

ISSN 2618-5121 (web)

FORUM

07

AÑO 2019

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



FORUM

**REVISTA DEL
CENTRO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL**

– N° 7 - Año 2019 –

FORUM

REVISTA DEL CENTRO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

– Nº 7 - Año 2019 –

**Facultad de Derecho
Universidad Católica Argentina**

ORLANDO JUAN GALLO

Director del Centro de Derecho Constitucional

ROBERTO ANTONIO PUNTE

Director de la revista

SOFÍA CALDERONE

Secretaria de redacción

GERMÁN MASSERDOTTI

Asistente editorial



Editorial de la Universidad Católica Argentina

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

UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA

FUNDACIÓN UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA

A. M. de Justo 1400 • P.B., Contrafrente • (C1107AAZ)

Tel. / Fax 4349-0200 • educa@uca.edu.ar

Buenos Aires, agosto de 2019

ISSN: 2618-5121 (web)

Queda hecho el depósito que previene la Ley 11.723

Printed in Argentina - Impreso en la Argentina

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

Rector

Dr. Miguel Ángel Schiavone

Vicerrectora de Investigación e Innovación Académica

Dra. María Clara Zamora

Vicerrector de Integración

Pbro. Gustavo Boquín

Secretario Académico

Dr. Gabriel Limodio

Administrador General

Dr. Horacio Rodríguez Penelas

FACULTAD DE DERECHO

Decano

Dr. Pablo María Garat

Director de la Carrera

Dr. Daniel A. Herrera

Secretario Académico

Dr. Carlos Muñiz

Director de Investigación Jurídica Aplicada

Dr. Nicolás Lafferriere

Director de Posgrado
Dr. Gustavo Costa Aguilar

Director del Doctorado en Ciencias Jurídicas
Dr. Fernando Ubiría

Director de Relaciones Institucionales
Dr. Néstor Raymundo

Centro de Derecho Constitucional-Director
Orlando J. Gallo

Revista FORUM

Director de la Revista
Roberto A. Punte

Secretaria de Redacción
Sofía Calderone

Asistente Editorial
Germán Masserdotti

Consejo Editorial
Ezequiel Abásolo
Juan Manuel Clérico
Luis Roldán (h)

Consejo Académico
Miguel Ayuso (Universidad Pontificia Comillas - Madrid - Argentina)
Sergio Raúl Castaño (UNSTA - CONICET - Tucumán - Argentina)
Eduardo Quintana (Pontificia Universidad Católica Argentina -
Buenos Aires - Argentina)
Débora Ranieri de Cechini (Pontificia Universidad Católica Argentina -
Buenos Aires - Argentina)
Alfonso Santiago (h) (Universidad Austral - Buenos Aires - Argentina)
Juan Fernando Segovia (Universidad de Mendoza -
CONICET - Mendoza - Argentina)

FORUM

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SUMARIO

Editorial: Academia y bien común (Academy and Common Good)	13
---	----

Ensayo

BARRA, RODOLFO C. Ordenamiento jurídico y subsidiariedad (Legal Order and Subsidiarity)	17
--	----

Artículo de investigación

URIBURU, GREGORIO JOSÉ La perforación de los topes mínimos de las escalas penales. Análisis a partir de los casos <i>Guffanti</i> y <i>Ríos</i> (The sentencing below mandatory minimum punishments. An analysis from the cases <i>Guffanti</i> and <i>Ríos</i>)	29
--	----

Comentario

GAVALDÁ, JUAN MARCELO El amparo por mora en la Provincia de Santa Fe. Propuesta para su incorporación en la Constitución Provincial (The administrative delay remedies in the Province of Santa Fe. Proposal for incorporation into the Provincial Constitution).....	51
--	----

Documentos

CARTABIA, MARTA (CON TRADUCCIÓN DE LA DRA. DÉBORA RANIERI DE CECHINI)	
Conferencia Magistral de Marta Cartabia: “Ley positiva y libertad religiosa en una sociedad pluralista desde el pensamiento de Benedicto XVI” (Conference by Marta Cartabia: Positive law and religious freedom in a pluralistic society from the thought of Benedict XVI)	67
GARAT, PABLO MARÍA	
El Federalismo como expresión del principio de subsidiariedad (Federalism as an expression of the principle of subsidiarity).....	93
Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	115

Reseñas

ROLDÁN, LUIS	
<i>Il potere costituente, tra mito e realtà</i> , de Castaño, Sergio Raúl, Giuffrè, 2018.....	119
VEGA, GERARDO E.	
<i>La separación de poderes. Un estudio desde el derecho comparado</i> , Bianchi, Alberto B., Editorial Cathedra Jurídica, 2019.....	125
FORUM. Normas de publicación	133

EDITORIAL

ACADEMIA Y BIEN COMÚN

ACADEMY AND COMMON GOOD

La Universidad como institución cultural, ámbito de saberes, participa además de una nota exclusiva de ser, en cuanto parte de la Iglesia, “experta en humanidad”¹. La función esclarecedora y en cierto modo exhortativa, cumplida hasta ahora con éxito por el Observatorio de la Deuda Social Argentina, requiere para completarse un compromiso activo en cuanto a acercar propuestas de clarificación de lo confuso, corrección de lo injusto.

Ello a modo, ya no de confrontación, sino como gestión de concordia y servicio. Como constructora de paz, ayudando a la sutura de las heridas y haciendo puentes sobre las grietas. Y es que: “(...) [e]ntre evangelización y promoción humana (desarrollo, liberación) existen efectivamente lazos muy fuertes. Vínculos de orden antropológico, porque el hombre que hay que evangelizar no es un ser abstracto, sino un ser sujeto a los problemas sociales y económicos. Lazos de orden teológico, ya que no se puede disociar el plan de la creación del plan de la redención que llega hasta situaciones muy concretas de injusticia, a la que hay que combatir y de justicia que hay que restaurar. Vínculos de orden eminentemente evangélico como es el de la caridad: en efecto, ¿cómo proclamar el mandamiento nuevo sin promover, mediante la justicia y la paz, el verdadero, el auténtico creci-

1. Pablo VI, *Discurso a los Representantes de los Estados*, 4 de octubre de 1965, en ocasión de su visita a la Organización de las Naciones Unidas, disponible en: https://w2.vatican.va/content/paul-vi/es/speeches/1965/documents/hf_p-vi_spe_19651004_united-nations.html (fecha de consulta: 3-6-2019).

miento del hombre? Nos mismos lo indicamos, al recordar que no es posible aceptar «que la obra de evangelización pueda o deba olvidar las cuestiones extremadamente graves, tan agitadas hoy día, que atañen a la justicia, a la liberación, al desarrollo y a la paz en el mundo. Si esto ocurriera, sería ignorar la doctrina del Evangelio acerca del amor hacia el prójimo que sufre o padece necesidad»².

Volvamos a nuestro tema. Es verificable la escasez de estudios académicos, a la vez fundados y con un esfuerzo de imparcialidad ante los hechos y problemas, actualizados, publicados y accesibles, aplicados al adecuado planteo de las cuestiones más graves que nos aquejan, así como la previsión de las dificultades y la proposición de medios para superarlas.

Cabe pues aprovechar la existencia de los cuerpos docentes, que, en espejo con la agenda constitucional y la organización de las com-

2. Pablo VI, Exhortación Apostólica de su Santidad, *Evangelii Nuntiandi*, 8 de diciembre de 1975, disponible en: http://w2.vatican.va/content/paul-vi/es/apost_exhortations/documents/hf_p-vi_exh_19751208_evangelii-nuntiandi.html (fecha de consulta: 3-6-2019). En esta misma línea: “[l]a Doctrina Social de la Iglesia responde a esta dinámica de caridad recibida y ofrecida. Es «*caritas in veritate in re sociali*», anuncio de la verdad del amor de Cristo en la sociedad. Dicha doctrina es servicio de la caridad, pero en la verdad. La verdad preserva y expresa la fuerza liberadora de la caridad en los acontecimientos siempre nuevos de la historia. Es al mismo tiempo verdad de la fe y de la razón, en la distinción y la sinergia a la vez de los dos ámbitos cognitivos. El desarrollo, el bienestar social, una solución adecuada de los graves problemas socioeconómicos que afligen a la humanidad, necesitan esta verdad. Y necesitan aún más que se estime y dé testimonio de esta verdad”; Benedicto XVI, Carta Encíclica *Caritas in Veritate*, del 29 de junio de 2009, disponible en: http://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/es/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate.html (fecha de consulta: 3-6-2019). También se ha dicho: “[l]as enseñanzas de la Iglesia sobre situaciones contingentes están sujetas a mayores o nuevos desarrollos y pueden ser objeto de discusión, pero no podemos evitar ser concretos –sin pretender entrar en detalles– para que los grandes principios sociales no se queden en meras generalidades que no interpelan a nadie. Hace falta sacar sus consecuencias prácticas para que «puedan incidir eficazmente también en las complejas situaciones actuales»”; Francisco I, Exhortación apostólica *Evangelii Gaudium*, del 24 de noviembre de 2013; disponible en: http://w2.vatican.va/content/francesco/es/apost_exhortations/documents/papa-francesco_esortazione-ap_20131124_evangelii-gaudium.html (fecha de consulta: 3-6-2019).

petencias de la ley de Ministerios, puedan generar propuestas disponibles en las distintas áreas, tanto para los estudiosos, incluidos docentes y alumnos, como para quienes actúan en partidos o en el gobierno, e inclusive para el público en general.

No cabe duda de que la Universidad es un lugar apropiado para intentar una tarea de esta índole, a través de sus distintos grupos de profesores. En nuestro proyecto institucional se nos define como “institución católica argentina de pensamiento y de educación superior que aspira continuamente a la excelencia académica y profesional y a la humanización cristiana de sí misma. Mediante la enseñanza innovadora, la formación integral, la investigación y el compromiso con la Sociedad, busca aportar al desarrollo del conocimiento y al diálogo con la cultura centrado en la dignidad de la persona humana”.

En tal sentido, la Universidad, gracias a la diversidad de sus profesores y cátedras, constituye una fuente de producción de conocimientos disponibles para toda la sociedad, capacitada para generar propuestas de gran valor por la perspectiva interdisciplinaria e intercultural que surge de la variedad de su conformación institucional. Desde el punto de vista académico existe pues la posibilidad de que a través de trabajos de sus profesores pueda irse generando un reservorio de programas y políticas públicas que esté abierto y a disposición de la sociedad en su conjunto y particularmente de quienes tengan responsabilidades de gobierno y de gestión.

El método no requiere la conformación de equipos de trabajo, aunque puede luego enriquecerse a través de seminarios virtuales, esto es por Internet, en los que se puedan incluso debatir los aportes de distintas personas convocadas, de dentro y fuera de la Universidad.

A mero título de ejemplo, en derecho, trazar propuestas de posible legislación, que, fundada en los principios y reglas constitucionales, en armonía con el pensamiento cristiano, enfoque acciones y líneas de trabajo, tendientes a reformas electorales, o a la racionalización y desarrollo de una carrera administrativa de la función pública que, en los tres poderes, permita volver a un esquema de jerarquización, excelencia y mérito. Otro ejemplo, reformas en la justicia, y de los regímenes penitenciarios. En materia energética, la facultad de Ingeniería puede tener mucho que decir. Ni hablar de las políticas que pueden elaborarse en áreas como Agronomía, Salud Pública o de re-

entrenamiento de los sectores que deban reformularse para acompañarse con los vertiginosos cambios tecnológicos en curso. La reforma educativa es un gran tema que debe ser enfrentado, y seguramente en la gestión económica y del desarrollo humano integral abundan los espacios en que el diálogo entre la academia y la praxis puede generar aperturas creativas y de renovación de liderazgos.

Son estos unos pocos ejemplos de un vasto escenario de posibilidades, y si bien parece hoy ilusorio pensar en una “*summa* política argentina”, es posible generar un proyecto que vaya sosteniéndose y ampliándose en el tiempo y que anime a las nuevas camadas de universitarios a participar, tanto en el análisis como en el compromiso con la gestión pública y privada.

ROBERTO ANTONIO PUNTE

ORDENAMIENTO JURÍDICO Y SUBSIDIARIEDAD¹

LEGAL ORDER AND SUBSIDIARITY

RODOLFO C. BARRA²

RESUMEN

El orden público para el bien común se integra con los principios de subsidiaridad y libertad responsable, y su custodia eficaz hace a la esencia de los poderes republicanos.

PALABRAS CLAVE

Ordenamiento jurídico - Bien común - Subsidiaridad - Solidaridad - Desarrollo integral - Equidad y razonabilidad.

ABSTRACT

Public order for the common good comprises the principles of subsidiarity and responsible freedom, and its effective custody makes the essence of the republican powers.

1. Sobre la base de la exposición brindada en las XII Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano, abril 2019, Universidad de La Coruña.

2. Doctor en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica Argentina (1980), ex Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ex Convencional de la Convención Reformadora de la Constitución Nacional en 1994; profesor emérito de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Correo electrónico: rbarra@fcb.com.ar.

KEY WORDS

Legal system - Common good - Subsidiarity - Solidarity - Integral development - Equity and reasonability.

ORDENAMIENTO JURÍDICO, SUBSIDIARIEDAD Y BIEN COMÚN

El ordenamiento jurídico (para usar la expresión de Santi Romano³, esto es el cuerpo político o comunidad organizada políticamente, en su dimensión jurídica: *ubi societas ibi ius*, “donde hay sociedad hay derecho”) es un *entramado de relaciones subsidiarias*.

Así, recordemos que la comunidad organizada, u ordenamiento jurídico mayor o integral, es el continente de una pluralidad de ordenamientos jurídicos menores, todos ellos vinculados por la gran regla de la subsidiariedad expresada por Pío XI en la encíclica *Quadragesimo Anno*⁴: no deben las organizaciones mayores (ordenamientos o no)⁵ hacer aquello que las organizaciones menores pueden y deben hacer (subsidiariedad negativa); y a la inversa, las organizaciones mayores deben hacer lo que las menores no pueden ni deben hacer (subsidiariedad positiva).

La subsidiariedad es una de las manifestaciones del bien común (BC). Este, por definición, es subsidiario, ya que es el bien del todo⁶ lo es también para las partes, puesto que *el todo resulta de las partes y es*

3. ROMANO, Santi, *El ordenamiento jurídico*, Madrid, España, Editorial Reus, 2012.

4. Pío XI, Carta Encíclica *Quadragesimo Anno*, 15 de mayo de 1931, N° 79 y 80, disponible en: http://w2.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html (fecha de consulta: 3-6-2019).

5. Una organización es ordenamiento cuando tiene una estructura jurídica propia y, en principio, de propia creación; no lo es en el caso contrario, sin que ello incida sobre la importancia de la organización en el ordenamiento (comunidad organizada). Así, por ejemplo, una sociedad anónima es un ordenamiento jurídico, pero no lo es la familia, aunque ésta, al menos en su configuración natural, es el núcleo esencial del ordenamiento. Sobre el tema ver BARRA, Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto administrativo y reglamentos*, T. I, Buenos Aires, Ediciones Rapp-Astrea, 2018.

6. En sentido estricto, el bien común es el propio de la comunidad organizada, es decir, es un bien de naturaleza política, aunque puedan existir bienes que son comunes de cada uno de los ordenamientos y organizaciones menores. El principio de

para las partes, a la vez que *no hay partes sin un todo*. El Papa Juan XXIII enseñaba⁷ que el BC es el conjunto de condiciones que permiten, y también facilitan y ayudan, a cada individuo lograr su propio bien. Es una “ayuda”, que es el término que significa la expresión latina, *subsidium*.

El individuo, aunque aparentemente pequeño, es la parte más importante y más numerosa de la comunidad organizada. Desde el individuo al Estado (el Gobierno federal, el Gobierno central, el Gobierno comunitario) hay una “escalera” de asociaciones y de ordenamientos jurídicos vinculados entre sí por las reglas de la subsidiariedad, cuando, estando de alguna manera vinculados, uno es mayor que el otro.

¿Persigue el individuo, en su comportamiento ordinario, la realización del bien común? No lo hace, al menos de manera consciente. Analicemos su comportamiento jurídico.

EL INDIVIDUO Y EL BIEN COMÚN

El individuo establece una infinidad de relaciones jurídicas, persiguiendo, en cada caso, la satisfacción de su bien propio a través del intercambio con otros individuos que persiguen lo mismo. Hay aquí una asignación de recursos (de bienes) fundada en la cooperación y en la conmutación, que es horizontal, igualitaria, exigible unilateralmente, dispositiva de manera bilateral (por acuerdo de partes).

La relación jurídica es la “ley de las partes”, una “ley” privada (que no tiene como objeto conducir al bien común, por eso no se ajusta a la clásica definición tomista de ley), particular, autónoma, que está en la base, la ancha base, de la pirámide del ordenamiento jurídico normativo.

subsidiariedad y proporcionalidad se encuentra formulado para regir las relaciones y competencias internas (v. gr., el art. 5º, ap. 3, del Tratado de la Unión Europea).

7. JUAN XXIII, Carta Encíclica *Mater et Magistra*, 15 de mayo de 1961; Nº 19, disponible en: http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/es/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html (fecha de consulta: 3-6-2019).

Su idea directriz es la justicia conmutativa. Lo debido como objeto es el derecho del otro, que siempre será un bien privado, por eso ese *otro* no puede ser sino una parte privada (lo mismo ocurre con los sujetos de personalidad jurídica asociativa) y “la igualdad como medida” es la autonomía de la voluntad. Estamos en pleno sector privado del ordenamiento jurídico. En el ámbito del “mercado”, cuando los bienes intercambiados tienen contenido económico, puesto que el mercado no es sino la repetición de infinidad de relaciones jurídicas semejantes en determinadas circunstancias, con potencialidad de ser conocida por los sujetos interesados.

Estas relaciones jurídicas ocurren en el sector privado del ordenamiento jurídico, donde se adjudican libremente los bienes que han sido apropiados “particularmente”, e.d. por las partes. Pero todos los bienes tienen un origen y un destino común, todos están orientados al bien común, forman parte del bien común. Por eso estas relaciones jurídicas sufren dos incidencias jurídicas que imponen el predominio del bien común, que las orientan necesariamente al bien común.

La *primera incidencia* la llamaremos “por difusión”, y es propia de la justicia general, legal o del bien común. Es “general” precisamente por su carácter difusivo, como el sol sobre todos los cuerpos, decía Santo Tomás de Aquino, que sobre todos incide sin “estar” concretamente en ninguno. Es legal porque viene impuesta por la ley, su “medida” es la ley, ese precepto racional, en este caso proveniente del gobernante como gestor del bien común y cuyo objeto es, precisamente, la preservación del bien común. Esta virtud de la justicia general es, en última instancia, la regla y medida de todas las virtudes, no sólo de la justicia, ya que conducta alguna puede ser virtuosa si es contraria al bien común.

La mera existencia de la autoridad, de la ley, de las distintas instituciones para crearla y aplicarla, las distintas prestaciones públicas, como también la misma supervivencia del ordenamiento jurídico produce, por difusión, que los intercambios se realicen y que, a la vez que satisfacen el bien de las partes, sean positivos al bien común.

Esta difusión tiene *dos momentos*: *el automático*, que no es subsidiario ya que es propio del ordenamiento, y *el requerido* (por ejemplo, aplico la ley en aquello no previsto por el acuerdo; solicito la protección judicial frente al incumplimiento); este es subsidiario, disposi-

tivo. En muchos casos genera relaciones jurídicas entre la parte requirente y la institución pública de que se trate, relaciones jurídicas que escapan al ámbito del mercado, aunque en algunos casos queden sometidas a la voluntad discrecional del particular (por ej., inicio juicio contra mi deudor moroso y luego lo desisto unilateralmente, pagando las costas).

La *segunda incidencia es por imposición*, a través de las normas de orden público: el civil, laboral, penal (casi totalmente de orden público) y administrativo, en los casos de la regulación y de la policía. Estas normas son imperativas, y son subsidiarias en cuanto esta intervención pública en los comportamientos privados en general y en las relaciones jurídicas privadas en especial, es excepcional, de interpretación restrictiva, solo en aquellos aspectos donde se requiere la corrección del sistema de la autonomía de la voluntad, en su caso del mercado, por ejemplo, para producir el “derrame” de riqueza, de bienes, que el mercado debería realizar por sí mismo pero que, como desgraciadamente lo muestra la experiencia universal, no lo logra⁸.

Todo esto ocurre primordialmente en el sector privado del ordenamiento, sin perjuicio de que las normas que provienen de la auto-

8. La teoría del derrame sería lógicamente correcta si el “balde” o recipiente del “líquido de la riqueza” no tuviese un crecimiento desmedido, rapidísimo e ilimitado. La comunidad (los dueños del balde y los que esperan el derrame, en distintas proporciones de aporte según las circunstancias) vierte el líquido en el balde y, cuando este se llena, si continúa el vertido, el líquido comenzará a derramar. Pero el balde tiende a crecer en capacidad (de lo contrario, los dueños del balde no producirían líquido). Esto puede ocurrir de tres maneras principales: mayor cantidad de vertido que el crecimiento del balde; iguales dimensiones en ambos casos; mayor crecimiento del balde que la cantidad de vertido. En el primer caso se produce un derrame que beneficia a todos, de manera que la actividad sanamente “egoísta” de cada sujeto económico beneficia espontáneamente al bien común, como lo sostenía Adam Smith. En los dos últimos casos, la teoría del derrame falla, ya sea porque no modifica el *statu quo* (la segunda) o porque lo agrava en perjuicio de los sedientos de la periferia, y en beneficio de los peces gordos que están dentro del balde. Probablemente el mundo se encuentre sufriendo esta última situación, aun cuando la situación de los sedientos siempre tienda a mejorar (en el mundo desarrollado se encuentran incomparablemente mejor que en el siglo XIX; en el subdesarrollo, bastante mejor pero siempre mal), ya que aun cuando el balde tenga un crecimiento exponencial, siempre habrá más líquido derramado.

ridad máxima del ordenamiento (el Estado), las normas heterónomas con respecto a la relación jurídica, son originadas en el sector público del ordenamiento. Cabe preguntarnos, entonces: ¿cómo distinguimos, dentro del ordenamiento jurídico mayor, al sector público del sector privado?

SOBRE EL DESLINDE DE ÁMBITOS: ENTRE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO

Si se quiere una respuesta, debemos comenzar por decir que depende de los bienes. Aunque todos los bienes (para cuya obtención existe el ordenamiento) son comunes por su origen y por su destino general, la gran mayoría de ellos son de inmediata y directa apropiación, uso y goce privados. Pero hay otros en los que aquella inmediata y directa apropiación sería contraria al bien común y por tanto al mismo bien particular de la gran mayoría de los individuos. Para producir y gestionar estos bienes existe la autoridad política en el ordenamiento, que, en ello, y sólo en ello, es suprema y relativamente soberana.

Recordemos que producir y gestionar el bien común importa distribuirlo, adjudicarlo a las partes (en última instancia, a los individuos) en la mayoría de los casos a través de relaciones jurídicas que ya no pueden ser de conmutación (aunque materialmente intercambien), sino de participación. Estas relaciones son de Derecho Público, donde el bien que se adjudica es la parte del bien común que a cada sujeto privado le corresponde como carga o beneficio; el sujeto deudor de esa “porción” del bien común es, necesariamente, un sujeto público (para gestionar y distribuir el bien común precisa de poder, de prerrogativas, lo que explica la denominada “exorbitancia” del Derecho Público) y la igualdad como medida es la comparación proporcional entre las partes que, entre sí, y para tal tipo de relaciones jurídicas, se encuentran en una situación comparativa, como ocurre, por ejemplo, con las relaciones jurídicas regidas por el Derecho Administrativo.

La línea que separa el sector público del sector privado es el *gran límite de competencias entre la sociedad civil (sector privado) y el Estado (sector público)*, viene dada por el *principio de subsidiariedad*, que es política, social, jurídica, económica. Es la *línea de la libertad*, de la distin-

ción entre ya sea un ordenamiento anárquico (sin autoridad, lo que es contradictorio en sí mismo), o bien, un ordenamiento totalitario (todo es Estado), con respecto a un ordenamiento (comunidad organizada, cuerpo político) libre.

Es también el *deslinde entre el Derecho Público y el Derecho Privado*, cuya distinción también es *garantía de libertad*. La Constitución federal argentina enuncia estos principios en su art. 19: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados: Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de hacer lo que ella no prohíbe”.

Una distribución excesivamente desigual del producto social ciertamente ofende, “de algún modo” o de “todos los modos”, al orden y la moral pública, y perjudica a todos los terceros. Para evitarlo, corregirlo, morigerarlo, para invitar a todos al banquete de la justicia, existe la virtud de la justicia general, con, en lo que aquí nos interesa, las normas de orden público, especialmente con la regulación y la policía. Claro que la regulación y la policía deben ser ejercidas de manera medida, prudente (la prudencia es la virtud propia de la política, como la equidad lo es para la justicia) y de acuerdo a las circunstancias, de ahí la regla de razonabilidad, también arraigada en la Constitución (arts. 28, 33, 99, inc. 2°).

De lo contrario, siempre según las circunstancias, estaríamos en peligro de, aún sin proponérselo, correr el límite que separa al Estado de la sociedad civil muy hacia el campo de ésta (con lo cual todo, o casi todo es Estado: totalitarismo) o muy hacia el campo de aquél (con lo cual se reduce el ámbito de lo estatal: anarquismo, liberalismo).

¿Qué define a un Estado totalitario?, le hace preguntar Curzio Malaparte, en *La Pelle*, al oficial inglés, dirigiéndose a su colega italiano, ya aliados luego de la primera caída de Mussolini (durante la República de Saló) en los fines de la Segunda Guerra Mundial. Y el italiano responde: “(...) totalitario es aquél régimen donde todo lo que no está prohibido es obligatorio”. Aquí no hay deslinde, no hay subsidiariedad.

También podríamos preguntar sobre lo que define a un Estado liberal. La respuesta que se me ocurre es que tal régimen es aquél

donde todo está permitido, siempre que puedas hacerlo por ti mismo; de lo contrario, te embromas. Aquí tampoco hay subsidiariedad. El correcto orden público se da dentro de cada ordenamiento jurídico entre sus componentes (entre ellos, la autoridad y su personificación jurídica, el Estado), según reglas de “equidad, solidaridad y grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades” (art. 75, inc. 2º, tercer párrafo de la Constitución Nacional), en relación de beneficio con respecto a la sociedad civil y sus integrantes, absteniéndose de restringir en los hechos los principios de libertad responsable propios de todos y cada uno de sus habitantes (arts. 14 y 19 *in fine*, de la Constitución Nacional).

LA PLURALIDAD DE ORDENAMIENTOS Y LA SUBSIDIARIEDAD

Como ya lo hemos señalado al inicio, dentro de un mismo ordenamiento jurídico existen agrupaciones de individuos (es decir, de “personas humanas”, conforme con la denominación de nuestro Código Civil y Comercial) e incluso de personas jurídicas, que también merecen la calificación de “ordenamiento jurídico”.

Para serlo la agrupación debe reunir diversos requisitos, entre ellos –además de la pluralidad subjetiva, y la “idea de obra o empresa” (el ordenamiento es una “institución”, en el sentido de Hauriou) o idea directriz– la *juridicidad interna* (sin perjuicio de las normas heterónomas que se le apliquen), lo que requiere que la agrupación tenga un elemento de gobierno o autoridad que la conduzca y pueda resolver los conflictos internos entre los sujetos miembros, sin perjuicio de la vía judicial (estatal) alternativa y/o posterior. Así, en el sector privado, ciertas sociedades civiles o comerciales, gremios empresarios u obreros, partidos políticos, etc., y en el sector público, municipios, provincias, estados, regiones, autonomías, según el sistema constitucional vigente en cada caso. Todos aquellos ordenamientos jurídicos “menores” o “incluidos” son parte de un ordenamiento “mayor” o “inclusivo”, que es aquel que puede tomar en última instancia las decisiones que van a afectar a todos los miembros de ese ordenamiento, sean estos individuos, simples asociaciones (no ordenamientos) u ordenamientos “menores” (también subordenamientos). El ordena-

miento mayor, que es continente de una pluralidad de ordenamientos (este es el gran aporte democrático del pensamiento del ya citado Santi Romano), es, como figura típica *actual*, el Estado Nacional. Claro que *solo actual*, ya que cada vez más se perfilan ordenamientos jurídicos supraestatales o bien supranacionales (no es la ocasión para analizar las distinciones entre ambas denominaciones) que son verdaderos ordenamientos mayores o inclusivos. Por ejemplo la Unión Europea con relación a sus Estados miembros, conforme, en lo que aquí interesa, con el régimen fundamental del art. 5º del Tratado de la Unión Europea (TUE). Este define la regla o principio jurídico “de las competencias de la Unión” (inc. 1º), naturalmente con respecto a los Estados miembros, subrayando así uno de los caracteres que identifican a la subsidiariedad: ésta importa un *principio delimitador de competencias*⁹. El citado art. 5º establece que las competencias de la Unión “se rigen por el principio de atribución” (inc. 1º), conforme al cual “la Unión actuará únicamente dentro de los límites de las competencias que le confieren los Estados miembros en los Tratados para alcanzar los objetivos de los mismos. Las competencias no conferidas a la Unión en los Tratados permanecen en los Estados miembros” (inc. 2º). Es notable la similitud de esta norma con nuestro art. 121, CN, concebido por nuestros constituyentes hace casi 170 años atrás, en una sabia construcción del *federalismo subsidiario*¹⁰. Por su parte, en 1994, los constituyentes concibieron, con visión de futuro, un “integracionismo” subsidiario: “Corresponde al Congreso (...) [a]probar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales (...)” (cfr. art. 75, inc. 24)¹¹.

