personas con discapacidad mental, el Estado tiene la obligación, en los casos de pena de muerte, de contar con procedimientos para identificar a aquellas personas acusadas o condenadas que tengan una discapacidad mental. Los Estados tienen además la obligación de revelar todo registro o información en su poder relativos a la salud mental de una persona acusada de un delito punible con la pena capital. Asimismo, el Estado debe proveer a todo acusado indigente los medios necesarios para realizar una evaluación independiente de su salud mental, lo cual debe ser realizado de manera oportuna. 220. Con base en lo anterior, y tomando en cuenta el nivel de escrutinio más riguroso que ha aplicado en los casos de pena de muerte, la CIDH considera que el hecho que Estados Unidos haya ejecutado a personas con discapacidad mental, o a personas que no contaron con los medios suficientes y oportunos para obtener una evaluación independiente de su estado de salud mental, constituye una privación arbitraria de la vida y una imposición de una pena cruel, infamante o inusitada. En tal sentido, la Comisión Interamericana concluye que Estados Unidos violó los artículos I y XXVI de la Declaración Americana en perjuicio de David Leisure, James Brown, Robert Karl Hicks, Troy Albert Kunkle, Jaime Elizalde Jr., Ángel Maturino Resendiz y James Wilson Chambers”.

(17) CIDH. Reglamento. “Artículo 25 I. Medidas Cautelares. (...) (L) la Comisión podrá, a iniciativa propia o a solicitud de parte, solicitar que un Estado adopte medidas cautelares. Tales medidas, ya sea que guarden o no conexión con una petición o caso, se relacionarán con situaciones de gravedad y urgencia que presenten un riesgo de daño irreparable a las personas o al objeto de una petición o caso pendiente ante los órganos del Sistema Interamericano. 2. A efectos de tomar la decisión referida en el párrafo 1, la Comisión considerará que: a) la “gravedad de la situación”, significa el serio impacto que una acción u omisión puede tener sobre un derecho protegido o sobre el efecto eventual de una decisión pendiente en un caso o petición ante los órganos del Sistema Interamericano; b) la “urgencia de la situación” se determina por la información que indica que el riesgo o la amenaza sean inminentes y puedan materializarse, requiriendo de esa manera acción preventiva o tutelar; y c) el “daño irreparable” significa la afectación sobre derechos que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de reparación, restauración o adecuada indemnización. 3. Las medidas cautelares podrán proteger a personas o grupos de personas, siempre que el beneficiario o los beneficiarios puedan ser determinados o determinables, a través de su ubicación geográfica o su pertenencia o vínculo a un grupo, pueblo, comunidad u organización. 4. Las solicitudes de medidas cautelares dirigidas a la Comisión deberán contener, entre otros elementos: a). los datos de las personas propuestas como beneficiarias o información que permita determinarlas; b). una descripción detallada y cronológica de los hechos que sustentan la solicitud y cualquier otra información disponible; y c). la descripción de las medidas de protección solicitadas. 5. Antes de tomar una decisión sobre la solicitud de medidas cautelares, la Comisión requerirá al Estado involucrado información relevante, salvo cuando la inmediatez del daño potencial no admita demora. En dicha circunstancia, la Comisión revisará la decisión adoptada lo más pronto posible o, a más tardar, en el siguiente período de sesiones, teniendo en cuenta la información aportada por las partes. 6. Al considerar la solicitud, la Comisión tendrá en cuenta su contexto y los siguientes elementos: a). si se ha denunciado la situación de riesgo ante las

de gravedad y urgencia. En este punto podemos destacar las medidas cautelares otorgadas a favor de los *Pacientes del Hospital Neuropsiquiátrico de Paraguay*¹⁸ en 2003,

autoridades pertinentes, o los motivos por los cuales no hubiera podido hacerse; b). la identificación individual de los propuestos beneficiarios de las medidas cautelares o la determinación del grupo al que pertenecen o están vinculados; y c). la expresa conformidad de los potenciales beneficiarios, cuando la solicitud sea presentada por un tercero, salvo en situaciones en las que la ausencia de consentimiento se encuentre justificada. 7. Las decisiones de otorgamiento, ampliación, modificación y levantamiento de medidas cautelares serán emitidas mediante resoluciones fundamentadas que incluirán, entre otros, los siguientes elementos: a). la descripción de la situación y de los beneficiarios; b). la información aportada por el Estado, de contar con ella; c). las consideraciones de la Comisión sobre los requisitos de gravedad, urgencia e irreparabilidad; d). de ser aplicable, el plazo de vigencia de las medidas cautelares; y e). los votos de los miembros de la Comisión. 8. El otorgamiento de estas medidas y su adopción por el Estado no constituirán prejuzgamiento sobre violación alguna a los derechos protegidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros instrumentos aplicables. 9. La Comisión evaluará con periodicidad, de oficio o a solicitud de parte, las medidas cautelares vigentes, con el fin de mantenerlas, modificarlas o levantarlas. En cualquier momento, el Estado podrá presentar una petición debidamente fundada a fin de que la Comisión deje sin efecto las medidas cautelares vigentes. La Comisión solicitará observaciones a los beneficiarios antes de decidir sobre la petición del Estado. La presentación de tal solicitud no suspenderá la vigencia de las medidas cautelares otorgadas. 10. La Comisión podrá tomar las medidas de seguimiento apropiadas, como requerir a las partes interesadas información relevante sobre cualquier asunto relacionado con el otorgamiento, observancia y vigencia de las medidas cautelares. Dichas medidas pueden incluir, cuando resulte pertinente, cronogramas de implementación, audiencias, reuniones de trabajo y visitas de seguimiento y revisión. 11. En adición a lo expresado en el inciso 9, la Comisión podrá levantar o revisar una medida cautelar cuando los beneficiarios o sus representantes, en forma injustificada, se abstengan de dar respuesta satisfactoria a la Comisión sobre los requerimientos planteados por el Estado para su implementación. 12. La Comisión podrá presentar una solicitud de medidas provisionales a la Corte Interamericana de acuerdo con las condiciones establecidas en el artículo 76 del presente Reglamento. Si en el asunto se hubieren otorgado medidas cautelares, éstas mantendrán su vigencia hasta que la Corte notifique a las partes su resolución sobre la solicitud. 13. Ante una decisión de desestimación de una solicitud de medidas provisionales por parte de la Corte Interamericana, la Comisión no considerará una nueva solicitud de medidas cautelares, salvo que existan nuevos hechos que así lo justifiquen. En todo caso, la Comisión podrá ponderar el uso de otros mecanismos de monitoreo de la situación”.

(18) (<http://www.cidh.org/medidas/2003.sp.htm>).

las otorgadas a favor de los *Pacientes del Hospital Federico Mora en Paraguay*¹⁹ en 2012, o las otorgadas a favor de *Irene contra la República Argentina* en 2016²⁰⁻²¹.

Otra vía que utiliza la CIDH para abordar los derechos de las PCD son las audiencias públicas. A la fecha ha celebrado diversas audiencias relativas a PCD²²

(19) MC 370/12 – 334 *Pacientes del Hospital Federico Mora*, Guatemala

(<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp#tab2012>).

(20) MEDIDA CAUTELAR No. 376-15 *Irene respecto de Argentina* 7 de julio de 2016. El 7 de agosto de 2015, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió una solicitud de medidas cautelares presentada por el Centro de Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y la Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad (REDI), solicitando que la CIDH requiera a la República de Argentina que proteja la vida, integridad personal y salud integral de Irene, una niña de 12 años, quien vive con un severo cuadro neurológico producido principalmente por una premadurez extrema al nacer. “De acuerdo a la información aportada por los solicitantes, la propuesta beneficiaria necesita de diversos tratamientos médicos y acompañamientos terapéuticos para aliviar su actual cuadro de salud y permitirle ir a la escuela, los cuales habrían sido interrumpidos en varias ocasiones. 2. Tras analizar las alegaciones de hecho y de derecho presentadas por las partes, la Comisión considera que la información presentada demuestra, *prima facie*, que Irene se encuentra en una situación de gravedad y urgencia, toda vez que su vida, integridad personal y salud integral están en riesgo. En consecuencia, de acuerdo con el artículo 25 del Reglamento de la CIDH, la Comisión solicita a Argentina que: a) Adopte las medidas necesarias para preservar la vida y la integridad personal de Irene, tomando en consideración su discapacidad y situación de salud, a fin de que pueda tener acceso a los apoyos especiales recomendados por especialistas, a luz de los estándares internacionales aplicables; y b) Concierte las medidas a adoptarse con la beneficiaria y sus representantes”.

(21) <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2016/MC376-15-ES.pdf>

(22) Sesión: 172 Periodo de Sesiones; Fecha: 8/5/ 2019 Acceso a la educación inclusiva de Personas con Discapacidad en la Región Participantes; Sesión: 171 Período de Sesiones; Fecha: 14/2/ 2019 Denuncias de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes en hospitales psiquiátricos en Argentina; Sesión: 169 Periodo de Sesiones; Fecha: 4/10/ 2018 Política de drogas y denuncias de prácticas violatorias de derechos humanos del modelo de atención a la salud mental en México; Sesión: 169 Periodo de Sesiones; Fecha: 1/10/ 2018 Derechos de las personas con discapacidad en El Salvador ; Sesión: 168 Periodo de Sesiones CIDH; Fecha: 11/5/2018 Situación de derechos sexuales y reproductivos de mujeres y niñas con discapacidad en las Américas Situación de derechos humanos de las personas con discapacidad en Venezuela; Sesión: 164 Periodo de Sesiones; Fecha: 5/9/2017 Situación de personas con discapacidad en Cuba; Sesión: 157 Periodo de Sesiones; Fecha: 4/4/2016 Países: Ecuador Temas: Derechos de las Personas Privadas de Libertad, Peticiones y Casos, Derechos de las Personas con Discapacidad; Sesión: 154 Periodo de Sesiones; Fecha: 20/3/2015 Países: Guyana Temas: Derechos de las Mujeres, Derechos de los Pueblos Indígenas, Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Derechos de las Personas LGBTI, Derechos de las Personas con Discapacidad; Sesión: 154 Periodo de Sesiones; Fecha: 19/3/2015 Situación del derecho al trabajo de las personas con discapacidad en Tucumán, Argentina y Acceso a la justicia para personas con discapacidad en Guatemala; Sesión: 150 Periodo de Sesiones; Fecha: 25/3/2014 Situación de derechos humanos de las personas con discapacidad en Cuba.

Situación de la capacidad jurídica y el acceso a la justicia de las personas con discapacidad en América Latina; Sesión: 150 Periodo de Sesiones; Fecha: 24/3/2014 Violaciones a los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad en Colombia; Sesión: 149 Periodo de Sesiones; Fecha: 1/11/2013 Situación de derechos humanos de las personas con discapacidad mental e intelectual en Perú; Sesión: 144 Periodo de Sesiones; Fecha: 23/3/2012 Denuncias sobre segregación institucional y sobre abusos de niños y adultos con discapacidad en México; Sesión: 143 Período de

en América. Dichas audiencias públicas están abiertas a la participación de representantes de los Estados, representantes de la sociedad civil y víctimas. Son una herramienta muy importante que permite a la CIDH conocer la situación de los derechos de las PCD en los Estados Miembros.

Por otra parte, debemos destacar que la CIDH elaboró informes temáticos²³ en los que abordó la situación de los derechos de las PCD, si bien, en ninguno se analizó de manera específica la temática y elaboró informes de países sobre el tema. En 2012, por primera vez en un Informe sobre la situación de los derechos humanos en un país, concretamente en el Informe sobre Jamaica²⁴ se incluyó un apartado dedicado a los derechos de las PCD.

Por último, deseamos destacar que la CIDH en su *Plan Estratégico 2017-2021*, identificó la situación de los derechos humanos de las personas con discapacidad como uno de sus temas prioritarios para dicho período. Esta decisión se vio acompañada de la creación de la *Unidad sobre Derechos de las Personas con Discapacidad* (UDPCD). Con ello, la CIDH busca *i.a.* visibilizar los desafíos y violaciones que en materia de derechos humanos enfrentan las personas con discapacidad en las Américas, asegurar la efectiva promoción y protección de sus derechos humanos a través de los diversos mecanismos propios del Sistema Interamericano.

III. Reflexiones finales

La CIDH, como órgano de protección de los derechos humanos en las Américas, viene desarrollando una fecunda labor en materia de protección y garantía de los derechos de las PCD, ello puesto de manifiesto a través de distintas vías, tales como informes de admisibilidad, medidas cautelares, audiencias, informes estatales entre otros. La CIDH asumió un compromiso fecundo en torno a la visibilización y el abordaje de los derechos de las PCD, lo que se va fortaleciendo año tras año.

El disfrute y la garantía de los derechos de las PCD depende en gran medida de la sinergia existente entre la actuación de los Estados y los órganos de protección de derechos humanos, de allí la importancia de la labor asumida por la CIDH en nuestro continente.

Sesiones; Fecha: 24/10/2011, Países: Honduras Temas: Derechos de los Pueblos Indígenas, Derechos de los Afrodescendientes / Contra la Discriminación Racial, Peticiones y Casos, Derechos de las Personas con Discapacidad; Sesión: 140 Período de Sesiones; Fecha: 28/10/2010 Maltrato a niños y niñas con discapacidad en instituciones estatales en las Américas; Sesión: 137 Período de Sesiones; Fecha: 6/11/2009 Derecho a la educación de las personas con discapacidad en las Américas.

(23) <http://www.oas.org/es/cidh/informes/tematicos.asp>

(24) <http://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/Jamaica2012esp.pdf>

IV. Bibliografía

BANFI VIQUE A. - GALVÁN PUENTE S. “Los derechos de las personas con discapacidad y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Latinoamericana Derecho Internacional*, N°1 <http://www.revistaladi.com.ar/numero1-banfi-galvan/>

BREGAGLIO LAZARTE, R. “La incorporación de la discapacidad en el sistema interamericano. Principales regulaciones y estándares post-convencionales”, disponible en <http://repositoriodcpd.net:8080/handle/123456789/433>

EROLE C. - FIAMBERTI, H. (Comp.) *Los derechos de las personas con discapacidad. Análisis de las convenciones internacionales y de la legislación vigente que los garantizan*, Editorial EUDEBA, 2008. http://www.cud.unlp.edu.ar/uploads/docs/libro_erole_fiamberti.pdf

GOMEZ MUÑOZ, J.P. “La protección a los derechos humanos de las personas en situación de discapacidad por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, N° 62, pp. 113-145 https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/3578/revista-iidh-62-s_g.pdf

PALACIOS, A. - BARIFFI, F. “La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, disponible en: https://www.sindromedown.net/wp-content/uploads/2014/09/19L_ladiscapacidad.pdf

PALACIOS, A. “El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, disponible en: <https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/coleccion/Elmodelosocialdediscapacidad.pdf>

PARRA-DUSSAN, C. “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: antecedentes y sus nuevos enfoques”, 16 *International Law - Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 347-380 (2010). <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/13841>

SEDA, J. A. “Discapacidad y derechos. Impacto de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, disponible en: <https://editorial.jusbaires.gob.ar/libro/descargar/173/pdf>

**DERECHO INTERNACIONAL,
LENGUA E INTELIGENCIA ARTIFICIAL
ECOS DEL VIII CILE 2019***

*INTERNATIONAL LAW, LANGUAGE
AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE
ECHOES OF VIII CILE 2019*

*Carolina Harrington***

Resumen: Idioma y Derecho internacional se vinculan constantemente y presentan permanentes interrelaciones. Al igual que muchos componentes de la vida social, la lengua también se ve interpelada hoy por los desafíos planteados por el ¿indetenible? avance del desarrollo y utilización de la Inteligencia Artificial (IA). La reflexión propuesta utiliza como hilo conductor los planteos vertidos en el VIII Congreso Internacional de la Lengua Española (Córdoba, 2019). El evento inauguró su fase plenaria ocupándose de la problemática de la IA y la lengua española. Son algunas de las ideas allí expuestas las que se comparten en la contribución. El español afronta, en su incorporación al universo digital, uno de los mayores retos de su historia. Si no se defiende la lengua española para las máquinas, los riesgos implicados incluyen la pérdida de calidad y la disminución de presencia mundial. Es necesario que se resguarde el nivel de protagonismo del español en el mundo de la IA sin sacrificar la riqueza que ya tiene como lenguaje natural.

* Trabajo recibido el 10 de marzo de 2020 y aprobado para su publicación el 30 del mismo mes y año.

** Abogada por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Magíster en Relaciones Internacionales (Centro de estudios Avanzados-UNC). Doctorando en Derecho (UNC). Profesora de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho del UNC. Funcionaria Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Correo electrónico: caroharrington@hotmail.com

Palabras-clave: Inteligencia Artificial - Idioma español - Derecho internacional.

Abstract: Language and international law are constantly linked and present permanent interrelationships. Like many components of social life, language faces today the challenges posed by the unstoppable (?) development of Artificial Intelligence (AI). This paper is based upon the proposals made at the VIII International Congress of the Spanish Language (Córdoba, 2019). The event opened its plenary phase dealing with the problems of AI and the Spanish language. The Spanish language faces, in its incorporation into the digital universe, one of the greatest challenges in its history. If its use is not preserved, the risks include loss of quality and a decrease in world presence. It is necessary to safeguard the level of prominence of Spanish in the world of AI without sacrificing the richness it already has as a natural language.

Keywords: Artificial Intelligence - Spanish language - International law.

Sumario: I. La propuesta. II. La “lengua” de la inteligencia artificial. III. El desarrollo del lenguaje digital y los riesgos que enfrenta el español. IV. La defensa del español sintético. V. Lengua española e Inteligencia artificial. VI. Hacia el futuro.

*“Cuando yo uso una palabra -insistió Humpty Dumpty con un tono de voz más bien desdeñoso- quiere decir lo que yo quiero que diga (...) ni más ni menos. La cuestión -insistió Alicia- es si se puede hacer que las palabras signifiquen tantas cosas diferentes. La cuestión -zanjó Humpty Dumpty- es saber quién es el que manda (...), eso es todo”.
A través del espejo y lo que Alicia encontró allí
Lewis Carroll¹*

I. La propuesta²

Idioma y derecho internacional se vinculan constantemente y presentan permanentes interrelaciones. Si observamos desde el prisma del Derecho internacional

(1) Encabezamiento del prólogo de Carlos LESMES SERRANO, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial de España, al Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. RAE. Santillana, Madrid, 2017.

(2) La publicación tiene toma como base la ponencia presentada por la autora en la sección “Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional” del XXXI Congreso Argentino de Derecho Internacional, celebrado en la Facultad de Derecho, UNC, entre los días 4 y 7 de septiembre de 2019. Se nutre asimismo de los debates allí generados y la evolución del tema emprendido.

privado, brotan temas conflictivos como la influencia del idioma del contrato en la determinación del derecho aplicable³, la necesidad de traducción en las diligencias de asistencia judicial internacional o la lengua del arbitraje. Imposible no traer a colación los “inconvenientes” derivados del proceso de traducción de instrumentos convencionales⁴. Desde una perspectiva de derechos humanos, se ha reconocido que los hablantes pueden usar la lengua según las necesidades de cada lugar de origen, para garantizar los principios de una paz lingüística mundial justa y equitativa, como factor decisivo de coexistencia social y cultural⁵. Una importante porción de los presupuestos de organizaciones internacionales se dedica a la labor de traducción de trabajos y documentos a las diversas lenguas oficiales⁶. En el campo de las relaciones internacionales, sería altamente discutible afirmar que no existen idiomas predominantes. El cuadro es similar si pensamos en el desenvolvimiento de los negocios globales.

En 2017, la sección “Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional” de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI) se

(3) Dos excelentes aproximaciones al tema pueden hallarse en JAYME, Erik. *Les langues et le droit international privé, Courses of the Hague Academy of International Law*, Volume 381, 2017, y OREJUDO PRIETO DE LOS POZOS, Patricia. “El idioma del contrato en el Derecho internacional privado”, *Anuario español de derecho internacional privado*, vol 11, 2011, pp. 155-182.

(4) Dos ejemplos ilustran la afirmación: 1) A través de la ley 27237, del año 2015, el Congreso argentino aprobó la Convención relativa a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, suscripta en La Haya, Reino de Los Países Bajos, el 19 de octubre de 1996. Sin embargo, en 2019 debió introducirse un proyecto de modificación (Expediente Senado: 0054-PE-2019), a raíz de las divergencias del instrumento acompañado y la traducción oficial. En el mensaje de elevación, el Poder Ejecutivo da cuenta que: “en la traducción que ha sido incorporada a la Ley, se aprecian algunas imprecisiones en cuanto a terminología, que podrían derivarse en situaciones confusas a la hora de la puesta en práctica del Convenio en nuestro país. A modo de ejemplo, en la traducción argentina en lugar de responsabilidad parental, se habla de responsabilidad paterna, o de tenencia en lugar de tutela”; 2) Las distintas versiones de la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (México, 1994) contienen inconsistencias, como puede observarse en la reconciliación entre los textos Español, Inglés y Francés, incluida en el Apéndice B de la Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas (OEA, 2019). Allí se da cuenta de algunos casos en los que “el significado es claro, pero hay diferencias entre las versiones lingüísticas, o poco clara en más de un idioma”.

(5) Declaración Universal de los Derechos Lingüísticos, aprobada durante la Conferencia Mundial de Derechos Lingüísticos, celebrada del 6 al 9 de junio de 1996.

(6) Una interesante descripción de la evolución de la labor del intérprete en organizaciones internacionales y sus orígenes puede hallarse en VALERO, Maite. “La interpretación en los organismos internacionales”, *Revista de Llengua i Dret. Num 13*, 1989, p. 71. Allí, la autora relata que en Europa, el problema de la diversidad de lenguas se resolvió imponiendo para la diplomacia un idioma único: primero latín y después francés. Incluso en los encuentros multilaterales, como en el famoso Congreso de Viena, todos los delegados hablaban francés. Si bien, la primera reunión diplomática bilingüe fue la Conferencia de la Paz de París que siguió a la primera guerra mundial. La primera vez que se utilizó la interpretación simultánea no fue en ninguno de los organismos internacionales sino en los juicios de Nuremberg.

dedicó a reflexionar sobre el “Lenguaje llano como herramienta facilitadora del Derecho internacional”, y -entre las conclusiones emanadas de la puesta en común durante el congreso realizado en la ciudad de Mendoza- se incluyó *la necesidad de analizar los beneficios de la utilización del lenguaje llano en entornos jurídicos plurilingües*.

Al igual que muchos componentes de la vida social, la lengua también se ve interpelada hoy por los desafíos planteados por el ¿indetenible? avance del desarrollo y utilización de la Inteligencia Artificial (IA). Basta simplemente poner a prueba el traductor de Google⁷ para despertar el asombro de generaciones que han invertido tiempo y esfuerzo en el aprendizaje de lenguas diferentes a las maternas. Personas que han crecido plenamente convencidos de la riqueza que ese conocimiento entraña. Ni que hablar de los productos desarrollados comercialmente que ya ofician de intérprete simultáneo, a través de dispositivos que traducen conversaciones en tiempo real⁸.

En ese contexto de intersecciones, la presente contribución intenta engarzar los eslabones de Derecho Internacional, Lengua e IA. La reflexión que propongo se vale como hilo conductor de los planteos vertidos en el VIII Congreso Internacional de la Lengua Española, llevado a cabo en marzo de 2019, en Córdoba (CILE 2019) y algunas de sus concreciones posteriores. El evento inauguró su fase de sesiones plenarias ocupándose de la problemática suscitada por la IA y son las ideas allí expuestas las que nos parece propicio compartir.

Es sabido que uno de los parámetros para medir el impacto de un foro como el CILE⁹ pasa por los ecos que genere a futuro. Esas resonancias van enriqueciéndose

(7) Un nuevo sistema de traducción, *Translatotron*, es capaz de traducir la voz de un idioma a otro directamente, sin necesidad de realizar ninguna conversión a texto a través de mecanismos de Inteligencia Artificial (IA). Contiene, incluso, un mecanismo adicional que aprende las características del habla de una persona y las codifica para lograr mantener su tono de voz y utilizarlo posteriormente en la sintetización de la traducción de voz. Disponible en <https://www.lavoz.com.ar/tecnologia/asi-funciona-inteligencia-artificial-de-google-que-traduce-entre-idiomas-sin-necesidad-de> (Consulta: 13/03/2020).

Otro terreno en el que se está avanzando con modelos de reconocimiento de voz es el que persigue facilitar soluciones a personas con discapacidades del habla. Disponible en https://retina.elpais.com/retina/2019/07/22/innovacion/1563769887_399915.html (Consulta:13/03/2020).

(8) Disponible en https://www.clarin.com/sociedad/llegan-auriculares-traducen-conversaciones-tiempo-real_0_j3ZckdZtl.html (Consulta: 13/03/2020).

(9) Aun con las resistencias que el evento despertó. Como ejemplo, puede citarse la celebración de un congreso paralelo “Primer Encuentro Internacional: Derechos Lingüísticos como Derechos Humanos”. Disponible en <https://www.lavoz.com.ar/numero-cero/jugar-con-lengua-contra-normas-de-real-academia> (Consulta: 13/03/2020) y los propios cuestionamientos efectuados en la conferencia de cierre por la escritora María Teresa Andruetto. Las críticas de la autora cordobesa fueron desde el mismísimo nombre del congreso hasta consideraciones acerca del castellano como lengua del saber y el conocimiento, tocando temas relacionados con el influjo lingüístico de España hacia el resto de los países, la faz económica del negocio de la lengua y la omisión de tratamiento del debate en torno al lenguaje inclusivo.

desde renovadas perspectivas y permiten encaminar la reflexión, la decisión y la acción humana en su consecuencia.

II. La “lengua” de la inteligencia artificial

Así se tituló la primera sesión plenaria del CILE 2019, presentada por el propio director de la Real Academia Española (RAE), Santiago Muñoz Machado y que albergó las conferencias de José María Álvarez-Pallete, director de Telefónica y Chema Alonso, experto informático de la misma empresa.

El presentador planteó desde un comienzo el desafío de normativizar el lenguaje de las máquinas. En este punto, instó a las empresas de comunicación del mundo (citó a Google y a IBM, entre otras) a que acepten la regulación del lenguaje para que humanos y máquinas hablen el mismo idioma. Los tiempos actuales -dijo- son extraordinarios: “A modo de ejemplo: mientras la imprenta tardó 200 años en democratizar la cultura, hoy todo se viraliza al instante y esto impacta en la lengua”.

Los panelistas centrales coincidieron en atestiguar que el español afronta, en su incorporación al universo digital, uno de los mayores retos de su historia: la consolidación del lenguaje artificial será lo que marque la entrada definitiva de la humanidad en la era digital.

Alonso alertó sobre lo porvenir con un ejemplo extremo pero elocuente: “Dado el crecimiento vertiginoso de los programas de reconocimiento de voz, en el futuro podríamos tener niños con acento Alexa o con acento Siri”. Según el informático, alguien debe ocuparse del español de las máquinas en nuestros países, o será pensado desde Silicon Valley¹⁰.

Álvarez Pallete tuvo a su cargo el segmento más sustancial. Afirmó que el desarrollo de la inteligencia artificial traerá como consecuencia inmediata una globalización de la cultura, un proceso en el que el español no puede quedar relegado. La calidad cultural del mundo futuro vendrá establecida por la riqueza de la que dotemos al lenguaje artificial. Según su visión, está en juego también la determinación de cuáles serán los idiomas que se impondrán como vehículo de dicho lenguaje. A continuación, reseñamos algunas de las ideas centrales de su conferencia¹¹.

(10) Disponible en https://elpais.com/cultura/2019/03/27/actualidad/1553724953_568415.html (Consulta: 13/03/2020).

(11) Disponible en https://www.abc.es/opinion/abci-inteligencia-artificial-espanol-201903272343_noticia.html (Consulta: 13/03/2020).

III. El desarrollo del lenguaje digital y los riesgos que enfrenta el español

III.1. Riesgo 1: Pérdida de calidad

El impulso del lenguaje de las máquinas es un proceso imparable que puede verse como un riesgo o como una oportunidad.

El lenguaje está sometido a una progresiva degradación: los errores, el mal uso, los vicios del lenguaje se extienden y se consolidan a un ritmo vertiginoso. Un ejemplo curioso: si buscamos en Google el uso erróneo del imperativo del verbo decir, obtendremos dos millones de resultados. Si, en cambio, indagamos su forma correcta, nos mostrará poco más de tres mil.

Las abreviaturas, la comunicación acotada a un número limitado de caracteres, la sustitución de las palabras y las frases por emoticonos, todos esos nuevos hábitos en apariencia inocuos van debilitando la riqueza expresiva del lenguaje y, por tanto, van empobreciéndolo. La IA peca, incluso, de intolerables incorrecciones: si escribimos *engineer*, es seguro que el asistente de traducción nos ofrecerá ingeniero, en masculino; pero si escribimos *nurse*, la traducción será enfermera, en femenino.

A estos ejemplos pueden agregarse otros, de palabras que los procesadores de texto no reconocen y nos proponen corregir o sustituir, en especial palabras de uso poco habitual. El lenguaje sintético tiene una tendencia natural a elegir el camino más corto y fácil en su aprendizaje y, por tanto, a la reducción del léxico utilizable. Esto es algo que no debemos aceptar como si fuese un precio inevitable que debemos pagar en el desarrollo tecnológico¹².

III. 2. Riesgo 2: Disminución de presencia

El español es la segunda lengua más hablada del mundo después del chino y por encima del inglés. Sin embargo, en materia de contenidos digitales, el inglés pasa a ocupar el primer puesto y el español cae a la cuarta posición, superado también por el ruso y el alemán. El riesgo es ya una realidad. La optimización de las herramientas para el reconocimiento de voz y, en general, el desarrollo de la IA se está produciendo ya fundamentalmente en inglés: *Cloud Speech*, *Cortana*, *Siri*, *Alexa* o *Echo* tienen más vocación angloparlante que políglota.

(12) Los algoritmos viralizan aquello que más se usa porque detectan que eso es lo correcto y por lo tanto los errores más usuales se viralizan más y no son sólo palabras, sino también errores gramaticales o sintácticos. También ocurre que los algoritmos desechan palabras que se utilizan poco, pero dan riqueza al lenguaje. Es decir que consideran que si no se utilizan, no son correctas. Entonces, no sólo visualizan incorrectas sino que anulan las enriquecedoras.

IV. La defensa del español sintético

La RAE y Telefónica han venido desarrollando un convenio para promover IA en español, bajo la premisa que la IA no buscará por sí sola un lenguaje de calidad ni tampoco un lenguaje alternativo al predominante.

La propuesta expresada impulsa el español sintético como lenguaje protagonista del universo digital, sin renunciar a la misma riqueza que ya tiene como lenguaje natural.

Para ello, se señalan una serie de características irrenunciables que se esperan del español digital:

- Preservar la riqueza de su vocabulario, su sintaxis, su ortografía y su capacidad expresiva. La IA aprenderá el lenguaje con el nivel de riqueza que las personas le quieran enseñar.
- Reconocer un lenguaje en evolución. Debe mantener la misma viveza en el universo digital que ya ha acreditado en el uso oral o literario, con capacidad para combinar la conservación de los términos ya existentes con la incorporación de nuevos conceptos y usos al ritmo que demanda el cambiante universo digital.
- Ser un lenguaje adaptativo, capaz de competir, integrarse e interactuar con ese complejo microcosmos de abreviaturas, modismos, imágenes y símbolos característicos y exclusivos del lenguaje sintético.
- Conservar su cotidianeidad, ya que el uso digital debe evitar ser un exotismo. Es recomendable que incorpore a las herramientas, aplicaciones e instrumentos más presentes en nuestra vida diaria, con la misma accesibilidad que el inglés, de tal manera que usar el español como lenguaje sintético sea algo cómodo e intuitivo.

El objetivo final es reducir la brecha entre el lenguaje natural y el lenguaje sintético. Se abogó por un trabajo en conjunto de lingüistas, académicos, creadores, educadores, gobernantes y las empresas responsables del desarrollo tecnológico.

V. Lengua española e Inteligencia artificial

Las intenciones anticipadas en el CILE 2019 se materializaron en el proyecto *Lengua Española e Inteligencia Artificial* (LEIA), presentado con motivo de la clausura del XVI Congreso de la Asociación de Academias de la Lengua Española (ASALE), en noviembre de 2019. Según la RAE, la iniciativa tiene por objeto la defensa, proyección y buen uso de la lengua española en el universo digital y, especialmente, en el ámbito de la inteligencia artificial y las tecnologías actuales.

Los objetivos principales explicitados en su oportunidad revisten una doble dimensión: a) velar por el buen uso de la lengua española en las máquinas y, b) aprovechar la inteligencia artificial para crear herramientas que fomenten el uso correcto del español en los seres humanos. La primigenia participación de Telefónica, se ensanchó en términos de corporaciones tecnológicas al sumarse Google, Amazon, Microsoft, Twitter y Facebook.

Para canalizar la interacción de la lengua y de los recursos que la RAE ofrece con la IA, se suscribió un acuerdo en el que las empresas se comprometen a utilizar los materiales de la RAE como sus diccionarios, gramática u ortografía en el desarrollo de sus asistentes de voz, procesadores de texto, buscadores, *chatbots*, sistemas de mensajería instantánea, redes sociales y cualquier otro recurso, así como a seguir los criterios sobre buen uso del español aprobados.

También se obligan a facilitar que el español esté disponible como lengua de uso de sus productos y servicios, teniendo en miras el disfrute, en esta lengua, de los beneficios que ofrezca, ahora y en el futuro, la IA.

Como contrapartida, la RAE desarrollará un certificado de buen uso del español, que expedirá a petición de las empresas adheridas al programa LEIA, abierto a otras compañías que así lo soliciten.

VI. Hacia el futuro

David Crystal sostiene que todas las generalizaciones sobre las comunicaciones por medios electrónicos son, por fuerza, provisionales debido a la naturaleza misma del medio. Señala la dificultad que entraña su tamaño pues nunca ha habido un *corpus* lingüístico tan grande como el de internet, que contiene más lenguaje escrito que todas las bibliotecas del mundo juntas. Por otra parte, la diversidad estilística y la velocidad a la que se producen los cambios hace difícil seguirle el ritmo¹³.

Ante ese escenario, no resulta sencillo predecir la manera en que irán configurándose las confluencias entre Derecho internacional y lenguaje en un escenario social, económico, cultural y jurídico con participación cada vez más frecuente de la IA. Tampoco, vaticinar si el ser humano será capaz de normativizar la IA o si la IA disponible obligará a los seres humanos a transformar la manera en la que se reglamentan muchos procedimientos, se imponen deberes o se reconocen derechos. Lo que sí se avizora es la necesaria revisión de perspectivas presentes en la cotidianidad del derecho internacional: traducciones, formas de trabajo en entornos plurilingües, “posición dominante” de ciertos idiomas sobre otros. El derecho internacional ya se ve impregnado por la IA tanto a la hora de plantearse los nuevos

(13) CRYSTAL, David. “Internet y los cambios en el lenguaje”, en *C@mbi: 19 ensayos clave acerca de cómo internet está cambiando nuestras vidas*, BBVA Edición, España, 2014.

campos a regular, como requirente de los beneficios de la tecnología inteligente para hacer más eficientes los mecanismos que organiza.

Ciertamente, es posible que algunos de los reparos y desafíos que se plantearon acerca de la lengua española (de España) y la necesidad de favorecer su presencia en el mundo digital, sean replicables en relación a las manifestaciones particulares de la lengua en nuestros países.

Estas inquietudes no hacen más que confirmar que el valor de un encuentro como el CILE 2019 se proyecta más allá de las conclusiones que se aprueben. Su verdadera potencia hacia el futuro radica en las semillas que siembre en los que se dejen alcanzar por su eco. Es de esperar que esa resonancia impregne de responsabilidad los esfuerzos para enfrentar los desafíos que atraviesan los eslabones de Derecho internacional, IA y lengua española.

La última reflexión se torna imagen y toma la forma de convite: apreciar una obra arquitectónica/escultórica ubicada sobre calle Caseros, frente a una de las entradas de la Facultad de Derecho, de la Universidad Nacional de Córdoba. “HABLA” es la ganadora del concurso abierto en el marco del CILE 2019, para diseñar un hito conmemorativo de escala urbana a constituirse como símbolo ciudadano.

La idea de sus autores¹⁴ se materializó en un entramado de conductos de comunicación verbal en los que es posible hablar por un extremo y que alguien escuche desde el otro. Paralelamente, es una alegoría del trazo de palabras escritas¹⁵. Esta pieza -manifiestan sus responsables- se constituye a partir del entrecruzamiento de cuatro importantes conductos que se extienden, representando -a modo de metáfora- cómo el idioma español se ha expandido hacia los cuatro puntos cardinales del globo.

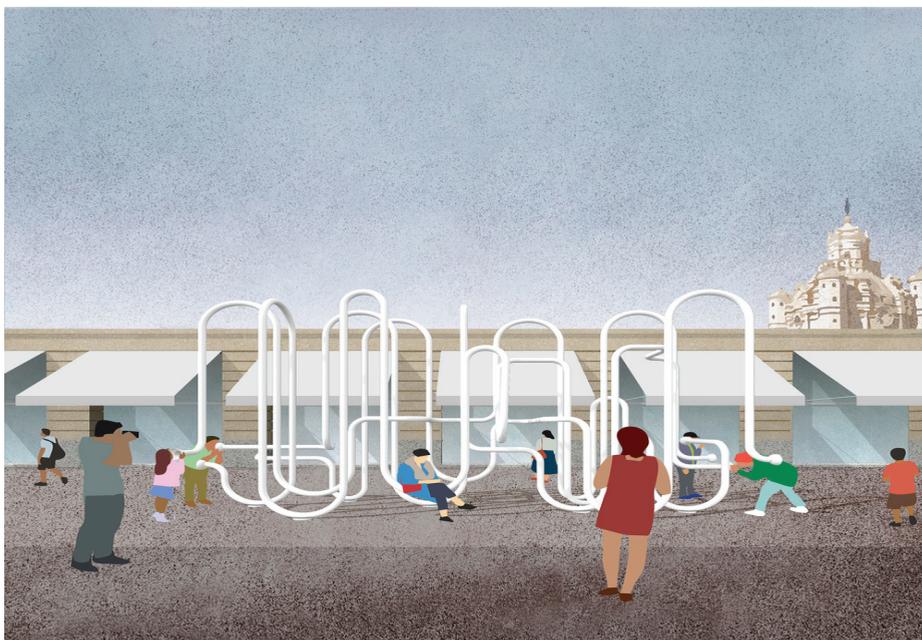
Los arquitectos la diseñaron como invitación activa a descubrir los valores de la comunicación y la conversación, remarcando la importancia de la voz, del decir, del ser escuchado y del escuchar a los otros, una invitación a recordar que nos une la lengua, y es ella la que posibilita la convivencia a través del entendimiento mutuo.

Resulta imperioso que los humanos nos impongamos el cometido de tomar las decisiones que moldeen la IA disminuyendo posibles sesgos, para propender a que

(14) SCHIAVONI, Rodrigo - YENERICH, Adán. “HABLA”, “Proyecto Ganador para el Hito Histórico del Congreso Internacional de Lengua Española en Córdoba, 2019. Arquitectura. Tamaño: 6,4m largo, 1,6m ancho, 3,6m alto.

(15) La propuesta se sostiene en un delicado equilibrio entre rigidez y dinamismo, manifestando la propiedad estricta y a la vez cambiante de la comunicación humana y definiéndose como una simbiosis de los diferentes canales en los que se construye el lenguaje y la comunicación verbal y escrita. BRUSSINO, Lucía. “Conoce el proyecto ganador para el Hito Histórico del Congreso Internacional de Lengua Española en Córdoba”, 22 feb 2019. Plataforma Arquitectura. Disponible en <https://www.plataformaarquitectura.cl/cl/912000/conoce-el-proyecto-ganador-para-el-hito-historico-del-congreso-internacional-de-lengua-espanola-en-cordoba> (Consulta: 13/03/2020).

lengua e IA se vinculen con el objetivo de favorecer la convivencia humana, meta -en definitiva- que también persigue el Derecho internacional.



Fuente de la imagen: <https://www.plataformaarquitectura.cl/cl/912000/conoce-el-proyecto-ganador-para-el-hito-historico-del-congreso-internacional-de-lengua-espanola-en-cordoba>

ANATOMIA, OBJETIVO Y FUNCIONES DEL DEBIDO PROCESO*

ANATOMY, OBJECTIVE AND FUNCTIONS OF THE DUE PROCESS

*Carlos Manuel Rosales***

Resumen: Este trabajo presentará un breve estudio de la institución del debido proceso. Con el objetivo de conocer, comprender, vislumbrar, y descubrir cuáles son los conceptos básicos e indispensables que hay que reconocer en esta materia jurisdiccional.

Palabras-clave: Debido proceso - Constitución - Legalidad - Justicia - Seguridad jurídica.

Abstract: This work will present a brief study of the institution of the due process. With the aim to know, to understand, to glimpse this topic, and to discover which are the basic and indispensable concepts that exist to recognize as for due process.

Keywords: Due process - Constitution - Legality - Justice - Juridical safety.

Sumario: I. Introducción. II. Concepto. III. Naturaleza. IV. Objetivo. V. Contenido. VI. Clasificación. VII. Conclusiones. VIII. Fuentes. IX. Bibliografía.

I. Introducción

El debido proceso es un derecho fundamental de los justiciables, que está compuesto por los diversos principios que en su conjunto integran al mismo. Su conte-

*Trabajo recibido el 17 de diciembre de 2019 y aprobado para su publicación el 20 de febrero de 2020.

** Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Diplomado por la Universidad de Heidelberg. Magister y Doctorado por la Universidad de Chile. Investigador del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), México.

nido -entonces- no es independiente, sino más bien que su naturaleza es intrínseca al desarrollo y respeto de cada uno de los principios que lo conforman.

También, el debido proceso se ha visto como un principio normativo que resulta de la ejecución de las leyes y derechos establecidos previamente, en que se advierte y señala cómo debe ser la conducta funcional de la autoridad pública. Asimismo, el principio del debido proceso es un test de control realizado por la jurisdicción, en que se analiza si se ha cumplido y respetado los derechos de las personas, pudiendo confirmar la labor de la autoridad, revocando el acto por violar total o parcialmente las funciones asignadas en la ley, y/o modificando el agravio provocado por la acción u omisión de la autoridad.

Otra parte del debido proceso es que se deben calificar y verificar los actos públicos según lo estipula la norma. Esta operación procesal es fundamental para imponer un parámetro de conducta, control y actuación a las autoridades, y para que se examine y pondere el comportamiento del servidor con lo que establece la norma, y establecer si actuó conforme a ella, o sea, analizar y decidir si se llevó un debido proceso. Por lo que el debido proceso se convierte en un tema de análisis y control jurisdiccional, sobre lo realizado por la autoridad.

En este artículo se expondrá sucintamente cuáles son las concepciones del debido proceso en la doctrina y en la jurisprudencia de diversos países. Posteriormente, se observará su naturaleza para notar su origen y función.

El debido proceso -como toda institución pública- tiene un objetivo, por lo que se presentará su función en un estado democrático de derecho. Este apartado también discernirá sobre las partes que lo integran, deconstruyendo su papel de lo particular a lo general. Como resultante de lo anterior, se verá la clasificación especial que se hace del debido proceso. Se finalizará esta monografía con un conjunto de conclusiones que enhiestan el papel del debido proceso, como institución de seguridad jurídica para el justiciable, y la sociedad en su conjunto.

II. Concepto

El debido proceso nace como un mecanismo de control a la función que realizan las autoridades en el ejercicio del poder. La primera responsabilidad de un funcionario es actuar con base en la norma que proviene del legislativo, un acto administrativo, o incluso de una determinación judicial. Entonces, se debe notar que el servidor no tiene espacio para improvisar, sus actuaciones deben ser la materialización de un acto previo heterónimo, que tiene por objeto algún objeto del Estado.

El proceso en materia judicial puede ser visto como:

“El lleno de las exigencias formuladas por la Constitución y las leyes, para asegurar a toda persona justiciable su derecho fundamental a ser oída en forma pública, con las debidas garantías y sin dilaciones injustificadas, ante

una autoridad independiente e imparcial, facultada por la ley para ejercer jurisdicción en el caso concreto. Los principios y las reglas del debido proceso deben aplicarse tanto a las actuaciones judiciales como a las actuaciones administrativas”¹.

El proceso es un juicio y es lícito en cuanto implica un acto de justicia. Y como es evidente por la naturaleza procesal, se requieren tres condiciones para que un proceso sea “debido”: Primera, que proceda de una inclinación por la justicia; Segunda, que proceda de la autoridad competente; Tercera, que se profiera de acuerdo con la recta razón de la prudencia; en este caso, que se coteje integralmente toda pretensión, de tal manera que siempre esté presente el derecho de defensa, y que el juez en ningún momento se arrogue prerrogativas que no están regladas por la ley, ni exija, asimismo, requisitos extralegales. Siempre que faltaren estas condiciones, o alguna de ellas, el juicio será vicioso e ilícito².

El concepto de debido proceso se localiza en muchas legislaciones. En algunas lo asemejan con el derecho de defensa; en otras lo relacionan con las garantías judiciales, y la tendencia más actual, que es completar el diseño de cuanto significa tener un “debido proceso” con las condiciones que surgen de los tratados y convenciones que suman requisitos de validez y eficacia (por ejemplo, el derecho al recurso y el plazo razonable, entre otros).

El debido proceso, en líneas generales, responde en el constitucionalismo al concepto formal de cómo debe sustanciarse un procedimiento, aun cuando al mismo tiempo reconozca un aspecto sustancial, declarado como principio de razonabilidad. El adverbio “debido” no aparece en muchas de las cartas constitucionales americanas, hecho significativo si tenemos en cuenta la idea que surge inmediatamente cuando se habla del “debido proceso”.

El origen aceptado es la 5ª enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, que establece los derechos de todo ciudadano a tener un proceso judicial; y también figura en la 14ª enmienda, como una restricción al poder del Estado para resolver sobre el destino de las personas sin el debido proceso. Estas dos facetas se reproducen en la explicación acerca del concepto. Es decir, se pone de relieve la importancia que tiene la actuación jurisdiccional. Son los jueces quienes deben preservar las garantías del proceso, y aplicar el principio de razonabilidad en cada una de las decisiones que adopte³.

(1) CASTRO CAYCEDO, G. *Para Desarmar la Palabra: Diccionario de términos del Conflicto y de la paz*, Corporación Medios para la Paz, Bogotá, 1999, p. 81.

(2) Sentencia No. T-158/93 de la Corte Constitucional de Colombia.

(3) *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, Tomo I, Ed. UNAM, México, 2014, pp. 297-299.

Agustín Gordillo al referirse al debido proceso indica que “(...) supone el descargo y la prueba, la publicidad, la transparencia, la vista y el acceso irrestricto a las actuaciones, la motivación de los actos y el cumplimiento de los procedimientos especiales requeridos por la ley para determinados actos y decisiones. En cualquier caso, no resultan admisibles interpretaciones que proponen restringir o limitar indebidamente el alcance del debido proceso. En ningún caso será legítimo prescindir de su observancia y cumplimiento (...)”⁴.

Isidre Molas señala que el Estado de Derecho es “aquel Estado que garantiza el ejercicio de los Derechos Fundamentales (que son al mismo tiempo el límite de su actuación), que divide el ejercicio de los poderes del Estado en diferentes instituciones u órganos y que subordina la actuación de estos a la Ley, en cuanto expresión de la voluntad del pueblo”⁵, por lo que es un Estado fundado en el Derecho con un contenido material basado en la concepción de la dignidad de la persona humana, que se identifica con un sistema político liberal y democrático, totalmente contrario al Estado de monarquía absolutista, caracterizado por un poder unificado, déspota, no sometido a Derecho.

La Corte Constitucional colombiana ha definido que: “Por Estado de Derecho se debe entender el sistema de principios y reglas procesales según los cuales se crea y perfecciona el ordenamiento jurídico, se limita y controla el poder estatal y se protegen y realizan los derechos del individuo. Surge entonces el derecho de defensa de la persona frente al Estado, que se rige por un proceso”⁶.

En concordancia con ese concepto se dice que para que exista un Estado de Derecho se debe cumplir con los siguientes requisitos formales:

- 1.- La existencia de una Constitución Política;
- 2.- La garantía y el respeto de los derechos del hombre;
- 3.- El respeto de las minorías políticas;
- 4.- La separación de los poderes del Estado; y,
- 5.- La sujeción de la actividad del Estado a normas jurídicas preestablecidas.

Retornando al tema principal, es menester presentar diversas acepciones del concepto debido proceso. El Black Law’s Dictionary contiene la siguiente definición:

(4) Tomado de PASTOR DE PEIROTTI, I./ORTIZ DE GALLARDO, M. I. “El debido proceso adjetivo y el control de convencionalidad”, *Anuario del CIJS*, Córdoba, 2008. GORDILLO, A. *Procedimiento Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 2003, p. 43.

(5) MOLAS, I. *Derecho Constitucional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1998, p. 7.

(6) Sentencia No. T-094/93 de la Corte Constitucional de Colombia.

“Law in its regular course of administration through courts of justice. Due process of law in each particular case means such an exercise of the powers of the government as the settled maxims of law permit and sanction, and under such safeguards for the protection of individual rights as those maxims prescribe for the class of cases to which the one in question belongs. A course of legal proceedings according to those rules and principles which have been established in our systems of jurisprudence for the enforcement and protection of private rights. To give such proceedings any validity, there must be a tribunal competent by its constitution -that is. by the law of its creation- to pass upon the subject-matter of the suit; and, if that involves merely a determination of the personal liability of the defendant, he must be brought within its jurisdiction by service of process within the state, or his voluntary appearance. *Pennoyer v. Neff* 95 U.S. 733, 24 L.Ed. 565”⁷.

La Sala Constitucional de Colombia define al debido proceso como la base para garantizar los demás derechos constitucionales: “El debido proceso compendia la garantía de que todos los demás derechos reconocidos en la Carta serán rigurosamente respetados por el juez al resolver asuntos sometidos a su competencia, como única forma de asegurar la materialización de la justicia, meta última y razón de ser del ordenamiento positivo”⁸.

En Bolivia, el artículo 115 de la Constitución política del Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones. Asimismo, la Corte Suprema ha manifestado que el debido proceso es: “el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo, en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (...)”, “comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos”⁹.

En Perú, la doctrina ha conceptualizado el debido proceso o proceso justo como “un derecho humano o fundamental que tiene toda persona por el sólo hecho de serlo, y que le faculta a exigir al Estado un juzgamiento imparcial y justo ante un Juez responsable, competente e independiente, toda vez que el Estado no sólo está en el deber de proveer la prestación jurisdiccional a las partes o terceros legitimados, sino a proveerla bajo determinadas garantías mínimas que le aseguren tal juzgamiento imparcial y justo”¹⁰.

(7) *Black's Law Dictionary*, Sixth Edition, Ed. West, USA, p. 500.

(8) Sentencia C-252/01 de la Corte Constitucional de Colombia.

(9) Sentencia SC 418/2000 R y 1276/2001 de la Corte Constitucional de Colombia.

(10) CAS 2544-2005 Sala civil transitoria de la Corte Suprema.

El concepto de derecho contiene la garantía de control a la autoridad y, con ello, seguridad para las personas: “The concept of due process of law as it is embodied in Fifth Amendment demands that a law shall not be unreasonable, arbitrary, or capricious and that the means selected shall have a reasonable and substantial relation to the object being sought. U. S. v. Smith, D.C. Iowa, 249 F. Supp. 515. 516”¹¹.

III. Naturaleza

El debido proceso como instrumento legal o constitucional analiza y examina el trabajo hecho por la autoridad, y por otro lado, es un mecanismo que tiende a redimir un acción u omisión, en que no se respetó un derecho o no se llevó el proceso o procedimiento acorde a lo previamente establecido. Entonces, se tiene que la naturaleza del debido proceso es, por un lado, un instrumento legal del justiciable, que permite revisar el acto de la autoridad y valorar si se procedió como señala la norma, para confirmar, modificar o revocar el acto que instauró su examinación. Por lo que el debido proceso, tiene tres fases: la inconformidad por el actuar, el análisis del asunto por un tercero, y la determinación sobre si la autoridad que realizó o emitió el acto se apegó a la normatividad vigente.

El derecho al debido proceso -considerado de manera abstracta- constituye una aplicación del principio de legalidad dentro de un proceso judicial o administrativo. Tal definición, aun sin necesidad de que se determinen el contenido y los alcances del derecho, tiene una repercusión fundamental: garantizar a las personas que la actividad de las autoridades estatales va a seguir un conjunto de reglas procesales establecidas de antemano. Este derecho, así formulado, brinda a los individuos seguridad frente a la actividad estatal, y garantiza que dichas reglas se apliquen por igual a todos, como consecuencia del carácter general y abstracto de la ley procesal. De tal modo da aplicación a tres principios jurídicos fundamentales: la seguridad jurídica, la legalidad de los procedimientos, y la igualdad de las personas frente a la ley. Como regla general, el derecho al debido proceso tiene cabida, únicamente, en procedimientos que sigan las autoridades administrativas o judiciales, y sólo excepcionalmente en las actuaciones de los particulares¹².

De esta manera, el debido proceso se convierte en un mecanismo de control que sirve para restablecer los derechos del afectado, o en su caso, considerar que las violaciones al proceso fueron vitales y, por tanto, no se puede continuar con esa causa (i.e. un caso de tortura y la forma ilícita en cómo se obtuvieron las pruebas), sin que esto signifique absolver a la persona, sino que los actos previos son un agravio irreparable, y por tanto, no es posible reponer las condiciones para que se emita una sentencia en que se puedan tutelar sus derechos.

(11) *Black's Law Dictionary*, Sixth Edition, Ed. West, USA, p. 500.

(12) Sentencia T-546/00 de la Corte Constitucional de Colombia.

La naturaleza del debido proceso es por ende un instrumento para observar cómo fue el proceder de la persona responsable del acto. Considerando a las partes, es un medio para resolver si se actuó conforme a la normatividad o si fueron violentados los derechos del afectado y, por tanto, determinar qué se debe realizar.

“[...] [E]l debido proceso tiene por función asegurar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Estado, dando a toda persona la posibilidad de recurrir a la justicia para obtener la tutela jurisdiccional de los derechos individuales a través de un procedimiento legal en el que se dé oportunidad razonable y suficiente de ser oído, de ejercer el derecho de defensa, de producir prueba y de obtener una sentencia que decida la causa dentro de un plazo preestablecido en la ley procesal [...]”¹³.

Sobre la naturaleza del debido proceso, el diccionario Black’s Law indica que:

“Due process of law implies the right of the person affected thereby to be present before the tribunal which pronounces judgment upon the question of life, liberty, or property, in its most comprehensive sense; to be heard, by testimony or otherwise, and to have the right of controverting, by proof, every *material* fact which bears on the question of right in the matter involved. If any question of fact or liability be conclusively presumed against him, this is not due process of law”¹⁴.

Es fundamental advertir que el debido proceso no es una fórmula. Más bien, es un mecanismo normativo que sirve en cada caso -por lo que no se puede generalizar- determinar si de violó o no el correspondiente proceso. Se debe precisar claramente en qué parte y cómo fue el incumplimiento al proceso en cada asunto, y, por tanto, también se tendrá una respuesta para cada caso.

Por otro lado, dentro de la naturaleza del debido proceso hay que observar los siguientes aspectos:

- 1.- Derecho Público: implica una prerrogativa con respecto al Estado;
- 2.- Extrapatrimonial: no tiene una utilidad económica inmediata, no siendo valuable en dinero.
- 3.- Carácter relativo: está limitado a una persona en particular, a un sujeto pasivo determinado, únicamente el Estado y sus órganos y agentes que manifiestan su voluntad;

(13) Recurso de Casación N° 1772-2010, Sala Civil Transitoria (Lima).

(14) *Black’s Law Dictionary*, Sixth Edition, p. 500.

- 4.- **Carácter originario:** sin perjuicio de caer en razonamientos filosóficos, es una de las causas principales por la que las personas se unen en sociedad (protección de sus derechos), por lo que resulta evidente que ésta sea su prerrogativa: pertenecer a toda persona independientemente de su actividad dirigida a adquirirlo;
- 5.- **Carácter intransmisible e intransferible:** es un derecho y personalísimo y por lo tanto se encuentra en esta categoría;
- 6.- **Derecho puro y simple:** su goce no está sujeto a modalidad alguna, sino que constituye un derecho de los individuos y una obligación del Estado y los particulares.

La Corte Constitucional colombiana ha manifestado que la naturaleza del debido proceso hace que sea expansivo a todas las actuaciones judiciales y administrativas:

“Según la jurisprudencia constitucional, el proceso es debido cuando se ajusta a las previsiones legales, se acomoda a las formas propias de cada juicio y garantiza el derecho de defensa de los asociados. A través de la garantía del debido proceso, el Estado logra impedir que las controversias jurídicas se tramiten según el capricho de los funcionarios encargados de resolverlas, pero también busca que la Administración de justicia se imparta según criterios homogéneos que garanticen la seguridad jurídica y el principio de igualdad”¹⁵.

En Brasil, se ha expresado la importancia del debido proceso como una consecuencia de las leyes que ha emitido previamente el legislativo y de la ejecución de las normas por la administración:

“A cláusula do devido processo legal -objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição- deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe rês tições de carácter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário. A essência do “substantive due process of law” reside una necessidade de proteger os direitos e las liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe da competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento

(15) Sentencia T-945/99 de la Corte Constitucional de Colombia.

institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal. Observância pelas normas legais impugnadas, da cláusula constitucional do “substantive due process of law”¹⁶.

La Corte constitucional colombiana plantea que la naturaleza para que un proceso sea debido:

“Es un juicio y es lícito en cuanto implica un acto de justicia. Y como es evidente por la naturaleza procesal, se requieren tres condiciones para que un proceso sea debido: Primera, que proceda de una inclinación por la justicia; Segunda, que proceda de la autoridad competente; Tercera, que se profiera de acuerdo con la recta razón de la prudencia, en este caso, que se coteje integralmente toda pretensión, de tal manera que siempre esté presente el derecho de defensa, y que el juez en ningún momento se arroge prerrogativas que no están regladas por la ley, ni exija, asimismo, requisitos extra-legales. Siempre que faltaren estas condiciones, o alguna de ellas, el juicio será vicioso e ilícito”¹⁷.

Asimismo, y complementando el apartado anterior, se ha establecido que el debido proceso es el conjunto de trámites y formas que rigen la instrucción y resolución de una causa, en cualesquiera de las jurisdicciones; es garantía para la debida protección y el reconocimiento de los derechos de las personas:

“Dentro de este entendido se ha previsto una serie de garantías de independencia y ecuanimidad para quienes tienen como misión la administración de justicia. Consciente el legislador de la naturaleza humana de quienes administran justicia y con el fin de que los jueces sean imparciales, ha establecido una gama de causales que, de existir, pueden restarle objetividad a la intervención del fallador. Para garantizar a los litigantes el adelantamiento imparcial de los procesos y permitirles a los jueces eximirse de intervenir en los juicios en donde no puedan tener absoluta imparcialidad, la ley faculta a aquéllos para que recusen a los jueces y a éstos para que se declaren impedidos”¹⁸.

Por lo que se tiene tres nuevas variables para considerar que hubo un debido proceso: imparcialidad, independencia y objetividad.

(16) *Diario de justicia de la Unión*, del 27 de abril de 2001.

(17) Sentencia T-158/93 de la Corte Constitucional de Colombia.

(18) Sentencia No. T-445/92 de la Corte Constitucional de Colombia.

La *imparcialidad* es definida por la Real Academia Española (RAE) como: “la falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”.

Por lo que se puede entender a la imparcialidad como “la ausencia de todo aquello que puede estorbar el juicio objetivo y, en sentido estricto, sería la ausencia de las pasiones que pueden dificultar una consideración equitativa de las partes”¹⁹.

La imparcialidad se puede considerar como un hábito de conducta y de disposición objetiva, que puede obtenerse con el desempeño de las labores, que va madurando con el raciocinio y se coloca por encima de la posición particular y que pone al juzgador por encima de la litis y sometido sólo al imperio de la ley²⁰.

Isabel Trujillo valora a primera instancia, a la imparcialidad desde el punto de vista jurídico:

“La imparcialidad se ha configurado tradicionalmente como una característica estructural del derecho. Se sitúa dentro del juicio de autoridad y constituye un criterio interno de articulación, conectado con una exigencia de justicia en relación con los sujetos implicados”²¹. Esta autora estima que existen dos conceptos primarios de imparcialidad: “el primero tiene que ver con la objetividad del juicio y considera imparcial a quien juzga de manera objetiva, sin prejuicios o distorsiones; el segundo tiene que ver con el equilibrio cuando se confrontan intereses opuestos, poniendo el acento sobre un sentido colateral de imparcialidad: la ausencia de favoritismo o de partidismo”²².

Por lo que se deben distinguir tres concepciones de este principio: “1) la imparcialidad desde el punto de vista del hombre virtuoso, consistiría en la capacidad de deliberar bien; 2) la imparcialidad consistiría en la capacidad de deliberar bien en materia de relaciones subjetivas conectadas con la operación de la distribución; es decir, la virtud del que realiza un buen juicio de justicia, y 3) la imparcialidad consistiría en una característica de la ley relativa a su justicia y sabiduría”²³.

De esta manera, se puede observar que la imparcialidad “no es fruto de una elección personal del individuo, como lo sería quizá si fuese una cualidad moral; es obra de una reglamentación que establece funciones y modalidades”²⁴.

(19) TRUJILLO, I. *Imparcialidad*, Ed. UNAM, México, 2008, pp. 30 y 69.

(20) DROMI, J. *El Poder Judicial*, Ariel, Argentina, 2006, pp. 55-60.

(21) TRUJILLO, I. *Imparcialidad*, *op. cit.*, p. 2.

(22) *Ídem*, p. 3. *Vid.* SALDAÑA, J. *Virtudes del juzgador*, UNAM, México, 2000, pp. 48-51.

(23) *Ídem*, p. 30.

(24) *Idem*, p. 292.

En materia judicial, la imparcialidad es un producto de la voluntad de decidir o juzgar rectamente, con base en la experiencia, en la capacidad profesional y estar bien informado sobre el negocio que se va a resolver²⁵.

Este principio jurisdiccional se encuentra definido en el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación (CEPJF) mexicano en su artículo 2º: “actitud del juzgador frente a influencias extrañas al Derecho, provenientes de las partes en los procesos sometidos a su potestad. Consiste en juzgar, con ausencia absoluta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguno de los justiciables”²⁶.

Por lo anterior, el principio de imparcialidad significa que, en el desarrollo de sus actividades, todas las autoridades jurisdiccionales deben reconocer y velar permanentemente por el interés de la sociedad y por los valores fundamentales de la democracia supeditando a éstos, de manera irrestricta, cualquier interés personal o preferencia política²⁷.

Las materias primas para un juicio imparcial son: la independencia, la legalidad y la estabilidad en su cargo del juez. Por lo que, a continuación, se analizará el principio de independencia en dos vertientes, como principio institucional y como principio garante del sistema de administración de justicia.

En la actualidad, las democracias constitucionales occidentales comparten una característica fundamental: la *independencia* del juez, o sea, un conjunto de garantías destinadas a asegurar su imparcialidad, respecto a las partes y a las instituciones políticas y sociales²⁸.

De manera más particular, la independencia judicial es la nota que no puede conseguirse más que con la seguridad en el desempeño laboral de los juzgadores, con la certeza del nombramiento y de saberse sujetos a la promoción y con la adecuada retribución y estímulos, que les brinde tranquilidad personal, lo que en su conjunto significará la existencia de un Poder Judicial que no guarde dependencia en ningún sentido y, mucho menos relación de jerarquía alguna con los otros funcionarios de los otros poderes públicos, a fin de estar en la capacidad de cumplir con el papel que la Constitución, les ha asignado²⁹.

La independencia jurisdiccional significa, que los jueces no se encuentran sometidos a ninguna instancia jerárquica, política, administrativa, económica, burocrática o de cualquier orden, pues la esencia del ejercicio de su función es la

(25) GALVÁN RIVERA, F. *Derecho Procesal Electoral*, Porrúa, México, 2007, p. 93.

(26) Código de ética del Poder Judicial de la Federación de México, p. 18. *Vid.* TRUJILLO, *Imparcialidad*, *op. cit.*, pp. 360-381.

(27) TEPJF. *El Sistema mexicano de justicia electoral*, IFE, México, 2000, p. 15.

(28) GUARNIERI, Carlo - PEDERZOLI, Patrizia. *Los jueces y la política*, Taurus, España, 2001, p. 16.

