

ISSN 2618-5121

# FORUM

06

AÑO 2018

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



# **FORUM**

**REVISTA DEL  
CENTRO DE DERECHO  
CONSTITUCIONAL**

**– Nº 6 - Año 2018 –**



# FORUM

## REVISTA DEL CENTRO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

– Nº 6 - Año 2018 –

**Facultad de Derecho  
Universidad Católica Argentina**

**ORLANDO JUAN GALLO**

**Director del Centro de Derecho Constitucional**

**ROBERTO ANTONIO PUNTE**

**Director de la revista**

**CONSEJO DE REDACCIÓN**

**Juan Manuel Clérico - Germán Masserdotti -**

**Carlos Gabriel Arnossi - Sofía Calderone**

**ISSN 2618-5121**



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 la versión digital de los mismos 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](mailto:educa@uca.edu.ar)  
Buenos Aires, noviembre de 2018

ISSN 2618-5121

---

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. Daniel A. Herrera

**Secretario Académico**

Dr. Néstor Raymundo

**Prosecretario Académico**

Dr. Fernando Ubiría

**Director de Investigación Jurídica Aplicada**

Dr. Nicolás Lafferriere

**Director de Posgrado**

Dr. Gustavo Costa Aguilar

**Centro de Derecho Constitucional-Director**

Orlando J. Gallo

**Revista FORUM-Director de la Revista**

Roberto A. Punte

**Secretaria de Redacción**

Soffa Calderone

**Asistente Editorial**

Germán Masserdotti

**Consejo Editorial**

Carlos Arnossi

Juan Manuel Clérico

Luis Roldán (h)

Ezequiel Abásolo

**Consejo Académico**

Eduardo Quintana (UCA)

Alfonso Santiago (Universidad Austral)

Débora Ranieri de Cechini (UCA)

Sergio Raúl Castaño (UNSTA - Conicet)

Miguel Ayuso (Universidad Pontificia Comillas)

Juan Fernando Segovia (Universidad de Mendoza – Conicet)

## 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 de 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, alimento 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 Natural, Teoría del Derecho, Principios e Instituciones Jurídicas); 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, así como también bibliotecas de Uni-

versidades, centros de investigación y otros organismos y –por supuesto– los miembros del Centro de Derecho Constitucional.

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 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](mailto:forum@uca.edu.ar)

## SUMARIO

**Editorial:** Memoria y balance de lo cumplido ..... 11

### **Artículos y notas**

SACRISTÁN, ESTELA B.

El municipio ante ciertas actividades extractivas: ¿es más fácil vedar que permitir? (Local Authorities against certain extractive activities. Is it easier to forbid than to allow?)\* ..... 15

CAÑARDO, HERNANDO V.

La penumbra de la corrupción: regulación internacional de los *lobbies* (The shadow of corruption: international regulation of the lobbies)\* ..... 41

ABÁSOLO, EZEQUIEL

Raíces eugenésicas de los abortos no punibles en Argentina. (Eugenic roots of non-punishable abortions in Argentina)\* ..... 79

BANDIERI, LUIS MARÍA

Sobre el señorío de la mujer sobre su propio cuerpo y sobre la personalidad del embrión (About women dominance over their own body and the personality of the embryo)\* ..... 85

\* Publicadas previo arbitraje según las Normas de publicación.

RICCARDI, MARÍA SOLEDAD Algunas notas sobre las normas provinciales, los tratados internacionales y la constitucionalidad de la educación religiosa en “Castillo” (Notes on provincial norms, international treaties and the constitutionality of religious education with reference to the “Castillo” trial) .....	97
--	----

LIENDO, GUSTAVO C. La asunción del presidente y vicepresidente de la Nación. Un precedente judicial y las previsiones de la Constitución Nacional (The assumption of the President and Vice president of the Nation: a judicial precedent and the provisions of the national Constitution)* .....	113
--	-----

### **Reseña bibliográfica**

PUNTE, ROBERTO ANTONIO <i>Historia de la Universidad Católica Argentina</i> , de Florencio Hubeñak .....	141
---	-----

PUNTE, ROBERTO ANTONIO <i>La Argentina estructural. Justicia. Propuestas de políticas públicas para el mediano y largo plazo</i> , de Daniel Sabsay .....	145
--	-----

FORUM. Normas de publicación .....	149
------------------------------------	-----

## EDITORIAL

### MEMORIA Y BALANCE DE LO CUMPLIDO

Es oportuno recordar los aniversarios y que, a la vez, coincidan con pasos adelante y con la verificación de que el rumbo sostenido ha sido el adecuado.

Han pasado veintidós años desde que, en 1996, comenzó a funcionar el antecedente del actual Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de esta Pontificia Universidad. En ese año se creó, dentro del Centro de Investigaciones Jurídicas, la “Sección de Derecho Constitucional, público, provincial y municipal”, inicialmente a cargo del suscripto; era Decano el Dr. Alfredo di Pietro, y Oscar Ameal, Director de la carrera de Abogacía.

Una de las primeras actividades fue, a iniciativa del Dr. Norberto Padilla, una sesión especial conmemorativa de los 30 años del Acuerdo con la Santa Sede, en la que participaron los Dres. Ángel Centeno, Jorge Vanossi y Pedro Frías. Luego, en octubre, se produjo la visita de Pier Luigi Zampetti, que presentó su libro *La soberanía de la familia en el estado autónomo*, y también del profesor español Vicente Gimeno Sendra, quien disertó sobre “Amparo y *habeas data*”. Ese año, la sección propició la designación como profesor emérito de Carlos María Bidegain. Se continuaron los seminarios anuales, luego publicados en la revista *Prudentia Iuris*, sobre temas vinculados con las reformas introducidas en la Constitución en 1994. En los años subsiguientes, se asumieron diversas actividades y, entre otras, la actualización del Curso de Derecho Constitucional del Dr. Bidegain, de la que participó el mismo autor, junto con los profesores Eugenio Palazzo, Guillermo Schinelli, Roberto Punte y Orlando J. Gallo, considerablemente ampliada con el desarrollo de los temas de la reforma, en cinco tomos publicados entre fines de 1994 y el año 2001. A pedido del Decano Dr.

Eduardo Ventura, se elaboró un programa de contenidos básicos para la enseñanza del derecho constitucional en las distintas cátedras y se propició la creación de una cátedra especial cuatrimestral sobre Derechos y Garantías Constitucionales, como materia optativa de especialización dentro de la carrera de Derecho. Por iniciativa y dirección del Dr. Eugenio Palazzo, se creó el suplemento mensual de Derecho Constitucional del diario jurídico El Derecho; los artículos así producidos se reunieron en tomos anuales a partir del año 2000, mantenido invariable la actividad regular del suplemento.

Los miembros de la sección participaron en la actividad de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, y, a partir del año 2005, en los sucesivos Encuentros Nacionales de Profesores de Derecho Constitucional. Bajo la dirección del Dr. Orlando J. Gallo se organizó, desde 2003, el actual Centro de Derecho Constitucional, continuador de las actividades de la originaria Sección, con la finalidad de *colaborar con los objetivos trazados por las autoridades de la Universidad en el ámbito específico del derecho constitucional, propendiendo al afianzamiento de los derechos humanos según es doctrina de la Iglesia, así como propender al afianzamiento del Estado de derecho y el fortalecimiento del sistema republicano, representativo y federal*. En su ámbito, se realizan reuniones mensuales con profesores invitados, y entre 2007 y 2017 la carrera de Especialización en Derecho Constitucional.

O sea que estamos cumpliendo 15 años de tarea ininterrumpida como Centro; desde 2013, se publica este Anuario recogiendo trabajos y experiencias, tanto de profesores de la Universidad de otras universidades.

Con estos antecedentes cabe decir que nos encontramos claramente reflejados en la convocatoria a la renovación universitaria hecha por medio del documento pontificio dado a conocer recientemente, denominado Constitución Apostólica *Veritatis gaudium*.

Con firme voz que él mismo califica de profética, el papa Francisco promulga un relanzamiento y renovación de la enseñanza en las universidades y facultades eclesíásticas. Convoca así a un “testimonio de la alegría”, propio de la libertad de los de buena voluntad a quienes sostiene el anuncio de la esperanza del amor misericordioso.

El documento, suscripto en 2017, pero recién hecho público el pasado 29 de enero, consta de dos partes. Un “Proemio” con los fun-

damentos y finalidades esperados, que cuenta con 68 citas, notas y referencias. Y la parte normativa y estatutaria, apoyada a su vez en 42 referencias a otros documentos anteriores.

En el proemio se exhorta como “tarea urgente” a una “renovación sabia y valiente”, que no excluye, cuando corresponda, asumir un “cambio radical de paradigma”, a través del “decidido proceso de discernimiento, purificación y reforma”. Propone la asunción del “papel estratégico de los estudios”, en la “red mundial de universidades” de la Iglesia –remarca– “en salida”. Desafía a “ensanchar la razón” frente al “cambio de época”, para hacerla “capaz de conocer y orientar las nuevas e imponentes dinámicas que atormentan a la familia humana animándolas a la perspectiva de la civilización del amor”, actuando como un “laboratorio cultural providencial”. Resalta el impulso del Espíritu Santo enriquecedor que se manifiesta desde “el *sensus fidei fidelium* hasta el magisterio de los pastores, desde el carisma de los profetas hasta el de los doctores y teólogos”. Esto dentro de “la necesidad de una auténtica hermenéutica evangélica para comprender mejor la vida, el mundo, los hombres, no de una síntesis, sino de una atmósfera espiritual de búsqueda y certeza basada en las verdades de razón y de fe”.

Aceptando que nuestro pensamiento debe ser abierto y, reconociendo, siempre “incompleto”, esboza cuatro pasos o criterios fundamentales.

Primero, la etapa de discernimiento en la que se espera una actitud de contemplación y comunión en el misterio de misericordia como base de una “revisión fiel y creativa”.

Luego, el diálogo que, con cita de Benedicto XVI, es “comunicación y comunión”, con todas las disciplinas, con “los creyentes y los no creyentes”, repensando y actualizando la organización de las especialidades y las enseñanzas, con una intencionalidad de inculturar la verdad evangélica.

En tercer lugar, “la inter y transdisciplinariedad ejercidas con sabiduría y creatividad”, desde el principio de “la unidad del saber en la diversidad y el respeto de sus expresiones múltiples, conexas y convergentes”, tanto en el contenido como en el método. Citando de nuevo a Benedicto expresa: “la tradición de la Iglesia no es transmisión de cosas o de palabras, de una colección de cosas muertas. Es un

río vivo que se remonta a los orígenes que están siempre presentes” (...) “haciéndose cargo de los conflictos”, “aceptando sufrir el conflicto, resolverlo y transformarlo”. Aclara: “no es apostar por un sincretismo ni por la absorción de uno en el otro sino por la resolución en un plano superior que conserva en sí la virtualidad valiosa de las polaridades en pugna” (cita de *Evangelii gaudium*).

Exhorta, por último, a una apologética original, creando redes y abriendo nuevos y cualificados centros de investigación, polos de excelencia interdisciplinaria, e iniciativas destinadas a acompañar la evolución de las tecnologías avanzadas, la cualificación de los recursos humanos y los programas de integración.

El documento se completa con las normas de organización de las facultades y la comunidad académica, donde cabe observar la libertad de cada unidad académica “según la preparación, inserción, estabilidad y responsabilidad, y las costumbres propias”, en orden a las modalidades de dicha política de renovación e inserción, así como la estructuración de lo que es imprescindible, esto es la carrera formativa para la necesaria renovación permanente a partir de bases propias de los planteles docentes.

Esta exhortación no hace sino reafirmar con renovado vigor la voluntad creativa con que nuestro Centro ha actuado siempre. Retomando propósitos reflejados en el primer editorial de esta revista anuario, la actitud de diálogo supone una sabia superación del discutir, en palabras de Abelardo Rossi: «Solo quien posee la capacidad de dialogar tiene abierta su inteligencia como pura y sencilla mirada receptiva, en actitud y con aptitud de conocer»; regla de conducta que, desde el realismo político exige el diálogo con los hechos y 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, expresando los valores éticos sostenidos según el magisterio perenne de la Iglesia y, a la vez, impulsados a su vigencia del mejor modo, para que se alimenten de justicia y paz las situaciones en que deba enseñarse o aplicarse el derecho.

ROBERTO ANTONIO PUNTE

# EL MUNICIPIO ANTE CIERTAS ACTIVIDADES EXTRACTIVAS: ¿ES MÁS FÁCIL VEDAR QUE PERMITIR?

## LOCAL AUTHORITIES AGAINST CERTAIN EXTRACTIVE ACTIVITIES: IS IT EASIER TO FORBID THAN TO ALLOW?

ESTELA B. SACRISTÁN<sup>1</sup>

### RESUMEN

Hay ciertas actividades, extractivas, que han sido prohibidas por diversos municipios en Argentina. Se las prohíbe por razones ambientales, y ambiente es prácticamente todo lo que nos rodea. Las prohibiciones recaen sobre la minería a cielo abierto y el *fracking*. Hay diversos criterios para analizar esas prohibiciones: las normas aplicables, la faz ambiental, la perspectiva económico-financiera, la faz humana, y el contraste con la experiencia estadounidense. Cierta jurisprudencia argentina permite colocar a esas prohibiciones en su adecuado cauce constitucional.

1. Doctora en Derecho (UBA). Profesora de Derecho Administrativo Comparado (Universidad Austral). Profesora Adjunta de Derecho Administrativo (UCA). Directora Ejecutiva de la Diplomatura en Derecho Constitucional Profundizado (Universidad Austral) (es@bgcv.com.ar - Arbitraje: recepción 26/5/2018 - evaluación 30/5/2018).

El presente se basa en la exposición efectuada el 5/9/2017 en el Centro de Derecho Constitucional de la UCA (Dr. Orlando Gallo, director). La autora agradece los interesantes planteos e intercambios efectuados luego de la exposición, en especial los de los Dres. Roberto Punte y Guillermo Schinelli.

**PALABRAS CLAVE**

Municipalidades - Industrias extractivas - Minería a cielo abierto  
- *Fracking* - Prohibiciones.

**ABSTRACT**

In Argentina, there are certain extractive industries that have been forbidden by various municipalities. They are forbidden due to environmental reasons, and the environment is practically everything that surrounds us. The prohibitions cover open-pit mining and fracking. There are various criteria to analyze these prohibitions: the applicable norms, the environmental aspects, the economic and financial perspective, the human aspect, and the contrast with the United States experience. Certain Argentine judicial rulings allow us to place those prohibitions in their adequate constitutional boundaries.

**KEY WORDS**

Municipalities - Extractive industries - Open-pit mining - Fracking - Prohibitions.

**I. PLANTEO**

Nos enseñan que vivimos bajo el imperio de una regla de la libertad y que la excepción es la prohibición o veda. Pero, a veces, con una visión general y humana, parecería que es más sencillo prohibir que reglamentar; impedir antes que permitir con límites. Sabemos que el Derecho tiene, entre sus finalidades, la de facilitar la vida en sociedad, y sus manifestaciones, cuando se dan en forma de principios y normas, pueden ser ordenadas en distintos niveles jerárquicos, poblando lo que conocemos como jerarquía de fuentes del Derecho, las cuales, a su vez, en una organización

como la argentina, se reproducirán en los niveles nacional, regional, provincial, municipal<sup>2</sup>.

Ahora, en materia de ciertas industrias extractivas, sabemos de datos fácticos acerca de ciertas medidas legislativas adoptadas en algunos municipios, medidas que se traducen, en la vida real, en prohibiciones absolutas de tal o cual actividad extractiva: la actividad respectiva queda en el campo de la veda, catalogada como no valiosa. Esas prohibiciones o vedas, a su vez, a veces son claras y directas, y otras veces son indirectas, ahogando la respectiva actividad industrial no expresa sino implícitamente. También sabemos de algunas medidas adoptadas judicialmente enderezadas a un fin similar, pero también de medidas judiciales que, con sano criterio, evitan los efectos nocivos de las normas que impiden ejercer una industria constitucionalmente lícita. Lo cierto es que, en el plano normativo, vemos prohibiciones, es decir, decisiones legislativas que califican a cierto quehacer humano como malo, vedándolo o impidiéndolo so pena de alguna sanción. Y en el ámbito judicial, advertimos medidas cautelares que ora han favorecido esa veda, pero otras veces, con sentido de justicia, han desplazado la posibilidad de aniquilamiento de una actividad industrial en principio lícita, en un municipio dado.

Esta experiencia puede ejemplificarse con una serie de planteos del mundo minero e hidrocarburífero, con prohibiciones emergentes de ordenanzas municipales precedidas o no de consultas populares directas, emitidas *ex post*, es decir, con posterioridad a la adquisición del título; y también puede complementarse mediante decisiones jurisprudenciales que versan sobre esa clase de prohibiciones. Y cabe adelantar que tales prohibiciones o vedas poseen, como eje, la materia medioambiental, renglón de amplísimos contornos si se considera que ambiente es, en el lenguaje cotidiano, lo que “rodea algo o a al-

2. El panorama, en rigor, es más complejo aún; puede ampliarse en BIANCHI, A. B., “Del abuso de categorías y especies normativas en el ordenamiento jurídico argentino”, *EDA*, 2000/2001, pp. 780-785, donde se enumera una importante serie de fuentes originadas en cada una de las jurisdicciones comprendidas en el análisis del autor.

guien como elemento de su entorno”<sup>3</sup>. Todo lo que nos rodea puede –hipotéticamente– una prohibición, como si ese fuera el único camino disponible; como si no se admitieran graduaciones.

Los ejemplos tenidos en mira son, por un lado, relativos a la actividad minera, en especial la denominada actividad metalífera a cielo abierto, que requiere lixiviación<sup>4</sup> y empleo de cianuro (originados en Esquel, en la provincia del Chubut; Famatina, en la provincia de La Rioja; y Andalgalá, en la provincia de Catamarca); y, por otro lado, los relativos a los hidrocarburos, en especial cuando son extraídos mediante fractura hidráulica o *fracking*, que es la inyección de fluido dentro de las capas de esquisto a elevada presión a fin de liberar recursos hidrocarbúricos, tales como petróleo y gas natural<sup>5</sup> (originados en Cinco Saltos, en la provincia de Río Negro; Allen, en esa misma provincia; y Vista Alegre, ubicada en la provincia del Neuquén)<sup>6</sup>. Esta es, por ende, la modesta masa de casos a estudiar, sin perjuicio de que existen, o potencialmente podrían generarse, muchos otros.

La mentada selección de ejemplos podrá brindar un panorama acerca de algunos de los lineamientos adoptados para su solución, y permitirá enumerar criterios, con ánimo de arribar a conclusiones que abonen a la finalidad del Derecho antes recordada: facilitar la vida en sociedad, morigerando soluciones tal vez extremas que re-

3. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, voz “ambiente”, en *Diccionario de la lengua española*, Edición del Tricentenario, actualización 2017, Madrid, 2018, en: <http://dle.rae.es/?id=2HmTzTK> (último acceso: 6/2/2018).

4. Lixiviación es el proceso químico de lixiviar, que consiste en “tratar una sustancia compleja, como un mineral, con un disolvente adecuado para separar sus partes solubles de las insolubles”; conf. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, voz “lixiviar”, en *Diccionario de la lengua española*, Edición del Tricentenario, actualización 2017, Madrid, 2018, en: <http://dle.rae.es/?id=NT56ciP> (último acceso: 6/2/2018).

5. Voz “fracking”, en *Merriam Webster’s Dictionary*, Merriam Webster Inc., 2018, en: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/fracking> (último acceso: 6/2/2018).

6. Para familiarizarnos con estos municipios, puede indicarse su población según censo de 2010 publicado por MINISTERIO DEL INTERIOR, OBRAS PÚBLICAS Y VIVIENDA DE PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, en: <https://www.mininterior.gov.ar/municipios/datos-municipio.php?municipio=Vista+Alegre&buscamun=Buscar> (último acceso: 6/3/2018): Esquel: 32.758; Famatina: 5863; Andalgalá: 15.087; Cinco Saltos: 24.138; Allen: 27.443; y Vista Alegre: 3178.

sultan ser campo fértil para el caso, para el conflicto, para la confrontación<sup>7</sup>.

### II. ACLARACIONES METODOLÓGICAS

Cabe aclarar que se excluirán, por razones de extensión y especialidad, aquellos supuestos de prohibiciones de actividades extractivas derivadas de una ley provincial, como es el caso de la ley prohibitiva de la minería a cielo abierto de la provincia de Mendoza<sup>8</sup>. Ello pues tal clase de decisión prohibitiva ya no hace a decisiones legislativas del nivel municipal (que se proyectan, *prima facie*, en la organización constitucional intraprovincial, vinculando municipio y provincia), sino del nivel provincial (que ponen en juego relaciones entre competencias provinciales y nacionales).

Además, la experiencia municipal que nos ilustra acerca de la clase de prohibición que inspira estas líneas presenta elevado interés

7. No desconocemos que, epistemológicamente, la noción de “caso” ha venido a adquirir un aparente rol de eje del Derecho, especialmente luego de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial argentino, y ello surge de la lectura de su artículo 1° (“Los casos que este Código rige deben ser resueltos según...”) (el destacado no es del original).

Empero, compartimos la postura que ve al Derecho no como dirimente de la confrontación, conflicto o caso, lucha, resistencia u oposición, sino como –sin perjuicio de ulteriores caracterizaciones– conjunto de reglas e instituciones dirigidas a resolver razonablemente cualquiera de los problemas de coordinación de la comunidad en pos del bien común de esa comunidad, conf. FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 153, o p. 276 de la 2<sup>da</sup>. ed.; ZAMBRANO, P., “El Derecho como razón excluyente para la acción: Una aproximación desde la teoría iusnaturalista del Derecho de John Finnis”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, Nro. 4, 2010, pp. 323/ 366, esp. p. 346.

8. Ley 7722, Boletín Oficial de Mendoza, 22/6/2007, pp. 5248-5249, en: <http://www.gobernac.old.mendoza.gov.ar/boletin/pdf/20070622-27931-normas.pdf> (último acceso: 20/2/2018). Al respecto, puede verse SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, PODER JUDICIAL DE MENDOZA, CUIJ: 13-02843392-6 ((012174-9058901)) *Minera del Oeste S.R.L. y otros c/ Gobierno de la Provincia p/ acción inconstitucionalidad*, \*102863400\*, del 16/12/2015, disponible en: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/ver-texto.php?ide=4519771086> (último acceso: 20/2/2018).

jurídico para ser estudiada: dentro de cada provincia minera o hidrocarburífera hay pluralidad de municipios, todos autónomos desde la reforma constitucional de 1994, independientemente de que tengan cientos o cientos de miles de habitantes; y, al día de hoy, se han sancionado cerca de 58 ordenanzas directa o indirectamente prohibitivas del *fracking*<sup>9</sup>, con diversos derroteros<sup>10</sup>. Amén de ello, se ha vedado la minería a cielo abierto en municipios tales como San Vicente, provincia de Buenos Aires (clausura preventiva)<sup>11</sup>, Chos Malal, provincia del Neuquén (ordenanza 2390/2009)<sup>12</sup>, o en Costa de Reyes, Río Colorado y La Higuera, en la provincia de Catamarca (ordenanza 859/2015)<sup>13</sup>. Ahora, esta latitud de alternativas torna imposible, en este trabajo, evaluar todos los casos. Por ello, dirigiremos la mirada a un cúmulo administrable de ejemplos ilustrativos a los fines de analizarlos desde el punto de vista jurídico y propiciar lineamientos interpretativos con mirada prospectiva y centrada en la coordinación de tensiones involucradas. Veamos.

9. Un listado de ordenanzas de este tenor puede verse en: SIN AUTOR, "Normativa", página actualizada al 8 de febrero de 2018, en: <https://ocrn.info/pages/normativa/> (último acceso: 10/2/2018).

10. Consideremos la prohibición de *fracking* por la ordenanza 35.665 del 14/4/2016, en Concordia, provincia de Entre Ríos (que no es una provincia hidrocarburífera), en: <https://www.concordia.gob.ar/web/guest/gesti3n/boletC3ADn-oficial/boletC3ADn-oficial-n2684-concordia-26-de-abril-de-2016> (último acceso: 6/3/2018); o la ordenanza 502/2013, que intentó hacer lo propio en Zapala, provincia del Neuquén (intrínsecamente hidrocarburífera), enumerada en: <https://www.colectivomujeresdelchaco.org/normativas-en-argentina-sobre-recursos-naturales/> (último acceso: 6/3/2018) (el boletín oficial de Zapala se publica en la web sólo desde enero de 2015; ver: <http://www.zapala.gob.ar/boletin-oficial> (último acceso: 6/3/2018)).

11. SIN AUTOR (s/f), "Clausuran un proyecto de minería a cielo abierto en el Gran Buenos Aires", *Revista El Federal*, en: <http://www.elfederal.com.ar/clausuran-un-proyecto-de-mineria-a-cielo-abierto-en-el-gran-buenos-aires/> (último acceso: 6/3/2018).

12. CONCEJO DELIBERANTE DE CHOS MALAL, ordenanza 2390/2009, del 29/9/2009, disponible en: <https://noalamina.org/argentina/neuquen/item/2968-chos-malal-prohibio-la-mineria-a-cielo-abierto> (último acceso: 6/3/2018).

13. CONCEJO DELIBERANTE DE TINOGASTA, Ordenanza 859/2015, del 6/10/2015, enumerada en: <https://www.colectivomujeresdelchaco.org/normativas-en-argentina-sobre-recursos-naturales/> (último acceso: 6/3/2018).

### III. UNA MUESTRA DE EJEMPLOS ORIGINADOS EN ARGENTINA

A los fines de este trabajo, una ilustrativa muestra de casos, emergentes de la realidad de nuestro país, puede agruparse bajo dos subtítulos: la vinculada a la actividad minera y la vinculada al sector hidrocarburífero.

#### a) Sector minero

La experiencia en el campo minero puede ejemplificarse mediante los proyectos “El Desquite”, “Famatina” y “Agua Rica”.

La provincia del Chubut nos permite conocer las alternativas que se plantearon en torno a Meridian Gold, compañía con sede en Reno, Nevada, Estados Unidos, sociedad controlante de Minera “El Desquite”, que iba a explotar oro a escasos kilómetros de Esquel, provincia del Chubut, por concesión que data al menos de 2002<sup>14</sup>. La técnica que se iba a utilizar iba a ser la de minería a cielo abierto<sup>15</sup>. Luego de diversas protestas y movilizaciones, una consulta popular no vinculante, llevada a cabo el 23 de marzo de 2003 en ese municipio, dio como resultado que aproximadamente el 76 % de la población votaba en contra de la mina<sup>16</sup>. Ello impulsó, en ese mismo año, la sanción de la ordenanza 33/2003, que declaró al respectivo municipio no tóxico y ambientalmente sustentable, se prohibieron incluso actividades administrativas (no extractivas) de las compañías dedicadas a la

14. PRADO, O., *Situación y perspectivas de la minería metálica en Argentina*. Documento preparado bajo la supervisión de Fernando Sánchez-Albavera, Director de la División de Recursos Naturales e Infraestructura de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Naciones Unidas, Santiago de Chile, mayo de 2005, Serie Recursos Naturales e Infraestructura, N° 91, p. 54, en: [http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6281/S054215\\_es.pdf.txt](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6281/S054215_es.pdf.txt) (último acceso 6/2/2018).

15. Conf. PILKEY, O. H. y PILKEY-JARVIS, L., *Useless Arithmetic: Why Environmental Scientists Can't Predict the Future*, New York, Columbia University Press, 2009, pp. 160-161.

16. SIN AUTOR, “Ganó el no a la mina de oro en Esquel”, *La Nación*, 24/3/2003, en: <http://www.lanacion.com.ar/483305-gano-el-no-a-la-mina-de-oro-en-esquel> (último acceso: 6/2/2018).

minería a cielo abierto u *open pit*. La decisión legislativa ha sido objeto de impugnación judicial, que se halla en trámite<sup>17</sup>.