9. Así, fundamentalmente la delimitación de la competencia entre el Estado y la Sociedad.

10. Reza el cit. art. 121: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”.

11. El inc. 2º, del art. 75, de la Constitución Nacional, al regular el régimen de coparticipación federal de impuestos, delimita también competencias entre la Nación (ordenamiento mayor), las provincias y la Ciudad de Buenos Aires (ordenamientos menores) en una suerte de regulación “subsidiaria distributiva”, esto último hace aplicación de la justicia distributiva entre sujetos públicos.

Volvamos al TUE, el inc. 3º, del art. 5º, desarrolla “el principio de subsidiariedad”, para aquellos ámbitos que no son de competencia exclusiva de la Unión. Para estos, los firmantes de los Tratados atributivos de competencias ya definieron –es de suponer que con criterio subsidiario (lo que hoy parecería estar discutido o cuestionado en muchos ámbitos europeos)– o, mejor, “delegaron” la competencia propia comunitaria, mientras que todo lo no delegado es conservado por los Estados miembros individualmente. En virtud del principio de subsidiariedad –en lo que no es de competencia exclusiva de la Unión ni tampoco de competencia exclusiva (lo no delegado) de sus miembros, esto es, competencias concurrentes–, aquella “actuará sólo si los Estados miembros no pueden alcanzar *de manera suficiente* los objetivos de la acción propuesta (...) pero, por el contrario, *en función de la escala o los efectos* de la acción propuesta, pueden lograrse mejor a nivel de la Unión” (inc. 3º cit., destacado agregado). Se nota aquí claramente la referencia a los dos aspectos de los criterios de atribución y delimitación de las competencias subsidiarias: el negativo y el positivo, al que nos hemos referido al inicio.

Pero ambos principios –de atribución y de subsidiariedad– se complementan o perfeccionan con el “principio de proporcionalidad”, según el cual “(...) el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados” (inc. 4º). Este principio rige tanto para las competencias expresamente atribuidas a la Unión, que pueden contener competencias implícitas en tanto se refieran a medios indispensables para cumplir con el cometido contemplado expresamente y así naturalmente contenido en la competencia expresa, como también, por ejemplo, para graduar la actuación comunitaria (del ordenamiento mayor) en razón de la escala o efectos, según lo contemplado en el ya citado inciso 3º.

Como vimos, estos principios han sido de inspiración para el constituyente de 1994 y también deberían serlo en nuestro sistema regional (OEA), aunque todavía dista mucho de conformar un sistema de integración del tipo Unión Europea¹².

12. Tampoco lo es, lamentablemente, el, en nuestro criterio, debilitado sistema del Mercosur.

Así también fue sostenido en una reciente presentación hecha por los representantes permanentes de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay, ante el Secretario Ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA), en donde subrayan el principio de subsidiariedad dentro del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos, el que debe operar de dos modos. Primero, en cuanto determina la obligación primaria de cada Estado parte de investigar toda violación a la Convención Americana que se produzca su territorio. Y luego, el deber y la responsabilidad de cada sistema judicial nacional en la debida resolución primaria de los conflictos de esa índole, previa la puesta en marcha de la instancia internacional¹³.

Para finalizar, basta señalar que el principio de subsidiariedad, en los diversos campos donde admite su aplicación, es garantía de una sociedad libre, rectamente ordenada al bien común, y eficazmente protectora de los derechos humanos, en tanto estos necesitan también valorarse en una *relación de cercanía* con la autoridad: cuanto más cercano se encuentre el individuo con respecto a la autoridad (administrativa, judicial o legislativa), mejor comprendidos y aplicados serán sus derechos (subsidiariedad negativa) sin olvidar que, según las circunstancias, la *lejanía* de la autoridad con relación al caso puede ser *suficiente* garantía de neutralidad.

13. Cfr. *Declaración sobre el Sistema Americano de los Derechos Humanos*, formulada por los representantes de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay, en fecha 23 de abril de 2019, disponible en: http://www2.mre.gov.py/index.php/noticias-de-embajadas-y-consulados/gobiernos-de-argentina-brasil-chile-colombia-y-paraguay-se-manifiestan-sobre-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos?ccm_paging_p=4 (fecha de consulta: 3-6-2019).

LA PERFORACIÓN DE LOS TOPES MÍNIMOS DE LAS ESCALAS PENALES. ANÁLISIS A PARTIR DE LOS CASOS *GUFFANTI* Y *RÍOS*^{1, 2}

THE SENTENCING BELOW MANDATORY MINIMUM PUNISHMENTS. AN ANALYSIS FROM THE CASES *GUFFANTI* AND *RÍOS*

GREGORIO JOSÉ URIBURU³

RESUMEN

A partir de dos sentencias contradictorias relativas a la imperatividad del mínimo de la pena legalmente establecido para cada delito, se analizan las distintas posturas acerca del rol de los jueces ante la posibilidad de apartarse del tope mínimo penal, las implicancias constitucionales que conlleva este apartamiento y las razones que habilitarían a hacerlo.

El tope mínimo de la escala penal se torna irrazonable cuando su aplicación en el caso concreto constituye una grave desconexión entre

1. Arbitraje: recepción 5-4-2019 - evaluación 8-4-2019.

2. Trabajo de investigación realizado en el marco del Seminario de Jurisprudencia Penal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

3. Abogado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, graduado con medalla de oro (2017). Premio Corte Suprema de Justicia de la Nación (2018). Agente de la Fiscalía Nacional en lo Penal Económico N° 11 del Ministerio Público Fiscal de la Nación. Correo electrónico: gregoriouriburu@hotmail.com.

el monto de la pena con los principios de culpabilidad y proporcionalidad de la retribución por el delito. En tal caso, solamente mediante la declaración de inconstitucionalidad del tope mínimo penal puede el juez apartarse de lo prescripto por la ley.

PALABRAS CLAVE

Derecho Penal - Escalas penales - Mínimo penal imperativo - Principio de culpabilidad - Retribución penal - Control de constitucionalidad.

ABSTRACT

In the light of two contradictory court rulings regarding the compulsory nature of mandatory minimum sentences established for each crime, this article reviews the role of judges concerning the possibility of leaving aside these mandatory minimum sentences, its constitutional implications, and the reasons which would enable judges to do so.

The mandatory minimum sentence becomes unreasonable when its enforcement in the individual case causes a detachment of the amount of the punishment from the principles of culpability and proportionality of the retribution for the crime. Given these circumstances, only by declaring the unconstitutionality of the mandatory minimum sentence can a judge leave it aside.

KEY WORDS

Criminal Law - Sentencing range - Mandatory minimum punishments - Culpability - Criminal retribution - Judicial review.

INTRODUCCIÓN

La posibilidad de los jueces de imponer penas por montos inferiores al tope mínimo legalmente establecido para cada delito es una

cuestión que suscita profundas controversias en la doctrina y jurisprudencia, pues en nuestro Código Penal el legislador siempre optó por establecer prescriptivamente una escala penal para cada delito con tope rígidos. En efecto, esta interpretación tiene asidero en que todas las normas penales establecen de forma imperativa una escala penal fija, mediante fórmulas tales como: se aplicará, será reprimido, se impondrá, será penado, etc.

Ahora bien, resulta ilustrativo comenzar el análisis de la cuestión a partir de dos sentencias de las casaciones federal y bonaerense que aportan soluciones contradictorias con base en fundamentos diametralmente opuestos, dando cuenta de los principales argumentos esgrimidos para defender o atacar la perforación de los mínimos penales. En ambas sentencias se discute si se puede dejar de lado este mandato del legislador, y en su caso, de qué modo y en cuáles condiciones.

I. BREVE SUMARIO DE LAS SENTENCIAS RESEÑADAS

*I.1. Fallo Guffanti, Sala IV del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires (9-9-2014)*⁴

En el interior de un predio de disposición final de residuos en donde recolectaba basura, Marcelo Daniel Guffanti, padeciendo un trastorno mental transitorio incompleto por la ingesta de alcohol y estupefacientes, discutió con otro recolector de nombre Fichera y le asestó cinco puñaladas tras las que le ocasionó la muerte. El Tribunal Oral, haciendo referencia a las miserables condiciones de vida y circunstancias personales del acusado, declaró la inconstitucionalidad del mínimo de la escala penal de ocho años de prisión previsto para el homicidio doloso simple (art. 79 del Código Penal) y condenó a Guffanti a la pena de cinco años de prisión.

4. Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala IV, causa n° 61.508, caratulada *Guffanti, Marcelo Daniel s/ recurso de casación interpuesto por fiscal general*, sentencia del 9-9-2014. Disponible en: [http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=30982&n=Ver%20Sentencia%20\(61508-61507\).pdf](http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=30982&n=Ver%20Sentencia%20(61508-61507).pdf) (consultado el 23-5-2019).

Ante el recurso fiscal, el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires sostuvo que no estaban dados los presupuestos para la declaración de inconstitucionalidad de la norma, amén de que la interpretación propiciada por la sentencia en crisis no hizo más que introducirse en temas relativos a la política criminal del Estado –cuestión política no justiciable. No obstante, sostuvo la posibilidad de la declaración de inconstitucionalidad de la norma en caso de que esta fuera irrazonable. Así, dado que no se había demostrado que el mínimo de ocho años de prisión resultara desproporcionado con el hecho cometido, ni era *per se* irracional, resolvió readecuar la pena impuesta en ocho años de prisión.

***I.2. Fallo Ríos, Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal (16-4-2013)*⁵**

Tras averiguaciones policiales que determinaron que Marcelo Daniel Ríos comercializaba estupefacientes en su domicilio, se realizó un allanamiento en el cual se secuestraron solamente 7,55 gramos de cannabis. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal condenó a Ríos como autor de los delitos de comercialización de estupefacientes y tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (art. 5º, inc. c, Ley Nº 23.737), en concurso real, a la pena de cuatro años de prisión, el mínimo legalmente previsto.

La defensa cuestionó el monto mínimo de la pena y solicitó su reducción a tres años de prisión en suspenso. El Fiscal ante la Casación dio su conformidad basándose en que, a su criterio, en el presente caso se verifican circunstancias excepcionales por las cuales la pena de cuatro años de prisión impuesta vulneraba el principio de culpabilidad.

Así las cosas, en un fallo dividido, la mayoría del tribunal valoró la escasa afectación al bien jurídico tutelado por la norma, sosteniendo que el tope mínimo excedía la medida de culpabilidad, en franca

5. Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, causa nº 16.261, caratulada *Ríos, Mauricio David s/ recurso de casación*, sentencia del 16-4-2013. Disponible en: <http://cij.gov.ar/https://cij.gov.ar/d/doc-6053.pdf> (consultado el 23-5-2019).

violación a los principios de proporcionalidad y de humanidad que proscriben la imposición de penas inhumanas, crueles e infamantes. En virtud de ello, se hizo lugar al recurso de casación incoado por la defensa en este respecto, anulando parcialmente la sentencia examinada, en lo que atañe a la determinación de la sanción impuesta a Ríos, y se remitió la causa al Tribunal Oral, disponiendo que no podría imponérsele una pena mayor a la de tres años –inferior al mínimo–, la cual podía ser dejada en suspenso.

II. ¿ES POSIBLE LA PERFORACIÓN DEL TOPE MÍNIMO PENAL EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO?

Negar categóricamente la posibilidad de la perforación de los tope mínimos penales no es plausible dentro de un Derecho Penal como el argentino, cuya estructura normativa se define esencialmente como un Estado constitucional de Derecho, en donde las leyes dictadas por el Congreso de la Nación son siempre susceptibles de control judicial cuando vulneran las normas y principios constitucionales. Consecuentemente, ninguna ley, incluida las penales, puede pretender una inmunidad al control de constitucionalidad.

Se trata, entonces, al igual que con la cuestión de la doctrina de la insignificancia y de la bagatela –paralela a la del presente trabajo–, de buscar el justo equilibrio que debe primar entre la política criminal diseñada por el legislador y los principios naturales de justicia plasmados en nuestra Constitución Nacional, la que “a través de las declaraciones de derechos contiene al Derecho Natural, o sea, objetiva positivamente los criterios de justicia en cuanto a la persona humana se refiere”⁶. En este sentido, al analizarse la discusión sobre la perforación de los mínimos penales no puede soslayarse que en tanto los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional establecieron la prohibición de la aplicación de penas crue-

6. BIDART CAMPOS, Germán, *Derecho Constitucional*, Tomo II, Buenos Aires, Ediar, 1966, p. 927.

les, inhumanas y degradantes⁷, en materia penal se receptaron constitucionalmente los principios de culpabilidad y de proporcionalidad de la pena⁸.

Así las cosas, teniendo en cuenta lo sostenido por ambas sentencias reseñadas, en el presente trabajo se intenta esbozar una sintética sistematización de los interrogantes clave que se plantean a la hora de analizar la posibilidad de perforar el mínimo penal, los argumentos que esgrimen los que la apoyan y critican, y las posibles soluciones a los interrogantes presentados.

II.1. ¿Es necesario declarar la inconstitucionalidad de la norma?

A los fines de efectuar un ordenado análisis de las cuestiones propuestas, es conveniente tratar primero el modo en que, dadas las circunstancias pertinentes, podría el juez apartarse del tope mínimo de la escala penal al momento de aplicarse una pena, dado que las distintas alternativas conllevan consecuencias diversas al momento de su aplicación.

Así, respecto del estado de la cuestión relativo a la necesidad o no de declarar la inconstitucionalidad del tope mínimo penal para imponer una pena inferior a la legalmente dispuesta, en la doctrina se encuentran dos posturas contrapuestas bien definidas.

Una primera postura, a la que se denominará “indicativista”, es la sostenida por Zaffaroni, Alagia y Slokar, en tanto opinan que los topes mínimos de las escalas penales, a pesar de ser formulados de manera prescriptiva, son indicativos. En efecto, esta postura entiende

7. Art. 5º de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. XXVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 5.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; arts. 7º y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 15.1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; y art. 16.1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

8. En este sentido, YACOBUCCI, Guillermo J., *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, Buenos Aires, Ábaco, 2002, pp. 325-329.

que los mínimos funcionan como límites al juzgador, “pero siempre que las otras fuentes de mayor jerarquía del Derecho de cuantificación Penal no obliguen a otra solución. Por ello, puede afirmarse que los mínimos son meramente indicativos”⁹. Ello, con fundamento en los principios de humanidad, proporcionalidad y mínima irracionalidad de la pena¹⁰.

En este entendimiento, en los casos en que el reproche que le cabría individualmente al imputado en abstracto sea inferior al mínimo de la pena establecida por la ley penal, el juzgador podría, mediante somera referencia a normas legales, constitucionales, o de Derecho Internacional, simplemente dejar de lado el mínimo de la escala penal, que perdería la fuerza de un límite impuesto por el legislador a los jueces en ejercicio de su prudencia política criminal para pasar a ser una mera sugerencia.

En este mismo sentido, Rusconi sostiene que toda vez que por mandato constitucional el grado de culpabilidad del imputado debe cumplir un rol relevante al momento de graduarse la pena, y que esta circunstancia sólo puede ser conocida *ex post* al hecho delictivo, el valor de escala punitiva de los mínimos está establecido de modo referencial y nunca vinculante. Así afirma que nada obsta a que el juez, por razones individuales del caso que juzga, imponga una pena menor que la indicada como mínimo¹¹.

Similar postura tiene Mario Juliano, quien partiendo de la teoría de que el delito es un conflicto social artificialmente configurado por una disposición legal, rechaza la validez de mínimos apriorísticos, dado que estos mínimos rígidos no se adecúan a las variaciones que puede sufrir el “conflicto” con el transcurso del tiempo¹².

9. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 995.

10. Ídem, pp. 132-133, 924.

11. RUSCONI, Maximiliano, *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2009, pp. 160-161.

12. JULIANO, Mario Alberto, “La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales”, Buenos Aires, *Revista de Pensamiento Penal*, 16-4-2005, <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/30093-indefectible-naturaleza-indicativa-minimos-escalas-penales> (consultado el 17-2-2019).

Por otro lado, Binder, analizando el principio de culpabilidad, opina que “si bien es admisible el establecimiento legal del máximo de la pena porque ello es una de las consecuencias principales del principio de legalidad (*nulla poena sine lege*), no ocurre lo mismo con el establecimiento de límites mínimos a la reacción punitiva. Si la culpabilidad es esencialmente graduable, es decir, sólo existen grados de culpabilidad y ella debe ser la medida de la pena (además de las exigencias que surgen del principio de proporcionalidad, que conectan a la pena con el hecho), entonces el establecimiento de un mínimo de pena implica establecer una presunción de un determinado grado de culpabilidad y toda presunción de culpabilidad está prohibida”. En virtud de ello, Binder afirma que los jueces deben apartarse de esta presunción de culpabilidad que significaría el tope mínimo de la escala penal, el cual considera un exceso del legislador en su competencia, por lo que ese mínimo puede cumplir una función indicativa pero nunca obligatoria¹³.

También se ha argüido al principio de división republicana de poderes para defender la postura de los topes mínimos indicativos. Así, Devoto y García Fagés han dicho que “los mínimos legales también ponen en jaque la división de poderes (...) porque los legisladores, al establecer de antemano una respuesta punitiva limitada por un mínimo penal (...) omiten necesariamente las situaciones concretas”, y acusan al legislador de desconsiderar la violación en el caso concreto de los principios de culpabilidad, lesividad, humanidad y proporcionalidad de las penas¹⁴.

Ahora bien, crítico de esta postura “indicativista” de los topes mínimos penales, Ricardo Levene (n.) sostuvo que ésta directamente tumba el principio de legalidad, utilizando a tal fin el mismo argumento de la violación del principio constitucional de separación de poderes, pero en sentido contrario.

13. BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2004, pp. 251-253.

14. DEVOTO, Eleonora A. y GARCÍA FAGÉS, Mercedes, “De los mínimos de las escalas penales y la irracionalidad de las respuestas punitivas”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, núm. 11, 2007, pp. 2172-2179.

En efecto, y concordando con Levene, resulta acertado sostener que los jueces no pueden pretender suplantar al legislador y adecuar discrecionalmente las leyes a su gusto e ideología particular sin contar con la legitimidad brindada por nuestro sistema republicano. Así, la doctrina del mínimo indicativo va directamente en contra del principio de sujeción del juez a la ley, propio de un Estado de Derecho, cuando en realidad, la opción acertada a la hora de no aplicar una ley vigente cuando es clara y de interpretación unívoca en orden a lo discutido, es, en principio, declarar su inconstitucionalidad¹⁵.

Por otro lado, tampoco sería correcto interpretar que el legislador pudo haber querido que los mínimos penales sean de naturaleza indicativa, toda vez que ya en el proyecto de Código Penal de 1891 se tuvieron en cuenta legislaciones como la alemana y holandesa que permitían al juez imponer penas por debajo del mínimo indicado por la ley, optándose finalmente en nuestra legislación nacional por topes mínimos imperativos¹⁶. Consecuentemente, no puede alegarse la intención por parte del legislador de establecer mínimos penales indicativos cuando fue este mismo quien vedó tal posibilidad.

A mayor abundamiento, cabe poner de resalto que el mínimo de la escala penal impuesto por el legislador es un mandato de incluso mayor relevancia que el máximo de la pena, toda vez que indica el piso de la reacción del orden jurídico estatal que corresponde a las lesiones de menor entidad ocasionadas al bien común por la conducta delictiva. Es más, esos montos se articulan con la previsión legislativa de la aplicabilidad de otros beneficios de carácter sustantivo penal, como la suspensión del juicio a prueba y las condenas de ejecución condicional. En este sentido, y de conformidad con la legislación vigente, cuando el legislador opta por topes mínimos mayores a los tres años de prisión, envía un claro mensaje de la gravedad e intolerancia estatal frente a ciertos delitos, y ordena que éstos conduzcan indeclinablemente a la pena de prisión efectiva.

15. LEVENE, Ricardo (n.), "La creación judicial de mínimos penales no previstos en la ley, constituye una decisión ilegal por parte de los jueces", *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, núm. 51, 2013, pp. 11-36.

16. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *et al.*, ob. cit., p. 996.

Así las cosas, puede recordarse una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos *Pupelis*¹⁷. Por este pronunciamiento, la Corte reafirmó su doctrina relativa a que resulta propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de actos, desincriminar otros e imponer penas, y en consecuencia, aumentar o disminuir la escala penal en los casos en que lo estime pertinente. “Sólo quienes están investidos de la facultad de declarar que ciertos intereses constituyen bienes jurídicos y merecen protección penal, son los legitimados para establecer el alcance de esa protección mediante la determinación abstracta de la pena que se ha considerado adecuada”. Consecuentemente, sostuvo la Corte que los tribunales deberán limitarse a realizar el juicio relativo a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, a fin de determinar si existen contradicciones entre éstas y las normas del plexo normativo constitucional, sin vulnerar las cuestiones privativas del legislador relativas al examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado en las leyes.

Por lo expuesto, queda claro que el principio de separación republicana de poderes conduce necesariamente a rechazar categóricamente la postura que considera meros indicativos a los topes mínimos penales, en virtud de que, cuando el legislador es claro y ordena algo por ley, no puede el juez desnaturalizar la recta interpretación de la norma a su gusto y eludir el mandato expreso de aquel. La opción que tiene el juez para apartarse de la prescripción del legislador es declarar la inconstitucionalidad del tope mínimo legal, lo cual conlleva que se deba contar con fundamentos mucho más sólidos que si se los considerara meramente indicativos, atento a la gravedad institucional que esta tacha de inconstitucionalidad implica.

Ahora bien, y a modo de excurso, una tercera opción no planteada –y cuyo análisis profundo excede los fines de este trabajo–, a los efectos de imponer penas por debajo del mínimo legalmente previsto, sería la aplicación de la “equidad”, entendida esta como un cierto tipo de justicia. Ella procede en el caso en el que el legislador, al dic-

17. CSJN, *Pupelis, María Cristina y otros s/ robo con armas causa n° 6491*, Fallos: 314:424, sentencia del 14-5-1991.

tar una ley abstracta para la generalidad de los casos y persiguiendo el bien común, no ha podido considerar un caso concreto en el cual su aplicación conduciría a una injusticia grave, evidente y contraria al mismo fin perseguido por la norma, pero que de haberlo considerado hubiera dictado otra norma que lo contemple y le otorgue la solución justa. En efecto, no hay duda de que falta a la ley quien, apoyándose en la letra, va contra su espíritu. En estas condiciones, podría el juez, dadas las circunstancias, otorgar una “solución de equidad” al caso, y en atención a ello, reconducir la norma dejando a un lado su literalidad, de modo tal de seguir lo que pide la justicia y el bien común, aplicando una pena por debajo del mínimo legal¹⁸.

Esta última posibilidad es palmariamente distinta a la postura que establece los mínimos penales indicativos, toda vez que para esta corriente teórica –que constituye un subproducto de lo que Hernández denomina “garantismo abolicionista”¹⁹– la norma general es *per se* reproachable constitucionalmente, y sustancialmente, no postula reconducir la aplicación de la norma en el caso particular sino más bien derogarla en general.

II.2. ¿Cuándo se podría dictar su inconstitucionalidad?

a. Razonabilidad y culpabilidad

La exigencia o no de la declaración de inconstitucionalidad del tope mínimo penal como requisito inexorable para apartarse del mismo a los fines de aplicar al caso una pena inferior a la prevista por el legislador no es inocua, sino que conlleva consecuencias relativas a sus presupuestos de aplicación. A la luz de la exigencia general de la declaración de inconstitucionalidad del mínimo penal, es necesario

18. Sobre la equidad, ver Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, Libro V, Capítulo X; TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, c. 120. Asimismo, TALE, Camilo, *La equidad o epiqueya (concepto, criterios y aplicaciones)*, Córdoba, Ediciones Trejo y Sanabria, 2011.

19. Ver en extenso, HERNÁNDEZ, Héctor H., *Inseguridad y garantismo abolicionista. Bases para la reconstrucción de la justicia penal*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2017.

preguntarse si toda superación de la relación culpabilidad-pena, entendiendo a la primera en su función de límite de la legitimidad de la pena aplicable al autor concreto –o en otras palabras, como medida de la justa retribución al delito–, es merecedora de esa grave sanción.

En concordancia con lo sostenido por Carlos Borinsky²⁰ al tratar el tema en análisis, a raíz del fallo *Pupelis* de la Corte, debe decirse que es posible introducir una cuestión constitucional cuando se imputa a la ley una crueldad o desproporcionalidad respecto de la ofensa atribuida al delincuente, lo que equivale a cuestionar su razonabilidad. De ello se colige que son incompatibles con la Constitución las penas que expresan una injusticia manifiesta de la decisión del legislador relativa a una falta de correspondencia inconciliable entre la culpabilidad por el delito y la pena impuesta al delincuente en retribución. Para ello se deberá realizar un juicio de razonabilidad, el cual –para la Corte en el caso mencionado– no puede basarse exclusivamente en la comparación de las penas conminadas ni en fórmulas matemáticas, pues sólo exige un mínimo de razonabilidad, por lo que únicamente procede la tacha de inconstitucionalidad “cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable”.

En este sentido, es patente que en virtud del principio de culpabilidad la determinación judicial de la pena no puede desligarse de la culpabilidad del agente, pero de ello no se pueden extraer conclusiones al punto de que el juez sustituya al legislador y fije un mínimo flexible según su personal discrecionalidad en cada caso. Ello, por cuanto la tacha de inconstitucionalidad de una ley, según la inveterada doctrina de la Corte Suprema, es un acto de suma gravedad institucional, y solamente razones de incompatibilidad absoluta entre el mínimo penal y la culpabilidad del agente podrían llegar a justificar esta solución.

20. BORINSKY, Carlos, “La Constitución Nacional y las penas crueles por desproporcionadas”, Buenos Aires, Revista Jurídica Argentina *La Ley*, <https://informacion-legal.com.ar/>, AR/DOC/21902/2001 (consultado el 26-5-2018).

b. El paradigma de las penas crueles, inhumanas y degradantes

Así, dentro del marco de la Constitución Nacional, se ha propuesto como paradigma tipo de la irrazonabilidad de la pena, su calificación como cruel, inhumana o degradante.

No hay duda de que nuestro plexo normativo constitucional prohíbe este tipo de penas. En efecto, de una simple lectura de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados al texto constitucional surge esta interdicción, a saber: “Nadie estará sometido a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” (art. 5º, Declaración Universal de Derechos Humanos); “Toda persona acusada de delito tiene derecho (...) a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas” (art. XXVI, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre); “Nadie será sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (...)” (art. 5.1, Convención Americana de Derechos Humanos); “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” y “Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (arts. 7º y 10, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); “Los Estados Partes velarán por que: a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (...)” (art. 37, Convención sobre los Derechos del Niño); “Ninguna persona será sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (art. 15.1, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad); y “Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura (...)” (art. 16.1, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes).

Ahora bien, el escollo que se vislumbra es que los conceptos de pena cruel, inhumana y degradante son conceptos jurídicos indeterminados, por lo que presentan problemas a la hora de su definición en el caso concreto. En virtud de ello, se propusieron distintas pautas para determinar cuándo una pena por un delito merece tales calificaciones. En este sentido, se han argüido, en el ámbito jurisprudencial y académico, distintas causales que otorgarían esta calificación a la

pena, siempre circundantes a la vulneración de los principios de culpabilidad y proporcionalidad de la pena.

Por un lado, se encuentran las causales objetivas, todas ellas relativas a una cierta desproporción, sea por la comparación entre la escala penal y el bien jurídico protegido, por la comparación entre las distintas escalas penales consideradas en sí, o por la comparación entre la entidad lesiva del delito y la pena. Por otro lado, se encuentran las causales subjetivas, las que también hacen referencia a una desproporción, pero esta vez relativas a circunstancias subjetivas propias del agente que ocasionan una disminución del reproche, es decir, referidas al análisis de la culpabilidad entendida como elemento de atribución de reproche en el marco de la teoría del delito. Por último, hay quienes sostienen la procedencia de imposiciones de penas por debajo del mínimo legal a raíz de “compensaciones” de la pena legal con las llamadas penas naturales y penas ilícitas.

Ahora bien, restringiéndose el análisis a la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad del mínimo penal en el caso concreto, corresponde elaborar un resumen de cuándo y por qué causas una pena mínima en abstracto podría ser irrazonable, a punto tal de justificar esta opción radical.

c. La irrazonabilidad de la escala penal por desproporción: bien jurídico protegido, otras escalas penales, y la entidad lesiva del delito

Un aspecto central del juicio de proporcionalidad de las escalas penales es la cuestión de las pautas de fijación de los límites de la escala penal por el legislador.