(29) HERRENDORF, D. *El poder de los jueces*, Abeledo, Buenos Aires, 2004, pp. 97-109.

libertad para actuar, sin tomar en cuenta ningún elemento que no sea la ley³⁰. Esta garantía judicial tiene por objeto mantener su imparcialidad y ajenos de cualquier influencia a los servidores del Poder Judicial³¹.

La subordinación del juez es sólo a la ley y esto es, precisamente, su protección más eficaz y, su garantía para una independencia judicial plena: “La amplitud y la efectividad de las garantías personales que rodean al juez están estrechamente conectadas con las características particulares de la organización judicial que, en gran medida son tributarias del tipo de reclutamiento”³².

La racionalidad que subyace al principio de independencia judicial es, sin duda, la necesidad de contar con una auténtica imparcialidad en la administración de justicia. No sólo para proteger a los individuos en contra de cualquier tipo de arbitrariedad o abuso, sino, sobre todo, para permitir que tan sólo sea un órgano imparcial, el autorizado para determinar el sentido de la norma jurídica³³.

Las injerencias a su labor pueden ser externas o internas:

“La independencia exterior se plantea ante los otros poderes formales. El Judicial -o jurisdiccional- no depende del Ejecutivo ni del Legislativo en el cumplimiento de las facultades que le reserva la Constitución, con base en la división de poderes. La independencia interior se presenta cuando el juzgador está en posibilidad de conocer o resolver sin que lo distraigan circunstancias propias -oriundas, a menudo, de sus relaciones o situaciones personales- que pudieran desviar la legitimidad del juicio”³⁴.

El principio de independencia judicial es señalado por el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación mexicano, como la: “actitud del juzgador frente a influencias extrañas al derecho, provenientes del sistema social. Consiste en juzgar desde la perspectiva del Derecho y no a partir de presiones o intereses extraños a aquél”³⁵.

(30) MELGAR ADALID, M. *El consejo de la judicatura federal*, Porrúa, México, 2000, p. 29.

(31) GUARNIERI, C. y PEDORZOLI, P. *op. cit.*, p. 17.

(32) *ídem*, p. 46.

(33) CABALLERO, A. - CONCHA, H. A. *Diagnóstico sobre la administración de Justicia en las entidades federativas*, UNAM, 2002, p. 309.

(34) GARCIA RAMÍREZ, S. *Poder Judicial y Ministerio Público*, Porrúa, México, 2006, pp. 30-31. El principio de independencia forma parte de las llamadas garantías jurisdiccionales.

(35) Código de Ética del Poder Judicial de la Federación, *op. cit.*, p. 17.

La finalidad de la independencia del Poder Judicial es proveer un “sistema de garantías mutuas, para evitar la posibilidad de que un actor sea capaz de manipular unilateralmente las reglas del sistema político”³⁶.

El principio de independencia hace referencia a las garantías y atributos de que disponen los órganos y autoridades que conforman al Tribunal, para que sus procesos de deliberación y toma de decisiones se den con absoluta libertad y respondan única y exclusivamente al imperio de la ley, afirmándose su total independencia respecto de cualquier poder establecido³⁷.

Asimismo, el principio de independencia significa “libertad en el sentido de ausencia de subordinación. Entonces, la autoridad debe resolver de manera libre, sin aceptar ningún tipo de injerencia en la toma de sus decisiones jurisdiccionales, sea de poderes públicos o de cualquier tipo de personas, organizaciones y entes políticos”³⁸.

Al brindarse independencia a los juzgadores, se gestiona una imparcialidad para el juzgador, manteniéndose un orden democrático institucional. Por lo que es determinante contar con autoridades independientes, para hacer desaparecer cualquier duda sobre su actuación y, sobre todo, garantizar las condiciones para un óptimo desempeño.

Se deduce entonces, que toda independencia judicial depende de los valores éticos y de la formación del juzgador, “de ahí emanan todas las determinaciones del impartidor de justicia”³⁹.

Uno de los pilares del Estado de Derecho es la aplicación de la norma al caso, lo que permite que los ciudadanos cuenten con sentencias basadas en leyes previamente establecidas, generando seguridad a los justiciables.

Para continuar con los elementos naturales para que haya un debido proceso, se analizará el principio de *objetividad*:

La RAE define a la objetividad como: “la cualidad de objetivo”. Por el concepto “objetivo”, el mismo diccionario lo define como: “perteneciente o relativo al objeto en sí mismo, con independencia de la propia manera de pensar o de sentir. Desinteresado, desapasionado”⁴⁰.

(36) NEGRETO, G. - UNGAR, M. “Independencia del Poder Judicial y Estado de Derecho en América Latina”, en: CIDE, México, 2006, p. 83.

(37) TEPJF. *El Sistema mexicano de justicia electoral*, IFE, México, 2001, pp. 14-15. Vid, NIETO, S. *Interpretación y argumentación electoral*, UNAM, México, 2000, p. 308.

(38) CANTO PRESUEL, J. *Diccionario electoral*, TEQROO, México, 2002, p. 49.

(39) Por ejemplo, tenemos a la Corte Warren se le ha considerado como una corte liberal, mientras que la Corte Rehnquist, ha tenido una tendencia conservadora. WOLFE, C. *The rise of modern judicial review*, Penguin, USA; 2003, pp. 258-291.

(40) TRIEBE, L. H. *On Reading the Constitution*, Yale, USA, 1999, p. 67.

Ronald Dworkin considera a la objetividad como la cualidad suficiente y plena de la interpretación de la ley y de comprobación de los hechos contrastados por las partes, despejada hasta lo humanamente posible de cualquier asomo de subjetividad o de relatividad que pueda entorpecer la función del juzgador, en agravio de la impartición de justicia⁴¹.

El artículo tercero el CEPJF detalla el principio de objetividad judicial: “actitud del juzgador frente a influencias extrañas al Derecho, provenientes de sí mismo. Consiste en emitir sus fallos por las razones que el Derecho, le suministra y no por las que se deriven de su modo personal de pensar o de sentir”⁴².

En materia judicial, este principio significa “que la autoridad debe basar su actuación en hechos debidamente demostrados y tangiblemente admitidos, sin que quepa la posibilidad de que sus miembros actúen con base en impulsos o apreciaciones subjetivas, exige por tanto la necesidad de elementos de constatación para cualquier observador externo”⁴³.

El principio de objetividad relaciona un quehacer institucional y personal fundado en el reconocimiento global, coherente y razonado de la realidad sobre la que se actúa y, consecuentemente, la obligación de percibir e interpretar los hechos por encima de las visiones y opiniones parciales o unilaterales, máxime si éstas pueden alterar la expresión o consecuencia del quehacer institucional del Tribunal⁴⁴.

Flavio Galván señala que la objetividad implica “un quehacer institucional y personal fundado en el reconocimiento global, coherente y razonado de la realidad sobre la que se actúa y, consecuentemente, la obligación de percibir e interpretar los hechos por encima de visiones y opiniones parciales o unilaterales, máxime si éstas pueden alterar la expresión o consecuencia del quehacer institucional”⁴⁵.

Para finalizar este apartado, se puede deducir que la naturaleza del debido proceso es la de instrumento que asegura el resto de las garantías y derechos de las personas. La autoridad que debe juzgar si se llevó conforme a la norma, también debe actuar bajo diversos principios jurisdiccionales.

IV. Objetivo

Para la Corte Constitucional colombiana, la Constitución consagró el derecho fundamental al debido proceso como:

(41) DWORKIN, R. *Los Derechos en serio*, Ariel, 2003, Barcelona, pp. 154 y ss.

(42) Código de Ética del Poder Judicial de la Federación de México, *op. cit.*, p. 18.

(43) CIENFUEGOS, D. *Justicia y democracia*, UNAM, México, 2005, p. 101

(44) TEPJF. *El Sistema mexicano de justicia electoral*, *op. cit.*, p. 15.

(45) GALVÁN, F. *Derecho procesal electoral*, *op. cit.*, p. 93.

“El conjunto de garantías que procuran la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten las formalidades propias de cada juicio. La norma constitucional lo consagra para todo tipo de actuaciones, de manera que las situaciones de controversia que se presenten en cualquier proceso estén previamente reguladas en el ordenamiento jurídico, el cual debe señalar las pautas que procuren el respeto de los derechos y obligaciones de las partes procesales para que ninguna actuación de las autoridades tenga origen en su propio arbitrio, sino que obedezca a los procedimientos descritos en la ley y los reglamentos. El debido proceso propende por una debida administración de justicia, la cual, a su vez, constituye una de las más importantes garantías para el amparo de los intereses legítimos de la comunidad y contribuye a la permanencia del Estado social de derecho”⁴⁶.

Por lo que se desprende que el debido proceso es un instrumento de regularidad de las actuaciones de las autoridades, que sirve para que todos los derechos de la persona sean tutelados y, que las autoridades judiciales protejan las garantías del justiciable.

El debido proceso es la directriz y fundamento de que el servidor tiene la obligación de hacer, dar o no hacer en su actuación. En cuanto el justiciable considere que se ha conculcado alguno de sus derechos (ya sea sustantivos o adjetivos), tiene el derecho de solicitar a una autoridad superior o del poder judicial que se examine si el servidor que realizó el acto, actuó conforme a la normatividad.

El diccionario *Black's Law* señala que el requisito fundamental para el debido proceso:

“(I)s the opportunity to be heard, to be aware that a matter is pending, to make an informed choice whether to acquiesce or contest, and to assert before the appropriate decision-making body the reasons for such choice. *Trinity Episcopal Corp. Vs Romney, D.C.N.Y., 387 F. Supp. 1044, 1084*”⁴⁷.

El acceso a la jurisdicción debe estar enmarcado dentro de unos lineamientos básicos, como lo son el respeto al derecho a un debido proceso y a los principios en él incorporados:

“A su vez, surge el deber del Estado, en cabeza de la administración de justicia, una vez se ha tenido acceso a ella, conforme a lo dispuesto en la Carta Magna, de que sus decisiones sean públicas y permanentes, con la prevalencia

(46) Sentencia T-073/97 de la Corte Constitucional de Colombia.

(47) *Black's Law Dictionary*, Sixth Edition, p. 500.

del derecho sustancial, al igual que observar en las actuaciones judiciales los términos procesales con diligencia. De ello surgen entonces principios que se deben cumplir en las actuaciones judiciales, como son el de la eficacia, la publicidad, la permanencia y la celeridad. Se configura en este caso por consiguiente una dilación injustificada del proceso y una indebida y morosa obstrucción para el acceso efectivo a la administración de justicia⁴⁸.

La ponderación de los actos de la autoridad es uno de los objetivos del debido proceso. Determinar si en la forma en que se realizó la conducta, se respetó y tuteló los derechos del justiciable. Esta decisión tiene por objeto evaluar el proceso efectuado, y secundariamente, confirmar o invalidar (total o parcialmente), con base en el proceso hecho contra la normatividad establecida.

El debido proceso garantiza los derechos de la persona, lo que implica que, por esta institución, las autoridades deben conducirse como lo advierten las leyes y demás cuerpos jurídicos. También responde como una función de control funcional y para restaurar los derechos violentados del justiciable, i.e. la asistencia de un abogado en las audiencias judiciales.

Por el debido proceso se puede conocer y examinar la actuación de la autoridad. Esto conlleva indagar y ponderar si el servidor actuó o respondió conforme a lo contenido en sus obligaciones. Lo que conlleva a que cualquier acción u omisión fuera del proceso, violenta los derechos del justiciable, lo que es un indebido proceso.

Uno de los objetivos del debido proceso como garantía es validar o frenar el acto del servidor. Por medio de la consideración en la manera en cómo se llevó el proceso, se podrá decidir si la autoridad realizó su trabajo eficazmente y salvaguardando los derechos del justiciable. Pero en caso de que no se haya apegado al marco jurídico, se deberá reponer o anular el acto que dañó al agraviado, lo que significa que no solo bastará con reconocer un mal o indebido proceso, sino que se reparará la afectación al justiciable, reestableciendo el imperio de la norma.

El debido proceso es un instrumento normativo que brinda seguridad jurídica al justiciable, y determina cuándo un servidor ha conculcado los derechos de la persona. La seguridad jurídica se convierte en el fundamento de existencia del Estado, y el debido proceso es la suma que indica que todos los derechos del justiciable han sido protegidos, lo que le brinda seguridad ante la actuación del Estado.

Las conductas que producen un daño a la persona deben ser reparadas, pero también esa indebida, equivocada o ineficaz actuación u omisión del servidor debe ser sancionada. El servidor está supeditado a la norma que especifica cuáles son sus labores. Su incumplimiento genera una lesión o daño a un tercero, por lo que también se debe infraccionar, castigar o penalizar cuando haya un indebido proceso.

(48) Sentencia No. T-572/92 de la Corte Constitucional de Colombia.

Asimismo, cuando se ha advertido por la autoridad de que no hubo debido proceso se debe poner en operación un mecanismo de reparación del daño por parte de la administración. La responsabilidad objetiva del Estado es el instrumento con el que cuenta el justiciable para demandar por el daño causado por la actividad irregular del funcionario público.

Es menester puntualizar que el debido proceso debe ser acorde a la actualidad, con el objetivo de ser vigente en la sociedad y poder legitimar al Estado, pues las sentencias del poder judicial (u otra que califique un proceso), brindará seguridad jurídica al justiciable y, por otro lado, convalidará la existencia del Estado como institución que tutela y protege los derechos de las personas.

La Corte colombiana amplió -en una nueva aproximación- la noción de debido proceso. En esta ocasión destacó la noción de alteridad:

“El fundamento del debido proceso, lo encontramos en los principios de la justicia y la seguridad jurídica; éstos exigen que se empleen medios idóneos para dar estabilidad y seguridad a las partes dentro del proceso, en el que se ventilan sus pretensiones con objetividad, esto es, imparcialmente, con la apreciación del todo probatorio, y jamás limitándose a escrutar tan sólo un sector. En tal caso la decisión sería unilateral, y lo unilateral excluye la alteridad, la cual, es requisito *sine qua non* de todo acto verdadero de justicia, la cual es por naturaleza una *virtus socialis* -referida siempre al otro-. La causa final del debido proceso no es otra que garantizar el equilibrio armónico de las partes entre sí, bajo la dirección de un tercero imparcial que estará dispuesto a dar el derecho a quien le corresponda, en virtud de lo probado, es decir, de lo evidenciado por las partes bajo parámetros de legitimidad y oportunidad”⁴⁹.

Además, este mismo órgano colegiado relaciona el concepto de debido proceso con la función pública. De esta manera, entiende que el debido proceso es una herramienta de legitimación de la acción pública:

“En un Estado social de derecho, toda función pública debe estar sujeta a una regulación jurídica preexistente que garantice al individuo receptor de la acción su derecho de defensa. Y, para el ejercicio de este derecho, no basta con poner en conocimiento de dicha persona la decisión final, sino que es necesario brindarle la posibilidad de que ella muestre al ente decisor competente su verdad, sus alegatos, en fin, su visión de los acontecimientos”⁵⁰.

(49) Sentencia No. T-140/93 de la Corte Constitucional de Colombia.

(50) Sentencia No. T-584/92 de la Corte Constitucional de Colombia.

En esta decisión, el debido proceso aparece como un elemento indispensable para regular la acción entre el ciudadano y la autoridad. El ámbito estrictamente procesal se amplía para dar lugar al debido proceso también en el procedimiento.

El derecho fundamental al debido proceso es de aplicación inmediata, vincula a todas las autoridades y constituye una garantía de legalidad procesal para proteger la libertad, la seguridad jurídica, la racionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales.

“Una vez se ha particularizado el derecho-garantía a un debido proceso, adquiere el carácter de derecho constitucional fundamental en beneficio de quienes integran la relación procesal. De esa manera quien se sienta amenazado o vulnerado por algún acto u omisión de la autoridad o de los sujetos de la relación procesal, podrá invocar y hacer efectivo los derechos que implícitamente hacen parte del debido proceso”⁵¹.

El acceso debe estar enmarcado dentro de unos lineamientos básicos, como lo son el respeto al derecho a un debido proceso y a los principios en él incorporados, como el de la legalidad y la buena fe de las actuaciones:

“A su vez, surge el deber del Estado, en cabeza de la administración de justicia, una vez se ha tenido acceso a ella, conforme a lo dispuesto en la Carta Magna, de que sus decisiones sean públicas y permanentes, con la prevalencia del derecho sustancial, al igual que observar en las actuaciones judiciales los términos procesales con diligencia. De ello surgen entonces principios que se deben cumplir en las actuaciones judiciales, como son el de la eficacia, la publicidad, la permanencia y la celeridad. Se configura en este caso por consiguiente una dilación injustificada del proceso y una indebida y morosa obstrucción para el acceso efectivo a la administración de justicia”⁵².

Para continuar, sobre este tema es menester mencionar que el derecho al debido proceso es de obligatoria aplicación a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas:

“El trámite de reconocimientos, entrega de subsidios o devoluciones no está exento de la observancia del debido proceso. Expresión manifiesta de ello es la existencia de diversos recursos legales -reposición y apelación- dentro de la vía gubernativa que permite ser oído y controvertir las decisiones de la administración cuando ellas son adversas a los intereses del solicitante. El margen de apreciación necesaria para el desempeño de las funciones

(51) Sentencia No. T-572/92 de la Corte Constitucional de Colombia.

(52) Sentencia No. T-572/92 de la Corte Constitucional de Colombia.

públicas tiene como límite interno la igualdad de trato y de oportunidades. El derecho al debido proceso garantiza la igualdad ante la ley al exigir de la autoridad un mismo tratamiento frente a todas las personas, sin favoritismos ni discriminaciones⁵³.

En otra decisión, el Constitucional colombiano avanzó en el análisis de los alcances del debido proceso y establece sus funciones:

“El derecho al debido proceso hace referencia a un conjunto complejo de circunstancias (por ejemplo, la definición del *status* de las personas, o la consagración de actos, etapas, oportunidades e intercambios), señaladas por la Constitución y la ley que “protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso”, asegurándole a lo largo del mismo la posibilidad de defender sus intereses mediante el señalamiento expreso de los requisitos y obligaciones que debe cumplir y de los recursos con los que cuenta para impugnar las decisiones de la autoridad. Pero también la existencia de un principio de esta naturaleza refiere la necesidad de dar cumplimiento a una secuencia de actos, relacionados entre sí de manera directa o indirecta, que persiguen un objetivo adicional: la racionalización del ejercicio del poder de tal manera que se reconozca en la ley, y no en la voluntad, en la fuerza, o en la arbitrariedad, la forma de resolución de las contenciones de derecho. Así, como tantas veces lo ha dicho la Corte, las actuaciones que adelanten los funcionarios judiciales o las autoridades administrativas deben observar y respetar en todo momento las normas que regulen los procedimientos a seguir, con el fin de preservar las garantías -derechos y obligaciones- de quienes se encuentran incurso en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción⁵⁴.

Para finalizar, este tema se expone la definición que ha construido la CteIDH sobre el objetivo del debido proceso:

“Ese derecho implica, por un lado, un ámbito formal y procesal de asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales (tales como la presentación de alegatos y la aportación de prueba). Por otra parte, ese derecho abarca un ámbito de protección material que implica que el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido. Esto último no significa que siempre deba ser acogido,

(53) Sentencia No. T-463/92 de la Corte Constitucional de Colombia.

(54) Sentencia T-945/01 de la Corte Constitucional de Colombia.

sino que se debe garantizar su capacidad para producir el resultado para el que fue concebido⁵⁵.

En definitiva, se puede considerar que el debido proceso significa imparcialidad y justicia substancial⁵⁶.

V. Contenido

Lo primero que se debe comprender en materia del contenido del debido proceso, es que depende de cada materia y de cada asunto. Por lo que no puede existir una puntualización a un solo contenido, sino que será dependiente del caso de debido proceso que se examine. Sin embargo, hay cierto contenido que coloca el contexto que debe contener esta institución:

- a. La idoneidad, ya que el debido proceso debe guardar una correspondencia con su fin de proteger los derechos básicos de los individuos, siendo necesario que exista correspondencia entre las exigencias formales establecidas, el derecho cuya protección se busca y la naturaleza de los peligros que amenazan a este derecho, permitiendo que el debido proceso sea un medio eficaz.
- b. Neutralidad, pues en él debe existir imparcialidad y equilibrio entre quienes litigan en la contienda legal, lo cual no implica que en el caso de las leyes sociales no se deba tener preferencia hacia una parte, pues el fin mismo de la ley es protegerla y no se contradice este elemento pues la idoneidad del procedimiento se define en consideración a las circunstancias del grupo vulnerable y no un particular.
- c. Imparcialidad, lo cual conlleva que no existan vínculos entre el órgano que administra el proceso y una de las partes de la contienda, lo que conlleva un órgano imparcial que asegure la atención de los conflictos con justicia.
- d. Igualdad, pues los casos similares deben recibir el mismo tratamiento, ya que el ejercicio del poder público debe ser conforme con leyes generales, que establezcan las reglas de procedimiento, evitando la discriminación.
- e. Transparencia, pues todo interesado debe contar con la posibilidad de conocer, previamente el procedimiento idóneo para limitar o privarle de su derecho, las razones para hacerlo, los fundamentos de hecho y evidencias para hacerlo y fundamentarlo, y las evidencias existentes.

(55) CtelIDH. Caso *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. Sentencia del 13 de octubre del 2011, párrafo 122.

(56) *Black's Law Dictionary*, Sixth Edition, p. 500. Vaughn v. State, 3 Tenn. Crim. App. 54, 456 S.W.2d 879, 883.

- f. Contradicción. Al ser uno de los fines del proceso el satisfacer las legítimas pretensiones de los ciudadanos y ser una respuesta a una exigencia de justicia, es necesario que la decisión que afecte el derecho de una persona o lo limite se dé luego de haberle oído, de haberle permitido criticar la evidencia de cargo y presentar evidencias de descargo, por lo cual es indispensable la contradicción.
- g. Evidencia. Pues los derechos de los particulares no pueden ser limitados o afectados mientras no se haya demostrado que efectivamente ha existido una subsunción del hecho con una norma general, pero además de la prueba se necesita la posibilidad de una contradicción siendo posible que se tome una decisión luego de haber considerado el punto de vista desde las dos perspectivas de quienes contienden.
- h. Motivación. Ello implica que la decisión debe estar fundada en referentes normativos para que sea legítima, debido al carácter responsable de la autoridad y a su sujeción al derecho.

Asimismo, Cipriano Gómez considera que el debido proceso debe estar enmarcado en cuatro principios procesales clásicos de la doctrina italiana⁵⁷:

- a) Principio lógico del proceso: “buscar la verdad y evitar el error”, pues el proceso debe buscar la “verdad verdadera” y no la verdad creada ficticiamente por los litigantes poderosos en contra de los que no lo son. Se debe evitar esa verdad artificial obligatoria jurídicamente, pues vale jurídicamente pero que no corresponde a una verdad material o histórica.
- b) Principio jurídico del proceso: que se resume en la igualdad de las partes y la justicia de la decisión de la autoridad, según el autor. La igualdad de las partes implica que ellas tengan la misma oportunidad de pruebas, alegatos, etc., que al final repercute en la imparcialidad de la autoridad pública. La justicia de la resolución ha de implicar un criterio más allá de la legalidad de la misma, y que la autoridad debe buscar.
- c) Principio político del proceso: implica “máximo beneficio social con el mínimo sacrificio individual” pues todo procedimiento implica el choque del Estado con los individuos, por lo cual debe dirigirse todo procedimiento al equilibrio entre el interés colectivo y el particular.
- d) Principio económico del proceso: implica que los actos procesales se desarrollen con el mejor resultado posible, pero con economía en el esfuerzo,

(57) GÓMEZ LARA, C. “Debido proceso como derecho humano”, en GONZÁLEZ, N. (Coord.). *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau, T. II: Sistemas jurídicos contemporáneos. Derecho comparado. Temas diversos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, pp. 351-353.

en el tiempo (rapidez y celeridad) y en el aspecto pecuniario, tanto para la sociedad (que el costo que debe asumir la sociedad por la litigiosidad de los individuos sea el mínimo) y el individuo (el costo que sufren las partes para ir a litigar).

- e) Principio de no arbitrariedad: deviene por una anormal conducta del juzgador en la aplicación de la norma al favorecer a una de las partes con sus provisiones y creando condiciones para que no haya justicia en un tiempo razonable, utilizando sus facultades discrecionales en perjuicio del justiciables, y por ende del sistema de impartición de justicia.

El contenido de las garantías del debido proceso, entendidas como los requisitos contemplados en la ley, y extraídos racionalmente de los principios que constituyen al debido proceso, debe comprender un proceso idóneo, o sea, el debido para tutelar positiva y negativamente los derechos subjetivos. Se debe recalcar que es diverso y tan variado según lo requiera el caso concreto, por lo que no existe un catálogo determinado y, de existir, no es uno omnicompreensivo para todas las circunstancias posibles.

En Colombia, se ha definido que el derecho al debido proceso comprende un conjunto de principios materiales y formales entre los que se encuentran el principio de legalidad, el principio del juez natural o legal, el principio de favorabilidad penal⁵⁸, y el principio de presunción de inocencia, todos los cuales responden mejor a la estructura jurídica de verdaderos derechos fundamentales⁵⁹.

La Sala Constitucional de Costa Rica establece en cuanto a la naturaleza y elementos que constituyen el debido proceso:

“(…) (A)l accionante se le ha violado el derecho de defensa garantizado por el artículo 39 de la Constitución Política y por consiguiente el principio del debido proceso, contenido en el artículo 41 de nuestra Carta Fundamental, o como suele llamársele en doctrina, principio de bilateridad de la audiencia del debido proceso legal o principio de contradicción (...). (P)ara una mayor comprensión se ha sintetizado así: a) Notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento; b) derecho de ser oído, y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes; c) oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los

(58) “(…) (S)iendo la favorabilidad en materia penal el resultado de aplicar, por un lado, la ley vigente al momento de la comisión del hecho delictivo, y si resultase más favorable, de manera retroactiva las normas que con posterioridad al hecho delictivo hubieran entrado en vigencia, ello no resulta contrario a considerar, en la comparación de las diversas normas, a cada una de ellas como una unidad”. Corte Suprema del Perú. Exp. N° 01955-2008-HC/TC, FJ. 10.

(59) Sentencia No. T-572/92 de la Corte Constitucional de Colombia.

antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate; ch) derecho del administrado de hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas; d) notificación adecuada de la decisión que dicta la administración y de los motivos en que ella se funde y e) derecho del interesado de recurrir la decisión dictada (...)”⁶⁰.

También, la Corte colombiana presenta una propuesta para estructurar el concepto de debido proceso dentro del edificio del Estado de Derecho:

“El carácter fundamental del derecho al debido proceso proviene de su estrecho vínculo con el principio de legalidad al que deben ajustarse no sólo las autoridades judiciales sino también, en adelante, las administrativas, en la definición de los derechos de los individuos. Es pues una defensa de los procedimientos, en especial de la posibilidad de ser oído y vencido en juicio, según la fórmula clásica, o lo que es lo mismo, de la posibilidad de ejercer el derecho de defensa. El derecho al debido proceso comprende no solo la observancia de los pasos que la ley impone a los procesos judiciales y a los procesos y trámites administrativos, sino también el respeto a las formalidades propias de cada juicio, que se encuentran, en general, contenidas en los principios que los inspiran, el tipo de intereses en litigio, las calidades de los jueces y funcionarios encargados de resolver”⁶¹.

En México, la Suprema Corte de Justicia ha procedido a instaurar una teoría denominada “núcleo duro”, que contiene los requisitos para considerar si se respetaron los elementos esenciales del debido proceso:

“En cuanto al ‘núcleo duro’, las garantías del debido proceso que aplican a cualquier procedimiento de naturaleza jurisdiccional son las que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha identificado como formalidades esenciales del procedimiento, cuyo conjunto integra la “garantía de audiencia”; las cuales permiten que los gobernados ejerzan sus defensas antes de que las autoridades modifiquen su esfera jurídica en forma definitiva”. Al respecto, el Tribunal en Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia P./J. 47/95, de rubro: *‘Formalidades esenciales del procedimiento’* señaló que son las que garantizan una adecuada y oportuna defensa previa al acto privativo. Sostuvo que las formalidades esenciales del procedimiento son: (i) la notificación del inicio del procedimiento; (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; (iii) la oportunidad de alegar; y, (iv) una resolución que dirima las cuestiones

(60) Sentencia 15-90 de la Corte Suprema de Costa Rica.

(61) Sentencia No. T-516/92 de la Corte Constitucional de Colombia.

debatidas y cuya impugnación ha sido considerada por esta Primera Sala como parte de esta formalidad. Ahora bien, el otro núcleo es comúnmente identificado con el elenco mínimo de garantías que debe tener toda persona cuya esfera jurídica pretenda modificarse mediante la actividad punitiva del Estado, como ocurre, por ejemplo, con los derechos penal, migratorio, fiscal o administrativo, en donde se exigirá que se hagan compatibles las garantías con la materia específica del asunto. Así, dentro de esta categoría de garantías del debido proceso se identifican dos especies: la primera, corresponde a todas las personas independientemente de su condición, nacionalidad, género, edad, etcétera, dentro de las que están, por ejemplo, el derecho a contar con un abogado, a no declarar contra sí mismo o a conocer la causa del procedimiento sancionatorio; la segunda, resulta de la combinación del elenco mínimo de garantías con el derecho de igualdad ante la ley, y protege a aquellas personas que pueden encontrarse en una situación de desventaja frente al ordenamiento jurídico, por pertenecer a algún grupo vulnerable, por ejemplo, el derecho a la notificación y asistencia consular, el derecho a contar con un traductor o intérprete, el derecho de las niñas y niños a que su detención sea notificada a quienes ejerzan su patria potestad y tutela, entre otras de la misma naturaleza⁶².

El derecho fundamental al debido proceso es de aplicación inmediata, vincula a todas las autoridades y constituye una garantía de legalidad procesal para proteger la libertad, la seguridad jurídica, la nacionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales:

“El derecho al debido proceso comprende un conjunto de principios materiales y formales entre los que se encuentran el principio de legalidad, el principio del juez natural o legal, el principio de favorabilidad penal y el principio de presunción de inocencia, todos los cuales responden mejor a la estructura jurídica de verdaderos derechos fundamentales. Una vez se ha particularizado el derecho-garantía a un debido proceso, adquiere el carácter de derecho constitucional fundamental en beneficio de quienes integran la relación procesal. De esa manera quien se sienta amenazado o vulnerado por algún acto u omisión de la autoridad o de los sujetos de la relación procesal, podrá invocar y hacer efectivos los derechos que implícitamente hacen parte del debido proceso”⁶³.

(62) Derecho al debido proceso. su contenido, Suprema Corte de Justicia de México.

(63) Sentencia T-572/92 de la Corte Constitucional de Colombia.

La doctrina norteamericana ha manifestado que el contenido del debido proceso es:

“Embodied in the due process concept are the basic rights of a defendant in criminal proceedings and the requisites for a fair trial. These rights and requirements have been expanded by Supreme Court decisions and include, timely notice of a hearing or trial which informs the accused of the charges against him or her the opportunity to confront accusers and to present evidence on one’s own behalf before an impartial jury or judge; the presumption of innocence under which guilt must be proven by legally obtained evidence and the verdict must be supported by the evidence presented; the right of an accused to be warned of constitutional rights at the earliest stage of the criminal process; protection against self-incrimination; assistance of counsel at every critical stage of the criminal process; and the guarantee that an individual will not be tried more than once for the same offense (double jeopardy).”⁶⁴

En cuanto al contenido del debido proceso, la Corte Constitucional colombiana ha considerado:

“La necesidad de racionalizar el ejercicio del poder público y privado hace necesario un proceso que garantice: (i) la definición de los elementos básicos que estructuran cualquier relación jurídica, señalando tanto los supuestos relevantes para reconocer una conducta como jurídicamente significativa, como los efectos (consecuencias o sanciones) que se siguen de su incumplimiento; (ii) la identificación de la autoridad que es el tercero imparcial competente para adoptar las decisiones relativas a los desacuerdos que surjan en la relación jurídica; (iii) la existencia de medios jurídicos (acciones o recursos) que se puedan emplear en los casos en los que quienes hacen parte de una determinada relación jurídica estiman necesario la intervención de un tercero (la autoridad competente) para resolver las posibles diferencias que se originan en dicha relación jurídica; (iv) el conocimiento por parte de todos los interesados, tanto de los elementos que estructuran la relación jurídica que se establece y sus efectos concretos, como de los remedios jurídicos de los que gozan las partes para proteger sus intereses, y, finalmente; (v) el efectivo ejercicio de las herramientas jurídicas con las que el interesado puede adelantar su defensa ante las autoridades o terceros. Estos elementos, tanto procedimentales como sustanciales, estructuran la garantía del debido proceso”⁶⁵.

(64) *Black’s Law Dictionary*, Sixth Edition, p. 500.

(65) Sentencia T-945/01 de la Corte Constitucional de Colombia.

En Bolivia, la Corte Suprema de Justicia estableció que el debido proceso se podía apreciar como un derecho y como una garantía⁶⁶:

- “1) Derecho fundamental: Para proteger al ciudadano de los posibles abusos de las autoridades, originadas no sólo en actuaciones u omisiones procesales, sino también en las decisiones que adopten a través de las distintas resoluciones dictadas para dirimir situaciones jurídicas o administrativas y que afecten derechos fundamentales, constituyéndose en el instrumento de sujeción de las autoridades a las reglas establecidas por el ordenamiento jurídico.
- 2) Garantía jurisdiccional: Asimismo, constituye una garantía al ser un medio de protección de otros derechos fundamentales que se encuentran contenidos como elementos del debido proceso ; como la motivación de las resoluciones, la defensa, la pertinencia, la congruencia, de recurrir, entre otras, y que se aplican a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, constituyendo las distintas garantías jurisdiccionales inherentes al debido proceso, normas rectoras a las cuales deben sujetarse las autoridades pero también las partes intervinientes en el proceso, en aplicación y resguardo del principio de igualdad”.

La Corte Suprema de Justicia de la Argentina establece un primer catálogo sobre el contenido del debido proceso: “La observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia, y el derecho del imputado a un tribunal imparcial y apto ante el cual defenderse, integran la garantía constitucional del debido proceso -artículo 18 de la Constitución Nacional- (Disidencia de los Dres. Adolfo Roberto Vázquez y Juan Carlos Maqueda)”⁶⁷.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia argentina enfatiza precisamente el tema de la aptitud de los jueces: “La garantía del juez natural como la del debido proceso y de la defensa en juicio, exigen tanto que el tribunal se halle establecido por ley anterior al hecho de la causa, cuanto que haya jueces que hagan viable la actuación de aquél en las causas en que legalmente se le requiera y le corresponda”⁶⁸.

Las garantías de la defensa en juicio y el debido proceso demandan la posibilidad de que el requerido haya tenido conocimiento de los hechos que se imputan en razón de haber sido puesto en conocimiento de la acusación en su contra, que se oiga al acusado y que se le dé ocasión de hacer valer sus medios de defensa en el momento y forma oportunos⁶⁹.

(66) Sentencia 0486-2010 R de la Corte Constitucional de Colombia.

(67) 30/09/2003. T.326, p. 3842 de la Corte Suprema de Justicia de Argentina.

(68) 14/06/2001. T.324, p. 1884 de la Corte Suprema de Justicia de Argentina.

(69) 09/11/2000. T.323, p. 3356 de la Corte Suprema de Justicia de Argentina.

La garantía constitucional de la defensa en juicio y el debido proceso no se agota en el cumplimiento formal de los trámites previstos en las leyes adjetivas, sino que se extiende a la necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial que ponga fin a los conflictos y situaciones de incertidumbre, evitando, dentro de los límites de lo razonable y conforme a las circunstancias de cada caso, una dispendiosa y eventualmente inútil actividad jurisdiccional; así lo exige, por lo demás, el propósito de “afianzar la justicia”⁷⁰.

La Suprema Corte de Bolivia en la causa 0486/2010-R estableció que el debido proceso se encuentra integrado por varios elementos que lo configuran; entre ellos, “la pertinencia, la congruencia, la motivación y la valoración de la prueba en las resoluciones; pues, aunque esta última no se encuentra expresamente señalada en la jurisprudencia glosada precedentemente; sin embargo, en los instrumentos internacionales como en la doctrina constitucional ha sido ampliamente desarrollada. Elementos que sin duda constituyen presupuestos propios de las reglas de un debido proceso”.

En Perú, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva tiene un contenido complejo y omnicomprensivo y que está integrado por el derecho de acceso a la jurisdicción y al proceso, el derecho al debido proceso y a la efectividad de las decisiones judiciales finales:

“(…) El debido proceso, en esta perspectiva, tiene dos dimensiones: una dimensión procesal, adjetiva o formal; y otra sustantiva o material. La dimensión procesal, a su vez, comprende otros derechos específicos, igualmente de carácter fundamental, como son: a) al procedimiento legal y previamente establecido; b) al juez determinado por la Constitución y predeterminado por la ley (Juez natural); c) a un emplazamiento válido en el ámbito del proceso civil, o a ser informado de la imputación o acusación en el ámbito del derecho penal; d) a ser oído o de audiencia en lo civil, y a no ser condenado en ausencia en lo penal; e) a la defensa y asistencia de letrado; f) a la prueba; g) al uso del propio idioma y, en caso necesario, a intérprete; h) a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; i) a un proceso de duración razonable, sin dilaciones indebidas; j) a la presunción de inocencia; k) a la publicidad del proceso, salvo casos excepcionales; l) a que el juez que instruya o investigue sea distinto al que juzga o sentencia en lo penal; m) a una sentencia congruente, motivada en forma adecuada y suficiente; n) a la instancia plural y control constitucional del proceso; o) a la prohibición de la reforma peyorativa, reforma en peor o “*reformatio in peius*”; p) a la cosa juzgada con un mínimo contenido de justicia con carácter inmutable; q) a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho: *ne bis in idem*. En tanto, el debido proceso, en su dimensión material o sustantiva, exige que la decisión jurisdic-

(70) 10/10/1996. T. 319, P. 2215 de la Corte Suprema de Justicia de Argentina.

cional sea razonable; y no obstante esto, en atención a la característica de los Derechos Fundamentales que se ha venido en denominar de especificidad, progresividad y expansividad, debe interpretarse que el debido proceso en su dimensión material exige una sentencia jurisdiccional objetiva y materialmente justa, en conjunción con los otros valores y principios reconocidos por la Constitución Política del Estado, de tal manera que la sentencia concrete tales valores y principios, esencialmente el valor superior del ordenamiento jurídico, como es la justicia”⁷¹.

En otra jurisdicción, el Tribunal Supremo de Justicia de Brasil ha estipulado el contenido básico del debido proceso:

“Impõe-se, ao Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiros em domicílio no Brasil, os direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre lãs partes operante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante. A essencialidade do postulado do devido processo legal, que se qualifica como requisito legitimador da própria persecutio criminis. O exame da cláusula referente ao due process of law permite ne lã identificar alguns elementos essenciais à sua configuração como expressiva garantia de ordem constitucional, destacandose, dentre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis ex post facto; (f) direito à igualdade entre lãs partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a autoincriminação); (l) direito à prova; e (m) direito de presença e de ‘participa coativa’ nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes. O direito do réu à observância, pelo Estado, da garantia pertinente ao due process of law, além de traduzir expressão concreta do direito de defesa, também em contra suporte legitimador em convenções internacionais que proclamam a essencialidade e dessa franquia processual, que compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, em quanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal,

(71) Casación Nº 864-2007 Huaura, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema.

mesmo que se trate de réu estrangeiro, sem domicílio em território brasileiro, aqui processado por supõe esta prática de delitos a ele atribuídos”⁷².

Ahora, es preciso mencionar que la efectividad de la garantía constitucional, que no depende de la ley en cuanto no proviene de ésta, y otra muy distinta, la verificación acerca del contenido del debido proceso en relación con cada caso, que siempre tendrá por factor de comparación lo dispuesto en la ley correspondiente. Eso implica que, si bien el derecho constitucional al debido proceso no precisa de un estatuto legal que lo haga reclamable de manera inmediata y plena, siempre habrá de verse, para deducir si tal derecho ha sido respetado o es objeto de violación, cuáles son las reglas procesales aplicables en el evento específico, es decir, las generales y abstractas, vigentes con anterioridad e integrantes de la ley prevista para cada proceso⁷³.

Hay un tema que es primordial en el debido proceso, el tiempo que toma la resolución de la causa. La Corte Constitucional colombiana ha señalado al respecto que:

“El funcionario judicial -el juez- debe velar por la aplicación pronta y cumplida de la justicia. Los términos procesales son improrrogables y obligan tanto a las partes como a los jueces. El funcionario que incumpla los términos procesales o que dilate injustificadamente el trámite de una querrela, solicitud, investigación o un proceso sin causa motivada, incurrirá en causal de mala conducta. El abuso en la utilización de los recursos y mecanismos procesales, que conducen a la dilación de los trámites jurisdiccionales, contraría este principio. Se debe por tanto fortalecer la institucionalización de la mora como causal de mala conducta, para obligar al Juez a cumplir estrictamente los términos procesales y a darle un curso ágil y celeré a las solicitudes que ante la administración judicial presenten los ciudadanos, dentro de la garantía del debido proceso”⁷⁴.

Posteriormente, el mismo tribunal retomando el tiempo que se toma en las causas y las obligaciones del juzgador, estipuló que:

“El artículo 29 de la Carta Política consagra el derecho fundamental al debido proceso, como el conjunto de garantías que procuran la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten las formalidades propias de cada juicio y se logre la aplicación correcta de la justicia. En consecuencia, para que la pro-

(72) HC 94.016, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16/9/2008, Segunda Turma, DJE de 27/2/2009.

(73) Sentencia C-217/96 de la Corte Constitucional de Colombia.

(74) Sentencia T-572/92 de la Corte Constitucional de Colombia.

tección a este derecho sea efectiva, es necesario que cada una de las etapas procesales esté previamente definida por el legislador, pues, de lo contrario, la función jurisdiccional quedaría sujeta a la voluntad y arbitrio de quienes tienen la función de solucionar los conflictos de los asociados y de resolver sobre la interdependencia de sus derechos. La previa definición legal de los procedimientos que constituyen el debido proceso ha sido denominada por la Constitución Política, como “formas propias de cada juicio”, y se constituye en consecuencia, en la garantía de referencia con que cuentan las personas para determinar en qué momentos la conducta de los jueces o de la administración se convierte en ilegítima, por desconocerse lo dispuesto en las normas legales, constituyéndose en una vía de hecho. Resulta contrario al ordenamiento jurídico el que un funcionario encargado de adelantar procedimientos judiciales o administrativos que resuelvan sobre derechos subjetivos proceda conforme su voluntad, desconociendo las pautas que la ley le ha señalado para el ejercicio de su función, pues en tal caso, su actuación subjetiva y caprichosa se convierte en una vía de hecho, por la vulneración al debido proceso legal”⁷⁵.

Asimismo, en los principios consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (más conocido como Pacto de San José de Costa Rica) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas al exigir de sus Estados Miembros la consagración del “*debido proceso legal*”, se desprende no sólo la existencia de un Poder Judicial imparcial que acuerde tutela efectiva a los derechos humanos sino -y como básico- una duración “*razonable*” de los procesos judiciales⁷⁶.

De la constitucionalización de la acción procesal sobre este tema, se puede concluir que todas las garantías fundamentales son operativas, de suerte que: “en ausencia de reglamentación legislativa, los jueces resolverán sobre la procedencia de las pretensiones que se promuevan en consideración a la naturaleza de los derechos que se pretenden tutelar”⁷⁷.

Para finalizar este apartado, se desea anotar sobre la complejidad de proponer un contenido único o universal sobre el debido proceso; pues como lo menciona la jurisprudencia colombiana su estructura es compleja, por lo que no se permite la validación o conceptualización en una sola voz, concepción o determinación:

(75) Sentencia T-795/98 de la Corte Constitucional de Colombia.

(76) Artículo 7º, Pacto de San José de Costa Rica.

(77) MORELLO, A. M. *Constitución y proceso. La nueva edad de las garantías jurisdiccionales*, Ed. Platense, Buenos Aires, 1998, p. 61.

“El debido proceso es un derecho de estructura compleja que se compone de un conjunto de reglas y principios que, articulados, garantizan que la acción punitiva del Estado no resulte arbitraria. Algunas de las reglas constitucionales que configuran este derecho son de aplicación inmediata y anulan cualquier norma que las limite o restrinja. Así, por ejemplo, el derecho a la legalidad del delito y de la pena no admite restricción ninguna, como tampoco el principio de la no *reformatio in pejus*, o el principio de favorabilidad (C.P. art. 29). No obstante, otros de los elementos integrantes del debido proceso tienen la estructura lógica de estándares o reglas que deben ser aplicadas *prima facie*, y admiten ponderaciones o limitaciones útiles, necesarias y proporcionadas para asegurar la vigencia de otro derecho fundamental o de un interés constitucional de igual entidad. En particular, el derecho de defensa es uno de aquellos derechos que plantea parámetros de actuación que deben ser regulados por el legislador, garantizando su máxima aplicación, pero cuidándose de afectar otros derechos o bienes constitucionalmente valiosos que se encuentran en juego en el juicio penal o administrativo”⁷⁸.

Ahora, se presentarán las clasificaciones que se han elaborado en torno al debido proceso.

VI. Clasificación

El debido proceso legal se puede clasificar en un aspecto adjetivo y otro sustantivo, como enseña Juan Linares:

“El debido proceso legal (*lato sensu*) es un conjunto no sólo de procedimientos legislativos, judiciales y administrativos que deben jurídicamente cumplirse para que una ley, sentencia o resolución administrativa que se refiera a la libertad individual sea formalmente válida (aspecto adjetivo del debido proceso), sino también para que se consagre una debida justicia en cuanto no lesione indebidamente cierta dosis de libertad jurídica presupuesta como intangible para el individuo en el Estado de que se trate (aspecto sustantivo del debido proceso)”⁷⁹.

En Perú, se ha clasificado al debido proceso como:

(78) Sentencia C-475-97 de la Corte Constitucional de Colombia.

(79) LINARES, J. F. *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1970, p. 11.

“(…) (E)l derecho fundamental al debido proceso no puede ser entendido desde una perspectiva formal únicamente; es decir, su tutela no puede ser reducida al mero cumplimiento de las garantías procesales formales. Precisamente, esta perspectiva desnaturaliza la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, y los vacía de contenido. Y es que el debido proceso no sólo se manifiesta en una dimensión adjetiva -que está referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales- sino también en una dimensión sustantiva -que protege los derechos fundamentales frente a las leyes y actos arbitrarios provenientes de cualquier autoridad o persona particular-. En consecuencia, la observancia del derecho fundamental al debido proceso no se satisface únicamente cuando se respetan las garantías procesales, sino también cuando los actos mismos de cualquier autoridad, funcionario o persona no devienen en arbitrarios”⁸⁰.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos elaboró una acepción en materia de debido proceso legal:

“Para que exista debido proceso legal es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no auto incriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional”⁸¹.

Complementando el concepto de debido proceso legal, la CteIDH ha estipulado que:

“El artículo 8 de la Convención que se refiere a las garantías judiciales establece los lineamientos del llamado debido proceso legal, que consiste *inter alia* en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro

(80) Exp. N° 3421-2005-HC/TC, FJ. 5.

(81) Opinión Consultiva OC 16/99, 1 de octubre de 1999.

de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra”⁸².

Agustín Gordillo advierte que el debido proceso sustantivo, funciona como garantía de razonabilidad, se aplica de igual forma a las decisiones -tanto generales como particulares- provenientes de cualquier órgano del Estado. “Para que una decisión esté ajustada a un criterio básico de razonabilidad, debe tener como mínimo: a) sustento fáctico suficiente; b) proporcionalidad del fin perseguido a los hechos que lo sustentan; y, c) congruencia y proporcionalidad de los medios empleados tanto con el fin razonablemente perseguido como con el sustento fáctico suficiente que los fundamentan”⁸³.

La doctrina estadounidense ha considerado que el debido proceso sustantivo es un aspecto que sobresale de los procedimientos, y que debe ser protegido de la misma manera que los derechos legales. Por lo que en ocasiones se confunde formalidad con substancia. Hay un precedente en *Slaughterhouse*, en que el juez Field en su voto disidente, abogaba por defender los derechos no contenidos en la Constitución como derechos sustanciales a las personas⁸⁴.

La Suprema Corte de Justicia de La Nación (SCJN) de México, ha desarrollado una clasificación sobre el debido proceso visto como un Derecho Humano⁸⁵:

“El artículo 14, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reconoce el derecho humano al debido proceso al establecer que nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. Ahora bien, este derecho ha sido un elemento de interpretación constante y progresiva en la jurisprudencia de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, del que cabe realizar un recuento de sus elementos integrantes hasta la actualidad en dos vertientes: 1) la referida a las formalidades esenciales del procedimiento, la que a su vez, puede observarse a partir de dos perspectivas, esto es: a) desde quien es sujeto pasivo en el procedimiento y puede sufrir un acto privativo, en cuyo caso adquieren valor aplicativo las citadas

(82) Caso *Yvon Neptune vs. Haití*. Sentencia del 6 de mayo del 2008, párrafo 79.

(83) GORDILLO, A. *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Parte General, 8ª ed., cap. VI, § 11, FDA, Buenos Aires, 2003, pp. 34-35.

(84) Fuente: https://www.law.cornell.edu/wex/substantive_due_process (Página consultada 21 de diciembre del 2019).

(85) Fuente: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a9760.pdf> (Página consultada 21 de diciembre del 2019).

formalidades referidas a la notificación del inicio del procedimiento y de sus consecuencias, el derecho a alegar y a ofrecer pruebas, así como la emisión de una resolución que dirima las cuestiones debatidas y, b) desde quien insta la función jurisdiccional para reivindicar un derecho como sujeto activo, desde la cual se protege que las partes tengan una posibilidad efectiva e igual de defender sus puntos de vista y ofrecer pruebas en apoyo de sus pretensiones, dimensión ligada estrechamente con el derecho de acceso a la justicia; y, 2) por la que se enlistan determinados bienes sustantivos constitucionalmente protegidos, mediante las formalidades esenciales del procedimiento, como son: la libertad, las propiedades, y las posesiones o los derechos. De ahí que previo a evaluar si existe una vulneración al derecho al debido proceso, es necesario identificar la modalidad en la que se ubica el reclamo respectivo”⁸⁶.

Por último, es menester señalar que en el derecho comunitario europeo se ha reconocido (al igual que en el ordenamiento interno de la comunidad), que el que ocasiona un daño a otro está obligado a repararlo en materia de debido proceso:

“Son dos los casos de responsabilidad patrimonial contemplados en el ordenamiento comunitario: En primer lugar, la responsabilidad de la Comunidad; la obligación de reparar los daños causados por sus instituciones o por sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros y lo establecido en la normativa comunitaria. Y, en segundo lugar, la obligación de reparar los daños causados por los Estados a los particulares derivados de la infracción del derecho comunitario, como lo ha reconocido la jurisprudencia. Respecto del primer caso, referente a los daños causados por las instituciones o por sus agentes, corresponde el Recurso por Responsabilidad Extracontractual. Respecto del Segundo caso: referente al principio de responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por las violaciones del derecho comunitario que les son imputables. Se ha considerado el mecanismo de garantía para la protección de los derechos de los particulares, imponiendo a los Estados miembros la obligación de indemnización”⁸⁷.

A continuación, se presenta un conjunto de conclusiones que exponen los temas más relevantes de esta monografía.

(86) Derecho humano al debido proceso. Elementos que lo integran.

(87) Fuente: <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/10/1-Cicci.pdf> (Página consultada 21 de diciembre del 2019).

VII. Conclusiones

1. El primer elemento: para considerarse que hubo un debido proceso, es preciso analizar si ese proceso contiene los elementos procedimentales necesarios para considerar que permiten su objetivo.
2. El debido proceso es una institución jurídica que sirve al justiciable como garantía de que se brindará acceso a la justicia conforme al desarrollo de la normatividad.
3. Uno de los principios fundamentales del debido proceso es la legalidad. Este principio ejerce una directriz en el desarrollo del proceso. Esto permite observar qué y cómo se han llevado todas las formalidades, que establece el código adjetivo.
4. El otro principio fundamental del debido proceso es el de imparcialidad, que garantiza una conducta independiente, objetiva y profesional del juzgador. Pues en caso de que se favoreciera a alguna de las partes, se quebrantaría el principio de igualdad procesal, lo que provocaría una parcial jurisdicción y un indebido ejercicio del servidor público.
5. El debido proceso es un lente que permite a las partes procesales estimar si el proceso se llevó conforme a la normatividad adjetiva. Y, en todo caso, solicitar lo que le convenga desde la reposición procedimental hasta la anulación del proceso. Por lo que hay que entender que el debido proceso depende de cada caso y de lo que se desea obtener al referirlo y solicitarlo.
6. El debido proceso es una responsabilidad de la autoridad de dirigir de manera diligente cada proceso. Esto traerá como consecuencia certidumbre y seguridad jurídica al justiciable; produciendo la legitimación del proceso ante la sociedad, como instrumento para obtener justicia y al mismo tiempo, generar eficacia judicial. En él la sociedad verá reflejada sus aspiraciones legales.
7. En caso de que no se haya llevado un debido proceso, se pueden vislumbrar varias perspectivas: unas de índole procesal -lo que ya se mencionó (reposición procedimental o anulación procesal)-, pero hay otras repercusiones -que solo se enunciará (por ser tema aparte del principal)- como lo sería la reparación del daño, la responsabilidad objetiva del Estado y la responsabilidad del juez como servidor público.
8. La imparcialidad tiene relación con la independencia, pues si el juez es imparcial, se debe a su independencia, la que le permite emitir resoluciones sin una carga, favoritismo o indicación. Entonces, se puede observar que la independencia es una condición para que el juez sea imparcial⁸⁸. La publi-

(88) OROZCO HENRIQUEZ, Jesús. "Judicialización de la política y legitimidad judicial", en VÁZQUEZ, R. (Comp.). *Corte, jueces y política*, Fontamara, México, 2003, p. 106.

cidad de los actos públicos permite vigilar la actuación de las autoridades, y al mismo tiempo, que los jueces se sujeten al principio de legalidad al fundar y motivar sus actuaciones; que sus actuaciones, sean públicas para la ciudadanía, pues al conocerse sus trabajos, se sabrá si se han apegado o no al marco jurídico⁸⁹.

9. La discrecionalidad con la que cuenta el juez permite en diversas ocasiones que de manera culposa o dolosa su intervención sea más que dirigir el proceso o sentenciar. Esta facultad es un poder acorde a su función, pero que -sin duda- se debe utilizar conforme a un desempeño imparcial, honesto y profesional. Si se usa indebidamente esta discrecionalidad deja sin certeza ni seguridad jurídica a los justiciables⁹⁰.
10. El juez debe ser responsable de sus conductas antijurídicas, del mal uso del poder público, irregularidad caprichosa o descuido. El supuesto lesionado podrá probar y argumentar, por qué la providencia, resolución o sentencia del juzgador le ocasiona agravio⁹¹.

VIII. Bibliografía

CABALLERO, José Antonio - CONCHA Hugo Alejandro. *Diagnóstico sobre la administración de Justicia en las entidades federativas*, UNAM, México, 2002.

CABO DE LA VEGA, Antonio. *Lo Público*, UNAM, México, 1996.

CANTO PRESUEL, Manuel Jesús. *Diccionario electoral*, TEQROO, México, 2002.

CIENFUEGOS, David. *Justicia y democracia*, UNAM, México, 2005.

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN DE MÉXICO. *Código de ética del Poder Judicial de la Federación de México*, Méjico, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2003.

DROMI, José. *El Poder Judicial*, Ariel, Argentina, 2006.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, Madrid, 1991.

GALVÁN RIVERA, Flavio. *Derecho Procesal Electoral*, Porrúa, México, 2007.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Poder Judicial y Ministerio Público*, Porrúa, México, 2006.

GOLDSCHMIDT, Werner. "La arbitrariedad en el mundo jurídico", *Justicia y verdad*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1978.

GÓMEZ LARA, Cipriano. "Debido proceso como derecho humano", en GONZÁLEZ, Nuria (Coordinadora). *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau, T. II: Sistemas jurídicos*

(89) CABO DE LA VEGA, Antonio. *Lo Público*, UNAM, México, 1996, p. 89.

(90) FERNÁNDEZ, T. R. *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid, Cuadernos, Ed. Civitas, 1991, p. 17.

(91) GOLDSCHMIDT, W. *La arbitrariedad en el mundo jurídico en: Justicia y verdad*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1978, pp. 469 y ss.

contemporáneos. Derecho comparado. Temas diversos, Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, T. I, Parte General, 8ª ed., cap. VI, § 11, FDA, Buenos Aires, 2003.

GUARNIERI, Carlo - PEDERZOLI, Patrizia. *Los jueces y la política*, Taurus, España, 2001.

HERRENDORF, Daniel. *El poder de los jueces*, Abeledo, Buenos Aires, 2004.

LINARES, Juan Francisco. *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1970.

MELGAR ADALID, Mario. *El consejo de la judicatura federal*, Porrúa, México, 2000.

MOLAS, Isidro. *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998.

MORELLO, Augusto M. *Constitución y proceso. La nueva edad de las garantías jurisdiccionales*, Ed. Platense, Buenos Aires, 1998.

NEGRETO, Gabriel - UNGAR, Mark. "Independencia del Poder Judicial y Estado de Derecho en América Latina", *CIDE*, México, 2006.

NIETO, Santiago. *Interpretación y argumentación electoral*, UNAM, México, 2000.

OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús. "Judicialización de la política y legitimidad judicial", en VÁZQUEZ, Rodolfo (Comp.). *Corte, jueces y política*, Fontamara, México, 2003.

PASTOR DE PEIROTTI, Irma - ORTIZ DE GALLARDO, María Inés del C. "El debido proceso adjetivo y el control de convencionalidad", *Anuario del CIJS*, Córdoba, 2008.

SALDAÑA, Javier. *Virtudes del juzgador*, UNAM, México, 2000.

TEPJF. *El Sistema mexicano de justicia electoral*, IFE, México, 2001.

TRIBE, Laurence H. *On Reading the Constitution*, Yale, USA, 1999.

TRUJILLO, Isabel. *Imparcialidad*, UNAM, México, 2008.

VV.AA. *Para Desarmar la Palabra. Corporación Medios para la Paz*, Bogotá, 1999.

WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review*, Penguin, USA, 2003.

Diccionarios

Black's Law Dictionary, Sixth Edition, Ed. West, USA.

Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional, Tomo I, Ed. UNAM, México, 2014.

Sentencias

Sentencia No. T-158/93. Colombia.

Sentencia No. T-094/93. Colombia.

Sentencia C-252/01. Colombia.

Sentencia SC 418/2000 R y 1276/2001. Colombia.

CAS 2544-2005 Sala civil transitoria de la Corte Suprema. Colombia.

Sentencia T-546/00. Colombia.

Recurso de Casación N° 1772-2010, Sala Civil Transitoria (Lima). Perú.

Sentencia T-945/99. Colombia.

Sentencia T-158/93. Colombia.

Sentencia No. T-445/92. Colombia.

Sentencia T-073/97. Colombia.

Sentencia No. T-572/92. Colombia.

Sentencia No. T-140/93. Colombia.

Sentencia No. T-584/92. Colombia.

Sentencia No. T-463/92. Colombia.

Sentencia T-945/01. Colombia.

CteIDH. Caso *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. Sentencia del 13 de octubre del 2011, párrafo 122.

CteIDH. Opinión Consultiva OC 16/99, 1 de octubre de 1999.

CteIDH. Caso *Yvon Neptune vs. Haití*. Sentencia del 6 de mayo del 2008, párrafo 79.

Vaughn v. State, 3 Tenn.Crim.App. 54, 456 S.W.2d 879, 883. EEUU.

Exp. N° 01955-2008-HC/TC, FJ. 10. Corte Suprema. Perú.

Sentencia 15-90. Costa Rica.

Sentencia No. T-516/92. Colombia.

Derecho al debido proceso. Su contenido. México.

Sentencia T-945/01. Colombia.

Sentencia 0486-2010 R. Colombia.

30/09/2003. T.326, p.3842. Argentina.

14/06/2001. T.324, p.1884. Argentina.

09/11/2000. T.323, p.3356. Argentina.

10/10/1996. T. 319, P. 2215. Argentina.

Casación N° 864-2007 Huaaura, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema. Bolivia.

HC 94.016, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1692008, Segunda Turma, DJE de 2722009. Brasil.

Sentencia C-217/96. Colombia.

Sentencia T-572/92. Colombia.

Sentencia T-795/98. Colombia.

Sentencia C-475-97. Colombia.

Exp. N° 3421-2005-HC/TC, FJ. 5. Perú.

Recursos electrónicos (Todos consultados el 21 de diciembre del 2019)

https://www.law.cornell.edu/wex/substantive_due_process

<http://www.corteidh.or.cr/tablas/a9760.pdf>

<http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/10/1-Cicci.pdf>

LAS SERVIDUMBRES POSITIVAS Y SU EJERCICIO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL*

POSITIVE SERVITUDES AND THEIR EXERCISE IN THE CIVIL AND COMMERCIAL CODE

*Guillermo Darío Principi***

Resumen: El presente trabajo se ocupa de analizar el artículo 1891 del Código Civil y Comercial, referido a las servidumbres positivas y la posesión, que a raíz de su aparente imprecisión terminológica es susceptible de generar confusión a la hora de hacer aplicable ciertas instituciones jurídicas que derivan de la posesión o que tienen relación con ella, por ejemplo, el sistema de acciones posesorias y reales, la posibilidad de adquisición de derechos reales a través de la prescripción adquisitiva, su clasificación como relación de poder, entre otros aspectos.

Palabras-clave: Servidumbres positivas - Posesión - Código Civil y Comercial - Relaciones de Poder - Acciones Posesorias.

Abstract: The present work deals with analyzing article 1891 of the Civil and Commercial Code, referring to positive easements and possession, which, due to its apparent terminological imprecision, is likely to generate confusion when applying certain legal institutions that derive from the possession or that are related to it, for example, the system of possessory and real actions, the possibility of acquisition of real rights through the acquisitive prescription, its classification as a relationship of power, among other aspects.

Keywords: Positive easements - Possession - Civil and Commercial Code - Power Relations - Possession Actions.

* Trabajo recibido el 28 de febrero de 2020 y aprobado para su publicación el 19 de marzo del mismo año.

** Abogado. Notario. Profesor de Derecho Privado V (Derechos Reales) de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Notarial y Registral de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. E-mail: guilleprincipi@hotmail.com

Sumario: I. Introducción. II. Acerca del término posesión. III. El art. 1891 del Código Civil y Comercial. IV. Las servidumbres positivas y las relaciones de poder. V. Servidumbres positivas y acciones posesorias. VI. Nuestra opinión. VII. Bibliografía.

I. Introducción

Advertimos la necesidad de indagar sobre la aparente imprecisión terminológica en que incurre la norma del artículo 1891 del nuevo Código Civil y Comercial al referirse a las servidumbres positivas, principalmente en un tema tan central y controvertido como es el de la posesión, que ha hecho discutir a los autores desde tiempos inmemoriales.

La importancia del problema de redacción de la norma deviene en virtud de estar ubicada metodológicamente dentro del Capítulo I, Título I del Libro IV del nuevo Código Civil y Comercial (en adelante CCC) referido a los principios comunes a todos los derechos reales, configurando una verdadera parte general. Con lo cual, su aparente imprecisión terminológica es susceptible de generar confusión a la hora de hacer aplicable ciertas instituciones jurídicas que derivan de la posesión o que tienen relación con ella, verbigracia, el sistema de acciones posesorias y reales, la posibilidad de adquisición de derechos reales a través de la prescripción adquisitiva, su clasificación como relación de poder, entre otros aspectos.

La necesidad de una expresión correcta de los términos jurídicos se hacía sentir desde la vigencia del Código velezano; no obstante, es notable la mejoría del nuevo ordenamiento jurídico en ese sentido. Sin perjuicio de ello, la norma del art. 1891 del CCC desde su primera lectura nos obliga a formular una serie de interrogantes a la hora de su interpretación.

Cuando la mencionada disposición expresa "(...) Las servidumbres positivas se ejercen por actos posesorios concretos y determinados sin que su titular ostente la posesión (...)", lo primero que nos preguntamos es, en qué medida, el titular de un derecho de servidumbre positiva, puede ejercer actos posesorios sin ser al mismo tiempo poseedor. También se observa el mencionado desacierto en el mismo título de la norma en cuestión, cuando refiere a la clasificación de los derechos reales según su ejercicio, sea por la posesión o por actos posesorios.

Este y otros interrogantes que se formularán a lo largo del presente trabajo nos conducen a reflexionar sobre el tema.

II. Acerca del término posesión

Previamente es necesario precisar el concepto de posesión, en su sentido más estricto, en el ámbito de los derechos reales, para evitar la utilización de este térmi-

no de manera inapropiada, diferenciándolo de otras acepciones que se pretenden señalar con la misma expresión.