La experiencia emergente del caso Famatina, en la provincia de La Rioja, aparece como una réplica de lo reseñado en el párrafo precedente. Empero, en este caso, la movilización contra la minería trascendió del ámbito local, en una primera fase, al ámbito nacional, en una segunda fase<sup>18</sup>, y generó un debate nacional sobre la denominada “megaminería”. No hubo, en este caso, ninguna ordenanza prohibitiva. Aunque debe recordarse que, en su oportunidad, el intendente del departamento de Famatina solicitó una medida cautelar de no innovar contra Energía y Minerales Sociedad del Estado y Osisko Mining Corporation, a fin de obtener la preservación de la situación existente, invocando, en especial, los glaciares protegidos por la respectiva ley provincial de glaciares. La medida cautelar fue acogida favorablemente por el Tribunal Unipersonal de Chilecito, se suspendió el convenio entre las dos demandadas y se impidió, en los hechos, la actividad minera por parte de la precitada compañía extranjera<sup>19</sup>.

Esta modesta muestra de casos mineros en la experiencia municipal puede completarse con el caso que se dio en Andalgalá, provincia de Catamarca, en torno al yacimiento “Agua Rica”, de la compañía Yamana hasta 2011, que luego pasó a manos de Xstrata Copper

17. Puede verse, en punto a la ordenanza 33/2003 de Esquel, el precedente SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL CHUBUT, Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativo, de Familia y Minería, M. A. SA c/ Municipalidad de Esquel s/ contencioso administrativo, Expte. N° 23.525 -M- 2014, del 20/4/2016, en: <http://www.juschubut.gov.ar/images/centro-juris/iurisletter/pdf/SU0C007S.16W.pdf> (último acceso: 6/2/2018) (no firme).

18. VENERANDA, M. (2012, 24 de febrero). “Los reclamos por la megaminería llegaron hasta la Plaza de Mayo”, *La Nación*, en: <https://www.lanacion.com.ar/1451196-los-reclamos-por-la-megamineria-llegaron-hasta-la-plaza-de-mayo> (último acceso: 10/2/2018); SVAMPA, M. y VIALE, E., *Maldesarrollo: La Argentina del extractivismo y el despojo*, Buenos Aires, Katz, 2014, p. 73.

19. TRIBUNAL UNIPERSONAL DE FERIA DE CHILECITO, expte. N° 947, Letra “I”, Año 2012, *Intendente Municipal Depto. Famatina – Medida Cautelar de No Innovar*, del 18/7/2012, en: <http://www.cij.gov.ar/nota-9513-La-Rioja--fallo-en-causa--Intendente-Municipal-Depto.-Famatina--Medida-Cautelar-de-No-Innovar-.html> (último acceso: 6/2/2018).

y Goldcorp, y, posteriormente, a Glencore-Xstrata. Este proyecto fue caracterizado por las marchas y contramarchas<sup>20</sup>, pero debe destacarse que, en su momento, se hizo lugar a una de las acciones de amparo que presentaron los trabajadores de Agua Rica en defensa de su trabajo y su integridad física, ante la amenaza pública –emanada de antimineros– de impedir toda actividad relacionada con el proyecto<sup>21</sup>. A todo ello se suma, en septiembre de 2016, la sanción de una ordenanza prohibitiva de la minería a cielo abierto<sup>22</sup>. Asimismo, la Corte Suprema –ante el planteo en *Comunidad Diaguita*<sup>23</sup> contra Minera Agua Rica LLC sucursal Argentina, las provincias de Tucumán, Salta y La Rioja, y el Estado Nacional<sup>24</sup>– se declaró incompetente. Y en *Martínez*<sup>25</sup>, el citado Alto Tribunal dejó sin efecto la sentencia anterior dando la razón a los vecinos de Andalgalá apelantes.

### *b) Sector hidrocarburífero*

En el sector hidrocarburífero, la experiencia argentina puede ejemplificarse mediante los casos “Cinco Saltos”, “Allen” y “Vista Alegre”.

20. SIN AUTOR, “Agua Rica es un proyecto minero con futuro incierto”, 29/8/2016, en: <http://hoalamina.org/argentina/catamarca/item/16151-agua-rica-es-un-proyecto-minero-con-futuro-incierto> (último acceso: 10/2/2018).

21. SIN AUTOR, “Fallo judicial favorable a los trabajadores de Agua Rica”, 27/8/2010, en: <https://www.launiondigital.com.ar/noticias/11705-fallo-judicial-favorable-a-trabajadores-agua-rica>

22. CONCEJO DELIBERANTE DE ANDALGALÁ, ordenanza del 8/9/2016, expediente CD N° 5465/2016, promulgada por decreto N° 167/2016 del 9/9/2016, y publicada en el Boletín Oficial de Andalgalá, sin fecha, del mes de septiembre de 2016. Puede verse esta ordenanza en: <http://www.miningpress.com/nota/301143/documento-andalgalala-ordenanza-anti-mineria> (último acceso: 10/2/2018).

23. *Comunidad del Pueblo Diaguita de Andalgalá c/ Catamarca, provincia de y otros s/ amparo ambiental*, del 17/4/2012, Fallos: 335:387.

24. La enumeración de demandados y las razones por las que se accionó contra ellos surge del respectivo dictamen de la Procuración General de la Nación, sección I.

25. *Martínez, Sergio Raúl c/ Agua Rica LLC Suc. Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/ acción de amparo*, del 2/3/2016, Fallos: 339:201.

Cinco Saltos, localidad ubicada en la provincia de Río Negro, que es una de las diez provincias hidrocarburíferas argentinas, nos muestra la reacción adoptada ante la posibilidad de explotación de hidrocarburos mediante la técnica denominada fractura hidráulica o *fracking*. Esa reacción consistió en la sanción de la Ordenanza 1049/2012, fechada el 20/12/2012<sup>26</sup>, que puede verse publicada en el Boletín Oficial provincial del 25/4/2013<sup>27</sup>, por la cual se prohibió “la actividad de explotación y exploración no convencional de gas y petróleo (*fracking*) en el ejido municipal, ya que la misma no se encuentra reglamentada y no se cuenta con una estructura con la capacidad que permita tener un control estricto del desarrollo integral de esta práctica”<sup>28</sup>. La ordenanza fue presentada por un concejal del Partido Comunista<sup>29</sup> y aprobada por unanimidad. De tal modo, el municipio de Cinco Saltos se convirtió en el primer municipio en sancionar esta clase de prohibición. La citada ordenanza fue vetada por la resolución municipal 92/2013<sup>30</sup>, de febrero. El respectivo veto se fundó en que medió un exceso municipal respecto de las atribuciones previstas en la Carta Orgánica Municipal y el marco constitucional y legal previsto en el ordenamiento jurídico aplicable. Subsecuentemente, se generó lo que aparece como un conflicto de carácter interorgánico, materializado cuando el Consejo Deliberante aprobó, por mayoría simple, la Resolución 5/2013<sup>31</sup>, del 15/3/2013, en la cual se resolvió “considerar inexistente el veto reali-

26. Conf. enumeración confeccionada por SIN AUTOR, “Normativa”, página web actualizada al 8 de febrero de 2018, en: <https://ocrn.info/pages/normativa/> (último acceso: 10/2/2018).

27. Su texto puede verse en el Boletín Oficial de Río Negro, 25/4/2013, p. 22, en: <http://www.rionegro.gov.ar/download/boletin/5138.pdf> (último acceso: 18/2/2018).

28. Ídem.

29. Lo cual conduce a consideraciones de ideología que exceden el limitado carácter de esta presentación; para el significado de ideología puede verse BAUMAN, Z. (1987), *Legislators and Interpreters. On modernity, post-modernity and intellectuals*, Polity Press, Cambridge, p. 104 y ss.

30. Conf. SIN AUTOR, “Cinco Saltos: Se rechazó el veto a la ordenanza que prohíbe el *fracking*”, *Observatorio Petrolero Sur*, marzo 14, 2013, en: <http://www.opsur.org.ar/blog/2013/03/14/cinco-saltos-se-rechazo-el-veto-a-la-ordenanza-que-prohibe-el-fracking/> (último acceso: 10/2/2018).

31. Ídem.

zado a la ordenanza municipal 1049...". Lo cierto es que, al día de hoy, y como se adelantó en el punto II, se han sancionado cerca de 58 ordenanzas directa o indirectamente prohibitivas del *fracking*<sup>32</sup>.

Allen, localidad ubicada en la ya mencionada provincia hidrocarburífera de Río Negro, actuando bajo el lema "Fruta Libre de Fracking"<sup>33</sup>, obtuvo la sanción, por su Concejo Deliberante, de una ordenanza prohibitiva de esa actividad: la ordenanza 46/2013, fechada el 22/8/2013 y publicada en el Boletín Oficial municipal el 23/9/2013<sup>34</sup>. Por esa ordenanza, el Concejo Deliberante local de Allen resolvió: "[E]stablécese respetar el principio precautorio establecido en la Ley General de Medio Ambiente N° 25.675 y prohibir dentro del ejido de la Ciudad de Allen la utilización del método de fractura hidráulica, fracking y/o estimulación hidráulica"; prohibición que generó protestas por parte de los trabajadores perjudicados involucrados<sup>35</sup>. El Superior Tribunal de Justicia provincial declaró la inconstitucionalidad de esa ordenanza en *Provincia de Río Negro c/ Municipalidad de Allen*<sup>36</sup>;

32. Un listado de ordenanzas de este tenor puede verse en: SIN AUTOR, "Normativa", página actualizada al 8 de febrero de 2018, en: <https://ocrn.info/pages/normativa/> (último acceso: 10/2/2018).

33. La historia de este *leit motiv* dio lugar a un curioso efecto *boomerang*: ya en 2016, la amenaza de ingreso de manzanas chilenas con tal denominación de origen fue visualizado como el fin de la actividad frutihortícola rionegrina, actividad que, comparativamente, tiene mayores costos laborales y escasa robotización, a diferencia de lo que ocurre en Chile. Puede ampliarse en ANDRADE, C. (2016, 25 de agosto). "Manzana libre de *fracking*", la estrategia publicitaria chilena que espanta en el Alto Valle", *Clarín*, en: [https://www.clarin.com/economia/manzana-estrategia-publicitaria-alto-valle\\_0\\_Sko-Sa3q.html](https://www.clarin.com/economia/manzana-estrategia-publicitaria-alto-valle_0_Sko-Sa3q.html) (último acceso: 10/2/2018).

34. Su texto puede verse en Boletín Oficial - Municipalidad de Allen, Río Negro, N° 10/2013 (700), Año XXIV, 23/9/2013, pp. 2-3, en: <https://www.allen.gov.ar/archives/view/119> (último acceso: 10/2/2013).

35. Puede verse SIN AUTOR (2013, 7 de noviembre), "Piqueteros de Allen a favor del *fracking*", en *La Mañana Neuquén*, en: <https://www.lmneuquen.com/piqueteros-allen-favor-fracking-n205783> (último acceso: 20/2/2018).

36. *Provincia de Río Negro c/ Municipalidad de Allen s/ conflicto de poderes (ordenanza municipal 046/2013(originarias)*, expediente 26731/2013-STJ, sentencia 135, tipo D, del 26/11/2013, en: [http://www.jusrionegro.gov.ar/inicio/jurisprudencia/ver.protocolo.php?id=44317&txt\\_nro\\_expediente=&txt\\_caratula=&cbo\\_desde\\_dia=1&cbo\\_desde\\_mes=1&cbo\\_desde\\_anio=1990&cbo\\_hasta\\_dia=7&cbo\\_hasta\\_mes=5&cbo\\_has](http://www.jusrionegro.gov.ar/inicio/jurisprudencia/ver.protocolo.php?id=44317&txt_nro_expediente=&txt_caratula=&cbo_desde_dia=1&cbo_desde_mes=1&cbo_desde_anio=1990&cbo_hasta_dia=7&cbo_hasta_mes=5&cbo_has)

ello, entre otros argumentos, en razón de que no se está ante “materia comunal”; antes bien, la materia sobre la que legisló el Municipio, al prohibir un método de extracción de hidrocarburos, “*invade competencia provincial en lo referente a política de recursos naturales (artículos 124 de la Constitución nacional y 70 a 81 de la Constitución provincial)*”. El voto concurrente del Juez Barotto agregó –con sana finalidad de coordinación– que “[e]n la especie sometida a tratamiento, el Municipio y la Provincia deberán transitar sus comunes rutas en armonía, sin roces o interferencias evitables, en miras a ayudarse o complementarse, pues esas conductas son las esperables de quienes dirigen las sociedades civilizadas”. Similar derrotero jurídico, si se quiere, se advierte en el caso de la municipalidad de General Fernández Oro<sup>37</sup>, ubicada en Río Negro, que sancionó la ordenanza *antifracking* 571 / CDM / 2017, del 24/5/2017, en virtud de la cual se prohíbe la actividad extractiva no convencional mediante el método de fractura hidráulica en áreas urbanas, suburbanas, rurales y en tierras productivas bajo riego en la ciudad. La aplicación de esta ordenanza fue cautelarmente suspendida por el Superior Tribunal de Justicia rionegrino<sup>38</sup>, en vistas del precedente *Allen* ya reseñado.

Por último, puede mencionarse el caso del municipio de Vista Alegre, ubicado en la provincia hidrocarburífera del Neuquén, que aloja la denominada cuenca neuquina, y a gran parte del importante

---

ta\_anio=2999&txt\_nro\_sentencia=&cbo\_tipo\_sentencia=-1&txt\_sentencia=&cbo\_organismo=-1 (último acceso: 10/2/2018).

37. Tal la denominación de esta localidad, conf. la publicación del MINISTERIO DEL INTERIOR, OBRAS PÚBLICAS Y VIVIENDA – PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, “General Fernández Oro”, en: <http://www.gobiernolocal.gov.ar/node/2103> (último acceso: 6/3/2018), donde se indica que la población es de 8629 habitantes. Una parte del área hidrocarburífera Estación Fernández Oro o E.F.O. se hallaría ubicada en territorio de la citada localidad, conf. SIN AUTOR, “Fernández Oro también rechazó una ordenanza antifracking”, *Río Negro – De Cipolletti*, 17/11/2016, en: <https://www.rionegro.com.ar/cipolletti/fernandez-oro-tambien-rechazo-una-ordenanza-antifracking-XY1634536> (último acceso: 6/3/2018).

38. Puede ampliarse en SIN AUTOR, “Fernández Oro debe suspender la ordenanza antifracking”, *Río Negro*, Editorial Río Negro, General Roca, 30/8/2017, en: <http://www.rionegro.com.ar/region/fernandez-oro-debe-suspender-la-ordenanza-antifracking-YA3442405> (último acceso: 12/2/2018).

yacimiento no-convencional de Vaca Muerta. El Concejo Deliberante de Vista Alegre sancionó la ordenanza *antifracking* 783/2016, publicada en el Boletín Oficial provincial del 17/2/2017<sup>39</sup>. El Tribunal Superior de Justicia neuquino resolvió, primero, la suspensión cautelar de la misma<sup>40</sup> y, posteriormente, declaró la inconstitucionalidad de la citada ordenanza en el caso *Vista Alegre*<sup>41</sup>. Para la suspensión, el Tribunal provincial consideró, entre otros medulosos argumentos, el de la coordinación: “[E]l plano comunal con el que cabe integrar dicho complejo normativo debe encolumnarse, fundamentalmente, mediante la concertación de políticas públicas sobre aspectos comunes a ambos centros de poder –Provincia y Municipios– que no se encuentre en contradicción con sus disposiciones y facilite la cogestión y la coordinación en la ejecución”<sup>42</sup>. Y para la declaración de inconstitucionalidad, entre otros argumentos, se hizo especial hincapié en las competencias ya ejercidas constitucionalmente por la provincia en forma exclusiva, lo cual generaba una *preemption* o prioridad a favor del orden provincial ante el margen de competencias que el municipio creía (inconstitucionalmente) que poseía, en especial por razones ambientales<sup>43</sup>.

39. Su texto sintetizado puede verse en Boletín Oficial de la provincia del Neuquén, Nro. 3562, 17/2/2017, p. 47, en: <http://boficial.neuquen.gov.ar/pdf/bo17021703562.pdf> (último acceso: 12/2/2018).

40. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL NEUQUÉN, *Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén c/ Municipalidad de Vista Alegre s/ acción de inconstitucionalidad*, expte. 6840/2017 (originarias), del 12/5/2017, en: <http://www.opsur.org.ar/blog/wp-content/uploads/2017/05/vista-alegre.pdf>

41. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL NEUQUÉN, *Fiscalía de Estado de la provincia del Neuquén c/ Municipalidad de Vista Alegre s/ acción de inconstitucionalidad*, expediente 6840/2017, fallo 8/2017, del 22/12/2017, en: <http://200.70.33.133/cmoext.nsf/1f69a-95ddfc04904032579df0055f4b6/872079b7c9d605e20325822c003a4a89?OpenDocument> (último acceso: 12/2/2018).

42. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL NEUQUÉN, *Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén c/ Municipalidad de Vista Alegre s/ acción de inconstitucionalidad*, expte. 6840/2017 (originarias), del 12/5/2017, cit., cons. VI.

43. Acerca de la *preemption*, doctrina que implica priorizar un orden normativo sobre otro –en el caso, el provincial sobre el municipal–, puede verse SACRISTÁN, E. B., “La Ciudad de Buenos Aires como delegataria de poderes de la Nación (A propósito de los controles sobre una empresa estatal)”, *LL*, 2007-C, pp. 141-159, esp. p. 152.

#### IV. POSIBLES CRITERIOS PARA RESOLVER CASOS JUDICIALES

Un intento de sistematización de los diversos argumentos empleados para enfrentar casos como los reseñados puede centrarse, en primero, desde una perspectiva normativista, la faz competencial específica involucrada; segundo, los aspectos ambientales traídos al ruedo; tercero, los razonamientos jurídico-económicos que moran en los argumentos adoptados; y, finalmente, otros argumentos considerados desde una perspectiva humana. Todos ellos, por cierto, pueden ser evaluados desde el atalaya que conforma –como se adelantó– la regla de libertad de industria consagrada en la Constitución nacional, art. 14<sup>44</sup>, libertad constitucional que se proyecta sobre las provincias y las constituciones provinciales en virtud del art. 31<sup>45</sup> de la Constitución Nacional, así como desde la finalidad de bienestar general que prevé el Preámbulo de nuestra norma fundamental. Veamos.

##### *a) La mirada normativista. Aporte del Derecho comparado*

Ordenanzas como las reseñadas en la sección precedente suelen entenderse, desde la perspectiva municipal, como fundadas en el ejercicio de competencias autonómicas municipales, posibilidad que se vería potenciada desde la reforma constitucional de 1994 y el reconocimiento del carácter autonómico de los municipios en el art. 123 de la Constitución Nacional. Empero, ante tal línea de argumentación, pueden traerse a colación los siguientes lineamientos.

De modo liminar, cabe recordar que autonomía o poder de autonormación no es soberanía (y hoy ni siquiera esta última es tan absoluta

44. “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita...”.

45. “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales...”.

como decenios atrás<sup>46</sup>). A primera vista, existe ordenamiento provincial (constitucional, legislativo) que funciona como límite a las competencias municipales. Estas últimas operan de un modo peculiar en una organización federal: mientras que los estados o provincias delegantes en principio, retienen, poder no delegado al estado federal, los órganos de poder de la organización municipal derivan su poder de la constitución estadual y las leyes estadales. Ello se refleja, en Argentina, en la jurisprudencia de la Corte Suprema, como se verá enseguida, en dos párrafos más abajo. A todo evento, el Derecho comparado estadounidense presenta dos opciones para interpretar la competencia municipal.

Las dos opciones interpretativas, que surgen de jurisprudencia de máximos tribunales estadales, comprenden, por un lado, la rígida *Dillon's rule*, originada en el caso *City of Clinton*, de 1868<sup>47</sup>, y así denominada en honor al juez John Forrest Dillon, de Iowa; y, por el otro lado, la denominada doctrina Cooley, o doctrina del *home rule*, originada en un voto del juez de la Corte Suprema de Michigan, Thomas M. Cooley, en su voto en *People v. Hurlbut*, de 1871<sup>48</sup>. En *City of Clinton*, de 1868<sup>49</sup>, se afirmó que "las corporaciones municipales deben su origen a, y derivan sus competencias y facultades totalmente de, la legislatura. Esta les insufla el soplo vital, sin el cual no pueden existir. Así como las crea, las puede destruir. Si las puede destruir, las puede acotar y controlar"<sup>50</sup>. Por el contrario, la doctri-

46. "La reforma constitucional de 1994, al incorporar los tratados internacionales como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (art. 75, inc. 22), reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones", conf. disidencia del Dr. Maqueda en *Villamil, Amelia Ana c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios*, del 28/3/2017, Fallos: 340: 345.

Para las limitaciones a la soberanía, puede verse HANNUM, H., *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination: The Accommodation of Conflicting Rights*, revised edition, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1996, p. 19 y ss.

47. *City of Clinton vs. the Cedar Rapids and Missouri River Railroad*, 24 Iowa 455 (1868).

48. *People v. Hurlbut*, 24 Mich 44 (1971).

49. *City of Clinton vs. the Cedar Rapids and Missouri River Railroad*, 24 Iowa 455 (1868).

50. En el original, "Municipal corporations owe their origin to, and derive their powers and rights wholly from, the legislature. It breathes into them the breath of life, without which they cannot exist. As it creates, so may it destroy. If it may destroy, it may abridge and control".

na Cooley, o doctrina del *home rule*, expresa la teoría de un poder inherente a la autodeterminación local: en el voto del juez Cooley, en *People v. Hurlbut*, de 1871<sup>51</sup>, se expresó: “El gobierno local es una materia de derecho absoluto; y el estado no puede quitarlo”<sup>52</sup>. Se enseña que la *Dillon’s rule* prohíbe los poderes implícitos municipales y limita los poderes locales sólo a los reconocidos por el respectivo estado; que, bajo la *home rule*, sólo habrá otorgamientos estaduales restringidos a competencias específicas, que, en la práctica, los estados erosionan constantemente; y que, a la fecha, sólo un cúmulo de constituciones estaduales han derogado la *Dillon’s rule*, autorizando a los municipios a recaudar, regular y de otro modo administrar materias de interés municipal, salvo que ello esté específicamente prohibido por ley<sup>53</sup> estadual. Las dos reglas pueden traducirse de esta manera: en la *Dillon’s rule*, si hay duda razonable sobre si la competencia fue asignada o no al municipio, se la tendrá por no asignada a este. En cambio, bajo la *home rule*, el estado delega, a los municipios, competencias en campos de actuación específicos, y esa delegación estará sujeta a permanente revisión judicial<sup>54</sup>. En suma, bajo la *Dillon’s rule*, a menos que una competencia se halle expresamente otorgada al municipio, permanecerá en el nivel estadual –en nuestro caso, provincial–; por el contrario, una competencia fruto de la denominada *home rule* puede estar fijada, a favor del municipio, en la constitución

51. *People v. Hurlbut*, 24 Mich 44 (1871), esp. p. 95.

52. En el original: “local government is a matter of absolute right; and the state cannot take it away”.

53. AGRANOFF, R., “Relations between Local and National Governments”, en Haider-Markel, Donald P. (ed.), *The Oxford Handbook of State and Local Government*, Oxford University Press, 2014, pp. 27-70, esp. pp. 43-44.

54. Puede ampliarse en NATIONAL LEAGUE OF CITIES, “City Rights in an Era of Preemption: A State-by-State Analysis”, Center for City Solutions, 2017, esp. p. 5, en: <http://nlc.org/sites/default/files/2017-02/NLC%20Preemption%20Report%202017.pdf> (último acceso: 2/3/2018).

La permanente necesidad de interpretación judicial fue uno de los aspectos puntualizados por BIANCHI, A. B., “Límites al poder de policía municipal en materia de hidrocarburos (Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro, Provincia de Río Negro c/ Municipalidad de Allen s/ conflicto de poderes, 26 de noviembre de 2013)”, en *RADEHM*, N° 1, 2014, pp. 205-208, esp. p. 206.

estadual o en la ley<sup>55</sup> estadual. En ambos supuestos –advertimos– hay limitación al poder municipal.

La escena, ante un municipio autónomo argentino, es, por cierto, más compleja: ya sabemos de las dificultades ínsitas en la concepción de una autonomía (municipal) dentro de una autonomía (provincial)<sup>56</sup> a partir de la reforma constitucional de 1994, que “autonomizó” a los municipios. A efectos del presente, baste recordar que la autonomía municipal no es infinita pues así lo establece el art. 123, Constitución Nacional, que remite a una suerte de ordenación de niveles –nacional, provincial y municipal– y a amplios márgenes de actuación, mas sólo en las materias contempladas en el art. 5° de la Norma Fundamental<sup>57</sup>. En otras palabras, se admite un marco de autonomía municipal cuyos contornos “deben ser delineados por las provincias”<sup>58</sup>. En este punto, la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina parecería adoptar la *Dillon’s rule*.

Ese carácter “delineado” –siguiendo el lenguaje de la Corte Suprema argentina– es corolario del principio de finitud de la competencia y, en el plano municipal, se traduce en el cúmulo de cometidos que el gobierno provincial le permite o reconoce al municipio “derivación” mediante: “*las prerrogativas de los municipios derivan de las correspondientes provincias a las que pertenecen (arts. 5° y 123)*”<sup>59</sup>. Así las cosas, las constituciones provinciales y las leyes dictadas de conformidad con ellas operarán como límites a la discrecionalidad del legislador municipal. Va de suyo que el poder de actuación del legislador

55. LELAND, S. y WHISMAN, H. (2014), “Local Legislatures”, en Haider-Markel (ed.), *The Oxford Handbook of State and Local Government...* cit., pp. 415-437, esp. p. 416.

56. Puede ampliarse en SACRISTÁN, E. B. (2007), “La Ciudad de Buenos Aires como delegataria de poderes de la Nación (A propósito de los controles sobre una empresa estatal)” ... op. loc. cit.

57. “*Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el Artículo 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.*”

58. *Cadegua S.A. c/ Municipalidad de Junín*, del 5/10/2004, Fallos: 327: 4103.

59. Conf. dictamen de la Procuración General de la Nación al que remitió la Corte Suprema en *Cablevisión S.A. c/ Municipalidad de Pilar s/ acción de amparo - medida cautelar*, del 4/4/2006, Fallos: 329: 976; *Administración Nacional de Aduanas c/ Municipalidad de Bahía Blanca s/ acción meramente declarativa*, del 3/4/2001, Fallos: 324: 933.

municipal, aun dentro de los márgenes de la “derivación”, quedará impedido ante supuestos intermunicipales o interdepartamentales<sup>60</sup>.

Asimismo, la noción de dominio –sobre el recurso de que se trate– contribuye a la interpretación restrictiva de la competencia ejercida por el municipio. Ya conocemos el texto del art. 124, Const. Nac., que, desde 1994, consagra el dominio eminente u originario de las provincias sobre los recursos naturales existentes en su territorio<sup>61</sup>. En armonía con ello, la ley 26.197 –coloquialmente denominada “Ley Corta”–, de 2007, estableció claramente, en su art. 1º, a quién pertenecen los yacimientos hidrocarburíferos, así concluyó con la transferencia de dominio iniciada en 1992<sup>62</sup>. A la luz de dicho art. 1º, un municipio –que no es una provincia– no podría arrogarse competencias como si los yacimientos le pertenecieran (excepción hecha de ese municipio –si así puede llamárselo– tan especial que es la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). La citada ley también estableció la posibilidad de que haya políticas energéticas federales (del PEN), e, implícitamente, políticas energéticas provinciales. Estas últimas operan, nuevamente, como límites inmediatos a la competencia municipal, con preeminencia sobre las ordenanzas de este último orden. Similares razonamientos podrían esgrimirse en el campo de la minería a la luz del precitado art. 124 de la Constitución Nacional. Como se afirmara en su momento, con todo tino, el municipio debe “*encolumnarse fundamentalmente, mediante la con-*

60. Considérese por vía de hipótesis un yacimiento que se halle ubicado debajo de más de un departamento (en la cabecera de cada uno de los cuales hay un municipio), yacimiento cuya explotación requiera *fracking*; e imagínese que esta técnica se halle prohibida en un departamento y permitida en el contiguo: ese yacimiento, más allá de otras argumentaciones aplicables, quedará excluido, por sus cualidades físicas, del radio competencial municipal por involucrar interdepartamentalidad.