Soler clarifica la cuestión mediante su catálogo de las razones por las cuales la ley apela a esta “manera reforzada de proteger un derecho”, a las que describe como fundamentos de la delicada tarea de política legislativa desarrollada por el Congreso. En primer lugar, menciona: a) la importancia del bien jurídico vinculado con la norma, b) la perturbación traída por la mera frecuencia de la transgresión, c) la posibilidad de reparar el daño causado, y d) la forma como se realiza la lesión, particularmente, la violencia y el fraude. Pero luego agrega como factores socialmente variables que afectan la magnitud

abstracta de la pena: a) a la frecuencia de este tipo de ilicitudes, b) la tendencia más o menos autoritaria de determinada corriente política, c) el grado de impunidad con que el hecho puede cometerse, d) la repercusión social que tiene, y e) los caracteres demostrados por aquellos que lo cometen²¹.

Si bien el segundo grupo de motivos para la graduación del monto abstracto de la pena por parte del legislador es criticado debido a su desconexión con la culpabilidad del delincuente en el caso concreto, en tanto obedece a factores externos al bien jurídico y al hecho delictivo²², lo cierto es que siempre que el contenido de la ley que fija la escala penal se conserve dentro del ámbito de la razonabilidad como respuesta a la infracción de un delito –y consecuente lesión a un bien jurídico prevista en abstracto–, esta no puede ser simplemente soslayada por los jueces. Los fundamentos políticos de las leyes no están sujetos a la competencia de la judicatura si su contenido no viola alguna cláusula constitucional. En este sentido, se dijo que es el Poder Judicial “(...) quien debe, salvo casos de manifiesta y grosera inconstitucionalidad, juzgar según la ley, pues el poder del legislador para dictarla y modificarla a su albedrío no reconoce limitaciones, excepto aquellas que están expresadas en la misma Carta Magna”²³.

Entonces, y en relación a la consideración acerca de la irrazonabilidad de la escala penal, por ser desproporcionada en relación a la importancia del bien jurídico protegido lesionado en abstracto por un delito, debe concluirse que la fijación de las escalas penales pertenece a la órbita exclusiva y discrecional del legislador siempre y cuando la disposición cuestionada establezca distinciones objetivas y razonables. Así, serían arbitrarias e irrazonables las leyes que efectúen una distinción infundada entre personas en violación del principio de igualdad, o que preceptúen penas de prisión perpetuas o exageradamente elevadas para los delitos que, considerados a la luz de su afec-

21. SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo II, Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina, actualizador Guillermo J. Fierro, 1992, pp. 397-398.

22. DEVOTO, Eleonora y García Fagés, Mercedes, ob. cit.

23. Dictamen del Procurador General de la Nación en el caso *Acevedo, Pedro y otros s/ robo calificado*, de fecha 8-10-1990, al cual se remitió en el dictamen correspondiente a autos *María Cristina Pupelis y otros* (CSJN, Fallos: 314:424).

tación al bien común, sean de menor entidad, como el hurto, injurias o lesiones leves, por incurrir en una total falta de proporción entre bien jurídico y pena. En definitiva, no es posible atacar el tope mínimo penal establecido por la ley por una valoración personal acerca de la importancia del bien jurídico protegido por la norma, sino que el tope mínimo solamente se ve conmovido cuando el nexo de proporcionalidad entre bien jurídico protegido y pena prevista en retribución al delito sea objetivamente irrazonable, de modo tal que se genere una arbitrariedad por parte del legislador.

Asimismo, otra forma propuesta para evaluar la irrazonabilidad de una escala penal es compararla con las correspondientes a otros delitos. El caso paradigmático en los argumentos expuestos ante la Corte Suprema fue la comparación de las escalas penales de un delito frente a la del homicidio simple, partiendo del presupuesto –al menos controvertido– de que el delito contra la vida individual es el de mayor jerarquía e importancia dentro de nuestro sistema normativo.

Frente a esto, en el ya citado fallo *Pupelis* de la Corte, la mayoría sostuvo que en numerosos casos el legislador ha establecido un mínimo igual o superior a la pena del homicidio, teniendo en consideración bienes jurídicos diferentes a la vida, y que “el juicio sobre tal razonabilidad no puede fundarse exclusivamente en la comparación de las penas conminadas para los distintos delitos definidos en el catálogo penal”. Es decir, la valoración de las escalas penales para determinar su inconstitucionalidad no puede hacer referencias a un simplista análisis matemático, sino que la proporcionalidad debe necesariamente hacer referencia a la razonabilidad de la pena.

Es más, el hecho de que haya distintas penas solo trae como conclusión lógica la existencia de un tratamiento distinto, pudiendo ser que la escala penal desproporcionada con la totalidad del cuerpo legislativo penal sea la que tiene un menor monto de pena, y no la otra a la cual se pretende criticar.

Por último, cabe hacer referencia a la necesaria proporción que debe haber entre la entidad lesiva de un delito concreto y la pena conminada como retribución, que surge del carácter del Derecho Penal, tal como lo resalta la doctrina realista clásica.

En efecto, la pena no es sino la consecuencia de la comisión de un delito. Es el acto delictivo el que causa el demérito derivado de

la violación de dos deberes: a) respetar la relación del titular del bien jurídico con este, que surge de la justicia conmutativa; y b) respetar la paz y la vida tranquila de la comunidad, derivado de la justicia general dirigida directamente a preservar el bien común²⁴. La medida de esa afectación al tercero y a la comunidad es la medida del demérito, y consecuentemente, a fin de restablecer la igualdad perturbada por el delito, a ese demérito debe retribuírselo con una pena que le debe guardar proporción. En otros términos, el demérito es la medida de “lo suyo” penal, la pena que en justicia le corresponde al delincuente por haber delinquido.

Así, no es suficiente con que la pena establecida en abstracto sea proporcionada en relación al bien jurídico protegido, sino que, al contrario, son incompatibles con la Constitución Nacional las penas que expresan una inconciliable falta de correspondencia entre la extensión de la lesión causada por el delito concreto al bien jurídico protegido del sujeto pasivo y a la comunidad –es decir, el demérito del delito–, y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente –la pena. Entonces, el juez posee la facultad de ponderar la proporción delito-pena en casos de una intolerable desigualdad, dado que el parámetro de determinación de la pena no puede desligarse completamente de su fundamento natural, en tanto la pena es el medio para restablecer la igualdad de justicia conmutativa ante la desigualdad generada por el delito²⁵.

Esta es la razón que implícitamente subyace al argumento central de la Cámara Federal de Casación Penal, utilizado en el fallo reseñado para condenar a Ríos por debajo de la pena mínima prevista para el delito de comercialización de estupefacientes. En efecto, sostuvo la mayoría, en esencia, que la imposición de la pena se torna irracional cuando la afectación de derechos que esta supone no se corresponde con la lesión infringida al bien jurídico, por lo que la sanción en modo alguno puede superar dicho valladar. No obstante, cabe aclarar que

24. Cfr. REPETTO, Alfredo Luis, “Otras precisiones sobre el Derecho Penal realista (hecho, valor y norma)”, *El Derecho*, Buenos Aires, 21 de diciembre de 2007, www.elderecho.com.ar/ (consultado el 11-2-2019).

25. Ídem.

esta última sentencia pecó de dogmática al invocar esta supuesta falta de proporcionalidad, toda vez que, sin hacer referencias concretas a las circunstancias de la causa y las divergentes calificaciones legales, no terminó de acreditar de qué manera se daba justamente esa falta de correspondencia inconciliable entre la entidad lesiva del delito y la pena, de manera tal de violentar irrazonablemente el principio de culpabilidad y el de proporcionalidad entre infracción y sanción penal, limitándose a remitir a circunstancias no relevantes al efecto, como las condiciones personales de la vida del imputado.

Consecuentemente, la desproporción entre la efectiva mínima lesión por un delito –no insignificante– y la pena mínima legalmente prevista para el caso concreto, puede justificar la declaración de inconstitucionalidad de un tope mínimo penal en razón de la violación de los principios constitucionales de culpabilidad y proporcionalidad de la retribución, habilitando de esta forma al juez a perforar el mínimo penal.

d. Las circunstancias subjetivas de disminución del reproche y la “compensación” de penas

Existe un grupo doctrinario que propugna otras causales por las cuales los jueces podrían perforar el mínimo penal con base en circunstancias subjetivas que dan cuenta de una disminución del reproche al delincuente por el incumplimiento del orden jurídico penal. Es este reproche disminuido el que, cuando llega a ser proporcionalmente inferior al tope mínimo, daría lugar a la aplicación de una pena por debajo del mínimo legal.

Así, y a título de ejemplo para dar cuenta de estas circunstancias subjetivas de disminución del reproche, cabe destacar la teoría de la “culpabilidad por vulnerabilidad”, de Zaffaroni, dado que fue el criterio utilizado por el Tribunal Oral en lo Criminal en el caso *Guffanti* –reseñado en este trabajo– en pos de perforar el mínimo penal previsto para el delito de homicidio simple respecto de una persona considerada vulnerable.

Esta teoría es una derivación de la premisa de la irracional selectividad del poder punitivo estatal sobre las personas vulnerables.

Toda vez que, al ser selectivo, el poder punitivo no puede actuar éticamente, la culpabilidad por vulnerabilidad intenta compensar o disminuir dicha selectividad estructural, y así darle un mínimo de eticidad al poder punitivo. Por ello, esta teoría sostiene que se debe hacer una síntesis del juicio de reproche basado en el ámbito de autodeterminación de la persona en el momento del hecho (vulnerabilidad), con el juicio de reproche por el esfuerzo del agente para alcanzar esa situación de fragilidad en que el sistema penal ha concretado su peligrosidad, descontando del mismo el correspondiente a su mero estado de precariedad²⁶.

Como atinadamente señala Hernández, esta corriente doctrinal resulta harto contradictoria en sus fundamentos en tanto que, partiendo de la ilegitimidad esencial de la aplicación de penas, llegando a calificarla como incompatible con la ideología de los derechos humanos, deviene absurda la pretensión de otorgarle eticidad al Derecho Penal, si al mismo tiempo se sostiene que este es irremediablemente arbitrario e irracional²⁷.

Por otro lado, dado que el análisis particular de cada instituto excede los fines del presente trabajo, cabe mencionar que se han sugerido como opciones para perforar los mínimos legales en la etapa de la mensuración de la pena: a) al error de prohibición invencible; b) la culpabilidad disminuida por (i) perturbaciones de la conciencia, (ii) la impulsividad y (iii) la emoción violenta, y c) el “error de prohibición culturalmente condicionado”²⁸.

Por último, también se ha postulado la posibilidad de la perforación del mínimo penal basándose en una suerte de compensación del monto de la pena con base en las “penas naturales” –las que devienen al infractor de la ley penal por su propio delito– y las “penas ilícitas” –las ilegítimamente sufridas por el delincuente por un excesivo actuar estatal.

26. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *et al.*, ob. cit., pp. 517-532.

27. Cfr. HERNÁNDEZ, Héctor H., ob. cit., especialmente pp. 13-42.

28. Ver GRISETTI, Ricardo Alberto, “Determinación de la pena por debajo de los mínimos legales”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Buenos Aires, tomo F, 2012, pp. 1135-1144.

Así las cosas, todas las causas antes enumeradas que habilitan la perforación del tope mínimo penal tienen una íntima conexión con las posturas relativas a la teoría del delito y los postulados criminológicos desde los que parten los autores. No obstante ello, cabe decir que lo central y conducente en este trabajo es enunciar que dentro del marco teórico de cada autor, si se desea proceder a la aplicación de una pena por debajo del mínimo, debe fundarse de qué manera el reproche que le cabe al reo llega a la calificación de gravemente desproporcionada con el mínimo de la pena legalmente dispuesto, de modo tal de proceder a la declaración de su inconstitucionalidad.

III. CONCLUSIONES

En virtud de lo expuesto, queda claro que debe rechazarse categóricamente la postura que considera meros indicativos a los topes mínimos penales.

Una aplicación indiscriminada de esta corriente doctrinal conduciría a graves injusticias, por cuanto, bastando someras referencias a supuestos principios constitucionales y de derechos humanos, se justificaría la arbitrariedad de los jueces que decidan no aplicar las penas legalmente correspondientes a los delincuentes, lo que conllevaría un enorme debilitamiento del Derecho Penal y una defraudación a las legítimas expectativas de la sociedad que reclama que quien delinca sea retribuido con una pena.

Asimismo, la implementación de esta doctrina vulneraría el principio de separación republicana de poderes, toda vez que se desnaturalizaría la fuerza imperativa de la ley y los jueces se instaurarían como órganos supraleales carentes de vinculación con la voluntad del legislador, que es quien verdaderamente ostenta la legitimidad social para diseñar la política criminal.

No obstante, como excepción se puede admitir la perforación de los topes mínimos penales en pos de buscar la primacía de los principios naturales de justicia plasmados en nuestra Constitución Nacional por sobre las injusticias particulares que puedan derivarse de la imposición de las penas legalmente previstas, siendo la vía apta para apartarse de la prescripción de la ley la declaración de inconstitucio-

nalidad en el caso concreto, ateniéndose a la gravedad institucional que la tacha de inconstitucionalidad implica, dejando a salvo los supuestos de equidad.

Partiendo de esas premisas, cabe destacar que de conformidad con lo normado por la Constitución Nacional se ha propuesto como paradigma de la irrazonabilidad de la pena su calificación como cruel, inhumana o degradante, característica que se verifica en casos de vulneración de los principios de culpabilidad y proporcionalidad en la aplicación de las penas como retribución al delito.

En este sentido, a la hora de aplicar una pena, en tanto esta es el medio para restablecer la igualdad ante la desigualdad generada por el delito, el juez deberá realizar un juicio de razonabilidad sobre la relación de proporción entre la pena y el bien jurídico tutelado, y entre la pena y la entidad lesiva del delito concreto del caso –medida del demérito–, así como también deberá analizar la proporción entre la pena y la culpabilidad en tanto reproche al delincuente por su conducta ilícita. Ahora bien, solamente cuando la aplicación de la ley conlleve la imposición de una pena gravemente irrazonable, en razón de la violación de los principios de culpabilidad y proporcionalidad de la retribución, se justifica como acto de *última ratio* su declaración de inconstitucionalidad al efecto de perforar el mínimo penal.

Al contrario, no resulta plausible que este juicio de razonabilidad encuentre exclusivo fundamento en la comparación entre las penas conminadas entre distintos delitos de manera simplemente matemática, ni en voluntarismos relativos a circunstancias subjetivas del reo por los cuales el juez sustituya al legislador y fije un mínimo flexible según su libre discrecionalidad en cada caso.

BIBLIOGRAFÍA

- Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, Libro V, Capítulo X.
Bidart Campos, Germán, *Derecho Constitucional*, Tomo II, Buenos Aires, Ediar, 1966.
Binder, Alberto, *Introducción al Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2004.
Borinsky, Carlos, “La Constitución Nacional y las penas crueles por desproporcionadas”, Buenos Aires, Revista Jurídica Argentina *La Ley*, <https://>

- informacionlegal.com.ar / , AR/DOC/21902/2001 (consultado el 26-5-2018).
- Devoto, Eleonora A. y García Fagés, Mercedes, “De los mínimos de las escalas penales y la irracionalidad de las respuestas punitivas”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, núm. 11, 2007, pp. 2172-2179.
- Grisetti, Ricardo Alberto, “Determinación de la pena por debajo de los mínimos legales”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Buenos Aires, tomo F, 2012, pp. 1135-1144.
- Hernández, Héctor H., *Inseguridad y garantismo abolicionista. Bases para la reconstrucción de la justicia penal*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2017.
- Juliano, Mario Alberto, “La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales”, Buenos Aires, *Revista de Pensamiento Penal*, 16-4-2005, <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/30093-indefectible-naturaleza-indicativa-minimos-escalas-penales> (consultado el 17-2-2019).
- Levene, Ricardo (n.), “La creación judicial de mínimos penales no previstos en la ley, constituye una decisión ilegal por parte de los jueces”, *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, núm. 51, 2013, pp. 11-36.
- Repetto, Alfredo Luis, “Otras precisiones sobre el Derecho Penal realista (hecho, valor y norma)”, *El Derecho*, Buenos Aires, 21 de diciembre de 2007, www.elderecho.com.ar/ (consultado el 11-2-2019).
- Rusconi, Maximiliano, *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2009.
- Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo II, Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina, actualizador Guillermo J. Fierro, 1992.
- Tale, Camilo, *La equidad o epiqueya (concepto, criterios y aplicaciones)*, Córdoba, Ediciones Trejo y Sanabria, 2011.
- Tomás de Aquino, *Suma Teológica*.
- Yacobucci, Guillermo J., *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, Buenos Aires, Ábaco, 2002.- Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2003.

EL AMPARO POR MORA EN LA PROVINCIA DE SANTA FE. PROPUESTA PARA SU INCORPORACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL¹

THE ADMINISTRATIVE DELAY REMEDIES IN THE PROVINCE OF SANTA FE. PROPOSAL FOR INCORPORATION INTO THE PROVINCIAL CONSTITUTION

JUAN MARCELO GAVALDÁ²

RESUMEN

El amparo por mora de la Administración resulta una herramienta muy eficaz para asegurar el ejercicio del derecho a peticionar a las autoridades, tanto a nivel nacional como a nivel provincial.

En el caso particular de la Provincia de Santa Fe, si bien no se encuentra previsto en ninguna norma de Derecho Positivo local, afor-

1. Arbitraje: recepción 13-5-2019 - evaluación 20-5-2019.

2. Abogado (Universidad de Buenos Aires). Profesor en Ciencias Jurídicas (Universidad del Salvador). Diplomatura en Derecho Constitucional Profundizado (Universidad Austral). Docente de Derecho Constitucional (Universidad de Belgrano). Docente de Derecho Administrativo y de Derecho Público Provincial y Municipal (Universidad Nacional de José C. Paz). Vocal del Instituto de Derecho Constitucional de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. Correo electrónico: juanmarcelogavalda@yahoo.com.ar.

tunadamente, los jueces de la provincia lo han venido otorgando a través del amparo común.

Sostenemos que tanto la garantía constitucional de peticionar a las autoridades como el correspondiente derecho a obtener una respuesta de la Administración requieren un reaseguro mayor.

A tal fin, efectuaremos un comentario acerca de la utilidad de esta figura de naturaleza mixta (de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo), luego analizaremos el estado de la cuestión a nivel provincial y, finalmente, arribaremos, a modo de cierre, a la formulación de una propuesta concreta.

PALABRA CLAVE

Mora de la Administración - Amparo por mora de la Administración - Garantía constitucional de peticionar a las autoridades - Constitución Provincial - Reforma constitucional - Provincia de Santa Fe.

ABSTRACT

The administrative delay remedies are a very useful tool to assure the exercise of the right to request before the authorities, both nationally and provincially.

In the particular case of the province of Santa Fe, even if it is not regulated locally, fortunately the judges of the province have granted the right as common protection. We considerate that such decision it is not enough in order of the importance of the rights that are at stake, which tutelage cannot depend only and exclusively of the good will of the judges.

We argue that the constitutional warranty to petitionate before the authorities and the corresponding right to obtain an answer of the Administration require of a major reassurance.

To that end, we shall comment about the utility of this figure of mixed nature (both Constitutional and Administrative Law), then we shall analyze the state of the question both provincially and finally we shall reach to the formulation of a concrete proposal.

KEYWORD

Administrative delay - Administrative delay remedies - Constitutional warranty to petitionate to the public authorities - Provincial Constitution - Constitutional reform - Province of Santa Fe.

I. INTRODUCCIÓN

Así como la Constitución Nacional consagra en su art. 14 el derecho a peticionar ante las autoridades, la Constitución de la Provincia de Santa Fe, coincidiendo con su par nacional, establece el derecho de petición a las autoridades públicas, en defensa de intereses propios o generales³.

Es decir, que frente al derecho de petición garantizado por el art. 13 de la Constitución Provincial aparece, como correlato lógico y necesario, el imperativo de resolver a cargo de las autoridades provinciales.

Este imperativo guarda estrecha relación con la garantía del debido proceso establecida en el art. 18 de la Constitución Nacional, por cuanto de nada serviría el derecho a peticionar ante las autoridades y el resguardo del debido proceso adjetivo si no quedara amparado también el derecho a obtener una resolución⁴.

Sin embargo, a menudo se verifican situaciones en las cuales el Gobierno Provincial recibe peticiones de los ciudadanos y no se pronuncia, se dejan pasar los plazos previstos normativamente y, aun cuando estos no existen, es habitual que las autoridades demoren más de lo razonable, generando perjuicios a los peticionantes.

3. El art. 13 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe, con el encabezado de "Libertad de reunión, asociación y petición", dispone lo siguiente: "Los habitantes de la Provincia pueden libremente reunirse en forma pacífica, aún en locales abiertos al público. Las reuniones en lugares públicos están sometidos al deber de preaviso a la autoridad, que puede prohibirlas sólo por motivos razonables de orden o interés público con la anticipación no menor a cuarenta y ocho horas. Pueden también asociarse libremente con fines lícitos. *Gozan igualmente del derecho de petición a las autoridades públicas, en defensa de intereses propios o generales*" (el resaltado me pertenece).

4. Ver NEGRE, María Isabel, *El amparo por mora de la Administración pública*, Córdoba, Universidad Empresarial Siglo 21, 2018, p. 10.

Al respecto, se ha dicho que –por lo general– los tiempos técnicos de la Administración pública son tres veces más largos que los de una organización privada, si tomamos en cuenta los tiempos transcurridos desde que se inicia un trámite hasta su resolución final⁵.

El amparo por mora aparece, justamente, como un remedio posible frente a la pasividad de la Administración en el marco de un expediente administrativo.

En estos casos, el perjuicio para el particular se origina en la falta de respuesta a su pedido, pues es la demora en sí la que lesiona las garantías constitucionales de debida defensa y de petitionar a las autoridades⁶.

En el orden nacional, como es sabido, este instituto se encuentra previsto por el art. 28 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (Decreto Ley N° 19.549/1972)⁷.

Todos los días, por ante la Justicia en lo Contencioso Administrativo Federal con asiento en la Ciudad de Buenos Aires, y por ante la Justicia Federal desplegada a lo largo y a lo ancho de toda la República, se reciben cientos de presentaciones para que –por la vía del amparo por mora– se depare tutela judicial efectiva a las garantías conculcadas por la Administración pública nacional.

5. SESIN, Domingo; Pisani, Beatriz, *Amparo por mora de la Administración*, Córdoba, Advocatus, 2010, p. 12.

6. GAVALDÁ, Juan Marcelo, “Amparo por Mora”, en BRUNO DOS SANTOS, Marcelo, *Una mirada desde el fuero Contencioso Administrativo Federal sobre el Derecho Procesal Administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, p. 305.

7. Con el título de “Amparo por mora de la Administración”, el art. 28 de la LNPA dispone lo siguiente: “El que fuere parte en un expediente administrativo podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho. Dicha orden será procedente cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijado –y en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que excediere de lo razonable– sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado. Presentado el petitorio, si la justicia lo estimare procedente en atención a las circunstancias, requerirá a la autoridad administrativa interviniente que, en el plazo que le fije, informe sobre las causas de la demora aducida. Contestado el requerimiento o vencido el plazo sin que se lo hubiere evacuado, se resolverá lo pertinente acerca de la mora, librando la orden si correspondiere para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo prudencial que se establezca según la naturaleza y complejidad del dictamen o trámites pendientes”.

II. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

A diferencia de lo que sucede en el orden nacional, en la Provincia de Santa Fe no existe una vía procesal específica, análoga al “amparo por mora” previsto por el art. 28 de la Ley N° 19.549 (LNPA).

En efecto:

- No está previsto en la Ley Provincial de Amparo (Ley N° 10.456);
- No está contemplado por el Código Procesal Civil y Comercial Provincial (Ley N° 5.531);
- No está incluido en la Reglamentación para el Trámite de Actuaciones Administrativas (Decreto N° 10.204/1958);
- No aparece en otros cuerpos normativos de la provincia.

En otras palabras, el amparo por mora no forma parte del derecho positivo local santafecino.

Sin embargo, dicha circunstancia no significa que, en Santa Fe, el derecho a obtener una resolución expresa de las autoridades públicas provinciales carezca de remedio jurídico, pues tal como se demostrará a continuación, la falta de previsión normativa del amparo por mora no ha sido óbice para que los jueces le dieran acogimiento.

Afortunadamente, los jueces de la provincia lo han venido otorgando a través del amparo común previsto por el art. 17 de la Constitución Provincial⁸.

8. El art. 17 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe dice textualmente: “Un recurso jurisdiccional de amparo, de trámite sumario, puede deducirse contra cualquier decisión, acto u omisión de una autoridad administrativa provincial, municipal o comunal, o de entidades o personas privadas en ejercicio de funciones públicas, que amenazare, restringiere o impidiere, de manera manifiestamente ilegítima, el ejercicio de un derecho de libertad directamente reconocido a las personas en la Constitución de la Nación o de la Provincia, siempre que no pudieren utilizarse los remedios ordinarios sin daño grave e irreparable y no existieren recursos específicos de análoga naturaleza acordados por leyes o reglamentos”.

En el caso *Paulón*⁹, el accionante promovió un recurso de amparo por mora de la Administración contra el Ministerio de Salud, Medio Ambiente y Acción Social de la Provincia de Santa Fe.

A través de dicha acción, se procuraba obtener el dictado de una orden judicial para emplazar a la Administración a que se expida en el marco del expediente administrativo.

La Administración provincial invocó la inexistencia del amparo por mora en el Derecho Positivo, sosteniendo que el accionante había acudido erróneamente a la vía judicial del amparo.

En otras palabras, las autoridades de la Provincia de Santa Fe, al contestar esta acción, negaron la existencia del amparo por mora dentro del Derecho Positivo local.

El magistrado actuante entendió: “(...) si bien en el Procedimiento y Recursos Administrativos de la Provincia (Decreto N° 10.204/1958), no se contempla expresamente el amparo por mora, ello a diferencia del Procedimiento Administrativo Nacional que prevé (art. 28, Ley N° 19.549), no existe, entiendo, valladar alguno para su tratamiento en esta sede judicial”¹⁰.

Posteriormente, en el caso *Tomassi*¹¹, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia entendió que “aquellas pretensiones que se limitan a la obtención de una resolución administrativa expresa deben canalizarse por la vía del recurso de amparo, cuyos recaudos de admisibilidad y procedencia deberán ser materia de estricto control por parte de los jueces intervinientes”¹².

9. Sentencia dictada el 4-8-2003 en autos: *Paulón, Miguel Oscar c/ Ministerio Salud y Acción de la Provincia de Santa Fe s/ amparo* (Expte. Nro. 58 - año 2002), que tramitó por ante el Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la Novena Nominación de la Ciudad de Santa Fe. Rescatado el 23-5-2019 de [http:// domingorondina.blogspot.com/2014/7/](http://domingorondina.blogspot.com/2014/7/).

10. Cfr. *Paulón*, cit.

11. Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, Fallo dictado el 17-2-2010 en los autos *Tomassi, Patricia c/ Provincia de Santa Fe (queja admitida)* (Expte. CSJ Nro. 179/2008). Rescatado el 23-5-2019 de <http://www.justiciasantafe.gov.ar/ckfinder/userfiles/files/legislacion-y-jurisprudencia/jurisprudencia/jurisprudencia-destacada/corte-suprema-de-justicia/2323-A.%20y%20S.%20t.%20235>.

12. Cfr. *Tomassi*, cit.

Allí, se trató la problemática de la admisión en el ordenamiento santafesino, y, en su caso, el régimen aplicable al denominado “amparo por mora”, concluyendo que tal garantía, regulada en el orden nacional por la Ley N° 19.549, en algunas provincias por leyes y en otras por la Constitución Provincial, es un: “(...) especial recurso de amparo que tiene por objeto específico la obtención de una orden judicial de «pronto despacho», dirigida por el órgano jurisdiccional a órganos o entes de la Administración pública, que incumplen –en general– el deber de pronunciarse tempestiva y expresamente ante una pretensión deducida por un particular en dicha esfera”¹³.

En efecto, el llamado “amparo por mora”, cuya finalidad se agota exclusivamente en la obtención de una resolución expresa por parte de la Administración, tiende a la satisfacción del “derecho de peticionar a las autoridades”, consagrado por el artículo 13 de la Constitución Provincial.

Asimismo y, como ya se dijo, el artículo 17 de la Constitución Provincial contempla el “recurso jurisdiccional de amparo” contra cualquier decisión, acto u omisión que amenazare, restringiere o impidiere, de manera manifiestamente ilegítima, el ejercicio de un derecho de libertad directamente reconocido a las personas en la Constitución de la Nación o de la Provincia.

Por su parte, el artículo 1° de la Ley N° 10.456 dispone que “la acción jurisdiccional de amparo establecida por el art. 17 de la Constitución Provincial, procederá en los casos y con las condiciones en él previstas, de conformidad con el juicio de trámite sumario que se establece en la presente ley”.

El juego armónico de estas disposiciones nos permite afirmar que, dentro de la Provincia de Santa Fe, el recurso de amparo en los términos de la Ley N° 10.456 es la vía idónea para obtener tutela judicial efectiva de cara a las omisiones de las autoridades provinciales, lesivas del derecho de los ciudadanos a obtener resolución expresa.

En sentido coincidente, Ferullo y Grau refieren que en provincias como Santa Fe, en las cuales no está previsto el amparo por mora, este se rige por la ley de amparo local¹⁴.

13. Cfr. Tomassi, cit.

14. FERULLO, Gustavo C. - Grau, César Antonio, *Procedimiento y recursos administrativos en la Provincia de Santa Fe*, Rosario, Fas, 1997, pp. 97-106.