En un sentido estricto la posesión se encuentra definida en el art. 1909 del CCC: “Posesión. Hay posesión cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no”. El nuevo Código Civil y Comercial, en lo que se refiere a la posesión, continúa en la misma línea filosófica que su precedente¹. Vale decir, y sin pretender desarrollar acabadamente el tema pues excede la finalidad del presente trabajo, que para hablar de posesión es necesaria la reunión de los dos elementos típicos de la teoría de Savigny, esto es, el objetivo y el subjetivo.

El elemento objetivo es representado por el *corpus*, que en la definición normativa se lo expresa diciendo “ejerce un poder de hecho”. Se sostiene que el *corpus* es la posibilidad de disponer físicamente de la cosa. No debe confundirse con la cosa en sí misma, pues ésta es el objeto de la relación real².

Por su parte el elemento subjetivo, esto es, el *animus domini o animus rem sibi habendi* se desprende de la cláusula del artículo citado cuando expresa “comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no”. Tradicionalmente es el elemento más cuestionado por los autores. En el art. 2351 del derogado Código Civil, Vélez lo identificaba con la expresión “intención de someterla (a la cosa, que es el objeto de la posesión) al ejercicio de un derecho de propiedad”. No obstante, no lo dejaba librado a la exclusiva voluntad interna del sujeto, pues en el art. 2353 prescribía: “Nadie puede cambiar por sí mismo ni por el transcurso del tiempo, la causa de su posesión”. Esto se mantiene en el nuevo ordenamiento conforme surge de los arts.

(1) KIPER, Claudio. *Tratado de Derechos Reales - Código Civil y Comercial de la Nación - Ley 26994*. T. I. Ed. Rubinzal - Culzoni, 2016, p. 90. “(...) Se aprecia la adhesión a la teoría subjetiva de Savigny, con alguna atenuación, ya que pone el acento en el comportamiento en lugar de la intención (...)”. En realidad, se consideraba que también en el derogado Código, el comportamiento del sujeto cumplía un rol protagónico para determinar la relación de poder. Véase VENTURA, Gabriel B. “Derechos y obligaciones del poseedor de inmuebles”, en *“Liber Amicorum” en homenaje al Prof. Dr. Luis Moisset de Espanés*, Tomo 1, Ed. Advocatus, Córdoba, 2010, p. 649 y ss.; también en <http://www.acadec.org.ar/doctrina/articulos/> (búsqueda del 18 de abril de 2019) el citado autor elabora un concepto de posesión diciendo que “(...) es la situación en la que se encuentra un sujeto que se comporta ejerciendo una facultad determinada, con independencia de si tiene o no el derecho de hacerlo (...)”.

(2) KIPER Claudio. Ob. Cit., p. 83, “El *corpus* es el poder de hecho sobre la cosa, el poder físico; es la posibilidad de disponer físicamente de una cosa”. MUSTO, Néstor Jorge. *Derechos Reales*, Tomo I, Ed. Astrea, 2000, p. 151: “el objetivo (*corpus*) (...) es definido por Savigny como la posibilidad física de disponer de la cosa”. Una particular postura se expresa en GURFINKEL DE WENDY, Lilian N. *Derechos Reales*, Tomo I, 2a ed., Abeledo Perrot S.A., 2015, p. 173: “El *corpus*, como su nombre lo indica, es la cosa corpórea, la materializada sobre la cual se van a ejercer actos posesorios”. Como se expresa en el texto principal, el *corpus* no es la cosa sino la posibilidad de disponer físicamente de la misma.

1909 y 1915, sosteniendo alguna doctrina que “El Código ha mejorado la definición ya que pone el acento en el comportamiento”³ y no en la exclusiva intención del sujeto.

En general la doctrina para explicar con más precisión este elemento suele acudir a la figura de la tenencia, relación de poder en virtud de la cual quien está en ejercicio de un poder de hecho sobre la cosa carece de este comportamiento y, por el contrario, reconoce en otro sujeto un señorío superior⁴.

Vélez Sarsfield en su Código utilizó el término “posesión” en diversos sentidos o criterios. Basta recordar -a modo de ejemplo- la norma del art. 732 del derogado Código Civil cuando mencionaba “el pago hecho al que está en *posesión del crédito*”; también el art. 1514 cuando refería a entregar la *posesión al locatario*. Asimismo, cabe citar las normas referidas a la posesión de herencia, tales como los arts. 3410 y su nota, 3412, 3413, entre otros. También cuando denominaba *tercer poseedor* al adquirente de un inmueble hipotecado que no ha asumido la deuda en el Cap. V, Tít. XIV “De las relaciones que la hipoteca establece entre los acreedores hipotecarios y los terceros poseedores, propietarios de los inmuebles hipotecados”⁵.

Este último caso, denominado “tercer poseedor”, a nuestro modo de ver resulta criticable, generando confusión, por lo que consideramos es correctamente corregida en el nuevo ordenamiento⁶. A modo de ejemplo puede citarse, entre otros, el art. 2199 refiriéndose a la “responsabilidad del propietario no deudor” para identificar

(3) KIPER Claudio. Ob. Cit., p. 92.

(4) MARIANI DE VIDAL, Marina. *Derechos Reales*, Tomo I, Ed. Zavallía, 7ª edición, Buenos Aires 2004, p. 113. MUSTO, Néstor Jorge. Ob. Cit., p. 143. BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil - Derechos Reales*, Tomo I, Abeledo Perrot, 1992. nro. 1111/26. KIPER, Claudio. Ob. Cit., p. 90.

(5) VENTURA, Gabriel B. *Derechos y obligaciones del poseedor (...)*, Ob. Cit., p. 5. El destacado jurista cordobés defiende una noción amplia del término posesión: “En realidad la expresión ‘posesión’ ha sido injustamente apropiada por quienes analizamos el tema desde la perspectiva de los derechos reales, ya que a decir verdad se trata de una institución mucho más amplia. Comprenderlo así ayuda sobremanera a una correcta interpretación de esta institución. Por ello nos gusta apelar a los conceptos de Vélez cuando se refiere a la posesión en otras circunstancias que no sean el ejercicio de un derecho real. En efecto el concepto aparece también en el Código de Vélez al regularse la ‘posesión de estado’. En la bellísima nota del Codificador al viejo artículo 325 del CC.: ‘Cuando un hombre ha sostenido y mantenido a la madre, cuando ha sostenido y mantenido al hijo de ella, tratándolo como suyo, cuando lo ha presentado como tal a su familia y a la sociedad, y en calidad de padre ha provisto a su educación, cuando ante cien personas y en diversos actos ha confesado ser el padre de él, no puede decirse que no ha reconocido al hijo de una manera tan probada, como si lo hubiera hecho por una confesión judicial (...). La posesión de estado es así por su naturaleza, una prueba más perentoria que la escritura pública, que los actos auténticos, es la evidencia misma; es la prueba viva y animada; la prueba que se ve, que se toca, que marcha, que habla; la prueba en carne y hueso”.

(6) ÁRRAGA PENIDO, Mario O. *Código Civil Comentado - Doctrina - Jurisprudencia - Bibliografía - Derechos Reales*, Claudio Kiper (Dir.), Ed. Rubinzal - Culzoni, 2004, Tomo III, p. 392 “La designación de ‘tercer poseedor’ (arts. 3163, 3164, 3166, 3167, 3169 a 3171, 3175 a 3185) configura una terminología que coadyuva a la confusión, pese a la expresa aclaración hecha por el Codificador en el Capítulo V, Título XIV, Libro Tercero, porque ese poseedor es a la vez propietario”.

al tercero que constituye la garantía y a quien adquiere el bien gravado con la misma sin obligarse al pago del crédito.

Sin embargo, queda por dilucidar dentro del contexto señalado, la norma del art. 1891 del nuevo Código Civil y Comercial cuando en su segundo párrafo pareciera no lograr coherencia. Creemos que en esta oportunidad el problema deviene, entre otras razones, por la adhesión a cierta corriente doctrinaria que entiende que, en las servidumbres positivas, su ejercicio se traduce en la ejecución de actos posesorios sobre el fundo sirviente sin ser necesario que el inmueble sea entregado al titular de ella.

III. El art. 1891 del Código Civil y Comercial

Sin fundamento alguno, el nuevo CCC se aparta en esta cuestión del proyecto de 1998, el que en su art. 1823 disponía: “Ejercicio a través de actos posesorios. Todos los derechos reales se ejercen por la posesión, excepto las servidumbres negativas, la hipoteca, la prenda y la indisponibilidad voluntaria. Hay ejercicio por la posesión aunque los actos materiales no importen el apoderamiento de la cosa”. Como puede observarse, el proyecto de 1998 excluía -en materia de servidumbre- únicamente a las negativas del ejercicio por la posesión y, con una mayor claridad conceptual, no identificaba la posesión con la detentación o apoderamiento de la cosa.

Evidentemente, en el art. 1891, 2º párrafo del CCC, el legislador no ha utilizado el término posesión en su sentido más estricto, sino en un sentido amplio, identificándolo con la cosa en sí misma.

En efecto, el art. 1891 del CCC clasifica a los derechos reales en cuanto a su ejercicio, expresando: “Ejercicio por la posesión o por actos posesorios. Todos los derechos reales regulados en este Código se ejercen por la posesión, excepto las servidumbres y la hipoteca. Las servidumbres positivas se ejercen por actos posesorios concretos y determinados sin que su titular ostente la posesión”. En primer lugar, debe considerarse que la norma se encuentra ubicada metodológicamente dentro del Capítulo I, Título I del Libro IV referido a los principios comunes a todos los derechos reales. El mencionado Título I denominado “Disposiciones Generales” configura una auténtica parte general de todo el libro IV, dando respuesta así a un viejo reclamo de la doctrina en torno al derogado Código que sólo destinaba cuatro artículos a esos fines.

Según la norma transcrita los derechos reales pueden ser ejercidos a través de la posesión o no serlo. En este último caso, cita expresamente las servidumbres y la hipoteca. Sin embargo, respecto de una clase de servidumbre -las positivas⁷- incurre

(7) El art. 2164 del CCC clasifica a las servidumbres en positivas y negativas. “La servidumbre es positiva si la carga real consiste en soportar su ejercicio”. Ejemplo de ellas son la servidumbre de tránsito, o la de sacar aguas. Esta clasificación estaba excluida del Código derogado. Explicaba Vélez

en la confusión que se le endilga al disponer que se ejercen por actos posesorios concretos y determinados sin que se ostente la posesión⁸. Desde el mismo título de la norma se observa la dicotomía planteada cuando expresa “Ejercicio por la posesión o por actos posesorios”.

No es feliz la expresión del nuevo ordenamiento en la cláusula mencionada al emplear el término posesión, lo que inevitablemente conduce a reflexionar si es posible ejecutar actos posesorios⁹ sin que ello implique necesariamente ejercer la posesión. De ser ello posible, deberíamos admitir una tercera categoría de derechos reales representada por aquellos que se ejercen por actos posesorios sin que sus titulares sean poseedores¹⁰; y que por lo tanto no ingresan en la clase de derechos reales que se ejercen por la posesión, como tampoco en la que no se ejercen por la posesión.

La cláusula de la norma en análisis reconoce como antecedente doctrinario las ideas expuestas por los destacados autores Gatti y Alterini¹¹, al proponer una de las

Sarsfield en la nota al art. 2976 del Código anterior: “Los escritores de Derecho, las leyes romanas y otros códigos, hacen otra división de las servidumbres (...) en afirmativas o negativas, pero tales divisiones no presentan utilidad alguna, ni para la legislación ni para la doctrina”.

(8) VENTURA, Gabriel B. *Código Civil y Comercial de la Nación - analizado, comparado y concordado*, dirigido por Alberto J. Bueres, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, Tomo 4 A, comentario al art. 1891, pp. 62 a 66. El mencionado jurista fue uno de los primeros autores en señalar el error al momento de la sanción del CCC, expresando en su comentario a la norma en el *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*, también dirigido por Alberto J. Bueres, Ed. Hammurabi, Bs. As. Tomo 2, p. 246, tal como ya lo señaláramos: “Sin embargo, es dable efectuar una seria crítica a la norma, pues en su segundo párrafo determina erróneamente que se pueden ejercer actos posesorios sin ostentar la posesión, cuando en realidad, según tenemos arraigado en nuestros conceptos y reiterada doctrina, los actos posesorios no son sino la prueba misma de la posesión. En razón de ello resultaría virtualmente imposible ejercer actos posesorios sin ostentar la posesión”.

(9) Art. 1928 CCC. “Actos posesorios. Constituyen actos posesorios sobre la cosa los siguientes: su cultura, percepción de frutos, amojonamiento o impresión de signos materiales, mejora, exclusión de terceros y, en general, su apoderamiento por cualquier modo que se obtenga”. VENTURA, Gabriel B. *Acciones reales según el Código Civil y Comercial*, Ed. Zavalía, 1° edición, 2017, pp. 40-41. Compartimos la conceptualización que el autor hace de los actos posesorios: “Acto posesorio es un hecho voluntario que produce una modificación física sobre la cosa supuestamente poseída y que permite llegar al convencimiento de haber estado en contacto con ella con ánimo de dueño”, principalmente cuando al desentrañar el concepto desarrolla la noción de hecho voluntario: “La posesión exige, por ley, la participación de la voluntad, puesto que se necesita el ‘comportarse como titular de un derecho real’ (artículo 1909 CCyC), que no es otra cosa que el conocido *animus domini*”.

(10) VENTURA, Gabriel B. *Acciones reales...*, Ob. Cit., p. 38. En ese sentido Ventura sostiene: “A nuestro parecer, reiteramos, considerar ambas expresiones como alternativas constituye un error conceptual”.

(11) GATTI, Edmundo - ALTERINI, Jorge H. *El Derecho Real - Elementos para una Teoría General*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 129. Para un mayor desarrollo de sus antecedentes ver COSSARI, Nelson G. A. en ALTERINI, Jorge Horacio (Dir.); ALTERINI, Ignacio Ezequiel (coord.). *Código Civil y Comercial Comentado - Tratado Exegético*. 1a. ed. 2015, T. IX, Derechos Reales, La Ley, pp. 66-68.

tantas clasificaciones de los derechos reales. En lo concerniente a las servidumbres señalan: “Las servidumbres activas deben ser ubicadas en una situación especial en cuanto a su ejercicio o no por la posesión, pues si bien no es necesaria la entrega a su titular del fundo respectivo, su ejercicio puede implicar actos posesorios; así ocurre en las servidumbres positivas”.

Como claramente señalan los autores citados precedentemente, en las servidumbres positivas no es necesaria la entrega del fundo sirviente a su titular; vale decir que no hay tradición o entrega material de la cosa inmueble, sino que el titular del fundo sirviente conserva la posesión que le permite el ejercicio de su derecho de dominio, aunque imperfecto. No obstante, la falta de tradición de la cosa, como veremos más adelante, no obsta al ejercicio de la posesión por parte del titular de la servidumbre positiva. Pues dicha relación real es consecuencia del ejercicio de los actos posesorios que la misma norma le reconoce.

La norma del art. 1891, 2º párrafo del CCC, al expresar que el titular de la servidumbre positiva no ostenta la posesión pero que, no obstante, la ejerce por actos posesorios, contiene un error manifiesto. Ello, toda vez que el ejercicio de actos posesorios nos remite inexorablemente a la posesión. Esta última se manifiesta a través de aquellos actos posesorios. Vale decir, que la posesión es una suma de actos posesorios, se compone de ellos. Sin actos posesorios no hay posesión¹². Con lo cual, esos actos posesorios conducen a la posesión. Ahora bien, el interrogante que se presenta es: ¿a qué posesión conducen? En ello reside el *quid* de la cuestión.

Para precisar mejor los conceptos, debe sostenerse que los actos posesorios que el art. 1891 señala conducen, sin duda, a una “posesión” que hace al contenido propio del derecho real de que se trata. Debe abandonarse la noción de posesión como contenido o ejercicio del dominio. Los actos posesorios que la norma menciona no son ni más ni menos que la “forma” en que se ejerce el derecho real de servidumbre positiva. En esta clase de servidumbre su titular no ostenta la posesión *animus domini*, y ello es así, no sólo porque no hay desplazamiento de la cosa sino, principalmente, porque se trata de un derecho real totalmente distinto del dominio.

Como fundamento de lo expuesto, y conforme lo apuntado precedentemente, la norma del art. 1909 del CCC, que define a la posesión *strictu sensu*, señala que el poder de hecho se ejerce comportándose como titular de “un derecho real”; lo que permite comprender dentro del supuesto no sólo al poseedor *animus domini* (ejercicio del derecho de dominio), sino a todos aquellos poseedores con un *animus* diferente al del dominio, tales como los titulares de los demás derechos reales sobre cosa propia, e incluso los derechos reales sobre cosa ajena, como el usufructo o las servidumbres positivas, entre otros.

(12) VENTURA, Gabriel B. *Acciones reales...*, Ob. Cit., p. 38 señala el autor que “los actos posesorios no son sino la prueba misma de la posesión. En razón de ello resultaría virtualmente imposible ejercer actos posesorios sin ostentar la posesión”.

Más aún, debe tenerse presente que, cuando se clasifica a los derechos reales según se ejerzan o no a través de la posesión, esta última no se presenta de la misma manera en cada uno de ellos. Vale decir, que la forma de ejercicio de los derechos reales varía en unos y otros dependiendo en gran medida de la estructura legal asignada a cada uno (art. 1884 CCC).

No debe generar confusión el hecho de la falta de tradición de la cosa en las servidumbres positivas, pues la situación no es tan diferente al supuesto de otros derechos reales de disfrute. De lo contrario deberíamos sostener que en el caso del usufructo el nudo propietario no es poseedor porque la cosa es entregada al usufructuario; o a la inversa, que el usufructuario es un tenedor al recibir materialmente la cosa representando la posesión del nudo propietario¹³.

En el caso de la servidumbre, y a diferencia del nudo propietario, el titular del derecho no sólo tiene contacto con la cosa -fundo sirviente- sino que efectivamente ejecuta actos posesorios.

En ese sentido debe recordar la disposición del art. 2401 del Código de Vélez y su concordante art. 1913 del nuevo CCC¹⁴. Estas normas permiten la subsistencia de dos posesiones que no se excluyan entre sí, *v.gr.* cuando un inmueble es dado en usufructo, sobre la cosa se ejercen dos posesiones diferentes: por un lado, la del nudo propietario en calidad de dueño -imperfecto-, por otro lado, la del usufructuario como titular del usufructo. Como se dijo, la entrega de la cosa al usufructuario para el ejercicio de su derecho no permite afirmar que el nudo propietario deje de ser poseedor, pues en este caso -y al igual que sucede en la servidumbre positiva- se trata de dos relaciones de poder de distinta naturaleza que pueden convivir perfectamente sobre la misma cosa.

Tan particular es la posesión en el derecho real de servidumbre positiva, que se le asigna un “modo” especial para su constitución. En efecto, el art. 1892 del CCC¹⁵ expresa que el primer uso es modo suficiente de adquisición de la servidumbre positiva. Con lo cual, esta norma viene a reforzar lo expuesto en el sentido de la carencia de tradición y la necesidad de sustituirla por el primer uso a los fines de la constitución del derecho.

(13) BORDA, Guillermo A. Ob. Cit., nro. 1111/25 quien expresa: “El propietario es el poseedor por excelencia. Pero a veces una situación de disfrute es protegida frente al propietario, frente al titular del dominio (...). Nuestro Código califica de poseedores y concede la protección posesoria a los usufructuarios, usuarios, a los titulares de servidumbres, de un derecho de prenda o de anticresis”.

(14) Art. 1913 CCC. “Concurrencia. No pueden concurrir sobre una cosa varias relaciones de poder de la misma especie que se excluyan entre sí”. Con mayor claridad decía Vélez en su art. 2401: “Dos posesiones iguales y de la misma naturaleza, no pueden concurrir sobre la misma cosa”.

(15) También lo preveía el Código derogado en el art. 2977: “El uso que el propietario de la heredad a quien la servidumbre es concedida haga de ese derecho, tiene lugar de tradición”.

IV. Las servidumbres positivas y las relaciones de poder

De proponerse una interpretación diferente a la dada y sostener que el titular de la servidumbre positiva no es poseedor, se toparía inevitablemente con el problema de la armonización con el resto de las instituciones jurídico - reales, *v.gr.*, con el de las relaciones de poder.

El Código Civil y Comercial ha adoptado la denominación relaciones de poder, para identificar aquellas relaciones entre un sujeto y las cosas. En los fundamentos del anteproyecto se señala que se prefiere esa denominación antes que la de relaciones reales pregonada por la doctrina nacional¹⁶ por resultar equívoca: “porque en Europa se la emplea a veces para hacer referencia al derecho real, al valerse de los términos relación real para significar derecho real, por oposición a relación personal en vez de derecho personal”¹⁷.

El nuevo cuerpo normativo en su art. 1908 prescribe que: “Las relaciones de poder del sujeto con una cosa son la posesión y la tenencia”. En los fundamentos del anteproyecto se expresa que: “A los efectos de la teoría posesoria, las únicas relaciones de poder que interesan son la posesión y la tenencia; con la adición del servidor de la posesión al solo fin de la defensa extrajudicial de la posesión”.

En lo que atañe al tema que nos convoca -y siempre dentro del marco de la expresión literal del art. 1891 del CCC-, cabe preguntarse cómo encastrar al sujeto titular de una servidumbre positiva dentro del régimen de las relaciones de poder. En el caso, un sujeto que no es poseedor -porque la norma lo excluye-, pero que sin embargo ejecuta actos posesorios -porque la norma expresamente se lo reconoce -, no encuadra en el abanico de relaciones de poder jurídicamente reconocidas.

El interrogante planteado precedentemente, que podría reformularse en el siguiente: ¿qué relación de poder ostenta ese titular de servidumbre positiva? Sólo encuentra respuesta si se toman en consideración las reflexiones que anteceden. Únicamente, si por vía interpretativa y conforme los fundamentos expuestos se piensa que la servidumbre positiva se ejerce a través de la posesión, podremos dar respuesta a nuestra cuestión.

V. Servidumbres positivas y acciones posesorias

Una de las implicancias jurídicas de mayor trascendencia en torno a reconocerle la calidad de poseedor al titular de servidumbre positiva, es su legitimación para la defensa de esa relación de poder.

En efecto, en nuestro régimen jurídico las acciones posesorias son ejercidas tanto por poseedores como tenedores. Con lo cual, definir con precisión la clase

(16) MOLINARIO, Alberto. *De las relaciones reales*, Universidad, Buenos Aires, 1981, p. 37.

(17) Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

de relación de poder que ostenta este titular de servidumbre positiva permitirá concederle el ejercicio de las mencionadas acciones.

Más aún, el art. 2180 del CCC en su 2º párrafo establece que “el titular dominante puede exigir el cese de la turbación”. Nos preguntamos de qué manera puede ese titular de servidumbre positiva, *v.gr.* en una servidumbre de tránsito, “exigir” el cese de dichos ataques. Y nos lo preguntamos, porque conforme se ha visto, para el CCC no es un poseedor -art. 1891, 2º párrafo del CCC-; y por otra parte las acciones que permiten exigir el cese de un ataque a la relación de poder están reservadas a los poseedores -arts. 2241, 2242 y 2245 CCC-.

Debe tenerse presente el art. 2239 del CCC que prohíbe la justicia por mano propia; con lo cual a ese sujeto titular de servidumbre no le queda más remedio que iniciar una acción posesoria de mantener la posesión¹⁸.

Además, al ser titular de un derecho real también contará dentro del abanico de acciones con las llamadas petitorias. En particular, con la acción confesoria que prescribe el art. 2248 del CCC: “La acción confesoria tiene por finalidad defender la plenitud del derecho real y corresponde ante actos que impiden ejercer una servidumbre”.

Como puede observarse del análisis precedente, y por sus efectos, resulta lógico e inevitable asignarle el carácter de poseedor al titular de la servidumbre positiva. De lo contrario se caería en el absurdo de concederle al titular de la hipoteca -quien carece de relación real con la cosa- el ejercicio de las acciones petitorias por expreso reconocimiento del art. 2248 CCC: “Las acciones reales competen también a los titulares del derecho de hipoteca”, y negárselas al de servidumbre positiva a pesar de ostentar una relación de poder con la cosa.

VI. Nuestra opinión

Desde esta perspectiva y conforme lo desarrollado *supra*, la servidumbre positiva se ejerce a través de la posesión¹⁹, aunque más no sea una posesión muy peculiar que se adquiere con el primer uso y se ejerce por actos posesorios concretos y determinados.

Una posesión que implica el ejercicio particular del derecho que se menciona; vale decir, que esa posesión es la particular forma en que se ejerce el derecho de servidumbre positiva. Con lo cual, es un error afirmar que su titular no ostenta la posesión. En todo caso, lo que no ostenta es la cosa en sí misma que permanece en poder del titular del fundo sirviente.

(18) KIPER Claudio. Ob. Cit., T. II, p. 175.

(19) VENTURA, Gabriel B. *Acciones reales (...)*, Ob. Cit., p. 38. COSSARI, Nelson G. A. Ob. Cit., p. 68.

Se concluye entonces, que la norma del art. 1891, en su 2° párrafo debe interpretarse en el sentido de incluir dentro de la categoría de derechos reales que se ejercen por la posesión a las servidumbres positivas, aunque su titular no detente la cosa. Esto así, aun cuando la norma exprese que su titular no es poseedor, pues de lo contrario se forzaría el sistema normativo sin lograr coherencia con el resto de las instituciones.

VII. Bibliografía

ALTERINI, Jorge Horacio (Dir.) - ALTERINI, Ignacio Ezequiel (Coord.). *Código Civil y Comercial Comentado - Tratado Exegético*. 1a. ed., T. IX, Derechos Reales, Ed. La Ley, 2015.

ÁRRAGA PENIDO, Mario O. *Código Civil Comentado - Doctrina - Jurisprudencia - Bibliografía - Derechos Reales, Tomo III*, Claudio Kiper (Dir.), Ed. Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 2004.

BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil - Derechos Reales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

GATTI, Edmundo - ALTERINI, Jorge H. *El Derecho Real - Elementos para una Teoría General*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

GURFINKEL DE WENDY, Lilian N. *Derechos Reales*, 2a ed., Abeledo Perrot S.A., Buenos Aires, 2015.

KIPER, Claudio. *Tratado de Derechos Reales, Código Civil y Comercial de la Nación - Ley 26994*, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2016.

MARIANI DE VIDAL, Marina. *Derechos Reales*, Ed. Zavalía, 7° edición, Buenos Aires, 2004.

MOLINARIO, Alberto. *De las relaciones reales*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1981.

MUSTO, Néstor Jorge. *Derechos Reales*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000.

VENTURA, Gabriel B. *Código Civil y Comercial de la Nación - analizado, comparado y concordado*, dirigido por Alberto J. Bueres, Tomo 4, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017.

VENTURA, Gabriel B. *Acciones reales según el Código Civil y Comercial*, 1° edición, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2017.

VENTURA, Gabriel B. "Derechos y obligaciones del poseedor de inmuebles", *Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Luis Moisset de Espanés*, Tomo I, Ed. Advocatus, Córdoba, 2010.

LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA ECONOMÍA SOCIAL Y SOLIDARIA EN BRASIL Y ARGENTINA. ALGUNAS CONSIDERACIONES*

THE LEGAL REGULATION OF THE SOCIAL AND SOLIDARITY ECONOMY IN BRAZIL AND ARGENTINA. SOME CONSIDERATIONS

*Miguel Agustín Torres***

Resumen: Con diferencias de matices en lo referente a los fundamentos que la explican y a los fines que la impulsan, la economía social y solidaria fue adquiriendo, en las últimas décadas, una creciente relevancia en las sociedades de los países sudamericanos. La dinámica que observó en los últimos años el segmento social y solidario en Brasil y en Argentina se inscribe dentro de dicha tendencia. El desarrollo del ámbito social y solidario en estos dos escenarios nacionales instaló en sus sociedades el debate sobre la necesidad de profundizar en la regulación legal del sector. Teniendo en cuenta ello, en este trabajo se procura caracterizar el estado actual que exhibe la regulación jurídica de la economía social y solidaria en Brasil y en Argentina, en tanto faceta central del proceso de institucionalización, resaltando los principales aspectos que observan los respectivos marcos legales. El estudio permite advertir que la ausencia de una ley nacional específica en los dos Estados no fue un obstáculo para el desarrollo de regímenes provinciales sobre economía social y solidaria.

Palabras-clave: Economía Social y Solidaria - Regulación Legal - Brasil - Argentina.

Abstract: With some differences in nuances regarding the fundamentals that explain it and the purposes that drive it, the social and solidarity economy has acquired in recent decades a growing rele-

* Trabajo recibido para su publicación el 26 de febrero de 2020 y aprobado el 20 de marzo del mismo año.

** Abogado por la Universidad Nacional de Tucumán (UNT); Doctor en Humanidades (UNT); Doctor en Derecho (Universidad de Buenos Aires), Investigador del Centro de Investigaciones y Transferencias de Catamarca - CONICET; Docente de la Universidad Nacional de Catamarca.

vance in the societies of the South American countries. The dynamic that observed in recent years the social and solidarity segment in Argentina and Brazil is part of this trend. The development of social and solidarity field in these two national scenarios installed in their societies the debate on the need to deepen the legal regulation of the sector. Taking this into account, this paper tries to characterize the current situation of the legal regulation of the social and solidarity economy in Brazil and Argentina as a central piece of the institutionalization process, highlighting the main aspects of the respective legal frameworks. The study shows that the absence of a specific federal law in the two States was not an obstacle to the development of provincial regimes for social and solidarity economy.

Keywords: Social and Solidarity Economy - Legal Regulation - Brazil - Argentina.

Sumario: I. Introducción. II. El rumbo de la institucionalización de la economía social y solidaria en Brasil. III. El curso de la institucionalización de la economía social y solidaria en Argentina. IV. Configuración y aspectos principales de los marcos legales de la Economía Social y Solidaria en Brasil y Argentina. IV. a) La carencia de una ley nacional específica para el sector. IV. b) El aporte de los ordenamientos provinciales. IV. b. i) Delimitación conceptual de la economía social y solidaria. IV. b. ii) La caracterización de las actividades y sus protagonistas. IV. c) La individualización de las iniciativas y la promoción del sector social y solidario. IV. d) Las singularidades derivadas del contexto socioeconómico subyacente. V. Comentarios finales. VI. Referencias.

I. Introducción

En los últimos años, la economía social y solidaria intensificó su presencia en las sociedades sudamericanas. Con distintos matices según los supuestos, este creciente protagonismo de la economía social y solidaria se reflejó en diferentes escenarios a lo largo de la región, tanto mediante la proliferación de figuras solidarias clásicas como a través del surgimiento de renovadas iniciativas. Las desfavorables connotaciones sociales generadas por las complejas coyunturas socioeconómicas que, en diversa medida, caracterizaron en las últimas décadas a los países del área, contribuyeron al posicionamiento de la economía social y solidaria como una alternativa de integración e inclusión viable en contextos de vulnerabilidad social y de restringida inserción laboral.

Por tal razón y por la propia relevancia del sector, los Estados de la región han avanzado en su cobertura jurídica, alcanzando diferentes grados de desarrollo. La

dinámica que observó en los últimos años el segmento social y solidario en Argentina y Brasil se inscribe, precisamente, dentro de dicha tendencia. El desarrollo del ámbito social y solidario en estos dos escenarios nacionales instaló en sus sociedades el debate sobre la necesidad de profundizar en la regulación legal del mismo.

Teniendo en cuenta ello, en este trabajo se procura caracterizar el estado actual que exhibe a regulación jurídica de la economía social y solidaria en Brasil y en Argentina en tanto faceta central del proceso de institucionalización, resaltando los principales aspectos que contemplan los respectivos marcos legales. Por ende, con el propósito de identificar los contenidos medulares que conforman a los esquemas normativos de sendos Estados, se incursiona, dentro de cada uno de ellos, en el análisis de la conceptualización que recibe el sector social y solidario, con la correspondiente descripción de los actores que lo integran y los móviles que lo inspiran. Con ese cometido, se indaga sobre la composición de los respectivos regímenes jurídicos del espacio social y solidario, a través de un recorrido por el cuerpo textual de los principales instrumentos legales que los integran, sin prescindir de la consideración de los fundamentos que subyacen a dichas normas y que revelan, a menudo, la posición impresa en los mismos por el legislador.

El interés por cotejar la expresión normativa de la economía solidaria en Brasil y Argentina se explica por las similitudes que guardan entre sí los respectivos procesos de configuración y posicionamiento del sector social y solidario en ambos países. Por cierto, en sendas jurisdicciones nacionales el desenvolvimiento social y solidario se desarrolló sin disponer de una norma federal específica. Así, la dimensión jurídica del marco institucional en los dos Estados se caracteriza por la concurrencia de productos normativos de orden subnacional (estadual y municipal en Brasil; provincial y, en menor medida, municipal en Argentina) y, a la vez, por la carencia de una ley de carácter federal destinada a regular, con alcance general, el segmento solidario. Justamente, esta indagación permite advertir el sentido preponderante que revisten los ordenamientos provinciales de los dos países en la regulación legal del campo social y solidario, puesto que ante la ausencia de una ley nacional específica y a pesar de ello, algunas provincias avanzaron en la cobertura jurídica del sector.

En términos metodológicos, este trabajo implica un estudio de tipo cualitativo que reviste una naturaleza prevalentemente descriptiva con incorporación de un sesgo comparativo. Su estructura se ajusta a la siguiente distribución: i) como punto de partida se proporciona una descripción del desenvolvimiento institucional que observó la economía social y solidaria en Argentina; ii) seguidamente, se efectúa un recorrido por el curso que exhibió el desarrollo institucional de la economía social y solidaria en Brasil; iii) luego, se incursiona en el análisis de los aspectos principales que contribuyen a caracterizar a la regulación jurídica de la economía social y solidaria en ambos Estados; iv) a modo de cierre, se exponen una serie de comentarios y reflexiones finales.

II. El rumbo de la institucionalización de la economía social y solidaria en Brasil

La economía social reconoce profundas raíces en la sociedad brasileira, expresadas en la tradicional presencia del movimiento cooperativo. Esta histórica rai-gambre del cooperativismo también se reflejó en el cuso que describió la evolución del régimen legal propio del sector, que exhibe como primigenia manifestación al decreto legislativo N° 979 del 6 de enero de 1903 y como última y vigente producción normativa a la ley federal 5764 de diciembre de 1971¹.

Sin embargo, desde las últimas décadas del siglo pasado la economía social y solidaria fue adquiriendo en Brasil un creciente protagonismo, a través de un trayecto complejo en el cual convergieron diferentes factores y que incidió en la delimitación de los intereses propios del ámbito social y solidario y en la especificación de su sentido social. Este crecimiento del sector, que excedió por su diversidad el perímetro del cooperativismo, respondió a las diferentes iniciativas que fueron conformándose desde los segmentos populares de la economía, como alternativa frente a las restricciones para el acceso al mercado laboral o para la reinserción al mismo.

El despliegue de las distintas expresiones en el terreno práctico resultó complementado con el accionar de los propios actores del espacio solidario que, de modo creciente, fueron reclamando una mayor cobertura institucional para las diversas manifestaciones sociales y solidarias. A partir de la reproducción de experiencias y de la inalterable vigencia que observaban sus fundamentos y sus fines, más allá del transcurso de los años, la economía solidaria, además de representar un espacio de actuación que propiciaba diferentes vías de rescate social y de proyección laboral, fue posicionándose como un movimiento de naturaleza social² y, por ende, arraigándose, sólidamente, en la comunidad. Por tal razón, puede afirmarse, siguiendo a Baron de Vargas y a Opuszka³, que la economía social y solidaria integra la configuración social brasileira, nutre su imaginario colectivo y contribuye a conformar su cultura material y simbólica.

La literatura especializada suele situar temporalmente la aparición de la economía social en el comienzo de los años '80, que constituyó un ciclo surcado por la severa crisis socioeconómica que afectó al país y que derivó en un gravoso panorama definido por la exclusión social, el desempleo y el empobrecimiento de la

(1) PERIUS, Virgilio Federico. *Cooperativismo e Lei*, UNISINOS, São Leopoldo, 2001. PINHO, Diva Benevides. *O Cooperativismo de Crédito no Brasil*, CONFERBRAS/ESETEC, Santo André, 2004.

(2) LIMA COSTA, Bianca Aparecida - DE JESUS, Paulo. "A Economia Solidária no Brasil Uma trajetória de conformação enquanto movimento social?", *Revista Mundo Do Trabalho Contemporâneo*, V. 2, N° 2, São Paulo, 2017, pp. 241-264.

(3) BARON DE VARGAS, Tuany - OPUSZKA, Paulo Ricardo. "Economia Popular Solidária como Política Pública: Aportes possíveis para significação das relações de trabalho", *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, V. 9, N° 18, 2018, pp.79-99.

clase de la trabajadora. Al respecto Das Neves, Baucic y Fajardo García⁴ apuntan que el surgimiento de la economía social y solidaria es tributario de la incidencia de dos contextos sucesivos, que representaban supuestos fácticos restrictivos, en los cuales los actores atravesaron, respectivamente, situaciones de exclusión social y vulnerabilidad. Así, señalan que el primero de estos cuadros contextuales refleja reminiscencias históricas y alude a la existencia de núcleos poblacionales excluidos del mercado formal de trabajo y de las condiciones de vida propias de la sociedad industrial que caracterizó al país durante el siglo XX⁵. La exclusión social, que definía a este panorama, podía explicarse, en parte, por la concentración de la propiedad rural, por la asimétrica distribución de la renta y por la carencia de políticas sociales adecuadas⁶.

Añaden estos especialistas que la crisis de la década del '80 agudizó la ya acuciante situación socioeconómica de esas personas y las impulsó a la búsqueda de alternativas de subsistencia mediante la incursión en el trabajo precario y por cuenta propia⁷. Precisamente, en dicho escenario emergieron diferentes propuestas de organización popular, algunas de las cuales contaron con el respaldo de instituciones sociales y civiles que se involucraron con la cuestión social de aquel momento, de las cuales se destacaron, entre otras, Cáritas, algunos sindicatos y ciertos representantes del ámbito académico⁸.

Señalan, del mismo modo, que en esta instancia las administraciones municipales, principalmente las conducidas por partidos de izquierda, desempeñaron un rol favorable, al abocarse a la organización de los trabajadores, colaborando en la conformación de cooperativas y asociaciones capaces de generar trabajo y renta⁹. De esta manera, tal cual puede apreciarse, la economía solidaria, al decir de Shiochet¹⁰ “surgió en la década de 1980 como una respuesta de los (as) trabajadores (as) a la crisis social provocada por el estancamiento económico y la reorganización del proceso de acumulación capitalista”.

El segundo de los marcos contextuales receiptó la influencia directa de la referida crisis económica que afectó al país durante los años '80 y del proceso de apertura económica y financiera desplegado en los años '90 y que terminó condicionando

(4) DAS NEVES, Ednalva Felix - BACIC, Miguel Juan - FAJARDO GARCÍA, Isabel-Gemma. “Diferenças e similaridades entre as experiências da economia social na Espanha e da economia solidária no Brasil”, *Mundo do Trabalho Contemporâneo*, V. 2, N° 2, 2017, pp. 265-288.

(5) *Ibidem*.

(6) *Ibidem*.

(7) *Ibidem*.

(8) *Ibidem*.

(9) *Ibidem*.

(10) SCHIOCHET, Valmor. “Institucionalização das Políticas Públicas de Economia Solidária: Breve trajetória e desafios”, *Mercado de Trabalho*, N° 40, 2009, p. 55.

la competitividad de las empresas brasileñas dentro de la economía internacional y ocasionando quiebras.

En esta línea, Paul Singer¹¹ al describir el proceso de surgimiento y evolución de la economía solidaria, también reconoce una instancia de inflexión en la década del '90 producto de la incidencia de las circunstancias de esos años y de las consecuencias desfavorables arrastradas desde el decenio precedente. Así, en su criterio, la economía solidaria:

“Había comenzado a tomar cuerpo en la primera mitad de los años 1990, con la multiplicación de las empresas recuperadas (fruto de la desindustrialización y del desempleo en masa), de las cooperativas en los asentamientos de reforma agraria, de las cooperativas populares en las periferias metropolitanas, formadas con el auxilio de incubadoras universitarias y de los Proyectos Alternativos Comunitarios (PACs) sembrados por Cáritas en los bolsones de pobreza de los cuatro rincones de Brasil”¹².

Ante este panorama, comenzó a reproducirse un patrón de comportamiento en muchos propietarios de fábricas que desencadenó, a su vez, una respuesta creativa por parte los trabajadores, lo cual habría de imprimirle una nota distintiva al período. Así, muchos empresarios e industriales de la etapa, en procura de rescatar sus propios patrimonios, declararon la quiebra de sus firmas para liberarse de las cargas financieras y laborales, desentendiéndose, de esa forma, de la suerte de los trabajadores¹³. En ese escenario, los trabajadores de las empresas en quebranto, como un mecanismo para resguardar la fuente laboral y contando con el apoyo de sus respectivos sindicatos, asumieron la determinación de peticionar judicialmente la conducción de las empresas fallidas, afrontando la tarea de saldar sus pasivos y emprendiendo la recuperación de las mismas¹⁴.

Como se manifestó, en el contexto de los años '80 la economía solidaria constituyó un ámbito de interacción que ofrecía alternativas a los desempleados para emerger de la situación de exclusión social; en cambio, en el cuadro fáctico de la década siguiente la economía solidaria nucleó los esfuerzos de los trabajadores que transitaban situaciones de vulnerabilidad, es decir, que enfrentaban el peligro de caer en la exclusión social.

(11) SINGER, Paul. “Políticas Públicas da Secretaria Nacional de Economia Solidária do Ministério do Trabalho e Emprego”, *Mercado de Trabalho*, N°. 39, 2009, pp. 41-48.

(12) *Ibidem*, p. 43.

(13) DAS NEVES, Ednalva Felix - BACIC, Miguel Juan - FAJARDO GARCÍA, Isabel-Gemma, *Op. Cit.*

(14) *Ibidem*.

Los rasgos que caracterizaron el desenvolvimiento de la economía social y solidaria en estos años terminaron imprimiéndole un sentido disruptivo. Ciertamente, en esa instancia, los fundamentos y el contenido de la propuesta social y solidaria se conectaron con el temario de reivindicaciones sociales de los trabajadores y de los sectores rezagados socialmente. Como destacan Schiochet y Fernandes Da Silva¹⁵ la economía social y solidaria cobró mayor notoriedad social al insertarse en la discusión concerniente a las potencialidades transformadoras inherentes a la lucha popular y al accionar de la clase trabajadora. Con ello, la respuesta que, desde el terreno social y solidario, proporcionaron los trabajadores y las comunidades empobrecidas reflejó un carácter emancipador, describiendo una tendencia inscrita en una agenda política que se asentaba en prácticas económicas concretas. Así, este proceso, en el parecer de los autores invocados comprendió las siguientes iniciativas:

“Trabajadores desempleados ocuparon fábricas cerradas y activaron su producción por medio de una organización colectiva y de autogestión; agricultores familiares y asentados de la reforma agraria organizaron cooperativas de crédito, de producción y de servicios, en contraposición a la subordinación a la agroindustria capitalista; comunidades urbanas y rurales organizaron colectivamente grupos de producción, compras colectivas y fondos solidarios y rotativos de crédito; grupos de recolectores de basura (en los basurales y en las ciudades) organizaron su actividad de recolección y reciclaje por medio de asociaciones cooperativas”¹⁶.

Durante el comienzo de la década pasada la economía social y solidaria inició la etapa de consolidación de su proyección social. Incidió en ese proceso la llegada al poder del Partido de los Trabajadores (PT), puesto que la economía social y solidaria habría de integrar la agenda de gestión de la administración gobernante. Demostración de ello lo representó la creación de la Secretaría Nacional de Economía Solidaria dentro de la órbita del Ministerio de Trabajo y Empleo de la Nación. A partir de allí se intensifica el ciclo de institucionalización a través de la implementación de programas dirigidos a estimular la expansión del sector social y solidario. Guardando consonancia con tal recorrido, surgen, por aquellos años, los primeros regímenes estaduales específicos para la economía solidaria.

(15) SCHIOCHET, Valmor - FERNANDES DA SILVA, Regilane. “A formação de gestores na política pública de economia solidária”, *Revista Mundo Do Trabalho Contemporâneo*, V. 1, Nº. 1, 2016, pp. 35-47.

(16) *Ibidem*, p. 37.

III. El curso de la institucionalización de la economía social y solidaria en Argentina

La economía social registra marcados antecedentes en Argentina. Esta temprana manifestación se materializó, en un principio, a través del desarrollo cooperativo y, luego, con el avance de la actividad mutua. El crecimiento de estas dos áreas recogió, en su momento, su correspondiente cobertura jurídico-institucional. Así, la reforma del año 1889 insertó a las cooperativas en el Código de Comercio. En el año 1926, la ley nacional 11388 perfeccionó aquel encuadre normativo al instituir un marco legal específico. Este esquema regulatorio fue sustituido, en el año 1973, por la ley nacional 20337. Esta legislación, con algunas modificaciones, mantiene, aún, su vigencia¹⁷. A su vez, las asociaciones mutuales se encuentran reguladas, desde el año 1973, mediante la ley nacional 20321. Con posterioridad esta norma habría de ser modificada en diferentes ocasiones.

Empero, desde los primeros años de la década pasada la economía social y solidaria fue cobrando, progresivamente, mayor significación en la sociedad argentina en el contexto de la crisis institucional y socioeconómica del 2001-2002¹⁸. La importancia que fue adquiriendo la economía social se explica por su potencialidad socialmente incluyente al propiciar alternativas de reinserción socio-laboral a favor de sujetos pertenecientes a núcleos poblacionales en situación de vulnerabilidad socioeconómica; es decir a favor de aquellos individuos que atraviesan una condición “inestable, que conjuga la precariedad del trabajo y la fragilidad de los soportes de proximidad”¹⁹. La intensificación de la economía social y solidaria supuso la interacción entre el obrar mancomunado de los propios actores y el accionar estatal focalizado.

De esta manera, este creciente protagonismo de la economía social determinó el despliegue de una consistente intervención estatal que implicó la implementación de mecanismos institucionales destinados a promocionar la conformación de emprendimientos sociales y solidarios. A partir de la conjugación entre la iniciativa de los propios actores y el estímulo estatal se configuró un escenario social y solidario caracterizado por la concurrencia de expresiones tradicionales y de figuras no convencionales. Dentro del conjunto de manifestaciones clásicas sobresalieron

(17) CRACOGNA, Dante. “Las cooperativas y su dimensión social”, *Pensar en Derecho*, V. 3, N° 2, 2013, pp. 209-229.

(18) CORAGGIO, José Luis. “El papel de la economía social y solidaria en la estrategia de inclusión social”, *Decisio*, V. 29, 2011, pp. 23-31; GARCÍA, Ariel Oscar - ROFMAN, Alejandro. “Economía solidaria en Argentina. Definiciones, experiencias y potencialidades”, *Revista Atlántida*, N° 3, 2013, pp. 99-118 CASTELAO CARUANA, María Eugenia. “Las políticas públicas y su visión de la economía social y solidaria en Argentina”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, V. 61, N° 227, 2016, pp. 349-378. PRESTA, Susana. “El gobierno de lo posible. Economía social y solidaria, sujetos y poder”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, V. 61, N° 227, 2016, pp. 349-378.

(19) CASTEL, Robert. *La metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, Paidós, Buenos Aires, 1997, p.13.

las cooperativas de trabajo, las cuales proliferaron en el marco de la recuperación activada con motivo del colapso del 2001 y 2002²⁰. Esta definición abarcó tanto a las cooperativas de trabajo voluntariamente constituidas en tanto alternativa al trabajo asalariado como, así también, a las catalogadas “fábricas recuperadas”, que importaban un esfuerzo colectivo de conservación y recuperación de la fuente laboral por parte de los propios trabajadores²¹.

En ese panorama, la configuración del marco institucional implicó, además de la articulación de vías de financiamiento que atravesaban los distintos niveles de la organización estatal (nacional, provincial y municipal), la instauración de un régimen jurídico, a nivel federal, en el cual se desatacaban algunos instrumentos normativos que terminaron constituyendo piezas centrales en el desarrollo del sector y que, con ciertos matices, aún revisten vigencia. Así, dentro de este contexto normativo resultaron las sucesivas leyes 25865 (año 2004) y 26223 (año 2007) que estructuraron la ejecución del monotributo social; la ley 26117 de Promoción del Microcrédito para el Desarrollo de la Economía Social (año 2006); la ley 26355 de Marcas Colectivas (año 2008).

Corresponde señalar que la figura introducida por la ley 25865 y perfeccionada por la ley 26223 resultó significativa para el despliegue y sustentabilidad de las expresiones productivas del espacio de la economía social y, también, para el desenvolvimiento de las políticas y programas públicos orientados a promover la conformación o, en su caso, solventar el crecimiento de tales iniciativas. Concebido como una variante dentro del régimen fiscal de pequeños contribuyentes, el monotributo social fue instaurado con el propósito de extraer de la informalidad a diferentes actores de la economía con reducido giro, y por tal razón alcanzaba a buena parte de las manifestaciones que integraban el abanico de la economía social. Sin embargo, al poco tiempo de su implementación, aquel móvil que fundamentaba a esta especie impositiva resultó complementado con otra motivación que diversificó su sentido social y, de esta manera, esta modalidad de monotributo terminó erigiéndose en una útil herramienta institucional que contribuyó a la identificación de los emprendimientos propios de la economía social y a la articulación de otras políticas públicas focalizadas e impulsar al sector.

Por su parte, la regulación de la economía social y solidaria a escala provincial, comenzó a suministrar por aquellos años algunas expresiones, entre las cuales se destacó la bonaerense ley 13136 referente a la promoción de las Unidades Económicas de Actividades Laborales de Autoempleo y Subsistencia. Esta norma, aún vigente,

(20) VUOTTO, Mirta. *El cooperativismo de trabajo en la Argentina: contribuciones para el diálogo social*, OIT/ Programa Regional para la Promoción del Diálogo y la Cohesión Social en América Latina, Lima, 2011.

(21) MAGNANI, Esteban. *El cambio silencioso: Empresas y fábricas recuperadas por los trabajadores en la Argentina*, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2003; RUGGERI, Andrés - ALFONSO, Desiderio - BALAGUER, Emiliano. *Bauen: el hotel de los trabajadores*, Callao, Buenos Aires, 2017.

conocida comúnmente como “Ley ALAS”, se encuentra orientada a proporcionar el marco normativo e institucional para la implementación de programas de impulso a la auto-organización²² de sujetos pertenecientes a sectores vulnerables a través de la conformación de iniciativas de autoempleo de reducido volumen desarrolladas bajo los fines y criterios de la economía social.

Otra contribución al proceso de reconocimiento legal e institucional de la economía social la aportó la ley 26684 modificatoria de ley 24522 de Concursos y Quiebras, sancionada en el año 2011, puesto que confirió un sustento jurídico al mecanismo de rescate de la empresa fallida por parte de los trabajadores de la misma, al contemplar la posibilidad de la continuación del establecimiento fundamentada en la conservación de la fuente de trabajo²³. Si bien las empresas recuperadas en

(22) La implementación del denominado “Plan ALAS” requirió del despliegue de diferentes tareas de coordinación por parte de los municipios de la provincia de Buenos Aires. Véase en tal sentido: <https://www.mardelplata.gob.ar/planalass>. Del mismo modo, la ejecución del plan implicó la articulación de una serie de políticas destinadas a favorecer la viabilidad de las iniciativas de autoempleo, entre las cuales puede mencionarse la exención con respecto al pago de ingresos brutos. Véase al respecto: <http://www.msm.gov.ar/guia-tramite/exencion-de-ingresos-brutos-ley-alas-unidades-economicas-de-actividades-laborales-de-autoempleo-y-subsistencia/>

(23) La subsistencia de la empresa fallida, a través de la modalidad de la recuperación, se halla plasmada en el segundo párrafo del artículo 189 de ley 24522 de Concursos y Quiebras, en la redacción incorporada por la ley 26684. Sobre este punto establece tal precepto que: “(...) También la conservación de la fuente de trabajo habilita la continuación inmediata de la explotación de la empresa o de alguno de sus establecimientos, si las dos terceras partes del personal en actividad o de los acreedores laborales, organizados en cooperativa, incluso en formación, la solicitan al síndico o al juez, si aquél todavía no se hubiera hecho cargo, a partir de la sentencia de quiebra y hasta cinco (5) días luego de la última publicación de edictos en el diario oficial que corresponda a la jurisdicción del establecimiento. El síndico debe ponerlo en conocimiento del juez dentro de las veinticuatro (24) horas. El juez puede adoptar las medidas que estime pertinentes, incluso la cesación de la explotación, con reserva de lo expuesto en los párrafos siguientes. Para el caso que la solicitud a que refiere el segundo párrafo del presente, sea una cooperativa en formación, la misma deberá regularizar su situación en un plazo de cuarenta (40) días, plazo que podría extenderse si existiesen razones acreditadas de origen ajeno a su esfera de responsabilidad que impidan tal cometido” (Párrafo sustituido por art. 16 de la ley n° 26684 B.O. 30/06/2011)”. Como puede observarse, ya desde el comienzo del párrafo se evidencia la finalidad que motiva la solución legal. De este modo, la conservación de la fuente laboral se erige en el componente determinante para que se despliegue el mecanismo de rescate del emprendimiento comercial o productivo. El mentado móvil debe, según la letra de la norma, materializarse a través de la posición uniforme de un segmento dominante del elenco de trabajadores de la empresa o, en su caso, de los acreedores laborales. Asimismo, la relevancia que la ley le confiere a la preservación de la fuente laboral, como fin que explica la continuidad de la explotación, es también resaltada en el artículo 191. En este precepto el legislador profundiza en el sentido que, precisamente, le imprime trascendencia a la conveniencia de proseguir con la actividad. Así, este artículo revela, en forma más nítida, la inteligencia que inspira la solución legal y que, a la vez, proporciona el razonamiento al cual debe acudir el juez a la hora de pronunciarse sobre la continuidad del establecimiento empresarial en quebranto. Dispone, así, el invocado artículo 191 que: “La autorización para continuar con la actividad de la empresa del fallido o de alguno de sus establecimientos será dada por el juez en caso de que de su interrupción pudiera emanar una grave disminución del valor de realización, se interrumpiera un ciclo de producción que puede concluirse, en aquellos casos que lo estime viable económicamente o

Argentina aún no disponen de una regulación jurídica específica, puede sostenerse que la citada ley 26684 de reforma concursal, supone un avance en la cuestión al normar la continuidad de la empresa por parte de los trabajadores de la misma. Con ello no sólo se proporciona un mecanismo dirigido a morigerar los efectos que podrían ocasionar sobre el conjunto de trabajadores las derivaciones de la quiebra de la empresa, sino que, también, se contribuye a conferirle una mayor visibilidad, en términos legales e institucionales, a la autogestión por parte de los dependientes de la empresa en situación de quebranto.

Ciertamente, ya que la incorporación de estas modificaciones a la ley de quiebras, implica, además, un reconocimiento legal a un proceso de conservación de la condición laboral o de la fuente generadora de ingresos económicos, que ya contaba con destacadas experiencias en la cotidianeidad de los últimos años. Estos cambios condensan un giro ideológico que transforma sustancialmente algunos lineamientos inscriptos en el espíritu mismo de la ley. En este sentido, Schujman²⁴ destaca el mérito que les asiste a los trabajadores en las innovaciones introducidos al texto concursal, cuya lucha, a su criterio, tornó posible la reforma de la “ideológicamente neoliberal ley de Concurso y Quiebras”²⁵ a la cual define como un dispositivo normativo “de clara intención liquidativa”²⁶, sancionado durante la década de los noventa, en consonancia con la orientación de la política económica desplegada en aquella época.

IV. Configuración y aspectos principales de los marcos legales de la Economía Social y Solidaria en Brasil y Argentina

IV. a. La carencia de una ley nacional específica para el sector

Los ordenamientos de Argentina y de Brasil reflejan, como elemento común y determinante, la ausencia de una ley nacional que contemple, en forma específica, pero con alcance genérico, al espacio social y solidario. Esto no ha impedido, no obstante, que en los dos países las unidades provinciales hayan avanzado en la regulación de los diferentes aspectos implicados en el desenvolvimiento del sector social y solidario. Precisamente, la necesidad de cubrir el déficit de legislación nacional específica se ha insertado como uno de los tópicos centrales dentro del debate concerniente a la institucionalización de la economía social y solidaria en ambos países. Corresponde señalar que, en esta cuestión, Brasil exhibe cierta ventaja con respecto a Argentina puesto que dispone de un proyecto de norma federal que ya

en resguardo de la conservación de la fuente laboral de los trabajadores de la empresa declarada en quiebra”.

(24) SCHUJMAN, Mario. “Cooperativas que recuperan empresas”, en FAJARDO GARCÍA, Isabel-Gemma (Coord.), *Empresas gestionadas por sus trabajadores. Problemática jurídica y social*, CIRIEC, España, 2015, pp. 79-22.

(25) *Ibidem*, p. 84.

(26) *Ibidem*.

fue aprobado por su cuerpo de diputados y que se encuentra en tratamiento en el Senado. Ciertamente, luego de haber recibido diferentes enmiendas, el proyecto de ley Nº 137 del año 2017²⁷, continúa con su trámite. Esta propuesta tuvo su inicio en el año 2012 en la Cámara de Diputados como proyecto de ley Nº 4685²⁸; recinto éste en donde esta iniciativa parlamentaria describió un curso caracterizado por un arduo y prolongado proceso de análisis y discusión técnico-política que insumió casi cinco años²⁹.

En el supuesto argentino, si bien la necesidad de contar con una ley nacional de enfoque específico que pudiera brindar reconocimiento al campo social y solidario y que pudiera cubrir normativamente sus distintos aspectos, también constituyó un tópico que movilizó a los actores del sector, la discusión aún no logró canalizarse institucionalmente de forma satisfactoria. En este punto se torna conveniente efectuar una aclaración, por su valor en términos técnicos y epistemológicos, pero también, por sus implicancias prácticas, en lo atinente a la noción que, en el plano institucional, se despliega sobre la economía social y solidaria. En efecto, en algunos casos, se suele identificar conceptualmente a la economía popular y a la economía social y solidaria, abordándolas a ambas disciplinas de modo similar, sin advertir las diferencias que median entre una y otra expresión. Así, el decreto 159/2017³⁰, que reglamenta la ley nacional 27345, sobre prórroga de la emergencia económica establecida en su momento por la ley 27200, al caracterizar a la economía popular menciona una serie de elementos que aproximan aquel espacio al ámbito social y solidario. De este modo, el artículo 2 del anexo I del decreto invocado describe a la economía popular como “toda actividad creadora y productiva asociada a mejorar los medios de vida de actores de alta vulnerabilidad social, con el objeto de generar y/o comercializar bienes y servicios que sustenten su propio desarrollo o el familiar”³¹. Agrega, asimismo, dicho dispositivo, que esta modalidad de la economía se manifiesta mediante “proyectos económicos de unidades productivas o comerciales de baja escala, capitalización y productividad, cuyo principal activo es la fuerza de trabajo”³².

(27) Proyecto de ley Nº137-S-2017. Véase, al respecto, la referencia que proporciona la página web oficial de la Cámara de Senadores de Brasil. Disponible en: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/materia/131528>

(28) Proyecto de ley nº 4685-D-2012. Véase, en este sentido, la información que suministra la página web oficial de la Cámara de Diputados de Brasil. Disponible en: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=559138>

(29) *Ibidem*.

(30) Decreto PEN nº 159/2017, reglamentario de la ley nacional 27345.

(31) *Ibidem*, anexo I, art. 2.

(32) *Ibidem*.

Esta asociación entre la manifestación popular y la alternativa social y solidaria es aún más pronunciada en la letra del proyecto de ley n° 3184³³, introducido en el año 2018, en la Cámara de Diputados y que se dirigía a instituir el Régimen Nacional de Promoción del Trabajo y Desarrollo de la Economía Popular, Social y Solidaria, con el propósito de “promover, fomentar y facilitar la contratación de los grupos asociativos que integran la Economía Popular, Social y Solidaria”³⁴, en el marco del sistema de contratación de obras públicas que se realizaran con el financiamiento total o parcial del Sector Público Nacional³⁵. En su artículo 2 esta propuesta legislativa conceptualizaba de modo uniforme a la tipología popular y a la variante social y solidaria como:

“(...) (L)a estrategia de desarrollo basada en la promoción y fomento de relaciones económicas con perspectiva de derechos humanos, en las que debe primar la dignidad de las personas por sobre el fin de lucro. Comprende al conjunto de recursos, actividades, personas, instituciones y organizaciones que operan -según principios de solidaridad, cooperación y autoridad legítima- en la apropiación y disposición de recursos para la realización de actividades de producción, construcción, distribución, circulación, financiamiento y consumo digno y responsable, cuyo sentido es la resolución de las necesidades de los trabajadores, sus familias, sus comunidades y del medio ambiente para lograr una sociedad más justa, inclusiva e igualitaria”³⁶.

Con relación a lo señalado, puede apuntarse que algunas posiciones dentro de la literatura³⁷, suelen considerar que la economía popular representa un ámbito de actuación que ostenta sus diferencias con relación al orden económico de carácter social y solidario, más allá de que algunas de las manifestaciones productivas, comerciales o de consumo que componen aquel escenario puedan insertarse dentro del campo social y solidario. Por cierto, de conformidad con tales interpretaciones, la economía popular constituye un espacio integrado por unidades económicas de reducido volumen y de estructura simple, basadas en la producción y el intercambio que, merced a la incorporación de determinadas características en su desenvolvimiento práctico y a la incidencia favorable de las vías de intervención estatal, pueden

(33) Proyecto de ley n° 3184-D-2018.

(34) *Ibidem*, art.1.

(35) *Ibidem*.

(36) *Ibidem*, art. 2.

(37) GIOVANNINI, Michela. “De la Economía Popular a la Economía Social y Solidaria: el Caso de los Recicladores de Base en Santiago de Chile”, *Euricse Working Papers*, V. 73, N° 14, 2014, pp. 1-17; HOPP, Malena - FREGA, Mariana. “Economía popular, economía social y condiciones de vida: posibilidades y límites del Programa Ingreso Social con Trabajo ‘Argentina Trabaja’”, en Cabrera, Maia Carla y Vio Marcela (Coord.), *La trama social de la economía popular*, Espacio Editorial, Buenos Aires, 2014, pp. 173-206.

configurar formas organizacionales pasibles de ser encuadradas, en algunos casos, dentro del repertorio social y solidario.

En esta contribución se asume que el calificativo “popular” alude a un componente fisonómico referente a las dimensiones territorial y operacional y que sirve para describir la forma en que se manifiestan en el terreno empírico las experiencias productivas, comerciales y de consumo. En cambio, la configuración de la economía social y solidaria requiere de la necesaria observancia de una serie de principios y valores que concurren a singularizarla. Las iniciativas sociales y solidarias también revisten el carácter de popular, pero se distinguen y particularizan por reproducir, cada una de ellas, una serie de principios y valores que conducen a la especificación e identificación del sector.

Por lo tanto, a tenor de lo explicado, puede sostenerse que las dos expresiones normativas referidas no han logrado precisar tal distinción, que presenta un sentido esencial para comprender las extensiones técnico-conceptuales del campo de la economía popular y del orden de la economía social y solidaria. Así, la caracterización suministrada por el citado artículo 2 del anexo I del invocado decreto n° 159/2017 no contiene enunciación alguna de los valores y principios sociales y solidarios. Por su parte, la descripción brindada por el artículo 2 del proyecto de ley n° 3184/2018, si bien incluye algunas referencias a los valores y principios sociales y solidarios, no especifica si tales notas contribuyen a identificar a la economía popular, o, en su caso, a singularizar al ámbito social y solidario, ofreciendo, de tal forma, un abordaje conjunto, uniforme y homogéneo de la economía popular y de la economía social y solidaria.

IV. b. El aporte de los ordenamientos provinciales

En el análisis de la temática, objeto de este trabajo, no puede soslayarse el hecho de que los estados provinciales de sendos países han contribuido al encuadre normativo de variados aspectos de la economía social y solidaria, al haber instaurado en sus respectivas jurisdicciones regímenes propios en este terreno ante la ausencia de la ley nacional específica.