61. Ya se analizó la equiparación entre dominio eminente y dominio originario en SACRISTÁN, E. B., “Dominio originario de los recursos naturales (La cuestión del dominio eminente)”, en Gelli, María Angélica (dir.), *20 Años de la reforma de la Constitución Nacional*, suplemento La Ley Constitucional, edición especial, Nro. 6, 2014, pp. 149-157. Acerca del dominio y la jurisdicción, ampliar con provecho en PALAZZO, E. L., “Los hidrocarburos en los equilibrios y en las tensiones entre la Nación y las provincias”, en RADEHM, Nro. 5, 2015, pp. 67-93.

62. Así, en CASAL, D., “Evolución de la legislación hidrocarburífera en materia de concesiones”, RADEHM, Nro. 5, 2015, pp. 9-34, esp. p. 22.

*certación de políticas públicas sobre aspectos comunes a ambos centros de poder –provincia y municipios– que no se encuentre en contradicción con sus disposiciones y facilite la cogestión y la coordinación en la ejecución”<sup>63</sup>.*

### ***b) Aspectos ambientales traídos al ruedo***

La aparente ausencia de límites a la autonomía municipal ha sido empleada en forma conjunta con las razones ambientales para sostener pretendidas competencias municipales ambientales enderezadas a prohibir directa o indirectamente una industria extractiva.

Ahora, ya vimos que la materia ambiental es amplísima<sup>64</sup>, y esa amplitud podría hipotéticamente amparar cualquier prohibición que invocara razones ambientales para disponer la prohibición. Las constituciones provinciales –cabe reiterar– operan como limitadores inmediatos de la discrecionalidad del legislador municipal, y ello sería extensible a la apreciación sobre las vedas municipales de ciertas industrias. Tal función de limitación, bajo la específica forma de delegación provincia-municipio, ha tenido aval jurisprudencial<sup>65</sup> en ocasión de la declaración de inconstitucionalidad de la ordenanza 783/2016 de Vista Alegre, en estos términos: *“La regulación comunal de los aspectos ambientales puede estar referida al monitoreo y control de los aspectos delegados por la Provincia, como así también a aspectos sustanciales de la materia que hacen a la preservación, prevención, protección y conservación del ambiente”*; mas ello *“un espacio de diálogo y acuerdos conjuntos que fortalezcan la relación provincia-municipio en procura de una mejor y más amplia tutela del ambiente”<sup>66</sup>.*

63. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL NEUQUÉN, *Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén c/ Municipalidad de Vista Alegre s/ acción de inconstitucionalidad*, expte. 6840/2017 (originarias), del 12/5/2017, cit., cons. VI, párr. 11.

64. Ver nota al pie 3.

65. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL NEUQUÉN, *Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén c/ Municipalidad de Vista Alegre s/ acción de inconstitucionalidad*, expte. 6840/2017 (originarias), del 22/12/2017, cit.

66. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL NEUQUÉN, *Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén c/ Municipalidad de Vista Alegre s/ acción de inconstitucionalidad*, expte. 6840/2017 (originarias), del 22/12/2017, cit., cons. IX, párr. 8°.

Las leyes ambientales provinciales también operan como límites a la discrecionalidad del legislador municipal mediante la doctrina de la preeminencia<sup>67</sup>, que ya fue adelantada en el acápite precedente.

La doctrina de la preeminencia consiste en el empleo de leyes estadales (en nuestro caso, provinciales) para anular una ordenanza municipal o una competencia municipal<sup>68</sup>. En lo esencial, reglada la materia por el legislador provincial, quedará sustraída del orden legisferante municipal para quedar alojada en la esfera reguladora provincial<sup>69</sup>. Y aun cuando una misma materia pudiera ser reglada por el municipio y por la provincia, debería regir la doctrina de la no interferencia, acerca de la cual también se ha generado interpretación<sup>70</sup>.

Asimismo, téngase en cuenta que el municipio no regla en materia de Derecho común, pues ni siquiera la provincia puede hacerlo, conf. art. 126 de la Constitución Nacional<sup>71</sup>. Prohibir una actividad extractiva en el orden municipal, actividad reglada por el Código de Minería y sus leyes reglamentarias, so pretexto de velarse por el ambiente, sería contrario a la citada manda constitucional. Similares razonamientos se aplicarían respecto de los hidrocarburos.

Por último, si la Nación fija presupuestos mínimos ambientales, conf. art. 42, 2° párr.<sup>72</sup>, Constitución Nacional, estos serán vinculantes

67. Cabe remitir al trabajo citado en nota al pie 43.

68. Conf. NATIONAL LEAGUE OF CITIES, "City Rights in an Era of Preemption: A State-by-State Analysis", cit., p. 3.

69. Un ejemplo concreto de ello surge de TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL NEUQUÉN, *Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén c/ Municipalidad de Vista Alegre s/ acción de inconstitucionalidad*, expte. 6840/2017 (originarias), del 12/5/2017, cit., cons. VI, párr. 12.

70. Ver, a modo de ejemplo, *Municipalidad de La Plata s/ inconstitucionalidad del decreto-ley 9111*, del 28/5/2002, Fallos: 325:1249; *Municipalidad de la Ciudad de Rosario c/ Santa Fe, Provincia de s/ inconstitucionalidad y cobro de australes*, del 4/6/1991, Fallos: 314: 495.

71. "Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden (...) dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después que el Congreso los haya sancionado."

72. "Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales".

para las demás jurisdicciones, v. gr., provincial y municipal, amén de que cada provincia estaría habilitada para complementar esos presupuestos mínimos. En esta escena, no podría comprenderse cómo un municipio podría normar prohibiciones sobre actividades que ya pueden haber sido objeto involucrado en la fijación de esos presupuestos mínimos en el nivel provincial: si se fijaron presupuestos mínimos para una actividad por norma provincial, ello significa que esa actividad es, al menos, considerada lícita (aunque reglamentable o limitable mediante aquella fijación).

### *c) La faz económico-financiera y de seguridad jurídica*

La autonomía municipal comprende aquellas potestades que el municipio ejerza en materia económico-financiera, pero las mismas no serán infinitas: se hallarán limitadas por el art. 123, Constitución Nacional, que permite que la provincia regle el “alcance y contenido en el orden (...) administrativo, económico y financiero” de la autonomía municipal. Aquí se detectan dos aspectos clave para posibilitar la vida municipal: el económico y el financiero.

El municipio, al sancionar la prohibición, parecería hacer caso omiso de toda consecuencia en el plano financiero local y provincial, trasuntando, si se quiere, una decisión ciega ante potenciales beneficios para llevar adelante su propia organización. Pero, desde la esfera provincial se advierte, además, que la actividad industrial involucrada generará utilidades para las arcas financieras provinciales, y es esta la preocupación más evidente: si se prohíbe la actividad, no habrá reinversión alguna de utilidades por parte del gobierno provincial. Esta preocupación se refleja en la jurisprudencia y contribuye a detectar inconstitucionalidad en la norma municipal prohibitiva, ora al repararse en el aspecto financiero involucrado en el régimen municipal<sup>73</sup>; ora al mencionarse, en forma específica, los recursos que pue-

73. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL NEUQUÉN, *YPF c/ Municipalidad de Rincón de los Sauces s/ acción de inconstitucionalidad*, expte. 2713/2009, del 13/5/2014, cons. IX, párr. 5º, <http://www.sajj.gob.ar/tribunal-superior-justicia-local-neuquen-ypf-municipalidad-rin>

de ingresar el municipio<sup>74</sup>. Empero, cabe reparar en que el argumento de los ingresos por utilidades, para la provincia, no fue acogido al resolverse una medida cautelar<sup>75</sup> o la inconstitucionalidad misma<sup>76</sup> y ello parecería reflejar la tesis que intenta evitar criterios puramente financieros, economicistas, rayanos con la pura necesidad.

Una prohibición de ciertas actividades extractivas hoy será vinculante para los actuales y futuros habitantes de cierta provincia. No puede concebirse una prosperidad provincial aniquilada por la decisión de una legislatura municipal coyuntural.

Por último, a los nutridos argumentos que nos muestra la jurisprudencia, cabe agregar la resultante de la aplicación de la denominada doctrina *Martin*, conforme la cual, cuando el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en la ley para ser titular de un determinado derecho, debe considerarse que hay derecho adquirido<sup>77</sup>. Por ende, no se podría prohibir retroactivamente una actividad industrial pues constituye derecho adquirido. Se trata de una manifestación de la seguridad jurídica, y cabe acotar que la jurisprudencia ha hecho hincapié en el elemento de “seguridad del orden jurídico establecido” ante prohibiciones *ex post* como las aquí reseñadas<sup>78</sup>.

---

con-sauces-accion-inconstitucionalidad-fa14070013-2014-05-13/123456789-310-0704-1ots-eupmocsollaf? (último acceso: 2/3/2018), con cita de *Rivademar*, Fallos: 312:326.

74. Ídem nota precedente, cons. XIV, párr. 4º.

75. Cfr. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL NEUQUÉN, *Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén c/ Municipalidad de Vista Alegre s/ acción de inconstitucionalidad*, expte. 6840/2017 (originarias), del 12/5/2017, cit.

76. Cfr. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL NEUQUÉN, *Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén c/ Municipalidad de Vista Alegre s/ acción de inconstitucionalidad*, expte. 6840/2017 (originarias), del 22/12/2017, cit.

77. *De Martín, Alfredo c/ Banco Hipotecario Nacional*, Fallos: 296: 723 (1976); *Banco del Interior y Buenos Aires S.A. c/ Kupferberg de Olsak, Rywka y otros*, Fallos: 298:472 (1977); *Quinteros, Mariano Modesto c/ Demoliciones Centro*, Fallos: 304:871 (1982); *Caja Nacional de Ahorro y Seguro*, del 28/5/1991, Fallos: 314: 481; *Telefónica de Argentina S.A. c/ Municipalidad de General Pueyrredón s/ repetición*, del 23/3/2010, Fallos: 333: 255; entre otros.

78. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL NEUQUÉN, *Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén c/ Municipalidad de Vista Alegre s/ acción de inconstitucionalidad*, expte. 6840/2017 (originarias), del 12/5/2017, cit., cons. VI, párr. 14.

Después de todo, se trata del respeto a “la palabra bien dicha y cumplida”<sup>79</sup>.

### *d) La perspectiva humana*

En este acápite podría tenerse en cuenta que una prohibición absoluta, directa o indirecta, de ciertas actividades extractivas colisionaría con la cláusula de la prosperidad provincial establecida en el art. 125, Constitución Nacional<sup>80</sup>, que es el reflejo, en el orden provincial, de la cláusula de la prosperidad contenida en el art. 85, inc. 18<sup>81</sup>, de la Constitución Nacional. No en vano la jurisprudencia ha enfatizado tanto “las necesidades e intereses comunes a la ciudadanía”<sup>82</sup> que moran por detrás de casos que involucran prohibiciones como las estudiadas.

También en el plano humano cabe reparar en un efecto obvio de la prohibición de una cierta actividad extractiva: la pérdida de la fuente de trabajo, en el marco de una capacitación altamente especializada, y la muy probable posterior dependencia de aportes estatales. Ello, cuando la actividad humana del trabajador es, en sí misma, “inseparable de la dignidad de la persona humana que

79. Se sigue PUNTE, R. (2017). “Ética constitucional y bien común”, *Forum*, N° 5: pp. 9-13, esp. pp. 10-11, en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/editorial-etica-constitucional-punte.pdf> (último acceso: 2/3/2018): “Pero hay momentos de verdad, en que la palabra bien dicha y cumplida, las manos firmemente estrechadas, el abrazo sin traición, demuestran su valor como fuertes tramas que sostienen la buena convivencia.”

80. “Las provincias pueden (...) promover su industria, (...) la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros (...).”

81. Corresponde al Congreso nacional: “Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, (...) promoviendo la industria, (...) la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros (...).”

82. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL NEUQUÉN, *Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén c/ Municipalidad de Vista Alegre s/ acción de inconstitucionalidad*, expte. 6840/2017 (originarias), del 22/12/2017, cit., cons. IX, párr. 17.

trabaja”<sup>83</sup>, interpretación en la que confluye la Doctrina Social de la Iglesia<sup>84</sup>.

Nótese que, conforme *Laborem exercens*, “el trabajo es un bien del hombre –es un bien de su humanidad–, porque mediante el trabajo el hombre no sólo transforma la naturaleza adaptándola a las propias necesidades, sino que se realiza a sí mismo como hombre, es más, en un cierto sentido ‘se hace más hombre’”<sup>85</sup>. En nada contribuirá a este fin la intempestiva o ideologizada prohibición absoluta de una actividad industrial y la consecuente desocupación de mano de obra especializada otrora felizmente ocupada. La eliminación de la fuente de trabajo, y –en el mejor de los casos– la dependencia de un eventual aporte estatal de subsistencia, erosionará la dimensión “relacional”<sup>86</sup> del hombre, le vedará opciones de progreso.

### e) *El aporte del Derecho comparado: “Ban on bans”*

El municipio puede argüir que, al sancionar la ordenanza prohibitiva, lo que hace es ejercer una competencia que autónomamente

83. *Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo*, del 7/12/2010, Fallos: 333: 2306.

84. “El trabajo en sentido objetivo constituye el aspecto contingente de la actividad humana, que varía incesantemente en sus modalidades con la mutación de las condiciones técnicas, culturales, sociales y políticas. El trabajo en sentido subjetivo se configura, en cambio, como su dimensión estable, porque no depende de lo que el hombre realiza concretamente, ni del tipo de actividad que ejercita, sino sólo y exclusivamente de su dignidad de ser personal. Esta distinción es decisiva, tanto para comprender cuál es el fundamento último del valor y de la dignidad del trabajo, cuanto para implementar una organización de los sistemas económicos y sociales, respetuosa de los derechos del hombre.”, conf. PONTIFICIO CONSEJO “JUSTICIA Y PAZ”, *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia – A Juan Pablo II Maestro de Doctrina Social Testigo Evangélico de Justicia y Paz*, §270, párr. 2º (el destacado no es del original), en: [http://www.arquidiocesisbb.com.ar/download/santa\\_sede/PCJYP%20-%20Compendio%20Doctrina%20Social.pdf](http://www.arquidiocesisbb.com.ar/download/santa_sede/PCJYP%20-%20Compendio%20Doctrina%20Social.pdf) (último acceso: 2/3/2018)

85. JUAN PABLO II, *Carta encíclica Laborem exercens*, 1981, § 9, párr. 3º, en: [http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_14091981\\_laborem-exercens.html](http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens.html) (último acceso 3/3/2018).

86. PONTIFICIO CONSEJO “JUSTICIA Y PAZ”, *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia – A Juan Pablo II Maestro de Doctrina Social Testigo Evangélico de Justicia y Paz* .... cit., §322.

le corresponde. Ya adelantamos reflexiones sobre lo relativo a la inadecuación de esta línea argumental, en especial a la luz de la organización constitucional intraprovincial y, en lo principal, a la luz de la preeminencia de la norma provincial, que va a preterir a la municipal<sup>87</sup>. Ahora, puede razonarse en el sentido de que prohibiciones del tenor de las reseñadas podrían dar lugar a una reacción estadual en contrario y sobre ello nos enseña la historia legislativa estadounidense.

La prohibición o *ban* municipal podría ser prohibida o *banned* por medio de una ley estadual (en nuestro caso, provincial). Se trata de las denominadas *ban on bans* o prohibición de prohibiciones o prohibiciones prohibidas, y Estados Unidos es buena muestra de ello a propósito de lo ocurrido en Denton, Texas, estado intrínsecamente hidrocarbúfero. El citado municipio texano prohibió el *fracking* (noviembre 2014). Y la legislatura estadual reaccionó con el Texas House Bill número 40 o HB40, que culminó con la promulgación de una ley estadual que prohibía que cualquier municipio texano pudiera prohibir, en los hechos, el *fracking* (mayo 2015).<sup>88</sup> En lo sustancial, se motivó la medida así: “*la legislatura apunta a que esta Ley expresamente tenga preeminencia [preemption] sobre la regulación del petróleo y el gas por parte de las municipalidades y otras subdivisiones políticas, lo cual está implícitamente desplazado [impliedly preempted] por las leyes [estaduales] ya vigentes*”<sup>89</sup>.

Como puede advertirse, esta línea de razonamiento –si bien por una vía distinta, sin hacerse uso de una prohibición estadual– se halla presente en jurisprudencia neuquina que ha sido repasada<sup>90</sup> y halla claro quicio en ella: la regulación estadual tiene preeminencia sobre la municipal. Pero el HB40 va más allá: las leyes vigentes estaduales

87. Ver sección IV.a.

88. Sobre el HB40 ver el sitio de la Legislatura del estado de Texas, en: <http://www.legis.state.tx.us/BillLookup/History.aspx?LegSess=84R&Bill=HB40> (último acceso: 2/3/2018) y sus diversas solapas.

El texto oportunamente sancionado puede verse en: <http://www.legis.state.tx.us/tlodocs/84R/billtext/pdf/HB00040F.pdf#navpanes=0> (último acceso: 2/3/2018)

89. Ver el texto en el lugar indicado en la nota precedente.

90. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL NEUQUÉN, *Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén c/ Municipalidad de Vista Alegre s/ acción de inconstitucionalidad*, expte. 6840/2017 (originarias), del 22/12/2017, cit.

desplazan la regulación municipal del petróleo y el gas, y ello viene a fundamentar la prohibición que recae sobre los municipios.

## V. CONCLUSIONES

El tema en el que se centraron estos párrafos es rico en matices materiales y humanos, y constituye un desafío para una ordenada vida digna en sociedad (en especial de cara a los trabajadores) y para un ordenado devenir (en el orden político) entre el orden municipal y provincial, por detrás de los cuales se halla el telón de fondo del orden nacional.

Las instituciones políticas han demostrado que pueden reaccionar ante prohibiciones municipales que parecen ver al *fracking* o a la minería a cielo abierto como si fueran delitos. Esa reacción ha sido ilustrada mediante la experiencia argentina, enriquecida jurisprudencialmente. Y también ha sido ilustrada por medio de la experiencia estadounidense, en especial texana, que se traduce en que el estado le prohíbe al municipio que regule ciertas materias. Tal vez podría visualizarse esta última reacción política como extrema, pero en rigor es tan extrema como la prohibición municipal que intenta neutralizar.

En ese contexto, cabe bregar no por prohibiciones municipales reñidas con los intereses presentes y futuros de tantas personas, físicas y jurídicas, sino por dar una oportunidad a la reglamentación de una actividad extractiva, tal que se vele por todos los intereses en juego.

De ese modo, la respectiva industria extractiva seguirá morando en el campo de lo permitido: calificable como industria lícita de las constitucionalmente consagradas desde 1853-1860, será, igualmente, pasible, como todos los derechos constitucionales, de reglamentación razonable; en especial, por razones ambientales. Mas ello, respetando el reparto de jurisdicciones que plantea un estado federal, con autonomías municipales físicamente localizadas en provincias también autónomas, y con el Estado nacional como telón de fondo.

# LA PENUMBRA DE LA CORRUPCIÓN: REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LOS *LOBBIES*

## THE SHADOW OF CORRUPTION: INTERNATIONAL REGULATION OF THE LOBBIES

HERNANDO V. CAÑARDO<sup>1</sup>

### RESUMEN

En el ámbito internacional se han establecido una serie de estándares construidos, en gran parte, por prácticas basadas en legislaciones internas, que han tomado en consideración tres áreas de regulación de los *lobbies*: la transparencia, la integridad y la participación, buscando un consenso y respetando las diferencias entre los Estados. El derecho a expresar las preocupaciones e intereses, y en consecuencia influir en las políticas públicas, es fundamental para un sistema democrático y republicano. Es este un derecho que no solo le corresponde a los ciudadanos, sino a los grupos que representan intereses colectivos. Las empresas, los sindicatos y los grupos de intereses tienen derecho a ejercer sus derechos de petición y de realizar *lobby* en

1. Abogado (UCA), Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA), Profesor Titular Ordinario de Derecho Internacional Público (UCA) y Profesor Titular del Doctorado en Ciencias Jurídicas (UCA). Miembro de la Sociedad Americana de Derecho Internacional, 1984 (*American Society of International Law Member*) (hvcanardo@yahoo.com - Arbitraje: Recepción 6/5/2018 - evaluación 9/5/2018).

aras de sus propios intereses o de aquellos más amplios dentro un marco económico social o ambiental.

No obstante, esto acarrea sus peligros, siendo uno de ellos la crisis de legitimidad que se provoca. Lo que un tiempo fue una conducta de individuos apasionados se ha convertido en una industria gigantesca con recursos que pueden competir con los políticos o los funcionarios públicos.

#### **PALABRAS CLAVE**

Función pública - Intereses - Transparencia - Integridad - Participación - *Lobby* - Consejo de Europa - OCDE.

#### **ABSTRACT**

International Law has adopted a series of standards based on practices and internal legislation taking into consideration three areas in lobby regulation: transparency, integrity and participation, seeking consensus and respecting contexts and differences between States. The right to express problems and interests and to influence policies and outcomes is basic to a republican and democratic system. This right pertains not only to individual citizens but also to other groups and associations representing individual or collective interests. Corporations, trade unions, and interest groups exercise their rights through lobbies, whether in their own benefit or enhancing those of the communities in economic, social or environmental matters.

In spite of these benefits, there are dangers; and one of them is the crisis of legitimacy. What was at the beginning actions by passionate individuals has become an industry with resources that compete and even surpass those of States, unduly influencing politicians and public officials.

#### **KEY WORDS**

Public office - Interests - Transparency - Integrity - Participation - Lobby - European Council - OCDE

## I. INTRODUCCIÓN

Un concepto no es solo un centro de nítida claridad, sino que abarca una zona circundante, de significado o alcance más o menos grande, donde la luminosidad se atenúa y debilita. Esto ocurre con las actividades que genéricamente se han denominado *lobbies*. Esta palabra inglesa significa textualmente vestíbulo o antesala y se aplica a quienes esperaban así a los legisladores para abogar por sus asuntos; se ha consolidado y difundido para designar a las personas o entidades que se dedican a la defensa de causas o intereses particulares.

En el ámbito internacional fue establecida una serie de estándares construidos en gran parte por prácticas basadas en legislaciones internas, que han tomado en consideración tres áreas de regulación de los *lobbies*: la transparencia, la integridad y la participación, buscando un consenso y respetando las diferencias entre los Estados.

Muchos de ellos ya han adoptado una legislación específica para el *lobby*<sup>2</sup>, si bien la calidad varía, y la regulación es mayor en los países desarrollados, los criterios son válidos para cualquier Estado, como lo demuestra el aumento del interés en la regulación de estas actividades a través del accionar de instituciones como la OCDE<sup>3</sup>, la Unión Europea<sup>4</sup>, y organizaciones no gubernamentales como *Transparency International*<sup>5</sup>.

El objetivo de la regulación de los *lobbies* es asegurar la transparencia de la actividad en el proceso de decisión, y la responsabilidad de los

2. Alemania Australia, Austria, Brasil, Canadá, Chile, Francia Estados Unidos, Georgia Hungría Irlanda, Israel, Lituania, Macedonia, Montenegro, Perú, Polonia, Eslovenia, Taiwán, el Reino Unido

3. Ver [www.oecd.org/corruption/ethics/Lobbying-Brochure.pdf](http://www.oecd.org/corruption/ethics/Lobbying-Brochure.pdf). Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, que funciona desde mediados del Siglo XX, con sede en París.

4. European Parliament Directorate-General for Research Working Paper Lobbying in the European Union Current Rules and Practices. Constitutional Affairs Series AFCO 104 EN 04-2003 [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2003/](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2003/).

5. Lobbying in Europe: hidden influence, privileged access [https://www.transparency.org/whatwedo/publication/lobbying\\_in\\_europe](https://www.transparency.org/whatwedo/publication/lobbying_in_europe)

que toman las decisiones en la política y la legislación. La regulación debe procurar un campo de juego nivelado para los actores en el proceso y mecanismos aptos en la prevención de los conflictos de intereses que surgen por los intentos de influencias indebidas. No solo es necesaria la regulación, sino la voluntad de actuar éticamente en la creación de un ambiente justo tanto en las prácticas como en las decisiones.

## II. PRINCIPIOS Y GUÍAS

En primer lugar debe entenderse que el *lobby*, en sí mismo, es una actividad legítima y parte importante del proceso político democrático.

Una sociedad democrática se basa en la pluralidad de intereses que deben ser tenidos en cuenta por los políticos y los funcionarios públicos al decidir es función del bien común. En una democracia que se precie de tal, sus representantes deben estar en contacto con el electorado. Por su parte, los ciudadanos y los grupos de interés deben estar en condiciones de comunicar sus aspiraciones a los poderes, organizarse en partidos o asociaciones, elegir representantes y, en general, participar plenamente en los procesos políticos.

En este marco, el *lobby* permite que aquellos que serán afectados por determinadas decisiones hagan oír su voz, proveyendo a la vez su interés y experiencia sobre las cuestiones por debatirse. Bien empleado facilita la transparencia e integridad de esta actividad, así como la diversidad de participantes y su contribución al proceso, ya que todos los puntos de vista deben ser tenidos en cuenta, lo cual conduce a una mejor política favoreciendo el interés público.

Una herramienta necesaria en este proceso es la transparencia, ya que el *lobby* y su impacto en la legislación deben ser conocidos por la población, para que la sociedad entienda quién y cómo son ejercidas las influencias. Los políticos saben que el público los observa, que se evaluarán sus decisiones con más precisión de acuerdo a la conducta de los mismos, y que su conducta será juzgada, sea en procesos penales o administrativos o a través de las elecciones.

Es importante aclarar que la regulación de esta actividad debe realizarse dentro de los parámetros de racionalidad y proporciona-

lidad, sin que se impida el ejercicio de los derechos individuales de reunión, petición y libertad de expresión.

No es el objetivo de un sistema de control o reglamentación impedir la actividad de un segmento de la sociedad con cargas administrativas u obligaciones ni tampoco afectar los derechos políticos de los ciudadanos, sino obtener una visión adecuada del modo en que las decisiones se toman y su impacto en la legislación y en las políticas, sin impedir por ello el acceso de los ciudadanos a los funcionarios públicos.

Cualquier marco regulatorio debe ser definido en forma clara, determinando qué es *lobby*, quiénes son lobistas y los objetivos de la actividad. La definición del lobista y sus objetivos son fundamentales en una regulación: en consecuencia, una definición poco determinada puede causar vacíos legales, como puede ser el caso de si los llamados *in house lobbies* están incluidos, o si el *lobby* puede ocultarse o disimularse bajo la apariencia de una organización no gubernamental<sup>6</sup>.

La OCDE ha recomendado que las definiciones del *lobby* sean amplias y explícitas para prevenir vacíos legales, cubriendo las comunicaciones directas e indirectas con los funcionarios públicos, que se realizan con el fin de influenciar las decisiones<sup>7</sup>.

Las definiciones deben de tener en cuenta las formas más comunes, aquellas donde se entra en contacto directo con un funcionario público, pero también las indirectas, cuando se movilizan organizaciones u otros interesados o se contratan firmas para que hagan el trabajo a su cuenta. También los casos donde el lobista moviliza ciudadanos para que contacten a sus legisladores y representantes o políticos, pero, salvo excepciones específicas, los individuos o ciudadanos no deben ser considerados lobistas, como lo expresa el Principio N° 4 de la OCDE<sup>8</sup>.