Al respecto, Sesin explica que en la Provincia de Santa Fe no se ha regulado específicamente la acción de amparo por mora, por lo que se ha reconocido la posibilidad de interponerla, haciéndola derivar del derecho de petición a las autoridades reconocido constitucionalmente o de la acción genérica de amparo¹⁵.

Ello así, merced a la buena voluntad de los magistrados santafecinos que lo han venido otorgando a través del amparo común.

En consecuencia, no cabe duda de que en la Provincia de Santa Fe el amparo por mora se encuentra plenamente vigente, como una solución pretoriana.

Sin embargo, consideramos que ello no resulta suficiente en orden a la importancia de los derechos que están en juego, cuya tutela no puede quedar librada exclusivamente al criterio de los jueces.

Es necesario un reaseguro mayor.

En tal sentido, el amparo por mora ya ha sido establecido en las Constituciones de las Provincias de Catamarca (desde 1988)¹⁶, Córdoba (a partir de 2001)¹⁷, Entre Ríos (desde 2008)¹⁸, La Rioja

15. SESIN, Domingo; Pisani, Beatriz, *Amparo por mora de la Administración*, Córdoba, Advocatus, 2010, p. 78.

16. El art. 40 de la Constitución de la Provincia de Catamarca dispone: “Contra todo acto, decisión u omisión de los agentes administrativos que violen, amenacen o menoscaben derechos garantizados por esta Constitución o por las leyes sancionadas en su consecuencia y que ocasionen un gravamen irreparable por otro medio, procederá el amparo, que se sustanciará judicialmente por procedimiento sumario y sin necesidad de reglamentación previa”.

17. Con el encabezado de “Mora de la Administración – amparo”, el art. 52 de la Constitución de la Provincia de Córdoba establece lo siguiente: “Para el caso de que esta Constitución, una ley u otra norma impongan a un funcionario, repartición o ente público administrativo un deber concreto a cumplir en un plazo determinado, toda persona afectada puede demandar su cumplimiento judicialmente y petitionar la ejecución inmediata de los actos que el funcionario, repartición o ente público administrativo se hubiera rehusado a cumplir. El juez, previa comprobación sumaria de los hechos enunciados, de la obligación legal y del interés del reclamante, puede librar mandamiento judicial de pronto despacho en el plazo que prudencialmente establezca”.

18. Dice el art. 57 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos: “Toda persona, parte en un expediente administrativo, podrá interponer amparo por mora a fin de obtener resolución inmediata, en el caso de demora injustificada de la autoridad

(2008)¹⁹, San Juan (1986)²⁰, cuyas convenciones reformadoras han sido sumamente generosas en miras a proveer soluciones para que los ciudadanos de estas provincias puedan enfrentar eficazmente la inercia administrativa, asegurando así la garantía constitucional de peticionar a las autoridades y el consecuente deber de estas de brindar respuesta a tales peticiones.

III. LA NATURALEZA MIXTA DEL AMPARO POR MORA

Cuando nos referimos a este instituto, por más que no lo mencionemos expresamente, se encuentra en juego la suerte corrida por la garantía constitucional de peticionar a las autoridades públicas, establecida por el art. 14 de la Constitución Nacional y –en nuestro tema objeto de estudio– por el art. 13 de la Carta Magna santafecina.

interviniente en expedirse sobre el asunto requerido por el interesado. En tal supuesto, el juez emplazará a la Administración o al funcionario remiso, bajo los apercibimientos que correspondan, a pronunciarse sobre el acto pretendido por el ocurrente en un plazo sumárisimo, aunque no podrá ordenarle en qué sentido lo debe hacer. La omisión en expedirse comportará la denegación tácita de la pretensión en trámite y agotará la vía administrativa, quedando expedita la acción judicial”.

19. En el caso de la Provincia de la Rioja, el amparo por mora se encuentra previsto dentro del art. 28 como una especie dentro del género amparo, en los siguientes términos: “(...) Cuando una disposición legal imponga a un funcionario un deber expresamente determinado, todo aquel en cuyo interés debe ejecutarse el acto o cumplirse la abstención y sufre perjuicio material, moral o político por falta injustificada del cumplimiento del deber, puede demandar ante el juez competente su ejecución inmediata, quien previa comprobación sumaria de la obligación legal y del derecho del reclamante, dirigirá al funcionario un mandamiento de ejecución o de prohibición según el caso”.

20. En la Provincia de San Juan, con el encabezamiento de “Amparo por mora”, el art. 41 de la Constitución Provincial establece: “Toda persona que sufre un perjuicio material, moral o de cualquier naturaleza, por incumplimiento del deber que una ley u ordenanza imponga a un funcionario o entidad pública en forma expresa y determinada, puede demandar ante el juez competente la ejecución inmediata del o los actos que el funcionario o entidad pública rehúsa cumplir. El juez, previa comprobación sumárisima de los hechos denunciados y el derecho invocado, librará el mandamiento encaminado a exigir el cumplimiento inmediato del deber omitido”.

Si bien el derecho a obtener respuesta a nivel nacional era considerado como inherente al derecho de peticionar, o implícito en los términos del art. 33 de la Constitución Nacional, se encuentra contemplado en el art. 7º, inc. c) de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (Ley N° 19.549), en cuanto establece que “deben decidirse todas las peticiones formuladas”; lo cierto es que, a más de ello –a partir de la reforma constitucional de 1994–, también se encuentra reconocido expresamente en el bloque de constitucionalidad (art. 75, inc. 2º de la Constitución Nacional), en tanto el art. XXIV de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (Bogotá, 1948) establece: “Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya sea de interés particular, y el de obtener pronta resolución”.

Similares disposiciones presentan la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 8º y 10²¹; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica, en los arts. 8º y 25²²; y el

21. La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 8º, establece: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

Asimismo, en su art. 10 dispone: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

22. “1. 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.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2º, inc. 3º, aps. a) y b), y art. 14, inc. 1º)^{23,24},

En tales condiciones, resulta más que claro que el amparo por mora de la Administración no solo asegura a los ciudadanos el derecho de peticionar a las autoridades, sino que impone a las autoridades públicas el cumplimiento de su deber de brindar respuesta a las peticiones que se les formulen.

Ello así, por cuanto de nada serviría reconocer a la ciudadanía la garantía constitucional de petición a las autoridades públicas, si en la práctica no pudiera disponerse de una herramienta idónea para sortear con éxito la demora en que estas pudieran incurrir.

Tal herramienta idónea no es otra que el amparo por mora, instituto que, si bien se encuentra regido por disposiciones de Derecho Administrativo, tiene por finalidad la tutela de una garantía que emana del Derecho Constitucional.

Sammartino señala que el amparo por mora es un dispositivo procesal instituido para la defensa de garantías constitucionales del administrado en el trámite del procedimiento administrativo²⁵.

Por lo tanto, y tal como señala Novo, siguiendo dicha postura, podemos sostener que este tipo de proceso presenta una naturaleza mixta en cuanto se vincula directamente con un derecho de jerarquía constitucional que se ejerce en el marco de un expediente administrativo y en beneficio de un administrado.

23. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2º, inc. 3º), estableció lo siguiente:

“a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial”.

24. NEGRE, María Isabel, *El amparo por mora de la Administración pública*, ob. cit., p. 9.

25. SAMMARTINO, Patricio M. E., “El amparo por mora de la Administración”, en Manili, Pablo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, Ed. Universidad, 2005, pp. 98-99.

Es decir, si bien es un proceso administrativo es también un proceso constitucional y, en definitiva, su objeto no es otro que el de asegurar la efectividad del derecho a peticionar a las autoridades (y a obtener una respuesta de estas), tal como está previsto en el art. 13 de la Constitución Provincial santafesina²⁶.

IV. LA EXPERIENCIA PORTEÑA

Juan Lima señala que en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el amparo por mora no fue previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo, ni en el Código Contencioso Administrativo y Tributario, así como tampoco en la Ley de Amparo (Ley N° 2.145) y que, no obstante ello, el fuero contencioso porteño ha admitido este tipo de acción con base en el propio art. 14 de la Constitución de la Ciudad (que también se refiere a las “omisiones”), en el art. 14 de la Constitución Nacional (derecho a peticionar –con el consiguiente de obtener respuesta–), y en el art. XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (sobre el deber de resolver con prontitud las peticiones respetuosas)²⁷.

Efectivamente, al igual que sucedió en la Provincia de Santa Fe, pese a no estar contemplado el amparo por mora en el ordenamiento local, los jueces de la ciudad fueron admitiendo este tipo de planteos en la inteligencia de que se trataba de una subespecie del género amparo, regulado a nivel local en la Ley N° 2.145²⁸.

26. NOVO, Enrique F., “Doctrina destacada: amparo por mora en la Nación y en la Provincia de Córdoba”, publicado el 6 de marzo de 2012, en Thomson Reuters, rescatado el 22-4-2019 de: <http://www.thomsonreuterslatam.com/2012/03/doctrina-destacada-amparo-por-mora-en-la-nacion-y-en-la-provincia-de-cordoba>, Buenos Aires, 2012.

27. JUAN LIMA, Fernando E., “El amparo y otros procesos urgentes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica* N° 7, marzo 2014, Cita: IJ-LXXXI-64.

28. Ver sentencia dictada en fecha 14 de octubre de 2004, de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en los autos *Machado, Virginia c/ GCBA s/ amparo por mora*

En diciembre de 2009, la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sancionó un proyecto de ley incorporando –dentro del Código Contencioso Administrativo y Tributario– la regulación del instituto del amparo por mora de la Administración, insertando en el mencionado cuerpo normativo los artículos 466 a 471.

Enviada la Ley N° 3.374 al Jefe de Gobierno para su promulgación, la Procuración General de la Ciudad objetó el plazo de cinco días que esta preveía en su artículo 468 para que la Administración informe las causas de la demora y acompañe las actuaciones administrativas necesarias para verificar la existencia de la mora administrativa y terminó recomendando el veto, por considerar que dicho plazo dificultaba la defensa de los intereses del Gobierno de la Ciudad²⁹.

En tales circunstancias, el Jefe de Gobierno vetó parcialmente el proyecto³⁰.

V. PROPUESTA A MODO DE CONCLUSIÓN

Tal como hemos visto, en la Provincia de Santa Fe, el amparo por mora de la Administración no fue incluido en la Ley Provincial de Amparo (Ley N° 10.456), no aparece en el Código Procesal Civil y Comercial Provincial (Ley N° 5.531), ni tampoco en la Reglamentación para el Trámite de Actuaciones Administrativas (Decreto N° 10.204/1958).

administrativa (Expte. Nro. 11237/0). Rescatado el 23-5-2019, de http://www.adaciudad.org.ar/sitio/pdfs/fallos/CAYT/sala_1/44.pdf.

29. Ello así, dado que en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires los oficios judiciales son canalizados ante la Procuración General y no directamente ante la repartición competente para resolver el trámite; se consideró que se tornaría imposible en la mayoría de los casos dar cabal cumplimiento a la manda judicial, colocando al Gobierno de la Ciudad en estado de indefensión.

30. El art. 1° del Decreto N° 125/GCABA/10 dice textualmente: “Vétase parcialmente el proyecto de Ley N° 3.374, sancionado por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en su sesión del día 3 de diciembre de 2009, en su artículo 1°, el texto que incorpora como artículo 468 al Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires”.

Aun así, pese a no formar parte del derecho positivo local, esta figura existe en Santa Fe, merced a su aplicación pretoriana.

Entendemos que con solo ello no resulta suficiente, toda vez que la garantía constitucional de peticionar a las autoridades y el correspondiente derecho a obtener una respuesta de la Administración, necesitan de un reaseguro de carácter permanente y de mayor jerarquía que el buen criterio que puedan tener los magistrados provinciales.

Desde hace unos años se vienen realizando dentro de la Provincia de Santa Fe una serie de actividades con la consigna de “Bases para la Reforma Constitucional”, en cuyo marco se generaron importantes debates sobre diversas temáticas, surgiendo de su seno numerosos aportes y propuestas de múltiples estamentos políticos, académicos, sociales, económicos, gremiales, civiles y profesionales³¹.

Gordillo sostiene que el amparo por mora es generalmente eficaz y hasta muy eficaz; que se trata de la tutela del Derecho Constitucional a peticionar y obtener una respuesta en tiempo oportuno y que ha sido altamente beneficioso para lograr una buena Administración, por lo que cabe auspiciar su extensión y ampliación en la medida de lo posible³².

En ese orden de ideas, nuestra propuesta concreta es la inclusión del amparo por mora de la Administración en el mismo art. 17 de la Constitución Provincial, presentándolo así como una subespecie más del género amparo.

Otra posibilidad sería la redacción de una cláusula específica referida únicamente al amparo por mora de la Administración.

31. Dentro de dicho marco de debates, el 17 de noviembre de 2017, se desarrolló en la Ciudad de Rosario una Jornada sobre la Reforma Constitucional Provincial en Santa Fe, organizada conjuntamente por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y por el Instituto de Derecho Constitucional de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. Una de las propuestas que allí formulamos fue, justamente, la incorporación del amparo por mora en una cláusula constitucional.

32. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV: “El Procedimiento Administrativo”, Capítulo XIII “Queja y amparo por mora”, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2016, pp. 625-626.

Recientemente, el Gobierno de Santa Fe ha convocado a una consulta popular no vinculante respecto de la necesidad de reformar la Constitución Provincial durante el período de gobierno 2019/2023³³.

Si bien es cierto que, existiendo el amparo, tanto en la Constitución Nacional, como en la Constitución Provincial, el amparo por mora de la Administración podría establecerse perfectamente mediante una ley provincial, siendo ello adecuado desde un punto de vista estrictamente normológico y resultando innecesario plantear una reforma constitucional exclusivamente para esta sola cuestión. Empero, no es menos cierto que, abierta la reforma a propuestas sobre diferentes tópicos, el planteo de la incorporación de este instituto a la Constitución Provincial deviene más que razonable, sin que nada obste a su posterior regulación por la vía legislativa, a fin de precisar los aspectos relativos a la tramitación (v. gr., plazo a conceder a la Administración para que produzca el informe sobre los motivos de la demora, medidas para asegurar el cumplimiento de la sentencia, aplicación de astreintes, apelación y régimen de costas, entre otros aspectos).

Se trata de una oportunidad histórica para debatir acerca de la conveniencia de blindar, para los tiempos futuros, la garantía constitucional de peticionar ante las autoridades públicas provinciales³⁴.

BIBLIOGRAFÍA

Biotti, María A. - Gilardi Madariada de Negre, Cecilia, "Amparo por mora de la Administración. La mora judicial", en Balbín, Carlos F. (dir.), *Proceso contencioso administrativo federal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014.

33. Mediante el dictado del Decreto N° 4.208, se convocó al electorado de la Provincia de Santa Fe, para que, conjuntamente con la realización de los comicios generales fijados para el día 16 de junio de 2019, manifieste voluntariamente su opinión no vinculante respecto de la necesidad de reformar la Constitución Provincial durante el período de gobierno 2019/2023.

34. Tal como lo hicieron las Provincias de Catamarca (desde 1988), Córdoba (a partir de 2001), Entre Ríos (desde 2008), La Rioja (2008) y San Juan (1986).

- Cassagne, Ezequiel, "El amparo por mora de la Administración", *LL*, 2010-E, 881.
- Creo Bay, Horacio D., *Amparo por mora de la Administración pública*, Buenos Aires, Astrea, 1989.
- Ferullo, Gustavo C. - Grau, César Antonio, *Procedimiento y recursos administrativos en la Provincia de Santa Fe*, Rosario, Fas, 1997.
- Gavaldá, Juan M., "Amparo por mora", en Bruno dos Santos, Marcelo (Dir.), *Una mirada desde el fuero Contencioso Administrativo Federal sobre el Derecho Procesal Administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2013.
- Gavaldá, Juan M., "Amparo por mora de la Administración", en López Castiñeira, José L. (Dir.) – Marra Giménez, Macarena (Coord.), *La acción de amparo y la acción declarativa*, Buenos Aires, Errejus, 2017.
- Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV: "El Procedimiento Administrativo", Capítulo XIII "Queja y amparo por mora", Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2016.
- Juan Lima, Fernando E., "El amparo y otros procesos urgentes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica* N° 7, marzo 2014. Cita: IJ-LXXXI-64, disponible en <http://ar.ijeditores.com>.
- Negre, María Isabel, *El amparo por mora de la Administración pública*, Proyecto de Investigación Aplicada, Córdoba, Universidad Empresarial Siglo 21, 2018.
- Novo, Enrique F., "Doctrina destacada: amparo por mora en la Nación y en la Provincia de Córdoba", publicada el 6 de marzo de 2012, en Thomson Reuters, rescatado el 22-4-2019, de: <http://www.thomsonreuters-latam.com/2012/03/doctrina-destacada-amparo-por-mora-en-la-nacion-y-en-la-provincia-de-cordoba>, Buenos Aires, 2012.
- Sammartino, Patricio, *Derecho Procesal Constitucional*, Manili, Pablo (Coord.), Buenos Aires, Ed. Universidad, 2005.
- Sammartino, Patricio, "Amparo por mora de la Administración", en Sabsay, Daniel A. (Dir.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010.
- Sesin, Domingo - Pisani, Beatriz, *Amparo por mora de la Administración*, Córdoba, Advocatus, 2010.

LEY POSITIVA Y LIBERTAD RELIGIOSA EN UNA SOCIEDAD PLURALISTA EN EL PENSAMIENTO DE BENEDICTO XVI¹

MARTA CARTABIA²

1. INTRODUCCIÓN³

Constituye para mí un gran honor participar en este encuentro y compartir con este prestigioso auditorio algunas reflexiones sobre el concepto de laicidad en el valiosísimo pensamiento de Joseph Ratzinger/Benedicto XVI, especialmente en relación con el tema de la tutela y el desarrollo de los derechos individuales.

Su pensamiento y magisterio sobre la relación entre Fe y Razón, Estado y Religión, Ley y Religión, ha acompañado mi reflexión académica, dedicada durante algunos años al desarrollo de los “nuevos derechos”⁴, en un momento de gran auge y transformación de

1. Conferencia Magistral, Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 24 de abril de 2019. Además este texto es el desarrollo de una participación sobre el mismo tema en el Simposio Internacional “Fundamental Rights and Conflicts among Rights”, realizado el 15 de noviembre de 2018 en Roma cuyas Actas se encuentran en curso de publicación en lengua inglesa.

2. Vicepresidente de la Corte Constitucional Italiana.

3. Traducción realizada por la Prof. Débora Ranieri de Cechini, Facultad de Derecho (UCA).

4. Ver “*The Age of New Rights*”, in *Straus Working Paper 03/10*, 2010, New York University School of Law, ISSN: 2160-827X (on line en <https://www.law.nyu.edu/insitutelawjustice>) e “*Nuovi diritti e leggi imperfette*”, en *Iustitia*, 2, LXIX, 2016, 153-

la relación entre ley positiva y fenómeno religioso, sobre todo en el continente europeo. Eran años –después de la segunda mitad de los noventa– en los cuales comenzaron a emerger tensiones inesperadas entre derechos individuales y libertad religiosa, especialmente en las controversias sobre los símbolos religiosos en los espacios públicos (en Italia basta con recordar el conocido caso *Lautsi* sobre el crucifijo en las escuelas⁵), controversias que marcaron bien la transformación del espacio público en el viejo continente y el rol del fenómeno religioso en su interior.

Joseph Ratzinger había captado en Europa todo el sufrimiento cultural y espiritual, un sufrimiento con lejanas raíces, desarrollado en el curso de los siglos y que ha atravesado una significativa aceleración a partir de la segunda posguerra. Un sufrimiento signado por la “secularización”, antes de la transformación en sentido multicultural del tejido social, que ha ocasionado una crisis de la “Cristiandad” o de la civilización cristiana.

El pensamiento de Joseph Ratzinger ofrece una contribución de claridad cristalina para distinguir los destinos de la Cristiandad de los del cristianismo, es decir, de la sociedad atravesada por los valores cristianos respecto de los destinos de la Iglesia y de la Fe.

2. LAICIDAD Y NEUTRALIDAD DEL ESTADO EN EUROPA

Después de la Reforma, durante siglos, el viejo continente había sido gobernado por el principio *cuius regio eius religio*⁶. Cada Estado tenía una religión oficial o mayoritaria: protestante los países del nor-

182 (disponible on line en <https://www.uc.cl/es/component/content/article/24379-rol-publico-de-la-facultad-de-derecho-es-destacado-en-el-inicio-del-ano-academico>).

5. Sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos del 18 de marzo de 2011 - Ricorso n. 30814/06 – *Lautsi e altri c. Italia*, ECLI:CE:ECHR:2011:0318JUD003081406.

6. Cfr. J. T. JOHNSON, “*Humanitarian Intervention, the Responsibility To Protect, and Sovereignty: Historical and Moral Reflections*”, en *Michigan State International Law Review*, 23 (2015), 620, donde el principio es definido como el derecho del gobernante de establecer las coordenadas de la práctica religiosa aceptada en el interior del propio territorio.

te de Europa; católica en el sur; ortodoxa en Grecia y en el centro-este; anglicana en Inglaterra.

En tal contexto, durante mucho tiempo, el vocabulario constitucional del pluralismo religioso se había fundado en la relación entre mayorías y minorías, donde las minorías se encontraban en dificultad porque la legislación se definía en base a los valores éticos y religiosos dominantes.

Ante la irrupción de la modernidad, las exigencias de la razón iluminista y, más tarde, la sociedad multicultural, la única respuesta factible parecía ser aquella experimentada en Francia a partir de la Revolución de fines de 1700, que erigió la *laicidad* –entendida como *neutralidad* del Estado frente al fenómeno religioso– como principio fundamental de la República. Instituciones y leyes públicas neutrales parecían ser la *solución lógica* a los problemas del encuentro entre culturas en la medida en que parecían ofrecer un marco jurídico capaz de garantizar la equidistancia entre diferentes concepciones de vida buena.

Sin embargo, la *experiencia histórica* ha demostrado los límites y las contradicciones de aquello que *parecía lógico* en un plano meramente abstracto: la neutralidad se ha mostrado como insuficiente e ilusoria, porque en los hechos ni pudo conciliar los conflictos que atraviesan las sociedades fragmentadas y plurales, ni tampoco suministrar soluciones respetuosas de los derechos tanto de creyentes como de no creyentes.

Por dos razones. Como han demostrado autores del calibre de Joseph Weiler, Cole Durham, Ayelet Shachar, el enfoque neutral sobre el fenómeno religioso en realidad genera un impacto diferente sobre los diversos grupos y, en consecuencia, produce efectos discriminatorios. En segundo lugar, aunque parece como un factor de promoción de un espacio abierto a todos, de hecho, la “legislación neutral” es, una vez más, el producto de la cultura dominante; más bien, a veces, puede generar efectos “neo-asimilacionistas”, más o menos intencionales, no muy diverso de lo sucedido en su tiempo por el Estado confesional, cuando el Estado utilizaba su autoridad para favorecer los símbolos, los valores y la práctica de la religión de la mayoría, aunque hoy estos métodos sean la prerrogativa de la “nueva iglesia” secularizada.

La laicidad entendida como neutralidad resulta ser inhóspita frente a la diversidad y el pluralismo⁷.

Resulta interesante notar que una personalidad como Emmanuel Macron, puesto a la cabeza del Estado que ha hecho de la laicidad y de la neutralidad en lo religioso un rasgo distintivo de su identidad constitucional, al intervenir en el *Collège des Bernardins* (donde diez años antes, en 2008, Benedicto XVI había pronunciado un importante discurso⁸ en el cual recordaba el renacimiento de la civilización cristiana a partir de los monasterios benedictinos) en abril de 2018, ha reconocido públicamente que después de dos siglos de *laicidad* en Francia “la unión entre Iglesia y Estado se ha arruinado” y que tanto al Estado como a la Iglesia “les interesa repararla” puesto que en Francia domina una “desconfianza hacia las religiones”, agregando que “la laicidad no debe ciertamente tener la función de negar la dimensión espiritual en nombre de la dimensión temporal, ni de erradicar de nuestra sociedad la dimensión sagrada que alimenta a muchas de nuestras conciencias”⁹.

En el modelo de laicidad como neutralidad aún dominante en Europa¹⁰, hay algunas cuestiones para repensar.

7. Al respecto ver W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, il Mulino, 1999, y sobre todo W. KYMLICKA – W. NORMAN, “Citizenship in Culturally Diverse Societies: Issues, Contexts, Concepts”, en W. KYMLICKA – W. NORMAN (eds.), *Citizenship in Diverse Societies*, New York, Oxford University Press, 2000, 4, donde se muestra que a menudo derechos e instituciones aparentemente neutrales (“difference-blind”) son de hecho “implícitamente inclinadas hacia la necesidad, intereses e identidades de los grupos mayoritarios”.

8. BENEDETTO XVI, Encuentro con el mundo de la Cultura en el *Collège des Bernardins*. Discurso del Santo Padre Benedetto XVI, París, viernes 12 de septiembre 2008 (disponible en www.vatican.va).

9. E. MACRON, *Discours du Président de la République devant les Evêques de France*, París, Collège des Bernardins, 9 de abril de 2018 (disponible en <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2018/04/09/discours-du-president-de-la-republique-emmanuel-macron-a-la-conference-des-eveques-de-france-au-college-des-bernardins>).

10. Como demuestra el caso *Achbita*, por ejemplo (Sentenza della Corte di giustizia dell’Unione europea del 14 marzo 2017, caso C-157/15, *Samira Achbita e Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contro G4S Secure Solutions NV*, ECLI:EU:C:2017:203). Ver el comentario de J. H. H. WEILER, “Je Suis Achbita”, in *European Journal of International Law*, 28 (2017), 989.

Así señalaba sin dudarle Benedicto XVI en el discurso pronunciado en Westminster Hall en septiembre de 2010:

La religión, en otras palabras, no es un problema que los legisladores deban solucionar, sino un factor que contribuye de modo vital al debate público en las naciones. En este contexto, no puedo menos que manifestar mi preocupación por la creciente marginación de la religión, especialmente del cristianismo, que se está produciendo en algunos ambientes, incluso en naciones que otorgan un gran valor a la tolerancia. Hay algunos que desean que la voz de la religión se silencie, o al menos que se relegue a la esfera meramente privada. Hay quienes esgrimen que la celebración pública de fiestas como la Navidad debería suprimirse según la discutible convicción de que ésta ofende a los miembros de otras religiones o de ninguna. Y hay otros que sostienen –paradójicamente con la intención de suprimir la discriminación– que a los cristianos que desempeñan un papel público se les debería pedir a veces que actuaran contra su conciencia. Éstos son signos preocupantes de un fracaso en el aprecio no sólo de los derechos de los creyentes a la libertad de conciencia y a la libertad religiosa, sino también del legítimo papel de la religión en la vida pública. Quisiera invitar a todos ustedes, por tanto, en sus respectivos campos de influencia, a buscar medios de promoción y fomento del diálogo entre Fe y Razón en todos los ámbitos de la vida nacional¹¹.

La jurisprudencia sobre símbolos religiosos es un buen ejemplo y, en este sentido, podemos identificar dos clases de casos.

En primer lugar, han aparecido los casos relacionados con los símbolos religiosos en los espacios públicos donde la preferencia por una política de tipo neutral ha sugerido que lugares como las Cortes, los Tribunales, las escuelas o los hospitales fuesen liberados de tales

11. Benedicto XVI, “Encuentro con los representantes de la sociedad británica. Discurso del Santo Padre Benedicto XVI”, Westminster Hall – Ciudad de Westminster, 17 de septiembre de 2010 (disponible en www.vatican.va).

signos¹². En línea general, los tribunales han adoptado una doctrina neutral del espacio público y, como resultado, las imágenes y los símbolos religiosos han sido removidos.

La segunda tendencia de casos presentados delante de las Cortes comprende los referidos a los símbolos religiosos personales: el crucifijo, el velo, el turbante, el *niqab*, el *kirpan* u otros símbolos visibles llevados a las escuelas, universidades, aeropuertos, en las calles o en los lugares de trabajo donde rigen normativas de vestimenta neutral. Estos casos están siendo resueltos por las Cortes supremas y Constitucionales internacionales, supranacionales y nacionales en todo el mundo. En muchos de estos casos, los tribunales han aplicado los mismos principios utilizados en las controversias sobre los símbolos religiosos presentes en los edificios públicos. El resultado en muchos países europeos ha sido la prohibición de usar símbolos religiosos. En Reino Unido las enfermeras y las azafatas no pueden llevar un crucifijo. En Italia, según una reciente sentencia de la Corte de Casación¹³, los *sijs* no pueden usar el *kirpan*. En Francia, ningún símbolo religioso está permitido en público, mientras que el *niqab* está rigurosamente prohibido.

Sin embargo, se hizo evidente que el enfoque neutral aplicado a los símbolos religiosos personales simplemente no puede funcionar, porque comporta una indebida restricción a la libertad religiosa. En efecto, el problema de una neutralidad secular rigurosa es que se convierte en inhóspita para los creyentes, como Cole Durham ha expresado a menudo¹⁴. Otros, como Joseph Weiler, han subrayado que la neutralidad en el ámbito religioso, de hecho, favorece una de las visiones del mundo en controversia, precisamente aquella que me-

12. Por ejemplo, ver el ya citado caso en la sentencia de la Corte Europea de los Derechos Humanos del 18 de marzo de 2011: Recurso n. 30814/06 – *Lautsi e altri c. Italia*.