Las leyes provinciales en este campo operan como mecanismos introductorios e iniciáticos del proceso de institucionalización de la economía social y solidaria al asignarle reconocimiento al sector. Esta tendencia dirigida a la identificación jurídica e institucional se expresa en los textos legales, principalmente, a través de la delimitación conceptual de la economía social y solidaria, de la descripción de las actividades comprendidas en la misma y de la enunciación de las notas que distinguen a los protagonistas de dicho ámbito. Puede decirse que estos tres tópicos, que componen el contenido de las normas y les confieren su estructura, se encuentran inescindiblemente ligados en la exposición legal. Así, para comprender íntegramente la conceptualización de la economía social y solidaria suministrada por estos textos subnacionales no puede prescindirse del tratamiento legal de las expresiones y de

los actores que conforman el campo específico, porque, efectivamente, las propias normas locales acuden a estos dos últimos aspectos para demarcar conceptualmente el ámbito social y solidario. Este razonamiento es predicable tanto de la regulación estadual de Brasil como de la normativa provincial de Argentina.

IV. b. i. Delimitación conceptual de la economía social y solidaria

Como se manifestó precedentemente, el reconocimiento legal e institucional de la economía social y solidaria expuesto en las normas correspondientes de las jurisdicciones estaduais de Brasil se plantea mediante una formulación amplia que comprende tanto una conceptualización técnica del campo social y solidario como una descripción de las actividades que conforman el ámbito solidario y le confieren sentido, y de los rasgos principales que caracterizan a los sujetos que llevan adelante esas tareas dentro de los parámetros establecidos por aquella incursión conceptual.

En la caracterización brindada por ley del estado de Pernambuco³⁸ la economía social y solidaria supone el desenvolvimiento de una variedad de actividades que, ejecutadas de conformidad con los principios que la definen, propenden a un crecimiento equitativo de las comunidades que, a la vez, resulte compatible con el desarrollo armónico del medio ambiente. De esta forma, en la visión legal, la economía social y solidaria reúne a aquellas iniciativas de la sociedad civil consistentes en la generación de productos y servicios a través de un accionar organizado, cooperativo y democráticamente gestionado, que tiende a una distribución equitativa de la renta colectivamente producida y al desarrollo local sustentable³⁹. Además, esa modalidad de producción desplegada en esas condiciones tiene que propiciar tanto el respeto al equilibrio de los ecosistemas como la valorización del hombre y su trabajo y auspiciar una interacción social en términos igualitarios, que resulte superadora de las inequidades ancladas en las diferencias de género⁴⁰.

De manera concordante, la ley del estado de Mato Grosso do Sul cataloga a la economía social y solidaria como un espacio integrado por aquellas actividades desarrolladas por la sociedad civil con el propósito de generar productos o servicios en tanto formas de organización y actuación caracterizadas, entre otros rasgos, por la solidaridad, la gestión democrática, la cooperación entre productores, prestadores de servicios y consumidores, la sustentabilidad económica y ambiental y la valorización del hombre y de su trabajo, la autogestión de los emprendimientos y el reparto equitativo de los recursos económicos derivados del trabajo colectivo y del patrimonio común e indivisible⁴¹.

(38) Ley n° 12823 del estado de Pernambuco. La norma instituye, en dicho estado, la “Política Estatal de Fomento A La Economía Popular Solidaria”.

(39) Ley n° 12823 del estado de Pernambuco, art. 2.

(40) Ibidem.

(41) Ley n° 3039 del estado de Mato Grosso do Sul.

Para la ley del estado de Espíritu Santo⁴² los rasgos de las actividades y los criterios que inspiran los esfuerzos organizativos que subyacen a aquellas acciones permiten la delimitación conceptual del ámbito social y solidario. Así, en el parecer normativo, la economía social y solidaria abarca a las iniciativas que tienden a la organización y a la cooperación, a través de un despliegue autogestionado, de carácter democrático y de naturaleza solidaria, que propenda a una distribución equitativa de las riquezas alcanzadas colectivamente, al desarrollo local integrado y sostenible, al respeto al equilibrio de los ecosistemas, al ser humano y al trabajo⁴³. Además, las alternativas llevadas adelante con sujeción a estas notas, tienen que exhibir un contenido igualitario, de manera tal que configuren una opción superadora de las diferencias entre hombres y mujeres en lo referente al mecanismo de generación de productos y servicios⁴⁴. Con el propósito de fijar las fronteras conceptuales de la economía social y solidaria, la norma acude, también, a la mención de una particular modalidad de actuación de los sujetos que nutren este campo. El texto legal identifica, como una de las orientaciones hacia las cuales tiene que propender la dinámica social y solidaria, al funcionamiento enlazado de los representantes de los diferentes segmentos que conforman los mercados. Así, según la posición normativa la economía social y solidaria tiene que priorizar “la formación de redes que integran grupos de consumidores, productores y prestadores de servicios para la práctica del mercado solidario”⁴⁵.

La remisión a las actividades y a los valores propios del espacio social y solidario como vía para precisar la conceptualización también puede apreciarse en el supuesto de la ley del estado de Alagoas⁴⁶. Con una redacción que guarda marcadas similitudes con la letra de la precedentemente invocada norma del estado de Espíritu Santo, la ley bajo análisis expresa, en su artículo 2, que la economía social y solidaria se halla integrada por iniciativas organizativas, consistentes en la cooperación, la solidaridad, la autogestión en condiciones democráticas y equitativas, e inspiradas en la valorización del medio ambiente, del trabajo humano, del saber local y la igualdad de género, etnia, generación y credo, con el propósito de contribuir al desarrollo social y económico⁴⁷.

Pero, además, a los fines de circunscribir conceptualmente al sector social y solidario, este instrumento procede a enunciar una serie de actividades y expresiones fácticas que constituyen manifestaciones distintivas de la economía social. En una enumeración que no puede considerarse exhaustiva, menciona, como prácticas

(42) Ley n° 8256 del estado del Espíritu Santo. Esta norma estadual instaura en el territorio de la mencionada provincia la “Política Estadual de Fomento a la Economía Solidaria”.

(43) Ley n° 8256 del estado del Espíritu Santo, art. 2.

(44) *Ibidem*.

(45) *Ibidem*.

(46) Ley n° 7576 del estado de Alagoas.

(47) *Ibidem*, art. 2.

identificadorias, las siguientes: “la autonomía institucional, la democratización de los procesos decisorios, el ejercicio de actividad económica en organización de patrón comunitario y solidario de estructuración y relaciones sociales, el comercio justo, el consumo consciente, las finanzas solidarias (...)”⁴⁸.

Por su parte, las demarcaciones conceptuales de la economía social y solidaria que proporcionan las legislaciones provinciales del ordenamiento argentino, del mismo modo a lo que acontece con la normativa estadual brasilera, también contienen menciones atinentes a diferentes variedades de actividades propias del fenómeno social y solidario y a algunos de los rasgos que definen a los actores que las llevan adelante. De esta manera para la ley de la provincia de Entre Ríos, la economía social y solidaria se compone del conjunto de actividades destinadas tanto a la producción, distribución y circulación de bienes y servicios como al consumo, ambos aspectos de modo asociativo o comunitario, protagonizadas ya sea por personas o entidades que, a su vez, estén organizadas de modo equitativo⁴⁹.

El accionar descripto por estos últimos, durante el desenvolvimiento de las diferentes etapas de la producción y colocación de bienes y suministro de servicios y, también, en el consumo de los bienes y servicios tiene que inspirarse en los principios de participación democrática en la toma de decisiones, autonomía de gestión, soberanía alimentaria y preponderancia del ser humano y del fin social sobre el capital⁵⁰. En la tarea de conceptualización, la norma bajo análisis intenta resaltar el sentido profundo implicado en la economía social y solidaria como modelo de organización productiva y comercial que importa una vía alternativa frente a las expresiones propias de la dinámica capitalista. Así, el texto legal destaca que las prácticas descriptas por los protagonistas de la economía social y solidaria encuadran en una conceptualización diferentes de los factores de la producción, cuyo funcionamiento se ordena en torno a la solidaridad como idea fuerza y que reconoce su significado y su razón de ser en “la resolución de las necesidades de los trabajadores, sus familias y comunidades”⁵¹ antes que en la persecución del lucro desmedido⁵².

Por su parte, para la ley de la provincia de Mendoza, la economía social y solidaria comprende a las tareas de producción, distribución, circulación, financiamiento y consumo digno y responsable, desarrolladas a través de un circuito fáctico que involucra a diferentes instituciones y organizaciones y que supone, también, la movilización de recursos y actividades inspirados en los principios de cooperación,

(48) *Ibidem*.

(49) Ley n° 10151 de la provincia de Entre Ríos, art. 3.

(50) *Ibidem*.

(51) *Ibidem*.

(52) *Ibidem*.

solidaridad y autoridad legítima⁵³. Reconociendo la potencialidad socialmente incluyente de la economía social, el instrumento legal mendocino destaca que, aquella se propone, a modo de fin último, contribuir a la configuración de una sociedad justa, inclusiva e igualitaria, mediante la satisfacción de las necesidades de los trabajadores, sus grupos familiares y sus núcleos comunitarios y del medio ambiente⁵⁴.

La ley de la provincia de Buenos Aires proporciona un concepto de alcance amplio y diversificado, en el cual se mencionan las principales notas que integran la noción legal de la economía social, pero, a la vez, se describe la composición del segmento empírico propia de esta última y se suministran una serie de criterios para identificar a los actores del sector⁵⁵. De esta forma, a tenor de la letra del artículo, la economía social y solidaria constituye una estrategia de desarrollo orientada a generar e impulsar relaciones económicas en las cuales se garantiza el respeto a los derechos humanos y se priorice la dignidad de las personas⁵⁶.

La descripción atinente a la conformación del universo social y solidario consiste en una extensa enunciación que mixtura, sin discriminación, la referencia a los actores con menciones sobre la materia, mecanismos, métodos y fines de la actividad de aquellos, lo cual termina imprimiéndole una dosis de complejidad a la redacción⁵⁷. Además, la alusión a los recursos se reitera en la misma frase con un sentido diferente, apareciendo en un principio como un elemento que integra el contexto solidario y, también, como material objeto de las tareas de apropiación y distribución⁵⁸. Del mismo modo, la escritura sugiere que la sujeción a los principios de solidaridad, cooperación y autoridad legítima se circunscribe a las etapas concernientes a la apropiación y disposición de recursos⁵⁹.

La ley específica en la materia de la provincia del Chaco adopta como metodología para delimitar conceptualmente a la economía social y solidaria la descripción de los rasgos que caracterizan a las expresiones que la conforman y que, también, la singularizan. Así, establece que la economía social y solidaria se encuentra configurada por las formas económicas alternativas, cooperativas, autogestionarias y asociativas, fundadas en el trabajo, la solidaridad y el bien común. Luego la norma expone la visión holística que el legislador del referido distrito provincial alberga sobre el espacio social y solidario. Desde tal concepción, la economía social y solidaria no se reduce, necesaria y exclusivamente, a una tipología diferente y superadora de ordenación económica, de carácter asociativo y equitativo, que atraviesa

(53) Ley n° 8435 de la provincia de Mendoza, art. 2.

(54) *Ibidem*

(55) La ley n° 14650 de la provincia de Buenos Aires, art. 2.

(56) *Ibidem*.

(57) *Ibidem*.

(58) *Ibidem*.

(59) *Ibidem*.

por igual las fases de producción, comercialización y consumo. En efecto, puesto que constituye un “sistema socioeconómico, cultural y ambiental”⁶⁰ que importa el despliegue de “recursos y actividades, personas, instituciones y organizaciones”⁶¹, teniendo en miras los principios que conducen al “desarrollo integral del ser humano como sujeto, actor y fin de la economía”⁶². La amplitud de este sistema también se advierte en la compatibilidad y flexibilidad que ostenta para impulsar la articulación de diversas estrategias de desarrollo (gestión del conocimiento, formación, innovación, redes y desarrollo local⁶³) orientadas a contribuir a la conformación de una sociedad inclusiva e igualitaria⁶⁴.

IV. b. ii. La caracterización de las actividades y sus protagonistas

Para los instrumentos legales provinciales, tanto brasileros como argentinos, la economía social y solidaria se traduce, en los hechos, en diferentes actividades de producción y comercialización sin fines de lucro, e iniciativas de consumo, desarrolladas todas y cada una de ellas, de forma mancomunada a través de procesos organizacionales auto-gestionados que implican relaciones intra-miembros de carácter horizontal expresadas democráticamente en instancias deliberativas y estructuras decisorias. Además, el ejercicio de estas actividades, en sus diversos tramos, no debe apartarse de los principios y valores propios del ámbito social y solidario.

Precisamente, el modo en que se desarrolla este tipo de prácticas y la finalidad que se persigue con su concreción es lo que define, en sentido estricto, su naturaleza social y solidaria. Pues, si bien las específicas características de los sujetos que las ejecutan, ya sea que se trate de entidades reconocidas jurídica e institucionalmente o de simples agrupamientos informales carentes de tipificación legal, también facilitan la identificación del perfil social y solidario de estas actividades, no menos cierto es que tanto el desenvolvimiento y los fundamentos de éstas últimas como los móviles y el proceder de los actores que la protagonizan se encuentran atravesados por los principios que distinguen a la economía social y solidaria.

De tal manera, por la relevancia que poseen dichos principios, las normas provinciales contienen referencias expresas sobre los mismos. Así, para la ley del estado de Mato Grosso do Sul⁶⁵, la economía social y solidaria se rige por los principios de autogestión, democracia, participación, igualitarismo, cooperación, desenvolvimiento humano y responsabilidad social⁶⁶. A su vez, en el criterio de la ley del estado

(60) *Ibidem*.

(61) *Ibidem*.

(62) *Ibidem*.

(63) *Ibidem*.

(64) *Ibidem*.

(65) Ley 3039 del estado de Mato Grosso do Sul.

(66) *Ibidem*, art. 2.

de Espíritu Santo las experiencias sociales y solidarias se ajustan a los principios de cooperación, autogestión, solidaridad, sostenibilidad económica y ambiental y valorización tanto del ser humano como del trabajo⁶⁷. Por su parte, la ley del estado de Bahía⁶⁸ y la ley del estado de Alagoas⁶⁹ ofrecen un espectro más amplio, al incorporar, a la enunciación de los principios mencionados, determinados tópicos considerados sensibles desde la perspectiva de la inclusión social y la lucha contra la discriminación. De esta forma, además de la autogestión, la democracia, la solidaridad, la cooperación, la equidad, la valorización del medio ambiente, la dignificación del trabajo humano, sendas normas mencionan como principios a la ponderación del saber local y a la igualdad en materia de género, edad, etnia y credo⁷⁰.

Esta importancia que las regulaciones jurídicas locales le asignan a los principios también se encuentra presente en los instrumentos legales de las jurisdicciones provinciales de Argentina. Así, para la ley de la provincia del Chaco, las actividades de la economía social y solidaria se orientan a la satisfacción de los principios de desarrollo integral de la persona humana, en su triple rol dentro de la economía como sujeto, actor y fin de la misma⁷¹. A su vez, como pudo verse, de conformidad con la ley de la provincia de Entre Ríos las experiencias sociales y solidarias se ajustan, como rasgo distintivo, a los principios de participación democrática en el proceso de adopción de decisiones, de autonomía de la gestión, y de preponderancia del fin social y del propio ser humano con respecto al capital⁷². En armonía con las normas chaqueña y entrerriana los dispositivos legales específicos de Mendoza y de Buenos Aires destacan, con idéntica redacción entre sí, que el sector social y solidario se desenvuelve con sujeción a los principios de solidaridad, cooperación y autoridad legítima⁷³.

En lo referente a la identificación, que efectúan las normas provinciales, de los actores que componen el espacio social y solidario, puede afirmarse que tal enunciación no reviste un carácter taxativo. Por el contrario, esta descripción, que sintoniza con el carácter genérico que ostenta la legislación bajo estudio, representa una coordenada conceptual que posibilita definir el perímetro del ámbito social y solidario. Tal apertura que reflejan los instrumentos legales en este aspecto sugiere que los legisladores no soslayaron el dinamismo que suele caracterizar al campo solidario.

(67) Ley 8256 del estado de Espíritu Santo, art. 4.

(68) Ley 12368 del estado de Bahía, art. 2 inc. III.

(69) Ley 7576 del estado de Alagoas, art. 2 inc. III

(70) Ley 12368 del estado de Bahía, art. 2 inc. III; Ley 7576 del estado de Alagoas, art. 2 inc. III.

(71) Ley 7480 de la provincia del Chaco, art. 2.

(72) Ley 10151 de la provincia de Entre Ríos, art. 3.

(73) Ley 8435 de la provincia de Mendoza, art. 2 y Ley 14650 de la provincia de Buenos Aires, art. 2.

Al respecto, las caracterizaciones que proporcionan los dispositivos normativos estaduais de Brasil procuran cubrir las diferentes áreas de las cuales proceden los protagonistas del sector social y solidario. De esta manera, de conformidad con la ley del estado de Espírito Santo, el segmento social y solidario abarca a los emprendimientos, a las entidades asesoras y de fomento y a los gestores públicos⁷⁴. Dentro de la categoría de “emprendimientos” el texto legal ubica a las cooperativas, las asociaciones y empresas de autogestión⁷⁵ que observen y satisfagan los principios sociales y solidarios que la norma menciona. Bajo la denominación de entidades de asesoría y fomento se sitúan las instituciones sin fines de lucros que, sin apartarse de la observancia de los principios sociales y solidarios, asesoren o impulsen al sector o que lleven adelante actividades de investigación y de elaboración y sistematización de información y datos específicos⁷⁶. Pueden oficiar como gestores públicos los organismos públicos pertenecientes a las administraciones municipales, provinciales y al gobierno federal que desarrollen programas, proyectos y acciones específicas en la materia⁷⁷.

A esta nomenclatura, las leyes de los estados de Alagoas⁷⁸ y de Bahía⁷⁹, añaden a los consumidores solidarios, tipología ésta que reúne a las personas físicas o jurídicas, reconocidas en este último caso por la legislación pertinente, y que practiquen un consumo ético y consciente. En cambio, la ley del estado de Mato Grosso do Sul, asumiendo como criterio de ordenación y catalogación a la potencialidad incluyente de la economía social y solidaria, especialmente en contextos de vulnerabilidad socioeconómica, formula una enunciación de mayor amplitud e imprecisión que las contenidas en los instrumentos precedentemente citados. Además, en consonancia con las notas de amplitud e imprecisión señaladas, la taxonomía que define la ley referida admite un abanico de actores que contempla la concurrencia de una menor regularización y rigor formal. Así, la norma referida engloba dentro del segmento social y solidario a: i) las familias, tanto urbanas, rurales como aquellas pertenecientes a pueblos originarios, inscriptas en los programas de inclusión social; ii) los trabajadores y trabajadoras individuales que estructuren su propia producción o pretendan organizarse solidariamente; iii) colectivos de trabajadores y trabajadoras organizados o en proceso de organización en cooperativas, asociaciones o en grupos que proporcionan servicios; iv) desempleados y desempleadas, trabajadores y trabajadoras en condición de autonomía e informalidad; v) pequeños productores rurales y urbanos; vi) comunidades de pueblos originarios⁸⁰.

(74) Ley 8256 del estado de Espírito Santo, art. 3.

(75) Ley 8256 del estado de Espírito Santo, art. 4.

(76) Ley 8256 del estado de Espírito Santo, art. 5.

(77) Ley 8256 del estado de Espírito Santo, art. 6.

(78) Ley 7576 del estado de Alagoas.

(79) Ley 12368 del estado de Bahía.

(80) Ley 3039 del estado de Mato Grosso do Sul, art. 3.

A diferencia de las invocadas normas estatales de Brasil que asumen como pauta de enunciación la mención de los diferentes planos que convergen e interaccionan en el desenvolvimiento de la economía social y solidaria (la fracción emprendedora; las instancias de fomento; el área de gestión pública; consumidores) o, en su caso, la vulnerabilidad socioeconómica de los agentes que acuden a la economía solidaria por su virtualidad socialmente incluyente; las leyes provinciales de Argentina, suministran una detallada enumeración de los actores del espectro social y solidario pero sin aferrarse a un criterio temático que ordene la enumeración. Asimismo, las normas argentinas se distancian de las brasileras puesto que aquellas no incluyen dentro de la gama de actores del sector social y solidario a los agentes públicos encargados de la gestión del área, como si los realizan estos últimos instrumentos.

De esta manera, para las leyes de las provincias de Buenos Aires y de Entre Ríos, que observan en este punto redacciones semejantes, el espacio social y solidario se compone, entre otras iniciativas y figuras, de agrupamientos de personas físicas o grupos asociativos auto-gestionados que atraviesan una situación de vulnerabilidad social, agrupaciones de microemprendedores, emprendimientos comunitarios, cooperativas de trabajo, mutuales, asociaciones civiles, fundaciones, clubes del trueque, ferias y mercados asociativos populares, redes de comercio justo, organizaciones de microcrédito, bancos populares, empresas recuperadas, redes de consumo responsable, organizaciones libres del pueblo sin fines de lucro⁸¹.

Según la ley de la provincia de Mendoza, el entorno social y solidario abarca tanto personas jurídicas (cooperativas, mutuales, asociaciones civiles, organizaciones vecinales, organizaciones de microcrédito, organizaciones campesinas, organizaciones de agricultura familiar, empresas recuperadas, comercializadoras solidarias, organizaciones solidarias propiamente dichas, organizaciones indígenas) como grupos asociativos legitimados (ferias populares, clubes de trueque, centros de estudios e investigaciones) y personas físicas (efectores de desarrollo local y economía social y microemprendedores vinculados)⁸². A su vez, de conformidad con la norma específica del Chaco, cuya enunciación observa similitud con la descripción proporcionada por la ley mendocina, el escenario social y solidario se encuentra integrado, entre otras iniciativas y modalidades, por personas físicas o grupos asociativos, agrupaciones de micro emprendedores, emprendimientos comunitarios, cooperativas de trabajo, mutuales, asociaciones civiles, fundaciones, empresas recuperadas, organizaciones de microcrédito, clubes del trueque, ferias, mercados asociativos populares, bancos populares, redes de consumo responsable⁸³.

(81) Ley 10151 de la provincia de Entre Ríos, art. 4. Ley 14650 de la provincia de Buenos Aires, art. 3.

(82) Ley 8435 de la provincia de Mendoza, art. 3.

(83) Ley 7480 de la provincia del Chaco, art. 3.

IV. c. La individualización de las iniciativas y la promoción del sector social y solidario

Los instrumentos legales provinciales, además de identificar a las entidades de la economía social y solidaria, establecen mecanismos para la individualización y cuantificación de los actores que las protagonizan mediante la instauración de registros públicos específicos. En efecto, otros de los ejes de los regímenes provinciales de la economía social y solidaria es el objetivo de identificar en su individualidad a estas iniciativas y, en consecuencia, cuantificar su presencia en la comunidad. Ello se halla motivado por el propósito de regularizar las actividades comprendidas en el espacio social y solidario, extrayéndolas del campo de la clandestinidad, la informalidad y el aislamiento, para situarlas en un entorno institucional e integrarlas en una red de producción y comercialización que favorezca el desarrollo de este tipo de emprendimientos y su inserción en la estructura económica local de cada provincia o región.

En relación con ello, establecen, respectivamente, los regímenes de los estados de Mato Grosso do Sul y de Alagoas:

“Queda instituido el Programa Estadual de Fomento a la Economía Solidaria - PEFES / MS, vinculado a la Fundación de Trabajo y Cualificación Profesional de Mato Grosso do Sul - FUNTRAB, teniendo como (...) XIV - incentivar la formación de la Red Estadual de Economía Solidaria - REES / MS para facilitar el intercambio entre los emprendimientos y los segmentos indígenas, descendientes de grupos esclavizados, movimientos sociales, instituciones públicas, privadas y los sectores rural y urbano; (...) XV - dimensionar y dar visibilidad a los emprendimientos de la Economía Solidaria del estado de Mato Grosso do Sul; (...) XIX - constituir y mantener actualizado un banco de datos, con registro de los emprendimientos de la Economía Solidaria que cumplan los requisitos de esta Ley (...)”⁸⁴.

“Son objetivos de la Política Estatal de Fomento a la Economía Solidaria: (...) III - Apoyar la organización y el registro de emprendimientos de la Economía Solidaria; (...) XII - Construir y mantener actualizado un banco de datos con

(84) Ley 3039 del estado de Mato Grosso do Sul, art. 1. Texto en idioma original: “Fica instituído o Programa Estadual de Fomento à Economia Solidária - PEFES/MS, vinculado à Fundação de Trabalho e Qualificação Profissional de Mato Grosso do Sul - FUNTRAB, tendo como objetivos: (...) XIV. incentivar a formação da Rede Estadual de Economia Solidária - REES/MS para facilitar o intercâmbio entre os empreendimentos e os segmentos indígenas, quilombolas, movimentos sociais, instituições públicas, privadas e os setores rural e urbano; (...) X. dimensionar e dar visibilidade aos empreendimentos da Economia Solidária do estado de Mato Grosso do Sul; (...) XIX. constituir e manter atualizado um banco de dados, com cadastro dos empreendimentos da Economia Solidária que cumpram os requisitos desta Lei (...)”.

el registro de los emprendimientos de la Economía Solidaria que cumplan los requisitos de esta Ley (...)"⁸⁵.

Los marcos normativos de las provincias de Mendoza, Buenos Aires y Chaco prescriben respectivamente:

"Créase en el ámbito del Ministerio de Desarrollo Social y Derechos Humanos el Consejo Provincial de Economía Social y Solidaria, que tendrá las siguientes atribuciones: (...) b) Registrar a las Unidades de la Economía Social y Solidaria que soliciten su incorporación en el régimen de Promoción, comprendidas en los límites que se establezcan"⁸⁶.

"La Autoridad de Aplicación tendrá las siguientes atribuciones: (...) c) Registrar a las Unidades de la Economía Social y Solidaria que soliciten su incorporación en el régimen de Promoción, comprendidas en los límites que se establezcan (...)"⁸⁷.

"Créase el Registro de Efectores de la Economía Social y Solidaria de la Provincia, donde se inscribirá a todas las entidades y personas que formen parte de la actividad caracterizada como economía social, cuyas actividades se enmarquen dentro de los principios descritos en el artículo 2º de la presente. La organización del mismo y el procedimiento de inscripción y actualización estarán a cargo de la autoridad de aplicación"⁸⁸.

Las legislaciones provinciales reflejan, asimismo, un marcado propósito impulsor⁸⁹ de las actividades que nutren a la economía social y solidaria. Tal propósito implica un reconocimiento de la complejidad propia de la parcela de la realidad que vienen a regular y, por ende, de las necesidades y contingencias que condicionan la estabilidad del sector y restringen su crecimiento. En consecuencia, las normas

(85) Ley 7576 del estado de Alagoas, art. 9. Texto en idioma original: "São objetivos da Política Estadual de Fomento à Economia Solidária: (...) III. apoiar a organização e o registro de empreendimentos da Economia Solidária; (...) XII. construir e manter atualizado um banco de dados com o cadastro dos empreendimentos da Economia Solidária que cumpram os requisitos desta Lei (...)"

(86) Ley 8435 de la provincia de Mendoza, art. 6.

(87) Ley 14650 de la provincia de Buenos Aires, art. 6.

(88) Ley 7480 de la provincia del Chaco, art. 9.

(89) Entre otros tópicos, el móvil de promoción de la economía social y solidaria persigue: i) la generación de políticas públicas específicas; ii) la creación e implementación de programas de capacitación y educación en temáticas atinentes a la economía social; iii) favorecer el acceso a los mercados, de los bienes, productos y servicios de los emprendimientos sociales y solidarios; iv) allanar las posibilidades de financiamiento concreto; v) favorecer la interacción con otras áreas de política estatales (turismo, producción, sociales).

introducen los lineamientos para el ulterior y eventual diseño de políticas y programas públicos orientados a la promoción del campo social y solidario, y prevén, asimismo, la posibilidad de coordinación con otros mecanismos institucionales y políticas dirigidas al sector. Además, la propia normativa suele establecer pautas de referencia en lo concerniente a la autoridad encargada de gestionar las instancias institucionales⁹⁰ de promoción y consolidación del ámbito social y solidario⁹¹.

En tal dirección las normas de los estados de Espiritu Santo y de Alagoas, respectivamente, establecen:

“Son instrumentos de la PEFES⁹²: (...) XII. ayuda a la articulación de redes de agentes que promuevan el consumo solidario y el comercio justo. Los instrumentos de la PEFES serán administrados por la Secretaría de Estado del Trabajo, Asistencia y Desarrollo Social – SETADES”⁹³.

“El banco de datos al que se refiere el inciso XII de este artículo quedará a cargo y responsabilidad de la Secretaría de Estado de Trabajo, Empleo y Cualificación Profesional - SETEQ, que será igualmente responsable de la inscripción y fiscalización de las entidades de economía solidaria”⁹⁴.

En similar sintonía, las leyes de las provincias del Chaco y de Mendoza disponen:

“Créase el Consejo Provincial de Economía Social y Solidaria, el cual asistirá a la autoridad de aplicación y estará integrado por: un (1) representante del Ministerio de Industria, Empleo y Trabajo, un (1) representante del Ministerio de Producción, un (1) representante del Ministerio de Desarrollo Social; tres (3) miembros integrantes de organizaciones, foros o redes de la economía social, con reconocida trayectoria

(90) Los instrumentos provinciales, en algunos supuestos, suelen disponer la creación de un órgano con competencia específica en esa área

(91) Del mismo modo, los regímenes locales contienen, en algunos casos, alusiones a la generación de las fuentes financieras convenientes para concretar las políticas de promoción de las iniciativas de la economía social y solidaria.

(92) PEFES: Política Estadual de Fomento a la Economía Solidaria.

(93) Ley 8256 del estado de Espiritu Santo, art. 8. Texto en idioma original: “São instrumentos da PEFES: (...) XII. auxílio à articulação de redes de agentes que promovam o consumo solidário e o comércio justo. Os instrumentos da PEFES serão geridos pela Secretaria de Estado do Trabalho, Assistência e Desenvolvimento Social – SETADES”.

(94) Ley 7576 del estado de Alagoas, art. 9 in fine. Texto en idioma original: “O banco de dados ao qual se refere o inciso XII deste artigo ficará a cargo e responsabilidade da Secretaria de Estado do Trabalho, Emprego e Qualificação Profissional - SETEQ, que será igualmente responsável pela inscrição e fiscalização das entidades de economia solidária”.

en la materia y un (1) miembro del sector académico, de reconocida trayectoria en la temática”⁹⁵.

“El Consejo será asesorado en sus funciones por un Comité Asesor Permanente ad honórem, integrado por representantes de Áreas Gubernamentales de Desarrollo Social y Derechos Humanos, de Agroindustria y Tecnología y de la Dirección General de Escuelas, representantes de cada uno de los Municipios de la Provincia, representantes de Redes, de Foros y de organizaciones de segundo y tercer nivel, los que serán seleccionados por procedimientos a establecer en la reglamentación respectiva. Asimismo, se podrá invitar a la Delegación Mendoza de la Subsecretaría de Agricultura Familiar, del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, al Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria y al Instituto Nacional de Tecnología Industrial”⁹⁶.

IV. d. Las singularidades derivadas del contexto socioeconómico subyacente

Como puede advertirse, los marcos de regulación de la economía social y solidaria en los dos países examinados guardan similitudes. No obstante, es posible identificar, también, una serie de divergencias entre los dos esquemas normativos. Estas diferencias, antes que de los tópicos abordados por cada régimen, derivan del desenvolvimiento del propio proceso de normación de la economía social y solidaria y conecta, a su vez, con la base de fundamentos que acompañó el trayecto de surgimiento y consolidación de las prácticas sociales y solidarias dentro de la comunidad brasilera, y con la funcionalidad atribuida a la mismas. Tales aspectos, por ende, singularizan al encuadre normativo de la economía social y solidaria en Brasil y lo distancian de la regulación legal de la cuestión en Argentina.

De esta manera, puede notarse que el articulado de las piezas de legislación estadual brasilera examinadas recepta, en mayor o menor medida, el carácter plural y el sentido social que la economía solidaria recibió desde las manifestaciones fácticas propias de su etapa de expansión y difusión durante las décadas del ochenta y del noventa. Esto se desprende de la amplitud y diversidad del componente subjetivo de su campo de aplicación. Por cierto, ya que el cuadro de destinatarios incluye una diversa gama de actores que observan, empero, como elementos comunes, una estructura colectiva que posibilita el desempeño mancomunado bajo los principios y valores distintivos del sector social y solidario, y su anclaje a una compleja situación socioeconómica comprensiva tanto de los cuadros de exclusión como de los supuestos de vulnerabilidad.

(95) Ley 7480 de la provincia del Chaco, art. 7.

(96) Ley 8435 de la provincia de Mendoza, art. 11.

Ello se vincula con la configuración de la economía solidaria como movimiento social que particulariza a la versión brasilera de la dinámica social y solidaria. Esto puede ilustrarse acudiendo a la ley del estado de Mato Grosso do Sul, cuyo artículo 3 incluye dentro de los destinatarios a grupos excluidos o vulnerables. Así, menciona, entre otros eventuales protagonistas del espacio social y solidario, a los desempleados y a las poblaciones originarias:

“Son destinatarios del Programa Estadual de Fomento a la Economía Solidaria - PEFES / MS: I. familias inscritas en el Programa de Inclusión Social (urbanas, rurales, indígenas y descendientes de grupos esclavizados); (...) IV. desempleados, trabajadores autónomos e informales; (...) VI. comunidades indígenas y descendientes de grupos esclavizados”⁹⁷.

V. Comentarios finales

Teniendo en cuenta lo desarrollado es posible proporcionar una serie de apreciaciones:

- La economía social y solidaria en su fisonomía actual caracterizada por variadas expresiones empíricas que no se agotan en el cooperativismo y el mutualismo, emerge en ambos países en instancias históricas prácticamente coincidentes, como respuestas activadas de forma mancomunada dentro de determinados segmentos sociales frente a los severos condicionamientos derivados de la compleja situación socioeconómica que atravesaban, por entonces, sendas sociedades. De esta manera, puede rastrearse en las circunstancias que definían aquel panorama vulnerable los primeros factores que estimularon la configuración de las vigentes dimensiones del sector social y solidario.
- La carencia de una ley nacional de carácter específico en ambos países incide en el diferente alcance que las respectivas legislaciones provinciales le confieren a la economía social y solidaria. En efecto, más allá de los puntos de convergencia que observan entre sí, los instrumentos provinciales caracterizan conceptualmente al segmento solidario acudiendo a distintos enfoques y, del mismo modo, abordan los aspectos implicados en su desenvolvimiento con criterios dispares, lo cual determina que el sector, desde las perspectivas legal e institucional, exhiba una extensión diferente en las distintas jurisdicciones locales.

(97) Ley 3039 del estado de Mato Grosso Do Sul, art. 3.

- Se observa que los respectivos contenidos de las legislaciones provinciales estudiadas de Brasil y de Argentina, se estructuran, esencialmente, en torno a tres ejes: i) caracterización de la economía social y solidaria; ii) descripción de las iniciativas que componen el espacio social y solidario y enunciación de los sujetos que las protagonizan; iii) reconocimiento de la necesidad y del propósito de promover al sector en sus diversas manifestaciones. Al respecto, considerando la fluidez, versatilidad y diversificación del circuito social y solidario, puede manifestarse que las enunciaciones que los textos legales provinciales efectúan de las figuras que componen dicho ámbito, no deberían ser interpretadas como exhaustivas.
- Los dispositivos legales provinciales argentinos y brasileiros reflejan puntos de contacto. Así, revelan proximidad en lo atinente a los fines que los inspiran y en los objetivos que persiguen. De la misma manera, importan la instauración de regímenes amplios dirigidos no solo a caracterizar a la economía social y tipificar las iniciativas que pueden inscribirse dentro de ella, sino, también, a establecer el diseño institucional específico, adecuado para garantizar el desempeño de las distintas alternativas comprendidas en el sector social y solidario.

A su vez, las normas suponen el ensamble sistemático de los regímenes que instituyen con políticas y programas públicos destinados a impulsar las variantes de la economía social y solidaria y, por ende, la realización de los propósitos que los fundamentan; comportan la vinculación de diferentes actores, la intervención de distintas áreas del accionar público estatal y la participación del sector privado. Por ello, puede afirmarse que, en alguna medida, la implementación de los marcos de regulación establecidos por estas normas se acerca a los modelos de tipo *bottom up*. Asimismo, las metas y mecanismos de promoción e impulso de las experiencias sociales y solidarias previstos en los regímenes legales y en los canales institucionales cuya articulación presuponen aquellos, evidencian la consideración, por parte de los legisladores, de algunos elementos fácticos que suelen restringir el desenvolvimiento de las iniciativas de la economía solidaria.

- La enunciación genérica, que las legislaciones provinciales analizadas de los dos países efectúan, de los protagonistas de la economía social, si bien es adecuada para la inauguración de una cobertura jurídica inicial en el contexto de un proceso de reconocimiento legal e institucional del sector, puede señalarse, no obstante, que la ausencia de una consistente y profunda caracterización normativa de los actores atenta contra un eficiente encuadre normativo del sector social y solidario, dentro de los espacios provinciales. Al respecto, puede apuntarse que la mención de los principios de la economía social y solidaria, aunque contribuye a su delimitación al facilitar la identificación de los sujetos, no posibilita la distinción de los mismos.

- En sintonía con lo expuesto en el párrafo que antecede, puede sostenerse que la referencia legal a los principios sociales y solidarios no sólo concurre a caracterizar a los emprendimientos del área sino que, también, facilita la identificación de las diferentes iniciativas que componen el dinámico contenido de la economía social y solidaria. Precisamente, por tal razón los dispositivos legales provinciales erigen a los principios solidarios en lineamientos centrales en torno a los cuales debe estructurarse la organización e integración correspondientes de los registros destinados a visibilizar y cuantificar al ambiente social y solidario.
- Se advierte que las regulaciones no asumen un criterio que logre compatibilizar, de modo acabado, el sustrato ideológico que fundamenta a la economía social y solidaria como alternativa al modelo capitalista con la adaptación de los diferentes emprendimientos solidarios a las características del mercado capitalista. El despeje de esta aparente contradicción se torna necesario puesto que el sector social y solidario reclama de instrumentos jurídicos operativos y no compendios meramente declarativos o programáticos; por ello, las reglamentaciones de las normas provinciales deben contemplar los diferentes aspectos que particularizan al movimiento social y solidario en el escenario local.

Por último, es útil destacar que el tratamiento genérico de la economía social y solidaria, necesario para la consecución del propósito de reconocimiento del sector, atenta, no obstante, contra la adecuada previsión legal de las notas distintivas que cada manifestación solidaria presenta. Por lo tanto, resulta conveniente que los ordenamientos jurídicos avancen en la regulación específica de los diferentes tipos que componen la extensa y flexible taxonomía del espacio social y solidario.

VI. REFERENCIAS

VI. a) *Bibliografía*

BARON DE VARGAS, Tuany - OPUSZKA, Paulo Ricardo. "Economía Popular Solidaria como Política Pública: Aportes posibles para significación das relações de trabalho", *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, V. 9, N°. 18, 2018, pp.79-99.

CASTEL, Robert. *La metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, Paidós, Buenos Aires, 1997.

CASTELAO CARUANA, María Eugenia. "Las políticas públicas y su visión de la economía social y solidaria en Argentina", *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, V. 61, N° 227, 2016, pp. 349-378.

CORAGGIO, José Luis. "El papel de la economía social y solidaria en la estrategia de inclusión social", *Decisio*, V. 29, 2011, pp. 23-31.

CRACOGNA, Dante. "Las cooperativas y su dimensión social", *Pensar en Derecho*, V. 3, Nº 2, 2013, pp. 209-229.

DAS NEVES, Ednalva Felix - BACIC, Miguel Juan - FAJARDO GARCÍA, Isabel-Gemma. "Diferenças e similaridades entre as experiências da economia social na Espanha e da economia solidária no Brasil", *Mundo do Trabalho Contemporâneo*, V. 2, Nº 2, 2017, pp. 265-288.

GARCÍA, Ariel Oscar - ROFMAN, Alejandro. "Economía solidaria en argentina. Definiciones, experiencias y potencialidades", *Revista Atlántida*, Nº. 3, 2013, pp. 99-118.

GIOVANNINI, Michela. "De la Economía Popular a la Economía Social y Solidaria: el Caso de los Recicladores de Base en Santiago de Chile", *Euricse Working Papers*, V. 73, Nº 14, 2014, pp. 1-17.

HOPP, Malena - FREGA, Mariana. "Economía popular, economía social y condiciones de vida: posibilidades y límites del Programa Ingreso Social con Trabajo 'Argentina Trabaja'", en CABRERA, Maia Carla y VIO Marcela (Coord.). *La trama social de la economía popular*, Espacio Editorial, Buenos Aires, 2014, pp. 173-206.

LIMA COSTA, Bianca Aparecida - DE JESUS, Paulo. "A Economia Solidária no Brasil Uma trajetória de conformação enquanto movimento social?", *Revista Mundo Do Trabalho Contemporâneo*, V. 2, Nº. 2, São Paulo, 2017, pp. 241-264.

MAGNANI, Esteban. *El cambio silencioso: Empresas y fábricas recuperadas por los trabajadores en la Argentina*, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2003.

PERIUS, Virgilio Federico. *Cooperativismo e Lei*, UNISINOS, São Leopoldo, 2001.

PINHO, Diva Benevides. *O Cooperativismo de Crédito no Brasil*, CONFERBRAS/ESETEC, Santo André, 2004.

PRESTA, Susana. "El gobierno de lo posible. Economía social y solidaria, sujetos y poder", *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, V. 61, Nº 227, 2016, pp. 349-378.

RUGGERI, Andrés - ALFONSO, Desiderio - BALAGUER, Emiliano. *Bauen: el hotel de los trabajadores*, Callao, Buenos Aires, 2017.

SCHIOCHET, Valmor - FERNANDES DA SILVA, Regilane. "A formação de gestores na política pública de economia solidária", *Revista Mundo Do Trabalho Contemporâneo*, V. 1, Nº. 1, 2016, pp. 35-47.

SCHIOCHET, Valmor. "Institucionalização das Políticas Públicas de Economia Solidária: Breve trajetória e desafios", *Mercado de Trabalho*, Nº 40, 2009, pp. 55-59.

SCHUJMAN, Mario. "Cooperativas que recuperan empresas", en FAJARDO GARCÍA, Isabel-Gemma (Coord.) *Empresas gestionadas por sus trabajadores. Problemática jurídica y social*, CIRIEC, España, 2015, pp. 79-22.

SINGER, Paul. Políticas Públicas da Secretaria Nacional de Economia Solidária do Ministério do Trabalho e Emprego, *Mercado de Trabalho*, Nº. 39, 2009, pp. 41-48.

VUOTTO, Mirta. *El cooperativismo de trabajo en la Argentina: contribuciones para el diálogo social*, OIT/ Programa Regional para la Promoción del Diálogo y la Cohesión Social en América Latina, Lima, 2011.

VI. b) Legislación citada y analizada

VI. b.₁) Argentina

Ley nacional n° 25865 [y su modificatoria ley n° 26223 concerniente al monotributo social.

Ley nacional n° 26117 de Promoción del Microcrédito para el Desarrollo de la Economía Social

Ley nacional n° 26355 de Marcas Colectiva.

Ley nacional n° 26684 modificatoria de ley nacional n° 24522 de Concursos y Quiebras.

Decreto PEN n° 159/2017, reglamentario de la ley nacional n° 27345.

Ley n° 13136 de promoción de las Unidades Económicas de Actividades Laborales de Autoempleo y Subsistencia de la provincia de Buenos Aires [ley ALAS].

Ley n° 10151 de Promoción y Fomento de la Economía Social de la provincia de Entre Ríos.

Ley n° 8435 de Promoción de la *Economía Social* y Solidaria de la provincia de Mendoza.

Ley n° 7480 de Promoción y Desarrollo de la Economía Social y Solidaria de la provincia del Chaco.

Ley n° 14650 referente al Sistema de Promoción y Desarrollo de la Economía Social y Solidaria de la provincia de Buenos Aires.

VI. b.₂) Brasil

Ley n° 7576 referente a la Política Estadual de Fomento de la Economía Solidaria del estado de Alagoas.

Ley n° 8256 atinente a la Política Estadual de Fomento a la Economía Solidaria del estado de Espírito Santo.

Ley n° 3039 concerniente al Programa Estadual de Fomento a la Economía Solidaria del estado de Mato Grosso do Sul.

Ley n° 12.823 referente a la Política Estadual de Fomento a la Economía Popular Solidaria del estado de Pernambuco.

Ley n°12368 sobre la Política Estadual de Fomento a la Economía Popular Solidaria del estado de Bahía.

VI. c) Proyectos de ley

VI. c.₁) Brasil

Proyecto de ley n°137-S-2017

Proyecto de ley n° 4685-D-2012

VI. c.₂) Argentina

Proyecto de ley n° 3184-D-2018

DELITOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS EN EL EJÉRCITO ROMANO*

INDIVIDUAL AND COLLECTIVE CRIMES IN THE ROMAN ARMY

*Juan Pérez Carrandi***

Resumen: El ejército romano sabía desde sus orígenes que una ley militar, a través del mantenimiento de una disciplina fuerte, sería capaz de imponer orden a las tropas. Sin embargo, las medidas disciplinarias no serían trabajo exclusivo de los comandantes militares. El Senado y algunos magistrados desempeñarían un papel destacado. Sin embargo, la aplicación de castigos a grandes grupos de soldados que cometieron crímenes conjuntamente desarrollaría una especie de tibieza, lo que nos permite hablar directamente sobre el temor que existía entre los comandantes a enfrentar el riesgo de un levantamiento general.

Palabras-clave: Ejército - Insubordinación - Mandos - Senado - Temor.

Abstract: The Roman army knew from its origins that a military law, through maintenance of a strong discipline, would be able to impose order on the troops. However, the disciplinary measures would not be the exclusive work of the military commanders. The Senate and some magistrates would play a prominent role. Nevertheless, the application of punishments on large groups of soldiers who jointly committed crimes would develop a kind of tepidness that allows us to speak directly to the fear that was present among the commanders when facing the risk of a general uprising.

Keywords: Army - Insubordination - Commands - Senate - Fear.

* Trabajo recibido el 11 de diciembre de 2019 y aprobado para su publicación el 12 de febrero de 2020.

** Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor en Real Centro Universitario María Cristina y Centro Universitario Villanueva. (E-mail: jcarrandi@rcumariacristina.com).

Este trabajo ha sido realizado dentro del marco de investigación del Proyecto "Derecho, ciudadanía y ciencia jurídica europea: De Roma al Derecho actual", SEJ502, US.

Será nuestro objetivo en las presentes páginas abordar, si bien en forma abreviada, el conjunto de delitos materializados dentro del ejército romano mostrando especial atención sobre aquellos que traen aparejada una mayor pena, fruto del especial peligro que de su comisión se deriva. Asimismo, nos detendremos a dar cuenta de los principales medios de ejecución.

La bibliografía que gira en torno al ejército romano es hoy día inabarcable, pudiendo afirmar sin temor a equivocarnos que nos encontramos ante uno de los aspectos más estudiados y conocidos del mundo romano. Abundan los trabajos en torno a los grandes conflictos armados, las diferentes fuerzas romanas, su armamento, estrategias, importantes figuras militares, etc. En cambio, resulta sorprendente el escaso interés que ha despertado siempre el Derecho que reguló fuertemente la fuerza militar romana, pues la inmensa mayoría de las aportaciones científicas publicadas hasta el momento presente ni siquiera se detienen a tratar este asunto. Si bien disponemos de honrosas excepciones, caso de José Guillén¹, quien en su obra *Urbs Roma. Vida y costumbres de los romanos. III, Religión y Ejército*, realiza un esfuerzo por aglutinar la mayor información posible al respecto. En su opinión, en muchas ocasiones los castigos se administrarán al arbitrio o capricho de los mandos. Además, cree Guillén que todas las formas de punición militar presentan en el período una característica común: lo excesivas que serían las penas en relación a la falta sobre la que se aplican. Por su parte, Edward Luttwak² hablará brevemente al respecto, afirmando que el paso de la República al Imperio conllevará una generalizada pérdida de valor de parte de los soldados, quienes tenderán a interesarse más por la acumulación de botín que por un efectivo cumplimiento del deber. Graham Webster³ presenta una sucinta pero muy provechosa relación de la actividad punitiva dentro del ejército romano. A la etapa imperial dedica Hans-Georg Pflaum⁴ su reflexión en torno al Derecho castrense, señalando la entrada en funcionamiento en los dos primeros siglos imperiales del *ius Gladii* como una herramienta otorgada muy excepcionalmente por el emperador para que ciertos mandos pudiesen practicar ejecuciones con autonomía. Adrian Goldsworthy⁵, de los mayores divulgadores de la historia militar de Roma entre el gran público, dedica -en cambio- poco espacio al estudio del castigo en el ejército, pues apenas se limita a señalar cómo la punición tendía a resultar severa en la etapa miliciana, si bien, la profesionalización habría llevado a una mayor crueldad en este sentido. Pero si hay un nombre que sobresale en el estudio del ejército romano este es Yann Le Bohec. El

(1) GUILLÉN, J. *Urbs Roma. Vida y costumbres de los romanos. III, Religión y ejército*, Sígueme, Salamanca, 1980, p. 489.

(2) LUTTWAK, E. *La grande strategia dell'impero romano. L'apparato militare come forza di dissuasione*, Biblioteca Universale Rizzoli, Milán, 1993, pp. 13-14.

(3) WEBSTER, G. *The Roman imperial army*, Constable, London, 1996, p. 31.

(4) PFLAUM, H.-G. *El ejército romano y la administración imperial. Estudios de historia militar y prosopografía*, Signifer Libros, Madrid, 2003, p. 79.

(5) GOLDSWORTHY, A. *El ejército romano*, Akal, Madrid, 2005, p. 101.

francés señala en su fantástico diccionario sobre el mundo militar romano -dentro del vocablo “disciplina”- que esta vivirá en el tercio final republicano una etapa de crisis en el ejército fruto de la insubordinación, los motines y las deserciones. Se refiere a la esencia de la disciplina al señalar el respeto de los soldados al *imperium* de sus mandos y a los auspicios sagrados, de tal forma que las infracciones sobre la disciplina también constituirían un ataque sobre los dioses. Sin embargo, nos parece muy llamativo que se hable de la inexistencia de un código militar hasta el final del período imperial, pues en este sentido en la obra de Yann Le Bohec⁶ se reconoce que el origen de la disciplina militar romana se encontraba en su historia arcaica. Es por ello que, a nuestro entender, la referencia a la inexistencia de un código castrense sería más bien prescindible pues lleva a confusión, más, sabiendo que, en el momento de redacción del supuesto código, en la etapa de Justiniano -caído ya el imperio romano occidental- la creación del Digesto va a suponer la compilación de un Derecho que había estado vigente. En el ámbito militar no encontraremos una excepción. Antes de ser dispuesto el Derecho militar en el Digesto, éste había sido reflejado en multitud de obras y tratados⁷, y nosotros recogeremos en la presente publicación los trabajos que Frontino en el s. I y Vegetio en el s. IV realizarán al respecto. Nos serviremos además de otras fuentes literarias antiguas que contienen rica información y nos hacen poder afirmar que los romanos disponían desde épocas muy primitivas de un Derecho militar con unos fundamentos muy sólidos, el que se mantendría inalterable a lo largo de los siglos mientras Roma existía como entidad político-militar. En este sentido, podremos comprobar en qué manera los cambios en este ámbito estarán más relacionados con los diferentes agentes que se irán encargando a lo largo de la historia de Roma de aplicar la norma castrense.

(6) LE BOHEC, Y. *The Encyclopedia of the Roman army*, Wiley Blackwell, Oxford, 2015, p. 336.

(7) Corresponde a Giuffrè la elaboración de una específica obra que, aunque en breve formato, supone un excelente material de iniciación al estudio del Derecho militar romano: *Il diritto militare dei Romani*. Pretende aglutinar gran parte de las fuentes legislativas antiguas referidas al código castrense a lo largo de la historia de Roma, destacando el que para Giuffrè constituye el primer tratado militar romano conservado y elaborado por el jurista Lucio Cincio en época Ciceroniana. La obra no se conserva inédita, sino que la conocemos de forma indirecta a través de las *Noches Áticas* de Aulo Gelio, siendo la información ofrecida muy escasa: Gelio (16.4.1-6) habla de un supuesto Libro III de la obra, en relación éste a la religión asociada a los protocolos militares de inicio de hostilidades con pueblos extranjeros; de un supuesto Libro V refiere la necesidad de prestar juramento en la fase de enrolamiento y las penas por incomparecencia; del Libro VI señala brevemente aspectos tácticos de las legiones desplegadas. Comprobamos que la información ofrecida es escasa. Giuffrè aglutina igualmente el importantísimo Título XVI del Libro XLIX del Digesto, *De re militari*, donde confluyen textos legales de varios juristas, una fuente que será objeto de análisis en el presente artículo. Por otra parte, el autor incluye otras fuentes literarias romanas de diversa naturaleza, todas ellas relacionadas de alguna forma con la norma militar. En cambio, la obra del autor italiano adolece de una sonada ausencia, pues ignora referencia alguna al importante tratado, *De re militari*, de Vegetio, que también nos será de mucha utilidad. GIUFFRÈ, V. *Il 'diritto militare' dei Romani*. 2ª ed., Pàtron Editore, Bolonia, 1983.

Pero antes de introducirnos en la materia conviene señalar el carácter fundamental que desarrolla la citada *disciplina* dentro del Derecho militar romano, y en este sentido Tácito se refiere a la misma como “Derecho sagrado” “Derecho de los dioses” (*fas disciplinae*)⁸. Mientras la disciplina sea mantenida férreamente, la actividad delictiva dentro de la tropa será inexistente⁹, y la mejor forma de alcanzar este fin pasará por mantener ocupadas a las tropas en todo momento¹⁰. Vegecio recuerda el rigor romano a la hora de castigar la desidia de sus soldados (*seuere in desides uindicare*)¹¹. De este modo, los romanos otorgarán gran importancia al período de instrucción legionaria como primer contacto del futuro soldado con la institución armada, y los aspirantes que no muestren un óptimo desenvolvimiento a través de las diferentes pruebas, tareas y destrezas serán apercebidos, si bien aún no de forma muy severa¹². De igual manera que se toma conciencia de la inmadurez presente en los jóvenes y, hemos de señalarlo también, del escaso impacto inmediato que las faltas en el período de formación pueden generar, tal situación cambiará completamente con la inclusión definitiva de los reclutas, pasando estos al estatus de legionarios. Del mismo modo, la respuesta del mando militar a los comportamientos deficientes de la tropa en período de guerra será de la mayor severidad y contundencia. En períodos de conflicto los errores tienden a resultar fatales y por ello requieren de un inmediato castigo (*cum poena statim sequatur errorem*)¹³.

Llegados a este punto cabe preguntarse por los cargos, magistraturas e instituciones implicados en la administración de justicia sobre los soldados que alteran la norma castrense. No es tarea fácil dar respuesta a la cuestión planteada. Si nos acercamos a los mandos de la propia fuerza militar tendremos ocasión de comprobar que la figura de más alto rango dentro de un ejército -desde la reforma militar de Mario¹⁴ hablamos del legado- tendrá autoridad plena sobre legiones y tropas auxi-

(8) Tac. *Ann.*, 1.19.

(9) En este sentido las fuentes refieren numerosos ejemplos, siendo célebre lo acontecido en el norte de África en el contexto de la guerra contra Yugurta (112-105 a.C.), cuando tras requerir el Senado romano el envío de un nuevo mando militar al continente a raíz de la nefasta actuación de los hermanos Espurio y Aulo Postumio Albino, quienes habían promovido el caos entre las filas romanas, el cónsul Quinto Cecilio Metelo fue el elegido para enderezar la situación. El nuevo mando hubo de aplicarse para instaurar el orden, ello como una forma preventiva, dice Salustio, de luchar contra los delitos militares: *ita prohibendo a delictis magis quam uindicando exercitum breui confirmauit* (Sall. *Iug.*, 45).

(10) En ocasiones el nivel de ocupación tenderá a resultar excesivo, caso de lo ocurrido a las tropas de Publio Cornelio Escipión Násica a principios del s. II a.C. Estando las unidades acuarteladas en invierno, Escipión decidirá que los soldados construyan barcos sin que hubiese necesidad alguna de ellos. La medida se había adoptado para evitar que el ejército se corrompiese a través del ocio: *ne tamen desidia miles corrumpetur aut per otii licentiam sociis iniuriam inferret...* (Front. *Str.*, 4.1.15).

(11) Ueg. *rei mil.*, 1.1.

(12) Para los reclutas estaba prevista como castigo la sustitución de su ración de trigo por la de cebada (*pro frumento hordeum cogentur accipere*) Ueg. *rei mil.*, 1.13.

(13) *Ibid.*

(14) Finales del s. II a.C.

liares a su mando, tanto en la paz como en la guerra¹⁵. En el ámbito del Derecho, el legado goza igualmente de potestad plena y la mayor de las penas aplicables sobre la tropa, la capital, será ejecutada siempre bajo su autoridad (*quia hoc ex imperatoris legibus fieri*)¹⁶. El prefecto representará en sus funciones al legado en ausencia de éste¹⁷, pero al margen de quien encabece el mando, será el tribuno, a través de delegación, el encargado de juzgar y castigar a la tropa (*si miles crimen aliquod admississet, auctoritate praefecti legionis a tribuno deputabatur ad poenam*)¹⁸. Polibio dice que durante la República estuvo operativo un consejo de tribunos, “συνεδρίου τῶν χιλιάρχων”, encargado de juzgar las causas¹⁹ para luego aplicar el preceptivo castigo a través de multas, embargos o azotes²⁰. El último eslabón de mando dentro del ejército lo integran los centuriones, llegando a disponer cada legión con hasta un total de sesenta. Nos encontramos ante una figura fundamental que desempeña una labor determinante en la vertebración y cohesión dentro de las filas legionarias. Unas óptimas condiciones del engranaje militar estarán supeditadas siempre a la férrea actuación desplegada por los centuriones en el mantenimiento de la disciplina. De alguna manera, a pesar de no administrar justicia sobre sus subalternos, los centuriones cumplen una tarea primordial dentro de un campamento: prevenir la aparición de la indisciplina, o lo que es lo mismo, frenar la actividad delictiva entre los legionarios.

Esta realidad se hará notar pronto entre la tropa, donde los castigos adquirirán una intensidad tal que los centuriones se ganarán un odio especial, enraizado, entre los soldados. De ello tenemos múltiples evidencias en las fuentes literarias clásicas, y en este sentido rogaremos al lector nos permita interesarnos por un evento concreto: la muerte de Augusto (14 d.C.). La noticia de su defunción llegará pronto

(15) Ueg. rei mil., 2.9: *sed legati imperatoris ex consulibus ad exercitus mittebantur, quibus legiones et auxilia uniuersa obtemperabant in ordinatione pacis uel necessitate bellorum*. El legado, dotado de poder consular, tendrá como general plenos poderes en cuanto a los preparativos de la guerra y en campaña su jurisdicción no estará limitada: τῶν δὲ στρατηγῶν ὑπάτων πάλιν αὐτοκράτορα μὲν ἔχόντων δύναμιν περὶ τὰς τοῦ πολέμου παρασκευάς, αὐτοκράτορα δὲ τὴν ἐν τοῖς ὑπαίθροις ἐξουσίαν (Pol., Hist., 6.14.2). Ha de castigar los crímenes militares en base a lo dictado por las leyes militares: *omnes culpas militares legibus uindicet* (Ueg. rei mil., 3.10).

(16) Ibid., 2.22. Vegecio refiere la presencia del *classicum*, instrumento íntimamente asociado al poder del legado que se hace sonar en el momento de ejecutar a un soldado como símbolo de que dicha pena se ve refrendada por su autoridad: *quia classicum canitur imperatore praesente uel cum in militem capitaliter animaduertitur, quia hoc ex imperatoris legibus fieri necesse est*.

(17) Ibid., 2.9: *proprius autem iudex erat praefectus legionis (...) qui absente legato tamquam uicarius ipsius potestatem maximam retinebat*.

(18) Ibid.

(19) Polibio (Hist. 6.37.1) afirma que tras la deliberación del consejo se establecerá una absolución o una condena, y en este último caso el tribuno -entendemos que pudiese estar refiriéndose al laticlavo, de mayor rango que el resto- tomaría un palo y golpearía simbólicamente al condenado para luego, de manera no fingida sino letal y efectiva, el ejército en masa poder apalearlo hasta morir.

(20) Ibid., 6.37.8: κύριος δ' ἐστὶ καὶ ζημιῶν ὁ χιλίαρχος καὶ ἐνεχυράζων καὶ μαστιγῶν.

a los cuarteles de Germania, a raíz de lo cual estallará un motín y se impondrá la anarquía en varios destacamentos romanos de Centro-Europa²¹. Entre las arengas que algunos soldados exaltados llevan a cabo frente a las tropas encolerizadas se incluirán denuncias al trato recibido por los centuriones, mandos de los que se decía, eran obedecidos por los soldados cual si fuesen esclavos. Al mismo tiempo se lamentan de la dureza de la milicia, el escaso salario y, más grave aún, cómo esa ínfima paga debía ser entregada a los propios centuriones en concepto de soborno para intentar evadir las crueldades de estos mandos:

Postremo promptis iam et aliis seditionis ministris uelut contionabundus interrogabat cur paucis centurionibus paucioribus tribunis in modum seruorum obedirent (...) enimvero militiam ipsam grauem, infructuosam: denis in diem assibus animam et corpus aestimari: hinc uestem arma tentoria, hinc saeuitiam centurionum et uacationes munerum redimi²².

Dos certezas son extraíbles de este discurso reaccionario legionario: de un lado el presunto bajo salario de los soldados, y de otro, los duros castigos a los que son sometidos a través del centurión, una experiencia grabada con fuerza sobre sus castigadas pieles (*uerberibum notas*)²³. Por este motivo serán los propios centuriones quienes primero sufran la ira de los sediciosos. Es reseñable el caso de los manípulos enviados a Nauporto²⁴, los cuales, al conocer las noticias de insurrección que llegaban de Germania comenzaron de inmediato a burlarse, vejar y luego golpear a los centuriones que trataban de contenerlos²⁵. El *uitis* o bastón de vid era el arma reglamentaria con que los centuriones infligían los castigos, y en este sentido, volviendo a los cuarteles sediciosos de Germania, sabemos que cierta unidad hizo huir a los tribunos y al prefecto del campamento, pero no así al centurión Lucilio, famoso entre la tropa por impactar con extraordinaria dureza e impunidad su bastón una y otra vez sobre las espaldas de los legionarios. Lucilio terminará resultando muerto²⁶, y tras él muchos otros centuriones, pues las tropas verán en ellos a individuos a los que les está permitido golpear impunemente a los soldados, a veces incluso hasta

(21) Tac. *An.*, 1.16: *eo principio lasciare miles, discordare, pessimi cuiusque sermonibus praeberere aures, denique luxum et otium cupere, disciplinam et laborem aspernari.*

(22) *Ibid.*, 1.17.

(23) *Ibid.*, 1.18.

(24) En la actual Eslovenia.

(25) Tac. *Ann.*, 1.20.

(26) *Ibid.*, 1.23: *et centurio Lucilius interficitur cui militaribus facetiis uocabulum "cedo alteram" indiderant.*

la muerte, y ello por medio de un castigo que no ha sido dispuesto por juez alguno: no se castigaba en base a la justicia, sino a través de la crueldad²⁷.

Sin embargo, el suceso más dramático aún estaba por producirse en Germania. Toda una legión decide atacar a sus centuriones al completo al ser éstos fuente de odio entre los soldados desde mucho tiempo atrás (*uetustissima militaribus odiis*)²⁸. Era momento de vengarse de los centuriones²⁹, por lo que los mismos son dispuestos tumbados en el suelo para ser azotado cada uno por hasta sesenta soldados y finalmente ser arrojados -ya muertos o moribundos- a los fosos y al río³⁰. Resulta llamativo que en el mismo campamento en que se estaba produciendo un exterminio de centuriones nunca antes visto, se dejase en cambio con vida al tribuno y al prefecto³¹, lo cual nos lleva a afirmar que los grandes enemigos de los soldados dentro de un campamento fueron los propios centuriones, último eslabón de mando encargado de hacer efectivas las disposiciones previstas dentro del código disciplinario.