6. American Bar Association Today Volume 18, Number 4 March/April 2009 Nonprofits and Lobbying Yes, They Can! By Nayantara Mehta. Disponible en: <https://apps.americanbar.org/buslaw/blt/2009-03-04/mehta.shtml>

7. Ver <http://www.oecd.org/gov/ethics/oecdprinciplesfortransparencyandintegrityinlobbying.htm>

8. "10 Principles for Transparency and Integrity in Lobbying". Disponible en: [www.oecd.org/corruption/ethics/Lobbying-Brochure.pdf](http://www.oecd.org/corruption/ethics/Lobbying-Brochure.pdf)

Por su parte, la definición de funcionario público debe incluir a cualquier persona con poderes de decisión, a sus asesores elegidos, nombrados, o empleados en las áreas legislativa o ejecutiva del poder en los ámbitos nacional, estadual o supranacional, que cumplan funciones públicas aun en organismos privados o dentro de las organizaciones internacionales con sede u operaciones en el Estado.

Una definición válida de funcionario público es la del art. 2° de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que abarca a los asesores políticos y legales que no siempre son considerados funcionarios públicos<sup>9</sup>.

Los funcionarios del Poder Judicial, jueces y asesores están incluidos en la definición mientras cumplan o tomen decisiones de carácter administrativo. Esto no se extiende a las sentencias o trámites del proceso, pues los intentos de influenciar estas actividades están cubiertos por otras leyes.

#### 9. Art. 2°. Definiciones

A los efectos de la presente Convención:

a) Por “funcionario público” se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte.

b) Por “funcionario público extranjero” se entenderá toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido; y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública.

c) Por “funcionario de una organización internacional pública” se entenderá un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre.

Asimismo cada vez más funciones públicas son otorgadas a entidades privadas que ejercen actividades de carácter administrativo, que reciben fondos del erario público, de allí la necesidad también de su regulación.

La existencia o no de una compensación monetaria no es relevante, y la OCDE, en sus Principios, especialmente el 4º, recomienda que se incluya a las entidades sin fines de lucro que buscan influenciar las decisiones públicas, así como los miembros no rentados de directorios de empresas u organizaciones no gubernamentales que buscan influenciar la toma de decisiones<sup>10</sup>.

La definición debe incluir a los llamados *in-house lobbyists* que trabajan dentro de determinada compañía u organización defendiendo los intereses de esta. Algunas normas, como las propuestas en el Reino Unido se enfocan solo en los que trabajan en agencias de esa actividad, dejándose fuera a una gran proporción del *lobby*<sup>11</sup>.

El sector privado no es el único que debe estar sujeto a control. Muchas entidades, empresas públicas y autoridades locales defienden sus intereses frente a legisladores o quienes toman decisiones. Los Estados Parte o terceros Estados pueden intentar influenciar una decisión a ser tomada por la Unión Europea o la OCDE.

Asimismo el control debe ejercerse sobre abogados y asociaciones profesionales, que, en general, tratan de esquivar las regulaciones, amparándose en el privilegio de la relación con el cliente y el abogado. Este solo se aplica al consejo legal y la representación en procesos formales. Cuando un abogado no representa a un cliente y a sus intereses en un caso concreto ante la Justicia o la Administración, sino intereses políticos con relación al cambio de reglas generales o políticas, se debe aplicar la regulación referente al *lobby*.

Otra noción fundamental surge de vincular la actividad con cualquier etapa de la toma de decisiones relacionada con la creación

10. OECD's, "10 Principles for Transparency and Integrity in Lobbying".

11. House of Commons Public Administration Select Committee Lobbying: Access and influence in Whitehall First Report of Session 2008-09, Volume I, disponible en: [http://www.parliament.uk/parliamentary\\_committees/public\\_administration\\_select\\_committee/pasc0809pn6.cfm](http://www.parliament.uk/parliamentary_committees/public_administration_select_committee/pasc0809pn6.cfm)

o enmienda de la legislación y cualquier otra medida regulatoria; el desarrollo, modificación e implementación de políticas públicas, estrategias o programas; la licitación u otorgamiento de contratos; préstamos, decisiones administrativas y presupuestarias.

La interacción individual del ciudadano con el funcionario público en lo referido a sus asuntos privados no se considera *lobby*, salvo si concerniese a intereses individuales económicos de tal naturaleza e importancia que pudiesen comprometer potencialmente al interés público. En estos casos, es preciso un balance entre la eficacia y los beneficios de la legislación sujeta a modificación y la protección y garantías constitucionales, tanto del individuo como de la comunidad política.

Las excepciones en relación con funcionarios públicos y diplomáticos son comunes en la legislación que regula el *lobby*<sup>12</sup>. En Aus-

12. Section 3 (8) (B) Lobbying Disclosure Act of 1995 United States 109 STAT. 694 PUBLIC LAW 104-65-DEC. 192 1995 <https://lobbyingdisclosure.house.gov/lda.html>

La misma establece numerosas excepciones:

(B) Exceptions. The term “lobbying contact” does not include a communication that is:

- (i) made by a public official acting in the public official’s official capacity;
- (ii) made by a representative of a media organization if the purpose of the communication is gathering and disseminating news and information to the public;
- (iii) made in a speech, article, publication or other material that is distributed and made available to the public, or through radio, television, cable television, or other medium of mass communication;
- (iv) made on behalf of a government of a foreign country or a foreign political party and disclosed under the Foreign Agents Registration Act of 1938 (22 U.S.C. 611 et seq.);
- (v) a request for a meeting, a request for the status of an action, or any other similar administrative request, if the request does not include an attempt to influence a covered executive branch official or a covered legislative branch official;
- (vi) made in the course of participation in an advisory committee subject to the Federal Advisory Committee Act;
- (vii) testimony given before a committee, subcommittee, or task force of the Congress, or submitted for inclusion in the public record of a hearing conducted by such committee, subcommittee, or task force;
- (viii) information provided in writing in response to an oral or written request by a covered executive branch official or a covered legislative branch official for specific information;

(ix) required by subpoena, civil investigative demand, or otherwise compelled by statute, regulation, or other action of the Congress or an agency;

(x) made in response to a notice in the Federal Register, Commerce Business Daily, or other similar publication soliciting communications from the public and directed to the agency official specifically designated in the notice to receive such communications;

(xi) not possible to report without disclosing information, the unauthorized disclosure of which is prohibited by law;

(xii) made to an official in an agency with regard to:

(I) a judicial proceeding or a criminal or civil law enforcement inquiry, investigation, or proceeding; or

(II) a filing or proceeding that the Government is specifically required by statute or regulation to maintain or conduct on a confidential basis,

if that agency is charged with responsibility for such proceeding, inquiry, investigation, or filing;

(xiii) made in compliance with written agency procedures regarding an adjudication conducted by the agency under section 554 of title 5, United States Code, or substantially similar provisions;

(xiv) a written comment filed in the course of a public proceeding or any other communication that is made on the record in a public proceeding;

(xv) a petition for agency action made in writing and required to be a matter of public record pursuant to established agency procedures;

(xvi) made on behalf of an individual with regard to that individual's benefits, employment, or other personal matters involving only that individual, except that this clause does not apply to any communication with:

(I) a covered executive branch official, or

(II) a covered legislative branch official (other than the individual's elected Members of Congress or employees who work under such Members' direct supervision), with respect to the formulation, modification, or adoption of private legislation for the relief of that individual;

(xvii) a disclosure by an individual that is protected under the amendments made by the Whistleblower Protection Act of 1989, under the Inspector General Act of 1978, or under another provision of law;

(xviii) made by:

(I) a church, its integrated auxiliary, or a convention or association of churches that is exempt from filing a Federal income tax return under paragraph 2(A)(i) of section 6033(a) of the Internal Revenue Code of 1986, or

(II) a religious order that is exempt from filing a Federal income tax return under paragraph (2)(A)(iii) of such section 6033(a); and (xix) between-

(I) officials of a self-regulatory organization (as defined in section 3(a)(26) of the Securities Exchange Act) that is registered with or established by the Securities

tria<sup>13</sup> y los Estados Unidos<sup>14</sup>, los partidos políticos también están exentos de la legislación, ya que son parte formal del proceso de toma de decisiones y, por ende, están obligados a actuar con transparencia.

### III. TRANSPARENCIA

Las interacciones entre los lobistas y los funcionarios públicos deben ser transparentes. Debido al aumento en el análisis y la observación de las operaciones del Gobierno para permitir el control por parte de la ciudadanía, la responsabilidad por la transparencia de estas relaciones compete a ambos. Pero es el funcionario público quien debe dar cuenta de las decisiones por tomar.

La transparencia es el objetivo clave de la mayoría de las legislaciones en la materia, no existen regulaciones que no la incluyan y son uno de los pilares principales de los Principios de la OCDE junto a la integridad<sup>15</sup>.

---

and Exchange Commission as required by that Act or a similar organization that is designated by or registered with the Commodities Future Trading Commission as provided under the Commodity Exchange Act; and

(II) the Securities and Exchange Commission or the Commodities Future Trading Commission, respectively; relating to the regulatory responsibilities of such organization under that Act.

13. Section 1 (3) Law on Lobbying (Austria), disponible en: [www.ti-austria.at/.../01/Lobbying-in-Austria.pdf](http://www.ti-austria.at/.../01/Lobbying-in-Austria.pdf)

14. Section 3 (8) (E) Lobbying Disclosure Act of 1995 (United States).

15. Disclosure of lobbying activities should provide sufficient, pertinent information on key aspects of lobbying activities to enable public scrutiny. It should be carefully balanced with considerations of legitimate exemptions, in particular the need to preserve confidential information in the public interest or to protect market-sensitive information when necessary.

Subject to Principles 2 and 3, core disclosure requirements elicit information on in-house and consultant lobbyists, capture the objective of lobbying activity, identify its beneficiaries, in particular the ordering party, and point to those public offices that are its targets. Any supplementary disclosure requirements should take into consideration the legitimate information needs of key players in the public decision-making process. Supplementary disclosure requirements might shed light on where lobbying pressures and funding come from. Voluntary disclosure may involve social responsibi-

Con relación al registro, este puede ser obligatorio para los que realizan estas actividades sean *in-house* o no, y estas serán reportadas de forma periódica. Los mismos son práctica estándar en las legislaciones nacionales. Las entidades deben hacer declaraciones de quiénes trabajan o las conforman y quiénes son sus clientes. Estos clientes también deben registrarse y declarar a quién contratan para que actúen en su nombre. No obstante, esto puede crear el peligro de que ciudadanos ordinarios, pequeñas empresas o grupos de la sociedad no podrían acceder a los que toman las decisiones, lo cual va claramente en contra de los propósitos del sistema. El registro debe realizarse antes de que se inicien las actividades y se deben emitir informes que permitan el análisis y la intervención de otros actores interesados.

El registro y la información buscan la igualdad entre los diferentes grupos de interés, por eso los Principios de la OCDE establecen que el público debe tener acceso adecuado a las informaciones para permitir la inclusión de diversos puntos de vista de la sociedad y las empresas para tener una información completa del desarrollo y la implementación de las políticas públicas, y las consiguientes decisiones. La frecuencia o periodicidad de los informes permiten que otros grupos de interés o la población en general puedan reaccionar antes que se tomen las decisiones finales.

Los registros deben tener la identidad del lobista, las materias por tratar y los resultados que se buscan obtener; quiénes serán los beneficiarios de las decisiones, la institución que es el objetivo, el tipo y frecuencia de las actividades, los gastos y las fuentes de financiación, si hay contribuciones políticas en dinero o especie, fondos públicos; y si han tenido algún rol anterior en el Gobierno.

El acceso a estos datos debe ser público y vinculado en lo posible a los del Gobierno. Al publicarse esta información de la manera descrita se les permite a los grupos y a la sociedad en general la bús-

---

lity considerations about a business entity's participation in public policy development and lobbying. To adequately serve the public interest, disclosure on lobbying activities and lobbyists should be stored in a publicly available register and should be updated in a timely manner in order to provide accurate information that allows effective analysis by public officials, citizens and businesses. Disponible en: <http://www.oecd.org/gov/ethics/oecdprinciplesfortransparencyandintegrityinlobbying.htm>

queda y el análisis en forma gratuita, asegurándose, de esta forma, la diseminación y facilidad en el acceso a la información.

En los Estados Unidos, la *United States Senate Lobbying Disclosure Database*<sup>16</sup> permite esa búsqueda, así como en Canadá<sup>17</sup>. También existen ONG, como *Open Secrets*, que proveen datos sobre gastos de los lobistas a favor de una empresa, qué intereses se persiguen, y se puede analizar el efecto del *lobby* en una determinada ley<sup>18</sup>.

El registro debe ser simple, de preferencia *online*, y debe utilizarse un sistema único de registro, informe y publicación. Siendo una obligación de los funcionarios públicos el respeto al derecho a la información, el *onus* está a cargo de ellos en que sean transparentes, en la naturaleza de esas actividades y el impacto en las decisiones políticas.

Las normas legales referidas al acceso a la información deben garantizarlo plenamente, tanto en las políticas como en la actividad del *lobby*, deben asegurar que los procesos de decisión sean transparentes y accesibles rindiendo cuentas de sus actividades y políticas. Los Principios de la OCDE refieren y recuerdan que las normas sobre la libertad de información son un requisito para la cultura de la transparencia e integridad<sup>19</sup>.

16. Ver [oprweb.senate.gov/index.cfm?event=selectfield](http://oprweb.senate.gov/index.cfm?event=selectfield)

17. Licence

Open Data Licence Agreement — Office of the Commissioner of Lobbying  
Lobbying Registrations

A lobbying registration is required when a paid individual communicates with federal public office holders in respect of certain subject matter, either on behalf of their employer or a client. This dataset contains all lobbying registrations filed to the Office of the Registrar of Lobbyists between the dates January 31, 1996 and June 30, 2008 under the *Lobbyists Registration Act*, and the Office of the Commissioner of Lobbying from July 2, 2008 onward under the *Lobbying Act*. The dataset provides a primary file as well as secondary files in CSV format allowing for one to many relationships for some data elements collected within a registration. Also available is a data dictionary file which provides definitions for all data elements contained within the dataset. Note that any content entered manually within a registration is in the language of choice of the user. [www.ocl-cal.gc.ca/eic/site/012.nsf/eng/h\\_00872.html](http://www.ocl-cal.gc.ca/eic/site/012.nsf/eng/h_00872.html).

18. Ver [www.opensecrets.org/lobby](http://www.opensecrets.org/lobby)

19. ACCESS INFO EUROPE, “*Lobbying Transparency via Right to Information Laws*” (2013, Updated June 2015)

#### IV. EXCEPCIONES Y ZONAS GRISES

Estos estándares no cubren, sin embargo, la influencia que otros Estados o aun organizaciones internacionales puedan tener en los procesos de decisión nacionales. Al igual que en el tema de la corrupción, aquí se entra en el campo de la política internacional. No obstante, es interesante observar que tampoco existe una regulación clara del accionar de las organizaciones no gubernamentales sobre los Estados<sup>20</sup>.

En relación con estas cuestiones, se plantea el tema de las excepciones, que deben estar mencionadas o previstas en las leyes vinculadas a la privacidad, seguridad, materias financieras y a cualquier interés legítimo que pueda ser afectado.

El derecho al acceso a la información no es absoluto, ya que existen intereses nacionales legítimos que pueden verse afectados por la publicación de datos. La Convención del Consejo de Europa, denominado Tratado Internacional sobre el Acceso a Documentos, si bien no está en vigor aún, es considerado un patrón de medida para definir las excepciones a la libertad de información<sup>21</sup>. Estas excepciones deben medirse a través del *test* del daño; o sea que la excepción se aplica si un daño real puede surgir de la publicación o por el *test* del interés público que establece que el daño puede ocurrir, pero hay un interés público que está por encima y, en consecuencia, la información debe publicarse.

La Corte Europea lo confirma al establecer: "If citizens are to be able to exercise their democratic rights, they must be in a position to follow in detail the decision-making process (...) and to have access to all relevant information"<sup>22</sup>.

20. NELSON, JANE, "The Operation of Non Governmental Organizations in a World of Corporate and Other Codes of Conduct. Corporate Social Responsibility Initiative", *Working Paper*, N° 34, Cambridge Massachusetts John F. Kennedy School of Government Harvard University, 35 pages.

21. *Council of Europe Convention on Access to Official Documents*. Este documento fue adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 27 de noviembre de 2008, [www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso\\_informacion](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion)

22. EUROPEAN COURT OF JUSTICE, Case T-233/09 (Access Info Europe vs. Council of the European Union), Ruling of 22 March 2011, paragraph 69.

Vinculado al derecho de acceso, las Administraciones Públicas y los funcionarios deben publicar toda la información referida a sus actividades financieras, administrativas, comerciales, informes sobre reuniones con otros gobiernos, expertos y consultas que se realicen. Esto forma parte intrínseca del derecho al acceso a la información, y a la transparencia que debe tener el gobierno. Los parámetros precisos sobre qué información debe hacerse pública, no obstante, aún deben definirse con exactitud. En el caso de los *lobbies*, la información mínima debe ser sobre las reuniones, las agendas, y las notas o minutas o registros de las reuniones entre los lobistas y los órganos de la Administración<sup>23</sup>.

Los Principios de la OCDE exhortan a los gobiernos a permitir el análisis por la opinión pública de aquellos que han buscado influenciar los procesos legislativos o de toma de decisiones indicando que lobistas han actuado frente a los órganos gubernamentales<sup>24</sup>.

En el año 2011, el Parlamento europeo adoptó una propuesta para crear un registro voluntario de los lobistas con los cuales los miembros del Parlamento se reunieron mientras un informe o propuesta de legislación estaba siendo redactada.<sup>25</sup>

Toda la información no solo debe hacerse pública sin gastos, sino también sin límites para ser utilizada tantas veces como sea necesario, en forma accesible y comprendida para los ciudadanos y los grupos de interés, habiéndose publicado guías al respecto por la Comisión Europea y la OCDE<sup>26</sup>.

23. Access Info Europe's Lobby Transparency via the Right of Access to Information Laws briefing, disponible en: [www.access-info.org/pub-and-toolkits/17237](http://www.access-info.org/pub-and-toolkits/17237)

24. OECD's, "10 Principles for Transparency and Integrity in Lobbying".

25. Ver [www.europarl.europa.eu/news/en/news-room/content/20110429FCS18372/12/html/MEPs-back-joint-Parliament-Commission-register-of-lobbyists](http://www.europarl.europa.eu/news/en/news-room/content/20110429FCS18372/12/html/MEPs-back-joint-Parliament-Commission-register-of-lobbyists)

Transparency international EU Office, "EU Legislative Footprint. What's the real influence of lobbying?" (2015), disponible en: [www.transparencyinternational.eu/wp-content/uploads/2015/03/Transparency-05-small-text-web.pdf](http://www.transparencyinternational.eu/wp-content/uploads/2015/03/Transparency-05-small-text-web.pdf)

26. Ver [ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/commission-notice-guidelines-recommended-standard-licences-datasets-and-charging-re-use](http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/commission-notice-guidelines-recommended-standard-licences-datasets-and-charging-re-use); [www.oecd.org/internet/ieconomy/40826024.pdf](http://www.oecd.org/internet/ieconomy/40826024.pdf); [www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesfortheseconomyofinformationsystemsandnetworkstowardsacultureofsecurity.htm](http://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesfortheseconomyofinformationsystemsandnetworkstowardsacultureofsecurity.htm)

## V. INTEGRIDAD

Tanto los lobistas como los funcionarios públicos deben estar sujetos a estándares obligatorios de conducta y a un sistema que regule los conflictos de intereses. Si bien la conducta debida o apropiada le corresponde a ambas partes, los funcionarios públicos tienen una responsabilidad mayor como depositarios del poder público que les fuera confiado por la sociedad.

Junto a la transparencia, la integridad es el otro pilar fundamental de la regulación de los *lobbies*; al respecto pueden mencionarse los estándares internacionales contenidos principalmente en el llamado *Model Code of Conduct for Public Officials* del Consejo de Europa, publicado en 2001<sup>27</sup>.

Los Principios de la OCDE también hacen hincapié en la integridad requiriendo reglas éticas, tanto para los lobistas como para los funcionarios públicos<sup>28</sup>.

Otro instrumento aplicable relacionado es el *Handbook on Parliamentary Ethics and Conduct, a Guide for Parliamentarians*, de la *Global Organization of Parliamentarians Against Corruption (GOPAC)*<sup>29</sup>. El Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) incluye el tema de los *lobbies* cuando se refiere a la integridad, ya que las reglas sobre esta son necesarias para los lobistas y para los parlamentarios, complementándose unas a otras<sup>30</sup>.

Con respecto a los funcionarios públicos, los mismos deben poseer un grupo de reglas aplicables que establezcan los estándares de conducta. Estas reglas deben incluir, a los principios de transparencia, integridad, imparcialidad, justicia, rendición de cuenta y servicio al interés público. Es deseable llevar un registro de sus acciones, incluidas las reuniones con los grupos de *lobbies*, evitando contactos con

27. Ver [www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/corruption/Default\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/corruption/Default_en.asp)

28. Main principle III.

29. Ver [www.gopacnetwork.org/Docs/PEC\\_Guide\\_EN.pdf](http://www.gopacnetwork.org/Docs/PEC_Guide_EN.pdf)

30. Ver [www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/ReportsRound4\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/ReportsRound4_en.asp).

quienes no están registrados, e informando las violaciones a las reglas a sus superiores u órganos respectivos.

El deber de confidencialidad está sujeto al régimen del derecho al acceso a la información, así como los mecanismos para la solución de cualquier conflicto de interés real, sean *reales, aparentes o potenciales*, incluyendo las incompatibilidades para ser lobista. Al mismo tiempo, se debe establecer una guía para los regalos u actos de hospitalidad, con un registro en el que conste su aceptación o rechazo. Por último, se encuentra la exigencia de realizar declaraciones de bienes de los funcionarios públicos, sus familias y socios comerciales, si estos existiesen, dependiendo del grado o poder de decisión del funcionario público.

Los Principios de la OCDE<sup>31</sup> establecen la imparcialidad en la promoción del interés público, y la necesidad de dar a conocer los intereses privados relevantes para evitar los conflictos de interés<sup>32</sup>. Esto asegura la transparencia en el proceso de toma de decisiones y el posible impacto de las acciones de *lobby*. La Comisión Europea ha adoptado Decisiones que requieren a los Directores Generales, Comisionados, y a sus gabinetes tener un registro público de las reuniones con representantes de los grupos de interés<sup>33</sup>.

El principio de la confidencialidad no está diseñado para contrarrestar la libertad de información, sino que se aplica en determinados casos donde las excepciones cubren información sensitiva. Un ejemplo, además de los casos mencionados, se da cuando un funcionario público es empleado por una corporación y debe observar, la confidencialidad de sus conocimientos adquiridos en la función pública<sup>34</sup>.

31. OECD's, "10 Principles for Transparency and Integrity in Lobbying".

32. OECD's, "10 Principles for Transparency and Integrity in Lobbying Principle 7

33. Ver <http://www.integritywatch.eu/about.html>

Para el análisis de las Reuniones de la Comisión, ver <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/index.cfm?fuseaction=list&cotId=10060&year=2018&withPDF=true>

34. European Parliament, Report on the modification of the interinstitutional agreement on the Transparency Register (2014/2010(ACI)), at D.10, [www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2014-0258+0+DOC+XML+V0//ENw.ipc.nsw.gov.au/sites/default/files/file\\_manager/IPC-Code-of-Conduct-July-2014-ACC.pdf](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2014-0258+0+DOC+XML+V0//ENw.ipc.nsw.gov.au/sites/default/files/file_manager/IPC-Code-of-Conduct-July-2014-ACC.pdf)

Un informe del año 2014 del Parlamento Europeo, trata la necesidad de reformar el Código de Conducta en relación con los lobistas para prohibir la interferencia en la esfera privada o la vida personal de quienes toman decisiones: por ejemplo, enviar obsequios a la casa del funcionario<sup>35</sup>.

Respecto a los funcionarios públicos ejecutivos, el Artículo 18 del Código Modelo de Conducta para los Funcionarios Públicos del Consejo de Europa les prohíbe: "Demand or accept gifts, favours, hospitality or any other benefit (...) which may influence or appear to influence the impartiality with which he or she carries out his or her duties or may be or appear to be a reward relating to his or her duties. This does not include conventional hospitality or minor gifts".

Las declaraciones de bienes son relevantes ya que demuestran que los funcionarios públicos pueden tener otro trabajo incompatible con su puesto, o previas posiciones que representan un conflicto de interés con las funciones que debe cumplir, así como su posición financiera y el origen de sus bienes.

Al respecto, la Organización de Estados Americanos ha redactado una Ley Modelo, la "Model law on the declaration of interests, income, assets and liabilities of persons performing public functions", del año 2013<sup>36</sup>.

La mayoría de los Estados han establecido reglas sobre el conflicto de intereses para sus funcionarios públicos. En la órbita de los funcionarios ejecutivos de la OCDE, se encuentran las *Managing Conflict of Interest in the Public Sector*<sup>37</sup>. En lo que se refiere a los parlamentarios, existen una serie de documentos, como el de la Unión Interparlamentaria Mundial

35. EUROPEAN PARLIAMENT, *Report on the Modification of the Interinstitutional Agreement on the Transparency Register* (2014/2010(ACI)), at D.10, ver [www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2014-0258+0+DOC+XML+V0//EN](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2014-0258+0+DOC+XML+V0//EN)

36. Ver [www.oas.org/juridico/PDFs/model\\_law\\_declaration.pdf](http://www.oas.org/juridico/PDFs/model_law_declaration.pdf)

37. Ver [www.oecd.org/gov/ethics/49107986.pdf](http://www.oecd.org/gov/ethics/49107986.pdf)

IPU<sup>38</sup>, el Parlamento Europeo,<sup>39</sup> la Organización para la Seguridad y la Cooperación Europea<sup>40</sup>, y la Alianza para la Transparencia en el Lobby y la Regulación Ética en la Unión Europea (ALTER EU) que ha establecido una guía para los parlamentarios, que incluye ejemplos de prácticas correctas e ideas para la interacción con los lobistas<sup>41</sup>.

En relación al Poder Judicial, existen estándares relativos a los mecanismos necesarios frente a conflictos de intereses. Algunos ejemplos pertinentes son: la Guía de Implementación y Evaluación del Artículo 11 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción<sup>42</sup>, y el Consejo de Europa<sup>43</sup> con la Recomendación sobre la independencia de los jueces<sup>44</sup>.

Con respecto a las restricciones tras la función pública, debería existir un periodo de enfriamiento o moratoria para que los ex empleados públicos puedan realizar *lobby* a las instituciones a las que pertenecieron, y puede ser necesaria la actuación de un órgano de

38. *The Parliamentary Mandate – A Global Comparative Study*, 162 pages, 2000, ver [www.ipu.org/PDF/publications/mandate\\_e.pdf](http://www.ipu.org/PDF/publications/mandate_e.pdf)

39. OFFICE FOR PROMOTION OF PARLIAMENTARY DEMOCRACY (OPPD)/European Parliament, *Parliamentary, Ethics – A Question of Trust*, 100 pages, 2011, ver [www.europarl.europa.eu/pdf/oppd/Page\\_8/codes\\_of\\_conduct\\_FINAL-ENforweb.pdf](http://www.europarl.europa.eu/pdf/oppd/Page_8/codes_of_conduct_FINAL-ENforweb.pdf)

40. ORGANIZATION FOR SECURITY AND CO-OPERATION IN EUROPE (OSCE)/OFFICE FOR DEMOCRATIC INSTITUTIONS AND HUMAN RIGHTS (ODIHR), *Background Study: Professional and Ethical Standards for Parliamentarians*, 88 pages, 2012, ver [www.osce.org/odihhr/98924](http://www.osce.org/odihhr/98924).