13. Sentenza della Corte di cassazione, Prima sezione penale, n. 24084 del 31 marzo 2017.

14. Ver W. C. DURHAM – A. DUSHKU, “*Traditionalism, Secularism, and the Transformative Dimension of Religious Institutions*”, en *Brigham Young Law Review*, 1993, 463.

nosprecia o no tiene en cuenta a Dios¹⁵. Más recientemente, Ayelet Shachar, comentando la prohibición francesa del velo religioso, ha notado que la medida de orientación neutral puede inadvertidamente convertirse en una variante de “persuasión indirecta” hasta hacer surgir un tipo de “constricción directa” que recuerda aquella que estaba en boga en el pasado cuando el Estado utilizaba su autoridad para favorecer los símbolos o las prácticas de la religión mayoritaria, aunque hoy estos métodos sean la prerrogativa de la “nueva iglesia” secularizada¹⁶.

3. LAICIDAD Y NUEVOS DERECHOS

El terreno en el cual mayormente se ha insinuado una distancia, luego una desconfianza y más tarde un verdadero y propio choque entre Estado e Iglesia en Europa (y otros continentes) es el de los “nuevos derechos”: derechos de autodeterminación individual, permisivos, que buscan la remoción de límites que las leyes imponen, heredadas en gran parte de la moral cristiana. En nombre de tales derechos se han aprobado leyes permisivas y “neutrales” que, sin embargo, pronto han generado conflictos con los grupos religiosos.

Atención: los derechos son un buen proyecto y también la Iglesia Católica ha cumplido un camino en esta dirección, especialmente después del Concilio Vaticano II y la *Pacem in terris* (1963).

Los Derechos Humanos son un tesoro precioso que debe preservarse al menos por dos razones fundamentales.

A. Los derechos se colocan como tentativas de respuesta a los deseos de la persona que se enfrenta con nuevas exigencias, frente a las grandes transformaciones sociales de nuestra época. Los derechos

15. J. H. H. WEILER, *Un'Europa cristiana*, Milano, Rizzoli, 2003, 82 ss. Ver también su defensa delante de la Gran Cámara de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Lautsi*.

16. A. SHACHAR, “*Squaring the Circle of Multiculturalism? Religious Freedom and Gender Equality in Canada*”, en *Law & Ethics of Human Rights*, 10 (2016), 51.

han contribuido en poner a la persona humana en el centro del mundo jurídico.

B. En segundo lugar, los derechos de la persona constituyen un límite poderoso a la prepotencia de los Estados totalitarios. Los derechos colocan a la persona como algo anterior y limitan al Estado. Esta es la gran tradición del constitucionalismo, especialmente el constitucionalismo de la segunda posguerra. Artículo 2º de la Constitución italiana: “La República *reconoce* y garantiza los derechos”. Los derechos son un antídoto frente al Estado totalitario y contribuyen –usando las palabras de Joseph Ratzinger– a la “relativización cristiana del Estado”¹⁷.

Sin embargo, en el modo en que se han desarrollado –especialmente en los últimos veinte años en Europa (y mucho antes en Estados Unidos)– los nuevos derechos indudablemente –o si quieren el dialecto “liberal” del lenguaje de los derechos individuales (como nos ha enseñado una famosa expresión atemporal de Mary Ann Glendon 1991¹⁸)– han desmantelado gradualmente sectores enteros del ordenamiento jurídico permeado de valores cristianos. Muchos de los “nuevos derechos” son factores de grandes transformaciones en materia de ética pública: aquellos que pertenecen a esferas como el ámbito familiar, la moral sexual, los actos de disposición del propio cuerpo, el uso de la tecnología en materia de protección de la salud, las determinaciones sobre el fin de la vida, los límites de la investigación científica –por ejemplo– expresan una cultura liberal, permisiva, destinada a eliminar límites y obstáculos al libre despliegue de las elecciones individuales.

Desde entonces, existen tantos debates que dividen y lastiman, que tienden a polarizar fuertemente a la sociedad, especialmente entre cristianos y no cristianos. Las leyes que hasta época reciente en muchos países occidentales habían encarnado a la moral cristiana, o por lo menos en ella se habían inspirado, ahora se han alejado en nombre de los derechos de autodeterminación individual y de no dis-

17. J. RATZINGER - BENEDETTO XVI, *Liberare la libertà*, Siena, Cantagalli, 2018, 10.

18. M. A. GLENDON, *Rights Talk. The Impoverishment of the Political Discourse*, New York, The Free Press, 1991.

criminación; las antiguas leyes son percibidas como adversarias, hostiles o al menos extrañas de los derechos de la persona.

Hoy, entre Derecho y Religión existe una relación problemática, como observa Christopher McCrudden en su bello volumen recientemente traducido al italiano¹⁹.

4. CRISTIANISMO Y CIVILIZACIÓN CRISTIANA

Todavía los nuevos derechos apelan a valores universales, arraigados en la concepción cristiana de la persona humana: libertad, igualdad, dignidad, solidaridad son palabras claves de la doctrina social de la Iglesia. Sin embargo, en nombre de estas mismas palabras se aprueban leyes que ponen en crisis el rol tradicional de la familia, que liberalizan el aborto, la eutanasia, la procreación artificial, la maternidad subrogada. ¿Cómo es posible que en nombre de valores universales, nacidos de la costilla de la civilización cristiana, se aprueben leyes tan distantes de las leyes morales de la Iglesia?

El ejemplo más dramático es el valor de la palabra dignidad humana.

A propósito, hay páginas bellísimas del Cardenal Joseph Ratzinger, tomadas y reelaboradas en referencia a la cultura contemporánea por Don Julián Carrón en su reciente libro, *La belleza desarmada*:

(...) en la contraposición de las confesiones y en la crisis inminente de la imagen de Dios, se intentó sostener los valores esenciales de la moral fuera de las contradicciones y de buscar para estas una evidencia que los mantuviese independientes de las múltiples divisiones e incertidumbres de las diferentes filosofías y confesiones. Este proyecto aparece realizable porque “las grandes convicciones de fondo generadas por el cristianismo en gran

19. C. MCCRUDDEN, *Litigating Religion: An Essay on Human Rights, Courts, and Beliefs*, Oxford, OUP, 2018 (trad. it.: *Quando i giudici parlano di Dio. Fede, pluralismo e diritti umani davanti alle Corti*, Bologna, il Mulino, 2019).

parte resisten y parecen innegables”²⁰. Se desarrolló la tentación iluminista de afirmar aquellas convicciones, cuya evidencia parecía que se podía sostener en sí, de prescindir de un cristianismo vivo²¹.

Muchos de los valores madurados en la tradición cristiana han sido puestos como fundamento de los ordenamientos jurídicos en la época del primer constitucionalismo moderno nacido en la Revolución Francesa y Americana a fines de 1700 y han sido “consagrados” en textos particularmente garantizados –las Constituciones– para que, puestos en resguardo de todo posible ataque, pudiesen durar por mucho tiempo.

Conocidos por todos, los principios de libertad, igualdad y fraternidad: lema de la laica Revolución Francesa, constituyeron los elementos fundadores de aquella época, y, sin embargo, son el eco de una tradición que seguramente tiene sus raíces en una larga historia de religiosidad signada por el cristianismo.

Interesante es notar este fenómeno, porque, mientras se desencadenaba la furia iconoclasta contra cada símbolo religioso y mientras la Iglesia estaba abrumada por las rebeliones contra las instituciones tradicionales en cuanto partes del *Antiguo Régimen*, los valores de la civilización cristiana –despojados de toda referencia a sus raíces religiosas y trascendentes– se perpetuaban como valores civiles, constitucionales, incardinados en el derecho positivo.

La obra parecía atrayente y fácilmente transitable porque el pensamiento liberal heredaba las grandes convicciones del cristianismo y parecía poder “capitalizarlas” independientemente de su origen, desvinculándose así del sujeto que las había hecho nacer.

Los valores morales y los principios jurídicos del iluminismo y de la época liberal han crecido en gran medida en el humus de la tradición cristiana, pero han tendido a emanciparse de esa tradición.

20. J. RATZINGER, *L'Europa di Benedetto e la crisi delle culture*, Roma-Siena, LEV-Cantagalli, 2005, 61.

21. J. CARRÓN, *La bellezza disarmata*, Milano, Rizzoli, 2015, 6.

En época más reciente –cerca de fin de siglo– el debate sobre la Constitución europea y las raíces cristianas de Europa ha reproducido la misma dinámica que ha conducido, un poco más de dos siglos atrás, a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789. Los valores nacidos de la tradición aún cristiana fueron salvaguardados, pero no sus raíces; parecía que fuese superfluo reconocerlo. La opinión dominante pensaba que una Constitución

debe recordar los valores, no sus raíces: la unidad e identidad de los europeos se construyó alrededor de los principios de dignidad de la persona humana, de la solidaridad, de la democracia, de la libertad y de la igualdad, cualesquiera sean sus orígenes²².

Esta ha sido la opinión mayoritariamente compartida, y al final vencedora, en el debate sobre la Constitución para Europa, que luego ha dejado huella en la Carta de los Derechos de la Unión Europea, ahora incorporada a los Tratados de la UE. Pocas, poquísimas –aunque referentes y con coraje²³– fueron las voces contrarias, que evidenciaban el origen histórico de los valores proclamados, esmerándose por el reconocimiento de la cultura greco-judaica-cristiana, terreno de cultura de los valores atinentes a la dignidad humana, adoptados como propios por la Carta Fundamental de Europa.

La consideración que deseo enfatizar para entender los acontecimientos que están atravesando nuestras sociedades es que al principio hubo un abandono de facto del cristianismo como una forma de vida en la sociedad; sin embargo, se han realizado intentos por preservar los valores cristianos en forma secular, completamente independientes de sus orígenes.

22. S. FERRARI, *Dio, religione e Costituzione*, OLIR – Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose, 2004, en formato pdf en http://www.olir.it/areetematiche/73/documents/FerrariS_Preamboli.pdf.

23. J. H. H. WEILER, *Un'Europa cristiana. Un saggio esplorativo*, Milano, Rizzoli, 2003.

5. RELATIVIDAD DEL ESTADO Y DISTINCIÓN ENTRE ESTADO E IGLESIA

Por lo tanto, el desarrollo de los “nuevos derechos” ha barrido los últimos vestigios de la Cristiandad –diría Charles Taylor²⁴, refiriéndose al pensamiento de Mounier– de la civilización cristiana, de la *societas christiana*, que con sus valores y sus miserias, por muchos siglos, ha marcado la forma de la vida social de Europa y de muchos países occidentales. La ley positiva hoy está cada vez menos plasmada sobre los valores de la moral cristiana. Se insinúa una distancia que crece cada vez más.

En efecto, en ciertos aspectos el contexto actual laicizado se presta a comprender mejor la concepción del poder civil que podemos leer con la claridad habitual en muchas páginas de Joseph Ratzinger. En su pensamiento recurrentemente se subraya la necesaria “relatividad” de los ordenamientos temporales (acompañado, no obstante, por la advertencia de que la relatividad de las cosas humanas nunca debe convertirse en un relativismo absoluto). Advierte sobre el riesgo de una política que pretenda colocar el cielo en la tierra, en una perspectiva totalmente inmanentista, que quiere realizar la redención “en este lugar”. El poder político no tiene la tarea de salvar al hombre. Esto escapa a su capacidad. Depende sólo del Redentor, a quien ningún poder humano, ni laico ni cristiano, podrá nunca sustituir.

Su claro rechazo por la idealización y la absolutización del rol del Estado y de la política se explica en su propia experiencia personal, que ha conocido y padecido en primera persona las atrocidades de un Estado viciado por la *hybris* de querer ser respuesta absoluta y total a las necesidades de la convivencia social. Así, inspirado en el pensamiento de Agustín, Joseph Ratzinger reiteradamente subraya:

El Estado (...) no es la totalidad de la existencia humana y no abarca toda la esperanza humana. El hombre y su esperanza van más lejos que la realidad del Estado y que la esfera de la acción política (...) El Estado no es la totalidad. Esto alivia el peso al hombre político y abre el camino a una política racional. (Cuan-

24. C. TAYLOR, *A secular age*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2007.

do el Estado) pretende aquello que no puede (...) se convierte en demoníaco y tiránico²⁵.

Del mismo modo Benedicto XVI prosigue:

una decisiva afirmación cristiana es que la salvación del mundo en última instancia no viene de la transformación del mundo ni de una política divinizada, elevada a lo absoluto. Siempre es necesario trabajar para el cambio del mundo: de modo concreto y sincero, real, paciente, humano. Y sin embargo hay una exigencia y una pregunta del hombre que va más allá de todo aquello que la política y la economía le pueden dar; una pregunta que sólo puede responderse a través del Cristo crucificado, a través del hombre en el cual nuestro dolor toca el corazón de Dios²⁶.

También cuando el poder es confiado a hombres de fe, el juicio acerca del valor relativo del Estado y de sus leyes no cambia:

Todos los Estados son “poderes terrenales”, aun cuando son regidos por emperadores cristianos y habitados más o menos completamente por ciudadanos cristianos (...) son formas de ordenamientos necesarios de esta etapa del mundo y es justo preocuparse por su bien (...) pero dado que todos estos poderes no son más que Estados terrenales, representan un valor relativo y no merecen una atención de orden supremo. Eso depende sobre todo de la patria eterna de todos los hombres, de la *civitas caelestis*²⁷.

A través del pensamiento de Agustín, subraya la realidad, más bien la necesidad de la permanente imperfección del Estado, o mejor, de los Estados en este mundo²⁸.

25. J. RATZINGER - BENEDETTO XVI, *Liberare la libertà*, Siena, Cantagalli, 2018, 63.

26. *Ibidem*, 24.

27. *Ibidem*, 55.

28. *Ibidem*, 58.

En *Spes salvi*, el Papa Benedicto XVI²⁹ ha explicado con palabras insuperables la necesaria condición de imperfección del ordenamiento civil advirtiéndolo el peligro a los creyentes y no creyentes de la búsqueda de sistemas jurídicos y políticos perfectos, porque la pretensión de perfección pone fuera de juego la libertad humana y entonces, en definitiva, revela toda su imperfección:

Porque el hombre permanece siempre libre y porque su libertad siempre es frágil, no existirá jamás en este mundo el reino del bien definitivamente consolidado. Quien promete un mundo mejor que duraría irrevocablemente para siempre, hace una promesa falsa; pues ignora la libertad humana. La libertad debe siempre de nuevo ser conquistada por el bien. La libre adhesión al bien nunca existe simplemente por sí misma. Si hubiese estructuras que fijasen de modo irrevocable una determinada –buena– condición del mundo, sería negada la libertad del hombre, y por este motivo no serían, en definitiva, para nada estructuras buenas³⁰.

Propósito del Estado y la ley civil no es por lo tanto realizar un perfecto orden social utópico, sino asegurar un “orden de libertad”³¹. Dicho de otro modo: la ley civil es, por respeto a la libertad humana, necesariamente imperfecta.

En este contexto, por lo tanto, la contribución que la religión puede dar a la vida pública de las naciones no puede ser en clave teo-

29. Numerosas intervenciones de Benedicto XVI reafirman esta clara convicción. Basta recordar el discurso al parlamento federal alemán del 22 de septiembre de 2011, sobre el que me permito reenviar a CARTABIA-SIMONCINI (a cura di), *La legge di re Salomone. Ragione e diritto nei discorsi di Benedetto XVI*, Milano, Rizzoli, 2013.

30. BENEDETTO XVI, *Spe salvi. Lettera enciclica ai vescovi, ai presbiteri e ai diaconi e a tutte le persone consacrate e a tutti i fedeli laici sulla speranza cristiana*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2007, 24.

31. Así el Card. Ratzinger en una homilía dada el 26 de noviembre de 1981 durante una liturgia para los diputados católicos del parlamento alemán en la Iglesia de San Winfried en Bonn; el texto ha sido publicado con el título *Aspetti biblici del tema fede e politica*, nel volume RATZINGER, *Chiesa, ecumenismo e politica. Nuovi saggi di ecclesiologia*, Edizioni Paoline, Cinisello Balsamo 1987, 142-146.

crática. En el pensamiento de Benedicto XVI no hay lugar para ninguna forma de teología política³².

La relatividad e imperfección de las instituciones civiles son predicadas en la distinción entre Iglesia y Estado de matriz agustiniana:

(Agustín) considera todo este mundo como una entidad provisoria y no busca por ello conferirle una constitución cristiana, sino que deja que sea mundano, teniendo y luchando por conseguir el propio ordenamiento relativo.

(La doctrina de las) dos *civitates* no busca ni un Estado eclesiástico ni una estatización de la Iglesia, sino en medio de los ordenamientos de este mundo, que permanecen y deben permanecer ordenamientos mundanos, aspira a hacer presente la nueva forma de la fe en la unidad de los hombres en el cuerpo de Cristo, como elemento de transformación³³.

La correcta relación entre Estado e Iglesia requiere, por lo tanto, una distinción, superando toda forma de teocracia o de teología política, que tampoco ha faltado a lo largo de la historia. Así, por ejemplo, en una intervención en 1979 Joseph Ratzinger señalaba:

Europa se caracteriza por la motivada separación –que se funda en el cristianismo– entre Fe y ley, que incluye la racionalidad del Derecho y su relativa autonomía respecto al ámbito religioso, pero sobre todo el dualismo de Estado e Iglesia. La política subyace ciertamente sobre normas éticas que tienen su fundamento religioso, pero no se modela según el esquema teocrático³⁴.

32. Reenvío para profundización a la espléndida reconstrucción de M. BORGHESI, *Critica della teologia politica. Da Agostino a Peterson. La fine dell'era costantiniana*, Bologna, Marietti, 2013, en particular 31 ss. y 55 ss. y, para comprender el origen de esta dialéctica, a la recopilación de los textos comentados en H. RAHNER, *Chiesa e struttura politica nel cristianesimo primitivo*, Milano, Jaca Book, 1990.

33. M. BORGHESI, *Critica della teologia politica. Da Agostino a Peterson. La fine dell'era costantiniana*, Bologna, Marietti, 2013, 61-62.

34. J. RATZINGER, "L'Europa: un'eredità vincolante per i cristiani" (1979), in J. RATZINGER – BENEDETTO XVI, *Perché siamo ancora nella Chiesa*, Milano, Rizzoli, 2008, 169.

De este modo, con específica referencia a los contenidos de las leyes civiles y de los ordenamientos jurídicos, Benedicto XVI afirma, sin términos medios:

El rol de la Religión en el debate público no es tanto el de suministrar tales normas (...) mucho menos proponer soluciones políticas concretas, cosa que se encuentra del todo fuera de la competencia de las religiones³⁵.

6. LA BÚSQUEDA SIEMPRE NUEVA DE ORDENAMIENTOS RECTOS

Si los ordenamientos jurídicos y políticos temporales no son el lugar de la perfección, de la redención, del absoluto; si el rol de la fe no es suministrar respuestas confeccionadas a demanda de la convivencia civil ni traduce en reglas jurídicas los preceptos morales, ¿qué cosa entiende Benedicto XVI cuando reclama preservar el rol público de la religión?

El énfasis sobre la imperfección y relatividad de las leyes civiles no genera en su pensamiento una actitud de poco cuidado, de descuido, resignación o fatalismo. Más bien, reclama una obra no acabada y constructiva, especialmente de parte de los fieles. La ley civil es necesariamente imperfecta, pero también siempre está abierta a la corrección del vicio y del error, en un dinamismo incesante y siempre perfectible. La imperfección de la ley acompaña a su perenne reforma en una búsqueda sin fin. En *Spe salvi*, Benedicto XVI continúa:

Consecuencia de cuanto he dicho es que la siempre nueva fatigosa búsqueda de ordenamientos rectos para las cosas humanas es tarea de cada generación, jamás está completamente concluido³⁶.

35. BENEDETTO XVI, *Incontro con le autorità civili. Discorso del Santo Padre Benedetto XVI, Westminster Hall – City of Westminster, 17 settembre 2010* (disponibile on line sul sito www.vatican.va).

36. BENEDETTO XVI, *Spe salvi*, 25.

Es la propia conciencia de imperfección de la conducta del hombre y su incompletitud la que abre a la búsqueda, a la corrección incansable, al ajustamiento por vía de progresivas aproximaciones.

Y es aquí donde la relación entre Estado e Iglesia, Ley y Religión, entre creyentes y no creyentes puede devenir provechosa. Como subraya en el discurso en Westminster, hay un “rol correctivo de la Religión frente a la Razón”, que puede sostener la razón en la búsqueda de los principios morales necesarios; y, viceversa, hay un rol “purificador y estructurante de la razón en el interior de la religión”, que la libera del fanatismo, del sectarismo y de toda otra distorsión.

Es un proceso que funciona en doble sentido (...). El mundo de la razón y de la fe, el mundo de la secularidad racional y el mundo del credo religioso, tiene necesidad uno del otro y no deberían tener temor de entrar en un profundo y continuo diálogo, por el bien de nuestra civilización³⁷.

Benedicto XVI habla de diálogo y de recíproca purificación. El lenguaje es de signo colaborativo, evoca puentes, mucho más que muros, diría el Papa Francisco. En la perspectiva de Benedicto XVI entre Razón y Fe, entre política –que es el ámbito de la razón³⁸– y la religión hay una unión de profunda amistad, una relación en la que cada uno tiene necesidad del otro para vivir bien.

Una laica, guardiniana, polaridad, sin embargo, debe significar las relaciones entre Iglesia y Estado; una polaridad de signo “positivo”, no opuesto u hostil.

Resumiendo:

El tiempo actual ofrece un contexto favorable para comprender que la idea de laicidad como pura “neutralidad” del Estado respecto

37. BENEDETTO XVI, *Incontro con le autorità civili. Discorso del Santo Padre Benedetto XVI, Westminster Hall – City of Westminster, 17 settembre 2010* (disponibile on line sul sito www.vatican.va).

38. J. RATZINGER, *Europa. I suoi fondamenti oggi e domani*, San Paolo Edizioni, Cinisello Balsamo 2004, 55.

al fenómeno religioso es un falso mito que conlleva de hecho a consecuencias odiosas en la confrontación de las religiones.

El tiempo actual es también favorable para una toma de conciencia que la ley civil no puede pretender todo y, mucho menos, la salvación. Con el poder político el cristiano está llamado a colaborar, en una perspectiva de inalcanzable corrección, evitando actitudes de desconfianza y de rígida hostilidad.

7. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y “ACOMODAMIENTOS RAZONABLES”

A la luz de esta confianza en el encuentro entre fe y razón, entre ley civil y religiones, se podría indagar cuáles son en el ordenamiento jurídico las estructuras, las instituciones, los instrumentos más acordes a esta actitud de laicidad positiva y que el pensamiento de Benedicto XVI ha dejado en herencia a la Iglesia y su sucesor ha alimentado ulteriormente.

Volvamos al ámbito de los derechos individuales, al centro de las reflexiones de esta jornada, a las relaciones problemáticas que los desarrollos más recientes han instaurado con las religiones. Christopher McCrudden afirma con claridad que es un dato de hecho que hoy “las religiones son un problema para los Derechos Humanos y los Derechos Humanos son un problema para las religiones”³⁹ y muestra cómo efectivamente en una serie de casos que él examina, ejemplificativamente, los derechos humanos se encuentran en tensión con los valores, las prácticas, los preceptos de las más variadas religiones que nuestras sociedades multiculturales conocen.

El mismo Benedicto XVI, que además no ha escondido su simpatía y apoyo en los conflictos de la tutela de los derechos de la persona, ha tenido en cuenta esta crítica, en particular en el Discurso a las Naciones Unidas⁴⁰ y no se ha cansado de afirmar que “la idea de los

39. C. MCCRUDDEN, *Quando i giudici parlano di Dio. Fede, pluralismo e diritti umani davanti alle Corti*, Bologna, il Mulino, 2019, XX.

40. BENEDETTO XVI, *Incontro con i membri dell'Assemblea generale dell'Organizzazione delle Nazioni unite. Discorso di Sua Santità Benedetto XVI*, New York, 18 aprile 2008.

derechos humanos separada de la idea de Dios al final no sólo conduce a la marginalización del cristianismo sino, al fin de cuentas, a su negación”⁴¹.

JFS, Ladele, Achbita, Hobby Lobby, Sahin, Lautsi, Obergefell, son solo algunos nombres que han dado origen a casos judiciales en los cuales la tensión entre Derecho y Religión ha sido llevada bajo los reflectores, a través de importantes pronunciamientos jurisprudenciales.

¿Qué puede significar, por tanto, la laicidad positiva, constructiva y dialogante de Benedicto XVI en tal contexto?

El primer movimiento de un sujeto o de un grupo frente a la afirmación de un derecho individual que contraste con sus convicciones religiosas es solicitar una exención del cumplimiento de la ley. Los médicos cristianos reclaman no practicar el aborto, los jóvenes pacifistas no quieren ser enrolados en el ejército, las organizaciones de asistencia religiosa no quieren dar niños en adopción a parejas homosexuales, los pasteleros no quieren preparar el pastel de boda a una pareja homosexual: la enumeración no tiene el fin de ser exhaustiva y puede ser ampliada mucho más. Todos estos sujetos están en una posición muy incómoda porque la obediencia a un mandamiento religioso no es compatible con la ley vigente.

Por estas situaciones, la mayor parte de los ordenamientos garantizan la posibilidad de la objeción de conciencia de modo tal que la libertad religiosa de los grupos minoritarios sea preservada. Nadie quiere vivir en una comunidad que impone a sus ciudadanos la obligación de hacer aquello que creen que sea un pecado, obligándolos a actuar contra sus convicciones morales o en contraste con un deber religioso. Exenciones y objeciones de conciencia son instrumentos necesarios.

Sin embargo, la exención y la objeción de conciencia tienen importantes consecuencias negativas y deben ser invocadas con cautela, por muchas razones. Menciono sólo dos.

Ver además el comentario de M. A. GLENDON, “Justice and Human Rights: Reflections on the Address of Pope Benedict to the UN”, in *European Journal of International Law*, 19 (2008), 925.

41. J. RATZINGER - BENEDETTO XVI, *Liberare la libertà*, Siena, Cantagalli, 2018, 15.

La objeción de conciencia y la exención del cumplimiento de los preceptos civiles alimentan la convicción de que la religión no es compatible con las democracias liberales fundadas en los derechos humanos y sobre los principios contra las discriminaciones. Invocar la exención tiene costos aún para quien se beneficia, en la medida en que coloca a algunos, al grupo minoritario, al margen de la convivencia civil, en una situación de separación. En otras palabras, siguiendo una útil distinción propuesta por Ayelet Schachar, las exenciones van en la dirección de una “diversidad privatizada” más que hacia una justa inclusión social - “*fair inclusion*”⁴².

Además son instrumentos que dividen, porque colocan en oposición a grupos diversos y tienden a profundizar el surco existente entre los diversos componentes sociales: las mayorías, que reivindican los derechos protegidos por las leyes, y las minorías, que se alejan de las reglas sociales y recluyen en el interior de recintos solitarios. En otras palabras, se crea fragmentación en lugar de cohesión social; no ayuda para la convivencia unida, sino que se forman grupos separados unos de otros.

Por otro lado, no hay duda de que para algunos objetores, la exención y la objeción de conciencia son instrumentos necesarios, como Antígona no ha dejado de recordar a lo largo de los siglos: sin embargo, deben permanecer reservados para casos excepcionales; una forma de resistencia que se invoca, como dice Benedicto XVI en *Liberare la libertà*, “cuando el Estado exige la negación de Dios y de sus mandamientos, cuando requiere el mal respecto al cual el bien siempre es un mandamiento”. En suma, deben existir posibilidades de remedio extremo, para aplicar cuando todos los otros caminos hayan fallado, pero no puede convertirse en el método ordinario para afrontar el disenso.

Menos conocidos son algunos intentos que varias Cortes del mundo están intentando realizar para contrarrestar el clima de enfrentamiento, fragmentación, sospecha y desconfianza, que separa a creyentes y no creyentes, en la búsqueda de modalidades de reso-

42. A. SCHACHAR, “Privatizing Diversity: A Cautionary Tale from Religious Arbitration in Family Law”, in *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 9, No. 2 (2008), 573-607.

lución de las tensiones que favorezcan un clima de construcción, de pertenencia común, de conexión y de cohesión.

Las Cortes alemana, sudafricana y canadiense tienden a requerir a las partes en conflicto no llevar al extremo el requerimiento de sus derechos. La misma Corte Constitucional italiana ha afirmado textualmente que cuando los derechos son afirmados de modo absoluto estos devienen “tiranos”, por lo que conviene siempre procurar sus recíprocos equilibrios. (Sentenza n. 85 de 2013).

El juez Albie Sachs de la Corte de Sudáfrica ha intentado introducir propuestas de mediaciones en las controversias sobre los derechos, de modo que los conflictos puedan ser resueltos en un contexto donde las personas involucradas puedan reconocerse como partes de una misma comunidad.

Algo similar sucede cuando la Corte alemana sostiene que los conflictos sobre derechos (en el caso del conflicto sobre el crucifijo) deben ser resueltos en base a un acuerdo práctico, una concordancia práctica que requiere que ninguna posición jurídica sea afirmada en su máxima extensión, sino que todas sean tuteladas en paridad del modo más amplio posible⁴³.