Más allá del cuadro de mandos militares existió en Roma una arcaica y respetada institución que se declarará competente en diferentes momentos para infligir castigos a la tropa -generalmente de manera colectiva-, y también se mostrará plenamente activa en la iniciativa legislativa dentro del ámbito militar. En este sentido sus deliberaciones tendrán plena autoridad sobre los cónsules, y un ejemplo lo encontramos a través del ejército derrotado comandado por el cónsul Publio Valerio, personaje a quien el Senado ordenará marchar a *Saepinun*³² como castigo a la defección militar, debiendo pasar el invierno con sus tropas acampadas bajo lonas³³. Por su parte, sobre las legiones que habían reusado luchar durante la Segunda Guerra Púnica, luego de ser deportadas a Sicilia, a través del voto del Senado (*senatus consulto*) se estableció que durante siete años fuesen alimentadas a base de cebada. En cambio, sabemos que en el 212 a.C. las mismas legiones solicitarán formalmente al cónsul M. Marcelo su reincorporación a la guerra, y en esta ocasión Marcelo lleva la cuestión a la resolución del Senado (*ille senatum consuluit*)³⁴, pero el consejo de ancianos decidirá autorizar al cónsul (*Marcello tamen permisit facere*)³⁵ para que él mismo tome

(27) Ibid., 1.26: *at Hercule uerbera et necem cunctis permitti (...) an praemia sub dominis poenas sine arbitro esse?*

(28) Ibid., 1.32.

(29) Ibid., 1.31: *saeuitamque centurionum ulciserunt.*

(30) Ibid., 1.32: *prostratos uerberibus mulcant, sexageni singulos, ut numerum centurionum adaequarent.*

(31) Si bien marcharon privados de sus atribuciones: *non tribunus ultra, non castrorum praefectus ius obtinuit* (Tac. *Ann.*, 1.31).

(32) Actual Sepino, en el sur de Italia.

(33) Front., *Str.* 4.1.25: *senatus praecepit.*

(34) Ibid., 4.1.44.

(35) Ibid.

una decisión al respecto. Es este un claro ejemplo de la preeminencia del Senado respecto del poder militar en materia judicial.

Un año después -211 a.C.- las fuentes refieren otra oportuna muestra de la actividad senatorial en pro de la salvaguarda del Derecho militar romano: *sed tempus est eorum quoque mentionem fieri, quae iam non a singulis, uerum ab uniuerso senatu pro militari more obtinendo defendendoque administrata sunt*³⁶. Si bien Valerio Máximo recoge que en ocasiones la justicia castrense queda en manos del poder militar (*quae iam non a singulis*), en otros momentos dice que es llevada a la jurisdicción senatorial, por lo que debemos entender que ambos, el poder militar y el senatorial, son fuente de Derecho y órgano judicial competente en materia de legislación militar. Concretamente, las palabras de Valerio Máximo se insertan en el contexto de la Segunda Guerra Púnica, cuando tras la muerte de Gneo Escipión, L. Marcio, tribuno de la legión, recoge los restos de las tropas vencidas del general difunto y decide escribir al Senado. El consejo, molesto por la evolución de los hechos militares en Hispania, verá necesario aplicar un castigo sobre los vencidos y, argumentando en tal sentido, responderá a la comunicación del tribuno recordando la valiente severidad (*animosa seueritate*)³⁷ mostrada por los antepasados en el curso de la guerra de Tarento³⁸. En aquella ocasión Pirro devolvió a los romanos un importante número de prisioneros, pero Roma decidirá degradar a los soldados dentro del ejército: los caballeros fueron enviados a la infantería (*qui equo meruerant, peditum numero militarent*)³⁹, y los infantes pasaron a engrosar la tropa auxiliar (*qui pedites fuerant, in funditorum auxilia transcriberentur*)⁴⁰. Pese a no especificarse la autoría de aquella antigua disposición (*decretauerunt*), es altamente probable que entonces también estuviésemos ante una decisión senatorial. En aquella ocasión la punición no terminó con la degradación en la milicia, pues además los soldados fueron privados de habitar en el interior del campamento y fuera de este no se les permitió fortificarse con foso y empalizada (*neue locum extra adsignatum uallo aut fossa cingeret*). Además, sus tiendas ya no podrían estar cubiertas con pieles -de carácter impermeable-⁴¹. En otras ocasiones el Senado castigaría a ejércitos derrotados privándoles de su paga, y como ejemplo lo ocurrido en el 176 a.C., cuando al morir el cónsul Quinto Petilio en manos de los ligurinos y luego de ser por ello declarada su legión como deficiente (*infrequens referretur*)⁴² a través del voto del Senado, también por mandato de este le fue retenida a toda la tropa su paga correspondiente a un año completo y le fue reducido su salario⁴³.

(36) Ual. Max. *Hist.*, 2.7.15.

(37) *Ibid.*

(38) 280-275 a.C.

(39) *Ibid.* También en *Front. Str.*, 4.1.18.

(40) *Ibid.*

(41) *Neue tentorium ex pellibus haberet.*

(42) *Front. Str.*, 4.1.42.

(43) *Ibid: stipendium ei annum non daretur, aera reciderentur.*

En circunstancias donde la gravedad y la urgencia no lo permitieron, será el propio poder militar quien aplique penas de una forma inmediata luego de realizar la preceptiva autorización al Senado. Señalaremos una causa de ejecución sumaria en la que, a continuación, se enviaron los “restos del proceso” para ser enjuiciados en Roma. En el 279 a.C. una legión entera decidió unilateralmente asaltar una ciudad que entonces era aliada de Roma, Regio, en la región de Campania. Suponemos que el mando militar a cargo de las indisciplinadas tropas envió de inmediato el asunto al Consejo de Ancianos, pues el último decretó de inmediato el ataque a la legión, la cual se disponía ya parapetada en la plaza campana. El Senado llegó a disponer que los rebeldes muertos no recibiesen sepultura ni luto alguno⁴⁴. Sin embargo, parece que las órdenes priorizaron el apresamiento de los rebeldes pues solo resultaron muertos quienes presentaron resistencia -la mayoría-, mientras que a los presos no se les ejecutó de inmediato, sino que fueron enviados a Roma para ser procesados. De tal manera, unos trescientos legionarios fueron llevados al foro conducidos por pretores y allí, según la costumbre, fueron azotados y degollados⁴⁵.

Mostraremos a continuación un episodio en que el poder militar, el Senado y diferentes magistraturas desarrollaron una colaboración plena en la labor de enjuiciamiento y castigo militar. Es en el 252 a.C. cuando el cónsul Aurelio Cota contempló atónito cómo su caballería se rehusaba cumplir con cierta tarea ordenada⁴⁶, de inmediato el cónsul pidió a los censores la degradación de los caballeros⁴⁷ -deducimos que a la condición de infantes-. Igualmente, Aurelio Cota solicitó al Senado decretar el impago de los salarios pendientes a los indisciplinados⁴⁸. Además, los tribunos de la plebe -desconocemos si de oficio o a petición del cónsul- llevaron adelante un proyecto de ley en la línea de lo decretado por el Senado⁴⁹. A través de todas y cada una de las anteriores medidas Frontino recuerda cómo fue mantenida la disciplina militar por medio de la acción conjunta de los diferentes poderes (*omniumque consensu stabilita disciplina est*)⁵⁰.

En el último siglo republicano, cuando el poder senatorial aparece ya mermado por la irrupción en la escena política de poderosos y ambiciosos militares, serán los últimos o, sus subalternos por delegación, quienes administren con relativa autonomía justicia entre las filas legionarias. El general Lucio Cornelio Sila es buen ejemplo:

(44) Ibid., 4.1.38: *praeterea senatus consulto cautum est, ne quem ex eis sepelire uel lugare fas esset.*

(45) Pol. Hist., 1.7.12: ὄν ἀναπεμθένων εἰς τὴν Ῥώμην, οἱ στρηγοὶ προγγόνοις εἰς τὴν ἀγορὰν κίμωνι γῶν ζῆσαν ζκαὶ ἀτὸ παρ' αὐτοῖς ἔθος ἐπέλεξι ν, βουλομνοὶ διὰ τῆς εἰς ἐκίνου στυμφορὶς κθ' ὅσον οἰοῖ τ' ἦσαν, διορθοῦσθαι παρὰ τοῖς συμμαχοῖς τὴν αὐτῶν πίνων.

(46) Valerio Máximo (*Hist.*, 2.9.7) habla de labores de atrincheramiento en Sicilia.

(47) Front. Str., 4.1.22: *questus apud censores; Ual. Max., Hist., 2.9.7: cccc iuuenes censoriam notam patiente animo sustinuerunt.*

(48) Ibid.: *a patribus deinde obtinuit, ne eis praeterita aera procederent.*

(49) Ibid.

(50) Ibid.

cuando en cierta ocasión una de sus cohortes cedió ante el enemigo, dispuso que toda ella al completo -incluidos sus centuriones- permaneciera semidesnuda con la única cubrición de sus cascos de pie frente a su tienda⁵¹. En otras ocasiones en que hablamos de delincuentes individuales la pena se aplica con naturalidad desde épocas muy antiguas. En torno al 58 a.C., en Armenia, Domicio Córbulo castigará al prefecto de caballería Emilio Rufo tras haber este cedido el paso al enemigo y le obligará a permanecer de pie frente a la tienda principal del campamento⁵². Estamos ante una pena de carácter humillante cuya aplicación estaría limitada no solo en el tiempo, sino también a lo largo de la jornada, ejecutándose de la mañana a la noche.

Con el advenimiento del Imperio la colaboración preexistente entre los diferentes poderes en el ámbito de la justicia militar se rompe definitivamente, si bien la labor desarrollada por los generales en la última etapa republicana en pro de monopolizar la actividad coercitiva había provocado que el cambio no fuese tan “traumático”. Augusto sentará un serio precedente dentro del Derecho militar al promover diferentes medidas emanadas de su personal autoridad de *princeps*: licenciará a una legión entera *cum ignominia*⁵³ sin que sepamos que mediase autorización alguna del censor; jubiló unidades enteras anulando la retribución económica correspondiente a los años de servicio, cuando tal medida -lo hemos visto- correspondía tradicionalmente al Senado; diezmó legiones por actos de cobardía y las castigó con raciones de cebada (*decimatos hordeo pauit*)⁵⁴. Empleó en varias ocasiones el humillante castigo de hacer permanecer de pie al reo junto a la tienda principal del campamento⁵⁵. En conjunto no se evidencian novedades en el estricto contenido del Derecho militar, sino que el elemento inédito residirá en el ente monopolizador de dicha legislación, ahora imperial. Los mandos militares seguirán aplicando justicia, si bien ya no realizarán consultas legales al Senado, sino al propio emperador.

Hemos identificado un código militar romano que es administrado conjuntamente por diferentes órganos de gobierno según la etapa histórica en que nos encontremos, y en este punto conviene referirse más específicamente al conjunto de delitos que operan dentro del ejército romano, si bien *a grosso modo* hemos señalado algunos. Pero antes de acometer la tarea debemos mencionar que, en un primer momento, dentro de la evolución del poder militar romano, los soldados que cubrían las diferentes levadas debían prestar un juramento (*sacramentum*) de carácter voluntario⁵⁶, por medio del cual se comprometían a no huir de la batalla y no abandonar las filas. Dicho compromiso se adquiría ante los tribunos. Sin embargo, en el 216 a.C., durante el consulado de Lucio Paulo y Cayo Varro, el juramento se converti-

(51) Ibid., 4.1.27: *galeatos et discinctos perstare in principiis iussit*.

(52) Ibid., 4.1.28: *eidemque ut erat foedato habitu perstare in principiis*.

(53) Suet. *Aug.*, 24.

(54) Ibid.

(55) Ibid. Suetonio se refiere a esta pena como infamante (*genere uariis ignominis adfecit*).

(56) Liu. *Hist.*, 22.38.

rá en legal y obligatorio; además, todos los componentes de las fuerzas armadas, ciudadanos romanos, tropas auxiliares, esclavos, debían prestarlo en adelante.⁵⁷ Entre los diferentes compromisos adquiridos a través del juramento encontramos el de no robar dentro del campamento⁵⁸, pero a nivel general, muy posiblemente el juramento daría cuenta de todo un conjunto de graves delitos que un militar debía abstenerse de cometer. De esta forma el momento propicio para advertir al soldado de las normas existentes no era otro que el de su ingreso en el cuerpo militar. Y en este sentido lo dispuesto por el Digesto, en su Libro XLIX, más específicamente en su Capítulo XVI, *De rei militari*, vendría en nuestra opinión a condensar en esencia lo dispuesto por el *sacramentum*, tanto en su etapa de juramento voluntario como en el período en que ya es obligatorio -no tenemos motivos para pensar que el contenido del juramento en una y otra etapa sufriese la más mínima alteración en su contenido: así las cosas, la fuga aparece duramente castigada también en el Digesto: *qui in acie prior fugam fecit (...) puniendus est*⁵⁹; la entrega o pérdida de armas será motivo de ejecución: *miles, qui in bello arma amisit uel alienauit, capite punitur*⁶⁰; idéntico final se prescribe para quienes pasan al bando enemigo⁶¹. El ataque a un superior (*qui manus intulit praeposito, capite puniendus est*)⁶² o la incitación a la sedición (*qui seditione atrocem militum concitauit, capite punitur*)⁶³ llevan aparejada por igual la prescripción de la ejecución sobre el reo encontrado culpable.

En tiempo de guerra⁶⁴ todo el que no cumple con lo dispuesto a través de la norma y la voluntad de los mandos es ajusticiado⁶⁵ y a nivel general, resumiendo, será delito militar toda aquella acción que sea contraria a la disciplina:

*Omne delictum est militis, quod aliter, quam disciplina communis exigit, committitur: uetuli segnitiae crimen uel contumaciae uel desidiae*⁶⁶.

(57) Ibid: *id ex uoluntario inter ipsos foedere ad tribunos ac legitimam iuris iurandi adactionem traslatum*; Pol. Hist., 6.33.1-2.

(58) Ibid: ὁ δὲ ὄρκος ἐστὶ μὴ ἐν ἐκ τῆς παρ μβολῆς κλέψιν ἰν, ἀλλὰ κἀν εὐρη τι, τοῦτ' ἀνοί ἰν ἐπὶ τοὺς χιλιάρχους.

(59) Dig. 49.16.6.3; también en Dig. 49.16.3.4.

(60) Ibid., 49.16.3.13.

(61) Ibid., 49.16.3.10; 49.16.3.11.

(62) Ibid., 49.16.6.1.

(63) Ibid., 49.16.3.19.

(64) Durante un conflicto armado la práctica totalidad de los delitos militares llevará aparejada la pena capital: *in bello idem admissum capite puniendum est* (Dig. 49.16.5.1).

(65) Ibid., 49.16.3.15.

(66) Ibid., 49.16.6.

En este sentido, resulta curiosa la respuesta que la justicia militar da a los ataques a la disciplina cuando estos son colectivos:

*Et cum multi milites in aliquod flagitium conspirant uel si legio deficiat, auocari militia solent*⁶⁷.

Cuando la disciplina es subvertida en forma individual, la respuesta supone una inmediata ejecución, muchas veces incluso *in situ*. En cambio, si nos encontramos ante una importante fuerza colectiva subversiva del orden, tendremos oportunidad de comprobar que, si bien tiende a producirse una respuesta por parte del poder militar, esta adquiere gran tibieza fruto del miedo.

De esta forma, la respuesta otorgada al delito de fuga en su materialización individual será la muerte, mientras que ante eventuales deserciones masivas no se castigará capitalmente a todos los culpables, sino tan solo a una parte. Es protagonista en la punición la figura del tribuno, quien deberá administrar el castigo selectivamente como sigue: reunidas las tropas hará avanzar a los frustrados fugados y, por sorteo, seleccionará un número que se acerque a la décima parte de los apresados, los cuales habrán de ser apaleados hasta morir. Al resto de fugados se les impondrá como castigo menor la sustitución del trigo por la cebada en su dieta, además de serles privada la protección del campamento, pues deberán en adelante acampar fuera del mismo sin levantar medida defensiva alguna⁶⁸.

Desde fechas tempranas disponemos de ejemplos de castigos selectivos aplicados sobre ejércitos que manifiestan actos de cobardía. En el 471 a.C. Apio Claudio capitanea una fuerza militar que lucha contra el pueblo volsco. Al desplegarse las tropas fuera del campamento romano en formación de combate se impone el desorden, filas y cuerpos se confunden y no se oyen las voces de mando, situación que desencadena abruptamente en la desbandada de toda la fuerza romana (*quam Romanus fugere*)⁶⁹. Apio Claudio tardará en cambio poco tiempo en reagrupar sus fuerzas para de inmediato disponer que los duplicarios y centuriones que habían abandonado sus filas fuesen azotados y luego decapitados (*ad hoc centuriones duplicarios que qui reliquerant ordines, uirgis caesos securi percussit*)⁷⁰. El resto de tropas fue diezmado a través del sorteo (*cetera multitudo sorte decimus quisque ad supplicium lecti*)⁷¹. En ocasiones la eliminación por ejecución se materializaba muy disparmente, empleándose unas veces el famoso apaleamiento y otras la decapitación directa, y

(67) *Ibid.*, 49.16.3.21.

(68) *Pol. Hist.*, 6.38.

(69) *Liu. Hist.*, 2.59.

(70) *Ibid.*

(71) *Ibid.*; *Font. Str.*, 4.1.34.

como ejemplo lo ocurrido en las legiones mandadas por Fabio Rulo, quien al ver flaquear a aquellas en combate elegirá a varios hombres al azar para ser decapitados a la vista de todos⁷². Conocemos además de la decapitación de tres hombres por centuria, también tras mostrar debilidad ante el enemigo⁷³. Sabemos que Marco Antonio diezmó en el 36 a.C. a sus tropas luego de que el enemigo incendiase unas defensas que estaban construyendo, y en este caso sí se eligió a la décima parte de la fuerza para ser apaleada y el resto de tropas fueron puestas bajo dieta de cebada⁷⁴. En cambio, el general administró los castigos de forma diferencial pues en relación a los mandos implicados se dice que recibieron un correctivo⁷⁵ sin especificar cuál -es de suponer que, en todo caso, no serían ajusticiados-, y el responsable directo de la construcción destruida únicamente fue expulsado del ejército⁷⁶. Así todo, conocemos a través de Tácito que a finales del s. I a.C. la pena del diezmo sobre la tropa era una forma de suplicio poco frecuente (*raro ea tempestate et e uetere memoria facinore decimum*)⁷⁷.

Las fuentes recogen actos de firmeza de los mandos frente a la cobardía de la tropa, si bien, en ocasiones el relato roza lo legendario, sobre todo en las etapas más arcaicas, siendo éste el caso del todavía no rey Servio Tulio, quien -se dice- arrojó al enemigo los estandartes romanos para forzar a los soldados a combatir con más fuerza, teniendo ahora éstos que entregar su vida para recuperar tan valiosas enseñas militares⁷⁸. Con todo, parece que la práctica resultará bastante habitual durante la República, donde es célebre, entre otros, el caso del dictador Aulo Postumio Tuberio, quien en el 431 a.C. lanzará las insignias frente a ecuos y volscos⁷⁹. En otras actuaciones algunos mandos ordenarán la ejecución *in situ* de determinados soldados ante situaciones de indisciplina flagrante. Así, en el 418 a.C. el dictador Servilio Prisco, tras haber ordenado que avanzasen los estandartes militares en el combate, al apreciar la actitud vacilante de un signífero, mandó que este fuese inmediatamente ejecutado (*signiferum cunctantem occidi imperavit*)⁸⁰. En una ocasión Marco Porcio Catón, tras zarpar finalmente luego de gran retraso de costas hostiles, al apreciar que un soldado gritaba y aspeaba los brazos en la orilla

(72) Front. *Str.*, 4.1.35: *sorte ductos in conspectu militum securi percussit*.

(73) *Ibid.*, 4.1.36: *quarum statio ab hoste perrupta erat, securi percussit*.

(74) Pl., *Ant.*, 39.7.

(75) Front., *Str.*, 4.1.37: *ex his centuriones animaduertit*.

(76) *Ibid.*, 4.1.37: *legatum cum ignominia dimisit*.

(77) Tac. *Ann.*, 3.21. El historiador romano se pronuncia en alusión a la guerra de los romanos contra Tacfarinate en África, en el 17 a.C., cuando tras morir un tal Decrio, mando de los romanos, en manos del enemigo por el abandono al que fue sometido por sus tropas, Lucio Apronio -nuevo mando- ordenó diezmar a las unidades (*ignominiosae cohortis sorte ductos, fusti necat*).

(78) Front. *Str.*, 2.8.1. Igualmente, Tarquinio el Soberbio habría hecho arrojar las bridas de los caballos durante un combate ante los sabinos (*Ibid.*, 2.8.10).

(79) Fl. 1.11; otros ejemplos en Front. *Str.*, 2.8.2, 2.8.3, 2.8.4, 2.8.6; Liu., *Hist.*, 3.52, 6.8.

(80) Front. *Str.*, 2.8.8; Liu., *Hist.*, 4.47.

por haber quedado en tierra, decide hacer volver a toda la flota y, lejos de acoger al desdichado a bordo, mandó que fuese ejecutado allí mismo para escarmiento de todos (*comprehensum supplicio affici iussit*)⁸¹. En ocasiones la firmeza ante la tropa tornará a ser temeraria, pues en el 294 a.C., en el transcurso de la guerra samnita el cónsul Marco Atilio se interpuso entre sus tropas y el campamento romano, lugar al que acudían huyendo en tromba, instigándoles a guerrear contra él primero si se atrevían a entrar sin preferir volver a luchar.

Pese a todo, esta contundencia hemos de entenderla como una vía de urgencia por medio de la cual se pretende contener y aleccionar a toda la fuerza militar ante el temor al contagio de comportamientos contrarios a la disciplina entre los soldados. De la actitud aleccionadora sobre la tropa habla Frontino en relación al militar risueño ejecutado por orden de Catón (*exemplo potius impendit*)⁸². Respecto del signífero ejecutado por vacilar en el cumplimiento de la orden de Servilio Prisco, el autor menciona que el resto de soldados se vio intimidado por el ejemplo (*quo exemplo perterriti hostem inuaserunt*)⁸³. En este sentido la historia de Roma muestra cómo la firmeza de los castigos sobre grupos de soldados tendió a ser residual debido a las situaciones de insurrección aún más graves que se podían derivar. Si tornamos a la legislación militar contenida en el Digesto, en concreto el Libro 49.16.3.21 nos habla de la tibieza del castigo previsto sobre una masa de soldados indisciplinados: cuando un elevado número de hombres desarrolla colectivamente una actividad subversiva frente al poder militar nos encontramos ante actos de amotinamiento, lo cual lleva a todo el ejército a entrar en una fase crítica en relación a su supervivencia, pues la falta de mando y autoridad que de este estado se deriva, genera que la fuerza enemiga disponga de mayores posibilidades de ataque, neutralización e incluso destrucción de la fuerza romana que, a través del alzamiento, ha quedado desactivada militarmente y altamente vulnerable.

En tal situación Vegetio incide en el fomento de la labor de prevención y recuerrda que un alto mando militar debe saber localizar posibles focos de insurrección⁸⁴, siendo aquí fundamental la comunicación permanente del estado mayor con los mandos intermedios, esto es, los tribunos, por medio de los cuales es posible elaborar una red de inteligencia que permite conocer en todo momento el estado de la tropa. En este punto daremos conocimiento de la honda preocupación y el miedo que los movimientos insurrectos producían en el alto mando, pues Vegetio aconsejaba en tal sentido que ante el conocimiento de movimientos insurrectos entre las propias filas debía imperar una extraordinaria prudencia del lado de los oficiales, pues en tal caso el principal objetivo consistía en separar mediante engaño, astutamente, a los

(81) Front. *Str.*, 4.1.33.

(82) *Ibid.*, 4.1.33.

(83) *Ibid.*, 2.8.8.

(84) *Ueg. rei mil.*, 3.4.

cabecillas del levantamiento del resto de soldados (*prudentiori consilio segregatos*)⁸⁵. La táctica consistía en hacerles creer que se les encargarían trabajos que serían de agrado o también que se les enviaría a otra guarnición⁸⁶. Estaríamos aquí ante una respuesta intermedia, pero si el riesgo de pérdida de control sobre la tropa fuese muy elevado, Vegetio habla de la existencia de otra vía de actuación desde época muy antigua (*more maiorum*) que pasaba por castigar con premura a los cabecillas de forma ejemplarizante⁸⁷. Podríamos decir muy gráficamente que se opta por extirpar el tumor antes de que éste se extienda a todo el cuerpo del ejército.

Frontino⁸⁸ permite comprobar en su narración cómo en ocasiones lo dispuesto en los tratados militares -de la mano de Vegetio en este caso- tendrá su fiel reflejo en la experiencia real: en el 342 a.C. el cónsul Aulo Manlio, enterado de que sus tropas estacionadas en Campania pretendían masacrar y saquear a sus anfitriones y aliados, optó en un primer momento, dentro de esa política de extraordinario celo y reserva, por engañar a los conspiradores comunicándoles que él personalmente viajaría a Campania en una fecha próxima⁸⁹, información que desincentivó los planes de los sediciosos⁹⁰.

El propio Lucio Cornelio Sila fingió en cierta ocasión que su ejército estaba siendo atacado luego de tener conocimiento de un peligroso motín (*perniciosa seditione*)⁹¹ entre sus tropas, y de esta forma logró distraer la atención de los soldados, resultando disuelto el movimiento insurreccional a través de la unión de todos frente al “peligro” común⁹². En la misma línea, en el 86 a.C. el mismo Sila, en el curso de la guerra contra Mitrídates en el Pireo, observando que sus tropas se mostraban reticentes a luchar, decidió aplicar a los soldados duras tareas⁹³, forzando así que sus hombres decidieran finalmente combatir. El general había evitado una confrontación directa con la tropa para llevarla al cumplimiento de su deber, y solo se atrevió a lograr tal fin de una manera indirecta; un hecho únicamente explicable a través del propio temor que a Sila le despertaba tener que enfrentarse a un ejército en bloque. Es precisamente el miedo al estado de ánimo colectivo de sus fuerzas lo que llevó al general, en otra ocasión, a mentir en relación a la traición de un grupo de sus hombres. Uno de sus lugartenientes, en compañía de una importante fuerza de caballería, se había pasado al enemigo y ello en poco tiempo había sido noticia

(85) Ibid.

(86) Ibid: *aut ad castella urbesque deputet muniendas atque seruendas.*

(87) Ibid: *ut ad omnes metus, ad paucos poena perueniat.*

(88) Fron. Str., 1.9.1.

(89) Liu. Hist., 7.38: *et anno post praesidia hibernatura.*

(90) Lejos de perdonar los hechos, el cónsul aguardó el momento propicio para infligir castigo a los conjurados (*ex occasione nocentes puniit*, Front., Str., 1.9.1).

(91) Ibid., 1.9.2.

(92) Ibid: *discurso seditio est uniuersis aduersus hostem consentientibus.*

(93) Ibid., 1.11.20: *opere eos fatigando compulit.*

entre todo el ejército silano, por lo que Sila volvió a mentir a la masa al afirmar que la defección había sido promovida por él mismo siguiendo las etapas de un plan preestablecido⁹⁴. Un hecho similar tuvo lugar cuando su tropa auxiliar fue eliminada; entonces Sila “reconoció” haber enviado a la unidad extranjera a luchar para lograr su total exterminio al no confiar lo más mínimo en aquellos hombres, si bien sabemos por Frontino que lo que llevaba a Sila a mentir era el puro miedo a que entre sus tropas se desatase un estado de pánico (*ne propter hoc damnum uniuersus trepidaret exercitus*)⁹⁵.

Otro afamado general, Pompeyo el Grande, mostrará igualmente temor a sus tropas ante la amenaza de un motín⁹⁶. Queriendo capturar a los líderes del movimiento insurreccional hizo comparecer a estos, pero para no levantar sospechas, también requirió la presencia de otros muchos soldados inocentes⁹⁷. Pompeyo estaba siguiendo estrictamente el protocolo prescrito en estos casos, esto es, tratar de descabezar el movimiento dentro de la mayor de las cautelas.

Cayo Julio César no será ajeno ni muchísimo menos a las conductas temerosas sobre la tropa. En cierta ocasión, cuando algunas de sus legiones se amotinaron⁹⁸, César se dirigió a las mismas disimulando su miedo (*dissimulato metu*)⁹⁹, y no reparó en otorgar dispensas a aquellos que se las pidieron¹⁰⁰. Muy posiblemente, el relato épico que en muchas ocasiones gira en torno a la figura de César también llegó a manipular este episodio concreto de tensión con sus hombres. De este modo, es una realidad que, pese a reincorporarse posteriormente las tropas licenciadas, la legión décima amenazó al propio César para lograr su licenciamiento, y el general no titubeó a la hora de otorgar inmediatamente lo que se le exigía. Pero en otro escenario, en el 58 a.C., en el momento de enfrentarse sus tropas con las fuerzas germanas -siempre temidas por los legionarios- de Ariovisto, los hombres de César entraron en pánico y su general ni siquiera se atrevió a reprobar dicha actitud, sino que, por enésima vez asistimos al recurso al engaño como única forma de lograr lo que la propia autoridad no consigue. En esta ocasión César dispuso que únicamente la

(94) Ibid: 2.7.2: *eaque ratione militum animos non tantum a confusione retraxit.*

(95) Ibid., 2.7.3.

(96) Ibid., 1.9.3: *ne tumultum moueret.*

(97) Ibid: *si solos euocasset nocentes, mixtos eis, qui extra delictum erant, uenire iussit.*

(98) Ibid., 1.9.4: *cum quaedam legiones eius seditionem mouissent.*

(99) Ibid.

(100) Suetonio (*Caes.* 70) desarrolla un discurso más pro cesariano al afirmar que la legión décima pidió su licenciamiento a través de amenazas sobre la propia Roma. El autor afirma que el general no se mostró vacilante a la hora de licenciar a los soldados, si bien es este precisamente el objetivo que pretendían los legionarios.

décima legión lucharía, un gesto que indignó al resto del ejército e hizo movilizar el valor y la acción de todos¹⁰¹.

Existieron ocasiones en que el mando militar sí se atrevió a hacer frente a un motín, si bien con cierta tibieza y, generalmente, cuando el equilibrio de fuerzas se inclinaba en favor de la institución. Ello, tal como ocurriera en Dyrraquio el 75 a.C., durante la guerra contra los dardanos. En dicha ocasión una de las cinco legiones apostadas en territorio enemigo, al mando del cónsul Cayo Curión, decide amotinarse¹⁰². Si bien se producirá una respuesta del mando militar, esta no será muy contundente, pues, luego de ordenar desnudar a la legión sediciosa, dispondrá que esta, bajo continua vigilancia, corte paja en el campo¹⁰³. La humillante tarea se prolongó toda una jornada, y durante la siguiente, igualmente desnudos, los hombres debieron cavar zanjas. Finalmente, luego de ser privada de sus estandartes y eliminado su nombre, la legión fue disuelta y sus integrantes redistribuidos en otras fuerzas¹⁰⁴. El cónsul había aplicado un castigo a la legión amotinada porque la relación de fuerzas se disponía en cuatro contra uno, en cambio, no se efectuó una merma de la tropa a través del diezmo y ni tan siquiera los posibles incitadores del movimiento subversivo fueron ejecutados o arrestados. Parece más que probable que el extraordinario temple de Cayo Curión en la aplicación de los castigos pudo estar mediatizado por el temor.

De este modo la punición que tiende a ser más habitual sobre la tropa será la aplicada en forma individualizada, naciendo buena parte de dichos castigos como la respuesta del mando a la ineficiente realización de las diferentes tareas asignadas dentro del campamento. En tal sentido, gran número de los ilícitos cometidos en este ámbito llevaban aparejada la prescripción de penas de carácter moderado, generalmente multas o azotes que se administraban al soldado que no se presentaba pulcro y aseado, que no tenía el equipamiento en un óptimo mantenimiento, etc. Por el contrario, las tareas referidas a la vigilancia del campamento requerían del trabajo aplicado de todos los que en él habitaban, y aquí las faltas, por lo terrible de sus consecuencias, se castigaban con la mayor dureza. Sabemos que desde el mismo momento en el que se constituía un campamento, sus tareas de fortificación pasaban a ocupar la actividad de todo el ejército, pues dicho trabajo -aunque solo fuera para hacer noche- era crucial, puesto que de su efectiva consecución podía llegar a depender la integridad de toda la fuerza militar que se cobijaba en el inte-

(101) Front. *Str.*, 1.11.3. Las fuentes antiguas tienden a ensalzar la inteligencia de César como base en la toma de muchas de sus decisiones dentro del mundo militar, y si bien no negamos esta cualidad como carácter esencial dentro de la personalidad de César, del mismo modo creemos que tras muchas de sus decisiones sobre sus tropas -en principio firmes, astutas y tenaces- aflora un fuerte sentimiento de respeto y temeridad sobre la masa legionaria que dirige.

(102) Ibid., 4.1.43: *cum ex quinque legionibus una seditione.*

(103) Ibid.

(104) Ibid: *ne signa eius summitteret nomemque aboleret milites autem in supplementum ceterarum legionum distribueret.*

rior de las defensas. De esta forma, una vez elegido el punto de acampada toda la tropa se volcaba directa o indirectamente en los trabajos de construcción de foso y empalizada. Si el enemigo estaba próximo -generalmente esto solía ser lo habitual- la caballería al completo y la mitad de la infantería se disponían en formación de combate para proteger al resto de fuerzas que trabaja a destajo en la creación del perímetro defensivo¹⁰⁵, y una vez finalizado este, los centuriones lo inspeccionaban bajo la orden de infligir castigo sobre quienes hubieran desarrollado su trabajo negligentemente¹⁰⁶. A continuación, se asignaban turnos de vigilancia en puestos permanentes e itinerantes. De manera especial durante la noche se llevaba a cabo un férreo control de las labores de vigilancia¹⁰⁷.

En cuanto a las deserciones individuales, si bien existe unanimidad al expresar la necesidad de aplicar un castigo, surge disparidad en la forma de su ejecución. Por ejemplo, en torno al 140 a.C. Quinto Fabio Máximo hizo amputar la mano derecha a algunos desertores (*transfugarum dextras praecidit*)¹⁰⁸, pero poco después (148 a.C.) los cónsules Publio Cornelio Násica y Décimo Junio aplicaron azotes en público y luego vendieron como esclavos a algunos desertores¹⁰⁹.

La exposición precedente permite afirmar -como lo anticipáramos al inicio- que el ejército romano sabía desde sus orígenes que el mantenimiento de una disciplina fuerte era capaz de imponer orden a las tropas, pero a pesar de ello, la aplicación de castigos a grandes grupos de soldados por crímenes en conjunto fue débil ante el temor de enfrentar el riesgo levantamientos generales.

(105) Ueg. *rei mil.*, 1.25.

(106) *Ibid*: *post hoc a centurionibus fossa inspiatur ac mensuratur et uindicatur in eos, qui negligentius fuerent*.

(107) Los velites (infantería ligera) custodiaban las empalizadas del campamento durante el día, y protegían en grupos de diez las puertas. Durante la noche correspondía a los miembros de la caballería la supervisión del cumplimiento de guardias (*Pol. Hist.*, 6.35.5-8).

(108) *Front. Str.*, 4.1.42; *Ual. Max., Hist.*, 2.7.11: *manus abscidit*.

(109) *Front. Str.*, 4.1.20: *damnati uirgis caesi publico uenierunt*. Livio (*Ep.*, 55) habla en concreto de un desertor, C. Macieno, quien será acusado ante el pueblo por haber desertado del ejército de Hispania.

EL PENSAMIENTO JURÍDICO MEDIOAMBIENTAL
EN EL CASO
“CRUZ, SILVIA MARCELA Y OTROS
C/ MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINERÍA DE
LA NACIÓN S/AMPARO AMBIENTAL”*

*ENVIRONMENTAL LEGAL THINKING IN THE CASE
“CRUZ, SILVIA MARCELA Y OTROS C/ MINISTERIO DE ENERGÍA Y
MINERÍA DE LA NACIÓN S/AMPARO AMBIENTAL”*

*Esther Susana Borgarello**
Matías Ignacio Borgarello****

Resumen: El presente trabajo, tras una breve introducción general sobre el derecho ambiental, se ocupa de la sentencia de diciembre de 2019 en el caso “Cruz, Silvia Marcela y otros c/ Ministerio de Energía y Minería de la Nación s/amparo ambiental” (sentencia de 23 de diciembre de 2019), relativo al funcionamiento de la fábrica “Porta Hnos. S.A.” en la ciudad de Córdoba.

Palabras-clave: Ambiente - Contaminación - Derechos humanos.

Abstract: This work, after a brief general introduction on environmental law, deals with the judgment of December 23, 2019 in the case

* Trabajo recibido el 10 de marzo de 2020 y aprobado para su publicación el 4 de abril de 2020.

** Abogada. Licenciada en Historia. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Docente-Investigadora Cat. I CONEAU, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (FD-UNC). Docencia en la FD-UNC y Universidad Blas Pascal. Prosecretaria de Posgrado FD-UNC. Integrante del equipo de investigación SECyT Consolidar: sobre el derecho humano al medio ambiente: las posibles implicancias de la jurisprudencia provincial y de la opinión consultiva OC-23/17 de la CteIDH en la formación de políticas públicas nacionales en la materia (SECyT 2018/21 UNC Código proyecto Consolidar 33620180100404CB).

*** Abogado. Diplomado en criminalística. Integrante del equipo de investigación SECyT Consolidar: sobre el derecho humano al medio ambiente: las posibles implicancias de la jurisprudencia provincial y de la opinión consultiva OC-23/17 de la CteIDH en la formación de políticas públicas nacionales en la materia (SECyT 2018/21 UNC Código proyecto Consolidar 33620180100404CB).

“Cruz, Silvia Marcela and others v / Ministry of Energy and Mining of the Nation s / amparo environmental”, related to the “Porta Hnos. A.S.” factory located in the city of Córdoba.

Keywords: Environment - Pollution - Human rights.

Sumario: I. Consideraciones previas. II. Caso “Cruz, Silvia Marcela y otros c/ Ministerio de Energía y Minería de la Nación s/ amparo ambiental” (diciembre de 2019). III. Conclusiones.

I. Consideraciones previas

La problemática del medio ambiente ha puesto en tela de juicio la expansión del sistema productivo agropecuario e industrial, así como el extractivo de minerales y otros productos, ante la falta de protección de la naturaleza y la contaminación que pone en riesgo la vida misma del planeta. Los primeros antecedentes datan de junio de 1972 en Estocolmo-Suecia con la “Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano”. donde se declara entre otras cuestiones que:

1 “El hombre es a la vez obra y artífice del medio que lo rodea, el cual le da el sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral, social y espiritualmente. En la larga y tortuosa evolución de la raza humana en este planeta se ha llegado a una etapa en que, gracias a la rápida aceleración de la ciencia y la tecnología, el hombre ha adquirido el poder de transformar, de innumerables maneras y en una escala sin precedentes, cuanto lo rodea. Los dos aspectos del medio humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma. 2. La protección y mejoramiento del medio humano es una cuestión fundamental que afecta al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico del mundo entero, un deseo urgente de los pueblos de todo el mundo y un deber de todos los gobiernos”¹.

En dicha conferencia se elaboraron 25 principios relativos al medio ambiente destacándose en la misma el rol activo y prolífero de la Argentina. En 1992 tenemos la segunda conferencia de Naciones Unidas en Río de Janeiro - Brasil, la tercera en 2002 en Johannesburgo - Sudáfrica, y la cuarta cumbre nuevamente en Río de Janeiro en 2012 llamada Conferencia de Desarrollo Sostenible Río+20.

En nuestro país, si bien constitucionalmente es receptado explícitamente en 1994 el cuidado del medio ambiente (art. 41 CN), ya en 1887 nuestra Corte Suprema de

(1) <https://www.dipublico.org/conferencias/mediohumano/A-CONF.48-14-REV.1.pdf>

Justicia de la Nación (CSJN) resolvía el primer caso de derecho a un ambiente sano por vía interpretativa del texto constitucional en materia del bienestar general. Era el caso “Saladeristas Santiago, José y Jerónimo Podestá y otros vs. provincia de Buenos Aires”².

El origen de la cuestión planteada judicialmente, se relacionaba con el hecho de que la legislatura de la Provincia de Buenos Aires había dictado en setiembre de 1871, una legislación tuitiva con el objeto de preservar la salud de la población del lugar; a tal efecto prohibía las faenas de los saladeros y graserías situados en el municipio de la ciudad, como el verter y arrojar residuos al río de Barracas y sus inmediaciones. Proscribía también situarlos dentro de la línea determinada por la ley de 7 de junio de 1869, y ordenaba que ninguna persona podrá plantar tales establecimientos sin requerir previamente el permiso del Poder Ejecutivo.

Al resolver la situación controversial planteada, la CSJN establecía entre otras cuestiones que:

*“(1) a objeción que hoy se opone a la ley y decreto citados, de ser contrarios a la Constitución y a las leyes civiles, por cuanto atacan la propiedad y el ejercicio de una industria lícita, no tiene fundamento alguno legal, porque según la Constitución, esos **derechos están sujetos a las leyes que reglamenten su ejercicio**, y según nuestro Código Civil, la propiedad está sujeta a las restricciones y limitaciones exigidas por el interés público o por el interés privado, correspondiendo establecer las primeras al derecho administrativo solamente (art. 2611 del Código Civil). Por consiguiente, la ley provincial de 6 de setiembre de 1871, determinando las condiciones bajo las cuales pueden establecerse saladeros en la Provincia, y retirando a los establecidos en Barracas la autorización para continuar en ese punto, por exigirlo así la salud pública, no es contraria a la ley constitucional, ni ataca el derecho de propiedad, pues ninguno lo tiene para usar de ésta en daño de otro, o como dice la ley 13, título 32, partida 3a, concordante con los principios de nuestra legislación sobre la materia”³.*

Recientemente (febrero de 2018), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CteIDH) daba a conocer su Opinión Consultiva OC-23/17 sobre “Medio Ambiente y Derechos Humanos” en relación a la solicitud que le hiciera Colombia, si bien ampliando el espectro de aplicación no sólo al Estado solicitante. Así expresó:

(2) <http://falloscsn.blogspot.com/2005/08/saladeristas-de-barracas-1887.html>

(3) Ver fallo Saladeros <http://falloscsn.blogspot.com/2005/08/saladeristas-de-barracas-1887.html>

“Esta Corte ha indicado que, en aras del interés general que revisten sus opiniones consultivas, no procede limitar el alcance de las mismas a unos Estados específicos. Las cuestiones planteadas en la solicitud trascienden el interés de los Estados parte del Convenio de Cartagena y son de importancia para todos los Estados del planeta. Por tanto, este Tribunal considera que no corresponde limitar su respuesta al ámbito de aplicación del Convenio de Cartagena. Además, tomando en cuenta la relevancia del medio ambiente en su totalidad para la protección de los derechos humanos, tampoco estima pertinente limitar su respuesta al medio ambiente marino”⁴.

Es la primera oportunidad en la que la CteIDH es solicitada a pronunciarse en materia ambiental en el marco de su actividad consultiva, señalando al respecto que:

“Esta Opinión constituye una de las primeras oportunidades de este Tribunal para referirse, de manera extendida, sobre las obligaciones estatales que surgen de la necesidad de protección del medio ambiente bajo la Convención Americana⁵ (supra párr. 23). Si bien el objeto de la consulta planteada por Colombia, tal como se definió previamente (supra párrs. 32 a 38), se refiere específicamente a las obligaciones estatales que se derivan de los derechos a la vida y a la integridad personal, esta Corte estima pertinente realizar algunas consideraciones iniciales e introductorias sobre (A) la interrelación entre los derechos humanos y el medio ambiente, y (B) los derechos humanos afectados por causa de la degradación del medio ambiente, incluyendo el derecho a un medio ambiente sano”⁶.

Destacamos la referencia a la interrelación inescindible entre los derechos humanos y el medio ambiente, y con ella, al derecho a una vida digna y a la integridad de las personas en el contexto de la protección al medio ambiente:

“47. Esta Corte ha reconocido la existencia de una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los derechos humanos⁷. Asimismo, el preámbulo del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en

(4) Opinión Consultiva OC-23/17 sobre “Medio Ambiente y Derechos Humanos” de la CteIDH.

(5) La negrita nos pertenece.

(6) Opinión Consultiva OC-23/17 sobre “Medio Ambiente y Derechos Humanos” de la CteIDH.

(7) La negrita nos pertenece.

materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “Protocolo de San Salvador”), resalta la estrecha relación entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales -que incluye el derecho a un medio ambiente sano- y la de los derechos civiles y políticos, e indica que las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros”⁸.

Desde la perspectiva nacional, en 1994 se reunió la Convención constituyente de Reforma Constitucional y, en materia de medio ambiente, expresó:

“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

Por lo tanto, las autoridades deben proveer:

- A la protección de este derecho.
- A la utilización racional de los recursos naturales.
- A la preservación del patrimonio natural y cultural.
- A la preservación de la diversidad biológica.
- A la información y educación ambientales”.

El artículo 41 de la Constitución Nacional establece que las autoridades deben proveer información ambiental. Así se crea la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable que suministra información ambiental a la comunidad en general a través de su página web y, especialmente, a través del Sistema de información ambiental nacional (SIAN), que ella coordina. Al SIAN se puede acceder a través de

(8) Argumentaciones que va a referenciar en su sentencia el juez Vaca Narvaja en la causa “Cruz, Silvia Marcela y otros c/ Ministerio de Energía y Minería de la Nación s/ amparo ambiental”.

la página web de la Secretaría. Pero, la información ambiental es un derecho que puede ser ejercido por cualquier persona, conforme la ley n° 25831, promulgada de hecho el 6 de enero de 2004, sobre Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental, la que dispone que el acceso a la información ambiental será libre y gratuito para toda persona física o jurídica, a excepción de aquellos gastos vinculados con los recursos utilizados para la entrega de la información solicitada. Para acceder a la información ambiental no será necesario acreditar razones ni interés determinado. Se deberá presentar formal solicitud ante quien corresponda, debiendo constar en la misma la información requerida y la identificación del o los solicitantes residentes en el país, salvo acuerdos con países u organismos internacionales sobre la base de la reciprocidad. En ningún caso el monto que se establezca para solventar los gastos vinculados con los recursos utilizados para la entrega de la información solicitada podrá implicar menoscabo alguno al ejercicio del derecho conferido por esta ley.

Además de ésta, podemos mencionar a leyes anteriores, como: -La ley 11347 sobre residuos patogénicos reemplazada por la ley 24051 de vigencia actual; - la ley 13273 de bosques y tierras forestales de 1948; -la ley 20284 de 1973 sobre preservación de los recursos del aire; - la ley 22421 de 1981 de protección y conservación de la fauna silvestre; -la ley 22428, también del año 1981, ley de fomento de la conservación del suelo; -la ley 23879 sobre evaluación de las consecuencias ambientales que podían producir en el territorio argentino represas construidas o en construcción o planificadas; -la ley 24051 de residuos peligrosos.

II. Caso “Cruz, Silvia Marcela y otros c/ Ministerio de Energía y Minería de la Nación s/amparo ambiental” (diciembre de 2019)

El 23 de diciembre de dos mil diecinueve, en la causa “Cruz, Silvia Marcela y otros c/ Ministerio de Energía y Minería de la Nación s/ amparo ambiental” (Expte. N° 21076/2016), se resuelve una cuestión relacionada con la protección de la salud y el ambiente⁹. Los demandantes “*promovieron acción de amparo ambiental en los tér-*

(9) La sentencia bajo comentario pertenece a los tribunales federales de la Provincia de Córdoba. Es de destacar que, en materia provincial, se ha dado una importante labor y actuación de los tribunales de la provincia de Córdoba, en especial a través del Superior Tribunal de Justicia y de la Cámara 1^a. del crimen. Por caso la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba en la causa “Cemincor y Otra c/Superior Gobierno de la Provincia - Acción declarativa de inconstitucionalidad”, la cual fue un decisorio señero para la justicia en general y no sólo la de Córdoba, ya que la misma presupone un límite a las explotaciones mineras a cielo abierto. Con ello tuvo altas repercusiones en el actuar de las empresas extractivas radicadas a nivel nacional. En octubre de 2018, el procurador fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Víctor Abramovich, opinó -acentuando la pertinencia del fallo provincial- que es constitucional la Ley 9526 de la provincia de Córdoba que prohíbe la minería a cielo abierto y el uso de minerales nucleares. Otro *leading case* de los tribunales cordobeses lo constituye la causa “Gabrielli Jorge Alberto y otros P.S.A. Infracción Ley 24051”. En este caso, el afectado (y objeto del fallo) era el barrio Ituzaingó Anexo, que había sido declarado en emergencia sanitaria desde 2002. El decisorio en ese caso destaca que quienes aplicaron los plaguicidas sabían que

minos del art. 30 de la ley 25675 y de los artículos 43 y 41 de la Constitución Nacional en contra del Estado Nacional – Ministerio de Energía y Minería de la Nación – Secretaría de Recursos Hidrocarburíferos (Ex Secretaria de Energía de la Nación) o el organismo que la reemplace, a fin que se ordene el cese de la contaminación ambiental atmosférica que afecta al sector, debido a la construcción y puesta en funcionamiento de la Planta de Bioetanol emplazada en el predio de la empresa Porta Hnos. S.A., cuyo domicilio se denuncia en calle Av. San Antonio Km 4 y ½ del barrio San Antonio de esta ciudad, disponiéndose se declare de manera urgente e inmediata la clausura y puesta en funcionamiento con el procedimiento administrativo de “Evaluación de Impacto Ambiental (EIA)”, que según expresan compromete y afecta seriamente la vida, la salud y los bienes individuales y colectivos de los habitantes, como también, se dicte medida cautelar”.

Previa a la resolución de esta causa interviene la Defensora Oficial Dra. María Mercedes Crespi, por encontrarse involucrados los intereses de niños, niñas y adolescentes, manifestando que: *“se trata indudablemente de un proceso colectivo que afecta intereses individuales homogéneos (...) que causa(n) una lesión a una pluralidad de derechos individuales (...). Que, en esa idea, el medio ambiente no es únicamente un derecho, sino también un bien jurídico constitucionalmente protegido, cuya preservación debe procurarse no sólo mediante acciones aisladas estatales, sino mediante el concurso de todas las autoridades y el diseño de políticas públicas ajustadas a tal objetivo. Que por eso es válido ubicar la protección al medio ambiente entre los derechos colectivos o derechos públicos subjetivos, que tienen como titular a la sociedad en conjunto (arts. 41 y 43 segundo párrafo), agredida con daños o contaminación ambiental. (...) (Que el Juzgador en primera instancia, interpretó como normativa aplicable únicamente la ley 16986, en vez de contemplar la clara directriz emanada del art. 43 C.N., de los tratados internacionales de derechos humanos, y en particular, de la ley 25675 (LGA) -de específica aplicación en materia de amparo ambiental (...) soslayan(do) la aplicación en autos de los mandatos de la ley 26093 y su decreto reglamentario 109/2, 07, específicos para resolver el asunto discutido en autos. Que en efecto: a) la producción y uso de biocombustibles se regirán por esa ley (art. 1º); b) el bioetanol es un biocombustible (art. 5); c) sólo podrán producir biocombustibles las*

estaba vigente la emergencia sanitaria y que se registraba allí una delicada situación en materia de salud pública. La sentencia fue dictada en setiembre de 2012 y condenó por unanimidad al propietario del campo y al piloto de la avioneta. El delito que se les imputó fue el de contaminación ambiental, penado por el artículo 55 de la Ley de Residuos Peligrosos. Fue confirmada en distintas instancias: Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba en setiembre de 2015 y luego por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en setiembre de 2017 (en esta última instancia, por aplicación del artículo art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Se señala en la sentencia que “el eje central, la columna vertebral, independientemente de la imputación concreta que pesa sobre los acusados traídos al contradictorio, ha sido, y así ha quedado plasmado, el excesivo, desmesurado e ilegal uso y aplicación de agroquímicos mediante pulverizaciones aplicadas en los campos de cultivos en general”. Dos sentencias señeras de importantísimo valor jurisprudencial no sólo en el orden provincial, sino nacional, en las cuales se utilizaron argumentaciones normativas nacionales e internacionales, doctrina, jurisprudencia local y nacional y el posicionamiento de especialistas en la materia pertenecientes a la Universidad Nacional de Córdoba.

plantas habilitadas a dichos efectos por la autoridad de aplicación (art. 6); c) la autoridad de aplicación es la Secretaría de Energía de la Nación (art. 2 del decreto); d) la ley creó la Comisión Nacional Asesora; e) la autoridad de aplicación tiene -entre otras funciones- el deber de crear y llevar actualizado un registro público (art. 4, a); controlar la producción y uso de biocombustibles (art. 4 a), establecer los requisitos y condiciones para la habilitación de plantas (art. 4 c), realizar auditorías e inspecciones (art. 4 e), aplicar sanciones (art. 4 h). Que no cabe ninguna duda del rol que le compete en el caso de autos al Estado Nacional, a través del área de Energía Nacional correspondiente”.

El demandado Porta da sus argumentos: *la empresa Porta se instaló en un predio industrial, en el camino a San Antonio en el kilómetro 4 ½, adaptando una planta industrial que en la década del 70 había sido una fundición de aluminio. Que inicialmente la Planta se dedicó a la fabricación/destilación de alcoholes y de bebidas alcohólicas, vinagres y licores, y en consecuencia tramitó y obtuvo la habilitación ambiental. Que la empresa inició el expediente en el año 1999, presentando Aviso de Proyecto para la Fabricación de Alcoholes, Vinagres y Licores. Que en ese entonces se encontraba vigente la Ley 7343 y el Decreto 3290/90, que no incluían dentro del Anexo I esta actividad. Que también estaba vigente la Ordenanza 9847, aunque no estaba reglamentada. Que con fecha 28 de marzo 2000 la Agencia Córdoba Ambiente Sociedad del Estado autorizó el Aviso del Proyecto en cuestión, dictando la Resolución N° 38/00, obteniendo Porta la habilitación ambiental necesaria para desarrollar su actividad. Que posteriormente, y en cumplimiento con la Resolución 359/02 de la Municipalidad de la Ciudad de Córdoba que exige la presentación de una “Auditoría Ambiental” a los establecimientos en funcionamiento, Porta Hnos. dio cumplimiento a dicha norma, efectuando y presentando la referida auditoría en el expediente N° 189059/08. Que con fecha 29 de enero de 2009, la Municipalidad de Córdoba emitió la Resolución 1131/09, mediante la cual autoriza ambientalmente el emprendimiento de la firma PORTA HNOS S.A. bajo el rubro “Elaboración, fraccionamiento, y venta de vinagres, bebidas, alcohol, cosméticos y domisanitarios”. Que, en el año 2010, la empresa decidió ampliar la Planta, agregando la fermentación. Que se encontraban vigentes en el ámbito provincial la Ley 7343 y el Decreto 2131/00, y en el ámbito municipal la Ordenanza 9847, ya había sido reglamentada por el Decreto 2430/01. Que el ítem “Destilación de Alcoholes” se encontraba listado en el Anexo II del Decreto 2131/00 por lo que se encontraba sujeto a la presentación de Aviso de Proyecto, previendo el art. 9 del referido Decreto “efectuar la presentación/tramitación correspondiente ante la Agencia Córdoba Ambiente y/o Municipio con jurisdicción en el área de desarrollo del proyecto”. Que Porta Hnos, presentó el Aviso de Proyecto ante la Municipalidad de la Ciudad de Córdoba (Expediente n° 30-15-001-093-A) denunciando la ampliación de la planta. Que el 6 de diciembre de 2010, la Municipalidad de Córdoba aprobó el Aviso del Proyecto del emprendimiento en cuestión bajo la Resolución D.I.A. n° 975/10. Que resulta claro que tanto la instalación inicial de la Planta de Porta para la fabricación de bebidas alcohólicas y vinagres, como la ampliación posterior encuadraban como actividades sujetas a aviso de proyecto (no sujetas a estudio de impacto ambiental), por lo que conforme las normas aplicables, se considera que dichas actividades no generan impactos significativos sobre el ambiente; por lo que no correspondía presentar estudio de impacto ambiental, ni*

convocar a audiencia pública, bastando la presentación del aviso de proyecto, tal como fue cumplimentado (...). Que la Provincia y el Municipio de Córdoba han actuado y actúan colaborativa y concertadamente para la articulación norma". La Planta se conforma de diferentes unidades o plantas: 1) la unidad o planta de producción de bebidas alcohólicas, vinagres y productos domisanitarios; 2) la planta de producción de alcohol etílico a partir de cereales; 3) la planta de recuperación de CO2 y producción de carbonato de calcio y, 4) la planta de elaboración de quimosina a partir de las semillas de cártamo. Que de fs. 467/476 de autos resulta que la firma PORTA HNOS. S.A. se encuentra inscrita en el Instituto Nacional de Vitivinicultura desde 09/01/1997 y posee las siguientes inscripciones en la actualidad, a saber: -Destilería: QAA-003. A partir de febrero de 2012 y bajo esta misma inscripción está habilitada como destilería de alcohol etílico de cereal. -fraccionador y/o comerciante de alcohol etílico: QDD101. -fraccionador de alcohol etílico desnaturalizado uso doméstico: QFF-200. -manipulador de alcohol etílico: QHH-240 (Elaboración de bebidas alcohólicas). -manipulador de alcohol etílico: QHH-242 (Elaboración de vinagre). -manipulador de alcohol etílico: QHH-271 (Elaboración de alcohol en gel y limpiadores de piso). Que, asimismo, de la documental glosada fs. 477/480, resulta que cuenta con la autorización expedida por el ANMAT para los casos en que el alcohol etílico producido se destine a uso cosmético y medicina humana, conforme lo establecido en la Resolución N° 508/94 del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación. Que a fs. 482/483 resulta el certificado de inscripción del Registro Nacional de Precursores Químicos expedida por el Ministerio de Seguridad de la Nación y obtención de reinscripción ante el SE.DRO.NAR".

La posición del Estado Nacional – Ministerio de Energía y Minería, sostiene que: *"(...) no existen dudas en cuanto a que la empresa Porta Hnos. S.A. se dedica como actividad principal a la elaboración de etanol anhidro para usos medicinales, alimenticios, cosméticos e industriales, que no cabe otra alternativa que arribar a la conclusión irrefutable: que la actividad desarrollada por dicha firma no se encuentra bajo la órbita de control, ni mucho menos habilitación, de este MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINERÍA. Por no tratarse de productos combustibles para su uso en motores (...) no podría dirigir su acción contra el gobierno federal, toda vez que existe una patente responsabilidad, y consecuentemente un poder de policía en la materia, que le corresponde al Gobierno Municipal y a la Provincia de Córdoba, pero de ningún modo al Estado Nacional. La producción de la planta no trata de productos combustibles sino alimenticios para lo cual la normativa vigente (citada por los propios accionantes) y aplicable no prevé intervención alguna del Ministerio de Energía y Minería ni la obligación de habilitación previa para funcionar de la planta. Que por otro lado el trámite del EIA se realiza, tal como lo pone de manifiesto la propia parte accionante, en sede de las autoridades locales, por tratarse de competencias de dichas jurisdicciones (...). Que tampoco corresponde a su mandante la realización de audiencia pública para la participación ciudadana previa (...)"*.

Entre las normas en juego se encuentran así: la Ley General de Medio Ambiente, la cual está en íntima conexión con el amparo, y en relación a este reclamo, el juez deberá elucidar el papel que le cabe al Ministerio de Energía de la Nación. Además de esta legislación específica, el juez fundamentará su minuciosa resolución

en la Constitución Nacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el protocolo de San Salvador, normativa provincial, disposiciones municipales, jurisprudencia de la Corte Suprema, así como el apoyo doctrinal, todo conforme a la situación puntual bajo análisis. Con el objeto de lograr una fundamentación clara y precisa, evitando con ello aspectos ambiguos o que permitan observar lagunas, va discurriendo a través de sus considerandos sobre la situación fáctica conjugándola con las normativas en sus aspectos de fondo relacionados con la cuestión objeto del amparo.

Es así que el juzgador debe resolver las siguientes cuestiones: "1) Si la Empresa PORTA HNOS.S.A. produce bioetanol o no, y en cuyo caso, si requería -previo a su construcción y puesta en funcionamiento- habilitación por parte de la Ex- Secretaría de Energía de la Nación; 2) Si por la magnitud del emprendimiento (obra) o por las actividades a realizar (producción de bioetanol) requería cumplir -previo a su construcción y puesta en funcionamiento- de manera completa e integral con el Procedimiento Administrativo de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) de manera especial, y si debía presentar Estudio de Impacto Ambiental (EsIA) y convocar a la ciudadanía a la respectiva Audiencia Pública (AP); y 3) Imposición de costas.

En su argumentación el juez analiza las normativas las municipales y provinciales cumplidas por la empresa Porta, así respecto de éstas, el juez realiza una síntesis de la composición de las cuestiones normativas de la planta que es oportuno considerar: "(...) (L)a empresa presenta Aviso de proyecto para Nueva Planta de Recuperación de Dióxido de Carbono y Producción de Carbonato de Calcio (fs. 1081/1109) y Estudio Ambiental realizado por SIMBIOS a tal efecto. Que a fs. 1148 obra informe CIQA de febrero de 2014 y a fs. 1177/1190 de noviembre de 2013 y abril de 2014. Con fecha 12/6/2014 por Resolución de Obras Privadas y Uso del Suelo N° 1661 se autoriza la localización de la Nueva Planta de Fabricación de Carbonato de Calcio Precipitado y Dióxido de Carbono Comprimido, obrando a fs. 1240/1241 Resolución de la Comisión de Ambiente en la que aprueba el Aviso de Proyecto del emprendimiento "NUEVA PLANTA DE RECUPERACION DE DIOXIDO DE CARBONO Y PRODUCCION DE CARBONATO DE CALCIO. Seguidamente a fs. 1250 consta Resolución de fecha 21/11/2014 en la que considera que se ha dado cumplimiento del inc. C) del art. n° 3 de la Resolución DIA 1828 de fecha 02/05/2013 y a fs. 1254 obra informe técnico municipal del cual resulta que, de las mediciones efectuadas en los meses de febrero, marzo y abril de 2014 no superan los valores establecidos en la Ley 24.501. Posteriormente la empresa continúa presentando monitoreos, normas ISO y seguro ambiental. Durante el año 2015 se dicta la Resolución n° 1975 en la que se aprueba la auditoría ambiental 2015 y renueva la licencia ambiental - con adecuación del plan de monitoreo - mayor frecuencia (fs. 1481/1488). Con posterioridad, la empresa presenta aviso de proyecto por nueva planta de Quimosina con estudio de impacto ambiental de SIMBIOS de la que resulta que no genera emanaciones (fs. 1487). Con motivo de ello la Comisión de Ambiente de la Municipalidad dicta la Resolución n° 1253 del año 2016 en la que aprueba el Estudio de Impacto Ambiental para la Nueva Planta de Elaboración de Quimosina a partir de la Semillas de Cártamo (fs. 1591/1592). Con fecha

05/08/2016 y atento a los resultados del monitoreo por la Caldera Gonella realizado con fecha 06/10/2015 en los que se observan que existen parámetros cuyos valores superan los límites en la Ley Provincial n° 8167 y Dcto. 831/93 reglamentario de la Ley 24051, la Municipalidad intima a la empresa a que cumplimente con: Ajustar los valores de emisión de la caldera mencionada a lo establecido en la legislación vigente en la materia y realizar un nuevo análisis de efluentes gaseosos generados (fs. 1599). Luego la Municipalidad dicta Informe Técnico, en el cual observa que en los monitoreos llevados a cabo por las emisiones líquidas 2016 y emisiones gaseosas 2015 no se encuentra adjunto al informe analizado de actas de inspección o formulario alguno que acredite la presencia de inspectores en el área al momento del muestreo y también se observa que en los parámetros informados hay un (1) hidrocarburos totales de petróleo perteneciente a la matriz líquida que supera lo establecido en el Dcto. Provincial 415/99 (como el municipal 211/98); razón por la cual se emplaza a la firma de referenciada a subsanar dicha situación y se le sugiere corregir el factor de oxígeno en la caldera Gonella para disminuir concentración de (CO) monóxido de carbono (fs. 1615). A continuación, obra otro Informe Técnico Municipal en el cual observa los valores fuera de los límites de las muestras del año 2016, sugiere a la empresa realizar correcciones y luego concluye que la empresa ha dado cumplimiento a lo exigido por la Dirección de Impacto Ambiental (fs. 1840). Finalmente, obra informe técnico de emisiones gaseosas del año 2017 en el que concluye que los resultados no superan los valores guía”.