41. Ver [www.alter-eu.org/documents/2015/03/navigating-the-lobby-labyrinth](http://www.alter-eu.org/documents/2015/03/navigating-the-lobby-labyrinth)

42. *Implementation Guide and Evaluative Framework for Article 11* [of the United Nations Convention against Corruption – UNCAC] ([www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2014/Implementation\\_Guide\\_and\\_Evaluative\\_Framework\\_for\\_Article\\_11\\_English.pdf](http://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2014/Implementation_Guide_and_Evaluative_Framework_for_Article_11_English.pdf)) ([https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2014/Implementation\\_Guide\\_and\\_Evaluative\\_Framework\\_for\\_Article\\_11\\_English.pdf](https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2014/Implementation_Guide_and_Evaluative_Framework_for_Article_11_English.pdf))

43. Council of Europe's "Consultative Council of European Judges" (CCJE) Opinion no. 3 of the Consultative Council of European Judges (CCJE) "on the principles and rules governing judges' professional conduct, in particular ethics, incompatible behaviour and impartiality" (2002), at no. 27-28, [wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1046405&Site=COE](http://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1046405&Site=COE)

44. Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to member states on judges: independence, efficiency and responsibilities, no. 29, [wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1707137](http://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1707137)

control ético para que se acepte su labor posterior. Los Principios de la OCDE mencionan esta circunstancia así como las restricciones *para cambiar de bando*<sup>45</sup>, y también Canadá<sup>46</sup> y Taiwán<sup>47</sup>.

Sobre el tema de las restricciones antes de tomar la función, se examinará su función anterior y la posibilidad de que surja un conflicto de interés, y si este existe, se vetará su nombramiento. Este conflicto puede darse si un funcionario público ha trabajado con anterioridad en el sector o esfera privada y su nuevo cargo puede generar un efecto negativo.

Un código de conducta obligatorio para los lobistas debe tener en cuenta los intereses de todos los protagonistas, con estándares de conducta claramente definidos en particular relacionados con la honestidad y el peligro de ejercer influencias indebidas.

La obligación de actuar con honestidad es un parámetro fundamental en la confección de cualquier código de conducta, informando a las autoridades desde el inicio su actividad y para quién trabaja. Debe estar prohibido presentar datos falsos o manipulados al público para reforzar su causa, así como presionar a los funcionarios públicos a que ejerzan una influencia indebida a través de obsequios a cambio de decisiones favorables, ocultar quiénes son los clientes, dar falsas informaciones u otorgar contribuciones financieras a cambio de presentarse a hablar ante las cámaras o cuerpos legislativos.

La autoregulación a través de medidas suplementarias es útil y debe ser voluntaria, se deben utilizar controles internos, integrada en el concepto más amplio de la responsabilidad social corporativa y estrategias de gobernanza. Esto se refleja en el Principio 9 de la OCDE

45. OECD's, "*10 Principles for Transparency and Integrity in Lobbying*".

46. Section 10.11 Lobbying Act (Canadá): "No individual shall, during a period of five years after the day on which the individual ceases to be a designated public office holder carry on" lobbying activities; ver [www.ocl-cal.gc.ca/eic/site/012.nsf/eng/h\\_00008.html](http://www.ocl-cal.gc.ca/eic/site/012.nsf/eng/h_00008.html)

47. Article 10 Lobbying Act (Taiwán): Public officials "shall not lobby (...) on behalf of legal persons or organizations in three years after leaving office", ver [www.tychakka.gov.tw/hakka2012/intro/sheet/upt.asp?pageno=1&uid=&con=&cid=&year=&month=&day=&key=&p0=19](http://www.tychakka.gov.tw/hakka2012/intro/sheet/upt.asp?pageno=1&uid=&con=&cid=&year=&month=&day=&key=&p0=19)

referido a las estrategias y prácticas para lograr el cumplimiento<sup>48</sup> Los lobistas, en muchos países, deben adoptar sus códigos de conducta internos, como es el caso de Austria, y publicarlos<sup>49</sup>.

Finalmente en la esfera internacional merece mencionarse el Global Compact de las Naciones Unidas “*Towards Responsible Lobbying*”<sup>50</sup> un Informe de gran importancia y profundidad<sup>51</sup>.

## VI. ACCESO Y PARTICIPACIÓN

Tanto los grupos de presión como el público deben tener un acceso libre e igualitario a las decisiones de política para lograr mejores resultados y, en última instancia, una democracia más representativa y confiable. El derecho a participar incluye a todos los grupos y a la

48. “Countries should involve key actors in implementing a coherent spectrum of strategies and practices to achieve compliance”.

49. Section 7 Law on Lobbying (Austria).

50. UN Global Compact, *Towards Responsible Lobbying*, 2005, ver [www.unglobalcompact.org/docs/news\\_events/8.1/rl\\_final.pdf](http://www.unglobalcompact.org/docs/news_events/8.1/rl_final.pdf)

51. UN Global Compact, *Towards Responsible Lobbying*, 2005, page 9, “Policy making and business interests have always been intimately connected, and at times contentiously. Lobbying on behalf of the private sector, openly or surreptitiously, may arguably be the second-oldest profession on the planet. However, the process of globalization has drastically altered the scope and impact of lobbying over the last decades. And while corporations have broadened their reach and influence, calls for responsible business practices and more transparency have intensified. Fortunately, a growing number of businesses around the world have come to embrace the concept of corporate citizenship. The Global Compact alone, as the world’s largest voluntary corporate citizenship initiative, has grown to over 2100 participating businesses from more than 80 countries.

Corporate leaders everywhere have realized that the long-term value drivers of their business, better governance and improved environmental and social performance, all reinforce each other.

Regrettably, this thinking does not seem to have spread through all areas of corporate operations. We still see a widespread disconnect between businesses’ aspirations towards responsible corporate citizenship and their own lobbying efforts. It is precisely this lack of consistency that can undermine the credibility of corporate responsibility and diminish its benefits. For the Global Compact, corporate lobbying is thus naturally a key issue”.

población en general en la toma de decisiones en cuestiones de legislación y política, cualquiera sea el nivel del gobierno.

El derecho a participar es un fundamento de la democracia y la ciudadanía no debe solo votar, sino también formar parte en los procesos de toma de decisiones. Este derecho de participación está consagrado dentro de la Unión Europea en el Tratado de Lisboa que afirma: Cada ciudadano tendrá el derecho de participar en la vida democrática de la Unión. Las decisiones serán tomadas de forma abierta y lo más cercana posible al ciudadano<sup>52</sup>.

Esto se realiza dentro de un proceso de consulta pública, un marco legal donde hay participación en la sanción de una ley o grupo de leyes a través de la formulación, implementación y evaluación con mecanismos de información, audiencias e instrumentos para que se conozca la opinión pública en relación a determinadas políticas.

Es en estos marcos legales donde se deben explicitar los derechos de participación y cómo se ejercen ante el Gobierno. Los órganos de la Administración Pública deben esforzarse para promover estas consultas a través de diferentes canales. Estos incluyen no solo los boletines o diarios oficiales, sino medios de prensa *online* y redes sociales, para llegar a la mayor audiencia posible en relación al progreso de determinadas propuestas legislativas.

*Si bien puede haber circunstancias en que la participación pública no es posible por razones de la materia o de tiempo, estos casos deben ser la excepción y no la norma. Cualquier derogación del derecho a la participación debe ser definida con anterioridad y aplicada estrictamente.*

52. Article 10

1. The functioning of the Union shall be founded on representative democracy.
2. Citizens are directly represented at Union level in the European Parliament.

Member States are represented in the European Council by their Heads of State or Government and in the Council by their governments, themselves democratically accountable either to their national Parliaments, or to their citizens.

3. Every citizen shall have the right to participate in the democratic life of the Union. Decisions shall be taken as openly and as closely as possible to the citizen.

4. Political parties at European level contribute to forming European political awareness and to expressing the will of citizens of the Union.

También existe una obligación de las autoridades públicas de proveer igualdad de oportunidades para la participación a los grupos de interés y al público en general. Esta obligación se complementa proveyendo un periodo de consulta para la revisión de la materia por discutirse, fomentando la discusión mientras la decisión aún está abierta.

La participación en la toma de decisiones y la transparencia en la redacción del proyecto es esencial desde el comienzo, no solo en el transcurso de la discusión parlamentaria. Un ejemplo negativo es la práctica de publicar el proyecto de ley una vez que ha sido sometido al Parlamento o Congreso<sup>53</sup>. En el Reino Unido, la *UK Cabinet Office* ha recomendado que para las consultas públicas el periodo sea de 12 semanas antes, siendo un instrumento las llamadas NPAs *Notice of Proposed Amendment*<sup>54</sup>, y la Comisión Europea establece una ventana de 12 semanas para consultas públicas.

Estos resultados de las conversaciones o consultas deben publicarse mostrando cómo se han recibido y analizado los puntos de vista de los participantes. La transparencia y explicación de cómo las decisiones se toman y la acción de los sectores es vital, así como la explicación de cuáles puntos de vista no fueron tomados en cuenta. Así se puede observar e identificar si ha habido alguna influencia desproporcional en el proceso decisorio.

Las autoridades del Gobierno o la Administración deben otorgar una justificación por escrito de la negativa al derecho de participación, y aquellos a quienes se les ha negado tienen el derecho a contestar o apelar por medio de un procedimiento sumario que permita la participación si es autorizada por la instancia revisora.

53. TILMAN HOPPE, *Anti-Corruption Assessment of Laws ("Corruption Proofing")*, RCC/RAI publishing 2015, Chapter 2.1.2, pages 33 following, [www.stt.lt/documents/soc\\_tyrimai/Comparative\\_Study-Methodology\\_on\\_Anti-corruption\\_Assessment\\_of\\_Laws\\_14\\_11\\_17.pdf](http://www.stt.lt/documents/soc_tyrimai/Comparative_Study-Methodology_on_Anti-corruption_Assessment_of_Laws_14_11_17.pdf)

54. Ver <https://www.gov.uk/government/policies/government-transparency-and-accountability>

<https://www.gov.uk/government/publications/notice-of-proposed-amendments-npa-2014-documents>

La negativa a participar debe estar motivada y proporcionada. En relación a las guías sobre buenas prácticas en las consultas públicas, la OCDE entiende al llamado *Code of Practice on Consultation* en el Reino Unido como un ejemplo válido. Este contiene siete Principios<sup>55</sup>

1. Con respecto al tiempo, la consulta formal debe tener lugar en un estadio donde aún exista posibilidad de influenciar el resultado de la política o decisión.
2. En relación a la duración, las consultas deben durar por lo menos doce semanas, pero si la situación lo requiere ese plazo puede extenderse.
3. Los documentos relacionados con la consulta deben ser claros sobre el proceso que se propone, el ámbito de influencia y el costo y beneficio de esas propuestas.
4. Las consultas deben ser accesibles y tener como objetivo aquellos individuos o grupos a los que se dirige.
5. Simplificar el proceso de consulta.
6. Las respuestas a las consultas deben ser analizadas cuidadosamente y dar respuestas e información a los participantes tras las consultas.
7. Los funcionarios deben buscar guía en relación con la efectividad de las campañas de consulta.

La Comisión Europea emite, en 2001, el *White Paper* sobre la Gobernanza Europea para reforzar la cultura de la consulta y el diálogo al nivel de la Unión e incrementar la legitimidad de las decisiones. En este se enfatiza la importancia de proveer claros documentos de consulta, conversar con los grupos relevantes, permitir la participación, publicar los resultados, y dar información posterior sobre estos<sup>56</sup>.

55. Ver [www.gov.uk/government/publications/consultation-principles-guidance](http://www.gov.uk/government/publications/consultation-principles-guidance). OECD's, "Better Regulation in Europe Project", ver [www.oecd.org/gov/regulatory-policy/betterregulationineurope-theeu15project.htm](http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/betterregulationineurope-theeu15project.htm)

56. European Centre for Not-for-Profit Law, "Comparative Overview of European Standards and Practices in Regulating Public Participation", 2010, ver [www.icnl.org/research/resources/ngogovcoop/](http://www.icnl.org/research/resources/ngogovcoop/). The European Institute of Public Participa-

Otro estándar sobre la participación pública es el de la organización no gubernamental *European Institute of Public Participation* (EIPP)<sup>57</sup>.

Los llamados Comités de Expertos o de Consulta deben tener una composición balanceada que represente la diversidad de intereses y puntos de vista; existe una obligación legal por parte de la Administración Pública en lo referente a su composición. La información de expertos es esencial en la toma de decisiones públicas, ya que en muchos casos se relacionan con cuestiones de gran complejidad técnica, como la regulación de los mercados financieros o la contaminación ambiental, por citar solo dos. Los órganos de la Administración están obligados a hacer transparentes esos parámetros así como los documentos que son analizados por los grupos de expertos<sup>58</sup>.

En la actividad parlamentaria, los expertos son presentados por los diferentes partidos y su nominación no es tan clara, ya que son realizadas informalmente y *ad hoc*.

No obstante, en algunos casos, el procedimiento para la elección o selección de expertos externos es establecido sobre la base de parámetros de gran formalidad. El Comité Económico y Social Europeo, órgano consultivo de la Unión Europea<sup>59</sup>, y la Organización Mundial de la Salud establecen reglas en forma explícita sobre los grupos de consulta y su composición<sup>60</sup>.

---

tion (EIPP), "Public Participation in Europe - An International Perspective", 2009, ver [www.participation.at/fileadmin/media\\_data/Downloads/Zukunftsdiskurse-Studien/pp\\_in\\_e\\_report\\_03\\_06.pdf](http://www.participation.at/fileadmin/media_data/Downloads/Zukunftsdiskurse-Studien/pp_in_e_report_03_06.pdf)

57. Ver <http://www.citizensforeurope.eu/organisation/european-institute-for-public-participation>

58. Ver [www.fda.gov/AdvisoryCommittees](http://www.fda.gov/AdvisoryCommittees), which publishes the following information: "About Advisory Committees: How to become a member of an advisory committee, common questions, and the laws, regulations, and guidances that govern the committees; Committees & Meeting Materials: Committee information, charter, meeting materials, committee roster, etc; Advisory Committee Calendar: Confirmed and Tentatively Scheduled Meetings; Recently Updated Advisory Committee Materials: Meeting announcements, briefing materials, requests for nominations, and other important informatio".

59. Ver <https://www.esc.europa.eu/en>

60. WHO, Regulations for Expert Advisory Panels and Committees, Resolution WHA35.10, [apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/regu-for-expert-en.pdf](http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/regu-for-expert-en.pdf); European

Los grupos de expertos y de consulta están obligados a declarar y revelar cuáles son sus intereses y a qué grupos pertenecen antes de cualquier labor o ejercicio de función.

Un ejemplo de revelación de documentos de grupos de interés es el estándar de la Unión Europea a través de la decisión de la Comisión que establece un grupo de expertos<sup>61</sup>. El Artículo 4.8 establece que los nombres de los individuos que representen un interés serán publicados en un Registro y el interés será revelado. El Artículo 11, a su vez, establece que al inicio de cada reunión cualquier experto cuya participación en el grupo pudiera generar un conflicto de interés debe informar al Presidente.

Algunos Estados otorgan incentivos o privilegios a los lobistas, como acceso preferencial a reuniones o invitaciones o consultas públicas, con respecto a los temas en los cuales ha registrado un interés<sup>62</sup>. Estas disposiciones, si existen, plantean temas de carácter constitucional referidos al principio de igualdad, porque los ciudadanos tienen los mismos derechos y deben ser participados a consultas públicas en referencia a materias de su interés.

## VII. SUPERVISIÓN, CONTROL Y SANCIONES

Es necesario que exista una supervisión adecuada y una regulación efectiva de las operaciones de *lobby* así como un sistema de sanciones eficientes en caso de violación de las disposiciones. El control y las sanciones forman parte de cualquier sistema que pretenda la integridad. En consecuencia, la OCDE, en sus Principios, exhorta a que

---

Union Register of Expert Groups and Other Similar Entities, [ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=faq.faq&aide=2](http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=faq.faq&aide=2)

61. SEC(2010) 1360 final, Annex II, [ec.europa.eu/transparency/regexpert/PDF/SEC\\_2010\\_EN.pdf](http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/PDF/SEC_2010_EN.pdf)

62. European Parliament Transparency of lobbying in Member States Comparative analysis EPRS | European Parliamentary Research Service Transparency Unit April 2016. [www.europarl.europa.eu/EPRS/Transparency\\_of\\_lobbying\\_in](http://www.europarl.europa.eu/EPRS/Transparency_of_lobbying_in)

las regulaciones de esta actividad provean mecanismos para la efectiva implementación, cumplimiento y revisión<sup>63</sup>.

Se deben crear órganos independientes con mandatos claros, autonomía de recursos, con la misión de manejar el registro de lobistas, relevar conflictos de interés que puedan surgir, publicar informaciones, monitorear el cumplimiento e investigar quejas o reclamos. Lo más importante en relación con este órgano es su independencia frente a los funcionarios o Poderes que debe controlar, de allí la necesidad de su autonomía financiera y la claridad en el proceso de nombramiento, para que ejerzan con eficiencia las labores de vigilancia.

Estos cuerpos ofrecen asesoramiento y entrenamiento a lobistas y funcionarios públicos en la aplicación de las leyes, y en los informes, transmitiendo al público los desarrollos y promoviendo la buena práctica en la actividad, siendo uno de los ejemplos la ley de Irlanda. Es necesaria la estructuración de mecanismos que permita reportar las violaciones, sea en forma pública, confidencial o aun anónima, e informar sobre los resultados de la investigación.

En relación con las sanciones, tanto lobistas como funcionarios públicos deben estar sujetos a sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas por violación de las reglas. Estas deben tener una graduación que incluya la posibilidad de acciones penales, retiro del registro en forma temporaria o definitiva y procesos administrativos contra los funcionarios públicos. Con respecto a los contratos realizados en violación a disposiciones esenciales, estos deben ser considerados nulos, con responsabilidad civil y penal conjunta de funcionarios y lobistas. Es el supuesto de la legislación norteamericana que impone sanciones penales de hasta cinco años de prisión<sup>64</sup>.

63. Principle IV. OECD', *"10 Principles for Transparency and Integrity in Lobbying"* ..

64. 2 U.S.C. 1606 (b): "Whoever knowingly and corruptly fails to comply with any provision of this Act shall be imprisoned for not more than 5 years or fined under title 18, United States Code, or both", ver [www.senate.gov/legislative/Lobbying/Lobby\\_Disclosure\\_Act/7\\_Penalties.htm](http://www.senate.gov/legislative/Lobbying/Lobby_Disclosure_Act/7_Penalties.htm)

## VIII. MARCO REGULATORIO

La regulación del *lobby* debe tener en cuenta el contexto local. Los Principios de la OCDE exhortan a los Estados a que tomen en cuenta el marco regulatorio y político para apoyar una cultura de la transparencia y la integridad. “Esto incluye la consulta y la participación, el derecho a peticionar al Gobierno, la libertad de información legislativa, las reglas sobre partidos políticos y campañas electorales, los códigos de conducta de los funcionarios públicos y lobistas, mecanismos de regulación y supervisión y disposiciones efectivas contra la influencia ilícita”<sup>65</sup>.

Es importante tener en cuenta el contexto local para evitar marcos regulatorios esquemáticos copiados de diferentes realidades, que no tengan en cuenta las particularidades de cada Estado. Esto significa saber quiénes son los lobistas, qué información deben dar al registrarse, cómo legislar estas situaciones y determinar si la participación actual cumple con los estándares éticos y de transparencia que deben tener la normas<sup>66</sup>.

Esta regulación debe realizarse dentro de un marco más amplio, de lo contrario, puede ser fútil o ineficiente. Ese marco se refiere especialmente a las leyes y políticas relacionadas con: a) tráfico de influencias, sobornos y otras prácticas corruptas; b) límites y transparencia en la financiación de campañas y partidos políticos; c) supervisión de mecanismos y procesos de licitaciones públicas y beneficios del Estado; d) independencia de los medios periodísticos; e) negociaciones colectivas laborales; f) protección a informantes; g) procesos legislativos y revisión de actos administrativos y sentencias judiciales; h) derecho a la libertad de expresión, reunión y petición ante las autoridades.

El soborno es la forma más directa de un *lobby ilícito*, ya que el acto busca influenciar a un funcionario público, y las normas internacionales lo prohíben sin excepción<sup>67</sup>.

65. OECD's, “10 Principles for Transparency and Integrity in Lobbying”.

66. Ver [www.oecd.org/publications/lobbyists-governments-and-public-trust-volume-1-9789264073371-en.htm](http://www.oecd.org/publications/lobbyists-governments-and-public-trust-volume-1-9789264073371-en.htm)

67. OECD, Corruption – A Glossary of International Standards in Criminal Law, 2008, chapter 3, ver [www.oecd.org/daf/anti-bribery/corruptionglossaryofinternationalcriminalstandards.htm](http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/corruptionglossaryofinternationalcriminalstandards.htm)

El tráfico de influencias se da cuando una persona tiene influencia en forma real o aparente sobre los procesos de decisión de funcionarios públicos, e intercambia esa influencia por dinero u otras ventajas. El delito se enfoca en aquellos que están en las vecindades del poder y que influenciando tratan de obtener ventajas, pero no en quien toma las decisiones<sup>68</sup>. Si bien las Convenciones Internacionales lo penan, es opcional para los Estados adoptar este delito<sup>69</sup>.

El registro de lobistas así puede facilitar que se descubra en qué caso el *lobby* encierra corrupción, como se ejemplificó en el caso de Jack Abramoff en los Estados Unidos<sup>70</sup>.

Las normas relativas a la financiación de los partidos políticos deben ser claras y cumplidas con determinación para evitar que determinadas donaciones resulten, en el caso en que este llegue a la victoria electoral, a otorgar un tratamiento especial a aquellos que aportaron para esa victoria.

Sin olvidar las legislaciones de los Estados, en el ámbito internacional, existen una serie de parámetros en este contexto: como la Comisión de Venecia del Consejo de Europa, las Guías de Regulación de

68. OECD, Corruption – A Glossary of International Standards in Criminal Law, 2008, chapter 3, ver [www.oecd.org/daf/anti-bribery/corruptionglossaryofinternationalcriminalstandards.htm](http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/corruptionglossaryofinternationalcriminalstandards.htm).

69. Artículo 18. Tráfico de influencias. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona.

b) La solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido.

Ver [www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/](http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/).

70. The Fast Rise and Steep Fall of Jack Abramoff By Susan Schmidt and James V. Grimaldi Washington Post Staff Writers Thursday, December 29, 2005, ver <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/12/28/AR2005122801588.html>

los Partidos Políticos de la OSCE Organización para la Seguridad y Cooperación Europea ODIRH<sup>71</sup> y las *Common Rules against Corruption in the Funding of Political Parties and Electoral Campaigns*<sup>72</sup>.

La influencia indebida a través del *lobby* es un riesgo importante cuando hay intereses económicos o financieros en juego, especialmente si se relaciona con los préstamos a los gobiernos las licitaciones públicas, compras del Estado y otros beneficios que este otorga, o sea, los denominados derechos prestacionales, créditos o subsidios. Tanto la OCDE como la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Comercial Internacional han establecido guías al respecto<sup>73</sup>.

Estas actividades pueden asumir la forma de influencias a través de los medios de difusión que buscan con sus agendas *dirigir* a los funcionarios públicos y a la opinión pública en general<sup>74</sup>, pero mientras lo hagan en forma libre e independiente no es técnicamente *lobby*. No obstante, en la práctica, muchos medios son propiedad de grupos que tienen determinados intereses y buscan influenciar personas y decisiones a través del contenido editorial. De allí que se intente evitar que estos medios pierdan la independencia por presiones financieras, existiendo al respecto estándares generales<sup>75</sup>.

El Consejo de Europa en su Resolución Parlamentaria 1636 de 2008, exhorta a los periodistas a revelar a sus lectores los intereses

71. Organization for Security and Cooperation in Europe. Office for Democratic Institutions and Human Rights, ver <https://www.osce.org/odihr>

OSCE/ODIHR and Venice Commission, Guidelines on political party regulation, 25 October 2010, Study no. 595/2010, CDLAD(2010)024, ver [www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD%282010%29024-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD%282010%29024-e)

72. Of 8 April 2003 (Committee of Ministers Recommendation Rec(2003)4), wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2183

73. Ver [www.oecd.org/gov/ethics/oecdlegalinstrumentsoncorruptionprevention.htm](http://www.oecd.org/gov/ethics/oecdlegalinstrumentsoncorruptionprevention.htm). UNCITRAL Model Law on Public Procurement (2011)

Ver [www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/procurement\\_infrastructure/2011Model.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model.html)

74. Si bien demasiado reciente, es válido el análisis de las acciones de Cambridge Analytica en relación a diversos procesos electorales.

Ver <https://www.theguardian.com/uk-news/2018/mar/24/brexit-whistleblower-shahmir-sanni-interview-vote-leave-cambridge-analytica>

75. Ver [ec.europa.eu/digital-agenda/en/media-freedom-pluralism](http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/media-freedom-pluralism)

políticos y financieros que tengan y a los medios de difusión a actuar con independencia respecto de sus dueños<sup>76</sup>.

Los sindicatos son grupos de interés muy poderosos, y no deben quedar exentos de las regulaciones de los *lobbies*. El registro de la actividad no afecta el derecho constitucional de negociación colectiva sino que solo lo hace más transparente<sup>77</sup>.

La protección a los informantes es esencial si quienes están dentro de los estamentos corporativos o grupos de interés están en condiciones de reportar situaciones de inconducta. El reporte de violaciones a las disposiciones que regulan las actividades debe estar explícitamente incluidos en la protección a informantes (*whistleblowers*). Al respecto el Consejo de Europa adoptó, en el año 2013, una regla estándar sobre la materia<sup>78</sup>.

## IX. LA SITUACIÓN EN LA ARGENTINA

En nuestra organización institucional, han existido muchos proyectos, varios en trámite.

La reforma constitucional de 1994 planteó en el art. 36 una dura prevención contra el enriquecimiento a costa del erario público y la necesidad de dictar una ley de ética pública, lo que implicó introducir los conceptos de transparencia y responsabilidad. Esta ley 25.188 de 1999 establece un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades a quienes se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal; su aplicación se extiende a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado. La complementan normas penales, así como varios decretos reglamentarios (de la referida ley dec. 164/99),

76. Ver [www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/Whistleblowers/protecting\\_whistleblowers\\_en.as](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/Whistleblowers/protecting_whistleblowers_en.as)

77. JAMES FULCHER, *Labor Movements, Employers and the State. Conflict and Co-operation in Britain and Sweden*, Oxford: Clarendon Press, 1991, 367 págs.

78. Ver [www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/Whistleblowers/protecting\\_whistleblowers\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/Whistleblowers/protecting_whistleblowers_en.asp)

de la oficina de Ética Pública (decs. 152 y 879/97), del Código de Ética para la Función Pública (dec. 41/99), del régimen de obsequios a funcionarios (dec. 1179/16) y rigen distintos regímenes de declaraciones juradas.

Asimismo rigen tratados internacionales suscriptos, comenzando por la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la ley 24.579, de 1997, que junto con la reciente ley 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, dan cuerpo a un marco, si bien impreciso. Es notorio que empresas, sindicatos y pretendidas asociaciones de bien público gestionan y presionan sin regulación ni transparencia, invocando muchas veces intereses generales, pero realmente defendiendo causas y privilegios particulares, y en muchas situaciones en perjuicio de otros intereses de igual relevancia, resultando, en definitiva, una afectación ineludible del bien común.

Por tanto, dentro de la medida propuesta por la convención para impedir el soborno de funcionarios y estimular la participación de la sociedad civil, una regulación de los *lobbies* es una instancia imprescindible que no debiera demorarse más.

## X. CONCLUSIONES

El derecho a expresar las preocupaciones e intereses, y en consecuencia influir en las políticas públicas, es fundamental para un sistema democrático y republicano. Es este un derecho que no solo corresponde a los ciudadanos sino a los grupos que representan intereses colectivos. Las empresas, los sindicatos, las asociaciones, los Colegios profesionales, universidades y academias, la Iglesia y las distintas confesiones tienen derecho a ejercer sus derechos de petición y de realizar *lobby*, sea en aras de sus propios intereses o de aquellos más amplios en un marco económico social o ambiental.

El problema, a pesar de la existencia de las normas analizadas, dista aún de ser resuelto, pues abundan los ejemplos de entidades y empresas locales o multinacionales que ostentan o declaman estos principios y aparecen, luego, en conductas contradictorias a través de prácticas de *lobby* en los umbrales de la corrupción. Si las empresas –y

esto también se extiende a las organizaciones no gubernamentales—, quieren continuar manteniendo la confianza de las sociedades y retener su derecho a influenciar conductas deben ser coherentes entre lo dicho y lo hecho.