Tal vez el ejemplo más claro proviene de la Corte Suprema canadiense.

El enfoque constitucional canadiense de acomodamiento razonable posee importantes virtudes que merecen ser tenidas en alta consideración.

Examinemos ahora juntos la primera significativa decisión sobre acomodamiento razonable, el caso *Multani* (2006), que tuvo por protagonista a un joven sikh de once años inscripto en una escuela pública en Québec⁴⁴. La Corte debía examinar si el joven podía tener permiso para llevar el *kirpan*, un puñal ritual, que simboliza los preceptos de su fe religiosa. Ello podía crear, evidentemente, potenciales riesgos de seguridad para otros estudiantes y profesores y, a su vez, se encontró con la prohibición, muy razonable, por parte de la escue-

43. C. MCCRUDDEN, *Quando i giudici parlano di Dio. Fede, pluralismo e diritti umani davanti alle Corti*, Bologna, il Mulino, 2019, 205.

44. *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 1 S.C.R. 256, 2006 SCC 6.

la de llevar armas y objetos peligrosos. El *kirpan* era al mismo tiempo un importante símbolo obligatorio para Multani y un arma para la escuela.

Un enfoque fundamentado en la laicidad entendida como “neutralidad” (estilo *Achbita*) habría llevado a la prohibición de llevar el *kirpan*, como en la decisión de la Corte de Casación italiana de 2017⁴⁵: ningún estudiante tiene el permiso de llevar armas a la escuela. Además, un enfoque basado en la exención/objeción de conciencia habría conducido a un resultado opuesto, en detrimento de la observancia de la regla de la escuela y de la seguridad de los otros estudiantes. El éxito, en cada caso, requiere el sacrificio de la libertad religiosa o de las razones de seguridad.

La respuesta al caso *Multani* se ha revelado como más creativa y concorde con los deseos de todos. La Corte Suprema canadiense no ha seguido la orientación de una prohibición absoluta, ni ha ignorado la exigencia de seguridad. Por el contrario, ha buscado mantener un criterio de acomodamiento que se preocupa por mitigar las tensiones entre valores e intereses contrarios. Como resultado, la Corte ha establecido que el joven Multani no estuviese necesariamente obligado a remover el *kirpan* en la escuela; sin embargo, por razones de seguridad, la condición para llevar el puñal fue que sea cosido en un bolsillo interno de modo tal que no fuese fácil extraerlo. Desde que la decisión ha sido pronunciada, no ha habido noticias relacionadas con problemas de seguridad en las escuelas canadienses a causa del *kirpan* de los sikhs. En este caso, estamos seguramente frente a un ejemplo de fenómeno de acomodamiento razonable.

Del examen de la práctica de la Corte canadiense, según me parece comprenderla, el acomodamiento razonable está connotado por tres características muy interesantes. En primer lugar, la controversia se mueve de un nivel abstracto a un nivel concreto; en segundo lugar, se requiere de todos una actitud colaborativa; por último, se trata de una situación en la cual no se deja lugar para lo infructuoso.

45. Sentenza della Corte di cassazione, sezione I penale, del 15 maggio 2017, n. 24084.

En el plano teórico, según algunas posiciones de principio, cuando se cuestionan los derechos individuales y la libertad religiosa, los casos se convierten a menudo en “graves” y “trágicos”, según la definición de Guido Calabresi⁴⁶. Como ha repetido a menudo Carl Schmitt⁴⁷, los valores pueden ser tiránicos, tienden a imponerse según una dinámica de dominio absoluto: o los derechos o la religión. En cambio, si nos movemos del plano doctrinal a uno más concreto, podemos descubrir más de una posibilidad de respuesta, como en el caso *Multani*: aquello que es teóricamente imposible de conciliar, puede ser “acomodado” en la práctica, según una *Praktischen Konkordanz*⁴⁸:

Hay muchas más cosas en cielo y tierra, Horacio, que en tu filosofía⁴⁹.

Con este método, todos vencen aunque alguno deba soportar un sacrificio, sin desmerecer la esencia del valor que se está defendiendo. El estudiante sikh del caso canadiense debe guardar el puñal en la chaqueta, mientras la escuela debe aceptar que los alumnos lleven un arma a clase. Todos deben conceder algo, pero ninguno debe “rendirse” totalmente o capitular. El acomodamiento razonable se basa sobre la idea de que todos deben vivir unidos: no es el resultado de un razonamiento en abstracto, pero puede funcionar sólo en la práctica, en una relación cara a cara. Ello requiere que se tomen en consideración los detalles específicos de las circunstancias y de la actitud de las partes.

El acomodamiento razonable se basa en la cooperación y en la presencia de un tercero imparcial que facilita la conciliación de las posiciones en contraste y ayuda a encontrar un terreno común. Nunca se desarrollará bastante el poder que el encuentro entre las personas genera para conciliar mundos diversos.

46. G. CALABRESI – P. BOBBIT, *Tragic Choices*, New York, W. W. Norton & Co., 1978.

47. Ver C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Milano, Adelphi, 2008.

48. K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C. F. Müller, 1999.

49. W. SHAKESPEARE, *Amleto*, Atto I, scena V, in ID., *Tutte le opere*, Sansoni, Firenze 1980, 690.

El acomodamiento razonable no es el reino de los absolutos, se desarrolla con palabras como balanceo, flexibilidad, razonabilidad y, al igual que lo expresa Pierre Bosset, requiere “imaginación práctica”⁵⁰. Por estas razones, el acomodamiento razonable no coincide con la exención: mientras que la exención es un enfoque que se basa en el “o... o...”, el acomodamiento aprovecha el “y... y...”; mientras la exención pone a los grupos a distancia uno del otro, el acomodamiento une a las personas; la exención puede ser establecida por ley, el acomodamiento requiere ejercicio práctico. El acomodamiento es “performativo” y no puede ser tratado como un modelo a replicar, sino como un camino a recorrer cada vez de un modo nuevo.

Naturalmente no se trata más que de un punto para la reflexión. Es una propuesta que se mueve en el ámbito de las cosas penúltimas, no de las cosas últimas.

Sin embargo, es un camino que podría ser interesante recorrer, aún en la sintonía de algunos corolarios de la idea de laicidad positiva o colaborativa que se encuentran en algunas páginas de Benedicto XVI.

Quisiera concluir esta travesía de la “laicidad neutral” al acomodamiento razonable, iluminada por la laicidad positiva de Benedicto XVI y de su concepción imperfecta de las leyes humanas, con estas, sus palabras:

Ser sobrios y actuar aquello que es posible, y no reclamar con el corazón en llamas lo imposible, siempre ha sido difícil; la voz de la razón no es nunca tan fuerte como el grito irracional. El grito que reclama grandes cosas tiene la vibración del moralismo; limitarse a lo posible parece en cambio una renuncia a la pasión moral, parece el pragmatismo de los mezquinos. Pero la verdad es que la moral política consiste precisamente en la resistencia a

50. P. BOSSET, “*Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable*”, in M. JÉZÉQUEL (a cura di), *Les accommodements raisonnables: quoi, comment, jusqu'où. Des outils pour tous*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2007, 12: “El acomodamiento razonable apela a la imaginación práctica, porque una vez admitida la idea de un tratamiento diferencial, se extraen consecuencias concretas (...). En fin, él tiene en cuenta el tejido social sin el cual no existiría la comunidad humana”.

la seducción de las grandes palabras con las cuales jugamos con la humanidad del hombre y sus posibilidades. No es moral el moralismo de aventura, que pretende realizar las cosas de Dios por sí mismo. Lo es en cambio la lealtad que acepta las medidas del hombre y logra, dentro de esas medidas, la obra del hombre. No la ausencia de compromiso, sino que el compromiso mismo es la verdadera moral de la actividad política⁵¹.

51. J. RATZINGER - BENEDETTO XVI, *Liberare la libertà*, Siena, Cantagalli, 2018, 65.

EL FEDERALISMO COMO EXPRESIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD¹

FEDERALISM AS AN EXPRESSION OF THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY

PABLO MARIA GARAT²

1. LA DINÁMICA DEL ORDEN SOCIAL Y POLÍTICO

Las sociedades en el siglo XXI probablemente necesiten especialmente del federalismo como sistema de relaciones internas, como principio para resolver las cuestiones que afectan a la unidad política soberana que históricamente hayan constituido o, también, para la organización de otras nuevas de naturaleza confederativa. No solamente me refiero entonces a aquellas organizadas con la forma del Estado Federal en su Constitución, sino también a las que se han establecido formalmente como Estados Unitarios y aún las Confederaciones que,

1. Este texto contiene parte importante de una conferencia que expusiera en español en la Universidad de Georgetown, EE. UU., el 27-12-2012, acerca del régimen federal argentino, y fue publicado en la Revista *Percorsi Costituzionali*, de la Fondazione Magna Carta, N° 2/3, 2013, disponible en: <http://magna-carta.it/publicazioni/costituzione-e-religione/> (fecha de consulta: 13-6-2019). *FORUM* reproduce dicha publicación.

2. Abogado (UBA), Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina. Decano de la Facultad de Derecho de esa Universidad. Correo electrónico: pablogarat@uca.edu.ar.

con ese nombre u otro pero representando la convergencia de Estados Soberanos en una unidad superior, puedan desarrollarse en el futuro.

Para referirnos al tema es necesario realizar algunas consideraciones previas a partir de cierta evidencia: la naturaleza social y política del hombre (aún para los que niegan el concepto de naturaleza y la sociabilidad y politicidad del ser humano) se expresa en una dinámica de vida en comunidad que debe ser observada conforme –al menos– a cómo se armonizan y expresan dos binomios o cuestiones:

- 1) el de unidad-diversidad y
- 2) el de autoridad-libertad.

No es este el momento para un desarrollo de filosofía política aunque ante la evidente crisis política, social y económica que expresa el mundo en el inicio del siglo XXI, toda vez que se pretenda aportar algo a la resolución de la misma resultará inevitable filosofar en tanto se pretenda indagar acerca de las causas de los problemas y no quedarse en el fenómeno de los efectos, actitud típica de la dirigencia política en los últimos siglos.

Entonces, sin entrar en el debate filosófico del concepto “bien común” como fin de la sociedad política, diremos que partimos de un concepto según el cual el bien común sin duda hace referencia al orden de los bienes que el hombre solamente puede procurarse en asociación con otros y que permiten y favorecen en él su perfeccionamiento y felicidad.

«El bien de la república es el más alto entre los bienes humanos» (Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, 2-2, 124, 2. ad.).

Dicho esto, debemos agregar que la respuesta a las dos cuestiones enunciadas requiere recurrir a la analogía respecto de la constitución y organización de toda comunidad política. Ello se da a través de la historia particular de cada comunidad y normalmente concluye en la adopción de una determinada forma de organización política y social que responderá, de un modo propio y particular, a aquellas dos cuestiones.

Ello define el régimen político propio de toda comunidad soberana que será –en cuanto a su legitimidad– el de su tradición histórica.

El régimen político expresa, primero, una forma de estado (y aquí también eludiremos deliberadamente el debate en torno al concepto de estado y aún el de soberanía para tomar como supuesto la distinción entre el estado como la sociedad políticamente organizada y el gobierno como la expresión formal de su autoridad soberana) y, luego, una forma de gobierno en el sentido más amplio, que incluye no solamente la definición acerca de quién y cómo ejerce la *autoritas* y la *potestas* –el poder de *imperium*–, sino también cuán amplia es la participación y la representación política y social.

Pero independientemente de cómo se resuelve concretamente en la historia de cada nación la cuestión del régimen político que la rige, lo que resultará ineludible es responder al menos tales dos cuestiones referidas a la unidad y la diversidad y a la autoridad y la libertad.

2. ¿POR QUÉ RESULTAN PREVIAS ESTAS CUESTIONES A LA DEL FEDERALISMO?

Adelantamos la respuesta que vamos a desarrollar afirmando que el federalismo es la respuesta acerca de la organización política y social que mejor se conforma a la naturaleza del hombre, que respeta al mismo tiempo su libertad –expresada a través de las concreciones de la vida social desde el hecho ineludible de la familia como la comunidad social esencial–, así como la necesidad de un orden de autoridades que van desde la familiar y local hasta la de la comunidad política soberana.

La sociedad política no es un aglomerado de individuos sino una “sociedad de sociedades”, un “todo de orden” de naturaleza moral, que exige para su pervivencia frente a otras y para la realización de su propio bien común un régimen político que asegure y armonice la unidad en la diversidad y equilibre en su dinámica la necesidad de la autoridad a distintos niveles, con el reconocimiento y respeto de las libertades concretas de las personas, las familias y los grupos sociales intermedios, tanto territoriales (comunidades políticas locales de carácter autónomo e infrasoberano) como sectoriales de la vida económica y social.

Dicho esto, corresponde ahora proponer la consideración de un principio que ha sido desarrollado por la filosofía clásica, enseñado por la Doctrina Social Cristiana y adoptado por la ciencia política moderna y diversos ordenamientos jurídicos nacionales y supranacionales (la Unión Europea, Alemania, Italia y en la Argentina por la Provincia de Tierra del Fuego). Nos referimos al principio de subsidiariedad.

Este principio hace referencia a la unidad como expresión de una diversidad que debe respetarse en su legítimo polimorfismo y a la autoridad que debe reconocer las libertades concretas que necesitan las familias y los grupos sociales para alcanzar sus propios fines en el marco del bien común de la sociedad política.

Y aquí entra en juego la cuestión del federalismo.

3. EL FEDERALISMO COMO EXPRESIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD (UNA IDEA Y SUS CONSECUENCIAS)

Partimos de una precisa idea a proponer y las consecuencias prácticas de su aceptación.

Proponemos considerar (como ya lo han hecho otros) al federalismo como una expresión concreta del principio de subsidiariedad, entendido este principio en sentido negativo (no hacer) y positivo (hacer subsidiariamente).

Estamos refiriéndonos a una de las dos posibles consideraciones o aplicaciones del principio citado: la que mira las relaciones entre los distintos niveles de gobierno entre sí, o de estos en relación con las instituciones intermedias de la sociedad.

Como tal no se opone a la eficacia del gobierno; y se concreta (o debiera concretarse), respecto de su aplicación práctica, en el respeto a la libertad del nivel de gobierno más pequeño (lo que constituye verdaderamente acercar la decisión al destinatario de ella) y en una acción subsidiaria (solidaria) cuando ese nivel –por causas objetivas– no puede ejercer plena y eficazmente sus libertades y facultades para atender las responsabilidades a su cargo.

Esto no es original entre nosotros. Ya fue propuesto especialmente por el Profesor Dr. Pedro J. Frías desde su cátedra en la Facultad de

Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba y a través de múltiples escritos desde mediados de los años setenta en el siglo pasado. También considerado en el Derecho y la Ciencia Política comparados, aunque nos hacemos cargo de ciertas objeciones a esta interpretación (Schindler; Adonis y Jones, entre otros) respecto de la relación entre el federalismo y el principio de subsidiariedad.

Sin perjuicio de ello, proponemos esta hipótesis no solamente por los fundamentos que daremos sino porque entendemos que no es por casualidad que este principio ha sido receptado formalmente en importantes documentos constitucionales en el plano nacional e internacional.

Aparece por primera vez en el pensamiento de la Doctrina Social de la Iglesia en 1931, en el texto de la Encíclica del Papa Pío XI, *Quadragesimo Anno*, Punto 79, que dice: «Pues aun siendo verdad, y la historia lo demuestra claramente, que, por el cambio operado en las condiciones sociales, muchas cosas que en otros tiempos podían realizar incluso las asociaciones pequeñas, hoy son posibles sólo a las grandes corporaciones, sigue, no obstante, en pie y firme en la filosofía social aquel gravísimo principio inamovible e inmutable: como no se puede quitar a los individuos y dar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e industria, así tampoco es justo, constituyendo un grave perjuicio y perturbación del recto orden, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dárselo a una sociedad mayor y más elevada, ya que toda acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, *debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero no destruirlos y absorberlos*».

Resaltamos la última línea porque queremos destacar que este principio no deber ser interpretado solo en el sentido del “autogobierno” sino también de la ayuda “subsidiaria” cuando la comunidad menor no puede alcanzar por sí sus fines.

Es receptado formalmente en el *Tratado de Maastricht* (1992), que establece:

«Artículo 3° B

La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna.

En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.

Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado».

Esto es ratificado y precisado por el *Tratado de Lisboa* (2007), que dice:

«Artículo 3º ter

1. La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

2. En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros.

3. En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión».

También aparece en el artículo 23 de la *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, así como en las Leyes Nros. 59 (1997) y 265 (1999) de la República Italiana.

Especialmente en la Argentina –dentro del Derecho Público Provincial comparado– la más moderna de las Constituciones Provinciales, la de la Provincia de Tierra del Fuego (1991), recoge este principio expresamente en la atribución de competencias a sus municipios cuando dispone en su artículo 173, inciso 16:

«Competencia

Artículo 173.- La Provincia reconoce a los municipios y a las comunas las siguientes competencias:

[...] 16 - Ejercer cualquier otra competencia de interés municipal que la Constitución no excluya taxativamente y en tanto no haya sido reconocida expresa o implícitamente como propia de la Provincia, atendiendo fundamentalmente al principio de subsidiariedad del Gobierno Provincial con respecto a los municipios».

Antes de continuar nos interesa precisar, en relación con todo ello, que el federalismo puede ser visto como un sistema de libertades concretas de las entidades territoriales infrasoberanas, así como un sistema eficaz de relaciones entre los grupos sociales y el gobierno a cualquier nivel y de los distintos niveles de gobierno entre sí –tanto en sentido vertical como horizontal–, sea ello dentro del Estado Federal o la Confederación y –bajo cierta interpretación extensiva– aún dentro del Estado Unitario o del llamado “federo-regional”. Esto subraya los dos aspectos complementarios del principio (negativo y positivo o de omisión y acción) que explicitaremos enseguida.

Esta interpretación del federalismo tiene en nuestra opinión consecuencias prácticas relevantes que, sin pretensión de agotar su posible contenido, nos interesa inventariar particularmente.

Así, dichas consecuencias, derivadas de la consideración del federalismo como aplicación práctica del principio de subsidiariedad, podrían incluir al menos:

1. Una determinada interpretación del concepto de descentralización.
2. La aceptación del concepto de “autonomía local” puesto que el federalismo aparece, al menos en ciertas sociedades políticas (v. gr., la Argentina), como un “federalismo de ciudades” en su origen, lo cual, al mismo tiempo, se proyecta en la realidad del siglo XXI como algo cada vez más evidente por la importancia de las ciudades en tanto que sujeto político territorial. Una especial valorización de la cooperación horizontal en el Estado Federal entre los entes territoriales locales.
3. La tercera consecuencia práctica se refiere a la cuestión de la regionalización hacia dentro del Estado Federal.
4. La cuarta, de importancia sustantiva en mi opinión, se refiere a la distribución de las competencias entre el Gobierno Federal y las Provincias y sus municipios (o, por analogía, entre el

Gobierno Nacional y los gobiernos subnacionales en los Estados Unitarios), aplicando como regla constitucional el principio de subsidiariedad.

5. En quinto lugar, derivado del mismo principio y resuelto lo anterior, aparece la necesidad de organizar la distribución del “poder de imposición” de conformidad a aquel reparto de competencias para asegurar el ejercicio efectivo de éstas.
6. Finalmente, se deriva de la aplicación práctica de este principio la conveniencia de un reaseguro institucional identificado en uno o varios órganos de la Constitución política del Estado.

4. EL FEDERALISMO COMO APLICACIÓN PRÁCTICA DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD ANTE TODO PROCESO DE “DEFEDERALIZACIÓN” O “CENTRALIZACIÓN” DEL RÉGIMEN POLÍTICO CONSTITUCIONAL E HISTÓRICO.

Analizaremos estas consecuencias derivadas de considerar al federalismo como una aplicación práctica del principio de subsidiariedad, lo cual, como hemos anticipado, responde a la necesidad de garantizar un equilibrio en la dinámica de la vida política y social asegurando, al mismo tiempo, la unidad en la diversidad y la autoridad en el respeto a la libertad.

Insistimos en que, por referirnos al federalismo como una aplicación práctica del principio de subsidiariedad y no estrictamente a una técnica constitucional de distribución del poder con base territorial, lo que ahora diremos también es aplicable a los Estados constitucionalmente organizados formalmente en formas distintas a la federal pero con alto grado de descentralización o modos federo-regionales.

4.1. La descentralización en perspectiva federal

La primera consecuencia de afirmar al federalismo como una aplicación práctica del principio de subsidiariedad es una determinada interpretación del término “descentralización”, según la cual esta no consiste en delegar el poder de decisión y/o ejecución, sino en reconocer derecho a la decisión y ejecución.

Supone, además, aceptar la conveniencia de delegar la ejecución cuando no existe un derecho a la decisión pero ello es adecuado para la acción eficaz de gobierno y todo con ciertas reglas de distribución y reserva de competencias de naturaleza constitucional.

Desde una postura filosófica esto es aplicable a cualquier sociedad política, a los fines de su organización interna, aunque obviamente se refiere más particularmente al Estado Federal.

Desde una perspectiva histórica esto se justifica totalmente en países como la Argentina, donde las ciudades y Provincias precedieron y constituyeron la Federación constitucional.

Ello tiene derivaciones muy importantes, en mi opinión, para el fortalecimiento de los aspectos relevantes del federalismo en el siglo XXI y no solamente en la Argentina.

4.2. Nuestro federalismo de base municipal y la autonomía local

La segunda consecuencia práctica es que si, como creemos, el federalismo es primero (al menos entre nosotros esto tiene verificación histórica³) un “federalismo de ciudades” o, dicho de otro modo, un federalismo de base municipal, su vigencia efectiva exige el reconocimiento del régimen municipal como un régimen autonómico en todos sus aspectos: institucional, político, administrativo, económico y financiero, tal como lo garantiza la Constitución Argentina en su artículo 123.

El federalismo argentino es un federalismo de base municipal por su origen histórico enraizado en los cabildos por ciudades y las Provincias que nacieron a partir de ellos y constituyeron la Confederación Argentina, denominada habitualmente República Argentina (artículo 35 de la Constitución Nacional).

Además, las nuevas Provincias, creadas a partir de los Territorios Nacionales, tienen su base sociológica en las ciudades fundadas en estos últimos.

3. ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *El Federalismo Argentino*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1958.

Por lo tanto, puede afirmarse efectivamente que primero hemos sido un federalismo de ciudades, que luego se hicieron Provincias.

Pero en pleno siglo XXI nos encontramos con lo que varios autores denominan el fenómeno de la “glocalización”; es decir, esa característica del hombre de esta nueva era que vive cotidianamente con un pie en su barrio, su vecindario, su municipio, su ciudad, y otro en el mundo a través de la web.

Esto representa un desafío a la soberanía política de los Estados Nacionales y su supervivencia como tal. Pero también puede ser su fortaleza.

El municipio es la comunidad sociopolítica esencial que no llega a constituir una soberanía política pero expresa la primera aproximación del hombre en sociedad hacia ella.

Se es argentino porque se vive en un municipio que es parte histórica de una provincia, que ha constituido con otras en un determinado momento de su historia un Estado Soberano. Si además esto se ha desarrollado con la forma federal y expresado formalmente en la organización constitucional, no puede imaginarse el federalismo sin la autonomía municipal sosteniendo sus libertades locales, al mismo tiempo que se asegura la unidad política de la Nación. El federalismo es unidad en la diversidad, antes que cualquier otra cosa, como lo hemos afirmado.

Lo reiteramos: el municipio, la ciudad, es el gran protagonista político del siglo XXI pero necesita de las unidades políticas superiores que lo representan en su diversidad porque hay una historia que respetar y porque, de otro modo, nos encontraríamos ante el caso de la ciudad-Estado.

En nuestro caso la Provincia argentina no se explica sin los municipios autónomos y estos no pueden desarrollar plenamente su autonomía en relación con otros municipios en un territorio determinado sin una organización política, social, económica y cultural que constituye la Provincia. Esto es así del mismo modo que las Provincias o bien son entidades soberanas, o se mantienen en la unidad política superior que históricamente han constituido con la forma de la Confederación primero y el Estado Federal (la Nación Argentina), después.

Ahora bien, no todas las Provincias argentinas han ajustado sus constituciones con la regla federal del artículo 123 que garantiza la autonomía municipal desde la Constitución Nacional⁴.

Y nada menos que tres de las Provincias más importantes se encuentran en mora al respecto: Buenos Aires, Mendoza y Santa Fe. Pero a pesar de ello, la evolución jurídico-política de la autonomía municipal es irreversible: hoy ya casi 150 municipios en la mayoría de las Provincias han dictado sus Cartas Orgánicas Municipales, es decir, han ejercido un poder constituyente de tercer grado para la autonomización fundamental del gobierno local.

Es lo que la doctrina considera el aspecto “institucional” de la autonomía tutelado por el artículo 123 de la Constitución Nacional.

Este grado de autonomía municipal es, en nuestra opinión también, casi único en el mundo y constituye el reaseguro para la efectiva vigencia del federalismo más allá de su debilitamiento actual en la Argentina –como en casi todas partes–, especialmente por las distorsiones producidas en el sistema fiscal federal, que es otro de los aspectos que queremos considerar, consecuencia de aceptar o no al federalismo como una descentralización política que no se basa en la delegación sino en el reconocimiento de los poderes que corresponden a las Provincias y sus municipios.

4.3. Las relaciones intergubernamentales horizontales como clave del federalismo cooperativo

A nuestro entender, en un régimen de Estado Federal el nombre de la coordinación posible es el de “concertación” o “cooperación”.

Se trata siempre de un régimen de plena libertad y responsabilidad con subsidiariedad (que es la esencia del régimen federal), den-

4. Constitución Nacional, artículo 123: «Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5º asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero».

tro del cual horizontal y verticalmente se relacionan los actores públicos con una dinámica especial.

En este sentido, la tercera consecuencia que observamos, derivada de la hipótesis inicial, es que para realizar el aspecto *positivo* del principio de subsidiariedad –por aplicación del mismo– es preferible la cooperación horizontal antes que recurrir a la integración (intervención) vertical, tanto como ello sea posible.

Me refiero a que la relación e integración vertical suponen necesariamente el desarrollo eficaz de la relación e integración horizontal.

Desde esta perspectiva, el debate entre “federalismo dual” o “competitivo” y “federalismo cooperativo” o de “concertación” carece de sentido porque hablamos de federalismo subsidiario y solidario.

Esto supone entender definitivamente, como veremos, el valor de las microrregiones o distritos de desarrollo intermunicipales y las regiones interprovinciales.

Es en este marco de relaciones que el principio de subsidiariedad se presenta en plenitud: el modo por el cual podrán afrontarse más eficazmente los problemas que cada entidad territorial –intrafederal o subnacional– no alcanza a resolver por sí misma, será coordinando primero horizontalmente con el del mismo rango y solo supletoriamente con el nivel de gobierno superior.

Será recién luego de esto, o agotado ello, que conviene y se justifica la intervención directa de dicho nivel superior gubernamental por aplicación del principio de subsidiariedad.

Este es también un criterio razonable para la cooperación vertical y horizontal y el juego de ambas en orden al interés del Estado Federal o unitario con alto grado de descentralización. Y el modo de hacer converger en la base del mismo dos conceptos estratégicos como los de la autonomía municipal y el desarrollo local reconocidos como tales por todos los documentos de la ONU especialmente a partir de los desarrollos del PNUD (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo) desde los años ochenta en el siglo pasado. Otra vez la unidad en la diversidad.

4.4. La regionalización hacia dentro del Estado Federal

La cuarta consecuencia de entender y reconocer al federalismo como expresión concreta y aplicación práctica del principio de subsidiariedad es la necesidad de promover las relaciones intergubernamentales horizontales –como lo anticipáramos– con sentido regional y desde el nivel más pequeño: distritos de desarrollo local, especialmente en torno a ciudades intermedias, microrregiones y regiones interprovinciales.

La región, la vida regional, constituyen una dimensión vital del hombre en sociedad y expresan fundamentalmente la relación social, cultural y económica espontánea de comunidades histórica y políticamente consolidadas aunque infrasoberanas: el municipio y la Provincia, en nuestro caso.

Así, la región expresa particularmente un modo de relación esencial en el marco del federalismo de cooperación y concertación.

Desde esta perspectiva, la región configura el ámbito decisivo para fortalecer las partes, lo diverso, desde lo pequeño a lo más complejo, por aplicación del principio de subsidiariedad, convergiendo hacia lo uno, respetando las libertades locales y contribuyendo a la realización del bien común.

En otro sentido, la región se presenta como una realidad natural de homogeneidad interna localizada en un medio heterogéneo.

Esto resulta evidente en la región intermunicipal, zona o comarca.

Como se señala en el Documento de la Secretaría General del Consejo Federal de Inversiones: «Nuevas claves para el federalismo: La región no se agota en lo interprovincial, sino que este mecanismo de integración es aplicable a nivel de comunidades o municipios, tanto en los aspectos públicos como privados (...)».

Las regiones cambian a través del tiempo su delimitación natural. Como todo hecho vital la región es dinámica. La evolución del transporte y las comunicaciones más el alto impacto de la innovación tecnológica contribuyen a ello. Sin embargo, como realidad es permanente ya que expresa un inevitable ámbito de relación político socio-económico y cultural.

La delimitación regional más que un problema técnico constituye un desafío político arquitectónico para alcanzar el justo equilibrio.