Esto en el orden municipal. Respecto a las actuaciones de la Provincia de Córdoba el juez expresa: del Expediente Administrativo N° 0517018052/2012 iniciado con fecha 25/7/2012, resulta que con fecha 16/7/2012 PORTA HNOS. S.A. presenta AVISO DE PROYECTO de la Planta de Elaboración de bebidas, alcohol, medicamentos, perfumes, cosméticos, domisanitarios ubicada en Camino San Antonio Km. 4 ½, solicitando la aprobación ambiental de la fábrica y su correspondiente aviso de proyecto acompañando a tal fin Auditoria Ambiental efectuada por el Ing. Rueda, que oportunamente fuera presentada a la Municipalidad de Córdoba y las habilitaciones respectivas otorgadas por dicho ente. Que a fs. 285 obra una denuncia en relación a que en la fábrica PORTA HNOS S.A. se está realizando biodiesel y que hay mucho olor a químicos y alcohol. Por esto, con fecha 27/6/2012, la Secretaría de Ambiente efectúa una inspección y realiza un Informe de Auditoria, intimando a la empresa al cumplimiento, entre otras exigencias, de: acompañar el resultado de las emisiones gaseosas realizados en la planta en pleno funcionamiento y remitir dichos resultados a la Secretaría para su evaluación. Asimismo, se la emplaza a la inscripción en el Registro de Generadores y operadores de Residuos Peligrosos, circunstancia que resulta acreditada mediante el expte. 0517- 018335/2012. Con fecha 20/9/2012 la Secretaría de Ambiente de la Provincia de Córdoba emite Informe Ambiental por intermedio de la Comisión Técnica Interdisciplinaria, que entiende que el “AVISO DE PROYECTO DE LA FABRICA DE ELABORACIÓN DE BEBIDAS, ALCOHOL, MEDICAMENTOS, PERFUMES, COSMETICOS Y DOMISANITARIOS – PLANTA DE BIOETANOL ANHIDRO A PARTIR DE MAIZ Y SUBPRODUCTOS” de PORTA HNOS. S.A. es de una magnitud y complejidad tal que se encontraría encuadrado en las categorías sometidas obligatoriamente a la presentación de aviso de proyecto y condicionalmente a la realización

de un Estudio de Impacto Ambiental (Anexo 2 Dto. 2131/00). Que la empresa ha ido rigiéndose por las normativas e inspecciones de la Municipalidad de Córdoba Capital sin continuar relación alguna con la Secretaría de Ambiente por lo que PORTA debe acompañar documentación y adecuarse a los requerimientos de la Secretaría Ambiente. Recomienda: exigir a la empresa PORTA HNOS. S.A. cumpla con el trámite de Auditoría de cumplimiento para todas sus instalaciones que hoy conforman el emprendimiento; exigir presentación de documentación que avalen aprobaciones de diferentes organismos públicos y de servicios y por último, establece que el emprendimiento se encontrará sujeto a los siguientes condicionamientos: cumplir estrictamente con lo prescripto por la legislación vigente tanto municipal, provincial y nacional y notificar cualquier modificación del emprendimiento. Con fecha 22/11/12 la empresa acompaña la Auditoría Ambiental efectuada por SYMA que fuera solicitada oportunamente por la Provincia de Córdoba y la que también fuera presentada ante la Municipalidad de Córdoba (fs. 375). Luego a fs. 452 obra Informe de Auditoría de la Secretaria de Ambiente de la Provincia de fecha 18/2/2014 de PORTA HNOS. S.A. de la que resulta: "(...) se recorrió el barrio circundante a la firma, se visitó cada punto productivo de la empresa (...) se enfocó su labor al origen de las emisiones gaseosas que producen el olor que afecta al entorno (...). Realizamos consultas casuales a algunos habitantes del barrio sobre las posibles molestias producidas por gases u olores recibiendo en todos los casos la respuesta de que olores hay siempre y que, dependiendo de las condiciones atmosféricas, son de casi imperceptibles a fuertes y persistentes en el tiempo. También recabamos información de un sector de dicho barrio sobre la presencia de olores provenientes del sistema cloacal, originado de noche en los fines de semana que sospechan que puedan origen en dicha Planta; lo que se pudo constatar con el Sr. Cristian Tapia, encargado del sistema de bombeo y planta cloacal de B° Inaudi Anexo. Producción: Hace más de un año y medio empezó a producir en el Barrio Parque San Antonio la nueva ampliación de Planta Porta Hnos., productora de bioetanol sobre la base de maíz. Su finalidad es producir alcohol etílico de 96% de pureza, que se incorpora a diferentes productos de la empresa, bebidas alcohólicas, alcohol farmacéutico, vinagres de mesa, y otros subproductos en menor cantidad (...)". Que a fs. 501 obra un resumen de auditorías ambientales. Que a fs. 504 se glosa copia de la Resolución Municipal de fecha 12/6/2014 de aprobación de la localización del desarrollo de la empresa por destilería y carbonato de calcio. Que a fs. 508/536, la empresa acompaña monitoreos del aire de fechas 21/11/2013, 14 y 22 abril de 2014. Con fecha 10/7/2014 se realiza un informe de auditoría, de la que resulta: "(...) las ampliaciones mencionadas corresponden a un nuevo parque de tanques de stocks de alcoholes ubicados al sector alledaño a las torres de enfriamiento de la planta de bioetanol, con el fin de aumentar la capacidad y ubicación de líneas del proceso y, como solución posterior para eliminar los tanques antiguos alledaños a la antigua planta (...), se puso en funcionamiento una pileta que funciona como Lumbrifiltro de efluentes para mejorar los volúmenes de agua a reciclar y bajar las cantidades de vertidos de los mismos (...). Se verificó la existencia de una nueva playa de camiones en un predio lateral anexado recientemente a la planta para eliminar los trastornos de vehículos de gran porte (...). Se nos informó que la empresa está trabajando en un sistema de colectores de vahos y vapores, que ayudarán a retener los olores emitidos en ciertas circunstancias, constando de un sistema de conductos que están siendo instalados en cada uno de

los sistemas del proceso y que derivarán a una caldera donde serán calcinados. Se nos informa además que ese sistema tienen previsto ponerlo en pleno funcionamiento en aproximadamente 90 días'. Con fecha 26/6/2015 la empresa acompaña mediciones de aire a la Secretaría de Ambiente y aprobación municipal del Aviso de Proyecto de la planta de recuperación de dióxido de carbono y producción de carbonato de calcio. Con fecha 13/8/2015 el Defensor del Pueblo presenta nota cuestionando la falta de estudios de Evaluación de Impacto Ambiental de la empresa conforme lo establecido por la Ley Provincial 10208. Con fecha 2/9/2015 la Dirección de Asuntos Legales de la Secretaría de Ambiente informa que se han realizado diferentes Auditorías y que la firma ha cumplimentado con los requerimientos de las mismas. Que a fs. 651/654 consta la Resolución Municipal de fecha 14/4/2016 en la que se aprueba el estudio de impacto ambiental de PORTA HNOS. S.A. en relación a la nueva Planta de Quimosina a partir de semillas de cártamo. Con fecha 30/6/2016, la empresa solicitó la obtención de la licencia ambiental, acompañando Auditoría Ambiental de la planta efectuada por SIMBIOS, informes CIQA y demás documentación. Posteriormente, la Secretaría de Ambiente de la Provincia de Córdoba emite Resolución de fecha 29/8/2017 de la que resulta: '(...) obra Dictamen Técnico n° 25-A de fecha 25 de octubre de 2016, emitido por el área de Auditorías de esta Secretaría, el cual recomienda otorgar Licencia Ambiental a la empresa Porta Hnos. S.A. Que el mencionado dictamen destaca la observancia de valores elevados en algunos parámetros monitoreados según lo informado por CIQA. Que se encuentra en plena vigencia mediante publicación en el Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba la Resolución n° 105/2017 del Ministerio de Agua, Ambiente y Servicios Públicos. Esta norma establece en su anexo los estándares de aire de la Provincia de Córdoba en el marco de los Planes de Gestión Ambiental (PGA) regulados en la Ley 10208 y Dto. Pcial. 247/2015 (...). Dispone que las actuaciones PASEN al Área de Auditorías para su revisión en el marco de la Resolución n° 105/2017 con el fin de ratificar o rectificar el Dictamen Técnico n° 25-A'. Seguidamente obra Resolución de fecha 6/9/2017, en la cual se solicita a la firma PORTA HNOS. S.A. que dentro del Plan de Gestión Ambiental se expliciten las actividades a desarrollar para cumplimentar, en un plazo prudencial, con los Estándares de Aire de la Provincia de Córdoba. Luego de ello, la empresa presenta ante la Secretaría de Ambiente y Cambio Climático: Declaración Jurada de Efluentes Gaseosos Industriales conforme Resolución 105/2017. Finalmente a fs. 929/931 obra Informe de Auditoría Ambiental a PORTA HNOS. S.A. de fecha 5/12/2018 efectuada por la Secretaría de Ambiente y Cambio Climático en la que se concluye: "- se evidenció el cumplimiento de las acciones pendientes y oportunidades de mejora relevadas en la Auditoría Ambiental de 2016; - La empresa Porta Hnos. ha incorporado cambios organizacionales y sistémicos, que jerarquizan el posicionamiento del Área Ambiente en la Organización y permiten agilizar el análisis y toma de decisiones en aspectos ambientales. - El equipo de colaboradores afectado a las actividades relacionadas con el ambiente, tiene la formación adecuada y la asignación exclusiva a las mismas; - La empresa implementó un Plan de Acciones Correctivas integral para minimizar la generación de olores, principal fuente de reclamos; - La ejecución de los procesos, el control de los aspectos ambientales, el tratamiento de efluentes y la gestión de los residuos, cumplen con los requisitos del PGA según DECRETO n° 247/15 (...) Valorado lo anterior, de conformidad a la normativa precitada y la ley 10208, y en el marco de actua-

ción que nos es propio, sin adentrarnos en análisis y criterios de oportunidad y conveniencia, puede el Sr. Secretario, de así estimarlo, dictar el acto administrativo de estilo por el cual aprueba la Auditoría de Cumplimiento en cuestión". Seguidamente y con fecha 7/12/2018 el Secretario de Ambiente dirige una nota a PORTA HNOS. S.A. mediante la cual le entrega copia del Informe realizado por el Área de Auditorías Ambientales con fecha 5/12/2018, manifestando que dicha auditoría, realizada en el marco de la normativa vigente, presenta un resultado a su criterio satisfactorio".

En cuanto a la normativa nacional, el Juez expresa: *Normativa y jurisprudencia aplicable al caso. "(...) En primer término, el art. 41 de la Constitución Nacional incorpora como derecho fundamental humano, el reconocimiento del derecho de todos los habitantes a 'un ambiente sano y equilibrado, apto para el desarrollo humano' y el deber de preservarlo. Asimismo, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Protocolo de San Salvador, reconoce en su art. 11 el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano y a contar con los servicios públicos básicos, comprometiendo a los Estados partes a promover la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional). Que, por otro lado, la Ley General del Ambiente n° 25675 (LGA) regula, conforme lo dispone el art. 41 de la C.N., los presupuestos mínimos para el logro de una gestión adecuada del ambiente y desarrollo sustentable, estipulando que se entiende por presupuesto mínimo a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y que tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental. Establece, además, los objetivos y principios de la política ambiental que deben estar sujetos a su cumplimiento para su efectiva interpretación y aplicación. En este punto es preciso destacar, que el principio precautorio es uno de los principios fundamentales de la política ambiental (art. 4 LGA)".*

En cuanto a la normativa provincial el juez establece en base a los expedientes que obran en su poder que: *"Respecto a la obligatoriedad de realizar Audiencia Pública previa, la ley 7343 y su Dcto. Reglamentario le otorga un carácter facultativo a la convocatoria, al sostener que la Agencia Córdoba Ambiente Sociedad del Estado 'podrá convocar a Audiencia Pública'. Sin embargo, se encuentra vigente la LGA que en su art. 21 dispone: "La participación ciudadana deberá asegurarse, principalmente, en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio, en particular, en las etapas de planificación y evaluación de resultados". En relación al EsIA, es considerado un estudio técnico de carácter interdisciplinario que tiene por finalidad predecir, identificar, valorar y corregir las consecuencias ambientales que determinadas acciones pueden causar sobre la calidad de vida del hombre y el ambiente en general y debe ser realizado por el interesado, fijando su contenido la autoridad de aplicación por vía resolutoria (art. 3 Dto. Reglamentario) (...)". En el año 2014 se dicta la nueva Ley de Política Ambiental de la Provincia de Córdoba N° 10208, que dispone en sus principios generales que viene a complementar los presupuestos mínimos establecidos por la LGA, para la gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad*

biológica y la implementación del desarrollo sustentable que promueve una adecuada convivencia de los habitantes con su entorno en el territorio de la provincia de Córdoba (...).”

Entre los considerandos de la sentencia debemos mencionar las siguientes cuestiones:

*–“Con relación al planteo efectuado por la parte actora, en cuanto a la conducta omisiva por parte del Estado Nacional por no haber exigido el cumplimiento de los deberes de control y vigilancia de los actos de particulares en materia ambiental conforme la Ley General del Ambiente, corresponde al Tribunal, en primer término, efectuar una aclaración en materia de competencia ambiental entre las Provincias y la Nación. Que con posterioridad a la reforma Constitucional del año 1994, por imperio del art. 41, la Nación asume el compromiso de dictar el marco legal encargado de fijar a lo largo de todo el Territorio Nacional, el régimen jurídico de presupuestos mínimos en materia ambiental, de modo que todos los habitantes del país gocen de un piso de calidad ambiental uniforme como condición ineludible e inicial en cuanto a la calidad de vida y desarrollo sustentable; denominado por la doctrina como derecho ambiental común (Barrera Buteler, Guillermo E.; Provincias y Nación, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p.477; y Lecciones de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2014. T. I., p. 324)¹⁰. Sin perjuicio de ello, la Constitución Nacional reconoce expresamente la competencia de las jurisdicciones locales para completar los presupuestos mínimos de protección sin que ello altere su autonomía. En consonancia con ello, la CSJN reconoce a las autoridades locales la facultad de aplicar criterios de protección ambiental que consideren conductas para la comunidad para la que gobiernan, como asimismo valorar y juzgar si los actos que llevan a cargo sus autoridades, en ejercicio de los poderes propios, afectan el bienestar perseguido (Fallos 318:992; 329:2280 y 334:1754). Que las disposiciones constitucionales y legales citadas encuentran su razón de ser en que el ambiente es responsabilidad del titular originario de la jurisdicción, que no es otro que quien ejerce la autoridad en el entorno natural y en la acción de las personas que inciden en este medio (causa “ASSUPA C/San Juan, Provincia de y otros”, Fallos: 330:4234, entre otros). En este orden de ideas y sin perjuicio de las habilitaciones nacionales que fueran otorgadas a PORTA HNOS. S.A. para su funcionamiento, **el Tribunal no advierte la responsabilidad por omisión que se le imputa al Estado Nacional en su carácter de Autoridad de Gobierno. Por lo que cabe concluir, que en el caso de autos no corresponde al Estado Nacional expedirse sobre habilitaciones ambientales, facultad que debe ser ejercida por el gobierno provincial y/o municipal en uso del poder de policía que ostenten en la jurisdicción local**¹¹, conforme arts. 5, 41,*

(10) Argumentaciones como vemos, que tienen no solo un análisis legal y jurisprudencial sino las ideas y las enseñanzas de especialistas, entre otros, de la Universidad Nacional de Córdoba.

(11) La negrita nos pertenece.

123 y 124 de la Constitución Nacional y la Ley de Política Ambiental de la Provincia de Córdoba N° 10208”.

-“Dilucidada la primera cuestión, el tribunal analizará si por la magnitud del emprendimiento (obra) o por las actividades a realizar (producción de bioetanol) requería cumplir -previo a su construcción y puesta en funcionamiento- de manera completa e integral con el Procedimiento Administrativo de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) de manera especial, y si debía presentar Estudio de Impacto Ambiental (EsIA) y convocar a la ciudadanía a la respectiva Audiencia Pública (AP)¹²”.

Basándose en las declaraciones del perito, el Juez expresa que:

“(Las) viviendas unifamiliares poseen cierta antigüedad y conviven en el barrio con la actividad industrial. Estos pueden considerarse como vecinos más cercanos al emprendimiento que pueden verse afectados en mayor medida por los ruidos, emisiones, tránsito vehicular, impacto visual, emergencia por incendios etc. Que, si bien la distancia de retiro no es la óptima para compatibilizar la actividad de la planta industrial con las viviendas, es destacable que en rigor no hay vecinos colindando con el predio y los más cercanos están junto al portón de acceso sur a la planta aprox. a 30 metros de distancia de los tanques de almacenamiento de alcohol (...)”. En relación a la Generación de olores expresan que: “(...) más allá del estudio toxicológico y las mediciones efectuadas que dan como resultado un marco objetivo para el análisis de la actividad en su entorno, existe una percepción subjetiva de los habitantes del entorno sobre la generación de olores”.

Finalmente, el juez en base a los argumentos de las partes y las normativas aplicables analizadas, emite su juicio:

“De lo expuesto, podemos deducir que la apertura de la nueva planta de bioetanol produjo el crecimiento de su producción en modo significativo, lo que necesariamente trajo aparejado en los vecinos más cercanos al emprendimiento mayores molestias por ruidos, emisiones gaseosas, tránsito vehicular, impacto visual, emergencia por incendios, etc. Asimismo, de la propia auditoria de SYMA CONSULTORES presentada por la empresa ante la Municipalidad, se infiere que la distancia de retiro entre los vecinos más cercanos y la fábrica no es la óptima para compatibilizar la actividad de la planta industrial con las viviendas, encontrándose los más cercanos a 30 mts. de distancia de

(12) La negrita nos pertenece.

los tanques de almacenamiento de alcohol de la fábrica (fs. 199 del expte. administrativo municipal). No obstante, la magnitud señalada, la autoridad de control no exigió a la firma el Estudio de Impacto Ambiental y el correspondiente Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental en función de las facultades que la ley le otorgaba a la Agencia Córdoba Ambiente Sociedad del Estado y/o Municipio con jurisdicción en el Área del Desarrollo del Proyecto (art. 9 y art. 24 del Dto. Reglamentario). Dicha normativa habilitaba el requerimiento del EsIA “(...) en el año 2014 se dicta la nueva Ley de Política Ambiental de la Provincia de Córdoba N° 10208, que dispone en sus principios generales que viene a complementar los presupuestos mínimos establecidos por la LGA (...). En su Anexo I incluye a las destilerías de alcohol como una actividad la cual debe someterse obligatoriamente al procedimiento de evaluación ambiental (art. 15), circunstancia que tampoco parece haber sido considerada por la Autoridad de Aplicación - Secretaría de Ambiente de la Provincia de Córdoba a los fines de requerirle a la empresa una adecuación a la nueva ley vigente y someterla al Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental (...).” **Pone de resalto que la actividad es merecedora de evaluación de los impactos que puede ocasionar en el ambiente y la salud del hombre, así como la preservación, corrección y valoración de los mismos. Es solo de este modo que, como sociedad, podremos conocer acabadamente los efectos en el ambiente que puede causar la actividad cuestionada de la planta, a fin de evaluar si, en el caso, el derecho a ejercer la industria lícita¹³ de la citada PORTA HNOS. S.A. puede resultar compatible con la normativa ambiental vigente** (arts. 41 C.N. y Ley 25675). Esta evaluación, completa y detallada en los términos de la Ley Provincial N° 10208 y normas reglamentarias, es el procedimiento que permitirá a las autoridades, con la participación de la ciudadanía (arts. 19 a 21 de la Ley 25675), determinar el real impacto que la actividad cuestionada en la causa puede provocar, a efectos de que se garantice la efectiva vigencia del derecho de todos los habitantes de la Nación a vivir en un ambiente sano (...). En este orden de ideas, sería errado sostener que la Ley de Política Ambiental de la Provincia de Córdoba N° 10208 es solo aplicable a proyectos nuevos y no a los que se encuentran en curso por ser anteriores a la ley. Tal afirmación vulneraría la LGA denominada también Ley de Presupuestos Mínimos, que fija los estándares en cuestiones ambientales y que por mandato constitucional deben respetar las provincias sin con ello menoscabar su autonomía, ya que a cada una de ellas les pertenecen los recursos naturales que se encuentran dentro de su jurisdicción, como lo ha reconocido la Corte (M. 1569 XL. ORIGINARIO Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo).

Por esta normativa en juego es que el juez señala que:

(13) La negrita es nuestra

“Consecuentemente, la empresa PORTA HNOS. S.A. debe someterse al Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental que establece la ley provincial vigente, ya que lo contrario “importaría reconocer la existencia de un derecho irrevocablemente adquirido al mantenimiento de un determinado régimen jurídico en detrimento de los estándares medioambientales que con posterioridad se consagraran normativamente” (Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, “Cabaleiro Luis Fernando c/ Papel Prensa S.A. s/amparo”, 11/2/2016). Tampoco debe dejar de reconocerse una de las principales características de la Evaluación de Impacto Ambiental que es su carácter imperativo ante una actividad, una obra, un emprendimiento que probablemente pueda producir impacto ambiental. Tal obligatoriedad se desprende del texto del art. 41 de la Constitución Nacional pues si bien no lo establece expresamente, impone el derecho a un ambiente sano y el deber de preservarlo, por lo que esta herramienta resulta un instrumento efectivo como modo de prevención de daño futuro (...). De su lado, la Ley General del Ambiente 25675 establece que toda persona tiene derecho a ser consultada y a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente (art. 19); al tiempo que para concretar ese derecho, la norma regula el deber de las autoridades para institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de actividades que puedan tener efectos negativos sobre el ambiente (artículo 20), haciendo especial énfasis en la participación ciudadana en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio (artículo 21)” (CSJN, 05/09/2017, “Mamani, Agustín Pío y otros c/ Estado Provincial –Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales y la Empresa Cram. S.A. s/ Recurso”, Expte. CSJ 318/2014 (50-M)/CS1 RECURSO DE HECHO).

Por lo que concluye su argumentación con una frase contundente que da sentido a todo el análisis normativo jurisprudencial, así como al pericial y testimonial: ***“Los vecinos que habitan en lugares próximos a la planta de producción de alcoholes tienen el inalienable derecho a conocer, saber, informarse y participar, conforme lo establece la ley, sobre todo hecho que sea susceptible de alterar sus condiciones de vida y salud”.***

En merito a ello considera preciso ordenar *“a la citada como tercera interesada PORTA HNOS. S.A. para que, dentro de 90 días hábiles, acredite en autos la realización del Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental en los términos de la Ley Provincial Nº 10208 (arts. 13 al 35) y sus Anexos y Decretos Reglamentarios (...)”.*

El decisorio de carácter resolutorio de sentencia dispone:

- 1) Rechazar la presente acción de amparo entablada en contra del Estado Nacional (...).
- 2) Hacer lugar parcialmente a la demanda y ordenar a la citada como tercera interesada PORTA HNOS. S.A. que, dentro de 90 días hábiles, acredite en autos la realización del

Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental en los términos de la Ley Provincial N° 10208 (arts. 13 al 35) y sus Anexos y Decretos Reglamentarios, a los fines de que la autoridad de aplicación - Secretaria de Ambiente del Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba (Res. Prov. N° 38/2014) meritúe, luego de culminados los procedimientos correspondientes en los términos de la normativa citada, la procedencia de la obtención de la Licencia Ambiental para la actividad desarrollada por PORTA HNOS. S.A. Todo ello, bajo apercibimiento de tomar las medidas conducentes, en los términos del art. 41 de la Constitución Nacional. A tal efecto, deberá la autoridad de aplicación informar al Tribunal el cumplimiento de la sentencia por parte de la condenada al vencimiento del plazo otorgado en el acápite X. 3. Imponer las costas del juicio en el orden causado (art. 68 2do. párrafo del CPCCN).

Conclusiones

Desde un análisis internacional actual debe destacarse que en 2015, todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas aprobaron 17 Objetivos de Desarrollo sostenible (ODS) como parte de la *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, planificando alcanzar los mismos en 15 años. Lo ODS implican una exhortación a implementar medidas radicales con el objeto de proteger el planeta, mejorar la calidad de vida de los habitantes, combatiendo la pobreza. Destacamos entre ellos -por cuanto nos corresponde conforme nuestro análisis- los siguientes objetivos:

Objetivo 2: Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible.

Objetivo 3: Garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades.

Objetivo 6: Garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos.

Objetivo 11: Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles.

Objetivo 12: Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles.

Desde un punto de vista nacional, si bien el reconocimiento explícito del derecho al medio ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano lo encontramos en el artículo 41 de la Constitución Nacional correspondiente a la reforma de 1994, tal como ya lo señaláramos, su reconocimiento en el país vía jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia data de más de un siglo. Así, por aplicación del artículo 33 de la Carta Magna -el cual se refiere a los derechos implícitos- el Supremo Tribunal de la Nación ha hecho un reconocimiento explícito a un ambiente sano ya en 1888

en el caso del pueblo de Barracas contra los saladeros instalados en dicha localidad (*Saladeristas Santiago, José y Jerónimo Podestá y otros vs. Provincia de Buenos Aires*).

Es así que, haciendo un análisis de las obligaciones que nos compete como ciudadanos, conforme las recomendaciones internacionales, así como las normativas nacionales, dichos aspectos se conjugan con el caso testigo -objeto de análisis en este trabajo- “Cruz, Silvia Marcela y otros c/ Ministerio de Energía y Minería de la Nación s/ amparo ambiental”, el que se destaca por la actividad jurisprudencial activa y tuitiva el juez federal de Córdoba, Hernán Vaca Narvaja. En un minucioso y contundente análisis normativo internacional nacional, provincial y municipal el juez fija argumentaciones de indiscutible valor jurisprudencial para la preservación del medio ambiente y, con ello, la seguridad de sus habitantes a una vida digna, conectando su actuar con el *Objetivo 16* de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible: “**Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles**”.

Destacamos al respecto un párrafo de la sentencia objeto de nuestro análisis, al que ya nos refiriéramos: “**Los vecinos que habitan en lugares próximos a la planta de producción de alcoholes tienen el inalienable derecho a conocer, saber, informarse y participar, conforme lo establece la ley, sobre todo hecho que sea susceptible de alterar sus condiciones de vida y salud**”.

El juez Vaca Narvaja ha demostrado una conducta de real aplicación de “justicia para todos” y frente a argumentaciones jurídicas previas, muestra acabadamente a través de su resolutorio que la justicia es factible de realización en tiempo y forma; cumplimentando y comprometiéndose asimismo con los principios constitucionales y los distintos ordenamientos jurídicos que preservan los derechos humanos -como en este caso, el derecho a un ambiente sano-.

El Juez, demás está decir, cumple rigurosamente con lo dictaminado por la CteIDH en el considerando 57 de la opinión consultiva referida en cuanto a que es justiciable el derecho humano a un ambiente sano:

“Adicionalmente, este derecho también debe considerarse incluido entre los derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana, debido a que bajo dicha norma se encuentran protegidos aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA, en la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (en la medida en que ésta última “contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere”) y los que se deriven de una interpretación de la Convención acorde con los criterios establecidos en el artículo 29 de la misma (supra párr. 42). La Corte reitera la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales,

puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello”.

Y, al efecto, el juez Vaca Narvaja dictamina:

“(O)rdenar a la citada como tercera interesada PORTA HNOS. S.A. que, dentro de 90 días hábiles, acredite en autos la realización del Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental en los términos de la Ley Provincial N° 10.208 (arts. 13 al 35) y sus Anexos y Decretos Reglamentarios, a los fines de que la autoridad de aplicación -Secretaría de Ambiente del Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba (Res. Prov. N° 38/2014) meritúe, luego de culminados los procedimientos correspondientes en los términos de la normativa citada, la procedencia de la obtención de la Licencia Ambiental para la actividad desarrollada por PORTA HNOS. S.A. Todo ello, bajo apercibimiento de tomar las medidas conducentes, en los términos del art. 41 de la Constitución Nacional. A tal efecto, deberá la autoridad de aplicación informar al Tribunal el cumplimiento de la sentencia por parte de la condenada al vencimiento del plazo otorgado en el acápite”.

Con ello, la justicia ha privilegiado la protección del derecho humano al ambiente sano por sobre los intereses laborales y económicos empresarios.

**“DOCTRINA DE LA CONFIANZA PÚBLICA”
CASO “JULIANA ET AL. VS. UNITED STATES OF AMERICA
ET AL.” PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE DE APELA-
CIONES DE LOS ESTADOS UNIDOS PARA EL NOVENO
CIRCUITO (17 DE ENERO DE 2020)***

*“PUBLIC TRUST DOCTRINE”
CASE “JULIANA ET AL. VS. UNITED STATES OF AMERICA ET AL.”
PRONUNCEMENT OF THE UNITED STATES COURT OF APPEALS
FOR THE NINTH CIRCUIT (JANUARY 17, 2020)*

*Zlata Drnas de Clément***

Sumario: I. Consideraciones introductorias. II. La Doctrina de la “confianza pública”. II.1. La naturaleza de la doctrina/principio de la “confianza pública”. II.2. Diferencia entre la “doctrina de la confianza pública y la “doctrina de la confianza legítima”. III. Reflexión final.

I. Consideraciones introductorias

A modo de síntesis y aproximación preliminar al caso, señalamos que la Corte de Apelaciones de los EE.UU. para el Noveno Circuito, en su pronunciamiento del pasado 17 de enero, desestimó por mayoría la demanda que había sido presentada

* Trabajo recibido el 15 de marzo de 2020 y aprobado para su publicación el 11 de abril del mismo año.

** Abogada. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, ambos por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC)-Argentina. Profesora Emérita de la UNC y Profesora Emérita por la Universidad Católica de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Directora del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la citada Academia.

en agosto de 2015 por 21 jóvenes¹ representados por la organización sin fines de lucro *Our Children's Trust (Oregon)*, juntamente con el climatólogo James Hansen en calidad de “Guardián de las generaciones futuras” contra los Estados Unidos, varios funcionarios del Poder Ejecutivo y empresarios (tres grupos industriales de combustibles fósiles: the American Petroleum Institute, the American Fuel and Petrochemical Manufacturers, and the National Association of Manufacturers)². La abogada patrocinante durante los más de cuatro años de proceso judicial fue Julia Olson, fundadora en 2010 de *Our Children's Trust*. Con relación a este caso, expresó que el mismo excedía al derecho ambiental, siendo en esencia un caso constitucional sobre derechos civiles.

Los “niños” demandaron al Gobierno de Estados Unidos por considerar que, con sus acciones, al provocar el cambio climático deliberadamente, ha puesto en peligro sus derechos constitucionales a la vida, a la libertad y a la propiedad, y ha incumplido su deber de proteger recursos públicos esenciales, defraudando la confianza de los jóvenes en el resguardo de su futuro para el goce de sus derechos humanos³. Se basa en la *doctrina de la confianza pública* (confianza de los ciudadanos en el uso de los recursos públicos -comunes- por parte de su gobierno)⁴ y la responsabilidad internacional por el uso de los recursos naturales. Es de observar que, hasta el 20 de enero de 2017, al frente del gobierno de los EE.UU. estaba Barack Obama

(1) Al momento de la demanda los niños tenían entre 8 y 19 años de edad. La demanda fue encabezada por Kelsey Juliana -activista ambiental desde sus 10 años de edad- y Xiuhtezcatl Tonatiuh Martínez -activista ambiental, artista rapero, director de *Earth Guardians* (organización a nivel mundial para la conservación del medio ambiente).

(2) Tras la elección de Trump como presidente de los EE.UU., los grupos de la industria de combustibles fósiles solicitaron ser separados del caso, en el entendimiento de que el Departamento de Justicia bajo la administración Trump defendería vigorosamente la industria estadounidense frente a cualquier otro interés. A fines de junio de 2017, el juez Thomas Coffin desligó a los acusados de la industria de combustibles fósiles del caso.

(3) Reclaman por daños relacionados con el cambio climático causadas por el gobierno federal a los demandantes ya que continuaba “permitiendo, autorizando y subsidiando” combustibles fósiles. Algunos demandantes reclamaron daños psicológicos, otros, menoscabo de intereses recreativos, otros invocaron condiciones médicas y otros daños a la propiedad. Los demandantes alegaron violaciones de sus derechos constitucionales y buscaron un declaratorio y una orden judicial que ordenara al gobierno implementar un plan para “eliminar gradualmente las emisiones de combustibles fósiles y reducir el exceso de [dióxido de carbono] atmosférico”.

(4) Mary Wood, profesora de la Universidad de Oregón -donde Kelsey Juliana cursa estudios en materia de medioambiente- experta en derecho ambiental, cuya literatura académica se encuentra en el origen de la demanda, señala que “el pueblo es el titular de los recursos naturales, los que no son propiedad privada sino pública. El Gobierno tiene el deber de gestionar esos recursos como fideicomisario para las generaciones presentes y las futuras. Si se prueba que el Gobierno con sus acciones ha alterado sustancialmente la atmósfera y el sistema climático, habría violado ese fideicomiso público debiendo responder frente a los ciudadanos”. Esas expresiones no son novedosas y ya se encuentran en el Derecho Romano justiniáneo, como veremos más adelante.

y que, a partir de esa fecha, Donald Trump, con lo que cambió significativamente la posición gubernamental frente al cambio climático⁵.

Los reclamantes, *i.a.*, demandaron al Gobierno por promocionar la producción y el uso de combustibles fósiles, a pesar de sus emisiones de dióxido de carbono, causantes *i.a.* del calentamiento global, y la falta a su obligación de tomar medidas necesarias para ralentizar el cambio climático. En concreto, solicitaron la reducción de las emisiones de dióxido de carbono a 350 partes por millón. El Departamento de Justicia del Gobierno y las compañías de combustibles fósiles demandadas solicitaron la desestimación del caso en base a que el Gobierno no tiene obligación de proteger recursos naturales esenciales.

Las audiencias previas al juicio se llevaron a cabo en marzo de 2016 ante el juez Thomas Coffin. Si bien el Departamento de Justicia de los Estados Unidos argumentó que “no existía el derecho constitucional a un ambiente libre de contaminación”, y que el sistema judicial no era el lugar adecuado para afectar tales cambios, Coffin dictaminó en abril de 2016, recomendando que se rechazaran las dos mociones de desestimación. Determinó que es “responsabilidad del gobierno velar por el uso adecuado de los recursos naturales de los cuales los ciudadanos dependen para ejercer sus derechos inalienables”, como la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. El magistrado también consideró que el no adoptar medidas contra el cambio climático por parte del gobierno, podía ser inconstitucional al denegar protección a las generaciones presentes y favorecer los intereses económicos a corto plazo de ciertos ciudadanos. El Magistrado, además, señaló que, si bien el caso era “sin precedentes”, tenía mérito suficiente para proceder y fijó las fechas para las pruebas preliminares a llevarse a cabo en 2017. Más tarde estableció como fecha de inicio del juicio ante la Juez Ann Louise Aiken el 5 de febrero de 2018.

La decisión del Juez Coffin fue confirmada por la juez Aiken, quien dictaminó en noviembre de 2018 que el derecho a “un sistema climático capaz de sostener la vida humana” era un derecho fundamental constitucional. Fue la primera decisión de este tipo surgida de un tribunal federal. Anne Louise Aiken, Juez de la Corte Federal del Distrito de Oregon fue separada de su cargo en la Corte por haber permitido que el caso continuara, pasando al rol inferior que detenta en la actualidad de Juez del Distrito de Oregon.

El principal argumento de la Juez Aiken fue considerar que existe un derecho constitucional a un sistema climático estable, así expresó: “*No tengo ninguna duda de que el derecho a un sistema climático capaz de sustentar la vida humana es fundamental para una sociedad libre y ordenada*”. La Juez entendió que resultaba aplicable la “*doctrina*

(5) Es de observar que, después de esta demanda, Barack Obama suscribió el Acuerdo de París de 12 de diciembre de 2015. Sin embargo, el 1 de junio de 2017, el presidente Donald Trump anunció la “retirada” de Estados Unidos del acuerdo (como si fuera posible en el Derecho internacional “des-suscribirse”), en cumplimiento de sus promesas de campaña de protección de los intereses económicos de la nación (“primero, los americanos”).

de la confianza pública” y que el gobierno debía proteger y mantener ciertos recursos naturales y culturales de uso público, como parte implícita del “debido proceso”, y, por lo tanto, de acción exigible.

En el pronunciamiento de 17 de enero de 2020 que comentamos, la Corte Federal de Apelaciones ha desestimado la demanda de ellos “niños”, revocando la decisión de la Juez Aiken. Es de observar que el juez del panel Andrew D. Huerwitz, quien fundara el rechazo de la demanda en 32 páginas, reconoce que lo hace “de mala gana”, ya que se trata de “un caso convincente que necesita la adopción de medidas por parte del Estado”.

Destaca que, de hecho, los expertos de los demandantes dejan claro que reducir las consecuencias globales del cambio climático exige mucho más que el cese de la promoción de combustibles fósiles por parte del gobierno. Más bien, estos expertos opinan que tal resultado requiere no menos que una transformación fundamental del sistema energético de este país, cuando no de todo el mundo industrializado. Un experto opina que las reducciones de carbono atmosférico deben venir “en gran medida a través de la reforestación” e incluir una disminución rápida e inmediata de las emisiones de muchas fuentes. “Las reducciones ociosas de uno o dos por ciento por año”, explica, “no serán suficientes”. Otro experto opinó que, aunque las reducciones de emisiones requeridas son “técnicamente factibles”, solo se pueden lograr a través de un plan integral para la “descarbonización casi completa” que incluye tanto una “acumulación de energía renovable sin precedentes” como un compromiso sostenido con la infraestructura transformación a lo largo de décadas “. Y ese compromiso, enfatiza otro experto, debe incluir desde iluminación eficiente en energía hasta transporte público mejorado y aviones propulsados por hidrógeno, etc. (Punto 3., parr. 6).

El panel rechazó el argumento del gobierno de que las reclamaciones de los demandantes deben proceder, en todo caso, de conformidad con la Ley de Procedimiento Administrativo (“APA”), debido a que la APA solo permite impugnar las decisiones discrecionales de la agencia, por lo que los demandantes no podrían perseguir eficazmente sus reclamos constitucionales, independientemente de sus méritos, bajo ese estatuto.

El panel consideró los tres requisitos para determinar si los demandantes tenían derecho al artículo III para presentar sus demandas constitucionales: 1) sostuvo que el tribunal de distrito determinó correctamente que los demandantes reclamaron lesiones concretas y particularizadas; 2) entendió que el tribunal de distrito consideró adecuadamente el requisito de causalidad del Artículo III para propósitos del juicio sumario porque había al menos una disputa de hecho genuina sobre si una serie de políticas federales eran un “factor sustancial” para causar lesiones a los demandantes; 3) consideró que las lesiones reclamadas por los demandantes no eran reparables por un tribunal del Artículo III. Específicamente, el panel sostuvo que estaba más allá del poder de un tribunal del Artículo III ordenar, diseñar, su-

pervisar o implementar el plan de reparación solicitado por los demandantes, donde cualquier plan efectivo necesariamente requeriría una gran cantidad de decisiones políticas complejas confiadas a la sabiduría y discreción de los poderes ejecutivo y legislativo. Por ello, rechazó la apelación de los demandantes, estimando que la demanda debía presentarse ante “las ramas políticas del Estado o el electorado en general”. Los dos miembros -mayoría del panel de tres jueces- estuvieron de acuerdo con la administración Trump en que los problemas planteados en el caso, *Juliana vs. Estados Unidos*, no pertenecen al ámbito tribunalicio.

Hurwitz hace presente que la Juez Stanton (disidente) observa “correctamente la gravedad de la evidencia de los demandantes”, y señala: “solo diferimos en cuanto a si un tribunal del Artículo III puede proporcionar la reparación solicitada”. Admite de alguna manera las expresiones de la Juez disidente en el sentido que “la cantidad de emisiones de combustibles fósiles devastarán irreparablemente a nuestra nación”, pero observa que, si existen derechos constitucionales tan amplios, “dudamos de que los demandantes tengan la vía del Artículo III abierta para hacerlos cumplir”. “Sus supuestas lesiones individuales no se derivan de una violación de estos derechos reclamados. De hecho, cualquier daño causado por la disolución de la República sería sentido por todos los ciudadanos por igual, y por lo tanto no constituiría el tipo de daño discreto y particularizado necesario para la legitimación del Artículo III” (Punto C.) En este mismo acápite expresa “‘nosotros no nos lavamos las manos’ como dice la Juez Disidente (“My colleagues throw up their hands”) (...), más bien, reconocemos que el Artículo III protege la libertad no solo a través de su papel en la implementación de la separación de poderes, sino también al especificar las características definitorias que tienen los jueces del Artículo III”. Es decir, el rechazo se produce más por una cuestión de ajuste a los requerimientos procesales que a la sustancia de la materia tratada, lo que nos lleva a pensar que bajo otra vía judicial la acción podría haber prosperado y que además, la cuestión no es tan ajena a la judicatura como para tener que moverse sólo en los ámbitos políticos de acción, como el pronunciamiento en varios párrafos expresa.

La Juez Disidente hace presente que “los Jueces de la mayoría reconocen, y el gobierno no cuestiona, que las emisiones de dióxido de carbono y otros gases de efecto invernadero creados al quemar combustibles fósiles están devastando el planeta. Según uno de los expertos de los demandantes, el resultado inevitable, en ausencia de una acción inmediata, es ‘un futuro inhóspito’ (...) marcado por el aumento del nivel de los mares, la pérdida de funcionalidad de las ciudades costeras, las migraciones masivas, las guerras por los recursos, la escasez de alimentos, las olas de calor, las mega tormentas, el agotamiento y la desecación del suelo, la escasez de agua dulce, el colapso del sistema de salud pública y la extinción de un número creciente de especies. Incluso los científicos del gobierno proyectan que, dadas las tendencias actuales de calentamiento, los niveles del mar subirán dos pies para 2050, casi cuatro pies para 2070, más de ocho pies para 2100, 18 pies para 2150 y más de 31 pies para 2200. Para poner esto en perspectiva, un aumento de tres pies

en el nivel del mar hará inhabitables a dos millones de hogares estadounidenses; Un aumento de aproximadamente 20 pies resultará en la pérdida total de Miami, Nueva Orleans y otras ciudades costeras (...)" (Punto I). La misma Juez aporta una interesante reflexión tras reconocer que no es posible evitar que el cambio climático se produzca, sin embargo, señala "la capacidad de reparación práctica no se mide por nuestra capacidad para detener el cambio climático en forma inmediata y deshacer de inmediato las lesiones que sufren los demandantes hoy en día (...); en cambio, se mide por nuestra capacidad de frenar en algún grado significativo lo que el registro muestra como una marcha inevitable hasta el punto de no retorno. Por lo tanto, la lesión en cuestión no es el cambio climático (...); es el cambio climático más allá del umbral de no retorno. A medida que nos acercamos a ese umbral, se magnifica la importancia de cada reducción de emisiones" (Punto.1), reducciones que dependen de la acción estatal como fideicomisario de los bienes comunes y controlador de la acción de los privados.

La Juez Stanton cierra su pronunciamiento disidente con las siguientes palabras: "¿Dónde está la esperanza en la decisión de hoy? Los reclamos de los demandantes se basan en la ciencia, específicamente, un punto inminente de no retorno. Si los temores de los demandantes, respaldados por los propios estudios del gobierno, son ciertos, la historia no nos juzgará amablemente. Cuando los mares envuelven nuestras ciudades costeras, los incendios y las sequías persiguen nuestros interiores, y las tormentas asolan todo, los restantes se preguntarán: ¿Por qué tantos hicieron tan poco?". "Sostengo que los demandantes tienen legitimación para desafiar la conducta del gobierno, han articulado reclamos bajo la Constitución y han presentado evidencia suficiente para presionar esos reclamos en juicio".

II. La Doctrina de la "confianza pública"

La "doctrina de la confianza pública", al igual que las teorías que otorgan derechos legales al medio ambiente ("violación de los derechos de la naturaleza", de modo que la naturaleza misma podría estar representada legalmente), si bien tienen raíces históricas, son principios no consolidados en el derecho contemporáneo⁶. Toman fuerza y construyen conciencia -principalmente- a través de fallos jurisprudenciales.

La doctrina, en general, sitúa el origen de la "doctrina de la confianza pública" en las Institutas de Justiniano del siglo VI al prever la existencia de bienes comunes (aire, agua, mar, costas, etc.)⁷. El título de esos bienes fue conferido al Estado en su

(6) V. *infra* el Caso ecuatoriano "Río Vilcabamba-Acción de Protección (Eleanor Geer Huddle y Richard Fredrick Wheeler vs. Gobierno Provincial de Loja)".

(7) *Institutes D. 1.8.2*: "Some things belong in common to all men by *jus naturale*, some to a community corporately, some to no one, but most belong to individuals severally, being ascribed to someone on one of various grounds. 1. And indeed by natural law the following belong in common to all men: air, flowing water, and the sea, and there with the shores of the sea." *Institutes D.1.8.4*: "No

calidad de soberano, pero en calidad de fideicomiso, para el pueblo. Esos bienes estaban excluidos del control privado, debiendo el Estado en calidad de administrador preservar esos recursos. Este concepto de bienes comunes se centra en la preservación de los recursos necesarios para la vida comunitaria, importando limitaciones a los derechos de los privados. Los romanos construyeron jurídicamente la idea de bienes comunes y el deber de protección pública, fundando así la “doctrina de la confianza pública”.

En Inglaterra, esta concepción aparece en la Carta Magna de 1215 al contemplar la tutela del Estado sobre bienes pertenecientes a la tierra⁸. En 1865, la Cámara de los Lores definió el concepto de “confianza pública” en el “*caso de Gann v. Free, Fishers of Whitstable*”, señalando que el lecho de todos los ríos navegables y todos los estuarios o brazos del mar, son por ley conferidos a la corona, pero esta titularidad de la corona es para beneficio de los sujetos, no pudiendo ser utilizada de cualquier manera (*v.g.* derogar o interferir con el derecho de navegación, que pertenece por ley al reino). Ello impone al soberano un alto deber fiduciario de cuidado y responsabilidad. Si bien, el fiduciario tiene un margen de discreción no puede unilateralmente afectar los intereses legítimos del beneficiario, el que es particularmente vulnerable en tanto está a merced del fiduciario. El beneficiario confía en el administrador, por lo que se requiere un marcado nivel de conducta ético y moral por parte del fiduciario⁹.

one, therefore, is prohibited from going on to the seashore to fish, provided he keeps clear of houses, buildings, or monuments, since these are not, as the sea certainly is, subject to the *jus gentium*. So, it was laid down by the deified Pius in a rescript to the fishermen of Formiae and Capena. But almost all rivers and harbors are public property.” *Institute D.I.8.6*: “This principle is taken so far as to the conclusion that people who build there are constituted owners of the ground, but only as long as the building remains there. Conversely, when the building collapses then, as if by right of *postliminium*, the place reverts to its former condition, and if someone builds in that same place, it becomes his.” (V. Mommsen, Theodor *et al.* 1 *The Digest of Justinian* 24-25 (1985, *cfr.* HARGRAVE, Lee. “The Public Trust Doctrine: A Plea for Precision”, 53 *La. L. Rev.* (1993), pp. 1538-1539 (Disponible en <https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol53/iss5/4>).

(8) Carta Magna de 1215 “4. El guardador de la tierra (...) solamente sacará de la tierra (...) proventos razonables (...), y si Nos encomendamos la guarda al *sheriff* o a otro responsable (...), si él ejecutase actos de destrucción o de ruina (...), lo compeleremos a dar satisfacción” (Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/17.pdf>).

(9) *Gann v Free Fishers of Whitstable*, House of Lords, 3 March 1865, 11 E.R. 1305 (1865) 11 H.L. Cas. 192, *cfr.* KAMERI-MBOTE, Patricia. “The use of the Public Trust Doctrine in Environmental Law”, *Law, Environment and Development Journal*, 3 (2) (2007), p. 195 y ss. (Disponible en <http://www.lead-journal.org/content/07195.pdf>).

Si bien, la mayoría de los doctrinarios señalan el origen del principio en el Derecho romano y el *common law* inglés, debe tenerse en cuenta, que a América llegó predominantemente a través de derecho español¹⁰ y el francés¹¹.

El deber más importante que tiene un administrador es el deber de lealtad y el de actuar únicamente en el interés de los beneficiarios. También tiene el deber de usar con cuidado y habilidad el recurso (prudencia, diligencia y buena fe), preservando así la confianza del administrado. Además, tiene el deber de proporcionar información a los beneficiarios y de tratarlos imparcialmente a todos.

El enfoque con mayor respaldo histórico sostiene que ciertos intereses son tan intrínsecamente importantes para cada ciudadano que su libre disponibilidad tiende a marcar a la sociedad como una sociedad de ciudadanos y no de siervos. Se considera que, para proteger esos derechos, es necesario ser especialmente cauteloso para que ningún individuo o grupo en particular adquiera el poder de controlarlos. Los derechos públicos históricos de la pesca y la navegación reflejan esa percepción.

El discernimiento de la experiencia y práctica inglesa se replicó en ciertas dimensiones en los Estados Unidos. Un principio estadounidense construido en las primeras etapas de la Unión sostiene que ciertos intereses constituyen tan particularmente regalos de la generosidad de la naturaleza que deben reservarse para toda la población, para uso general y asegurando a todos un acceso libre e igualitario.

Los tribunales de justicia estadounidenses consideraron “inconcebible” que cualquier persona reclame un interés de propiedad privada en áreas de dominio público de los Estados Unidos. Sax¹² -uno de los primeros doctrinarios en ocuparse del tema- refiere profusa jurisprudencia estadounidense en tal sentido. Por ejemplo, con respecto a cursos de agua y la navegación, cita *i.a.*: “las aguas navegables que conducen al Mississippi y San Lorenzo y los lugares de transporte entre las mismas, serán vías comunes, y por siempre libres, tanto para los habitantes de dicho territorio como para los ciudadanos de los Estados Unidos, sin ningún impuesto,

(10) Fernando López Ramón recuerda que ya las *Partidas* de Alfonso X receptaban la vieja categoría romana de las cosas comunes a todos (*res communis omnium*) a las que designaba como las pertenecientes “a todos los seres vivos”, expresión anticipatoria de modernos planteamientos. A su vez, distingue a los bienes comunes de los bienes públicos, en tanto los primeros tienen carácter de inapropiables, siempre abiertos al uso de todos, los que -de conformidad al Derecho de Gentes- podían ser usados por cualquiera en la medida de sus necesidades, pero con el límite de no impedir el mismo derecho correspondiente a los demás; en cambio los segundos pertenecen a las Administraciones, pero en interés público (LÓPEZ RAMÓN, Fernando. “Teoría jurídica de las cosas públicas”, *Revista de Administración Pública*, septiembre-diciembre 2011, p.13). En el plano internacional se habla de bienes comunes o patrimonio común de la humanidad. A modo de ejemplo, en el plano internacional entre los bienes comunes se cita a “la alta mar”; entre los bienes patrimonio común de la humanidad se cita a los fondos marinos y oceánicos fuera de la jurisdicción nacional, al espacio ultraterrestre, etc.

(11) HARGRAVE, Lee. “The Public Trust Doctrine: A Plea for Precision”, *ob. cit.*, p.1539.

(12) SAX, Joseph L. “The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention”, *68 Mich. L. Rev.* (1969), p. 471 y ss, en especial, p. 484 y ss.

tarifa o tasa correspondiente”¹³. Se muestra como principio consolidado que se repite en múltiple jurisprudencia, efectuando consideraciones sobre los derechos y obligaciones de los gobiernos sobre esos bienes de uso común.

Richard Frank¹⁴, tras reconocer los aportes de Sax a la materia, cita numerosa jurisprudencia, recordando el rol relevante que tuvo la sentencia Corte Suprema de California en 1980 en el caso *Ciudad de Berkeley v. Corte Suprema*¹⁵, en la cual rechazó la afirmación de un propietario privado de que las concesiones legislativas del siglo XIX sobre las tierras de marea necesariamente extinguieron la condición de uso público de las parcelas costeras a lo largo de la Bahía de San Francisco. Al año siguiente, el mismo tribunal emitió dos fallos importantes que establecieron la aplicabilidad del fideicomiso estatal sobre los lagos y ríos navegables tierra adentro, incluidos el Lago Tahoe y el Lago Clear¹⁶.

Dado que es imposible referir la infinidad de pronunciamientos judiciales en la materia, recordamos -por ser un caso pionero en Latinoamérica- al Caso del río Vilcabamba en el que se enlazan dos doctrinas-principios: *la Naturaleza en dos dimensiones: como bien humano y como ente con derechos propios; *la confianza pública y los deberes emergentes para los gobiernos y particulares.

El Caso ecuatoriano “*Río Vilcabamba-Acción de Protección (Eleanor Geer Huddle y Richard Fredrick Wheeler vs. Gobierno Provincial de Loja)*” (N° de proceso 11303-2010-0768), tramitado ante el Juzg. Tercero Civil de Loja¹⁷, estaba relacionado *i.a.* con la “violación de los derechos de la Naturaleza”, en particular, los “derechos del Río Vilcabamba”. Los demandantes reclamaban porque el Gobierno Provincial de Loja, sin estudio de impacto ambiental, había depositado en el Río Vilcabamba piedras y material de excavación extraídos de la carretera que estaba construyendo entre Vilcabamba y Quinara, con grave daño para la naturaleza del río y los terrenos aledaños (debido a lluvias y crecientes). Los accionantes en defensa de “los derechos de la Naturaleza, particularmente del Río Vilcabamba, Pachamama y Árboles”, fundamentaron su pretensión en la Constitución de la República del Ecuador: Art. 275 “que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades y de la convivencia armónica con la naturaleza”; Art. 71 de la Constitución, abarcando: “el respeto integral a su (la Naturaleza) existencia”; “el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y

(13) *United States v. Chandler-Dunbar Co.*, 229 U.S. 53, 69 (1913), *Ibidem*.

(14) FRANK, Richard M. “The Public Trust Doctrine: Assessing Its Recent Past & Charting Its Future”, *University of California, Davis Law Review*, Vol. 45, p. 665 y ss.

(15) *City of Berkeley v. Superior Court*, 606 P.2d 362 (Cal. 1980).

(16) *State v. Superior Court (Lyon)*, 625 P.2d 239 (Cal. 1981) (involving title to Clear Lake); *State v. Superior Court (Fogerty)*, 625 P.2d 256 (Cal. 1981) (Lake Tahoe).

(17) Disponible en <https://www.derechosdelanaturaleza.org.ec/wp-content/uploads/2018/04/SENTENCIA-LOJA-PRIMERA-INSTANCIA.pdf>

procesos evolutivos”; “la restauración independiente de la obligación que tiene el Estado para con las personas y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados”; “que toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad tenga la facultad de exigir el cumplimiento de sus derechos”; el reconocimiento del agua como “un elemento vital para la naturaleza y para la existencia de los seres humanos”, etc. Así señalan los demandantes- “el Gobierno Provincial de Loja, violó los derechos de la Naturaleza al realizar el ensanchamiento de la vía Vilcabamba – Quinara (...), sin estudio alguno de impacto ambiental”, tumbando árboles y lanzando escombros al río Vilcabamba. El objeto de la acción constitucional de protección se centraba en que de forma inmediata se tutelén los derechos de la Naturaleza y que el Gobierno Provincial de Loja: 1. Deje inmediatamente de arrojar escombros en el Río Vilcabamba; 2. Que se restaure el natural cauce del Río; 3. Que se retiren inmediatamente del río los deshechos de piedras, tierra, grava y vegetación.

En esta primera instancia los demandantes no obtuvieron satisfacción debido a que el Tribunal, “atendiendo a la falta de legitimación pasiva en la causa” (no comparencia ni notificación a contendientes necesarios, *i.a.* Procurador Síndico), no dictó sentencia de mérito.

Sin embargo, más tarde, la sentencia dictada el 30 de marzo de 2011 por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja admitió la demanda y resolvió:

“6. Que la correcta individualización o integración de la Autoridad responsable de la violación de los derechos fundamentales (...) no sólo es atribuible a los accionantes (...) imponiéndose al Juez Constitucional, la obligación subsidiaria de corregir el yerro de los demandantes (...).” “7. Nuestra Constitución de la República, sin precedentes en la Historia de la Humanidad, reconoce a la Naturaleza como sujeto de derechos. El art. 71 manifiesta que “La Naturaleza, o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se le respete integralmente su existencia y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones, y procesos evolutivos”. “8. (...) También es oportuno citar lo que el economista Alberto Acosta, Presidente de la Asamblea General Constituyente del Ecuador dijo: ‘(...) algunas premisas fundamentales para avanzar hacia lo que se denomina ‘la democracia de la Tierra’ son: a) los derechos humanos individuales y colectivos deben estar en armonía con los derechos de otras comunidades de la Tierra; b) los ecosistemas tienen derecho a existir y seguir sus propios procesos vitales; c) la diversidad de la vida expresada en la Naturaleza es un valor en sí mismo; d) los ecosistemas tienen valores propios que son independientes de la utilidad para el ser humano (...). Es hora de frenar la desbocada mercantilización de la Naturaleza, como otrora fue prohibir la compra y venta de los seres humanos (...)’. El art. 397 de la Constitución señala que ‘la carga de la prueba sobre la existencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado’ (...).”

En consecuencia, el Tribunal Resuelve: 1) Aceptar el recurso planteado y revocar la sentencia impugnada declarando que la entidad demandada está violando el derecho que

la Naturaleza tiene de que se le respete integralmente en su existencia (...). 2) Ordenar que el Gobierno Provincial de Loja, en el término de 5 días inicie el cumplimiento de todas y cada una de las recomendaciones que el Subsecretario de Calidad Ambiental le ha hecho de oficio (...)".

Entre otras cosas, el Tribunal llama la atención al juez *a quo* y ordena a la demandada *pedir disculpas públicas* en un diario local por iniciar la construcción de una carretera sin contar con el licenciamiento ambiental, lo que acerca este caso a la "**doctrina de la confianza pública**", en tanto el tribunal entendió que haber omitido el licenciamiento ambiental viola los derechos de los ciudadanos y su confianza en la autoridad a través de la mala administración del gobierno de bienes públicos comunes. Los jueces intervinientes fueron Luis Sempertegui Valdivieso (juez provincial), Galo Arrobo Rodas (juez provincial interino) y Galo Celi Astudilo (conjuez)¹⁸.

El 23 de marzo de 2012, los demandantes, señores Richard Fredrick Wheeler y Eleanor Geer Huddle presentaron acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales con respecto a la sentencia dictada el 30 de marzo de 2011 por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja. Argumentaron que era necesario que se realice una *inspección* para comprobar el cumplimiento de la sentencia, sabiendo que aún no contaban con el Plan de Remediación y Rehabilitación de Áreas Afectadas en los términos que dispone la sentencia de 2011. La Corte Constitucional del Ecuador, en sentencia de 28 de marzo de 2018, dictaminó que tanto el Gobierno Provincial de Loja, como la jueza del Juzgado Tercero de lo Civil de Loja, *dentro del ámbito de sus competencias*, habían cumplido en su totalidad con las medidas dispuestas en la sentencia de apelación de 30 de marzo de 2011, dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja, en consecuencia, disponía "Denegar la acción de incumplimiento planteada"¹⁹.

II.1. Naturaleza de la doctrina/principio de la "confianza pública"

La naturaleza jurídica de la doctrina o principio de la "confianza pública" es la de norma consuetudinaria y/o norma constitucional federal o ley estatal si el principio ha sido receptado en el derecho positivo. Llevado al plano internacional, si bien no hay una autoridad central planetaria, existe la responsabilidad del Estado por los usos que causen un daño transfronterizo (*sic utere tuo ut alienum non laedas*) -ya se trate de perjuicios a otro Estado o áreas fuera de las jurisdicciones nacionales (*res communis usus* o patrimonio común de la humanidad)-, debiendo hacerse cargo de

(18) Disponible en <https://www.derechosdelanaturaleza.org.ec/wp-content/uploads/2018/04/APELACION-C3%93N-RIO-VILCABAMBA.pdf>.

(19) Disponible en <https://www.derechosdelanaturaleza.org.ec/wp-content/uploads/2018/04/CUMPLIMIENTO-R-C3%8DO-VILCABAMBA.pdf>.

los perjuicios causados (*injury* o *damage*) a menos que pueda invocar y demostrar que el perjuicio no le puede ser atribuido por haber obrado con la debida diligencia.

Raphael D. Sagarin y Mary Turnipseed²⁰ resumen su trabajo sobre la doctrina de la confianza pública, señalando destacados puntos conclusivos: 1.- La doctrina de la confianza pública es un concepto legal relacionado con la forma en que tratamos los recursos comunes. 2.- Las ideas centrales de la doctrina son que un gobierno solo puede manejar dichos recursos en fideicomiso para los ciudadanos y que, como administrador de ellos tiene la obligación de equilibrar el uso razonable de la confianza puesta en él para el presente con la protección de las generaciones futuras. 3.- La delimitación de los recursos que se consideran propios del ámbito de la doctrina de la confianza pública se ha expandido y cambiado a través del tiempo, pasando de una visión estrecha, limitada a las costas, mares, lechos, vías navegables a una visión expandida que incluye la vida silvestre y el ecosistema, percepción que entienden irá cambiando conforme las interpretaciones legales y el cambio de conocimientos. 4.- La doctrina señala que generalmente se manifiesta como derecho consuetudinario, pero va incorporándose a normas positivas nacionales e internacionales. 5.- Aunque los tribunales generalmente han ampliado el alcance y el poder de la doctrina/principio de la confianza pública no hay garantías de que esa visión legal amplia de la jurisprudencia y la doctrina continuará. 6.- Los críticos de la doctrina argumentan que la misma manifiesta demasiada flexibilidad en la interpretación, lo que conduce a la incertidumbre para los privados, preocupados por la reducción de sus derechos y las crecientes limitaciones.

II-2. Diferencia entre la “doctrina de la confianza pública y la “doctrina de la confianza legítima”

La “doctrina de la confianza pública” no debe ser confundida con la “doctrina de la confianza legítima”. Esta última tiene su origen en el derecho alemán (*Vertrauensschutz*) fundada en los postulados del Estado Social de Derecho y aplicada por primera vez en 1956, en el caso de la “Viuda de Berlín”, por el Tribunal Contencioso Administrativo Superior de Berlín, el que impidió que se dejara sin efecto un acto administrativo que había creado indebidamente una situación favorable para la viuda de un funcionario público, en tanto la viuda “confió en la existencia del acto administrativo y, de conformidad con éste, alteró sus condiciones de vida”, pronunciamiento que fue confirmado por el Tribunal Administrativo Federal en 1957. Este principio de ‘seguridad jurídica’ ha sido definido “como un instrumento de protección frente a la actuación de los poderes estatales, procurando la estabilidad de las situaciones jurídicas basadas en las actuaciones administrativas que

(20) SAGARIN, Raphael D. – TURNIPSEED, Mary. “The Public Trust Doctrine: Where Ecology Meets Natural Resources Management”, *Annu. Rev. Environ. Resour.*, 2012. 37, pp. :473-96, en particular, pp. 493-494.

han generado en los particulares una confianza digna de protección” (“principio de seguridad”, “principio de confianza legítima”)²¹.

Reflexión final

Las teorías sobre el alcance de la regulación del Derecho Ambiental en su dimensión material, ya en sus primeras etapas históricas -aun cuando el Derecho Ambiental como tal no había nacido- distinguieron distintos tipos de bienes: bienes comunes, bienes públicos administrativos y bienes privados.

En estos últimos tiempos, cada vez más el Derecho Ambiental se aleja del antropocentrismo (el entorno y la naturaleza al servicio del hombre) para dar lugar al sentientismo (valor moral de las relaciones del hombre con los seres sintientes), al ecocentrismo (valor de los ecosistemas poseen más allá de los individuos que los componen), a la ética de la ecosfera (todos los seres vivos y no vivos forman una red autoreguladora/auto organizadora que crea las condiciones de su propia existencia), a la teoría ética del plan cósmico (todo lo que existe debe ser respetado por ser de interés de todo el espacio celeste, incluida la Tierra). Con distintos matices, los derechos de la Naturaleza participan de esa visión evolutiva, son de ella, independientes de los derechos humanos, aunque complementarios. Estas nuevas percepciones, hacen que la teoría de la “confianza pública” expanda sus atributos y cobertura.

En el caso que comentamos, ese avance es observable incluso en ciertas expresiones no sólo de la jueza disidente, sino también de los jueces que rechazaron la apelación.

DICTAMEN: CSJ 376/2013 (49-D)/CS1

OPINIÓN: No. 18-36082, D.C. No. 6:15-cv-01517-AA

Tribunal: United States Court of Appeals for the Ninth Circuit

Fecha: 17 /01/2020

Asunto: “*Juliana et al. Vs. United States of America et al.*”, Appeal from the United States District Court

for the District of Oregon

Magistrados: Mary H. Murguia and Andrew D. Hurwitz (Circuit Judges), and Josephine L. Staton (District Judge) en disidencia ²²

(21) MILLAR SILVA, Javier Eduardo. *El Principio de Protección de la Confianza Legítima en la Jurisprudencia de la Contraloría General de la República: Una revisión a la luz del Estado de Derecho*, Contraloría General de la República, Chile, 2012, p. 417.

(22) Josephine L. Staton, United States District Judge for the Central District of California, sitting by designation.