Lo mismo se puede afirmar de los otros actores en la sociedad, como los sindicatos y las ONG, o los colegios profesionales. Si bien hay un derecho a petionar, que redundo, sin duda, en un consiguiente derecho a que esa petición sea oída, con la posibilidad legítima de alcanzar la finalidad de influenciar en decisiones de legislación o gobierno, deben ser acatadas las reglas básicas de leal transparencia y responsabilidad en su ejercicio. Sean las voluntarias como los códigos de ética o los regímenes de auditoría y control interno, y también las que se legislen para el contralor externo.

Aún así hay riesgos. En particular, la pérdida de legitimidad. Lo que un tiempo fue una conducta de individuos apasionados se ha convertido en una industria gigantesca con recursos que pueden competir con los políticos o los funcionarios públicos. Es que muchas veces la ley no se cumple, o solo parcialmente, y demasiada influencia queda en manos de individuos o corporaciones con intereses *exclusivos* de carácter comercial o nacional, relacionados con una visión determinada de cómo la sociedad debe cambiar. El enorme potencial del *lobbying* y su influencia en el mundo de la política, en consecuencia, debe ser regulado en forma efectiva, y asumido por el conjunto de la sociedad.

Aunque las relaciones entre los Gobiernos y los actores no estatales, como las corporaciones o sindicatos, son diferentes en el ámbito local, nacional e internacional, de allí que deban ser entendidas y analizadas en su contexto, las instancias de participación en los procesos legislativos deben ser abiertas y transparentes desde sus primeras etapas para permitir el escrutinio o análisis del público. Aun la posibilidad de mecanismos acelerados de aprobación de leyes no debe ser óbice para reducir la participación popular. Con respecto a las decisiones de los poderes judiciales y administrativos, deben existir instancias de apelación y revisión imparciales que ejerzan control sobre prácticas indebidas dentro de un marco normativo general.

Es útil como colofón recordar las palabras al respecto de James Madison en El Federalista N° 10, pues son una clara lección de polí-

tica y mantienen toda su vigencia, demostrando lo perenne de ciertas cuestiones<sup>79</sup>.

79. De El Correo de Nueva York, viernes 23 de noviembre de 1787.

El Federalista X. Madison. Al Pueblo del Estado de Nueva York: Entre las numerosas ventajas que ofrece una Unión bien estructurada, ninguna merece ser desarrollada con más precisión que su tendencia a suavizar y dominar la violencia del espíritu de partido. Nada produce al amigo de los gobiernos populares más inquietud acerca de su carácter y su destino que observar su propensión a este peligroso vicio. No dejará, por lo tanto, de prestar el debido valor a cualquier plan que, sin violar los principios que profesa, proporcione un remedio apropiado para ese defecto. La falta de fijeza, la injusticia y la confusión a que abre la puerta en las asambleas públicas, han sido realmente las enfermedades mortales que han hecho perecer a todo gobierno popular; y hoy siguen siendo los tópicos predilectos y fecundos de los que los adversarios de la libertad obtienen sus más plausibles declamaciones.

Nunca admiraremos bastante el valioso adelanto que representan las constituciones americanas sobre los modelos de gobierno popular, tanto antiguos como modernos; pero sería de una imperdonable parcialidad sostener que, a este respecto, han apartado el peligro de modo tan efectivo como se deseaba y esperaba. Los ciudadanos más prudentes y virtuosos, tan amigos de la buena fe pública y privada como de la libertad pública y personal, se quejan de que nuestros gobiernos son demasiado inestables, de que el bien público se descuida en el conflicto de los partidos rivales y de que con harta frecuencia se aprueban medidas no conformes con las normas de la justicia y los derechos del partido más débil, impuestas por la fuerza superior de una mayoría interesada y dominadora.

Aunque desearíamos vivamente que esas quejas no tuvieran fundamento, la evidencia de hechos bien conocidos no nos permite negar que son hasta cierto grado verdaderas. Es muy cierto que si nuestra situación se revisa sin prejuicios, se encontrará que algunas de las calamidades que nos abruman se consideran erróneamente como obra de nuestros gobiernos; pero se descubrirá al mismo tiempo que las demás causas son insuficientes para explicar, por sí solas, muchos de nuestros más graves infortunios y, especialmente, la actual desconfianza, cada vez más intensa, hacia los compromisos públicos, y la alarma respecto a los derechos privados, que resuenan de un extremo a otro del continente. Estos efectos se deben achacar, principalmente si no en su totalidad, a la inconstancia y la injusticia con que un espíritu faccioso ha corrompido nuestra administración pública.

Por facción entiendo cierto número de ciudadanos, estén en mayoría o en minoría, que actúan movidos por el impulso de una pasión común, o por un interés adverso a los derechos de los demás ciudadanos o a los intereses permanentes de la comunidad considerada en conjunto.

Hay dos maneras de evitar los males del espíritu de partido: una consiste en suprimir sus causas, la otra, en reprimir sus efectos.

Hay también dos métodos para hacer desaparecer las causas del espíritu de partido: destruir la libertad esencial a su existencia, o dar a cada ciudadano las mismas opiniones, las mismas pasiones y los mismos intereses.

Del primer remedio puede decirse con verdad que es peor que el mal perseguido. La libertad es al espíritu faccioso lo que el aire al fuego, un alimento sin el cual extingue. Pero no sería menor locura suprimir la libertad, que es esencial para la vida política, porque nutre a las acciones, que el desear la desaparición del aire, indispensable a la vida animal, porque comunica al fuego su energía destructora.

El segundo medio es tan impracticable como absurdo el primero. Mientras la razón humana no sea infalible y tengamos libertad para ejercerla, habrá distintas opiniones.

Mientras exista una relación entre la razón y el amor de sí mismo, las pasiones y las opiniones influirán unas sobre otras y las últimas se adherirán a las primeras. La diversidad en las facultades del hombre, donde se origina el derecho de propiedad, es un obstáculo insuperable a la unanimidad de los intereses. El primer objeto del gobierno es la protección de esas facultades. La protección de facultades diferentes y desiguales para adquirir propiedad, produce inmediatamente la existencia de diferencias en cuanto a la naturaleza y extensión de la misma; y la influencia de estas sobre los sentimientos y opiniones de los respectivos propietarios, determina la división de la sociedad en diferentes intereses y partidos.

Como se demuestra, las causas latentes de la división en facciones tienen su origen en la naturaleza del hombre; y las vemos por todas partes que alcanzan distintos grados de actividad según las circunstancias de la sociedad civil. El celo por diferentes opiniones respecto al gobierno, la religión y muchos otros puntos, tanto teóricos como prácticos; el apego a distintos caudillos en lucha ambiciosa por la supremacía y el poder, o a personas de otra clase cuyo destino ha interesado a las pasiones humanas, han dividido los hombres en bandos, los han inflamado de mutua animosidad y han hecho que estén mucho más dispuestos a molestar y oprimirse unos a otros que a cooperar para el bien común. Es tan fuerte la propensión de la humanidad a caer en animadversiones mutuas, que cuando le faltan verdaderos motivos, los más frívolos e imaginarios pretextos han bastado para encender su enemistad y suscitar los más violentos conflictos. Sin embargo, la fuente de discordia más común y persistente es la desigualdad en la distribución de las propiedades.

Los propietarios y los que carecen de bienes han formado siempre distintos bandos sociales. Entre acreedores y deudores existe una diferencia semejante. Un interés de los propietarios raíces, otro de los fabricantes, otro de los comerciantes, uno más de los grupos adinerados y otros intereses menores, surgen por necesidad en las naciones civilizadas y las dividen en distintas clases, a las que mueven diferentes sentimientos y puntos de vista. La ordenación de tan variados y opuestos intereses constituye la tarea primordial de la legislación moderna, pero hace intervenir al espíritu de partido y de bandería en las operaciones necesarias y ordinarias del gobierno.

Ningún hombre puede ser juez en su propia causa, porque su interés es seguro que privaría de imparcialidad a su decisión y es probable que también corrompería su integridad. Por el mismo motivo, más aún, por mayor razón, un conjunto de hombres no puede ser juez y parte a un tiempo; y, sin embargo, ¿qué son los actos más importantes de la legislatura sino otras tantas decisiones judiciales, que ciertamente no se refieren a los derechos de una sola persona, pero interesan a los dos grandes conjuntos de ciudadanos? ¿Y qué son las diferentes clases de legislaturas, sino abogados y partes en las causas que resuelven? ¿Se propone una ley con relación a las deudas privadas? Es una controversia en que de un lado son parte los acreedores y de otro los deudores. La justicia debería mantener un equilibrio entre ambas. Pero los jueces lo son los partidos mismos y deben serlo; y hay que contar con que el partido más numeroso o, dicho en otras palabras, el bando más fuerte, prevalezca. ¿Las industrias domésticas deben ser estimuladas, y si es así, en qué grado, imponiendo restricciones a las manufacturas extranjeras? He aquí asuntos que las clases propietarias decidirán de modo diferente que las fabriles, y en que probablemente ninguna de las dos se atendería únicamente a la justicia ni al bien público. La fijación de los impuestos que han de recaer sobre las distintas clases de propiedades parece requerir la imparcialidad más absoluta; sin embargo, tal vez no existe un acto legislativo que ofrezca al partido dominante mayor oportunidad ni más tentaciones para pisotear las reglas de la justicia.

Cada chelín con que sobrecarga a la minoría es un chelín que ahorra en sus propios bolsillos.

Es inútil afirmar que estadistas ilustrados conseguirán coordinar estos opuestos intereses, haciendo que todos ellos se plieguen al bien público. No siempre llevarán el timón estos estadistas. Ni en muchos casos puede efectuarse semejante coordinación sin tener en cuenta remotas e indirectas consideraciones, que rara vez prevalecerán sobre el interés inmediato de un partido en hacer caso omiso de los derechos de otro o del bien de todos.

La conclusión a la que debemos llegar es que las causas del espíritu de facción no pueden suprimirse y que el mal solo puede evitarse teniendo a raya sus efectos.

Si un bando no tiene la mayoría, el remedio lo proporciona el principio republicano que permite a esta última frustrar los siniestros proyectos de aquél mediante una votación regular. Una facción podrá entorpecer la administración, trastornar a la sociedad; pero no podrá poner en práctica su violencia ni enmascararla bajo las formas de la Constitución. En cambio, cuando un bando abarca la mayoría, la forma del gobierno popular le permite sacrificar a su pasión dominante y a su interés, tanto el bien público como los derechos de los demás ciudadanos. Poner el bien público y los derechos privados a salvo del peligro de una facción semejante y preservar a la vez el espíritu y la forma del gobierno popular es en tal caso el magno término de nuestras investigaciones. Permítaseme añadir que es el gran desiderátum que rescatará a esta

forma de gobierno del oprobio que tanto tiempo la ha abrumado y la encomendará a la estimación y la adopción del género humano.

¿Qué medios harán posible alcanzar este fin? Evidentemente que solo uno de dos. O bien debe evitarse la existencia de la misma pasión o interés en una mayoría al mismo tiempo, o si ya existe tal mayoría, con esa coincidencia de pasiones o intereses, se debe incapacitar a los individuos que la componen, aprovechando su número y situación local, para ponerse de acuerdo y llevar a efecto sus proyectos opresores. Si se consiente que la inclinación y la oportunidad coincidan, bien sabemos que no se puede contar con motivos morales ni religiosos para contenerla. No son frenos bastantes para la injusticia y violencia de los hombres, y pierden su eficacia en proporción al número de estos que se reúnen, es decir, en la proporción en que esta eficacia se hace necesaria.

Este examen del problema permite concluir que una democracia pura, por la que entiendo una sociedad integrada por un reducido número de ciudadanos, que se reúnen y administran personalmente el gobierno, no puede evitar los peligros del espíritu sectario. En casi todos los casos, la mayoría sentirá un interés o una pasión comunes; la misma forma de gobierno producirá una comunicación y un acuerdo constantes; y nada podrá atajar las circunstancias que incitan a sacrificar al partido más débil o a algún sujeto odiado. Por eso estas democracias han dado siempre el espectáculo de su turbulencia y sus pugnas; por eso han sido siempre incompatibles con la seguridad personal y los derechos de propiedad; y por eso, sobre todo, han sido tan breves sus vidas como violentas sus muertes. Los políticos teóricos que han patrocinado estas formas de gobierno han supuesto erróneamente que reduciendo los derechos políticos del género humano a una absoluta igualdad, podrían al mismo tiempo igualar e identificar por completo sus posesiones, pasiones y opiniones.

Una república, o sea, un gobierno en que tiene efecto el sistema de la representación, ofrece distintas perspectivas y promete el remedio que buscamos. Examinemos en qué puntos se distingue de la democracia pura y entonces comprenderemos tanto la índole del remedio cuanto la eficacia que ha de derivar de la Unión.

Las dos grandes diferencias entre una democracia y una república son: primera, que en la segunda se delega la facultad de gobierno en un pequeño número de ciudadanos, elegidos por el resto; segunda, que la república puede comprender un número más grande de ciudadanos y una mayor extensión de territorio.

El efecto de la primera diferencia consiste, por una parte, en que afina y amplía la opinión pública, pasándola por el tamiz de un grupo escogido de ciudadanos, cuya prudencia puede discernir mejor el verdadero interés de su país, y cuyo patriotismo y amor a la justicia no estará dispuesto a sacrificarlo ante consideraciones parciales o de orden temporal. Con este sistema, es muy posible que la voz pública, expresada por los representantes del pueblo, este más en consonancia con el bien público que si la expresara el pueblo mismo, convocado con ese fin. Por otra parte, el efecto puede ser el inverso. Hombres de natural revoltoso, con prejuicios locales o designios siniestros,

pueden empezar por obtener los votos del pueblo por medio de intrigas, de la corrupción o por otros medios, para traicionar después sus intereses. De aquí se deduce la siguiente cuestión: ¿son las pequeñas repúblicas o las grandes quienes favorecen la elección de los más aptos custodios del bienestar público? Y la respuesta está bien clara a favor de las últimas por dos evidentes razones:

En primer lugar, debe observarse que por pequeña que sea una república sus representantes deben llegar a cierto número para evitar las maquinaciones de unos pocos, y que, por grande que sea, dichos representantes deben limitarse a determinada cifra para precaverse contra la confusión que produce una multitud. Por lo tanto, como en los dos casos el número de representantes no está en proporción al de los votantes, y es proporcionalmente más grande en la república más pequeña, se deduce que si la proporción de personas idóneas no es menor en la república grande que en la pequeña, la primera tendrá mayor campo en que escoger y consiguientemente más probabilidad de hacer una selección adecuada.

En segundo lugar, como cada representante será elegido por un número mayor de electores en la república grande que en la pequeña, les será más difícil a los malos candidatos poner en juego con éxito los trucos mediante los cuales se ganan con frecuencia las elecciones; y como el pueblo votará más libremente, es probable que elegirá a los que posean más méritos y una reputación más extendida y sólida.

Debo confesar que en este, como en casi todos los casos, hay un término medio, ambos lados del cual se encontrarán inconvenientes. Ampliando mucho el número de los electores, se corre el riesgo de que el representante esté poco familiarizado con las circunstancias locales y con los intereses menos importantes de aquellos; y reduciéndolo demasiado, se ata al representante excesivamente a estos intereses, y se le incapacita para comprender los grandes fines nacionales y dedicarse a ellos. En este aspecto la Constitución federal constituye una mezcla feliz; los grandes intereses generales se encomiendan a la legislatura nacional, y los particulares y locales a la de cada Estado.

La otra diferencia estriba en que el gobierno republicano puede regir a un número mucho mayor de ciudadanos y una extensión territorial más importante que el gobierno democrático; y es principalmente esta circunstancia la que hace menos temibles las combinaciones facciosas en el primero que en este último. Cuanto más pequeña es una sociedad, más escasos serán los distintos partidos e intereses que la componen; cuanto más escasos son los distintos partidos e intereses, más frecuente es que el mismo partido tenga la mayoría; y cuanto menor es el número de individuos que componen esa mayoría y menor el círculo en que se mueven, mayor será la facilidad con que podrán concertarse y ejecutar sus planes opresores. Ampliad la esfera de acción y admitiréis una mayor variedad de partidos de intereses; haréis menos probable que una mayoría del total tenga motivo para usurpar los derechos de los demás ciudadanos; y si ese motivo existe, les será más difícil a todos los que lo sienten descubrir su propia fuerza, y obrar todos de concierto. Fuera de otros impedimentos, debe señalarse que cuando existe la conciencia de que se abriga un propósito injusto

---

o indigno, la comunicación suele ser reprimida por la desconfianza, en proporción al número cuya cooperación es necesaria.

De lo anterior se deduce claramente que la misma ventaja que posee la república sobre la democracia, al tener a raya los efectos del espíritu de partido, la tiene una república grande en comparación a una pequeña y la posee la Unión sobre los Estados que los virtuosos sentimientos e ilustrada inteligencia los hacen superar los prejuicios locales y los proyectos injustos? No puede negarse que la representación de la Unión tiene mayores probabilidades de poseer esas necesarias dotes. ¿Consiste acaso en la mayor seguridad que ofrece la diversidad de partidos, contra el advenimiento de uno que supere y oprima al resto? La creciente variedad de los partidos que integran la Unión, aumenta en igual grado esta seguridad. ¿Consiste, finalmente, en los mayores obstáculos que se oponen a que se pongan de acuerdo y se realicen los deseos secretos de una mayoría injusta e interesada? Aquí, una vez más, la extensión de la Unión otorga a esta su ventaja más palpable.

La influencia de los líderes facciosos puede prender una llama en su propio Estado, pero no logrará propagar una conflagración general en los restantes. Una secta religiosa puede degenerar en bando político en una parte de la Confederación; pero las distintas sectas dispersas por toda su superficie pondrán a las asambleas nacionales a salvo desemejante peligro. El entusiasmo por el papel moneda, por la abolición de las deudas, por el reparto de la propiedad, o a favor de cualquier otro proyecto disparatado o pernicioso, invadirá menos fácilmente el cuerpo entero de la Unión que un miembro determinado de ella; en la misma proporción que esa enfermedad puede contagiar a un solo condado o distrito, pero no a todo un Estado. En la magnitud y en la organización adecuada de la Unión, por tanto, encontramos el remedio republicano para las enfermedades más comunes de ese régimen. Y mientras mayor placer y orgullo sintamos en ser republicanos, mayor debe ser nuestro celo por estimar el espíritu y apoyar la calidad de Federalistas”.

*PUBLIO.*

Ver [http://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/fed10.asp](http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed10.asp)

# RAÍCES EUGENÉSICAS DE LOS ABORTOS NO PUNIBLES EN ARGENTINA

## EUGENESIC ROOTS OF NON-PUNISHABLE ABORTIONS IN ARGENTINA

EZEQUIEL ABÁSULO<sup>1</sup>

### RESUMEN

El actual artículo 86, inciso 2º, del Código Penal argentino no es una norma de raíz “progresista” ni protectora de la mujer encinta, sino una regla autoritaria fundada en la doctrina eugenésica en boga cuando se sancionó, en 1921, que preconizaba el derecho a eliminar seres humanos indeseables para preservar la higiene racial.

### PALABRAS CLAVE

Progresismo - Aborto eugenésico - Higiene racial - Impunidad - Violación.

### ABSTRACT

The current article 86, paragraph 2, of the Argentine Criminal Code is not a “progressive” rule nor protective of the pregnant wo-

1. Profesor Titular de Historia del Derecho Argentino. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica Argentina (ezequielabasolo@gmail.com - Arbitraje: 22/8/2018 - evaluación: 24/9/18).

man but an authoritative rule based on the eugenic doctrine in vogue when sanctioned, in 1921, which advocated the “right” to eliminate undesirable human beings to preserve racial hygiene.

#### KEY WORDS

Progressivism – Eugenic abortion - Racial hygiene - Impunity - Rape.

Haciéndose eco de los argumentos sostenidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 13 de marzo de 2012, en autos “F., A.L.”<sup>2</sup> resuenan con motivo de los debates relativos a la despenalización del aborto las palabras del inciso 2° del artículo 86 del Código Penal vigente, conforme con las cuales no es punible el aborto “si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”. No me interesa criticar aquí los endebles argumentos esgrimidos entonces por el Tribunal ni la caprichosa decisión que este adoptó, en tanto que es injustificadamente ajena a la tradición jurisprudencial de la misma Corte. Para la crítica a los fundamentos de ese pronunciamiento me basta remitirme a un magnífico trabajo del colega Patricio López Díaz-Valentín<sup>3</sup>.

Lo que pretendo, en cambio, es detenerme en el alcance y sentido del meneado inciso 2° del artículo 86, en el cual se han querido identificar reflejos del principio *pro homine*, de resultas del cual se privilegiaría la aplicación de la “interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal”<sup>4</sup> (así lo preconizó la

2. CSJN, F., A. L. s/ medida autosatisfactiva, Fallos: 335:197 (“F. A. L”).

3. PATRICIO J. LÓPEZ DÍAZ-VALENTÍN, “La fundamentación eugenésica del Artículo 86, inc. 2°, del Código Penal y el fallo ‘F., A. L. s/ medida autosatisfactiva’”. Convalidación de una teoría aberrante”, *Prudentia Iuris*, n° 79 (junio de 2015), p. 217 y sigs.

4. Sobre los alcances de este principio, véase MÓNICA PINTO, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en “La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales loca-

Corte en el considerando 17° del caso citado). Nada más alejado de la verdad que lo anterior. En efecto, el pretendido progresismo del inciso responde a una matriz estatal autoritaria, la misma de la cual abrevaron, entre otras, las más repugnantes construcciones jurídicas eugenésicas del siglo pasado.

Sabemos de dónde vino el dispositivo del inciso 2°, artículo 86, y cómo llegó a nuestro código. Surgió de concepciones eugenésicas, muy al gusto de la época, consagratorias no de una pretendida libertad de las mujeres, sino del “derecho” del estado a eliminar seres humanos indeseables. O sea, de la negación más absoluta de la finalidad humanista de un auténtico Estado de derecho.

La inserción en el código no se debió a la obra del autor general, que fue el diputado demócrata bonaerense Rodolfo Moreno (hijo), sino a la participación de los tres integrantes de la comisión revisora del proyecto en la Cámara Alta, senadores Joaquín V. González, Enrique del Valle Iberlucea y Pedro A. Garro. Así, en septiembre de 1920, estos informaron a sus pares que era “la primera vez que una legislación va a atreverse a legitimar el aborto con un fin eugenésico para evitar que de una mujer idiota o enajenada (...) nazca un ser anormal o degenerado”<sup>5</sup>. Su modelo de referencia fue el artículo 112 del anteproyecto de código penal suizo de 1916. Su fuente de conocimiento de este dispositivo resultó más bien endeble: los senadores no alcanzaron a leer el anteproyecto en sí mismo ni mucho menos las discusiones de sus autores, sino que basaron su dictamen en las informaciones favorables sobre el proyecto vertidas por el penalista español, futuro miembro informante de la comisión redactora de la constitución republicana de 1931 y exiliado en la Argentina durante el gobierno de Francisco Franco, Luis Jiménez de Asúa, en su obra *La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericana...*<sup>6</sup>.

---

les”, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, 1997, p. 163.

5. Cfr. RODOLFO MORENO (H.), *El código penal y sus antecedentes*, t. III, Buenos Aires, H. A. Tommasi editor, 1923, p. 419 y sigs.

6. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericana*, Suárez, Madrid, 1918.

En abono de su punto de vista, los senadores citaron la “autoridad” del profesor ginebrino Alfred Gautier (uno de los maestros de Jiménez de Asúa), quien evaluaba que se “podrían añadir consideraciones de orden étnico, y que cuando el embarazo sea resultado de un atentado cometido sin violencia, contra una mujer idiota, enajenada, inconsciente o incapaz de resistencia, podría argüirse (...) el interés de la raza”<sup>7</sup>. En definitiva, para sus autores el punto estaba más que claro. Vale decir, “¿qué puede resultar de bueno de una mujer demente o cretina?”<sup>8</sup>.

A mayor abundamiento, cabe recordar que entre sus motivos la Comisión responsable de la inserción del inciso 2º del artículo 86 del Código Penal señalaba también: “El tema es seductor y su desarrollo en este informe podría llevarnos muy lejos, haciéndonos entrar en el dominio de la eugénica, cuyo estudio reviste para algunos miembros de esta Comisión una importancia trascendental y cuyos problemas deben interesar profunda e intensamente a los legisladores, pedagogos, sociólogos y juristas de nuestro país. La misma ciencia penal se preocupa de las aplicaciones de sus principios para combatir con mayor eficacia el aumento de la criminalidad. El VII Congreso de Antropología Criminal, celebrado en Colonia, en 1911, se ocupó de la esterilización de los criminales. Y en trece estados de Norteamérica se han dictado ya leyes esterilizadoras de criminales y enfermos mentales”<sup>9</sup>. El corolario, pues, era terminante: “es indiscutible que la ley debe consentir el aborto cuando es practicado, con intervención facultativa, a los fines del perfeccionamiento de la raza”<sup>10</sup>.

Va de suyo, de acuerdo con lo explicado hasta aquí, que el aborto no punible contemplado en el artículo 86, inciso 2, del Código Penal vigente argentino nada tiene que ver con empoderamiento femenino alguno, ni por asomo. Por el contrario, como señala Renato Rabbi-Baldi Cabanillas no puede dudarse de que la intención del legis-

7. El criminalista suizo Gautier se destacó como traductor al francés del anteproyecto de Código Penal suizo de 1893. Cfr. LEON RADZINOWICZ, *Adventures in Criminology*, Londres, Routledge, 1999, p. 31.

8. *Ibíd.*

9. Cfr. Rodolfo Moreno (h.), *ob. cit.*, p. 221.

10. *Ibíd.*

lador no fue sino eugenésica<sup>11</sup>. En consecuencia, esta cláusula viene a adolecer de una profunda e insalvable inconstitucionalidad, propia de reflejar un clima de época signado por la primacía de una disciplina pseudocientífica conforme con la cual, como bien lo explica el distinguido profesor de la Universidad de Buenos Aires Ricardo Rabinovich-Berkman, se pretendía reducir la noción de ser humano a una dimensión meramente biológica, susceptible de ser disociada del concepto de persona<sup>12</sup>.

Para finalizar, no se pierdan de vista las inequívocas palabras de uno de los más destacados corifeos del aborto eugenésico. Me refiero al ya recordado Luis Jiménez de Asúa, quien, en un artículo titulado “El aborto y su impunidad” –significativamente citado en el dictamen que la Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación presentó el 1 de noviembre de 2010, con la firma de los doctores Stella Maris Martínez y Julián Horacio Langevin, en la recordada causa “F., A. L.”<sup>13</sup>– expresó con brutal sinceridad: “La interrupción del embarazo con miras eugénicas persigue una recta finalidad: impedir el nacimiento de infelices seres tarados, con una enorme carga degenerativa”<sup>14</sup>.

11. RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS, “El aborto no punible en la Argentina. Consideraciones sobre el sentido de la norma permisiva y prospectivas desde una filosofía del derecho constitucional, a partir del caso ‘F., A.L.’ de la Corte Suprema”. En AA. VV., *Pensar en Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2012, p. 347.

12. RICARDO RABINOVICH-BERKMAN, “El derecho frente a una nueva eugenesia”, disponible en: <http://www.uba.ar/encrucijadas/49/sumario/enc49-elderchofrente.html> (consultado el 31 de mayo de 2018).

13. STELLA MARIS MARTÍNEZ; JULIÁN HORACIO LANGEVIN, en el Dictamen de la Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “F.A.L.”, del 29 de octubre de 2010. Disponible en: <http://www.mpd.gov.ar/users/uploads/1340981259F%20A%20L%20s%20medida%20autosatisfactiva.pdf> (consultado el 31 de mayo de 2018).

14. Cfr. LUIS JIMÉNEZ DE AZÚA, “El aborto y su impunidad”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. 26 (abril-junio de 1942), p. 999.