Es difícil y compleja. Lo es como la vida misma, pero que los límites naturales de la región varíen constantemente no puede llevar a concluir en su inexistencia. Porque la vida regional es expresión de la vida humana, donde se entremezclan los vínculos de la sangre y los de la tierra.

Desde siempre, la región implica integración y ésta requiere equilibrio, el cual, a su vez, exige solidez en lo propio para asegurar la justicia en la relación integrativa.

El municipio, realidad primaria, configurará expansivamente los distritos de desarrollo y la región intermunicipal. Estas y las Provincias, como realidades superiores, se concertarán en grandes regiones, las cuales, a su vez, buscarán un equilibrio en el contexto nacional, para el caso argentino.

Cuando el marco regional es de carácter supranacional, la integración supone la coherencia y solidez interna como requisito indispensable para el éxito del proceso asociativo; en nuestro caso en particular, sin mengua de los intereses plurales y unitivos propios del Estado Federal.

En el contexto regional, el municipio con ejercicio de su autonomía plena tiene un rol esencial. Es el sujeto primario del proceso de concertación que caracteriza a la región misma. Y esto se relaciona con el concepto de descentralización que hemos expresado anteriormente. Porque considerar al municipio en la región supone, en primer término, tratar de echar luz acerca del concepto mismo de descentralización.

Si por descentralización se entiende delegar poder de decisión y asignar capacidad de desarrollo propio, evidentemente también es posible “crear” y “planificar” la región como un ámbito donde, a través de dicha “descentralización”, se distribuyen y asignan arbitrariamente, desde un “centro”, los roles y las funciones territoriales.

Ahora bien, si por descentralización entendemos reconocer derecho a la decisión para ordenar y promover un modo propio de desarrollo sociopolítico y económico, el enfoque y la propuesta son totalmente diversos. Se requerirá de la aplicación efectiva del principio de subsidiariedad para fortalecer desde la autonomía municipal y el desarrollo local el proceso asociativo regional a diferentes escalas y como expresión concreta del federalismo de cooperación en la inte-

gración horizontal, tal como lo hemos planteado. En la práctica, esto supone trabajar con distritos de desarrollo que vinculan en una estrategia común a pequeños y medianos municipios, o promover el desarrollo de una microrregión en torno a una o varias ciudades de escala intermedia.

Supone también la conformación de regiones interprovinciales (incluyendo especialmente el caso de las regiones metropolitanas como una de las expresiones territoriales más complejas a atender en el siglo XXI) sobre la base de estas realidades territoriales menores, especialmente cuando ello posibilita asentar el crecimiento de las economías regionales sobre desarrollos locales o microrregionales consolidados. Por otra parte, esto permitirá que los procesos de integración supranacionales –en los grandes marcos regionales– se promuevan con menos asimetrías que suelen ser consecuencia del impacto desigual de la integración en las distintas regiones del Estado Federal si todo lo anterior no es tenido en cuenta.

4.5. La distribución de competencias y su ejercicio efectivo en materias concurrentes

La quinta consecuencia de la afirmación propuesta originalmente es que todo ello conduce –en el caso del Estado Federal particularmente– a una clara distribución de competencias entre el Gobierno Federal, las Provincias y sus municipios, así como su coordinación solidaria y subsidiaria a todos los niveles de las relaciones intergubernamentales.

La mayoría de las competencias son, por su naturaleza, concurrentes. Por ello, otra vez, la regla para su ejercicio debería ser la del principio de subsidiariedad; y esto debería encontrarse formalmente receptado por las leyes fundamentales y asegurado por el control político de los ciudadanos sobre los gobiernos (sistemas electorales sencillos y transparentes; consejos consultivos con verdadera representación sectorial; institutos de participación política especiales: iniciativa, consulta popular, referéndum, plebiscito, revocatoria, etc.).

Hemos sostenido que la descentralización en un Estado Federal en un proceso de “desfederalización” no puede constituir sino la de-

volución de competencias que corresponden histórica y constitucionalmente a las Provincias y municipios, y que han sido absorbidas ilegítimamente por el Gobierno Federal, o bien la delegación de aquellas que le corresponden a éste último.

Si adoptáramos el esquema clásico para distinguir las funciones de gobierno en la perspectiva fiscal (Musgrave, 1959; Oates, 1972), podríamos concluir con la mayor parte de la doctrina en que el Gobierno Federal debería asumir la política exterior y la defensa nacional, así como las funciones de prestación de servicios indivisibles, distribución de la renta, estabilización económica y promoción del desarrollo equilibrado, siempre que ello beneficie al conjunto de todos los habitantes del país, mientras que las Provincias y los municipios deben asumirlas en aquellos casos cuyo beneficio se limite a su propio ámbito territorial. Particularmente en el suministro de bienes y servicios públicos divisibles.

Este enfoque privilegia la eficacia sobre la eficiencia. Busca ordenar los medios al fin. Si la finalidad de la organización nacional con la forma federal fue preservar la unidad en la diversidad, éste es el fin a tutelar.

En cambio, si sólo importa el eficiente suministro de bienes y servicios públicos que la comunidad, en abstracto considerada, demanda, da lo mismo adoptar la forma de Estado unitaria o federal y garantizar o no una efectiva descentralización político institucional. Solo interesa una correcta aplicación de las técnicas correspondientes a la descentralización administrativa.

4.6. El poder de imposición en el Estado Federal

La sexta consecuencia práctica de considerar al federalismo como expresión concreta del principio de subsidiariedad se relaciona directamente con la posibilidad de asegurar la vigencia efectiva de la anterior (ejercicio de las competencias por los distintos niveles de Gobierno dentro del Estado Federal) y se refiere al “poder de imposición” (*taxing power* o *power of taxation*, según diversos autores).

El corolario en este caso es que el poder de imposición debería estar distribuido conforme a los criterios que hemos propuesto en el punto anterior respecto de las competencias en general.

Es decir, que debe reconocerse su ejercicio a todos los niveles en un verdadero sistema fiscal federal que, para no gravar excesivamente al contribuyente, exige de la coordinación.

Se habla pues de federalismo fiscal y de descentralización pero... ¿es ello aplicable a cualquier régimen político constitucional? Creemos que este es el problema a debatir en la perspectiva ya no del "federalismo fiscal" sino del federalismo a secas, y en todo caso del sistema fiscal que cada organización política constituida con la forma federal de Estado decida adoptar. Ello nos permite plantear varios interrogantes, hoy plenamente vigentes:

- a) ¿Es la coordinación financiera, fiscal, tributaria e impositiva – especialmente la tributaria para lo que en este trabajo nos interesa– aplicable a los Estados Federales en cualquiera de los sistemas posibles? En caso afirmativo, ¿*quid* de la separación de fuentes, cuando no es el adoptado? y ¿con qué características?
- b) Si, aun así, la coherencia se mantiene, ¿cómo se evita que la coparticipación, por ejemplo, como uno de tales sistemas de coordinación, provoque el deslizamiento desde la "autonomía" (sistema de separación de fuentes) al "centralismo" (sistema de transferencias o asignaciones) cuando ello implica la renuncia al menos transitoria por parte de las Provincias al ejercicio del poder tributario sobre los denominados "impuestos coparticipables"?

Obviamente, estos interrogantes no se justifican en un Estado Unitario con alto grado de descentralización ya que en ellos la coordinación en tales campos no sólo es deseable sino necesaria.

El problema consiste en que ella no es trasladable, sin más y en cualquier sistema, a un Estado Federal sin admitir, al menos, cierta mutación del orden de competencias o distribución de poderes propios de tal sistema.

Así, creemos que en un régimen de Estado Federal el nombre de la coordinación posible es el de "concertación" o "cooperación".

¿Y cuál es la diferencia entre estos y aquella?

Muy claramente: la que va de ser beneficiario del ejercicio de una facultad ajena que se le delega, a ser beneficiario y *titular* de esa misma facultad.

Por ello entendemos –vale reiterarlo una y otra vez– que el federalismo, cuando se expresa formalmente como Estado Federal, sólo se identifica con la descentralización en tanto esta suponga reconocer derecho a la decisión antes que delegar poder de decisión.

Y también por ello el federalismo –en cualquier forma de Estado– es aplicación constante del principio de subsidiariedad en sus dos sentidos: como respeto de la libertad del nivel más pequeño (lo que constituye verdaderamente acercar la decisión al destinatario de ella) y como acción subsidiaria (solidaria) cuando ese nivel, por causas objetivas, no puede ejercer plena y eficazmente sus libertades y facultades (para atender las necesidades a su cargo).

Los sistemas de coordinación fiscal federal que se expresan sólo como una “muleta” de un Estado “centralizado” en vías de “descentralización”, terminarán siendo, en el mejor de los casos, un eficiente sistema de asignación por transferencias pero nunca un régimen de concertación que respete la libertad con responsabilidad de Provincias y municipios.

Y esto tampoco es declamativo, ya que la consecuencia de ello, en materia financiera y fiscal, será la imposibilidad de lograr que los gobiernos provinciales y municipales asuman definitivamente sus competencias y se hagan cargo de asegurarse los recursos necesarios a través de una mejor administración tributaria.

Por el contrario, se presupuestará mal, se comprometerá el gasto público más allá de los recursos y se recargará sobre la administración tributaria nacional la responsabilidad del ingreso.

Por ello, insistimos en que el camino para la recuperación y fortalecimiento del federalismo y una auténtica descentralización, desde la perspectiva financiera (comprensiva de lo tributario), no comienza por garantizar que a todos nos irá bien (tentación programática y a veces demagógica), sino por asegurar los medios concretos para el ejercicio de las libertades o autonomías locales, asumiendo horizontal y verticalmente el compromiso de la subsidiaridad y solidaridad por la redistribución de recursos para que se alcance por dicha vía

–cuando ello fuere objetivamente necesario – lo que la Constitución Nacional Argentina, por ejemplo, denomina «un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional», en su artículo 75, inciso 2°.

Finalmente, en lo que a este punto se refiere, admitido lo anterior podríamos agregar que esta coordinación fiscal federal debería contemplar tres elementos característicos en su diseño a fin de estar en línea con el principio de subsidiariedad:

- a) Tener previamente asegurado como marco referencial una clara y efectiva distribución de competencias, particularmente en cuanto a su ejercicio. Responder a la pregunta: ¿Qué hace o debería hacer cada nivel de Gobierno?, y determinar a partir de ello la distribución de la renta fiscal más adecuada.
- b) Coordinar la distribución entre el Gobierno Federal (o Nacional en el caso de los Estados Unitarios) y los gobiernos locales del producido de la recaudación de impuestos cuya creación, modificación y eliminación quede reservada con exclusividad al Gobierno Federal o Nacional, contemplando, en primer lugar, la distribución del ejercicio efectivo del poder de imposición y administración tributaria sobre estos recursos promoviendo un rol más activo de las Provincias en el Congreso de la Nación a través del Senado, allí donde existe como representación de base territorial.
- c) Acercar la administración tributaria al contribuyente y, por ende, al nivel local, especialmente en su aspecto recaudatorio.

En esto los sistemas de información y gestión coordinada y de percepción de las obligaciones tributarias diseñados con la mayor sencillez entre distintos niveles de gobierno, desde la base municipal, resultan indispensables para la más eficaz captación y distribución de la renta tributaria federal o nacional.

5. PERSPECTIVA DEL ESTADO FEDERAL Y EL FEDERALISMO ARGENTINO EN EL SIGLO XXI: ENTRE LA GLOBALIZACIÓN Y LA INTEGRACIÓN REGIONAL

En el final, solo queda reiterar nuestra convicción en cuanto a que la respuesta efectiva y posible para la recuperación del federalismo en pleno siglo XXI –signado por la globalización y las reacciones nacionales contra ella, la integración regional supranacional que no termina de satisfacer los intereses nacionales y aparece también cuestionada por ello, la aparición de nuevos actores desde fuera de la política que inciden sobre ella como las corporaciones económicas y las organizaciones no gubernamentales y particularmente el impacto de la era tecnológica que ya ha comenzado– consiste en la aceptación de aquel como aplicación práctica del principio de subsidiariedad y sistema de libertades locales concretas.

Y necesitamos agregar que se trata también de entender el arraigo como un valor existencial absolutamente estratégico en la perspectiva política del siglo XXI, en el que la población de familias arraigadas constituye el primer requisito para la integridad territorial de una Nación.

Al concepto “pensar en lo global y actuar en lo local” acuñado a fines de los noventa del siglo XX, se agrega ahora el de fortalecer el municipio y promover el desarrollo local como bases del federalismo para reintegrar socialmente a los excluidos por los vientos de la globalización.

Y para los países organizados formalmente con la forma de Estado Federal, cabe afirmar la convicción de que sobre el municipio fortalecido podrá pensarse seriamente en la recuperación y fortalecimiento de las Provincias como “bisagras” del federalismo, de las regiones naturales como ámbito de equilibrio del todo nacional y, en definitiva, del Estado Federal como expresión acabada de la unidad en la diversidad.

Es desde esta realidad que puede el Estado Federal enfrentar el debate sobre la integración regional supranacional y la globalización sin que resulten afectados la identidad nacional, la integridad territorial, la soberanía política, la independencia económica, la justicia social y la democracia real con plena participación y auténtica repre-

sentación de los pueblos que han constituido y consolidado nuestras Patrias.

Todo ello exige, por supuesto, un cambio profundo en las conductas públicas, como lo pedía Frías, maestro entrañable del federalismo, para consolidar la armonía de la unidad en la diversidad y la autoridad como servicio y garante de las libertades concretas en la comunidad nacional, por la vigencia efectiva del principio de subsidiariedad.

DECLARACIÓN SOBRE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS¹

La República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República de Chile, la República de Colombia y la República del Paraguay, suscriben esta Declaración, como signatarios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“la Convención”):

REAFIRMAN su profundo y permanente compromiso con el valor normativo de dicho instrumento, en cuanto representa el objeto del consentimiento de los Estados que dieron origen al Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, y con el cumplimiento de su obligación de asegurar a todos, dentro de sus respectivas jurisdicciones, los derechos y libertades definidos en la Convención.

SEÑALAN que el trabajo realizado por los órganos que conforman el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (“la Comisión”) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“la Corte”), han contribuido considerablemente a la protección de los derechos humanos en América.

1. La declaración se encuentra publicada en la página web del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República del Paraguay. Cfr. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, “Gobiernos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay se manifiestan sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, publicado: 4-4-2019, rescatada el 22 de mayo de 2019 de: http://www2.mre.gov.py/index.php/noticias-de-embajadas-y-consulados/gobiernos-de-argentina-brasil-chile-colombia-y-paraguay-se-manifiestan-sobre-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos?ccm_paging_p=1.

De igual forma, consideran al mecanismo de peticiones individuales como una pieza fundamental del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, y, en particular, a la institución de la solución amistosa como una herramienta de gran valor en materia de mejoramiento institucional de los Estados.

Con el ánimo de perfeccionar la operatividad, funcionalidad y eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, manifiestan lo siguiente:

Subrayan que el principio de subsidiariedad, que da sustento a los presupuestos jurídicos de admisibilidad de una petición, tiene una doble dimensión. Por un lado, supone que el Estado concernido tiene la obligación de investigar toda violación a la Convención que acontezca en su territorio, y, por el otro, que dicho Estado tiene el derecho de que su propio sistema jurisdiccional resuelva la situación antes de verse sometido a una instancia internacional.

Consideran que se debe respetar el legítimo espacio de autonomía del que disponen los Estados para asegurar a todas las personas sometidas a su jurisdicción, a través de sus propios procesos democráticos, los derechos y garantías consagrados en la Convención de conformidad a sus ordenamientos constitucionales.

Igualmente, consideran que, en el contexto de las medidas adoptadas para reducir el atraso procesal en el ámbito de la Comisión, se debe garantizar el derecho a la defensa, la seguridad jurídica y la igualdad procesal.

Destacan la importancia de una estricta aplicación de las fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del reconocimiento del margen de apreciación de los Estados en el cumplimiento de las obligaciones que establece la Convención. Asimismo, recuerdan que las resoluciones y sentencias de los órganos del Sistema Interamericano sólo tienen efectos para las partes del litigio.

Enfatizan la importancia del debido conocimiento y consideración de las realidades políticas, económicas y sociales de los Estados por parte de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En este marco, resaltan la necesidad de que las formas de reparación guarden una debida proporcionalidad y respeten tanto los ordenamientos constitucionales y jurídicos de los Estados, como las exigencias propias del Estado de Derecho.

DECLARACIÓN SOBRE EL SISTEMA INTERAMERICANO...

Los Estados reafirman su compromiso con la defensa y promoción de los derechos humanos en el continente y reconocen al Sistema Democrático y al Estado de Derecho como condiciones fundamentales para que esos derechos puedan ser efectivamente respetados y promovidos en la región.

Asunción, 23 de abril de 2019

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

CASTAÑO, SERGIO RAÚL, *Il potere costituente, tra mito e realtà*, Giuffrè, 2018, 130 páginas

LUIS ROLDÁN¹

Acaba de aparecer en Italia una nueva edición del libro del Dr. Sergio Raúl Castaño. No se trata de una simple traducción. La misma se hizo sobre la versión corregida que dio lugar a la edición chilena a partir de un trabajo de Castaño que formó parte del libro-homenaje *La primacía de la persona. Estudios en Homenaje al Prof. Dr. Eduardo Soto Kloss*, editado por Legal Publishing / Abeledo-Perrot, Santiago de Chile, 2009. A su vez, esta edición italiana está enriquecida por un nuevo anexo titulado: “La objeción contrarrevolucionaria a la realidad del poder constituyente”, completamente novedosa.

La obra se encuentra estructurada en tres capítulos precedidos por el prólogo del Prof. Pietro Giuseppe Grasso, que ya estaba presente en la edición argentina mencionada, y dos anexos.

El primer capítulo se titula “La naturaleza del poder político” y, en el mismo, Castaño va desarrollando su análisis en seis subcapítulos concatenados de modo admirablemente lógico. En cada uno de ellos expone un punto de su tesis y los problemas que plantea, así como las posiciones divergentes y la solución a las objeciones.

1. Abogado por la Universidad Nacional del Litoral (1982). Profesor Adjunto de Introducción al Derecho, Formación del Pensamiento Jurídico, Derecho Político, Derecho Constitucional y Derechos y Garantías, de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Correo electrónico: charrua50@hotmail.com.

La primera tesis es que “la autoridad política consiste en una función racional”. Allí el autor reivindica un tópico de la tradición aristotélica para la que la esencia del mando político es la fuerza directiva y no el elemento coactivo, como sostienen la mayor parte de los modernos.

La segunda tesis es que “la potestad política supone ontológicamente la realidad de la comunidad política y, asimismo, se halla revestida de supremacía normativa en el ámbito de la comunidad sobre todo otro poder mundanal”. Dicha tesis es confrontada con la posición de Bodin para quien el poder y no el fin es la causa principal del orden político y muestra cómo Vitoria y Suárez, en este punto, son continuadores de la tradición.

La tercera tesis es la naturaleza bipolar de la potestad política. Es decir, no hay mando sin obediencia. Allí el autor destaca la falacia de Rousseau y sus seguidores que pretenden eliminar esa bipolaridad e identificar a los sujetos del mando y de la obediencia. Fundamenta sus críticas con el recurso del constitucionalista alemán Kierle y Santo Tomás.

La cuarta tesis es que la potestad política recae en los que la ejercen. Con apoyo en los estudios de Isensee y los autores de la tradición, Castaño muestra que las teorías como la traslación del poder de Suárez no pueden sostenerse apoyándose en autores de la jerarquía de Louis Billot.

La quinta tesis es que la potestad política es una propiedad de la comunidad política y, con apoyo en Dahrendorf, muestra que no hay vida política sin potestad. Incluso autores como Engels y Lenin en este punto siguen la tesis clásica.

La sexta tesis es que la potestad política no puede ser ejercida sin el concurso de quienes obedecen. En realidad, es un corolario de la anterior. Allí muestra el error de algunos autores contrarrevolucionarios como De Maistre, que niegan o, al menos, minimizan esta tesis mientras que autores como Gramsci insisten en su importancia.

Finaliza la primera parte de la obra con una síntesis de las tesis y sus implicancias.

El segundo capítulo es, tal vez, el mejor logrado de la obra. Es el primer estudio que conozco que, basándose en el pensamiento clásico y usando un riguroso método aristotélico, encara el estudio de la

Constitución. Después de estudiar la definición nominal se adentra con la “cosa”. Allí analiza minuciosamente los distintos aspectos de la Constitución, primero en un sentido más amplio para, finalmente, concentrarse en el jurídico, concluyendo que la misma es una complejión total de la comunidad política.

El tercer y último capítulo se denomina “El poder constituyente como función del poder político. Algunas conclusiones” y es claramente el objetivo al que el autor quiere llegar y respecto del cual los dos anteriores son como el estudio de los presupuestos o cuestiones previas. Primero analiza la naturaleza del poder constituyente cuyo núcleo reside en la adhesión consuetudinaria del pueblo como forma impropia del mismo. Seguidamente lo compara con los diversos sentidos de la palabra constitución, luego lo estudia como una función de la potestad política.

Finalmente, están las conclusiones. La primera es coincidente con la tesis de Bidart Campos, al afirmar que “el poder constituyente del pueblo no tiene fundamento objetivo”. La segunda es que la potestad política como derecho inviste titulares concretos que la ejercen, con lo que termina por exponer, muy fundadamente y con enorme concisión, las tesis clásicas del realismo político.

La obra termina con dos apéndices. El primero es un agudo estudio sobre una obra de Bidart Campos, bastante olvidada en los ambientes de los estudiosos del Derecho Constitucional, titulado de un modo políticamente incorrecto como “El mito del poder constituyente”. Primeramente presenta la tesis, luego la examina analizando los prenotados, sigue estudiando las implicancias de la asunción del concepto moderno de soberanía para seguir extendiéndose sobre las consecuencias de admitir la existencia de un titular sin ejercicio de la soberanía, finalizando con unas agudas notas conclusivas.

La gran novedad de la edición italiana es la adición de un nuevo apéndice donde el autor estudia “La objeción contrarrevolucionaria a la realidad del poder constituyente”. Son seis jugosos capítulos muy agudos y sugerentes que muestran el rigor científico del autor. En efecto, muchos “contrarrevolucionarios” han cargado contra el liberalismo con mucha fuerza pero sin afinar distinciones importantes. Se entiende que, en el fragor de la lucha, demasiadas veces no es posible entrar en distinciones muy finas pero ello es in-

admisible en sede científica como es aquélla en la que Castaño estudia el problema.

El apéndice se divide en seis puntos. El primero trata de la “Objeción contra la noción de poder constituyente proveniente del pensamiento contrarrevolucionario”, donde plantea en qué medida el pensamiento de De Maistre abrevia en la tradición aristotélica. En el segundo puntualiza que, más allá de sus aciertos brillantes, De Maistre es tributario de la “teoría moderna de la soberanía” y, por lo tanto, un “falso amigo” de la perspectiva aristotélica. Agrega, además, que dicha concepción errada ha tenido terribles consecuencias no solo en el plano político sino también una enorme influencia en la forma mental del “obediencismo eclesial contemporáneo”. El punto tercero analiza la “concepción del poder soberano”. Allí expone la dependencia del pensamiento de De Maistre respecto de Bodin al colocar, en la noción del “poder”, el elemento central de la vida política y preteriendo la causa final, el bien común político. Esto lo lleva a ubicar en la coacción, y no en la función directiva, la función primaria del poder político. También muestra las reminiscencias *hobbesianas* que tales presupuestos implican. La aplicación de tales principios a la cuestión de la infalibilidad papal muestran los alcances peligrosos de los puntos de partida elegidos. De Maistre termina aceptando el axioma voluntarista *auctoritas non veritas facit legem*. El punto siguiente expone varias notas claves sobre la constitución y el régimen político. La primera es el uso equívoco del término “constitución natural”, la cual tendría un origen divino y, por ende, estaría fuera de cualquier intervención de la voluntad humana para imponerla o cambiarla. Sería algo así como una materia inerte en la edificación del orden político. El punto quinto desarrolla las consecuencias que tales presupuestos traen sobre el problema del poder constituyente. Señala Castaño que, si bien “la conformación de la comunidad política, la primacía del bien común, la existencia resultante de una potestad política y de un ordenamiento son de Derecho Natural”, “la forma concreta del régimen es contingente, histórica, y no se halla exenta de la intervención necesaria del arbitrio humano, es de Derecho Positivo, ergo, mudable”. La consecuencia es una suerte de inmovilismo del orden constitucional. De allí surge que el “legitimismo” –es decir, el apego a la forma constitucional vigente– se transforma en un principio que está

por arriba de la primacía del bien común, lo que contradice toda tradición aristotélica en la materia.

En definitiva, si bien las intenciones de De Maistre fueron confrontar con las ideas liberales campantes en Francia y el mundo de su época, los fundamentos de su concepción, que lo llevan a negar la existencia de un poder constituyente, lo apartan de los postulados centrales de la tradición aristotélica y, en última instancia, del realismo.

BIANCHI, ALBERTO B., *La separación de poderes. Un estudio desde el derecho comparado*, Editorial Cathedra Jurídica, 2019, 468 páginas

GERARDO E. VEGA¹

Alberto B. Bianchi, reconocido catedrático constitucional, presenta su nuevo libro, que se suma a la extensa y relevante bibliografía del autor, fruto de su docencia e investigaciones, en el que emprende un interesante análisis acerca de la teoría de la “separación de Poderes”. La obra propone una profunda indagación metódica y sistemática del tema y, al mismo tiempo, arriba a conclusiones que articulan las bases para futuros desarrollos.

El análisis inicia con un repaso histórico que, a modo propedéutico, relata los antecedentes relevantes en la evolución de las instituciones políticas. Los siguientes seis capítulos ofrecen un estudio analítico y comparativo de los modelos de la separación de Poderes en Gran Bretaña, Canadá, Francia, España, Estados Unidos y Argentina. Al final, se agregan varios índices de la abundante jurisprudencia y doctrina citada.

Para comenzar, el autor se remonta a los orígenes de la teoría de la división de poderes. Advierte (Capítulo I) que hasta el siglo XVIII resultaba indiferente si las funciones de gobierno se encontraban concentradas en una persona o no. Por entonces, la división de tareas se vinculaba con una necesidad práctica y no con elucubraciones teóricas. Apunta que, si bien algunas ideas de la separación de funciones se encontraban esbozadas en el pensamiento Platón, fue Aristóteles,

1. Contador Público, por la Universidad Nacional de La Plata (1975), Diplomado en Derecho Constitucional Profundizado, Universidad Austral (2018); estudiante de Derecho Constitucional Especializado en la Universidad Austral. Coordinador del Posgrado de Derecho Procesal Tributario I, de la Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires (UNNOBA) (2017, a la fecha); correo electrónico: estudio@civega.com._

en la *Política*, quien mejor expuso la diferenciación entre tres funciones separadas en el Estado, con una formulación que “[...] parece haber sido escrita por un autor moderno”².

Sin embargo, por largos siglos, salvo Cicerón en la *República*, el tema no volvió a aparecer con nitidez. En la Edad Media los debates giraron en torno de la separación entre el poder espiritual y el temporal, pero la funcionalidad de los poderes no representaba un problema. Y si bien debe admitirse que hubo dispersos atisbos de diferenciación funcional –como con la Justicia de Aragón en España, o los *assize* (antecedente del juicio por jurados), en Inglaterra– la idea de la separación de Poderes recién fue receptada con toda su fuerza en la modernidad avanzada³.

Bianchi indica que recién a finales del siglo XVII y principios del siglo XVIII se forjó la idea de la separación de poderes, al menos como es concebida hoy. Fue Locke quien, producida la Revolución de 1688 en Inglaterra, formuló las bases, al describir los tres poderes que existían en la sociedad política: el Poder Legislativo, que hacía las leyes; el Ejecutivo, que las aplicaba, y el “Poder Federativo”, cuyos contornos no llega totalmente a definir. O sea que si bien estudió la dinámica entre Poder Legislativo y Ejecutivo, no llegó a diferenciar el Poder Judicial. En suma, la división de poderes en su pensamiento se redujo a dos (el Ejecutivo y el Legislativo, a cargo del Parlamento, en el que residía el “poder fuerte”). Fue Lord Bolingbroke, también inglés, quien puso el acento en la doctrina del equilibrio y control recíproco entre los poderes. En la misma línea, se recuerda la

2. BIANCHI A., *La separación de poderes. Un estudio desde el derecho comparado*, Buenos Aires, Editorial Cathedra Jurídica, 2019, p. 5.