Plaintiffs-Appellees:

KELSEY CASCADIA ROSE JULIANA;
XIUHTEZCATL TONATIUH M., through his Guardian TAMARA ROS-
KE-MARTINEZ;
ALEXANDER LOZNAK;
JACOB LEBEL;
ZEALAND B., through his Guardian Kimberly Pash-Bell;
AVERY M., through her Guardian Holly McRae;
SAHARA V., through her Guardian Toa Aguilar;
KIRAN ISAAC OOMMEN;
TIA MARIE HATTON;
ISAAC V., through his Guardian Pamela Vergun;
MIKO V., through her Guardian Pamel Vergun;
HAZEL V., through her Guardian Margo Van Ummerson;
SOPHIE K., through her Guardian Dr. James Hansen;
JAIME B., through her Guardian Jamescita Peshlakai;
JOURNEY Z., through his Guardian Erika Schneider;
VICTORIA B., through her Guardian Daisy Calderon;
NATHANIEL B., through his Guardian Sharon Baring; AJI P., through his
Guardian Helaina Piper;
LEVI D., through his Guardian Leigh-Ann Draheim;
JAYDEN F., through her Guardian Cherri Foytlin;
NICHOLAS V., through his Guardian Marie Venner;
EARTH GUARDIANS NONPROFIT ORGANIZATION;
FUTURE GENERATIONS, through their Guardian Dr. James Hansen.

Defendants-Appellants:

UNITED STATES OF AMERICA;
MARY B. NEUMAYR, in her capacity as Chairman of Council on Environmental
Quality;
MICK MULVANEY, in his official capacity as Director of the Office of Mana-
gement and the Budget;
KELVIN K. DROEGEMEIR, in his official capacity as Director of the Office of
Science and Technology Policy;
DAN BROUILLETTE, in his official capacity as Secretary of Energy;
U.S. DEPARTMENT OF THE INTERIOR;
DAVID L. BERNHARDT, in his official capacity as Secretary of Interior;
U.S. DEPARTMENT OF TRANSPORTATION;

ELAINE L. CHAO, in her official capacity as Secretary of Transportation;
 UNITED STATES DEPARTMENT OF AGRICULTURE;
 SONNY PERDUE, in his official capacity as Secretary of Agriculture;
 UNITED STATES DEPARTMENT OF COMMERCE;
 WILBUR ROSS, in his official capacity as Secretary of Commerce;
 UNITED STATES DEPARTMENT OF DEFENSE; MARK T. ESPER, in his official
 capacity as Secretary of Defense;
 UNITED STATES DEPARTMENT OF STATE;
 MICHAEL R. POMPEO, in his official capacity as Secretary of State;
 ANDREW WHEELER, in his official capacity as Administrator of the EPA;
 OFFICE OF THE PRESIDENT OF THE UNITED STATES;
 U.S. ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY;
 U.S. DEPARTMENT OF ENERGY;
 DONALD J. TRUMP, in his official capacity as President of the United States.

OPINION

HURWITZ, Circuit Judge:

In the mid-1960s, a popular song warned that we were “on the eve of destruction.”²³ The plaintiffs in this case have presented compelling evidence that climate change has brought that eve nearer. A substantial evidentiary record documents that the federal government has long promoted fossil fuel use despite knowing that it can cause catastrophic climate change, and that failure to change existing policy may hasten an environmental apocalypse.

The plaintiffs claim that the government has violated their constitutional rights, including a claimed right under the Due Process Clause of the Fifth Amendment to a “climate system capable of sustaining human life.” The central issue before us is whether, even assuming such a broad constitutional right exists, an Article III court can provide the plaintiffs the redress they seek—an order requiring the government to develop a plan to “phase out fossil fuel emissions and draw down excess atmospheric CO₂.” Reluctantly, we conclude that such relief is beyond our constitutional power. Rather, the plaintiffs’ impressive case for redress must be presented to the political branches of government.

I.

The plaintiffs are twenty-one young citizens, an environmental organization, and a “representative of future generations.” Their original complaint (...) accu-

(23) Barry McGuire, *Eve of Destruction*, Dunhill Records, 1965.

ses the government of continuing to “permit, authorize, and subsidize” fossil fuel use despite long being aware of its risks, thereby causing various climate-change related injuries to the plaintiffs. Some plaintiffs claim psychological harm, others impairment to recreational interests, others exacerbated medical conditions, and others damage to property. The complaint asserts violations of: (1) the plaintiffs’ substantive rights under the Due Process Clause of the Fifth Amendment; (2) the plaintiffs’ rights under the Fifth Amendment to equal protection of the law; (3) the plaintiffs’ rights under the Ninth Amendment; and (4) the public trust doctrine. The plaintiffs seek declaratory relief and an injunction ordering the government to implement a plan to “phase out fossil fuel emissions and draw down excess atmospheric [carbon dioxide].”²⁴

The district court denied the government’s motion to dismiss, concluding that the plaintiffs had standing to sue, raised justiciable questions, and stated a claim for infringement of a Fifth Amendment due process right to a “climate system capable of sustaining human life.” The court defined that right as one to be free from catastrophic climate change that “will cause human deaths, shorten human lifespans, result in widespread damage to property, threaten human food sources, and dramatically alter the planet’s ecosystem.” The court also concluded that the plaintiffs had stated a viable “danger-creation due process claim” arising from the government’s failure to regulate third-party emissions. Finally, the court held that the plaintiffs had stated a public trust claim grounded in the Fifth and the Ninth Amendments.

The government unsuccessfully sought a writ of mandamus. *In re United States*, 884 F.3d 830, 837–38 (9th Cir. 2018). Shortly thereafter, the Supreme Court denied the government’s motion for a stay of proceedings. *United States v. U.S. Dist. Court for Dist. of Or.*, 139 S. Ct. 1 (2018). Although finding the stay request “premature,” the Court noted that the “breadth of respondents’ claims is striking . . . and the justiciability of those claims presents substantial grounds for difference of opinion.”

The government then moved for summary judgment and judgment on the pleadings. The district court granted summary judgment on the Ninth Amendment claim, dismissed the President as a defendant, and dismissed the equal protection claim in part.²⁵ But the court otherwise denied the government’s motions, again holding that the plaintiffs had standing to sue and finding that they had presen-

(24) The plaintiffs also assert that section 201 of the Energy Policy Act of 1992, Pub. L. No. 102-486, § 201, 106 Stat. 2776, 2866 (codified at 15 U.S.C. § 717b(c)), which requires expedited authorization for certain natural gas imports and exports “without modification or delay,” is unconstitutional on its face and as applied. The plaintiffs also challenge DOE/FE Order No. 3041, which authorizes exports of liquefied natural gas from the proposed Jordan Cove terminal in Coos Bay, Oregon.

(25) The court found that age is not a suspect class, but allowed the equal protection claim to proceed on a fundamental rights theory.

ted sufficient evidence to survive summary judgment. The court also rejected the government's argument that the plaintiffs' exclusive remedy was under the Administrative Procedure Act ("APA"), 5 U.S.C. § 702 *et seq.*

The district court initially declined the government's request to certify those orders for interlocutory appeal. But, while considering a second mandamus petition from the government, we invited the district court to revisit certification, noting the Supreme Court's justiciability concerns. *United States v. U.S. Dist. Court for the Dist. of Or.*, No. 18-73014, Dkt. 3; see *In re United States*, 139 S. Ct. 452, 453 (2018) (reiterating justiciability concerns in denying a subsequent stay application from the government). The district court then reluctantly certified the orders denying the motions for interlocutory appeal under 28 U.S.C. § 1292(b) and stayed the proceedings, while "stand[ing] by its prior rulings . . . as well as its belief that this case would be better served by further factual development at trial." *Juliana v. United States*, No. 6:15-cv01517-AA, 2018 WL 6303774, at *3 (D. Or. Nov. 21, 2018). We granted the government's petition for permission to appeal.

II.

The plaintiffs have compiled an extensive record, which at this stage in the litigation we take in the light most favorable to their claims. See *Plumhoff v. Rickard*, 572 U.S. 765, 768 (2014). The record leaves little basis for denying that climate change is occurring at an increasingly rapid pace. It documents that since the dawn of the Industrial Age, atmospheric carbon dioxide has skyrocketed to levels not seen for almost three million years. For hundreds of thousands of years, average carbon concentration fluctuated between 180 and 280 parts per million. Today, it is over 410 parts per million and climbing. Although carbon levels rose gradually after the last Ice Age, the most recent surge has occurred more than 100 times faster; half of that increase has come in the last forty years.

Copious expert evidence establishes that this unprecedented rise stems from fossil fuel combustion and will wreak havoc on the Earth's climate if unchecked. Temperatures have already risen 0.9 degrees Celsius above pre-industrial levels and may rise more than 6 degrees Celsius by the end of the century. The hottest years on record all fall within this decade, and each year since 1997 has been hotter than the previous average. This extreme heat is melting polar ice caps and may cause sea levels to rise 15 to 30 feet by 2100. The problem is approaching "the point of no return." Absent some action, the destabilizing climate will bury cities, spawn life-threatening natural disasters, and jeopardize critical food and water supplies.

The record also conclusively establishes that the federal government has long understood the risks of fossil fuel use and increasing carbon dioxide emissions. As early as 1965, the Johnson Administration cautioned that fossil fuel emissions threatened significant changes to climate, global temperatures, sea levels, and other stratospheric properties. In 1983, an Environmental Protection Agency ("EPA")

report projected an increase of 2 degrees Celsius by 2040, warning that a “wait and see” carbon emissions policy was extremely risky. And, in the 1990s, the EPA implored the government to act before it was too late. Nonetheless, by 2014, U.S. fossil fuel emissions had climbed to 5.4 billion metric tons, up substantially from 1965. This growth shows no signs of abating. From 2008 to 2017, domestic petroleum and natural gas production increased by nearly 60%, and the country is now expanding oil and gas extraction four times faster than any other nation.

The record also establishes that the government’s contribution to climate change is not simply a result of inaction. The government affirmatively promotes fossil fuel use in a host of ways, including beneficial tax provisions, permits for imports and exports, subsidies for domestic and overseas projects, and leases for fuel extraction on federal land.²⁶

A.

The government by and large has not disputed the factual premises of the plaintiffs’ claims. But it first argues that those claims must proceed, if at all, under the APA. We reject that argument. The plaintiffs do not claim that any individual agency action exceeds statutory authorization or, taken alone, is arbitrary and capricious. *See* 5 U.S.C. § 706(2)(A), (C). Rather, they contend that the totality of various government actions contribute to the deprivation of constitutionally protected rights. Because the APA only allows challenges to discrete agency decisions, *see Lujan v. Nat’l Wildlife Fed’n*, 497 U.S. 871, 890–91 (1990), the plaintiffs cannot effectively pursue their constitutional claims – whatever their merits – under that statute.

The defendants argue that the APA’s “comprehensive remedial scheme” for challenging the constitutionality of agency actions implicitly bars the plaintiffs’ freestanding constitutional claims. But, even if some constitutional challenges to agency action must proceed through the APA, forcing all constitutional claims to follow its strictures would bar plaintiffs from challenging violations of constitutional rights in the absence of a discrete agency action that caused the violation. *See Sierra Club v. Trump*, 929 F.3d 670, 694, 696 (9th Cir. 2019) (stating that plaintiffs could “bring their challenge through an equitable action to enjoin unconstitutional official conduct, or under the judicial review provisions of the [APA]”); *Navajo Nation v. Dep’t of the Interior*, 876 F.3d 1144, 1172 (9th Cir. 2017) (holding “that the second sentence of §

(26) The programs and policies identified by the plaintiffs include: (1) the Bureau of Land Management’s authorization of leases for 107 coal tracts and 95,000 oil and gas wells; (2) the Export-Import Bank’s provision of \$14.8 billion for overseas petroleum projects; (3) the Department of Energy’s approval of over 2 million barrels of crude oil imports; (4) the Department of Agriculture’s approval of timber cutting on federal land; (5) the undervaluing of royalty rates for federal leasing; (6) tax subsidies for purchasing fuel-inefficient sport-utility vehicles; (7) the “intangible drilling costs” and “percentage depletion allowance” tax code provisions, 26 U.S.C. §§ 263(c), 613; and (8) the government’s use of fossil fuels to power its own buildings and vehicles.

702 waives sovereign immunity broadly for all causes of action that meet its terms, while § 704's 'final agency action' limitation applies only to APA claims"). Because denying "any judicial forum for a colorable constitutional claim" presents a "serious constitutional question," Congress's intent through a statute to do so must be clear. See *Webster v. Doe*, 486 U.S. 592, 603 (1988) (quoting *Bowen v. Mich. Acad. of Family Physicians*, 476 U.S. 667, 681 n.12 (1986)); see also *Allen v. Milas*, 896 F.3d 1094, 1108 (9th Cir. 2018) ("After *Webster*, we have assumed that the courts will be open to review of constitutional claims, even if they are closed to other claims."). Nothing in the APA evinces such an intent.²⁷ Whatever the merits of the plaintiffs' claims, they may proceed independently of the review procedures mandated by the APA. See *Sierra Club*, 929 F.3d at 698–99 ("Any constitutional challenge that Plaintiffs may advance under the APA would exist regardless of whether they could also assert an APA claim [C]laims challenging agency actions — particularly constitutional claims — may exist wholly apart from the APA."); *Navajo Nation*, 876 F.3d at 1170 (explaining that certain constitutional challenges to agency action are "not grounded in the APA").

B.

The government also argues that the plaintiffs lack Article III standing to pursue their constitutional claims. To have standing under Article III, a plaintiff must have (1) a concrete and particularized injury that (2) is caused by the challenged conduct and (3) is likely redressable by a favorable judicial decision. See *Friends of the Earth, Inc. v. Laidlaw Envtl. Servs. (TOC), Inc.*, 528 U.S. 167, 180–81 (2000); *Jewel v. NSA*, 673 F.3d 902, 908 (9th Cir. 2011). A plaintiff need only establish a genuine dispute as to these requirements to survive summary judgment. See *Cent. Delta Water Agency v. United States*, 306 F.3d 938, 947 (9th Cir. 2002).

1.

The district court correctly found the injury requirement met. At least some plaintiffs claim concrete and particularized injuries. Jaime B., for example, claims that she was forced to leave her home because of water scarcity, separating her from relatives on the Navajo Reservation. See *Trump v. Hawaii*, 138 S. Ct. 2392, 2416 (2018) (finding separation from relatives to be a concrete injury). Levi D. had to evacuate his coastal home multiple times because of flooding. See *Maya v. Centex Corp.*, 658

(27) The government relies upon *Armstrong v. Exceptional Child Center, Inc.*, 575 U.S. 320, 328–29 (2015), and *Seminole Tribe of Florida v. Florida*, 517 U.S. 44, 74–76 (1996), both of which held that statutory remedial schemes implicitly barred freestanding equitable claims. Neither case, however, involved claims by the plaintiffs that the federal government was violating their constitutional rights. See *Armstrong*, 575 U.S. at 323–24 (claiming that state officials had violated a federal statute); *Seminole Tribe*, 517 U.S. at 51–52 (same).

F.3d 1060, 1070–71 (9th Cir. 2011) (finding diminution in home property value to be a concrete injury). These injuries are not simply “‘conjectural’ or ‘hypothetical;’” at least some of the plaintiffs have presented evidence that climate change is affecting them now in concrete ways and will continue to do so unless checked. *Lujan v. Defs. of Wildlife*, 504 U.S. 555, 560 (1992) (quoting *Whitmore v. Arkansas*, 495 U.S. 149, 155 (1990)); cf. *Ctr. for Biological Diversity v. U.S. Dep’t of Interior*, 563 F.3d 466, 478 (D.C. Cir. 2009) (finding no standing because plaintiffs could “only aver that any significant adverse effects of climate change ‘may’ occur at some point in the future”).

The government argues that the plaintiffs’ alleged injuries are not particularized because climate change affects everyone. But, “it does not matter how many persons have been injured” if the plaintiffs’ injuries are “concrete and personal.” *Massachusetts v. EPA*, 549 U.S. 497, 517 (2007) (quoting *Lujan*, 504 U.S. at 581 (Kennedy, J., concurring)); see also *Novak v. United States*, 795 F.3d 1012, 1018 (9th Cir. 2015) (“[T]he fact that a harm is widely shared does not necessarily render it a generalized grievance.”) (alteration in original) (quoting *Jewel*, 673 F.3d at 909). And, the Article III injury requirement is met if only one plaintiff has suffered concrete harm. See *Hawaii*, 138 S. Ct. at 2416; *Town of Chester, N.Y. v. Laroe Estates, Inc.*, 137 S. Ct. 1645, 1651 (2017) (“At least one plaintiff must have standing to seek each form of relief requested in the complaint.... For all relief sought, there must be a litigant with standing.”).

2.

The district court also correctly found the Article III causation requirement satisfied for purposes of summary judgment. Causation can be established “even if there are multiple links in the chain,” *Mendia v. Garcia*, 768 F.3d 1009, 1012 (9th Cir. 2014), as long as the chain is not “hypothetical or tenuous,” *Maya*, 658 F.3d at 1070 (quoting *Nat’l Audubon Soc’y, Inc. v. Davis*, 307 F.3d 835, 849 (9th Cir. 2002), amended on denial of reh’g, 312 F.3d 416 (9th Cir. 2002)). The causal chain here is sufficiently established.

The plaintiffs’ alleged injuries are caused by carbon emissions from fossil fuel production, extraction, and transportation. A significant portion of those emissions occur in this country; the United States accounted for over 25% of worldwide emissions from 1850 to 2012, and currently accounts for about 15%. See *Massachusetts*, 549 U.S. at 524–25 (finding that emissions amounting to about 6% of the worldwide total showed cause of alleged injury “by any standard”). And, the plaintiffs’ evidence shows that federal subsidies and leases have increased those emissions. About 25% of fossil fuels extracted in the United States come from federal waters and lands, an activity that requires authorization from the federal government. See 30 U.S.C. §§ 181–196 (establishing legal framework governing the disposition of fossil fuels on federal land), § 201 (authorizing the Secretary of the Interior to lease land for coal mining).

Relying on *Washington Environmental Council v. Bellon*, 732 F.3d 1131, 1141–46 (9th Cir. 2013), the government argues that the causal chain is too attenuated because it depends in part on the independent actions of third parties. *Bellon* held that the causal chain between local agencies’ failure to regulate five oil refineries and the plaintiffs’ climate-change related injuries was “too tenuous to support standing” because the refineries had a “scientifically indiscernible” impact on climate change. *Id.* at 1143–44. But the plaintiffs here do not contend that their injuries were caused by a few isolated agency decisions. Rather, they blame a host of federal policies, from subsidies to drilling permits, spanning “over 50 years,” and direct actions by the government. There is at least a genuine factual dispute as to whether those policies were a “substantial factor” in causing the plaintiffs’ injuries. *Mendia*, 768 F.3d at 1013 (quoting *Tozzi v. U.S. Dep’t of Health & Human Servs.*, 271 F.3d 301, 308 (D.C. Cir. 2001)).

3.

The more difficult question is whether the plaintiffs’ claimed injuries are redressable by an Article III court. In analyzing that question, we start by stressing what the plaintiffs do and do not assert. They do not claim that the government has violated a statute or a regulation. They do not assert the denial of a procedural right. Nor do they seek damages under the Federal Tort Claims Act, 28 U.S.C. § 2671 *et seq.* Rather, their sole claim is that the government has deprived them of a substantive constitutional right to a “climate system capable of sustaining human life,” and they seek remedial declaratory and injunctive relief.

Reasonable jurists can disagree about whether the asserted constitutional right exists. Compare *Clean Air Council v. United States*, 362 F. Supp. 3d 237, 250–53 (E.D. Pa. 2019) (finding no constitutional right), with *Juliana*, 217 F. Supp. 3d at 1248–50; see also *In re United States*, 139 S. Ct. at 453 (reiterating “that the ‘striking’ breadth of plaintiffs’ below claims ‘presents substantial grounds for difference of opinion’”). In analyzing redressability, however, we assume its existence. See *M.S. v. Brown*, 902 F.3d 1076, 1083 (9th Cir. 2018). But that merely begins our analysis, because “not all meritorious legal claims are redressable in federal court.” *Id.* To establish Article III redressability, the plaintiffs must show that the relief they seek is both (1) substantially likely to redress their injuries; and (2) within the district court’s power to award. *Id.* Redress need not be guaranteed, but it must be more than “merely speculative.” *Id.* (quoting *Lujan*, 504 U.S. at 561).

The plaintiffs first seek a declaration that the government is violating the Constitution. But that relief alone is not substantially likely to mitigate the plaintiffs’ asserted concrete injuries. A declaration, although undoubtedly likely to benefit the plaintiffs psychologically, is unlikely by itself to remediate their alleged injuries absent further court action. See *Clean Air Council*, 362 F. Supp. 3d at 246, 249; *Steel Co. v. Citizens for a Better Env’t*, 523 U.S. 83, 107 (1998) (“By the mere bringing of his

suit, *every* plaintiff demonstrates his belief that a favorable judgment will make him happier. But although a suitor may derive great comfort and joy from the fact that the United States Treasury is not cheated, that a wrongdoer gets his just deserts, or that the Nation's laws are faithfully enforced, that psychic satisfaction is not an acceptable Article III remedy because it does not redress a cognizable Article III injury."); *see also Friends of the Earth*, 528 U.S. at 185 ("[A] plaintiff must demonstrate standing separately for each form of relief sought.").

The crux of the plaintiffs' requested remedy is an injunction requiring the government not only to cease permitting, authorizing, and subsidizing fossil fuel use, but also to prepare a plan subject to judicial approval to draw down harmful emissions. The plaintiffs thus seek not only to enjoin the Executive from exercising discretionary authority expressly granted by Congress, *see, e.g.*, 30 U.S.C. § 201 (authorizing the Secretary of the Interior to lease land for coal mining), but also to enjoin Congress from exercising power expressly granted by the Constitution over public lands, *see* U.S. Const. art. IV, § 3, cl. 2 ("The Congress shall have Power to dispose of and make all needful Rules and Regulations respecting the Territory or other Property belonging to the United States.").

As an initial matter, we note that although the plaintiffs contended at oral argument that they challenge only affirmative activities by the government, an order simply enjoining those activities will not, according to their own experts' opinions, suffice to stop catastrophic climate change or even ameliorate their injuries.²⁸ The plaintiffs' experts opine that the federal government's leases and subsidies have contributed to global carbon emissions. But they do not show that even the total elimination of the challenged programs would halt the growth of carbon dioxide levels in the atmosphere, let alone decrease that growth. Nor does any expert contend that elimination of the challenged pro-carbon fuels programs would by itself prevent further injury to the plaintiffs. Rather, the record shows that many of the emissions causing climate change happened decades ago or come from foreign and non-governmental sources.

Indeed, the plaintiffs' experts make plain that reducing the global consequences of climate change demands much more than cessation of the government's promotion of fossil fuels. Rather, these experts opine that such a result calls for no less than a fundamental transformation of this country's energy system, if not that of the industrialized world. One expert opines that atmospheric carbon reductions must come "largely via reforestation," and include rapid and immediate decreases in emissions from many sources. "[L]eisurely reductions of one of two percent per year," he explains, "will not suffice." Another expert has opined that although the required emissions reductions are "technically feasible," they can be achieved only through a comprehensive plan for "nearly complete decarbonization" that includes

(28) The operative complaint, however, also seems to challenge the government's inaction.

both an “unprecedentedly rapid build out” of renewable energy and a sustained commitment to infrastructure transformation over decades.” And, that commitment, another expert emphasizes, must include everything from energy efficient lighting to improved public transportation to hydrogenpowered aircraft.

The plaintiffs concede that their requested relief will not alone solve global climate change, but they assert that their “injuries would be to some extent ameliorated.” Relying on *Massachusetts v. EPA*, the district court apparently found the redressability requirement satisfied because the requested relief would likely slow or reduce emissions. See 549 U.S. at 525–26. That case, however, involved a procedural right that the State of Massachusetts was allowed to assert “without meeting all the normal standards for redressability;” in that context, the Court found redressability because “there [was] some possibility that the requested relief [would] prompt the injury-causing party to reconsider the decision that allegedly harmed the litigant.” *Id.* at 517–18, 525–26 (quoting *Lujan*, 504 U.S. at 572 n.7). The plaintiffs here do not assert a procedural right, but rather a substantive due process claim.²⁹

We are therefore skeptical that the first redressability prong is satisfied. But even assuming that it is, the plaintiffs do not surmount the remaining hurdle—establishing that the specific relief they seek is within the power of an Article III court. There is much to recommend the adoption of a comprehensive scheme to decrease fossil fuel emissions and combat climate change, both as a policy matter in general and a matter of national survival in particular. But it is beyond the power of an Article III court to order, design, supervise, or implement the plaintiffs’ requested remedial plan. As the opinions of their experts make plain, any effective plan would necessarily require a host of complex policy decisions entrusted, for better or worse, to the wisdom and discretion of the executive and legislative branches. See *Brown*, 902 F.3d at 1086 (finding the plaintiff’s requested declaration requiring the government to issue driver cards “incompatible with democratic principles embedded in the structure of the Constitution”). These decisions range, for example, from determining how much to invest in public transit to how quickly to transition to renewable energy, and plainly require consideration of “competing social, political, and economic forces,” which must be made by the People’s “elected representati-

(29) The dissent reads *Massachusetts* to hold that “a perceptible reduction in the advance of climate change is sufficient to redress a plaintiff’s climate change-induced harms.” Diss. at 47. But *Massachusetts* “permitted a State to challenge EPA’s refusal to regulate greenhouse gas emissions,” *Am. Elec. Power Co., Inc. v. Connecticut*, 564 U.S. 410, 420 (2011), finding that as a sovereign it was “entitled to special solicitude in [the] standing analysis,” *Ariz. State Legislature v. Ariz. Indep. Redistricting Comm’n*, 135 S. Ct. 2652, 2664 n.10 (2015) (quoting *Massachusetts*, 549 U.S. at 520). Here, in contrast, the plaintiffs are not sovereigns, and a substantive right, not a procedural one, is at issue. See *Massachusetts*, 549 U.S. at 517–21, 525–26; see also *Lujan*, 504 U.S. at 572 n.7 (“There is this much truth to the assertion that ‘procedural rights’ are special: The person who has been accorded a concrete interests can assert that right without meeting all the normal standards for redressability and immediacy.”).

ves, rather than by federal judges interpreting the basic charter of Government for the entire country.” *Collins v. City of Harker Heights*, 503 U.S. 115, 128–29 (1992); see *Lujan*, 504 U.S. at 559–60 (“[S]eparation of powers depends largely upon common understanding of what activities are appropriate to legislatures, to executives, and to courts.”).

The plaintiffs argue that the district court need not itself make policy decisions, because if their general request for a remedial plan is granted, the political branches can decide what policies will best “phase out fossil fuel emissions and draw down excess atmospheric CO₂.” To be sure, in some circumstances, courts may order broad injunctive relief while leaving the “details of implementation” to the government’s discretion. *Brown v. Plata*, 563 U.S. 493, 537–38 (2011). But, even under such a scenario, the plaintiffs’ request for a remedial plan would subsequently require the judiciary to pass judgment on the sufficiency of the government’s response to the order, which necessarily would entail a broad range of policymaking. And inevitably, this kind of plan will demand action not only by the Executive, but also by Congress. Absent court intervention, the political branches might conclude – however inappropriately in the plaintiffs’ view – that economic or defense considerations called for continuation of the very programs challenged in this suit, or a less robust approach to addressing climate change than the plaintiffs believe is necessary. “But we cannot substitute our own assessment for the Executive’s [or Legislature’s] predictive judgments on such matters, all of which ‘are delicate, complex, and involve large elements of prophecy.’” *Hawaii*, 138 S. Ct. at 2421 (quoting *Chi. & S. Air Lines, Inc. v. Waterman S.S. Corp.*, 333 U.S. 103, 111 (1948)). And, given the complexity and long-lasting nature of global climate change, the court would be required to supervise the government’s compliance with any suggested plan for many decades. See *Nat. Res. Def. Council, Inc. v. EPA*, 966 F.2d 1292, 1300 (9th Cir. 1992) (“Injunctive relief could involve extraordinary supervision by this court.... [and] may be inappropriate where it requires constant supervision.”)³⁰. As the

(30) However belatedly, the political branches are currently debating such action. Many resolutions and plans have been introduced in Congress, ranging from discrete measures to encourage clean energy innovation to the “Green New Deal” and comprehensive proposals for taxing carbon and transitioning all sectors of the economy away from fossil fuels. See, e.g., H.R. Res. 109, 116th Cong. (2019); S.J. Res. 8, 116th Cong. (2019); Enhancing Fossil Fuel Energy Carbon Technology Act, S. 1201, 116th Cong. (2019); Climate Now Act, H.R. 9, 116th Cong. (2019); Methane Waste Prevention Act, H.R. 2711, 116th Cong. (2019); Clean Energy Standard Act, S. 1359, 116th Cong. (2019); National Climate Bank Act, S. 2057, 116th Cong. (2019); Carbon Pollution Transparency Act, S. 1745, 116th Cong. (2019); Leading Infrastructure for Tomorrow’s America Act, H.R. 2741, 116th Cong. (2019); Buy Clean Transparency Act, S. 1864, 116th Cong. (2019); Carbon Capture Modernization Act, H.R. 1796, 116th Cong. (2019); Challenges & Prizes for Climate Act, H.R. 3100, 116th Cong. (2019); Energy Innovation and Carbon Dividend Act, H.R. 763, 116th Cong. (2019); Climate Risk Disclosure Act, S. 2075, 116th Cong. (2019); Clean Energy for America Act, S. 1288, 116th Cong. (2019). The proposed legislation, consistent with the opinions of the plaintiffs’ experts, envisions that tackling this global problem involves the exercise of discretion, trade-offs, international cooperation, private-sector partnerships, and other value judgments ill-suited for an Article III court.

Supreme Court recently explained, “a constitutional directive or legal standards” must guide the courts’ exercise of equitable power. *Rucho v. Common Cause*, 139 S. Ct. 2484, 2508 (2019). *Rucho* found partisan gerrymandering claims presented political questions beyond the reach of Article III courts. *Id.* at 2506–07. The Court did not deny extreme partisan gerrymandering can violate the Constitution. *See id.* at 2506; *id.* at 2514–15 (Kagan, J., dissenting). But, it concluded that there was no “limited and precise” standard discernible in the Constitution for redressing the asserted violation. *Id.* at 2500.

The proposed legislation, consistent with the opinions of the plaintiffs’ experts, envisions that tackling this global problem involves the exercise of discretion, trade-offs, international cooperation, private-sector partnerships, and other value judgments ill-suited for an Article III court rejected the plaintiffs’ proposed standard because unlike the one-person, one-vote rule in vote dilution cases, it was not “relatively easy to administer as a matter of math.” *Id.* at 2501.

Rucho reaffirmed that redressability questions implicate the separation of powers, noting that federal courts “have no commission to allocate political power and influence” without standards to guide in the exercise of such authority. *See id.* at 2506–07, 2508. Absent those standards, federal judicial power could be “unlimited in scope and duration,” and would inject “the unelected and politically unaccountable branch of the Federal Government [into] assuming such an extraordinary and unprecedented role.” *Id.* at 2507; *see also Lexmark Int’l, Inc. v. Static Control Components, Inc.*, 572 U.S. 118, 125 (2014) (noting the “separation-of-powers principles underlying” standing doctrine); *Brown*, 902 F.3d at 1087 (stating that “in the context of Article III standing, . . . federal courts must respect their ‘proper – and properly limited – role . . . in a democratic society’” (quoting *Gill v. Whitford*, 138 S. Ct. 1916, 1929 (2018))). Because “it is axiomatic that ‘the Constitution contemplates that democracy is the appropriate process for change,’” *Brown*, 902 F.3d at 1087 (quoting *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584, 2605 (2015)), some questions—even those existential in nature—are the province of the political branches. The Court found in *Rucho* that a proposed standard involving a mathematical comparison to a baseline election map is too difficult for the judiciary to manage. *See* 139 S. Ct. at 2500–02. It is impossible to reach a different conclusion here.

The plaintiffs’ experts opine that atmospheric carbon levels of 350 parts per million are necessary to stabilize the global climate. But, even accepting those opinions as valid, they do not suggest how an order from this Court can achieve that level, other than by ordering the government to develop a plan. Although the plaintiffs’ invitation to get the ball rolling by simply ordering the promulgation of a plan is beguiling, it ignores that an Article III court will thereafter be required to determine whether the plan is sufficient to remediate the claimed constitutional violation of the plaintiffs’ right to a “climate system capable of sustaining human life.” We doubt that any such plan can be supervised or enforced by an Article III court. And, in the end, any plan is only as good as the court’s power to enforce it.

C.

Our dissenting colleague quite correctly notes the gravity of the plaintiffs' evidence; we differ only as to whether an Article III court can provide their requested redress. In suggesting that we can, the dissent reframes the plaintiffs' claimed constitutional right variously as an entitlement to "the country's perpetuity," Diss. at 35–37, 39, or as one to freedom from "the amount of fossil-fuel emissions that will irreparably devastate our Nation," *id.* at 57. But if such broad constitutional rights exist, we doubt that the plaintiffs would have Article III standing to enforce them. Their alleged individual injuries do not flow from a violation of these claimed rights. Indeed, any injury from the dissolution of the Republic would be felt by all citizens equally, and thus would not constitute the kind of discrete and particularized injury necessary for Article III standing. See *Friends of the Earth*, 528 U.S. at 180–81. A suit for a violation of these reframed rights, like one for a violation of the Guarantee Clause, would also plainly be nonjusticiable. See, e.g., *Rucho*, 139 S. Ct. at 2506 ("This Court has several times concluded, however, that the Guarantee Clause does not provide the basis for a justiciable claim.") (citing *Pac. States Tel. & Tel. Co. v. Oregon*, 223 U.S. 118, 149 (1912)); *Luther v. Borden*, 48 U.S. 1, 36–37, 39 (1849).

More importantly, the dissent offers no metrics for judicial determination of the level of climate change that would cause "the willful dissolution of the Republic," Diss. at 40, nor for measuring a constitutionally acceptable "perceptible reduction in the advance of climate change," *id.* at 47. Contrary to the dissent, we cannot find Article III redressability requirements satisfied simply because a court order might "postpone[] the day when remedial measures become insufficiently effective." *Id.* at 46; see *Brown*, 902 F.3d at 1083 ("If, however, a favorable judicial decision would not require the defendant to redress the plaintiff's claimed injury, the plaintiff cannot demonstrate redressability[.]"). Indeed, as the dissent recognizes, a guarantee against government conduct that might threaten the Union — whether from political gerrymandering, nuclear proliferation, Executive misconduct, or climate change — has traditionally been viewed by Article III courts as "not separately enforceable." *Id.* at 39. Nor has the Supreme Court recognized "the perpetuity principle" as a basis for interjecting the judicial branch into the policy-making purview of the political branches. See *id.* at 42.

Contrary to the dissent, we do not "throw up [our] hands" by concluding that the plaintiffs' claims are nonjusticiable. *Id.* at 33. Rather, we recognize that "Article III protects liberty not only through its role in implementing the separation of powers, but also by specifying the defining characteristics of Article III judges." *Stern v. Marshall*, 564 U.S. 462, 483 (2011). Not every problem posing a threat — even a clear and present danger — to the American Experiment can be solved by federal judges. As Judge Cardozo once aptly warned, a judicial commission does not confer the power of "a knight-errant, roaming at will in pursuit of his own ideal of beauty or of goodness;" rather, we are bound "to exercise a discretion informed by tradition,

methodized by analogy, disciplined by system.” Benjamin N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* 141 (1921).³¹

The dissent correctly notes that the political branches of government have to date been largely deaf to the pleas of the plaintiffs and other similarly situated individuals. But, although inaction by the Executive and Congress may affect the form of judicial relief ordered when there is Article III standing, it cannot bring otherwise nonjusticiable claims within the province of federal courts. See *Rucho*, 139 S. Ct. at 2507–08; *Gill*, 138 S. Ct. at 1929 (“Failure of political will does not justify unconstitutional remedies.’ . . . Our power as judges . . . rests not on the default of politically accountable officers, but is instead grounded in and limited by the necessity of resolving, according to legal principles, a plaintiff’s particular claim of legal right.” (quoting *Clinton v. City of New York*, 524 U.S. 417, 449 (1998) (Kennedy, J., concurring))); *Brown*, 902 F.3d at 1087 (“The absence of a law, however, has never been held to constitute a ‘substantive result’ subject to judicial review[.]”).

The plaintiffs have made a compelling case that action is needed; it will be increasingly difficult in light of that record for the political branches to deny that climate change is occurring, that the government has had a role in causing it, and that our elected officials have a moral responsibility to seek solutions. We do not dispute that the broad judicial relief the plaintiffs seek could well goad the political branches into action. Diss. at 45–46, 49–50, 57–61. We reluctantly conclude, however, that the plaintiffs’ case must be made to the political branches or to the electorate at large, the latter of which can change the composition of the political branches through the ballot box. That the other branches may have abdicated their responsibility to remediate the problem does not confer on Article III courts, no matter how well-intentioned, the ability to step into their shoes.

(31) Contrary to the dissent, we do not find this to be a political question, although that doctrine’s factors often overlap with redressability concerns. Diss. at 51–61; *Republic of Marshall Islands v. United States*, 865 F.3d 1187, 1192 (9th Cir. 2017) (“Whether examined under the . . . the redressability prong of standing, or the political question doctrine, the analysis stems from the same separation-of-powers principle—enforcement of this treaty provision is not committed to the judicial branch. Although these are distinct doctrines . . . there is significant overlap.”).

III.

For the reasons above, we reverse the certified orders of the district court and remand this case to the district court with instructions to dismiss for lack of Article III standing.³²

REVERSED.

STATON, District Judge, dissenting:

In these proceedings, the government accepts as fact that the United States has reached a tipping point crying out for a concerted response—yet presses ahead toward calamity. It is as if an asteroid were barreling toward Earth and the government decided to shut down our only defenses.

Seeking to quash this suit, the government bluntly insists that it has the absolute and unreviewable power to destroy the Nation.

My colleagues throw up their hands, concluding that this case presents nothing fit for the Judiciary. On a fundamental point, we agree: No case can singlehandedly prevent the catastrophic effects of climate change predicted by the government and scientists. But a federal court need not manage all of the delicate foreign relations and regulatory minutiae implicated by climate change to offer real relief, and the mere fact that this suit cannot alone halt climate change does not mean that it presents no claim suitable for judicial resolution.

Plaintiffs bring suit to enforce the most basic structural principle embedded in our system of ordered liberty: that the Constitution does not condone the Nation's willful destruction. So viewed, plaintiffs' claims adhere to a judicially administrable standard. And considering plaintiffs seek no less than to forestall the Nation's demise, even a partial and temporary reprieve would constitute meaningful redress. Such relief, much like the desegregation orders and statewide prison injunctions the Supreme Court has sanctioned, would vindicate plaintiffs' constitutional rights without exceeding the Judiciary's province. For these reasons, I respectfully dissent.³³

I.

As the majority recognizes, and the government does not contest, carbon dioxide ("CO₂") and other greenhouse gas ("GHG") emissions created by burning fossil fuels are devastating the planet. Maj. Op. at 14–15. According to one of plaintiffs' experts, the inevitable result, absent immediate action, is "an inhospitable future

(32) The plaintiffs' motion for an injunction pending appeal, Dkt. 21, is **DENIED**. Their motions for judicial notice, Dkts. 134, 149, are **GRANTED**.

(33) I agree with the majority that plaintiffs need not bring their claims under the APA. See *Franklin v. Massachusetts*, 505 U.S. 788, 801 (1992); *Webster v. Doe*, 486 U.S. 592, 603–04 (1988).

.... marked by rising seas, coastal city functionality loss, mass migrations, resource wars, food shortages, heat waves, mega-storms, soil depletion and desiccation, freshwater shortage, public health system collapse, and the extinction of increasing numbers of species.” Even government scientists³⁴ project that, given current warming trends, sea levels will rise two feet by 2050, nearly four feet by 2070, over eight feet by 2100, 18 feet by 2150, and over 31 feet by 2200. To put that in perspective, a three-foot sea level rise will make two million American homes uninhabitable; a rise of approximately 20 feet will result in the total loss of Miami, New Orleans, and other coastal cities. So, as described by plaintiffs’ experts, the injuries experienced by plaintiffs are the first small wave in an oncoming tsunami – now visible on the horizon of the not-so-distant future – that will destroy the United States as we currently know it. What sets this harm apart from all others is not just its magnitude, but its irreversibility. The devastation might look and feel somewhat different if future generations could simply pick up the pieces and restore the Nation. But plaintiffs’ experts speak of a certain level of global warming as “locking in” this catastrophic damage. Put more starkly by plaintiffs’ expert, Dr. Harold R. Wanless, “[a]tmospheric warming will continue for some 30 years after we stop putting more greenhouse gasses into the atmosphere. But that warmed atmosphere will continue warming the ocean for centuries, and the accumulating heat in the oceans *will persist for millennia*” (emphasis added). Indeed, another of plaintiffs’ experts echoes, “[t]he fact that GHGs dissipate very slowly from the atmosphere . . . and that the costs of taking CO₂ out of the atmosphere through non-biological carbon capture and storage are very high means that *the consequences of GHG emissions should be viewed as effectively irreversible*” (emphasis added). In other words, “[g]iven the self-reinforcing nature of climate change,” the tipping point may well have arrived, and we may be rapidly approaching the point of no return.

Despite countless studies over the last half century warning of the catastrophic consequences of anthropogenic greenhouse gas emissions, many of which the government conducted, the government not only failed to act but also “affirmatively promote[d] fossil fuel use in a host of ways.” Maj. Op. at 15. According to plaintiffs’ evidence, our nation is crumbling – at our government’s own hand – into a wasteland. In short, the government has directly facilitated an existential crisis to the country’s perpetuity.³⁵

(34) NOAA, Technical Rep. NOS CO-OPS 083, Global and Regional Sea Level Rise Scenarios for the United States 23 (Jan. 2017).

(35) My asteroid analogy would therefore be more accurate if I posited a scenario in which the government itself accelerated the asteroid towards the earth before shutting down our defenses.

II.

In tossing this suit for want of standing, the majority concedes that the children and young adults who brought suit have presented enough to proceed to trial on the first two aspects of the inquiry (injury in fact and traceability). But the majority provides two-and-a-half reasons for concluding that plaintiffs' injuries are not redressable. After detailing its "skeptical[ism]" that the relief sought could "suffice to stop catastrophic climate change or even ameliorate [plaintiffs'] injuries[,]" Maj. Op. at 23–25, the majority concludes that, at any rate, a court would lack any power to award it. In the majority's view, the relief sought is too great and unsusceptible to a judicially administrable standard.

To explain why I disagree, I first step back to define the interest at issue. While standing operates as a threshold issue distinct from the merits of the claim, "it often turns on the nature and source of the claim asserted." *Warth v. Seldin*, 422 U.S. 490, 500 (1975). And, unlike the majority, I believe the government has more than just a nebulous "moral responsibility" to preserve the Nation. Maj. Op. at 31–32.

A.

The Constitution protects the right to "life, liberty, and property, to free speech, a free press, [and] freedom of worship and assembly." *W. Virginia State Bd. of Educ. v. Barnette*, 319 U.S. 624, 638 (1943). Through "reasoned judgment," the Supreme Court has recognized that the Due Process Clause, enshrined in the Fifth and Fourteenth Amendments, also safeguards certain "interests of the person so fundamental that the [government] must accord them its respect." *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584, 2598 (2015). These include the right to marry, *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967), to maintain a family and rear children, *M.L.B. v. S.L.J.*, 519 U.S. 102, 116 (1996), and to pursue an occupation of one's choosing, *Schwartz v. Bd. of Bar Exam.*, 353 U.S. 232, 238–39 (1957). As fundamental rights, these "may not be submitted to vote; they depend on the outcome of no elections." *Lucas v. Forty-Fourth Gen. Assembly*, 377 U.S. 713, 736 (1964) (quoting *Barnette*, 319 U.S. at 638).

Some rights serve as the necessary predicate for others; their fundamentality therefore derives, at least in part, from the necessity to preserve other fundamental constitutional protections. *Cf., e.g., Timbs v. Indiana*, 139 S. Ct. 682, 689 (2019) (deeming a right fundamental because its deprivation would "undermine other constitutional liberties"). For example, the right to vote "is of the essence of a democratic society, and any restrictions on that right strike at the heart of representative government." *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533, 555 (1964). Because it is "preservative of all rights," the Supreme Court has long regarded suffrage "as a fundamental political right." *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356, 370 (1886). This holds true even though the right to vote receives imperfect express protection in the Constitution itself: While several amendments proscribe the denial or abridgement of suffrage based

on certain characteristics, the Constitution does not guarantee the right to vote *ab initio*. See U.S. Const. amends. XV, XIX, XXIV, XXVI; cf. U.S. Const. art. I, § 4, cl. 1.

Much like the right to vote, the perpetuity of the Republic occupies a central role in our constitutional structure as a “guardian of all other rights,” *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202, 217 n.15 (1982). “Civil liberties, as guaranteed by the Constitution, imply the existence of an organized society” *Cox v. New Hampshire*, 312 U.S. 569, 574 (1941); see also *The Ku Klux Cases*, 110 U.S. 651, 657–68 (1884). And, of course, in our system, that organized society consists of the Union. Without it, all the liberties protected by the Constitution to live the good life are meaningless.

This observation is hardly novel. After securing independence, George Washington recognized that “the destiny of unborn millions” rested on the fate of the new Nation, cautioning that “whatever measures have a tendency to dissolve the Union, or contribute to violate or lessen the Sovereign Authority, ought to be considered as hostile to the Liberty and Independency of America[.]” President George Washington, Circular Letter of Farewell to the Army (June 8, 1783). Without the Republic’s preservation, Washington warned, “there is a natural and necessary progression, from the extreme of anarchy to the extreme of Tyranny; and that arbitrary power is most easily established on the ruins of Liberty abused to licentiousness.” *Id.*

When the Articles of the Confederation proved ill-fitting to the task of safeguarding the Union, the framers formed the Constitutional Convention with “the great object” of “preserv[ing] and perpetuat[ing]” the Union, for they believed that “the prosperity of America depended on its Union.” *The Federalist No. 2*, at 19 (John Jay) (E. H. Scott ed., 1898); see also Letter from James Madison to Thomas Jefferson (Oct. 24, 1787)³⁶ (“It appeared to be the sincere and unanimous wish of the Convention to cherish and preserve the Union of the States.”). In pressing New York to ratify the Constitution, Alexander Hamilton spoke of the gravity of the occasion: “The subject speaks its own importance; comprehending in its consequences nothing less than the existence of the Union, the safety and welfare of the parts of which it is composed—the fate of an empire, in many respects the most interesting in the world.” *The Federalist No. 1*, at 11 (Alexander Hamilton) (E. H. Scott ed., 1898). In light of this animating principle, it is fitting that the Preamble declares that the Constitution is intended to secure “the Blessings of Liberty” not just for one generation, but for all future generations—our “Posterity.”

The Constitution’s structure reflects this perpetuity principle. See *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706, 713 (1999) (examining how “[v]arious textual provisions of the Constitution assume” a structural principle). In taking the Presidential Oath, the Executive must vow to “preserve, protect and defend the Constitution of the United States,” U.S. Const. art. II, § 1, cl. 8, and the Take Care Clause obliges the President to “take Care that the Laws be faithfully executed,” U.S. Const. art. II, § 3. Likewi-

(36) Available at <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-12-02-0274>.

se, though generally not separately enforceable, Article IV, Section 4 provides that the “United States shall guarantee to every State in this Union a Republican Form of Government, and shall protect each of them against Invasion; and . . . against domestic Violence.” U.S. Const. art. IV, § 4; *see also New York v. United States*, 505 U.S. 144, 184–85 (1992).

Less than a century after the country’s founding, the perpetuity principle undergirding the Constitution met its greatest challenge. Faced with the South’s secession, President Lincoln reaffirmed that the Constitution did not countenance its own destruction. “[T]he Union of these States is perpetual[,]” he reasoned in his First Inaugural Address, because “[p]erpetuity is implied, if not expressed, in the fundamental law of all national governments. It is safe to assert that no government proper ever had a provision in its organic law for its own termination.” President Abraham Lincoln, First Inaugural Address (Mar. 4, 1861). In justifying this constitutional principle, Lincoln drew from history, observing that “[t]he Union is much older than the Constitution.” *Id.* He reminded his fellow citizens, “one of the declared objects for ordaining and establishing the Constitution was ‘to form a *more perfect* Union.’” *Id.* (emphasis added) (quoting U.S. Const. pmb.). While secession manifested the existential threat most apparently contemplated by the Founders—political dissolution of the Union—the underlying principle applies equally to its physical destruction.

This perpetuity principle does not amount to “a right to live in a contaminant-free, healthy environment.” *Guertin v. Michigan*, 912 F.3d 907, 922 (6th Cir. 2019). To be sure, the stakes can be quite high in environmental disputes, as pollution causes tens of thousands of premature deaths each year, not to mention disability and diminished quality of life.³⁷ Many abhor living in a polluted environment, and some pay with their lives. But mine-run environmental concerns “involve a host of policy choices that must be made by . . . elected representatives, rather than by federal judges interpreting the basic charter of government[.]” *Collins v. City of Harker Heights*, 503 U.S. 115, 129 (1992). The perpetuity principle is not an environmental right at all, and it does not task the courts with determining the optimal level of environmental regulation; rather, it prohibits only the willful dissolution of the Republic.³⁸

(37) *See, e.g.,* Andrew L. Goodkind et al., *Fine-Scale Damage Estimates of Particulate Matter Air Pollution Reveal Opportunities for Location-Specific Mitigation of Emissions*, in 116 Proceedings of the National Academy of Sciences 8775, 8779 (2019) (estimating that fine particulate matter caused 107,000 premature deaths in 2011).

(38) Unwilling to acknowledge that the very nature of the climate crisis places this case in a category of one, the government argues that “the Constitution does not provide judicial remedies for every social and economic ill.” For support, the government cites *Lindsey v. Normet*, 405 U.S. 56, 74 (1972), which held Oregon’s wrongful detainer statute governing landlord/tenant disputes constitutional. The perpetuity principle, however, cabins the right and avoids any slippery slope. While the principle’s goal is to preserve the most fundamental individual rights to life, liberty, and property,

That the principle is structural and implicit in our constitutional system does not render it any less enforceable. To the contrary, our Supreme Court has recognized that “[t]here are many [] constitutional doctrines that are not spelled out in the Constitution” but are nonetheless enforceable as “historically rooted principle[s] embedded in the text and structure of the Constitution.” *Franchise Tax Bd. of California v. Hyatt*, 139 S. Ct. 1485, 1498–99 (2019). For instance, the Constitution does not in express terms provide for judicial review, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 176–77 (1803); sovereign immunity (outside of the Eleventh Amendment’s explicit restriction), *Alden*, 527 U.S. at 735–36; the anticommandeering doctrine, *Murphy v. NCAA*, 138 S. Ct. 1461, 1477 (2018); or the regimented tiers of scrutiny applicable to many constitutional rights, see, e.g., *Turner Broad. Sys., Inc. v. FCC*, 512 U.S. 622, 641–42 (1994). Yet these doctrines, as well as many other implicit principles, have become firmly entrenched in our constitutional landscape. And, in an otherwise justiciable case, a private litigant may seek to vindicate such structural principles, for they “protect the individual as well” as the Nation. See *Bond v. United States*, 564 U.S. 211, 222, 225–26 (2011); *INS. v. Chadha*, 462 U.S. 919, 935–36 (1983).

In *Hyatt*, for instance, the Supreme Court held that a state could not be sued in another state’s courts without its consent. Although nothing in the text of the Constitution expressly forbids such suits, the Court concluded that they contravened “the ‘implicit ordering of relationships within the federal system necessary to make the Constitution a workable governing charter and to give each provision within that document the full effect intended by the Framers.’” *Hyatt*, 139 S. Ct. at 1492 (quoting *Nevada v. Hall*, 440 U.S. 410, 433 (1979) (Rehnquist, J., dissenting)). So too here.

Nor can the perpetuity principle be rejected simply because the Court has not yet had occasion to enforce it as a limitation on government conduct. Only over time, as the Nation confronts new challenges, are constitutional principles tested. For instance, courts did not recognize the anticommandeering doctrine until the 1970s because “[f]ederal commandeering of state governments [was] such a novel phenomenon.” *Printz v. United States*, 521 U.S. 898, 925 (1997). And the Court did not recognize that cell-site data fell within the Fourth Amendment until 2018. In so holding, the Court rejected “a ‘mechanical interpretation’ of the Fourth Amendment” because “technology has enhanced the Government’s capacity to encroach upon areas normally guarded from inquisitive eyes[.]” *Carpenter v. United States*, 138 S. Ct. 2206, 2214 (2018). Thus, it should come as no surprise that the Constitution’s commitment to perpetuity only now faces judicial scrutiny, for never before has the

it is not triggered absent an existential threat to the country arising from a “point of no return” that is, at least in part, of the government’s own making.

United States confronted an existential threat that has not only gone unremedied but is actively backed by the government.

The mere fact that we have alternative means to enforce a principle, such as voting, does not diminish its constitutional stature. Americans can vindicate federalism, separation of powers, equal protection, and voting rights through the ballot box as well, but that does not mean these constitutional guarantees are not independently enforceable.

By its very nature, the Constitution “withdraw[s] certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials and to establish them as legal principles to be applied by the courts.” *Barnette*, 319 U.S. at 638. When fundamental rights are at stake, individuals “need not await legislative action.” *Obergefell*, 135 S. Ct. at 2605.

Indeed, in this *sui generis* circumstance, waiting is not an option. Those alive today are at perhaps the singular point in history where society (1) is scientifically aware of the impending climate crisis, and (2) can avoid the point of no return. And while democracy affords citizens the right “to debate so they can learn and decide and then, through the political process, act in concert to try to shape the course of their own times[.]” *id.* (quoting *Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action*, 572 U.S. 291, 312 (2014)), that process cannot override the laws of nature. Or, more colloquially, we can’t shut the stable door after the horse has bolted.

As the last fifty years have made clear, telling plaintiffs that they must vindicate their right to a habitable United States through the political branches will rightfully be perceived as telling them they have no recourse. The political branches must often realize constitutional principles, but in a justiciable case or controversy, courts serve as the ultimate backstop. To this issue, I turn next. **B.**

Of course, “it is not the role of courts, but that of the political branches, to shape the institutions of government in such fashion as to comply with the laws and the Constitution.” *Lewis v. Casey*, 518 U.S. 343, 349 (1996).

So federal courts are not free to address *every* grievance. “Whether a party has a sufficient stake in an otherwise justiciable controversy to obtain judicial resolution of that controversy is what has traditionally been referred to as the question of standing to sue.” *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727, 731–32 (1972). Standing is “a doctrine rooted in the traditional understanding of a case or controversy,” developed to “ensure that federal courts do not exceed their authority as it has been traditionally understood.” *Spokeo, Inc. v. Robins*, 136 S. Ct. 1540, 1547 (2016).

A case is fit for judicial determination only if the plaintiff has: “(1) suffered an injury in fact, (2) that is fairly traceable to the challenged conduct of the defendant, and (3) that is likely to be redressed by a favorable judicial decision.” *Id.* (citing *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555, 560–61 (1992); then citing *Friends of the Earth, Inc. v. Laidlaw Envtl. Serv. (TOC), Inc.*, 528 U.S. 167, 180–81 (2000)). As to the

first two elements, my colleagues and I agree: Plaintiffs present adequate evidence at this pre-trial stage to show particularized, concrete injuries to legally-protected interests, and they present further evidence to raise genuine disputes as to whether those injuries – at least in substantial part – are fairly traceable to the government’s conduct at issue. *See* Maj. Op. at 18–21. Because I find that plaintiffs have also established the third prong for standing, redressability, I conclude that plaintiffs’ legal stake in this action suffices to invoke the adjudicative powers of the federal bench.

1.

“Redressability” concerns whether a federal court is capable of vindicating a plaintiff’s legal rights. I agree with the majority that our ability to provide redress is animated by two inquiries, one of efficacy and one of power. Maj. Op. at 21 (citing *M.S. v. Brown*, 902 F.3d 1076, 1083 (9th Cir. 2018)). First, as a causal matter, is a court order likely to actually remediate the plaintiffs’ injury? If so, does the judiciary have the constitutional authority to levy such an order? *Id.*

Addressing the first question, my colleagues are skeptical that curtailing the government’s facilitation of fossil-fuel extraction and combustion will ameliorate the plaintiffs’ harms. *See* Maj. Op. at 22–25. I am not, as the nature of the injury at stake informs the effectiveness of the remedy. *See Warth*, 422 U.S. at 500.

As described above, the right at issue is not to be entirely free from any climate change. Rather, plaintiffs have a constitutional right to be free from *irreversible and catastrophic climate change*. Plaintiffs have begun to feel certain concrete manifestations of this violation, ripening their case for litigation, but such prefatory harms are just the first barbs of an *ongoing* injury flowing from an *ongoing* violation of plaintiffs’ rights. The bulk of the injury is yet to come. Therefore, practical redressability is not measured by our ability to stop climate change in its tracks and immediately undo the injuries that plaintiffs suffer today – an admittedly tall order; it is instead measured by our ability to curb by some meaningful degree what the record shows to be an otherwise inevitable march to the point of no return. Hence, the injury at issue is not climate change writ large; it is climate change beyond the threshold point of no return. As we approach that threshold, the significance of every emissions reduction is magnified.

The majority portrays any relief we can offer as just a drop in the bucket. *See* Maj. Op. at 22–25. In a previous generation, perhaps that characterization would carry the day and we would hold ourselves impotent to address plaintiffs’ injuries. But we are perilously close to an overflowing bucket. These final drops matter. *A lot*. Properly framed, a court order – even one that merely postpones the day when remedial measures become insufficiently effective – would likely have a real impact on preventing the impending cataclysm. Accordingly, I conclude that the court could do something to help the plaintiffs before us.

And “something” is all that standing requires. In *Massachusetts v. EPA*, 549 U.S. 497 (2007), the Supreme Court explicitly held that a non-negligible reduction in emissions – there, by regulating vehicles emissions – satisfied the redressability requirement of Article III standing:

While it may be true that regulating motor-vehicle emissions will not by itself *reverse* global warming, it by no means follows that we lack jurisdiction to decide whether EPA has a duty to take steps to *slow* or *reduce* it. Because of the enormity of the potential consequences associated with manmade climate change, the fact that the effectiveness of a remedy might be delayed during the (relatively short) time it takes for a new motor-vehicle fleet to replace an older one is essentially irrelevant. Nor is it dispositive that developing countries such as China and India are poised to increase greenhouse gas emissions substantially over the next century: A reduction in domestic emissions would slow the pace of global emissions increases, no matter what happens elsewhere....

... The risk of catastrophic harm, though remote, is nevertheless real. *Id.* at 525-26

(internal citation omitted).

In other words, under Article III, a perceptible reduction in the advance of climate change is sufficient to redress a plaintiff’s climate change-induced harms. Full stop. The majority dismisses this precedent because *Massachusetts v. EPA* involved a procedural harm, whereas plaintiffs here assert a purely substantive right. Maj. Op. at 24. But this difference in posture does not affect the outcome.

While the redressability requirement is relaxed in the procedural context, that does not mean (1) we must engage in a similarly relaxed analysis whenever we invoke *Massachusetts v. EPA* or (2) we cannot rely on *Massachusetts v. EPA*’s substantive examination of the relationship between government action and the course of climate change. Accordingly, here, we do not consider the likelihood that plaintiffs will prevail in any newly-awarded agency procedure, nor whether granting access to that procedure will redress plaintiffs’ injury. Cf. *Massachusetts v. EPA*, 549 U.S. at 517-18; *Lujan*, 504 U.S. at 572 n.7. Rather, we assume plaintiffs *will* prevail – removing the procedural link from the causal chain – and we resume our traditional analysis to determine whether the desired outcome would in fact redress plaintiffs’ harms.³⁹ In

(39) The presence of a procedural right is more critical when determining whether the first and second elements of standing are present. This is especially true where Congress has “define[d] injuries and articulate[d] chains of causation that will give rise to a case or controversy where none

Massachusetts v. EPA, the remaining substantive inquiry was whether reducing emissions from fossil-fuel combustion would likely ameliorate climate change-induced injuries despite the global nature of climate change (regardless of whether renewed procedures were themselves likely to mandate such lessening). The Supreme Court unambiguously answered that question in the affirmative. That holding squarely applies to the instant facts,⁸ rendering the absence of a procedural right here irrelevant.⁴⁰

Indeed, the majority has already acknowledged as much in finding plaintiffs' injuries traceable to the government's misconduct because the traceability and redressability inquiries are largely coextensive. See Maj. Op. at 19–21; see also *Wash. Envtl. Council v. Bellon*, 732 F.3d 1131, 1146 (2013) (“The Supreme Court has clarified that the ‘fairly traceable’ and ‘redressability’ components for standing overlap and are ‘two facets of a single causation requirement.’ The two are distinct insofar as causality examines the connection between the alleged misconduct and injury, whereas redressability analyzes the connection between the alleged injury and requested judicial relief.”) (internal citation omitted). Here, where the requested relief is simply to stop the ongoing misconduct, the inquiries are nearly identical. Cf. *Allen v. Wright*, 468 U.S. 737, 753 n.19 (1984) (“[I]t is important to keep the inquiries separate” where “the relief requested goes well beyond the violation of law alleged.”), *abrogated on other grounds by Lexmark Int'l, Inc. v. Static Control Components, Inc.*, 572 U.S. 118 (2014); see also *infra* Part II.B.3.

2.

The majority laments that it cannot step into the shoes of the political branches, see Maj. Op. at 32, but appears ready to yield even if those branches walk the Nation over a cliff. This deference-to-a-fault promotes separation of powers to the detriment of our countervailing constitutional mandate to intervene where the political

existed before” by conferring procedural rights that give certain persons a “stake” in an injury that is otherwise not their own. *Spokeo*, 136 S. Ct. at 1549 (quoting *Lujan*, 504 U.S. at 580).

(40) Nor am I persuaded that *Massachusetts v. EPA* is distinguishable because of the relaxed standing requirements and “special solicitude” in cases brought by a state against the United States. *Massachusetts v. EPA*, 549 U.S. at 517–20. When *Massachusetts v. EPA* was decided, more than a decade ago, there was uncertainty and skepticism as to whether an individual could state a sufficiently definite climate change-induced harm based on gradually warming air temperatures and rising seas. But the Supreme Court sidestepped such questions of the concreteness of the plaintiffs’ injuries by finding that “[Massachusetts’s] stake in the outcome of this case is sufficiently concrete to warrant the exercise of federal judicial power.” *Id.* at 519. Here and now, the plaintiffs submit undisputed scientific evidence that their distinct and discrete injuries are caused by climate change brought about by emissions from fossil-fuel combustion. They need not rely on the “special solicitude,” *id.* at 520, of a state to be heard. Regardless, any distinction would go to the concreteness or particularity of plaintiffs’ injuries and not to the issue of redressability.

branches run afoul of our foundational principles. Our tripartite system of government is often and aptly described as one of “checks and balances.” The doctrine of standing preserves *balance* among the branches by keeping separate questions of general governance and those of specific legal entitlement. But the doctrine of judicial review compels federal courts to fashion and effectuate relief to right legal wrongs, even when – as frequently happens – it requires that we instruct the other branches as to the constitutional limitations on their power. Indeed, sometimes “the [judicial and governance] roles briefly and partially coincide when a court, in granting relief against actual harm that has been suffered, . . . orders the alteration of an institutional organization or procedure that causes the harm.” *Lewis*, 518 U.S. at 350; cf. *Valley Forge Christian Coll. v. Ams. United for Separation of Church & State, Inc.*, 454 U.S. 464, 474 (1982) (“Proper regard for the harm based on gradually warming air temperatures and rising seas. But the Supreme Court sidestepped such questions of the *concreteness* of the plaintiffs’ injuries by finding that “[Massachusetts’s] stake in the outcome of this case is sufficiently concrete to warrant the exercise of federal judicial power.” *Id.* at 519. Here and now, the plaintiffs submit *undisputed scientific evidence* that their distinct and discrete injuries are caused by climate change brought about by emissions from fossil-fuel combustion. They need not rely on the “special solicitude,” *id.* at 520, of a state to be heard. Regardless, any distinction would go to the concreteness or particularity of plaintiffs’ injuries and not to the issue of redressability.

Complex nature of our constitutional structure requires neither that the Judicial Branch shrink from a confrontation with the other two coequal branches of the Federal Government, nor that it hospitably accept for adjudication claims of constitutional violation by other branches of government where the claimant has not suffered cognizable injury.”). In my view, this Court must confront and reconcile this tension before deciding that thorny questions of standing preclude review in this case. And faithful application of our history and precedents reveals that a failure to do so leads to the wrong result.