**SOBRE EL SEÑORÍO DE LA MUJER  
SOBRE SU PROPIO CUERPO  
Y SOBRE LA PERSONALIDAD DEL EMBRIÓN  
ABOUT WOMEN DOMINANCE OVER THEIR OWN BODY  
AND THE PERSONALITY OF THE EMBRYO**

LUIS MARÍA BANDIERI<sup>1</sup>

**RESUMEN**

En el debate abierto acerca de la despenalización del aborto, aparecen recurrentemente dos tópicos: uno es el de que la mujer es dueña de su propio cuerpo; el otro, la duda acerca de que el embrión pueda ser considerado persona; que es mejor que se traten por separado. Siendo un tema que incita a acercársele en múltiples niveles –teológico, filosófico, político, jurídico, médico, biológico, entre otros–, todos ellos necesariamente entrelazados, el artículo se ha concentrado en el ángulo jurídico, que se evite evitar alguna referencia indispensable a otras disciplinas.

**PALABRAS CLAVE**

Aborto -Despenalización - Señorío del propio cuerpo - Embrión - Persona - Enfoque jurídico.

1. Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA) Profesor Titular Ordinario de Derecho Constitucional y de Derecho Político (UCA) (lmbandieri@gmail.com - Recepción: 7/6/2018 - evaluación: 14/6/2018).

## ABSTRACT

In the open debate about the decriminalization of abortion, two topics recurrently appear: one is that the woman owns her own body; the other the doubt that the embryo can be considered a person, that should better be considered separately.

Being a complex issue that encourages to be approached on multiple levels –theological, philosophical, political, legal, medical, biological, among others– all necessarily interwoven, the article is concentrated on the legal angle, without avoiding some indispensable reference to another disciplines.

## KEY WORDS

Abortion - Decriminalization - Ownership of own body - Embryo - Person - Legal angle.

## EXORDIO

En el debate abierto acerca de la despenalización del aborto, aparecen recurrentemente dos tópicos: uno es el de que la mujer es dueña de su propio cuerpo; el otro la duda acerca de que el embrión pueda ser considerado persona. Veámoslos por separado.

### I. "¿LA MUJER ES DUEÑA DE SU CUERPO?"

La mujer –según este artículo casi de fe– es dueña y señora de su propio cuerpo, disponiendo de él con *jus utendi et abutendi*. Puede, por lo tanto, "interrumpir su embarazo", es decir, abortar, como propietaria de esa vida que lleva en su seno y que no sería otra cosa que una extensión de su dominio corporal.

Desde muy atrás, en la cultura que llamamos occidental, el aborto provocado, esto es, la muerte del feto, fue objeto de sanción penal, con diversos matices respecto a cuándo considerar el punto de partida de la animación del nascituro, de acuerdo con el nivel de los cono-

cimientos biológicos en cada tiempo alcanzados. En otras palabras, la muerte del otro en el estado fetal se consideraba vulneración del bien primario de la integridad de la vida; un mal, en suma. La diferencia con nuestros tiempos es que ahora el aborto provocado se considera un bien deseable y, de acuerdo con la presente “revolución del deseo”, un derecho fundamental. Invocable, justamente, a partir del señorío absoluto sobre su propio cuerpo atribuido a la mujer: aborto legal, seguro y gratuito fue una de las proclamas de la marcha del 8M.

A poco de que se examine aquella consigna, se revela su carencia de fundamentos. Cuestión previa: la afirmación ¿podría comprender también implícitamente al macho de la especie, es decir el varón, que resultaría así, por acesión, enseñoreado de su devaluada corporalidad? La pregunta ni siquiera se plantea: asumamos que al hablar de la propiedad del propio cuerpo nos referimos exclusivamente de la mujer. Vamos, pues, al grano.

En puridad, no somos dueños de nuestro propio cuerpo. La propiedad es una noción relacional, como todo lo concerniente a la esfera jurídica, entre un sujeto y un bien cuyo dominio se dispone. No puede haber identidad entre sujeto propietario y bien propio de aquel; entre *dominium* y *dorninus*. En el caso de la propiedad del propio cuerpo, ¿quién ejerce el dominio sobre este? La única manera de romper la identidad entre ambos términos sería adoptar un dualismo animista extremo. Una entidad extracorpórea, la “mente”, el “alma” o el “yo”, serían titulares del cuerpo, que tendría el lugar de un instrumento apropiado por aquélla. Este dualismo va más allá que la distinción del viejo Descartes entre *res extensa* (cuerpo) y *res cogitans* (espíritu), porque allí se planteaba un paralelismo, mientras que ahora se supone una supremacía de este sobre aquel. Wittgenstein afirmaba que la dualidad mente-cuerpo es un error conceptual; según él, “el cuerpo humano es el mejor retrato del alma humana”<sup>2</sup>. Y el alma, si hemos de atenernos a lo que dijeron Aristóteles y Santo Tomás de Aquino, es la forma sustancial del cuerpo, no una sustancia por sí sola subsistente y que por sí sola obra sobre la sustancia corporal. No

2. WITTGENSTEIN, L., *Investigaciones filosóficas*, Barcelona, Crítica, 2008, p. 128.

he visto en la argumentación animista que dice que la mujer, el “yo” de la mujer, es dueña de su cuerpo una respuesta a estos planteos. Terry Eagleton, que no es precisamente un *pro life* frecuentador de sacristías, dice: “la creencia de que el cuerpo de cada uno es nuestra propiedad privada de la que podemos deshacemos a nuestro antojo”<sup>3</sup>, no es argumento invocable a favor del aborto.

La jurisprudencia se ha sumido no pocas veces en este infausto error del señorío sobre el propio cuerpo, invocado a modo de fundamento absoluto. En el famoso “Roe vs. Wade” (1973), la Corte Suprema de los EE. UU. estableció que una ley –como la Texas en ese caso en examen– que considerase delito el aborto, con la sola excepción de que estuviese en peligro la vida de la madre, quedaba fulminada de inconstitucionalidad porque invadía el derecho a la privacidad de la madre y, por consiguiente, su libre elección en cuanto a la continuidad del embarazo, resultante de la 14ª enmienda de la Constitución norteamericana.

Nuestra Corte ha incurrido en el mismo dislate, invocando el art. 19 de nuestra Constitución. Así, en “Bahamondez” (1993), se afirmó: “Cuando el art. 19 de la Constitución Nacional dice que ‘las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados’, concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida, de cuanto les es propio”. La conclusión de “Bahamondez” –reconocimiento de la objeción de conciencia de base religiosa a la transfusión sanguínea– puede muy bien aceptarse, pero el *obiter dictum* abría el paso a pronunciamientos semejantes a los del Supremo norteamericano.

Y remachó en “Albarracini” (2012), también referido a la objeción de conciencia: “En el caso, se trata del señorío sobre su propio cuerpo y, en consecuencia, un bien reconocido como de su pertenencia, garantizado por la declaración que contiene el art. 19 de la CN”.

3. EAGLETON, TERRY, *Materialismos*, Barcelona, Península, 2017, p. 56.

El 13 de marzo de 2012, la Corte Suprema de Justicia expidió el fallo en “F. A. L. s/medida autosatisfactiva”. Se trataba del planteo de la madre de una adolescente de quince años, en Chubut, que solicitaba que se practicara un aborto a su hija, presuntamente violada. Lo hizo a través de una “medida autosatisfactiva”. Una medida autosatisfactiva es el requerimiento de una respuesta judicial urgente a una situación que reclama una expedita intervención del órgano jurisdiccional. Se trata de un proceso autónomo que se agota con su despacho favorable por el tribunal, con una satisfacción definitiva de la pretensión deducida, dictada casi siempre *inaudita et altera pars*, es decir, sin intervención de la parte contraria afectada. Resulta el instrumento, de dudoso óleo constitucional, preferido de los jueces activistas, proclive a la arbitrariedad, y que se lleva puesta, en la mayoría de los casos, tanto la inviolabilidad de la defensa en juicio como la certeza jurídica. La medida solicitada por la madre de la menor fue rechazada en primera y segunda instancia en Chubut, pero el Superior Tribunal de Justicia provincial revocó los anteriores pronunciamientos y admitió lo solicitado por aquella. Ello llevó a que se practicara el aborto en el Hospital Zonal de Trelew. Mientras tanto, el Asesor General de la provincia, como tutor *ad litem* de menores e incapaces había deducido un recurso extraordinario para ante la Corte Suprema de Justicia federal, que fue concedido cuando ya la práctica abortiva había sido consumada. La argumentación del asesor se fundaba en que la decisión del Supremo chubutense no había tenido en cuenta el conjunto de normas constitucionales y de convenciones internacionales con jerarquía constitucional por las cuales el país está obligado a proteger la vida desde la concepción.

Cuando el asunto llegó a la Corte, pues, no había propiamente caso, el aborto ya había sido practicado. Sin embargo, el tribunal, que como todo supremo gusta de las sentencias oraculares, desde donde organizar el mundo como en la cima de un metafórico Olimpo o Sinaí, se pronunció “*sin utilidad para el caso (...) con la finalidad de que el criterio del tribunal sea expresado y conocido para la solución de casos análogos que puedan presentarse en el futuro*”. Decidió, entonces, en primer lugar, que la interpretación del art. 86, inc. 2º del Código Penal debía ser en el sentido disyun-

tivo<sup>4</sup>. Por lo tanto, estableció que una intervención como la solicitada no estaba supeditada a ninguna autorización judicial previa. La pregunta pendiente era, para el establecimiento y el médico interviniente, ¿cuándo debía considerarse que medió una violación y, por lo tanto, la práctica abortiva quedaría impune? Toda demora en esta consideración, según juicio de nuestro máximo tribunal, podría configurar “un acto de violencia institucional”. En consecuencia, basta la mera invocación que la mujer o su representante efectúe ante el profesional tratante, “declaración jurada mediante, que aquel ilícito es la causa de su embarazo”. Y aquí los jueces oraculares exhortan a las autoridades nacionales y provinciales “a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles”. De allí surgieron, en diversas jurisdicciones, como la CASA, por ejemplo, estos protocolos, según los cuales basta la invocación de que el embarazo proviene de una violación, efectua-

4. En nuestro país, el Código Penal prevé, en su art. 85, con distinta penalidad, dos tipos de aborto doloso, según se realice sin el consentimiento de la mujer o con él. En ambos supuestos, la pena se agrava si se produce la muerte de la mujer. El art. 87 considera el aborto preterintencional, cuando la muerte del feto se produce sin intención de provocarla. En el art. 88 se prevé la pena –uno a cuatro años– para la mujer que cause su aborto o lo consienta. El problema se ha planteado en el art. 86, segunda parte. En su primera parte, se establecen penas para los profesionales –médicos, parteras, enfermeros o farmacéuticos– que colaboran en el aborto. En la segunda parte, se establece la posibilidad de no punibilidad del aborto practicado por médico diplomado cuando haya peligro para la vida o salud de la madre (aborto terapéutico) y luego, con deficiente redacción, se establece también para el caso de violación o atentado al pudor sobre mujer idiota o demente. El punto debatible acaba en si debía leerse disyuntivamente o no la frase: “violación /o/ atentado al pudor sobre mujer idiota o demente” o “violación /y/ atentado al pudor sobre mujer idiota o demente”. El primer caso configura el llamado aborto sentimental o humanitario, proveniente de un delito (violación); el segundo, conforme a la mentalidad de la época de dictado del código, configura el llamado aborto eugenésico. La lectura no disyuntiva conducía a concentrarse en la impunidad del aborto eugenésico solamente. La otra, a extender la impunidad también a los casos de violación de cualquier mujer. Obsérvese, en fin, que no se excluía, en ningún caso, el carácter delictuoso del aborto. Se establecían hipótesis en que el delito estaba exento de pena, sin privar por ello a la conducta de su carácter antijurídico.

da por representante legal hasta los dieciséis años y a partir de allí por la presunta víctima (“a partir de los 16 años, el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”, CCyC, art. 26, *in fine*) para que la práctica sea efectuada.

Este es el marco legal con el que se llega a los debates en el Congreso. No se trata de fijar los alcances de la exención de pena en el aborto considerado como un delito, sino más bien establecer la legalidad del aborto como método anticonceptivo, en función del deseo personal de la mujer, ser autosuficiente y autónomo, dueña de su propio cuerpo, incluidas las extensiones producto de un embarazo.

El señorío sobre el propio cuerpo supone que uno ha creado su propio cuerpo. Pero nuestro genoma particular y nuestra propia carne derivan de otros. La mujer requiere el concurso del varón. La fecundación, sea corpórea o extracorpórea, requiere dos gametos (masculino y femenino) del que resulta un nuevo y particular genoma de la especie derivado de ambos progenitores, eslabón previo de la larga cadena de antecedentes que desembocan en el nuevo ser humano, todo ello en el contexto de de una familia, de una sociedad y, en términos más amplios, de la continuidad de la especie. Es tan obvio que el ser humano en gestación a partir de la fecundación del óvulo por el espermatozoide no resulta extensión del cuerpo de la mujer, que el embrión obtenido en fecundación extracorpórea puede ser implantado en el útero de una portadora, siendo objeto de un contrato en toda regla donde se establecen los derechos y obligaciones de las partes, “progenitores” y portadora del individuo en desarrollo, con su genoma particular e irrepetible.

El fundamento filosófico de esta “autonomía” del ser humano proviene del máximo filósofo de la Ilustración, Manuel Kant. “*Sapere aude!*”, proclamaba: atrévete a saber y saldrás de tu autoculpable minoría de edad, alzándote emancipado y autónomo. Kant<sup>5</sup> estaba entusiasmado con la *tríada política*, la voluntad universalmente conjunta en una triple persona: el poder soberano, en la persona del legisla-

5. KANT, IMMANUEL, *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho*, México, UNAM, 1978, pp. 142/7.

dor; el poder ejecutivo, según la ley, en la persona del gobierno; y el poder judicial (reconocimiento de lo mío de cada cual, según la ley) en la persona del juez. Así, la ciudad tenía su autonomía, formándose y conservándose según las leyes de la libertad. Del mismo modo, el individuo decide por sí la ley a que debe someterse, excluyéndose de ese modo la posibilidad de injusticia. La libertad y la ley coinciden: la voluntad de cada individuo es la misma voluntad que se ha realizado en la ley. A través de este “fraude intelectual inconsciente”, como decía Bertrand de Jouvenel<sup>6</sup>, el individuo soberano se convierte en titular de una *trías política* individual, dándose su propia ley, ejecutándola y sentenciándola por sí y ante sí, como huérfano sin ombligo que se siente *causa sui* dentro del imperativo categórico. Pero el dato irrefutable, en este caso, es que tenemos ombligo, que nos recuerda que somos eslabones de una cadena de generaciones, que nacemos dependientes y haremos nacer a otros dependiendo de nosotros. Que nuestra “autonomía”, en realidad, es autolimitación y que, a lo sumo, poseemos un cierto y recortado poder ejecutivo en nuestras decisiones. Buena parte de nuestros jueces, legisladores, opinadores y agitadores varios, como Monsieur Jourdain, hacen kantismo trasnochado sin saberlo.

## II. “¿EL EMBRIÓN ES PERSONA?”

Un organismo vivo es aquel que nace, crece, se reproduce y muere. El fenómeno de la vida distingue los reinos animal y vegetal de los demás elementos naturales. Vida humana es la que arranca en el momento del sintagma, cuando el gameto femenino es fecundado por el gameto masculino. En esa célula originaria, el huevo o cigoto, ya se han cruzado la información genética del padre con la de la madre, dando lugar a un genoma único e irrepetible. El cigoto no es una preforma, un antes al que sigue un distinto después, ya que no existe ninguna transformación esencial por la cual el embrión o el feto se convierta en algo que no fue desde el momento de su concepción, sal-

6. DE JOUVENEL, BERTRAND, *Sobre el poder*, Madrid, Unión Editorial SA, 1998, p. 68.

vo factores externos o un proceso patológico. Se es ser humano desde la concepción hasta la muerte.

Hasta aquí, el dato biológico. Ahora bien, ¿ese embrión es persona? Aclaremos: el ser humano es el individuo de la especie: concepto atemporal de base biológica. En cambio, “persona” es un concepto no atemporal, con una historia sobreañadida al concepto de ser humano. Sabemos que “persona” se origina en la máscara del actor (*per-sona-re*: resonar la voz en la actuación), en acepción extendida luego del objeto al actor que la portaba y al rol por él desempeñado, al “personaje”. De allí pasa al *jus*, que Gayo dividió según se refiriera a las personas, cosas o acciones. Originariamente, en derecho se usaba la expresión *caput*, relativa a la capacidad, que más tarde se convierte en atributo de las personas. Siendo el derecho una disciplina relacional, la noción de persona, en consecuencia, lo es (no puede concebirse la persona sin relacionarla con otra, mientras que el ser humano puede ser considerado, en algunas situaciones, robisonianamente aislado). Persona, jurídicamente hablando, es todo ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. Al nascituro, esto es, el concebido, se le reconocían ya en el *jus* clásico derechos para todos los efectos que le fueran favorables, entendido como favorable todo aquello que comportase una adquisición, por ejemplo, la institución de heredero o la designación de un tutor, a condición de que luego naciese con vida. Esta noción jurídica, depurada en el curso del tiempo, y tomando en cuenta el dato natural arriba apuntado, dará lugar a las definiciones legales del comienzo de la existencia de las personas al momento de la concepción, como asentó Vélez Sarsfield al redactar el Código Civil, y repite el actual.

La teología cristiana (siglos IV-V) toma la noción de “persona” para expresar conceptualmente el misterio de la Trinidad, y de allí las versiones del griego al latín (*prósopon* y *persona*, *hypostasis* y *sustantia*, *ousia* y *esentia*) en cuyo tránsito se va gestando la grieta entre la rama católica y la ortodoxa, aparece la definición de persona de Boecio (“sustancia individual de naturaleza racional”) y la expresión pasa al lenguaje filosófico y común. Pero el primer desarrollo del concepto es jurídico, y en esa esfera permanece y se desenvuelve (por ejemplo, con las personas jurídicas). “Horno plures personas sustinee” es un brocardo jurídico, ya que la persona, jurídicamente considera-

da como sujeto de derecho, puede actuar en diversas cualidades, y se trata de establecer en cuál de ellas está obrando. En nuestro tiempo, por un lado, se pretende negar la personalidad jurídica del embrión, del feto, del comatoso profundo, etc.; por otro, se intenta extender la noción de sujeto de “derechos” (esto es, pura subjetividad sin obligaciones) a los animales no humanos (grandes simios, p. ej., según Peter Singer, *et. al.*<sup>7</sup>) y a la misma Naturaleza (*deep ecolog*, constitución del Ecuador, Pachamama, etc.) en una extensión tal que la misma noción jurídica de persona se diluiría, volviéndose biodegradable. Desde el animalismo o “antiespecieísmo” se llega a sostener que la noción de “persona” debe desaparecer, sustituida por la de “ser humano”, “ser vivo”, “ser animado”, “Ser humano” y “persona” no son la misma cosa, aunque tendamos, y tendamos bien, a identificarlos en el sentido de considerar a todo ser humano, también como persona. Los esclavos no eran personas, en tanto sujetos de derecho, *res mancipi*, aunque para Gayo la *summa divisio* de las personas era entre seres libres y esclavos. Los embriones, para mucho opinólogo actual, no son personas; los fetos no son personas; los comatosos profundos no son personas, etc.

Bien está que el concepto de persona se debata hoy en las esferas moral, filosófica y teológica. Me permito recordar, como jurista, el plano más rudimental y antiguo, pero no menos eficaz, del desarrollo jurídico de esta noción fundamental. En cuya virtud, *zoé*, el horizonte de necesidad que une al hombre a las exigencias de la supervivencia, poder de autoconservación y actitud de resistencia ante la muerte puede elevarse a *Nos*, la vida que tiene forma, que es específicamente humana y que tiene en la *polis* su campo propicio de realización.

7. SINGER, PETER, *Animal Liberation. The definitive classic on the animal movement*, updated edition, New York, Harper Collins publishers, 2009. Peter Singer, al tiempo que denuncia el “especieísmo” que niega derechos a los animales no humanos, propicia, para los humanos, el control poblacional, la eutanasia, el aborto y hasta el infanticidio hasta el trigésimo día posterior al alumbramiento (ver del mismo autor “*Practica! Ethics*”, 2<sup>nd</sup> edition, Cambridge, 1993, pp. 175/217).

**III. EN DEFINITIVA,**

- Nuestra autonomía como seres sociales y como seres de la especie es limitada, siendo la idea de límite insita a todo concepto jurídico, lo que se aplica a la disponibilidad sobre el propio cuerpo, sea de la mujer como del varón, y a la indisponibilidad sobre el cuerpo de los otros;
- la noción jurídica de persona, apoyada en los datos biológicos, discurre en un arco temporal desde la concepción hasta la extinción por fallecimiento, sin que pueda ser objeto de mermas o recortes.

Toda decisión respecto de los dos aspectos hasta aquí tratados, que pretenda revestirse de las formas de la razón y de la ley, y no de la mera y desnuda voluntad de potencia, debe tener ineludiblemente en cuenta estas conclusiones.



**ALGUNAS NOTAS SOBRE LAS NORMAS  
PROVINCIALES, LOS TRATADOS  
INTERNACIONALES Y LA CONSTITUCIONALIDAD  
DE LA EDUCACIÓN RELIGIOSA EN “CASTILLO”**  
**NOTES ON PROVINCIAL NORMS, INTERNATIONAL TREATIES  
AND THE CONSTITUTIONALITY OF RELIGIOUS EDUCATION  
WITH REFERENCE TO THE “CASTILLO” TRIAL**

MARÍA SOLEDAD RICCARDI<sup>1</sup>

**RESUMEN**

Este comentario revisa algunos aspectos de la sentencia “Castillo” emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El pronunciamiento, que versa sobre la educación religiosa en escuelas públicas de la provincia de Salta, declaró la constitucionalidad de algunas de las leyes provinciales cuestionadas y la inconstitucionalidad de otras tantas: esta nota, por su parte, se centrará en la situación de las primeras. Así, se analizarán los argumentos vertidos por la Corte para sostener estas disposiciones (a saber: el art. 49 de la Constitución local, y el art. 8º, inc. m), de la ley 7546, conocida como la ley local de educación). También se examinará la situación de los tratados internacionales involucrados, su relación con la normativa provincial y su particular situación en el contexto nacional.

1. Abogada (UCA). LL.M. in International and Comparative Law (Georgetown University Law Center). Correo electrónico: msriccardi@gmail.com

**PALABRAS CLAVE**

Control de constitucionalidad - Autonomía provincial - Educación religiosa - Control de convencionalidad.

**ABSTRACT**

This note reviews some aspects of “Castillo”, a case settled by Argentina’s Supreme Court. The Court, which deals in “Castillo” with religious education in the province of Salta public schools, decided to uphold some of the local laws challenged, and to declare others unconstitutional: this article will focus on the standing of the first ones. Therefore, it will analyse the rationale set forth by the Court to sustain said laws (namely, Section 49 of the local constitution, and Section 8 (m) of law no. 7546, also known as the “Local Education Act.”). It shall also examine the situation of the international treaties involved, their relation to local rules, and their particular status in the national legal context.

**KEY WORDS**

Judicial review - State autonomy - Religious education - Conventionality control.

**I. INTRODUCCIÓN**

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Castillo, Carina Viviana y otros c. Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Provincia de Salta s/ amparo”<sup>2</sup>, resuelta en diciembre de 2017, decidió la constitucionalidad de los arts. 49 de la Constitución local y 8º, inc. m), de la ley local de educación; ambos, en conjunción, fuente normativa provincial del derecho a la educación religiosa en las

2. En adelante, “Castillo”. Disponible para su consulta en: <https://sj.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=SupFalloCastillo>

escuelas públicas primarias<sup>3</sup>. En efecto, la sentencia expedida por el tribunal se ocupa de revisar la constitucionalidad de las distintas normas impugnadas (a saber: art. 49 de la Constitución local<sup>4</sup>; los arts. 8º, inc. m) y 27, inc. ñ) de la ley 7546 de educación salteña<sup>5</sup>; la disposición 45/09 de la Dirección General de Educación Primaria<sup>6</sup>) y de determinar la viabilidad de la educación religiosa en escuelas públicas conforme las normas mencionadas.

Atendiendo a cuestiones de hecho, la Corte decidió impugnar el art. 27, inc. ñ), de la ley 7546, por entender que su aplicación práctica suscitaba un trato discriminatorio para aquellos alumnos que no de-

3. "Castillo" ha sido comentado por diversos autores, incluso con anterioridad al pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en sus instancias anteriores. Para una revisión acabada de los hechos y otros derechos en pugna, pueden consultarse: Lo Prete, O. (2013, 9 de agosto), "Educación religiosa en las escuelas estatales de Salta", LL, 2013-D-485; Ranieri de Cechini, D. (2012, 9 de abril), "Sobre una decisión judicial contra la educación católica en las escuelas públicas de Salta: una medida contradictoria", ED, 247; Calderone, S. (2017, 30 de octubre), "La educación religiosa en las escuelas públicas ante la Corte Suprema: comentarios al dictamen de la Procuración General de la Nación", LL- Supl. Const. 2017-E-6; entre otros.

4. "Artículo 49.- SISTEMA EDUCACIONAL. El sistema educacional contempla las siguientes bases: (...) Los padres y en su caso los tutores tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones".

5. "Artículo 8º.- Los principios, fines y criterios de la educación en la provincia de Salta son: (...) m) Garantizar que 'los padres y en su caso los tutores tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones', en cumplimiento del artículo 49 de la Constitución de la provincia de Salta".

"Artículo 27.- La educación primaria tiene como finalidad proporcionar una formación integral, básica y común. Son objetivos de la educación primaria en la provincia de Salta: (...) ñ) Brindar enseñanza religiosa, la cual integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase, atendiendo a la creencia de los padres y tutores quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos. Los contenidos y la habilitación docente requerirán el aval de la respectiva autoridad religiosa".

6. Cuestionada por cuanto requiere que los padres manifiesten si quieren que sus hijos reciban educación religiosa y, en caso afirmativo, expresen en qué creencia desean que sean instruidos. Otro de los aspectos cuestionados de la norma se relaciona con que tal manifestación sea archivada en el legajo personal del alumno y forme parte de la documentación institucional.

searan asistir a las clases de religión. Sin embargo, la Corte también decidió, en paralelo, mantener incólumes tanto el artículo pertinente de la Constitución local como el artículo 8º, inc. m), de la ley que han sido cuestionados (este último, réplica textual del anterior).

La sentencia analiza varios conceptos legales que se desprenden de las normas cuestionadas y hace particular énfasis en exponer la situación de aquellas normas facialmente neutrales pero pasibles de tener consecuencias discriminatorias, como entiende la Corte que es el caso de algunas de las normas impugnadas.

Esta nota, por su parte, se centrará en analizar los argumentos vertidos en la sentencia para declarar constitucionales tanto el art. 8º, inc. m), de ley local de educación como el art. 49 de la Constitución de Salta<sup>7</sup>. Se revisará, además, en línea con lo expresado en el pronunciamiento bajo análisis, la relación de aquellas dos normas con los tratados de jerarquía constitucional citados<sup>8</sup>.

## II. LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y LAS NORMAS PROVINCIALES

Para adentrarse en el análisis de los preceptos legales involucrados, la Corte comienza con un repaso del debate constituyente de 1853 para echar luz sobre el alcance del artículo 2º de la Constitución Nacional, que prescribe el sostenimiento del culto católico apostólico romano por parte del gobierno federal. Concluye que el mentado artículo no importó el establecimiento de la religión de la mayoría de los habitantes del país –en este caso, la católica– como religión oficial del Estado, criterio reiterado en ocasiones anteriores por el Tribunal<sup>9</sup>.

7. De aquí en más, cuando se haga referencia a las normas locales o provinciales, la referencia incluirá únicamente estas dos normas, y no la disposición de la DGE ni el art. 27, inc ñ, los cuales no son objeto de estudio en esta nota.

8. En este caso, la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) en su art. 12 (4); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 13 (3); y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 18 (4).

9. “Castillo”, considerando 8º.