3. Tampoco durante el Renacimiento puede hallarse “vestigio alguno de la separación de Poderes” (Bianchi, A., *op. cit.*, p. 14). Ciertamente que en la época posterior al medioevo se consolidó el absolutismo monárquico, justificado con la doctrina de Filmer y Hobbes, en Inglaterra, y Bodin y Bossuet, en Francia, cuyas ideas fueron encarnadas en la figura de Luis XIV. Lo mismo en España, gobernada por los Austrias y luego por los Borbones. En Italia, sucedía algo similar con los príncipes absolutistas de las “ciudades estado” (Florencia, Milán, Ferrara, etc.) o la aristocracia oligárquica veneciana. Con agudeza, Bianchi señala que Maquiavelo logró trascender a su época, aunque el *Príncipe* es sobre todo un tratado sobre cómo conquistar y retener el poder de modo unívoco, pero no sobre cómo separarlo.

obra de Blackstone, que se ocupó de la composición del Parlamento –conformado por el Rey, los Lores, tanto los espirituales como los temporales, que integran una Cámara y los Comunes, que integran la otra. Pero más allá de eso, se deja en claro que fue Montesquieu quien concretó la teoría sobre la división de poderes, como una forma de limitar el poder y de asegurar la libertad de los individuos. Montesquieu caracterizó al Poder Legislativo, compuesto por “dos partes”, como la voluntad general del Estado, mientras que asignó al Poder Ejecutivo la ejecución de dicha voluntad general. Y, a diferencia de sus predecesores, distinguió la función judicial. Y, aunque no reconoció la existencia de un Poder Judicial como un órgano estable, señaló que las sentencias debían seguir las expresas disposiciones de la ley⁴. Sus ideas quedaron consagradas con la Revolución Americana, en especial gracias a la defensa de Hamilton y Madison. El recorrido histórico culmina con un resumen de las posturas a favor de la separación de poderes (Hauriou, Vile, Barnett, entre otros) y en contra (Carré de Malberg, Jellinek, Burdeau, Loewenstein, entre otros).

Luego, el autor aborda la comparación entre los distintos sistemas mencionados abonando su investigación con un valioso cúmulo de citas jurisprudenciales, doctrinarias y normativas, que ayudan a esclarecer y comprender las diferencias entre unos y otros. Con ellas revela las particularidades de cada modelo: las específicas facultades y funcionalidades de los poderes; las competencias, las relaciones de subordinación y primacía, la delegación de facultades legislativas, judiciales y reglamentarias, según el poder otorgante o receptor. Esto permite al lector percibir en cada caso la incidencia en las instituciones de la cultura, costumbres y valores de cada sociedad; y a la vez comprender las motivaciones con que se diseñaron los instrumentos constitucionales respectivos.

Sobre el modelo británico (Capítulo II, con un apéndice sobre su aplicación en Canadá) sugiere que, en rigor, la separación de poderes en Inglaterra ha aparecido más nítida para quienes “lo miran de afuera” que para los propios ingleses y que solo recientemente “se ha hecho

4. BIANCHI, A., *op. cit.*, pp. 28-29.

más formal en el Reino Unido”⁵. Señala que la que caracteriza el sistema británico es la llamada soberanía parlamentaria [*parliamentary sovereignty*]. En efecto, es el parlamento quien sanciona las leyes constitucionales, pues no existe formalmente un “poder constituyente”, ni una constitución en sentido escrito, de lo cual se derivan otras consecuencias. La principal es que no hay estricta separación entre el Parlamento y el Poder Judicial, pues no existe en el Reino Unido una organización judicial unificada y común para todo el país. Tradicionalmente, la revisión de última instancia estaba a cargo de la *House of Lords* y el *Privy Council*, hasta que en 2009 se creó una Corte Suprema (cuyos miembros son designados por la Reina). Tampoco hay control de constitucionalidad sobre las leyes: los jueces no declaran su inconstitucionalidad, y siempre reconocen la supremacía del parlamento. No hay pues una separación tan marcada entre Poder Legislativo y Ejecutivo, ni se encuentran reguladas con exactitud las funciones que corresponden al Rey, al Primer Ministro (que también integra el Parlamento y es designado por el Rey), ni al propio Parlamento (cuya autoridad también reposa en el Rey). Y, sin embargo, Bianchi señala que el sistema funciona muy bien, y que la separación de Poderes en Inglaterra es fruto de una constitución flexible, fundada en la “convención”⁶. Destaca que la formalidad en la separación está ausente, y la compleja interrelación orgánica desdibuja el formalismo. En la formalidad resaltan dos poderes: Ejecutivo y Legislativo. En este mismo capítulo, en un apéndice se aborda modelo canadiense, en el que existen tres ramas de gobierno: la Ejecutiva y la Legislativa, que ejercen funciones distintas pero unidas, mientras que la tercera (la Judicial) sí está formalmente separada.

Al describir el modelo francés actual (Capítulo III), Bianchi marca tres particularidades: la gran inestabilidad política y constitucional que ha sufrido Francia; la clara primacía de la rama Ejecutiva (y cómo los intentos parlamentarios –que buscaron hacer menguar esa característica– ocasionaron serias crisis) y, más interesante aún, que la división de poderes francesa es una “hija dilecta e inescindible”⁷ del

5. BIANCHI, A., *op. cit.*, p. 49.

6. *Ibíd.*, p. 75.

7. *Ibíd.*, p. 95.

Derecho Público francés, y de la creación de la jurisdicción contencioso administrativa. El autor remarca que, en rigor, en Francia hay dos Poderes: Ejecutivo y Legislativo, con preponderancia del primero. La “rama Judicial”, por el contrario, “no es estrictamente un poder, sino un servicio público”⁸, que ejerce la competencia en dos jurisdicciones distintas: la contencioso administrativa y la judicial. Por su parte, el control de constitucionalidad está a cargo del Consejo Constitucional, que no es precisamente un órgano judicial. En suma, en el sistema francés funcionan los controles y equilibrios, pero no hay una división de poderes en sentido estricto.

A continuación trata el modelo español y recorre su historia institucional hasta llegar a la actualidad (Capítulo IV). Con la Constitución de 1978 las funciones del Estado pasaron a estar distribuidas entre cinco órganos de gobierno: la Corona, las Cortes Generales, el Gobierno, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Según indica, el sistema en España muestra una separación de poderes más nítida que los anteriores, pese a estar construido sobre la base de una monarquía constitucional. El control de la Administración Pública es ejercido a través de la jurisdicción contencioso administrativa; mientras que el control de constitucionalidad, como en gran parte de Europa continental, queda reservado exclusivamente al Tribunal Constitucional. A partir de ello, se deduce que la estructura constitucional es equilibrada, sin prevalencia de un Poder por sobre el otro.

En cuanto al modelo de Estados Unidos (Capítulo V), señala que es el más próximo al ideal institucional. En efecto, los norteamericanos establecieron la doctrina de la división de poderes “(...) casi con fe religiosa”⁹. La razón: la igualdad jerárquica entre los tres poderes, que actúan en coordinación y ejerciendo control recíproco, según la fórmula de los *checks and balances* (usualmente traducida como “equilibrio de frenos y contrapesos”). Tal vez por ese motivo, o quizás por su indudable influencia en nuestro sistema, Bianchi realiza un minucioso análisis del modelo norteamericano.

8. *Ibíd.*, p. 131.

9. *Ibíd.*, p. 190.

Advierte que en Estados Unidos cada poder tiene su propia función y –a la vez– ejerce control sobre los demás. De ese modo, el Congreso es el primer intérprete de la Constitución, pues dicta la legislación general. Una vez aprobada por el Poder Legislativo, la ley requiere para su vigencia de la promulgación por el Ejecutivo (integrado por el Presidente), que puede vetarla. El Ejecutivo ejerce la administración pero el Congreso habilita su presupuesto; y –al mismo tiempo– el Legislativo controla el accionar del Ejecutivo, y puede someterlo al juicio político. Los jueces, por su parte, tienen a su cargo la decisión de las controversias que se susciten por aplicación de leyes, y ejercen el control de constitucionalidad, creado a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el célebre *Marbury v. Madison*, U.S. 137 (1870). Así, el Poder Judicial, encabezado por la Corte Suprema, aun cuando es el menos representativo de los poderes, está a cargo de controlar la constitucionalidad de la tarea de los otros. El autor destaca la preocupación de los norteamericanos por tener un sistema de poderes iguales, y el rol que ha ocupado Corte Suprema de Justicia en esa tarea, sobre la cual “(...) descansa (...) la arquitectura constitucional del sistema (...)”¹⁰.

Por último, Bianchi se ocupa del modelo argentino (Capítulo VI). Para ello, realiza una exhaustiva comparación histórica y actual entre la Constitución Nacional y la de los Estados Unidos. Se detiene en sus semejanzas y en las diferencias, algunas –por cierto– muy importantes, como la relación con la Iglesia en el marco de la libertad de cultos, cfr. art. 2° de la Constitución Nacional; la uniformidad de la legislación de fondo del art. 75, inc. 12; la amplia facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo, y la posibilidad de demandar a las provincias ante la Corte Suprema y los tribunales federales.

Seguidamente, se pregunta cuántos poderes existen en nuestro sistema y examina el rol del Ministerio Público, a partir de la reforma constitucional de 1994, y apunta que, hasta tanto se construya su propio poder, “(...) será un híbrido constitucional (...)”¹¹.

10. *Ibídem*, p. 263.

11. *Ibídem*, p. 282.

En cuanto a la relación jerárquica entre los poderes, detalla que estos son iguales desde el punto de vista constitucional, pero que, en la práctica, las circunstancias y en especial la jurisprudencia, contribuyeron a favorecer la primacía del Ejecutivo. Bianchi trata las normas constitucionales específicas que marcan la separación de Poderes: los artículos 29, el 36 (incorporado con la reforma de 1994) y el 109 de la Constitución Nacional. Distingue el rol institucional de la Corte Suprema de Justicia como “intérprete final de la Constitución” y “árbitro del equilibrio entre Poderes”. Analiza la flexibilidad del modelo de separación de poderes en nuestro país, favorecida por algunas cláusulas de la Constitución Nacional, y el fenómeno del “hiperpresidencialismo”. Se detiene en las relaciones entre el Poder Legislativo y el Ejecutivo: puntualmente, analiza la delegación legislativa y las potestades reglamentarias del Poder Ejecutivo, así como los DNU y los abusos que se han suscitado. Se ocupa de la separación entre el Poder Judicial y los otros Poderes: describe las funciones de los tribunales administrativos, las limitaciones de los entes reguladores, los tribunales militares, el indulto, las acciones ejecutivas fiscales con embargo de cuentas, el Consejo de la Magistratura, y la subrogancia de los Jueces.

Examina las distorsiones que la práctica ha producido en nuestro sistema, e incorpora datos de la historia política y constitucional reciente. Apunta, con buen criterio, que el Poder Ejecutivo ha preponderado en ciertas épocas, y ahonda en las razones de esa primacía: la necesidad de liderazgo, los motivos históricos, la intervención estatal en la economía, el populismo, el centralismo fiscal, la potestad reglamentaria, el sistema electoral, la “deferencia” de la Corte Suprema con la política presidencial, las crisis económicas. Con agudeza, afirma que en Argentina hay un “divorcio pronunciado entre la Constitución formal y la Constitución real”¹².

Para concluir (Capítulo VII), y con la rigurosidad científica que lo caracteriza, el autor regala algunas reflexiones sobre la separación de poderes y los distintos sistemas analizados. La comparativa le permite asegurar que “(...) la diferencia sustancial (...) no estriba en el diseño físico de la Administración, sino en el modo y grado de con-

12. *Ibídem*, p. 392.

trol al que está sometida cada una de ellas por los restantes poderes, pues ello permite verificar, en definitiva, la mayor o menor intensidad de la separación de poderes”¹³. Sobre esa base, observa que “(...) existe una sólida unanimidad en la persecución de un mismo fin [limitar el poder], pero existe también una gran diversidad en la selección de los medios para conseguirlo”¹⁴.

A fin de cuentas, la separación de poderes es una doctrina, que lejos está de ser universal, pero que en todas partes mantiene un “(...) tronco común: la asignación de las funciones principales del Estado a órganos separados e independientes”¹⁵. En palabras del autor: “[I]o esencial, entonces, no es adoptar, en abstracto y rígidamente, tal o cual modelo en particular, sino la firme y honesta voluntad de convertir al que se elige en un instrumento que permita vivir, razonablemente, bajo un gobierno de Poderes limitados”¹⁶.

Demás está decir que *La separación de poderes...* se asienta sobre una pluma clara, diáfana que evidencia la gran experiencia del autor (que ya ha publicado otros dieciséis libros e innumerables artículos). Como ya lo ha hecho antes, Bianchi conjuga y fusiona jurisprudencia, doctrina, normativa, de forma amena y ordenada. La lectura se torna placentera, ágil, y, sin dudas, logra atrapar al lector, y por su abundante información es una obra de infaltable consulta.

En este sentido, no puede soslayarse tampoco la importancia de la teoría de la división de poderes. Me atrevo a agregar que la separación de funciones hace a la esencia misma del constitucionalismo en occidente, que hoy necesita despojarse de la arbitrariedad, para cuidar del libre, pleno y efectivo goce y ejercicio de los derechos, el que debe siempre estar orientado a la protección de la dignidad humana. Pero vuelvo al tema *La separación de poderes...* es una obra imperdible: un análisis sistemático de datos y conceptos, amalgamados en una sola unidad cognoscitiva.

13. *Ibídem*, p. 395.

14. *Ibídem*, p. 397.

15. *Ibídem*, p. 399.

16. *Ibídem*, p. 399.

REVISTA FORUM

NORMAS DE PUBLICACIÓN

FORUM –Anuario del Centro de Derecho Constitucional– adopta las siguientes *normas de publicación*, en consonancia con su objetivo de ser expresión de los trabajos y estudios académicos de quienes participan como miembros o invitados del Centro de Profesores de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho, así como de otras universidades, respetando los principios de justicia y orden natural que iluminan el ideario y el proyecto integrador de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

I. Cobertura temática

La Revista *FORUM* (en adelante, la Revista) publica textos relacionados con la investigación en el área del Derecho Constitucional y sus disciplinas afines, conforme a su misión, que se inserten en las siguientes categorías temáticas:

- 1.1. Derecho Constitucional;
- 1.2. Filosofía del Derecho (Derecho Natural, Teoría del Derecho, Principios e Instituciones Jurídicas);
- 1.3. Derecho Internacional Público;
- 1.4. Derecho Administrativo;
- 1.5. Historia del Derecho;
- 1.6. Derecho Canónico y Eclesiástico;
- 1.7. Derecho Comparado.

II. Código de conducta y buenas prácticas editoriales

FORUM adhiere al Código de conducta y mejores prácticas del *Committee on Publication Ethics* (COPE), denominado *Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors y Code of Conduct for Journals Publishers*.

FORUM asegurará la calidad científica de las publicaciones y la adecuada respuesta a las necesidades de los/as lectores/as y los/as autores/as. Los trabajos que se presenten a la Revista deben cumplir con estas normas éticas.

III. Secciones de la Revista

La Revista publica trabajos de distintas categorías, agrupados según distintas secciones, de acuerdo con el siguiente detalle:

Artículos de investigación

Se publican dentro de esta sección trabajos que cumplan con las siguientes características.

- a. Estructura de la investigación
 - El tema tratado debe realizar aportes científicos y ofrecer conceptos novedosos que enriquezcan el conocimiento, en línea con el espíritu del Centro de Derecho Constitucional, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina.
 - Deber existir coherencia en la estructura demostrativa o argumentativa entre el problema, los objetivos, el método, los resultados y las conclusiones.
 - El trabajo debe contar con bibliografía actualizada y pertinente con la temática.
- b. Requisitos

Los trabajos presentados deben ser escritos en español (la Redacción se reserva la posibilidad de admitir trabajos escritos en otras lenguas con carácter excepcional) y tener como mínimo la siguiente estructura, que se aplicará también a los comentarios, las notas, reseñaciones, crónicas y ensayos, en cuanto corresponda. Preferentemente se aceptarán trabajos en castellano. No obstante, también pueden recibirse en italiano, francés, inglés o portugués.
- c. Extensión

No podrán tener una extensión menor a las 5.000 ni mayor a las 25.000 palabras. La Redacción se reserva el derecho a publicar artículos en fascículos diferentes.
- d. Otros

El trabajo debe enviarse con el título en el idioma original e inglés, un resumen o *abstract* de entre 150 y 300 palabras y palabras claves en un

número no mayor a 6, ambos en idioma original y en inglés. El trabajo deberá incluir la bibliografía utilizada, siguiendo las indicaciones de las presentes *normas de publicación*.

e. Evaluación

Los trabajos serán sometidos al arbitraje de evaluadores, siguiendo las reglas definidas en el acápite V.

f. Originalidad

Los trabajos propuestos para esta Sección deberán ser originales. Al momento de su presentación, el autor debe acompañar una carta por vía digital que autorice la publicación y cesión a este efecto de los derechos respectivos, comprometiéndose los autores a no presentarlos simultáneamente a otra publicación, ni a publicarlos luego sin expresa y clara mención de su previa publicación en *FORUM*. Para tal caso, los autores deben enviar por vía digital aviso sobre la difusión de su artículo.

Notas y comentarios

- a. Estructura: Esta sección incluirá trabajos breves sobre tópicos jurídicos, jurisprudencia o legislación. La extensión máxima será de 15.000 palabras.
- b. Originalidad: Los trabajos propuestos para esta sección deben ser originales. Al momento de su presentación, el autor debe acompañar por vía digital una carta que autorice la publicación y cesión a este efecto de los derechos respectivos, comprometiéndose los autores a no presentarlos simultáneamente a otra publicación, ni a publicarlos luego sin expresa y clara mención de su previa publicación en la Revista.
- c. En el caso de comentarios de jurisprudencia, la sentencia, con indicación del tribunal interviniente, nombre de los firmantes y fecha de emisión, debe ser entregada junto con el trabajo enviado, como anexo. Si la sentencia fue extraída de una página web debe indicarse dirección de acceso.
- d. Otros: El trabajo debe enviarse con el título en idioma original e inglés, un resumen o *abstract* de entre 150 y 250 palabras y palabras claves en un número no mayor a 6, ambos en idioma original y en inglés. El trabajo debe incluir la bibliografía utilizada, siguiendo las indicaciones de las presentes *normas de publicación*.
- e. Las notas y comentarios serán sometidos al arbitraje de evaluadores, siguiendo las reglas definidas en el acápite V.

Recensiones, crónicas y ensayos

La sección incluye reseñas/recensiones de libros de aparición reciente (en principio no más de dos años) con una extensión máxima de 4.000 palabras. Las recensiones no contarán con palabras clave. La Revista podrá publicar crónicas y ensayos que no superen esa extensión de palabras.

Documentos

La Dirección podrá seleccionar documentos que considere relevantes conforme a la temática o problemas atinentes a los objetivos de la Revista, tales como textos del Magisterio de la Iglesia, declaraciones de la Facultad de Derecho o Corporaciones o Colegios de Abogados, o de las múltiples Academias Jurídicas, Políticas y Científicas, etc.

Otras secciones

Según las necesidades del número publicado, podrán incluirse necrológicas, recuerdos de profesores o académicos, noticias, traducción o publicación de textos ya publicados en otras lenguas, publicación de conferencias y/o comunicaciones en congresos o seminarios, etc.

IV. Los autores

1. Deben enviar sus datos personales y los de la institución a la que pertenecen, si la hubiere. Los autores deben informar al menos el máximo grado académico que poseen, junto con la universidad que lo otorgó y el año, los cargos o compromisos laborales o profesionales, dedicatorias o los proyectos científicos patrocinados en los que el trabajo se enmarca podrán incluirse como segundo párrafo de la nota al pie inicial, antes de las notas de numeración correlativa. Los autores deberán indicar además su dirección de correo electrónico para ser publicada en la Revista. Podrán incluir los agradecimientos que estimen pertinentes.
2. Los autores que se encuentren en conflicto de interés con el trabajo presentado deben efectuar la aclaración pertinente en la nota al pie inicial, junto con sus datos personales. También deberán aclarar si la investigación ha sido financiada por alguna institución, o si ha sido realizada en el marco de una

beca, o si ha existido colaboración de personas que merezcan reconocimiento, etc.

3. Los autores conservan los derechos de autor y garantizan a la revista el derecho de ser la primera publicación del trabajo. Se autorizará a los autores que publiquen total o parcialmente sus trabajos en otras revistas, siempre y cuando aparezca al comienzo del artículo la referencia al número de *FORUM* en el cual haya aparecido.
4. Los autores cederán sus derechos a la editorial, en forma no exclusiva, habilitando la reproducción de su trabajo en el Repositorio Digital o Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina como así también a otras bases de datos que considere de relevancia académica.
5. Los trabajos que contiene esta Revista representan la opinión de sus autores y no constituyen necesariamente la opinión oficial de la Pontificia Universidad Católica Argentina ni de ninguno de sus órganos.
6. Por lo menos el 50 % de los trabajos publicados en cada número de la Revista pertenecerán a autores externos a la Pontificia Universidad Católica Argentina. Sin perjuicio de ello, la Revista publicará al menos dos trabajos pertenecientes a autores de la Universidad por número.

V. Lista de comprobación para la preparación de envíos

Como parte del proceso de envío, los autores están obligados a comprobar que su envío cumpla todos los elementos que se muestran a continuación. Se devolverán a los autores aquellos envíos que incurran en las siguientes causales de rechazo:

- a. Que el manuscrito haya sido publicado o se haya enviado previamente a otra revista o publicación colectiva.
- b. Si el archivo enviado no está en formato Microsoft Word.
- c. Si el texto no cumple con los requisitos bibliográficos y de estilo indicados en las *normas de publicación*.
- d. Si el autor no ha aceptado y suscripto la declaración de originalidad que será remitida mediante correo electrónico.

VI. Evaluación inicial y arbitraje

1. Los documentos recibidos pasarán por una evaluación inicial realizada por los editores u otros especialistas a pedido del Director de la Revista, para

discernir la originalidad, relevancia e interés científico. En el caso de los artículos de investigación, la evaluación inicial se orienta a decidir el pase del trabajo a arbitraje. La Revista se reserva la posibilidad de rechazar trabajos en forma anticipada.

2. Además, la Secretaría de Redacción hace una corrección preliminar de estilos. Los autores pueden recibir sugerencias o una versión revisada del texto o ser consultados para solucionar dudas, antes de iniciar el proceso de arbitraje en el caso de los artículos de investigación, o bien de su publicación en el resto de las contribuciones.
3. Solo se iniciará el proceso de arbitraje de trabajos que se ajusten a las presentes *normas de publicación*. La adaptación de los originales a las *normas de publicación* de la Revista es responsabilidad de los autores. La Revista no cobra aranceles por el proceso de evaluación de trabajos para publicación.
4. Los textos enviados a la Revista para las secciones de “Artículos de investigación” y “Notas y comentarios” serán evaluados por un árbitro externo a la Revista, designado por la Secretaría de Redacción. Estos textos se someterán a arbitraje según el sistema de “doble ciego simple” para preservar el anonimato de los autores y de los árbitros.
5. Los árbitros solicitados deberán evaluar los trabajos según el formulario correspondiente y deberán guardar confidencialidad respecto a todo lo referido a su intervención como evaluadores.
6. El plazo para la realización del arbitraje será como máximo de 30 días desde la recepción del texto. Como agradecimiento por su colaboración se entregará al árbitro un certificado que acredite su labor.
7. El dictamen del árbitro deberá indicar: Aprobado – Aprobado con cambios (opcional u obligatorio) – Aprobado, pero el árbitro verificará las correcciones – Rechazado. El dictamen será comunicado al autor.
8. En caso de controversia en el proceso de arbitraje, la cuestión será resuelta por el Director de la Revista y el Consejo Editorial (en adelante, la Dirección de la Revista). Se podrá recurrir a un segundo arbitraje si fuera necesario.
9. En todos los casos, se publicará la fecha de recepción del trabajo y la fecha de su aceptación por el árbitro académico.
10. Los árbitros o evaluadores externos recibirán los artículos sin la identificación de su autor, para asegurar la objetividad respecto de los autores.

VII. Normas para árbitros

- a) Los artículos, notas y comentarios presentados serán sometidos a arbitraje por parte de evaluadores externos. No serán sometidos a arbitraje las rese-

ñas, crónicas y/o ensayos cuya publicación se reservará a criterio de la Dirección de la Revista.

- b) El *referato* de la Revista está compuesto por árbitros que han alcanzado la máxima titulación académica (grado de doctor) y/o se desempeñan como profesores titulares (catedráticos) y/o investigadores de carrera. Se trata de investigadores de universidades ajenas a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, cuyas áreas de trabajo son la Teoría y el Derecho Constitucional, los Derechos Humanos, el Derecho Político, el Derecho Administrativo, el Derecho Penal Constitucional, la Historia Constitucional, la Historia de las Ideas Políticas y otras disciplinas afines. La selección del árbitro dependerá de la temática del artículo.
- c) El árbitro que se encuentre en conflicto de interés con el trabajo que se le ha encargado evaluar debe inmediatamente excusarse de participar en el proceso del trabajo que se trate.

VIII. Anexo: Formato básico para textos y citas bibliográficas

1. Formato para textos

Textos Papel A4; interlineado 1,5; tipo de letra *Times New Roman*, negrita de 14 puntos para el título; negrita y cursiva de 12 puntos para los subtítulos de primer nivel; cursiva de 12 puntos para los subtítulos de segundo nivel; 12 puntos para el cuerpo del texto y 10 puntos para las notas a pie de página.

2. Citas bibliográficas

Las referencias bibliográficas siempre deben ir a pie de página y no en el cuerpo del texto. Deben adoptar el siguiente formato:

- a. Referencias de libros: apellidos y nombres del autor, título de la obra (en letra cursiva o bastardilla), lugar de publicación, editorial, año de edición, página o páginas citadas (todo separado por comas).
Ejemplo: Lamas, Félix Adolfo, *Ensayo sobre el orden social*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos “Santo Tomás de Aquino”, 1985, p. 250.
Si se trata de una traducción y se requiere mencionar el autor, se anota después de la editorial. Por ejemplo: Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, cuarta edición, novena reimpresión, Buenos Aires, EUDEBA, trad. Moisés Nilve, 2009, p. 174.

- b. Referencias de capítulos de libro o artículos que forman parte de una obra colectiva: apellidos y nombres del autor, "título del escrito" (en letra normal y entre comillas), apellidos y nombres del compilador o editor, indicándolo, o emplear AA.VV. cuando se trate de varios autores sin un editor compilador declarado, título de la obra, lugar de publicación, editorial, año de edición, páginas citadas, todo separado por comas.
Ej. Bandieri, Luis María, "En torno a las ideas del constitucionalismo en el siglo XXI", en Palazzo, Eugenio Luis (Dir.), *Estudios de Derecho Constitucional con motivo del Bicentenario*, Buenos Aires, El Derecho, 2012, pp. 34-51.
- c. Referencias de artículos de revista: apellidos y nombres del autor, "título del artículo", nombre de la revista (en cursivas), lugar de publicación, número, año, páginas citadas, todo separado por comas.
Ej. Castaño, Sergio Raúl, "La idea de una autoridad política mundial. Consideraciones críticas a la luz de las exigencias de la realidad política", *Foro*, Nueva época, Madrid, vol. 18, núm. 1, 2015, pp. 27-60.
- d. Referencias de artículos de periódicos: nombre y apellidos del autor, "Título del artículo", nombre del periódico (en cursivas), lugar de publicación, fecha (día, mes y año), páginas citadas, todo separado por comas.
Ej. Ventura, Adrián, "La Corte se distancia de la aprobación del proyecto sin consenso". *La Nación*, Buenos Aires, 29 de noviembre de 2013, p. 7. Ídem.
- e. Referencias de Internet: apellidos y nombres del autor, "título del artículo", lugar, fuente editorial, fecha de la publicación (si está disponible), dirección de la página web, fecha de consulta, todo separado por comas.
Ej. Santiago, Alfonso, "Neoconstitucionalismo", Buenos Aires, Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, rescatado de: <http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf> (consultado el 3-12-2012).
- f. Jurisprudencia citada: las referencias a las sentencias citadas deben contener las partes en cursiva, el año de la sentencia entre paréntesis y, seguido de dos puntos, el tribunal que la haya dictado junto con la fecha de su dictación. Debe especificarse el tomo y página de la publicación oficial; el link respectivo (con más fecha de último acceso) si hubiera publicación online disponible. Si no estuviera publicada oficialmente se incluirá la referencia a una publicación no oficial.
Ej. Cruz, Felipa y otros c/ Minera Lumbrera Ltd. y otro s/ sumarísimo (2016): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23 de febrero de 2016, Fallos: 339:142.
En el caso de citarse jurisprudencia extranjera, se deberá emplear el sistema propio de referencia que utilizan las cortes y tribunales de origen de la sentencia para su identificación.

- g. Las citas intertextuales en el cuerpo del texto deben ir “entre comillas”. Si las citas son en idioma distinto del español, deben hacerse “entre comillas y en itálica”. Las citas de caja menor deben ir sin comillas y en fuente *Times New Roman* 12, con un margen izquierdo tabulado de 1,25 cm. 8. Para los términos del texto que estén en un idioma diferente al original del artículo se debe utilizar letra itálica. Para citas textuales dentro de un texto ya entrecomillado (“ ”) se utilizan las comillas angulares de apertura y de cierre (« »). Si en el interior de la cita, se omite alguna frase, debe indicarse con paréntesis y tres puntos (...).

3. *Presentación de la bibliografía*

Al concluir el trabajo, debe presentarse la totalidad de la bibliografía utilizada, expuesta en orden alfabético, según el apellido del autor (o del primer autor, si la respectiva obra tiene más de uno), guardando la misma estructura y forma señalada en los anteriores puntos. Para los casos de referencia de capítulos de libro o artículos que forman parte de una obra colectiva y artículos de revista, se deben citar de forma completa las páginas de inicio y final del respectivo trabajo.

La Dirección se reserva el derecho de ajustar el estilo del aparato crítico a las normas de la Revista.