Taking the long (but essential) way around, I begin first by acknowledging explicitly what the majority does not mention: our history plainly establishes an ambient presumption of judicial review to which separation-of powers concerns provide a rebuttal under limited circumstances. Few would contest that “[i]t is emphatically the province and duty of the judicial department” to curb acts of the political branches that contravene those fundamental tenets of American life so dear as to be constitutionalized and thus removed from political whims. See *Marbury*, 5 U.S. at 177–78. This presumptive authority entails commensurate power to grant appropriate redress, as recognized in *Marbury*, “which effectively place[s] upon those who would deny the existence of an effective legal remedy the burden of showing why their case was special.” *Ziglar v. Abbasi*, 137 S. Ct. 1843, 1874 (2017) (Breyer, J., dissenting). That is, “there must be something ‘peculiar’ (*i.e.*, special) about a case that warrants ‘excluding the injured party from legal redress and placing it within

that class of cases which come under the description of *damnum absque injuria* – a loss without an injury.’” *Id.* (cleaned up) (quoting *Marbury*, 5 U.S. at 163–64). In sum, although it is the plaintiffs’ burden to establish injury in fact, causation, and redressability, it is the government’s burden to establish why this otherwise-justiciable controversy implicates grander separation-of-powers concerns not already captured by those requirements. We do not otherwise abdicate our duty to enforce constitutional rights.

Without explicitly laying this groundwork, the majority nonetheless suggests that this case is “special” – and beyond our redress – because plaintiffs’ requested relief requires (1) the messy business of evaluating competing policy considerations to steer the government away from fossil fuels and (2) the intimidating task of supervising implementation over many years, if not decades. *See* Maj. Op. at 25–27. I admit these are daunting tasks, but we are constitutionally empowered to undertake them. There is no justiciability exception for cases of great complexity and magnitude.

3.

I readily concede that courts must on occasion refrain from answering those questions that are truly reserved for the political branches, even where core constitutional precepts are implicated. This deference is known as the “political question doctrine,” and its applicability is governed by a well-worn multifactor test that counsel’s judicial deference where there is:

[1] a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or [2] a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or [3] the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; or [4] the impossibility of a court’s undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or [5] an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or [6] the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question.

Baker v. Carr, 369 U.S. 186, 217 (1962); *see also Zivotofsky ex rel. Zivotofsky v. Clinton*, 566 U.S. 189, 195–201 (2012) (discussing and applying *Baker* factors); *Vieth*

v. Jubelirer, 541 U.S. 267, 277–90 (2004) (same); *Nixon v. United States*, 506 U.S. 224, 228–38 (1993) (same); *Chadha*, 462 U.S. at 940–43 (same).⁴¹

In some sense, these factors are frontloaded in significance. “We have characterized the first three factors as ‘constitutional limitations of a court’s jurisdiction’ and the other three factors as ‘prudential considerations.’” *Republic of Marshall Islands v. United States*, 865 F.3d 1187, 1200 (9th Cir. 2017) (quoting *Corrie v. Caterpillar, Inc.*, 503 F.3d 974, 981 (9th Cir. 2007)).⁴² Moreover, “we have recognized that the first two are likely the most important.” *Marshall Islands*, 865 F.3d at 1200 (citing *Alperin v. Vatican Bank*, 410 F.3d 532, 545 (9th Cir. 2005)). Yet, we have also recognized that the inquiry is highly case-specific, the factors “often collaps[e] into one another[.]” and any one factor of sufficient weight is enough to render a case unfit for judicial determination. See *Marshall Islands*, 865 F.3d at 1200 (first alteration in original) (quoting *Alperin*, 410 F.3d at 544). Regardless of any intra-factor flexibility and flow, however, there is a clear mandate to apply the political question doctrine both shrewdly and sparingly.

Unless one of these formulations is inextricable from the case at bar, there should be no dismissal for non-justiciability on the ground of a political question’s presence. The doctrine of which we treat is one of ‘political questions,’ not one of ‘political cases.’ The courts cannot reject as ‘no law suit’ a bona fide controversy as to whether some action denominated ‘political’ exceeds constitutional authority.

Baker, 369 U.S. at 217; see also *Corrie*, 503 F.3d at 982 (“We will not find a political question ‘merely because [a] decision may have significant political overtones.’”) (quoting *Japan Whaling Ass’n v. Am. Cetacean Soc’y*, 478 U.S. 221, 230 (1986)). Rather, when detecting the presence of a “political question,” courts must make a “discrimi-

(41) The political question doctrine was first conceived in *Marbury*. See *Marbury*, 5 U.S. at 165–66 (“By the constitution of the United States, the President is invested with certain important political powers, in the exercise of which he is to use his own discretion, and is accountable only to his country in his political character, and to his own conscience.”). The modern incarnation of the doctrine has existed relatively unaltered since its exposition in *Baker* in 1962. Although the majority disclaims the applicability of the political question doctrine, see Maj. Op. at 31, n.9, the opinion’s references to the lack of discernable standards and its reliance on *Rucho v. Common Cause*, 139 S. Ct. 2484 (2019), as a basis for finding this case nonjusticiable blur any meaningful distinction between the doctrines of standing and political question.

(42) The six *Baker* factors have been characterized as “reflect[ing] three distinct justifications for withholding judgment on the merits of a dispute.” *Zivotofsky v. Clinton*, 566 U.S. at 203 (Sotomayor, J., concurring). Under the first *Baker* factor, “abstention is warranted because the court lacks authority to resolve” “issue[s] whose resolution is textually committed to a coordinate political department[.]” *Id.* Under the second and third factors, abstention is warranted in “circumstances in which a dispute calls for decision making beyond courts’ competence[.]” *Id.* Under the final three factors, abstention is warranted where “prudence... counsel[s] against a court’s resolution of an issue presented.” *Id.* at 204.

nating inquiry into the precise facts and posture of the particular case” and refrain from “resolution by any semantic cataloguing.” *Baker*, 369 U.S. at 217.

Here, confronted by difficult questions on the constitutionality of *policy*, the majority creates a minefield of *politics* en route to concluding that we cannot adjudicate this suit. And the majority’s map for navigating that minefield is *Rucho v. Common Cause*, 139 S. Ct. 2484 (2019), an inapposite case about gerrymandering. My colleagues conclude that climate change is too political for the judiciary to touch by likening it to the process of political representatives drawing political maps to elect other political representatives. I vehemently disagree.

The government does not address on appeal the district judge’s reasoning that the first, third, fourth, fifth and sixth *Baker* factors do not apply here. Neither does the majority rely on any of these factors in its analysis. In relevant part, I find the opinion below both thorough and well-reasoned, and I adopt its conclusions. I note, however, that the absence of the first *Baker* factor – whether the Constitution textually delegates the relevant subject matter to another branch – is especially conspicuous. As the district judge described, courts invoke this factor only where the Constitution makes an unambiguous commitment of responsibility to one branch of government. Very few cases turn on this factor, and almost all that do pertain to two areas of constitutional authority: foreign policy and legislative proceedings. *See, e.g., Marshall Islands*, 865 F.3d at 1200–01 (treaty enforcement); *Corrie*, 503 F.3d at 983 (military aid); *Nixon*, 506 U.S. at 234 (impeachment proceedings); *see also Davis v. Passman*, 442 U.S. 228, 235 n.11 (1979) (“[J]udicial review of congressional employment decisions is constitutionally limited only by the reach of the Speech or Debate Clause[,] . . . [which is] a paradigm example of a textually demonstrable constitutional commitment of [an] issue to a coordinate political department.”) (internal quotation marks omitted); *Zivotofsky ex rel. Zivotofsky v. Kerry*, 135 S. Ct. 2076, 2086 (2015) (“The text and structure of the Constitution grant the President the power to recognize foreign nations and governments.”).

Since this matter has been under submission, the Supreme Court cordoned off an additional area from judicial review based in part on a textual commitment to another branch: partisan gerrymandering. *See Rucho*, 139 S. Ct. at 2494–96.⁴³ Obviously, the Constitution does not explicitly address climate change.

But neither does climate change *implicitly* fall within a recognized political-question area. As the district judge described, the questions of energy policy at stake here

(43) *Rucho* does not turn exclusively on the first *Baker* factor and acknowledges that there are some areas of districting that courts may police, notwithstanding the Elections Clause’s “assign[ment] to state legislatures the power to prescribe the ‘Times, Places and Manner of holding Elections’ for Members of Congress, while giving Congress the power to ‘make or alter’ any such regulations.” *Rucho*, 139 S. Ct. at 2495. Instead, *Rucho* holds that a combination of the text (as illuminated by historical practice) and absence of clear judicial standards precludes judicial review of excessively partisan gerrymanders. *See infra* Part II.B.4.

may have rippling effects on foreign policy considerations, but that is not enough to wholly exempt the subject matter from our review. See *Juliana v. United States*, 217 F. Supp. 3d 1224, 1238 (D. Or. 2016) (“[U]nlike the decisions to go to war, take action to keep a particular foreign leader in power, or give aid to another country, climate change policy is not *inherently*, or even primarily, a foreign policy decision.”); see also *Baker*, 369 U.S. at 211 (“[I]t is error to suppose that every case or controversy which touches foreign relations lies beyond judicial cognizance.”).

Without endorsement from the constitutional text, the majority’s theory is grounded exclusively in the second *Baker* factor: a (supposed) lack of clear judicial standards for shaping relief. Relying heavily on *Rucho*, the majority contends that we cannot formulate standards (1) to determine what relief “is sufficient to remediate the claimed constitutional violation” or (2) to “supervise[] or enforce[]” such relief. Maj. Op. at 29.

The first point is a red herring. Plaintiffs submit ample evidence that there is a discernable “tipping point” at which the government’s conduct turns from facilitating mere pollution to inducing an unstoppable cataclysm in violation of plaintiffs’ rights. Indeed, the majority itself cites plaintiffs’ evidence that “atmospheric carbon levels of 350 parts per million are necessary to stabilize the climate.” *Id.* at 24. This clear line stands in stark contrast to *Rucho*, which held that—even assuming an excessively partisan gerrymander was unconstitutional—no standards exist by which to determine *when a rights violation has even occurred*. There, “[t]he central problem [wa]s not determining whether a jurisdiction has engaged in partisan gerrymandering. It [wa]s determining when political gerrymandering has gone too far.” *Rucho*, 139 S. Ct. at 2497 (internal quotation marks omitted); see also *id.* at 2498 (“[T]he question is one of degree: How to provide a standard for deciding how much partisan dominance is too much.”) (internal quotation marks omitted); *id.* at 2499 (“If federal courts are to... adjudicat[e] partisan gerrymandering claims, they must be armed with a standard that can reliably differentiate unconstitutional from constitutional political gerrymandering.”) (internal quotation marks and citation omitted).

Here, the right at issue is fundamentally one of a discernable standard: the amount of fossil-fuel emissions that will irreparably devastate our Nation. That amount can be established by scientific evidence like that proffered by the plaintiffs. Moreover, we need not *definitively* determine that standard today. Rather, we need conclude only that plaintiffs have submitted sufficient evidence to create a genuine dispute as to whether such an amount can possibly be determined as a matter of scientific fact. Plaintiffs easily clear this bar. Of course, plaintiffs will have to carry their burden of proof to establish this fact in order to prevail at trial, but that issue is not before us. We must not get ahead of ourselves.

The procedural posture of this case also informs the question of oversight and enforcement. It appears the majority’s real concerns lie not in the judiciary’s ability

to draw a line between lawful and unlawful conduct, but in our ability to equitably walk the government back from that line without wholly subverting the authority of our coequal branches. My colleagues take great issue with plaintiffs' request for a "plan" to reduce fossil-fuel emissions. I am not so concerned. At this stage, we need not promise plaintiffs the moon (or, more apropos, the earth in a habitable state).

For purposes of standing, we need hold only that the trial court could fashion some sort of meaningful relief should plaintiffs prevail on the merits.⁴⁴

Nor would any such remedial "plan" necessarily require the courts to muck around in policymaking to an impermissible degree; the *scope* and *number* of policies a court would have to reform to provide relief is irrelevant to the second *Baker* factor, which asks only if there are judicially discernable standards to guide that reformation. Indeed, our history is no stranger to widespread, programmatic changes in government functions ushered in by the judiciary's commitment to requiring adherence to the Constitution. Upholding the Constitution's prohibition on cruel and unusual punishment, for example, the Court ordered the overhaul of prisons in the Nation's most populous state. See *Brown v. Plata*, 563 U.S. 493, 511 (2011) ("Courts may not allow constitutional violations to continue simply because a remedy would involve intrusion into the realm of prison administration.") And in its finest hour, the Court mandated the racial integration of every public school—state and federal—in the Nation, vindicating the Constitution's guarantee of equal protection under the law.⁴⁵ See *Brown v. Bd. of Educ. (Brown I)*, 347 U.S. 483 (1954); *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954). In the school desegregation cases, the Supreme Court was explicitly unconcerned with the fact that crafting relief would require individualized review of thousands of state and local policies that facilitated segregation. Rather, a unanimous Court held that the judiciary could work to dissemble segregation over time while remaining cognizant of the many public interests at stake:

To effectuate [the plaintiffs'] interest[s] may call for elimination of a variety of obstacles in making the transition to school systems operated in accordance

(44) It is possible, of course, that the district court ultimately concludes that it is unable to provide meaningful redress based on the facts proved at trial, but trial has not yet occurred. Our present occasion is to decide only whether plaintiffs have raised a genuine dispute as to the judiciary's ability to provide meaningful redress under *any* subset of the facts at issue today. See Maj. Op. at 18 (citing *Cent. Delta Water Agency v. United States*, 306 F.3d 938, 947 (9th Cir. 2002)).

(45) In contrast, we are haunted by the days we declined to curtail the government's approval of invidious discrimination in public life, see *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 559 (1896) (Harlan, J., dissenting). ("[T]he judgment this day rendered will, in time, prove to be quite as pernicious as the decision made by this tribunal in the Dred Scott Case."), and neglected to free thousands of innocents prejudicially interned by their own government without cause, see *Trump v. Hawaii*, 138 S. Ct. 2392, 2423 (2018) ("Korematsu was gravely wrong the day it was decided[.]").

with the constitutional principles set forth in [*Brown I*]. Courts of equity may properly take into account the public interest in the elimination of such obstacles in a systematic and effective manner. But it should go without saying that the vitality of these constitutional principles cannot be allowed to yield simply because of disagreement with them.

. . . [T]he courts may find that additional time is necessary to carry out the ruling in an effective manner. The burden rests upon the defendants to establish that such time is necessary in the public interest and is consistent with good faith compliance at the earliest practicable date. To that end, the courts may consider problems related to administration, arising from the physical condition of the school plant, the school transportation system, personnel, revision of school districts and attendance areas into compact units to achieve a system of determining admission to the public schools on a nonracial basis, and revision of local laws and regulations which may be necessary in solving the foregoing problems.

Brown v. Bd. of Educ. (Brown II), 349 U.S. 294, 300–01 (1955).

As we are all too aware, it took decades to even partially realize *Brown's* promise, but the slow churn of constitutional vindication did not dissuade the *Brown* Court, and it should not dissuade us here. Plaintiffs' request for a "plan" is neither novel nor judicially incognizable. Rather, consistent with our historical practices, their request is a recognition that remedying decades of institutionalized violations may take some time. Here, too, decelerating from our path toward cataclysm will undoubtedly require "elimination of a variety of obstacles." Those obstacles may be great in number, novelty, and magnitude, but there is no indication that they are devoid of discernable standards. Busing mandates, facilities allocation, and district-drawing were all "complex policy decisions" faced by post-*Brown* trial courts, *see* Maj. Op. at 25, and I have no doubt that disentangling the government from promotion of fossil fuels will take an equally deft judicial hand. Mere complexity, however, does not put the issue out of the courts' reach. Neither the government nor the majority has articulated why the courts could not weigh scientific and prudential considerations—as we often do—to put the government on a path to constitutional compliance.

The majority also expresses concern that any remedial plan would require us to compel "the adoption of a comprehensive scheme to decrease fossil fuel emissions and combat climate change[.]" *Id.* at 25. Even if the operative complaint is fairly read as requesting an affirmative scheme to address *all* drivers of climate change, however caused, *see id.* at 23 n.6., such an overbroad request does not doom our ability to redress those drivers implicated by the conduct at issue here. Courts routinely grant plaintiffs less than the full gamut of requested relief, and our inability to compel legislation that addresses emissions beyond the scope of this case—such as those purely in the private sphere or within the control of foreign governments—

speaks nothing to our ability to enjoin the government from exercising its discretion in violation of plaintiffs' constitutional rights.

4.

In sum, resolution of this action requires answers only to scientific questions, not political ones. And plaintiffs have put forth sufficient evidence demonstrating their entitlement to have those questions addressed at trial in a court of law.

As discussed above, the majority reaches the opposite conclusion not by marching purposefully through the *Baker* factors, which carve out a narrow set of nonjusticiable *political* cases, but instead by broadly invoking *Rucho* in a manner that would cull from our dockets any case that presents administrative issues "too difficult for the judiciary to manage." Maj. Op. at 28. That simply is not the test. Difficult questions are not necessarily political questions and, beyond reaching the wrong conclusion in this case, the majority's application of *Rucho* threatens to eviscerate judicial review in a swath of complicated but plainly apolitical contexts.

Rucho's limitations should be apparent on the face of that opinion. *Rucho* addresses the political process itself, namely whether the metastasis of partisan politics has unconstitutionally invaded the drawing of political districts within states. Indeed, the *Rucho* opinion characterizes the issue before it as a request for the Court to reallocate political power between the major parties. *Rucho*, 139 S. Ct. at 2502, 2507, 2508. *Baker* factors aside, *Rucho* surely confronts fundamentally "political" questions in the common sense of the term. Nothing about climate change, however, is inherently political. The majority is correct that redressing climate change will require consideration of scientific, economic, energy, and other policy factors. But that endeavor does not implicate the way we elect representatives, assign governmental powers, or otherwise structure our polity.

Regardless, we do not limit our jurisdiction based on common parlance. Instead, legal and constitutional principles define the ambit of our authority. In the present case, the *Baker* factors provide the relevant guide and further distinguish *Rucho*. As noted above, *Rucho's* holding that policing partisan gerrymandering is beyond the courts' competence rests heavily on the first *Baker* factor, *i.e.*, the textual and historical delegation of electoral-district drawing to state legislatures. The *Rucho* Court decided it could not discern mathematical standards to navigate a way out of that particular political thicket. It did not, however, hold that mathematical (or scientific) difficulties in creating appropriate standards divest jurisdiction in *any* context.

Such an expansive reading of *Rucho* would permit the "political question" exception to swallow the rule.

Global warming is certainly an imposing conundrum, but so are diversity in higher education, the intersection between prenatal life and maternal health, the role of religion in civic society, and many other social concerns. *Cf. Regents of the Univ. of Cal. v. Bakke*,

438 U.S. 265, 360 (1978) (“[T]he line between honest and thoughtful appraisal of the effects of past discrimination and paternalistic stereotyping is not so clear[.]”); *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 871 (1992) (stating that *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), involved the “difficult question” of determining the “weight to be given [the] state interest” in light of the “strength of the woman’s [privacy] interest”); *Am. Legion v. Am. Humanist Ass’n*, 139 S. Ct. 2067, 2094 (2019) (Kavanaugh, J., concurring) (noting that determining the constitutionality of a large cross’s presence on public land was “difficult because it represents a clash of genuine and important interests”). These issues may not have been considered within the purview of the judicial branch had the Court imported wholesale *Rucho*’s “manageable standards” analysis even in the absence of *Rucho*’s inherently political underpinnings. Beyond the outcome of the instant case, I fear that the majority’s holding strikes a powerful blow to our ability to hear important cases of widespread concern.

III.

To be sure, unless there is a constitutional violation, courts should allow the democratic and political processes to perform their functions. And while all would now readily agree that the 91 years between the Emancipation Proclamation and the decision in *Brown v. Board* was too long, determining when a court must step in to protect fundamental rights is not an exact science. In this case, my colleagues say that time is “never”; I say it is now.

Were we addressing a matter of social injustice, one might sincerely lament any delay, but take solace that “the arc of the moral universe is long, but it bends towards justice.”⁴⁶ The denial of an individual, constitutional right – though grievous and harmful – can be corrected in the future, even if it takes 91 years. And that possibility provides hope for future generations.

Where is the hope in today’s decision? Plaintiffs’ claims are based on science, specifically, an impending point of no return. If plaintiffs’ fears, backed by the government’s *own studies*, prove true, history will not judge us kindly. When the seas envelop our coastal cities, fires and droughts haunt our interiors, and storms ravage everything between, those remaining will ask: Why did so many do so little?

I would hold that plaintiffs have standing to challenge the government’s conduct, have articulated claims under the Constitution, and have presented sufficient evidence to press those claims at trial. I would therefore affirm the district court.

WITH RESPECT, I DISSENT

(46) Dr. Martin Luther King, Jr., *Remaining Awake Through a Great Revolution*, Address at the National Cathedral, Washington, D.C. (Mar. 31, 1968). In coining this language, Dr. King was inspired by an 1853 sermon by abolitionist Theodore Parker. See Theodore Parker, *Of Justice and the Conscience*, in *Ten Sermons of Religion* 84–85 (Boston, Crosby, Nichols & Co. 1853).

Sumario:

De la Facultad en tiempos de crisis

Museo Histórico de la Facultad de Derecho-Colecciones

Formación académica

Formación en posgrado

Carreras de Posgrado

Actividades en investigación

Ciencia y Técnica

Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales

Publicaciones

Biblioteca

Actividades de extensión y relaciones internacionales

Actividades para graduados

De la Facultad en tiempos de crisis

Son tiempos históricos, aquellos que nos enfrentan a situaciones imprevistas, tiempos de transiciones. Al momento de redactar esta sección nos encontramos con una pandemia (COVID 19 / *coronavirus disease 2019*) declarada y en curso. Varias son las medidas y adaptaciones que cambian (y cambiarán) la vida cotidiana de nuestra comunidad académica.

Las autoridades de la Facultad de Derecho, en consonancia con las resoluciones de la Universidad Nacional de Córdoba, acompañaron las decisiones del Gobierno nacional en relación al cuidado de la salud pública, tomando las medidas necesarias para la protección de la comunidad estudiantil, docente, de investigación y no docente.

Se proyectó dar continuidad de la enseñanza de grado a través del cambio de modalidad del dictado de las materias del primer semestre, de presencial a virtual. Para ello, se conformó un equipo multidisciplinario encargado de organizar e implementar las acciones a través de entornos virtuales. El equipo formado por autoridades y equipo pedagógico-comunicacional se integró por:

- * Autoridades: Decano, Dr. Guillermo Barrera Buteler; Vicedecano, Dr. Edgardo García Chiple; Secretario Académico, Dr. Alejandro Freytes; Prosecretaría Académica, Mgter. María Ruiz Juri y Secretario Administrativo, Prof. Daniel Erezian.

* Reseña realizada por la Prof. Carla Saad.

- * Equipo pedagógico-comunicacional: Lic. María Belén Santillán Arias, Lic. Elisa Zabala, Lic. Eliana Barberis, Lic. Sabrina Sánchez, Ab. Laura Guzmán, Ab. Renata Fortuna, Lic. Mariel Barberis y Tec. Sabrina Perea.

También la enseñanza de posgrado tuvo que adaptarse a los nuevos tiempos. La virtualidad se transformó en la metodología de dictado del primer semestre académico. Carreras, diplomaturas, cursos sobre los que sus directores y coordinadores tuvieron que trabajar en adaptar contenidos a los recursos que ofrece la tecnología, acompañados por el equipo interdisciplinario.

El marco de actuación fueron las resoluciones decanales de la Facultad 210/2020 y 232/2020 con fundamento en la emergencia sanitaria nacional dictada por ley 27541, el DECNI-2020-260-APN-PTE y la Resolución Rectoral 2020-367-E-UNC-REC.

Los modos relatados son las estrategias utilizadas e implementadas por una comunidad académica que, “codo a codo”, trabaja adaptándose a los nuevos tiempos para dar continuidad a la enseñanza, preservando la salud de todos.

Histórico de la Facultad de Derecho-Colecciones

El Museo Histórico de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba se ha propuesto reflejar la rica historia de la institución que representa. Desde el momento de su creación, el Museo ha recibido importantes donaciones de los hijos de esta Casa, graduados convertidos en destacados profesores investigadores y académicos de las Academias Nacionales tales como la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Academia de Ciencias Morales y Políticas y la Academia Nacional de la Historia, políticos que alcanzaron a desempeñar importantes cargos en la administración pública, nacional y/o provincial, incluyendo la presencia de ocho Presidentes y Vice Presidentes de la Nación Argentina, Gobernadores, Magistrados, Miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, de tribunales ordinarios y federales etc.

Las donaciones efectuadas por los egresados de la Facultad, que se multiplican día a día, han permitido alimentar las cinco salas de Colección Permanente del Museo, cuya estrategia ha sido estructurada del siguiente modo:

La Sala de los Presidentes posee los retratos y un conjunto de fotografías, documentos, libros, ediciones de las primeras obras de autor, bastones y bandas presidenciales, diplomas medallas, condecoraciones, manuscritos, objetos de escritorio, ropa, efectos personales, vajilla y objetos varios que pertenecieron a los ocho Presidentes y Vice Presidentes que alcanzaron a completar su formación académica en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

La Sala de los Gobernadores y los Intendentes de Córdoba (en formación) posee piezas que pertenecieron a los gobernadores y a los Intendentes de nuestra provincia que pasaron por las aulas de la Facultad de Derecho, ordenados y expuestos con la misma estrategia discursiva.

La Sala del Codificador posee piezas que pertenecieron a Dalmacio Vélez Sarsfield, manuscritos, medallas, primeras ediciones del Código Civil y curiosas fotografías de su lugar de nacimiento, Amboy.

La Sala de los Profesores alberga mobiliarios completos de despachos de célebres abogados y profesores universitarios de los siglos XIX y XX, sus artículos de escritorio, máquinas de escribir de principios de siglo XX, retratos, diplomas, manuscritos, carpetas, tarjetaría, documentos, librerías completas para el ejercicio profesional, y también trajes académicos usados en las ceremonias universitarias y para acudir a los tribunales, objetos personales, piezas de vajilla, objetos de culto, etc.

La Sala de Historia Institucional reúne un apreciable número de objetos, fotografías, textos, manuscritos, documentos, muebles, trofeos, medallas, diplomas, etc que reflejan diversos y significativos momentos de la vida institucional de la Facultad de Derecho.

La Sala de los Decanos posee colecciones de artículos de escritorio, máquinas de escribir de principios de siglo XX, retratos, diplomas, manuscritos, carpetas, tarjetaría, documentos, colecciones fotográficas, trofeos y regalos institucionales y personales y también trajes académicos usados en las ceremonias universitarias, objetos personales, piezas de vajilla, objetos de culto, etc de los decanos elegidos democráticamente que gobernaron nuestra Facultad de Derecho.

Dirección: Dra. Marcela Aspell

Datos de contacto

Obispo Trejo 242, Córdoba. Lunes a viernes de 9 a 18 h.

Tel. 54-351-4331054

museoderecho@ derecho.unc.edu.ar

Formación académica

La Secretaría Académica de la Facultad orienta su trabajo a partir de un plan estratégico donde se articulan tres áreas: Área Académica Administrativa del Plan de Estudios, Área de Gestión Docente, y Área de Desarrollo Curricular e Innovaciones. En todas ellas se van sumando acciones y protagonistas que entusiastamente participan.

Los Proyectos Pedagógico-Comunicacionales que se ponen a disposición desde el Área de Desarrollo Curricular e Innovaciones y tienen por objeto acompañar las trayectorias estudiantiles y fortalecer el asesoramiento pedagógico y comunicacional de los Profesores de la Facultad de Derecho durante todo el año académico, entre ellos se enumeran:

- * Proyecto de “Tutorías Individualizadas a Estudiantes”, Resolución Decanal 1044/2014.
- * Programa de Redacción Académica, Resolución Decanal 1475/2018.

- * Programa de Formación y Perfeccionamiento Docente, Resolución Decanal 1146/2018.
- * Seminario de Enseñanza de las Ciencias Jurídicas.

La Facultad cuenta como opción al grado de Abogacía, la carrera de *Profesorado en Ciencias Jurídicas* que tiene como objetivo preparar docentes formados pedagógicamente en las ciencias jurídicas para desempeñarse en el sistema educativo y la *Tecnicatura Universitaria en Asistencia en Investigación Penal*, carrera que cuenta el aporte de profesores de la Casa.

Lo descripto son solo algunas de las actividades llevadas a cabo en la Secretaría Académica que cuenta con un equipo de trabajo que, dentro del contexto de posibilidades y condicionamientos propios de las instituciones públicas, aspira a trabajar al servicio de la comunidad académica en el marco de políticas institucionales y planes de acción de la Facultad.

Para informes e inscripciones comunicarse a los teléfonos 0351- 4332057/58 int. 356, email: academica@derecho.unc.edu.ar, el horario de atención es de 8:00 a 20:00 hs. Mas info: www.derecho.unc.edu.ar.

Formación en posgrado

La Secretaría de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, ofrece una amplia variedad de actividades académicas destinadas a la formación de profesionales que cuentan con título de grado; que desarrollen sus actividades en el ámbito del Poder Judicial, la administración pública u organizaciones privadas, y deseen especializarse, actualizar y poner en común sus conocimientos en aquellos temas interesantes en el panorama del derecho argentino y americano.

La consolidación de estas carreras, cursos, seminarios, talleres, paneles y jornadas de Posgrado supone que, año tras año, podamos seguir ofreciendo a todos aquellos que nos visitan un atractivo plantel de programas académicos, en los que participan distinguidos profesores, investigadores y especialistas de reconocido prestigio nacional e internacional.

Cuenta entre sus propuestas académicas:

Carreras de posgrado

Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales

La carrera hunde sus raíces allá en el Siglo XVIII cuando por disposición del virrey Nicolás Antonio de Arredondo se incorporaron estudios de derecho a la universidad, naciendo así la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, según registros de la Universidad, en el año 1791.

Director: Prof. Dr. Edgardo García Chiple.

Doctorado en Ciencia Política (Cogestionada entre esta Facultad y el Centro de Estudios Avanzados - Facultad de Ciencias Sociales)
Directora: Prof. Dra. María Teresa Piñero

Maestría en Derecho Administrativo
Directores: Profs. Dres. Domingo J. Sesín y Jose L. Palazzo.

Maestría en Derecho y Argumentación
Directores: Profs. Dres. Hugo Seleme y Ernesto Garzón Valdez

Maestría en Derecho Civil Patrimonial
Directores: Profs. Dres. Juan Carlos Palmero y Juan Manuel Aparicio.

Maestría en Derecho de Vejez (primera en su género dictada en Latinoamérica).
Directores: Profs. Dres. María Isolina Dabove y Ramón Daniel Pizarro.

Maestría en Sociología (Cogestionada entre esta Facultad y el Centro de Estudios Avanzados - Facultad de Ciencias Sociales)
Directora: Prof. Dra. Patricia Scarponetti.

Especialización en Derecho de Familia
Directoras: Profs. Dras. Amalia Uriondo de Martinoli y Elena García Cima de Esteve.

Carrera Interinstitucional de Especialización en Derecho Laboral (UNC - UCC - UNL)
Directores: Profs. Dres: Raúl E. Altamira Gigena, Albor Cantard y María del Carmen Piña.

Carrera Interinstitucional de Especialización en Derecho Penal (UNC - UNL)
Directores: Prof. Dres. José Milton Peralta, Enrique Buteler y Ricardo Alvarez

Especialización en Derecho de los Negocios
Directora: la Prof. Ab. Cristina Mercado de Sala

Especialización en Derecho Procesal
A cargo de dirección Prof. Dr. Manuel González Castro

Especialización en Derecho Tributario
Director: Prof. Cons. Ab. José C. Bocchiardo. Subdirector Prof. Ab. Esteban Salcedo.

Diplomaturas, Seminarios y Cursos Posgrado

Diplomatura en Diplomacia Contemporánea a cargo de las Profs. Dra Graciela Salas y Ab. Emma Mini.

Diplomatura en Derecho Municipal

Directores: Profs. Dres. Guillermo Barrera Buteler y Norma Bonifacino.

Diplomatura en Derecho de la Seguridad Social y del Trabajo

Directora: Prof. Dra. Rosa Elena Bosio.

Además, contamos con otros *cursos y seminarios* que son propuestos por los profesores de la Casa y desarrollados durante el año académico.

La labor es amplia y fructífera, orientada para brindar calidad de excelencia en cada una de las tareas emprendidas.

Para informes e inscripciones comunicarse a los teléfonos 0351-4332064/4332135, email: cgradua@derecho.unc.edu.ar, el horario de atención es de 09:30 a 13:30 hs. y de 15:30 a 19:30 hs. Mas info: www.derecho.unc.edu.ar

Actividades en investigación

Ciencia y Técnica

La Secretaría de Ciencia y Técnica de la Facultad de Derecho de la UNC cumple una función de enlace entre investigadores y la SECYT-UNC, colaborando también en programas de investigación nacionales. Convoca y gestiona programas como Becas Estimulo a las Vocaciones Científicas para estudiantes avanzados de grado del Consejo Interuniversitario Nacional (EVC-CIN), Becas-Secyt (Becas de Iniciación de Maestría, Maestría, Doctorado, Finalización de Doctorado y Posdoctorales), presentación de programa de apoyos para financiar publicaciones, eventos científicos y viajes a países limítrofes, entre otros.

Invitamos a la comunidad académica a contactarse con la Secretaría para informarse de todas las actividades, eventos y apoyos científicos que se ofrecen en pos de estimular la investigación científica del Derecho.

Para informes e inscripciones: Caseros 301, planta baja, de lunes a jueves de 10:00 a 15:00hs y viernes de 10:00 a 14:00hs, o contactarnos por teléfono: 0351-4332011, o por correo electrónico: scyttec@derecho.unc.edu.ar. Mas info: www.derecho.unc.edu.ar, Facebook en la página Secyt Derecho UNC.

Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales

El Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS) organiza distintas actividades de formación y desarrollo en investigación, entre las que se enumeran:

Asesoramiento metodológico

Programa dirigido a estudiantes y egresados a los que se les presentaren dudas de tipo metodológico, epistemológico o de contenido al realizar una Tesis Doctoral o de Maestría; una Tesina o Monografía de Postgrado o al elaborar y desarrollar un Proyecto de Investigación. En tal caso, pueden solicitar una entrevista con nuestros Investigadores, en los horarios de consulta correspondientes, a los efectos de ser asesorados y evacuar sus inquietudes. Para mayor información y solicitud de formularios dirigirse al C.I.J.S.

Ciclos y programas institucionales

- * Ciclo de presentación y difusión de investigaciones “Pensando desde el centro”. El ciclo es anual y tiene como objetivo el intercambio de saberes entre investigadores y equipos de investigación, abriendo también la participación a la comunidad.
- * “Jornadas sobre Experiencias en Investigación”. Las tradicionales jornadas tienen como objetivo articular el necesario encuentro de los resultados de las investigaciones desarrolladas en el Centro y la sociedad. Tienen lugar todos los años, en el mes de octubre, en la sede de la Facultad de Derecho.
- * “Feria de Información sobre Becas y Subsidios en investigación”, organizada por el CIJS con la participación de diferentes instituciones (SECyT, DAAD, Istituto Italiano di Cultura, entre otros) y tiene como objetivo la difusión de apoyos a la investigación dentro de la comunidad académica.
- * “Programa de Becas de pregrado”, dirigido a los alumnos de la carrera de abogacía con el objetivo de incentivar la tarea de investigación en nuestros jóvenes alumnos.

Publicación institucional - Anuario

El Anuario es una publicación científica, arbitrada, periódica (anual), cuyo propósito es difundir las investigaciones llevadas a cabo por los investigadores vinculados al Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, y los docentes de la Facultad de Derecho de la UNC. Intenta presentar a la comunidad académica jurídica los resultados de los proyectos que tienen sede en el Centro, con el propósito de estimular el diálogo interdisciplinario, sin privilegiar perspectivas ni poseer orientación particular. Sólo admite trabajos inéditos, no propuestos simultáneamente a otras publicaciones periódicas.

Biblioteca del Centro de Investigaciones

El CIJS posee una biblioteca, producto de intercambio de material bibliográfico y audiovisual con distintas instituciones, de donaciones de los autores e investigadores y de la publicación del Anuario. La misma se encuentra disponible para su consulta, en los horarios de atención al público.

Además, el CIJS es sede de seminarios, conferencias, conversatorios, cursos y demás actividades de sus investigadores como también de profesores de la Casa.

Para informes e inscripciones comunicarse a los teléfonos 0351- 4332059, Caseros 301, Córdoba. Horario de atención: 10:00 a 18:00 hs. Email: cinvestderecho@gmail.com. **Más info:** www.derecho.unc.edu.ar, Facebook.

Actividades de extensión y relaciones internacionales

La Secretaría de Extensión y Relaciones Internacionales de la Facultad es un importante vínculo de nuestra comunidad académica con la sociedad. A esos fines organiza distintas Jornadas, Seminarios, Congresos y Talleres, Proyectos de Extensión que se materializan a lo largo del año, con la activa participación de instituciones y organizaciones de la sociedad civil.

La Secretaría también tiene a su cargo la gestión de convocatorias de movilidad internacional y la gestión de estudiantes internacionales en conjunto con la Prosecretaría de Relaciones Internacionales del Rectorado de la UNC, entre ellos UNC al Mundo, PILA, PIEG, AUGM.

Para informes e inscripciones comunicarse al teléfono (0351) 4331099, Independencia 258 1° Piso, Córdoba. Horario de atención: 10 a 14 horas. Más info: email: extyri@derecho.unc.edu.ar.

Actividades para graduados

La Secretaría de Graduados de la Facultad organiza distintos cursos, seminarios, diplomaturas, como también otras actividades para graduados universitarios. Orienta sus tareas hacia cuestiones de la práctica y del ejercicio de la profesión. Algunas de las actividades desarrolladas son: "Seminario sobre actualización de Derecho Procesal Laboral", "Seminario: Actualidad del Proceso Penal en la órbita provincial y federal", "Seminario: "El Proceso Sucesorio", "Café Jurídico con Graduados. Nuevos Escenarios Jurídico - Económicos en el ejercicio de la Profesión", "Seminarios integrados de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social", "Discriminación en las relaciones laborales", "Procesos Colectivos Constitucionales y Recursos Judiciales en materia de Salud", Conferencia "La Inconstitucionalidad del impuesto a las ganancias sobre las Jubilaciones", Seminario: "Algunos aspectos de la Inteligencia Artificial", "Seminario Teórico Práctico en Ciberdelitos", "Jornadas de Profundización del Régimen Laboral de Docentes Privados", "Jornada sobre

Expediente Electrónico”, “Seminario de Formación Básica de Mediadores: Introductorio, Entrenamiento y Pasantías”, etc.

Para informes e inscripciones comunicarse a los teléfonos (0351) 4332057/58/60 inte. 351, Obispo Trejo n° 242, 2° piso, Córdoba. Horario de atención: 10.30 a 14 horas. Más info: e-mail: graduadosfdycs@gmail.com.

HERNÁNDEZ, Antonio M. *A veinticinco años de la Reforma Constitucional de 1994*, Editorial de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2019, 165 páginas.

El Doctor Antonio M. Hernández ha sido, sin duda alguna, una de las figuras clave de la reforma constitucional de 1994. Como el mismo reconoce en la Introducción de este libro “A veinticinco años de la Reforma Constitucional de 1994”, ha estado presente en todas las instancias de dicho proceso. En la etapa preconstituyente, formó parte de la Comisión de Juristas de la UCR que desarrolló el Acuerdo de Olivos y participó de los debates de la Convención Nacional partidaria y de la Ley 24309 como Diputado nacional. En la etapa constituyente, integró la Convención donde asumió la importante función de Vicepresidente de la Comisión Redactora. Finalmente, en la etapa postconstituyente, participó en la presentación de proyectos y en los debates de leyes reglamentarias de la reforma, y ha elaborado distintos trabajos en los que ha efectuado un balance periódico de sus aciertos y de las cuestiones pendientes o incumplidas, entre los que se destaca la presente obra.

El libro cuenta con cuatro capítulos a los que antecede una breve introducción. En el primero, titulado “El proceso preconstituyente”, el autor relata minuciosamente los acontecimientos previos a la reforma y explica las circunstancias históricas y políticas que determinaron la necesidad de concretar el controvertido Acuerdo de Olivos. Según entiende «(...) *los detractores del pacto privilegiaron una visión agonal de nuestra política y no comprendieron que era menester considerar la cuestión desde el punto de vista arquitectónico*» (pp. 17/18).

En el Capítulo II “Legitimidad e ideas-fuerza de la reforma”, reflexiona sobre su legalidad y legitimidad de la Reforma, rescata su importancia al acabar con el debate -no menor- sobre el estatus constitucional y la califica como “(...) *el supremo ejercicio de política arquitectónica en base a acuerdos de todas las fuerzas políticas del país*” (p. 25). En tal sentido, plantea el Doctor Hernández que: “*Ese ejemplo de pluralismo, democracia deliberativa y consenso en torno a nuestra Ley Fundamental es el que debe seguirse en la actualidad, para superar las dificultades y divisiones que tenemos, que impiden el desarrollo nacional*” (p. 25).

En relación a las ideas fuerza de la Reforma, el autor señala seis: la atenuación del presidencialismo, la modernización y fortalecimiento del Congreso, la garantía de la independencia del Poder Judicial, el fortalecimiento del federalismo y las autonomías municipales, el otorgamiento de un nuevo estatus a la Ciudad de Buenos Aires y el reconocimiento de nuevos derechos y garantías constitucionales. Además, enumera las medidas que propuso para su concreción en el Proyecto Integral de reforma, muchas de las cuales se plasmaron en el texto constitucional. Finalmente, agrega como séptima idea fuerza el afianza-

miento de los procesos de integración, tanto nacionales como supranacionales, con el fin de dar una respuesta eficaz a los desafíos que presenta el mundo globalizado.

En el Capítulo III “El diseño constitucional y la práctica institucional posterior”, el autor analiza la adecuación del diseño constitucional a las ideas fuerza que guiaron a la Reforma, como también el desarrollo institucional posterior de la misma en la etapa postconstituyente. Dicha tarea la encara con una visión crítica, aguda y realista, pero no pesimista. Según advierte, “(...) *los cambios introducidos en el texto fueron acertados, aunque en la vigencia sociológica no se cumplen en su totalidad*” (p. 39).

El último capítulo, titulado “Modernización e incumplimientos constitucionales. La necesidad de elevar nuestra cultura institucional”, se centra en dos grandes aspectos: los avances producidos con la Reforma en cuanto a la modernización del texto constitucional, y los incumplimientos de este último en la etapa postconstituyente.

En cuanto al primero, el autor resalta como primer gran resultado de la Reforma la modernización de la Ley Fundamental federal, tanto en su parte dogmática como orgánica: destaca la profundización de los aspectos vinculados al constitucionalismo social lograda; y la introducción a nivel nacional en la etapa de la internalización de los derechos humanos.

En cuanto al segundo aspecto, contrasta en el capítulo cómo a la política arquitectónica desarrollada en la etapa constituyente -en la que se alcanzaron altos grados de acuerdo- le siguió una etapa en la que se volvió a una política agonal que dio como resultado un deficiente y parcial cumplimiento de la Ley Suprema. Menciona las normas reglamentarias no sancionadas aún por el Congreso, la falta de designación en la actualidad del Defensor del Pueblo, y la violación en la que están incurriendo tres provincias (Buenos Aires, Mendoza y Santa Fe) al no haber reformado aún sus constituciones locales para dar cumplimiento al artículo 123 sobre autonomía municipal.

Para concluir, el autor hace referencia a los tres problemas de nuestra sociedad: la anomia, la corrupción, y la violencia, y remarca la necesidad de elevar nuestra cultura constitucional para lo cual propone una serie de acciones concretas. No solo hay en el libro un meditado diagnóstico de nuestra realidad constitucional, sino también claras propuestas para revertir tal situación, reflejo del profundo compromiso del autor con la defensa de la Constitución y de los valores republicanos.

En conclusión, la lectura de la obra invita a reflexionar de la mano del Doctor Antonio M. Hernández -quien ha estudiado esta temática ininterrumpidamente a lo largo de muchos años- acerca de los orígenes, fundamentos, aciertos y aspectos pendientes de la Reforma de 1994. En tal contexto, creemos que este nuevo libro resulta un aporte de suma importancia que puede contribuir a que tal situación se revierta para que la Reforma constitucional más importante de la historia argentina no quede inconclusa, como señala el autor de la obra bajo comentario en su reflexión final:

Debemos abrazarnos a la Constitución, que es nuestro proyecto político nacional más importante para dejar atrás la decadencia y alcanzar un grado de desarrollo acorde a los sueños de los padres fundadores. Solo así podremos cumplir el primer gran objetivo del Preámbulo que es el de constituir la unión nacional, que nos permita superar las graves desavenencias y conflictos que dividen al país y resolver sus problemas estructurales (p. 165).

Paulina Chiacchiera Castro

KRIEGER, Heike - NOLTE, Georg - ZIMMERMANN, Andreas (Eds.). *The International Rule of Law. Rise or Decline?*, Oxford University Press, Oxford, Oxford-RU, 2019, 400 páginas.

El libro, fruto de labor colectiva, es resultado parcial de tareas de investigación más amplias, las que persiguen el objetivo de determinar si el Derecho internacional público, tal como se desarrolló desde el final de la Guerra Fría, continúa su avance progresivo perfilándose en un orden orientado a los derechos humanos y a múltiples actores, o bien, si se observa un retorno a los elementos más clásicos del Derecho internacional. En este contexto, la expresión “Estado de Derecho Internacional” (“International Rule of Law”) se ha elegido para hacer visible que se está trabajando sobre una visión más amplia y abierta del Derecho internacional. La obra analiza cómo se puede determinar si el Derecho internacional continúa desarrollándose o si está luchando por su supervivencia, haciendo frente a desafíos que podrían dar lugar a reevaluaciones más fundamentales que puedan cambiar su perfil y su rol. Se cuestiona sobre si el Derecho internacional está mostrando una tendencia hacia una informalización o una reformalización, o incluso una erosión de las normas jurídicas internacionales como tales.

La investigación examina el papel del Derecho internacional en un orden global cambiante. Los autores observan que actualmente se está produciendo una crisis sistémica relevante del Derecho internacional de proporciones inusuales que requiere una reevaluación del Estado y el papel del orden jurídico internacional. Se preguntan si los desafíos que han surgido en los últimos años conducen a un nuevo tipo de derecho internacional, si se está evolucionando hacia un reforzamiento del regreso de un tipo de derecho internacional “clásico” en el que los Estados tienen más margen político, o si se observa una depresión, un decaimiento del Estado como sujeto base del Derecho internacional. En resumen, se preguntan qué papel puede y debe jugar el Derecho internacional en el futuro

El Grupo de Investigación reúne a abogados internacionales y politólogos de tres instituciones en las siguientes zonas: Berlín-Brandeburgo: Freie Universität Berlin, Humboldt-Universität zu Berlin y Universität Potsdam. Un pilar importante del Grupo de Investigación consiste en el programa asociado para investigadores internacionales que visitan el Grupo de Investigación por períodos de hasta dos

años. Los proyectos de investigación individuales se beneficiaron de los densos intercambios interdisciplinarios entre académicos, profesionales, becarios posdoctorales y estudiantes de doctorado de diversos orígenes académicos, lo que ha permitido el enriquecimiento de las percepciones y los resultados del trabajo. El grupo que ha contribuido en el libro es mucho más amplio doctrinariamente que el equipo investigador, siendo polifacético y respondiendo a distintas percepciones paradigmáticas.

Los distinguidos académicos que ofrecen sus percepciones en torno al Derecho internacional actual en el libro conjunto reflexionan sobre cómo abordar las cuestiones señaladas al inicio desde perspectivas históricas orientadas al sistema o centradas en el actor. Las contribuciones se ocupan *i.a.* del auge del Derecho internacional europeo desde el siglo XVII, la decadencia del “Estado de Derecho Internacional (EDI)”, el cumplimiento de las normas como un indicador del EDI, la elaboración de leyes informales en tiempos de populismo, el EDI ambiental y otros problemas complejos, los derechos humanos en Europa, la influencia de los Estados BRICS, el impacto de los actores no estatales en el Derecho internacional, la contribución del Derecho internacional a la justicia global, la contestación de las normas basadas en valores, el EDI a la luz de las pretensiones de legitimidad.

Dada la densidad de la obra y la cantidad de aportantes nos limitamos a presentar los títulos y autores de cada capítulo y sólo haremos unos pocos comentarios particulares para resaltar la dimensión de la obra.

El trabajo conjunto está compuesto de una visión introductoria y veintiún aportes divididos en cuatro Partes.

El capítulo introductorio a cargo de Heike Krieger (Profesora de Derecho Público y Derecho Internacional en la Freie Universität Berlin) y Georg Nolte (Profesor de Derecho en la Humboldt-Universität, Berlin) se titula *The International Rule of Law - Rise or Decline? Approaching current foundational challenges*. Los autores se preguntan si aún continúa la juridización de las relaciones internacionales en base a un entendimiento universal de valores, si hay una informalización, una reformulación del Derecho internacional (DI), o si nos hallamos simplemente frente a una crisis del DI. Entienden que el DI ha evolucionado desde la Paz de Westfalia como un sistema interestatal eurocéntrico, con nuevas normas, principios e instituciones en el siglo XX con la Sociedad de Naciones y la ONU. Alcanzó nuevos entendimientos tras la Guerra Fría a pesar de las grandes diferencias ideológicas, etapa tras la cual el Derecho internacional trascendió su sello europeo, especialmente como fruto de la descolonización. Los treinta años transcurridos tras la Guerra Fría han puesto en evidencia grandes cambios en la clásica interpretación de la Carta de las Naciones Unidas: *i.a.* una práctica expansiva del Consejo de Seguridad; la adopción de ciertos tratados claves sobre Cambio Climático, Organización Mundial del Comercio entre otros; protección de derechos individuales; incremento de tribunales en materia de DD.HH.; constitución de la Corte Penal Internacional; la creación de nuevos órganos

de adjudicación internacional, la incorporación de nuevos actores junto a los Estados y a las Organizaciones Internacionales. Introducen así y dan sentido unitario a las reflexiones contenidas en las distintas contribuciones.

La *Parte I Perspectivas Históricas*) está conformada por cuatro aportes con los siguientes títulos y autores: **The Decay of the International Rule of Law Project (1990-2015)* (Jochen von Bernstorff); **The Rise and Decline of the International Rule of Law and the Job of Scholar* (Anne Peters); **Coercion, Internationalization, Decolonization - A Contextual Reading of the Rise of European International Law Since the 17th Century* (Felix Lange); **International Law within a Global International Society: Comment on Felix Lange* (Andrew Hurrell).

La *Parte II (Perspectivas Orientadas al Actor)* consta de los siguientes títulos y autores: **The BRICS as 'Rising Powers' and the Development of International Law* (Aniruddha Rajput); **International law and its others: Comment on Aniruddha Rajput* (Simon Chesterman); **Do Non-State Actors Strengthen or Weaken International Law? The Story of a Liberal Symbiosis* (Jean d'Aspremont); **Liberal or not? Comment on Jean d'Aspremont* (Michael Zurn); **From high hopes to scepticism? Human rights protection and rule of law in Europe in an ever more hostile environment* (Angelika Nussberger); **How Should the European Court of Human Rights Respond to Criticism: Comment on Angelika Nussberger* (Geir Ulfstein).

La *Parte III (Perspectivas orientadas al sistema)* contiene seis contribuciones: **Is Compliance an Indicator for the State of International Law? - Exploring the Compliance Trilemma* (Jeffrey L. Dunoff); **Comment on Jeffrey Dunoff*, (Markus Jachtenfuchs); **The Rule of International (Environmental) Law and Complex Problems* (Jutta Brunnee); **Complexity Rules (or: Ruling Complexity): Comment on Jutta Brunnee* (Tomer Broude); *International Law, Informal Lawmaking and Global Governance in Times of Anti-Globalism and Populism* (Jan Wouters); **International Law in Times of Anti-Globalism and Populism - Challenges Ahead: Comment on Jan Wouters* (Andreas Zimmermann - Norman Weiß).

La *Parte IV (Justicia y Legitimidad)* se constituye con las siguientes presentaciones: **Search for legitimacy - A symptom for a normative crisis?* (Thilo Marauhn); **The Relationship between Legality and Legitimacy: A Double-Edged Sword* (Dana Burchardt); **The Contestation of Value-Based Norms: Confirmation or Erosion of International Law?* (Tijanjana Maluwa); **Comment on Tijanjana Maluwa* (Andrea Liese - Nina Reiners); **Ensuring Access to Information: International Law's Contribution to Global Justice* (Eyal Benvenisti); **Comment on Eyal Benvenisti* (Maurice Kamto).

Se trata de una contribución al Derecho internacional en general de altísima calidad intelectual ofrecida por renombrados doctrinarios. Al mismo tiempo, es una obra que condensa visiones esenciales que hacen a la concepción misma del Derecho internacional y sus retos actuales. Es de destacar el contrapunto que se lleva a cabo entre las distintas percepciones sobre temas comunes al dar lugar no sólo a presentaciones individuales sino a comentarios polifónicos sobre el pensar de los

colegas autores (comentarios). Flexibilidad y apertura pocas veces vista, muestra de riqueza y honestidad intelectual.

Zlata Drnas de Clément

MOYA DOMINGUEZ, María Teresa. *Derecho Internacional Público*, 2ª ed. Ampliada, Editorial Ediar, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, 786 páginas.

Esta obra -ampliada en su segunda edición- es un gran aporte para el estudio de los alumnos de Derecho Internacional y para los profesionales que recién se inician en el estudio del mismo. Como bien lo destaca la autora, esta actualización de 2018 resulta necesaria para destacar cómo operan las transformaciones que se producen en la realidad internacional y en los valores que la comunidad sostiene, imponiendo cambios en las normas que regulan a esa realidad social. Para encarar estos cambios, la autora propuso en esta obra el método trialista, el que ya había sido utilizado en la primera edición publicada en 1972, agregando a las tres dimensiones del derecho, que son la analítica (estudio de las normas), la axiológica (estudio de los valores) y la sociológica (estudio de la realidad social), a la dimensión del poder (que estudia la capacidad de los Estados de imponer sus decisiones a los demás).

El Manual está compuesto de dos Partes en las que se reparten los contenidos del Derecho Internacional clásico (Parte I), y los de la Comunidad Internacional Organizada, o sea las organizaciones internacionales (Parte II).

En la *Parte I* titulada el *Derecho Internacional General*, la autora procede a explicar a modo de Introducción, la metodología utilizada en la presente obra. Esta parte se desarrolla en varios títulos, los que pasamos a referir.

En el *Título I* denominado *Definiciones, Relaciones con el Derecho Interno y Fuentes* se encuentran los siguientes capítulos: Capítulo 1 titulado *Definición, Relaciones con el Derecho Interno*, realiza un análisis desde la Reforma Constitucional de 1994. El Capítulo 2 se ocupa de las Fuentes del Derecho Internacional como procesos de formación o generación normativa.

El *Título II* denominado los *Actores del Derecho Internacional* está conformado por 4 capítulos en los que la autora realiza un estudio sintético renovado de los sujetos internacionales, actualiza datos en relación a los límites de la Plataforma continental de nuestro territorio y reafirma conceptos básicos de la Responsabilidad Internacional. En el Capítulo 1 se ocupa de los Sujetos, el Capítulo 2 de los Reparto de Competencias Espaciales en el Derecho Internacional, el Capítulo 3 de la Representación Internacional; el Capítulo 4 de la Responsabilidad Internacional del Estado.

En el *Título III* denominado *El Individuo ante el Derecho Internacional*, se incluyen los siguientes tres capítulos, en donde se analiza jurisprudencia actualizada sobre Protección diplomática, se analiza el sistema regional de protección de los Derechos Humanos y de los tribunales Internacionales *Ad Hoc*. El Capítulo 1 se ocupa del

Individuo ante el Estado, el Capítulo 2 de la Protección Internacional de los Derechos Humanos, el Capítulo 3 de la Responsabilidad Internacional del Individuo.

En la *Parte II*, bajo el título de *El Derecho Internacional Institucionalizado*, se destacan los siguientes títulos y capítulos.

En el *Título I* sobre *Organizaciones Internacionales*, se encuentran 2 capítulos, en los que se destacan los comentarios realizados a la función de la ONU y un análisis sobre las transformaciones que sufrieron algunos organismos. El Capítulo 1 de este título desarrolla el Concepto de Organización Universal, y el Capítulo 2 se ocupa de las Organizaciones Internacionales en el *Ámbito Regional*.

En el *Título II* denominado *Los Conflictos*, se encuentran 6 capítulos, en donde se estudian los métodos de soluciones de litigios internacionales, se analizan algunos acontecimientos internacionales de destacada importancia, se realiza una breve síntesis relativa a la aplicación de la legítima defensa, las transformaciones del derecho a la guerra y de la guerra, y finaliza con una reseña sobre algunos conceptos del Derecho Humanitario. El Capítulo 1 se titula Solución Pacífica de las Controversias, el Capítulo 2 La Aplicación Coactiva del Derecho Internacional. La prohibición del uso de la fuerza, el Capítulo 3 El Sistema de Seguridad Colectiva en la Sociedad internacional Organizada, el Capítulo 4 Excepciones a la Prohibición del Uso de la Fuerza, el Capítulo 5 La Transformación del Derecho a la Guerra y de la Guerra y el Capítulo 6 El Derecho Internacional Humanitario.

En esta *Parte II*, se incluye como *Título III* el “Nuevo Derecho Internacional y la expansión de sus contenidos”, expuesto en 4 capítulos. Allí se encara el tema de los aspectos jurídicos de la deuda externa latinoamericana y de la Argentina, como así también la importancia en la regulación internacional de Medio Ambiente.

El Capítulo 1 se titula El Nuevo Derecho Internacional, el Capítulo 2 El Derecho Internacional del Medio Ambiente, el Capítulo 3 Organizaciones de Procesos de Integración: UE, MERCOSUR, TLC, ALCA, ASEAN. Por último, el Capítulo 4 se titula La Deuda Externa y la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados.

Resultan de gran relevancia los temas planteados en la obra, ya sea por la marcada actualidad de los temas que presentan las grandes preocupaciones internacionales en la materia, ya sea por la claridad conceptual del trabajo que permite al estudioso un análisis integrador y reflexivo.

Yamila Yunes

OLMO, JUAN PABLO. *Salud mental y discapacidad. Análisis del Código Civil y Comercial de la Nación, Segunda edición ampliada, Editorial Dunken, Buenos Aires, 2017, 269 páginas.*

La entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial (CCC) de nuestro país el 1° de agosto de 2015 ha traído consigo una serie de reformas y visiones del

derecho que se han venido receptando tanto en el derecho global como el nacional desde hace varias décadas. La unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, produjo un verdadero cambio de paradigma en cuanto a los principios rectores del Derecho Privado, alineando esta normativa a los principios generales de Constitucionalización del Derecho Privado, igualdad, respeto a los derechos humanos etc.

No existen dudas respecto a que uno de los temas en que se han verificado los mayores cambios ha sido el régimen de la capacidad jurídica. Los principios rectores en la materia determinan el posterior tratamiento que ha adoptado el CCC, entre los que se pueden mencionar la igualdad, la no discriminación entre personas capaces, incapaces y con capacidad restringida, la necesidad de un estudio interdisciplinario previo a cualquier restricción a la autonomía de la voluntad, el respeto a la independencia del incapaz y el reemplazo del sistema de curatela por el de los apoyos a los fines de acompañar al incapaz en la toma de decisiones, reservando la curatela y el reemplazo de la voluntad del incapaz para supuestos de excepción y gravedad.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, incorporada al derecho interno por Ley N° 26378 del 6 de junio de 2008, fue un importante antecedente que influyó notoriamente a través de sus principios en el tratamiento de la capacidad adoptado por el Código Civil y Comercial, en tanto este debe alinearse a sus disposiciones.

Frente a este cambio de paradigmas el Prof. Juan Pablo Olmo analiza el conjunto de disposiciones del Código Civil y Comercial respecto a la capacidad, analizándolo comparativamente con el adoptado por el Código Civil. El autor es Abogado, Especialista en Derecho de Familia por la Universidad de Buenos Aires, docente de Derecho de Familia, Defensor Público, Titular de la Defensoría N° 1 de la Capital Federal. Es justamente su experiencia profesional en el ámbito del Derecho familia la que le permite abordar con una mirada eminentemente práctica la multiplicidad de supuestos en los que la capacidad de las personas resulta de trascendental importancia para la validez de los actos jurídicos, el sistema adoptado por el CCC y los procedimientos necesarios para su restricción.

Esta obra se encuentra dividida en 6 seis partes temáticas. La primera de ellas referida a la capacidad jurídica, la cual en su punto 2 repasa los principios generales de capacidad de Derecho y de ejercicio, determinando quiénes son incapaces de ejercicio. En todos los casos se realiza un análisis comparativo del actual régimen y del Código derogado. Se analiza especialmente el supuesto del art. 24 inc. c en tanto el mismo -al referirse a la sentencia de declaración de incapacidad- establece “la extensión dispuesta en esa decisión”, dejando un amplio margen de discrecionalidad al Juez respecto al caso concreto. En el punto 3 analiza el supuesto especial de las restricciones a la capacidad desde el art. 31 al 42 del CCC, ya sea desde los diferentes casos que la habilitan, los sujetos legitimados a solicitarla, la posibilidad de solicitar medidas cautelares, entrevista personal, la participación del interesado

en el proceso, la sentencia y sus alcances, en particular la revisión de la misma, los sistemas de apoyo como una figura que sustituye al curador, la cual queda limitada a algunos supuestos. En este caso, resulta importante abordar las disposiciones que hacen al procedimiento pertinente sin perjuicio de las correspondientes adaptaciones que deban realizar los códigos procesales de las provincias.

Dentro de la primera parte también se analizan los arts. 44 a 46 del CCC respecto a la validez de los actos jurídicos realizados por el incapaz previo a la inscripción de la sentencia y con posterioridad y, en particular, en qué casos y con qué procedimientos puede cesar la incapacidad o la restricción a la misma. En el último punto se analiza el supuesto de los inhabilitados y el único caso que ha subsistido en el CCC: los pródigos.

La segunda parte analiza uno de los aspectos más novedosos del CCC cuál es el régimen de la representación, regulado de manera autónoma al del mandato, y la novedosa incorporación de los apoyos, como asistentes para la toma de decisiones de los incapaces pero sin sustituir su voluntad.

La tercera parte está dedicada al análisis de la curatela previsto en los arts. 138 a 140 del CCC, las reglas que la regulan, las condiciones para poder ser curador y el supuesto del art. 140 referido a la persona protegida con hijos.

En la cuarta parte el autor realiza un análisis de las implicancias que tiene el régimen de la capacidad a lo largo de los diferentes institutos del CCC. Comprende los casos de impedimentos matrimoniales, ejercicio de la responsabilidad parental, mejora a favor del heredero con discapacidad y capacidad para testar.

La quinta parte de la obra aborda el problemático tema de la aplicación de la Ley en el tiempo prevista en el art 7 del CCC y el impacto que ha tenido respecto de los procedimientos de declaración de incapacidad en vigencia del Código velezano.

La sexta parte constituye un valioso aporte ya sea para el abogado litigante como para el docente e investigador. Consta de una recopilación de jurisprudencia de Tribunales de todo el país surgida durante el primer año posterior a la entrada en vigencia del nuevo Código agrupada por temas tales como: Revisión de las sentencias firmes, capacidad restringida, trámite de revisión de sentencia, improcedencia de la incapacidad, incapacidad, competencia, designación de apoyos, entre otros. Cada uno de los fallos está acompañado de un comentario.

En última instancia el autor incorpora tablas comparativas que resultan esclarecedoras al momento de comprender acabadamente el cambio de paradigmas que trajo consigo el CCC. La primera de ellas realiza un análisis comparativo del régimen de la capacidad entre el Código Civil y el Código Civil y Comercial de la Nación. En un segundo cuadro se realizan las concordancias entre los artículos del Código Civil y el Código Civil y Comercial de la Nación.

La obra que se reseña se caracteriza por contar con una estructura de fácil acceso, ordenada y detallada, realizando una interpretación cuidadosa de la normativa involucrada en un tema tan trascendental para la vida civil como la capacidad. Seguramente, la experiencia en la función pública del autor proporciona soluciones concretas a problemáticas determinadas. Sin dudas, el correr de los tiempos nos ofrecerá nuevos desafíos y variables en el abordaje de la capacidad jurídica de los cuales -no hay duda- el autor nos podrá brindar en el futuro posibles respuestas.

Laura Alejandra Calderón