Luego, considera el principio de neutralidad religiosa en la educación pública conforme el contexto constitucional argentino vigente. Al respecto, la Corte resalta que la modificación del año 1994 al texto constitucional buscó consagrar la máxima jerarquía de ciertos principios básicos que caracterizan a la educación pública argentina: su carácter neutral y gratuito, y el asegurar, mediante nuevos mecanismos, la igualdad real de oportunidades en el acceso a la educación<sup>10</sup>.

Sobre el particular, la Corte explica que el debate constitucional llevado a cabo en esa oportunidad versó sobre “qué precisiones correspondía incluir en la formulación del nuevo articulado para asegurar más eficazmente el logro de dichos objetivos; esto es, si correspondía establecer el deber del Estado de garantizar en la educación pública la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna –tesis finalmente consagrada normativamente–, o si resultaba necesario consignar expresamente la prescindencia religiosa de la educación pública”<sup>11</sup>.

La lógica que aquí se expresa es, cuanto menos, imperfecta: no resulta claro por qué todos ellos –la promoción de valores democráticos y la educación religiosa, conceptos que no solo no son antagónicos sino que, por el contrario, se complementan mutuamente– no podrían convivir armoniosamente dentro de la escuela pública. En efecto, se plantea la prescindencia de la educación religiosa en la escuela pública como un paso ulterior que complete a la cláusula finalmente consignada en la Constitución Nacional. Sin embargo, la actual fórmula del artículo 75, inc. 19<sup>12</sup> –donde decantó el texto finalmente

10. “Castillo”, considerando 13°.

11. Ídem.

12. “Artículo 75.- Corresponde al Congreso: (...) 19. (...) Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales”.

elegido– no obstruye la posibilidad del dictado de clases de religión, en tanto se preserven los principios allí plasmados.

Continúa la Corte su argumentación delimitando el alcance del principio de neutralidad: explica que este comprende la posibilidad de profesar o no libremente el culto en el ámbito escolar, con fundamento en el artículo 14 de la Constitución Nacional<sup>13</sup>. En necesaria alusión a los tratados internacionales de jerarquía constitucional, la Corte trae a colación aquellos que estipulan expresamente el derecho de los padres o tutores a que sus hijos o pupilos reciban educación religiosa de acuerdo con sus convicciones o creencias<sup>14</sup>.

La Corte resuelve la constitucionalidad del art. 49 de la Constitución salteña en el considerando 15 de la sentencia, aunque sin dejar del todo claro cómo arriba a tal solución. Primero, efectúa las referencias legales correspondientes<sup>15</sup>: el mencionado art. 75, inc. 19, de la Constitución Nacional, donde se delinea “la base de educación”, junto con el art. 5º, el cual asegura a las provincias el dictado de una constitución local que, respetando las condiciones allí enunciadas, asegure la educación primaria. Estos artículos habilitan a la provincia a establecer en el art. 49 de su carta orgánica que los padres o tutores tienen derecho a que sus hijos reciban educación religiosa en la escuela pública conforme a sus convicciones.

Para arribar finalmente a la conclusión, la Corte compara la redacción del art. 49 con aquella de los tratados pertinentes; resuelve que ambas son casi literalmente idénticas y señala que en el caso sal-

13. “Castillo”, considerando 14.

14. Véase nota 4. El análisis de estos tratados se aborda en el punto III de este comentario.

15. Existen otras dos normas relacionadas con lo planteado en Castillo: una de ellas, la célebre ley 1420 de educación, erróneamente catalogada por muchos como “de educación laica”. En rigor, la norma en ningún momento consagra expresamente que la educación deberá ser laica; el equívoco probablemente surja de la ubicación de las clases de religión por ministros autorizados con anterioridad o posterioridad al horario escolar. Cfr. Padilla, N. (24 de agosto de 2017), “Libertad religiosa y educación: una necesaria armonía”, ED, 274, p. 2. La segunda norma relevante es la Ley Nacional de Educación (26.206) que consagra en reiteradas ocasiones que la educación en la nación deberá ser integral, y cuyos principios acompañan lo establecido a nivel local en Salta.

teño se halla un aditamento que implica que tal derecho debe asegurarse en el ámbito de la escuela pública. Acto seguido, expone: “Esta previsión, al no distinguir, puede ser entendida como comprensiva de todos los establecimientos educativos reconocidos por las autoridades salteñas. Desde este enfoque, el art. 49 en nada modifica las normas del bloque de constitucionalidad federal, razón por la cual se puede afirmar que respeta los principios de neutralidad del Estado en el ámbito religioso y de igualdad y no discriminación tal como fue receptado en el art. 75, inciso 19”.

El párrafo merece algunas reflexiones. En primer lugar, no queda claro a qué se refiere cuando argumenta que el aditamento de “escuela pública” puede referirse a todos los establecimientos educativos reconocidos por la provincia. ¿Está intentando incluir, mediante esa lectura, tanto a los establecimientos públicos como aquellos que tienen financiación privada, sea esta parcial o total? De ser así, la Corte propone una interpretación falaz de la norma, pues queda claro con su simple lectura que el legislador incluyó tal aditamento (“escuela pública”) para consagrar tal derecho en el ámbito público; para hacerlo accesible a todo ciudadano que acceda a tal educación y para diferenciarse de las escuelas privadas, que podrán eventualmente decidir impartir alguna clase de religión o no. No parece ser esta la interpretación propuesta por la Corte, puesto que solo se arribaría a tal conclusión por una exégesis forzada que se aleja de la literalidad de las normas.

Incluso adoptando tal interpretación, no se llega a distinguir cómo es que de esa manera sí puede consagrarse su constitucionalidad, y por qué otro tipo de interpretación (literal) de la norma sería óbice para tal declaración. Por otra parte, si “escuela pública” se utiliza para denostar que las normas aplicables lo serán solo para aquellas escuelas del ámbito público, tampoco queda del todo claro cómo tal aditamento funciona como base para consagrar su constitucionalidad; es decir, por qué “al no distinguir”, comprende a todos los establecimientos educativos de la provincia y es, por consiguiente, legítima y constitucional.

Cualquiera sea la interpretación que se adopte sobre el párrafo señalado, sí resulta patente el test establecido por la Corte para que las normas salteñas resulten válidas: que respete los principios de

neutralidad, de igualdad y de no discriminación; todo ello destacado por los ministros que suscriben el voto mayoritario. Tomando tal test como parámetro, la fundamentación de la constitucionalidad de las normas locales resulta menos compleja, pues, tal como se desarrolla en la primera parte del voto mayoritario, ni el art. 49 de la Constitución local ni el art. 8° de la ley de educación provincial representan una vulneración a ninguno de los tres principios.

Tanto el dictado de las normas provinciales citadas como las decisiones judiciales emitidas en el ámbito salteño configuran una atribución propia de la provincia conforme la habilita el art. 5° de la Constitución Nacional el cual insta al gobierno federal a que garantice el goce y ejercicio de las instituciones provinciales, bajo ciertas condiciones. Tal como explica el Dr. Barra, “entre estas instituciones se encuentra el debido respeto de las decisiones de los poderes judiciales provinciales, la regulación y organización de sus sistemas educativos, siempre que las instituciones provinciales se rijan por constituciones “bajo el sistema representativo republicano” y “de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución nacional” (art. 5°, cit.)”<sup>16</sup>.

Surge del apartado constitucional mencionado que esta facultad de la provincia de darse su propia constitución es tal en la medida en que esta última guarde consonancia y armonía con las prescripciones de la Constitución Nacional. En este caso, las normas nacionales involucradas no solo no presentan oposición alguna respecto de las locales, sino que en nada impiden la educación religiosa en las escuelas públicas del país. Tanto el art. 2° como la invocación a Dios en el preámbulo implican, por lo menos, una valoración del fenómeno religioso que, junto con la libertad de cultos consagrada en el art. 14, coadyuvan a permitir la educación religiosa en las escuelas públicas en los términos planteados por las leyes salteñas, en tanto no se trate de una actividad obligatoria y la enseñanza no verse sobre un único culto<sup>17</sup>.

16. Barra, R. (14 de agosto de 2017), “Derecho a elegir”, LL, 2017-D.

17. Diversos autores se han manifestado sobre cómo, al no existir una prohibición estatal expresa a promover el fenómeno religioso (a las veces de la *Establishment Clause* de la Constitución norteamericana), es admisible la educación religiosa en el ámbito de la escuela pública en la Argentina. En este sentido, el Dr. Bianchi explica, en el *amicus curiae* citado en el apartado III de esta nota: “En otras palabras, si el Estado

Por lo demás, las normas locales no imponen sino que posibilitan la educación religiosa; ello, en concordancia con lo expresamente prescrito en los tratados internacionales de jerarquía constitucional, cuyo análisis se encuentra en la siguiente sección.

Particularmente respecto de la ley 7546 y su art. 8º, inc. m), cuestionado, la Corte adscribe también a su constitucionalidad, por cuanto, “en el marco de la enunciación de los principios, fines y criterios rectores de la educación en la Provincia de Salta, se limita a reproducir el texto de la Constitución provincial”<sup>18</sup>.

La Corte se centra, de allí en más, en verificar si el artículo 27, inc. ñ), de la ley de educación provincial, que no ofrece reparos desde su letra, es una norma *prima facie* neutral pero acarrea, en su aplicación, efectos discriminatorios. Si bien no se citan ni invocan antecedentes norteamericanos para resolver esta disyuntiva, tanto el léxico (normas en apariencia o *prima facie* neutrales)<sup>19</sup> como la lógica (el test utilizado, donde el demandado debe probar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin sustancial)<sup>20</sup> manifiestan claras reminiscencias de la lógica utilizada en jurisprudencia norteamericana en esta materia.

### III. LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE JERARQUÍA CONSTITUCIONAL

Como se adelantó en el apartado anterior, para poder establecer la constitucionalidad de las normas locales impugnadas, habrá que acudir también a las normas internacionales pertinentes que componen el bloque de constitucionalidad, a saber: el Pacto Internacional Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 13, inc. 3º), la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 12, inc. 4º) y el

---

no tiene prohibido promover la enseñanza religiosa, en tanto ésta sea voluntaria y respete la libertad de cultos, todo impedimento a esta iniciativa agravia el derecho a recibir tal enseñanza”.

18. “Castillo”, considerando 16.

19. La explicación referente a este tipo de normas se encuentra en el considerando n° 24 de “Castillo”.

20. “Castillo”, considerando 19.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 18, inc. 4°). En todos ellos se prescribe, con diferencias sutiles, el derecho a la educación religiosa para los hijos o pupilos.

En el primero, surge del art. 13 que “los Estados se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales (...) de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. La CADH, por su parte, establece en el artículo sobre “libertad de conciencia y religión”, que los padres y en su caso los tutores “tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. Por último, el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos habla de una obligación estatal de “respetar la libertad de los padres (...) para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

Estas normas, embebidas en nuestra Constitución, deben leerse armónicamente con el texto de aquella. En esa inteligencia, cabe mencionar el artículo 14 que consagra el derecho “de enseñar y aprender” de todos los habitantes de la Nación, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio.

De la lectura de las disposiciones nombradas, no solo no se presenta una contradicción con las normas locales bajo examen sino que, además, estas reproducen, casi textualmente, lo consagrado en los tratados internacionales. El lenguaje utilizado revela que se trata de una libertad que se manifiesta, en el caso de los padres y tutores, como la facultad de elegir (o no) una determinada educación religiosa para los niños y, para el Estado argentino, como una obligación de respetar tal decisión. Ambos casos incluso colocan “la acción electiva sobre la educación (...) en manos de los padres, pues se trata de una elección privada, sin perjuicio de que se trate de la educación pública, que es ejercida por derecho propio y no es consecuencia de una concesión graciable efectuada por el Estado”<sup>21</sup>.

21. Quintana, E. (5 de septiembre de 2017), “Planteo de inconstitucionalidad contra la enseñanza religiosa en la escuela pública en Salta: ¿un cuestionamiento al federalismo y a los poderes no delegados por las provincias?”, ED, 247, p. 3.

Además, si se considera el léxico utilizado particularmente en la CADH, se advierte que este resulta aún más exigente con el Estado argentino, pues no se limita meramente de respetar la libertad de los padres para la elección de la educación religiosa, sino que establece que estos tienen derecho a recibirla, conforme sus convicciones. Surge entonces el interrogante sobre cómo puede materializarse el derecho consagrado en las normas locales e internacionales; es decir, qué actitud o medidas por parte del Estado son las apropiadas para tender a materializar este derecho.

En ese sentido, el Dr. Bianchi ha expresado en el *amicus curiae* presentado ante el Tribunal que “el derecho de los padres a elegir libremente la educación de sus hijos no se satisface meramente con una actitud pasiva o abstencionista del Estado, pues ello implicaría tanto como consagrar un *laissez faire* educativo”. En efecto, se requiere de una posibilidad concreta (y no de una obligación) habilitada por parte del Estado para que los niños puedan asistir a clases de religión. Tal como desarrolla el mencionado jurista, esta ‘oferta’ que el Estado realiza, en modo alguno puede ofender ni perturbar a nadie, simplemente porque es una simple oferta, que no conlleva obligación alguna de aceptarla y cuyo rechazo tampoco genera consecuencia negativa alguna”.

Las normas internacionales citadas anteriormente presentan, en sus tres casos, una redacción casi idéntica, aunque con matices según el grado de obligación al que se comprometen los estados. Si bien en el plano local las normas provinciales conforman con el ordenamiento nacional, bien podría plantearse, en el plano internacional, hasta qué punto el Estado argentino honra sus compromisos internacionales en este respecto.

¿Efectivamente garantiza, en el lenguaje de uno de los artículos citados, la libertad de los padres o tutores para que los niños puedan recibir educación religiosa y moral conforme a las convicciones de sus padres o tutores? No se trata de una cuestión menor: esta distinción constituye la delgada línea entre tomar a los tratados internacionales como instrumentos verdaderamente vinculantes, cuyos compromisos corresponde honrar, o integrarlos al orden nacional con los mismos efectos que tendría una mera declaración de principios.

Los instrumentos internacionales plantean en este caso las dos disyuntivas legales mencionadas. En primer lugar, si se cumple en nuestro país con los compromisos internacionales asumidos; es decir, si esa “libertad” y ese “derecho” a lo que se hace referencia internacionalmente se encuentran vigentes en la Argentina. En segundo lugar, si se entiende que esos derechos no están efectivamente al alcance de todos los padres y tutores, se introduce el interrogante sobre cómo pueden materializarse: qué debe hacer el Estado para asegurarse de que, en el caso de niños que no pueden asistir a establecimientos confesionales privados pero sí desean ser educados en una determinada religión, esta necesidad pueda ser efectivamente satisfecha de acuerdo a los derechos plasmados en los tratados mencionados.

#### IV. LAS NORMAS LOCALES Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN LA DISIDENCIA PARCIAL

La disidencia expresada por el Ministro Rossatti tiene su razón de ser en la declaración de inconstitucionalidad del art. 27, inc. ñ), del voto mayoritario; decisión que el ministro cuestiona y refuta a la vez que importa del dominio nacional el concepto de “margen de apreciación” al ámbito provincial. Sin embargo, la disidencia también se pronuncia respecto de la situación de las normas locales y de los tratados internacionales aquí bajo examen.

El voto disidente comienza ratificando la atribución de autonomía provincial efectuada por el art. 5 de la Constitución Nacional y la consecuente garantía nacional respecto al goce y ejercicio de las instituciones provinciales. En este sentido, Salta (u otras jurisdicciones locales) pueden (y deben, si ponderamos el rol del constituyente provincial) poner énfasis en la enseñanza religiosa (o en otros tópicos, como el conocimiento especial de la historia, cultura y geografía locales, entre otros), respondiendo así a la historia e idiosincrasia de la sociedad provincial, caracterizada jurídicamente en la constitución local.

El voto prosigue abordando el concepto de neutralidad religiosa, la cual “surge de la enfática declaración de la libertad de cultos y la

libertad de conciencia”<sup>22</sup> contenidas en la Constitución Nacional. Se refiere también a los otros dos elementos que conforman el test de constitucionalidad en este caso particular —la igualdad y la no discriminación— explicando que “las obligaciones que corresponden al Estado a fin de garantizar el derecho a la libertad de cultos exigen imparcialidad y trato igualitario que permita el libre ejercicio de todos los cultos reconocidos”<sup>23</sup>, y señalando que la imparcialidad debe persistir en el supuesto que la persona no profese ninguna religión.

La disidencia explica, también, qué elementos son necesarios para que la enseñanza de educación religiosa no ingrese en la zona de inconstitucionalidad. Entre ellos, enumera: a) que esta debe ser el resultado de un proceso que garantice la participación de la familia y la sociedad en el diseño y control de los programas de estudio<sup>24</sup>; b) debe asegurar la igualdad de oportunidades y posibilidades de los cursantes, sin discriminación alguna; c) debe promover los valores democráticos, dentro de los cuales “destaca el libre desarrollo de las ideas y la forma de vida (autonomía) y el respeto por la diversidad (pluralismo)”<sup>25</sup>.

Aplicando estos elementos a la normativa cuestionada, no surge que la letra de la Constitución salteña, del art. 8º, inc. m), de su ley de educación local, o incluso de los tratados internacionales, contradiga los requisitos enunciados. Por el contrario, todos estos elementos, aunque no se encuentren expresados de manera explícita en las

22. “Castillo”, disidencia parcial, considerando 10.

23. *Ibíd.*

24. Sobre el rol de la familia en este contexto también se manifiesta más adelante en la sentencia, al destacar que la titularidad del derecho se encuentra en cabeza de los padres o los tutores, en consonancia con lo prescripto en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 26, inc. 3º) y compatible con el rol que la Constitución Nacional le asigna a la familia (“protección integral de la familia” y “defensa del bien de familia”, art. 14 bis). En este sentido, elabora respecto del rol de la familia como “primer protagonista cronológico en la formación de la persona y, en ocasiones, su agente formativo más duradero o permanente”. Por ello es lógico que la Constitución Nacional, en el contexto de la sociedad civil, le atribuya a la familia un rol participativo en el diseño, ejecución y control del proceso educativo (art. 75, inc. 19). Cfr. “Castillo”, disidencia parcial, considerando 16.

25. “Castillo”, disidencia parcial, considerando 11.

normas cuestionadas, parecen confluír naturalmente en estas disposiciones legales, puesto que se presentan como requisitos vitales para que la educación en religión pueda prestarse de manera armoniosa en una sociedad plural.

Además de repasar la situación de las normas locales, el voto desarrolla el juicio del ministro respecto de los tratados internacionales: transcribe los artículos pertinentes de los tres tratados ya mencionados y refiere, luego, a la Observación General n° 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y a la Observación General n° 22 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Ambas interpretaron las normas señaladas de manera abarcadora: conforme a ellas, el derecho a recibir educación religiosa comprende los contenidos de valores universales (como historia general de las religiones y ética) “e, incluso, de adoctrinamiento, en la medida en que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de padres y tutores”<sup>26</sup>.

En ocasión del caso presentado ante la Corte, el voto disidente aprovecha para reseñar la normativa extranjera sobre educación religiosa. Esta reseña no constituye una mera digresión en los argumentos del ministro sino que, por el contrario, demuestra empíricamente que el criterio seguido por la provincia de Salta no representa un caso aislado. En efecto, la enseñanza de religión en la escuela ha sido receptada por la normativa de variadas jurisdicciones, y el caso salteño se encuentra así en consonancia con medidas similares adoptadas por la comunidad jurídica internacional, “bien que con una extensión y alcance que difiere según el contenido, el carácter obligatorio u optativo y el horario en que se enseña la materia”<sup>27</sup>.

Luego de comentar las normas locales y convencionales señaladas, el ministro concluye “que las normas provinciales de rango constitucional (art. 49) y legal (ley 7546, art. 8°, inc. m) (...) no se presentan

26. “Castillo”, disidencia parcial, considerando 12.

27. “Castillo”, voto del Mtro. Rosatti, considerando 14. Allí se señala que, conforme un estudio efectuado por la UNESCO en el año 2003, la enseñanza de religión se encuentra presente como materia obligatoria durante los primeros nueve años de escolaridad en 73 de 140 países.

como violatorias de la libertad de culto ni de la libertad de conciencia religiosa consagradas en la Constitución Nacional desde que, a estar a los términos utilizados por el constituyente y el legislador provinciales, reproducen –en sustancia– las disposiciones [internacionales] citadas al no imponer la enseñanza obligatoria en religión alguna sino, por el contrario, mostrarse respetuosas de todas ellas”<sup>28</sup>.

También apunta a la pugna entre los derechos que el caso presenta (y que el voto mayoritario resuelve con menos tacto que el voto en disidencia), citando oportunidades anteriores en las que la Corte concluyó que “la exégesis de la ley requiere la máxima prudencia, cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho”<sup>29</sup>. Acto seguido agrega, de sus propias palabras, “que del texto constitucional salteño surge explícito el reconocimiento de un ‘derecho constitucional’ y no de una mera ‘expectativa’, lo que exige ponderar las consecuencias propias y específicas que se derivan de tal calificación respecto de cada uno de los sujetos –activos y pasivos– que se ven alcanzados por dicho reconocimiento”<sup>30</sup>.

En suma, la disidencia no contiene mayores discordancias con el voto mayoritario respecto de las normas analizadas en la presente nota, sino que contribuye a remarcar, por otras vías argumentativas, la constitucionalidad de la normativa local cuestionada; constitucionalidad que, en la sumatoria de ambos votos, quedará como un objeto patente de la sentencia.

## V. CONCLUSIÓN

La Corte, en “Castillo”, arriba a una conclusión acertada en materia de control de constitucionalidad provincial. Si bien la argumentación respecto de por qué las normas cuestionadas son válidas podría ser más llana y directa, el Tribunal deja en claro que las normas salteñas no atentan contra los principios constitucionales involucra-

28. “Castillo”, disidencia parcial, considerando 13.

29. Fallos: 326:742.

30. “Castillo”, disidencia parcial, considerando 16.

dos: la neutralidad, igualdad y no discriminación; y también, podemos agregar, no violan ninguna norma de derecho natural<sup>31</sup>.

Reafirma la Corte también la concordancia entre las normas provinciales y los tratados pertinentes que conforman el bloque federal. Más allá de concluir sobre la inconstitucionalidad de las otras normas impugnadas por las actoras, la porción de la sentencia relevada en este artículo contribuye tanto al orden federal consagrado por la misma Constitución Nacional, como también a que, eventualmente, alguna provincia pueda implementar con éxito la educación religiosa en escuelas públicas, tomando los recaudos señalados en la sentencia.

31. BARRA, R., ob. cit.

**LA ASUNCIÓN DEL PRESIDENTE  
Y VICEPRESIDENTE DE LA NACIÓN.  
UN PRECEDENTE JUDICIAL Y LAS PREVISIONES  
DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL**

**THE ASSUMPTION OF THE PRESIDENT AND VICE PRESIDENT  
OF THE NATION: A JUDICIAL PRECEDENT AND THE  
PROVISIONS OF THE NATIONAL CONSTITUTION**

GUSTAVO C. LIENDO<sup>1</sup>

**RESUMEN**

Debido a la falta de acuerdo entre las autoridades salientes y entrantes del Poder Ejecutivo Nacional (PEN), la última asunción del presidente y vicepresidente de la Nación se llevó adelante cumpliendo una orden judicial, solicitada por quienes debían asumir esos cargos. Por las especiales consideraciones y resolutorio de esa decisión judicial, entendemos de sumo interés analizar si lo que ella dispuso cumple con las previsiones constitucionales. Este trabajo se inicia con los antecedentes y hechos involucrados, luego detalla las partes más importantes de la sentencia en análisis, para, en el siguiente punto, realizar nuestros comentarios, haciendo hincapié en cuestiones pro-

1. Abogado (UBA-1980). Doctor en Derecho (UCES). Docente en el Cuerpo de Abogados del Estado (2018). Socio fundador Estudio Liendo & Asociados. Autor de diferentes artículos de doctrina y periodísticos (gcl@liendo.com.ar - Recepción: 12/9/2018 - Evaluación: 23/9/2018 y 30/9/2018).

cesales y constitucionales observables. Finalmente, en este artículo de doctrina, exponemos nuestras conclusiones.

#### **PALABRAS CLAVE**

Plazo del mandato presidencial - Cese del mandato presidencial - Inicio del mandato presidencial - Formalidades para la asunción de la presidencia de la Nación.

#### **ABSTRACT**

In the absence of agreement between the outgoing and incoming authorities of the National Executive Power, the last assumption of the president and vice president of the Nation was carried out in compliance with a judicial order, as requested by those who had to assume those positions. Due to the special considerations and resolution of said judicial resolution, we understand that it is of the utmost interest to analyze if what it disposed of complies with the constitutional provisions. To that end, this work begins with the background and facts involved, then details the most important parts of the judgment under analysis, for the next point make our comments, emphasizing observable procedural and constitutional issues. Finally, in this article of doctrine we expose our conclusions.

#### **KEY WORDS**

Term of the presidential mandate - Cessation of the presidential mandate - Beginning of the presidential term - Formalities for the assumption of the Presidency of the Nation.

#### **I. INTRODUCCIÓN**

La reforma constitucional del año 1994 estableció la reducción del mandato de presidente y vicepresidente a cuatro años con reelec-

ción inmediata por un solo período. De ese modo, cada 4 años, asume un ciudadano como presidente de la Nación<sup>2</sup>.

La fecha elegida para esas asunciones cuatrienales es el 10 de diciembre de los años pertinentes.

La última asunción de un presidente se produjo el 10 de diciembre del año 2015. No se trató de una asunción normal. Veinticuatro horas antes de que ello sucediese, la presidenta saliente y el presidente entrante no lograban ponerse de acuerdo sobre cuestiones básicas de la transición. Por ejemplo: ¿a qué hora dejaba de ser jefa de Estado Cristina Fernández de Kirchner?, y, por lo tanto, ¿a qué hora empezaba la presidencia de Mauricio Macri?, o ¿dónde debían entregarle al presidente entrante el bastón y la banda presidenciales?<sup>3</sup>

En ese estado de situación, el presidente electo pidió a la Justicia una medida cautelar para que el mandato de Cristina Fernández de Kirchner venciera en la medianoche del miércoles 9 de diciembre de 2015, más allá de que el presidente electo, asumiría su cargo al mediodía del día siguiente, es decir, el 10 diciembre de 2015<sup>4</sup>.

La medida precautoria fue resuelta por la jueza federal con competencia electoral, la Dra. María Romilda Servini de Cubría, quien hizo lugar al requerimiento presentado por Mauricio Macri y confirmó que el mandato de la presidente culminaba a la medianoche del miércoles 9 de diciembre de 2015. Sin embargo, aclaró que –hasta la jura– Mauricio Macri no era presidente. Consecuentemente, dispuso

2. Ver GARCÍA LEMA, ALBERTO M., *La reforma por dentro*, Buenos Aires, Editorial Planeta, 1994, p. 343 y sigs, Declaración de los Doctores Menem y Alfonsín.

3. DE LOS REYES, IGNACIO, “Argentina: la insólita disputa sobre a qué hora empieza la presidencia de Macri y termina la de Cristina Fernández”, *BBC Mundo*, Buenos Aires, 9 diciembre 2015. Disponible en: [http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/12/151209\\_argentina\\_cambio\\_mando\\_disputa\\_macri\\_cristina\\_kirchner\\_irm](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/12/151209_argentina_cambio_mando_disputa_macri_cristina_kirchner_irm) (fecha de consulta: 30/6/2018).

4. Medida cautelar presentada por los ciudadanos Mauricio Macri y Marta Gabriela Michetti, el 8 de diciembre de 2015 con el escrito titulado “HABILITE DIA Y HORA INHÁBIL – SOLICITA MEDIDA DE NO INNOVAR – SE DECLARE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 26.584 – Y LA MEDIDA CAUTELAR SE CONCEDA INAUDITA PARTE”. Recuperado de: [https://www.clarin.com/politica/macrismo-justicia-cristina-funcion-jueves\\_0\\_HJHld8ktvQl.html](https://www.clarin.com/politica/macrismo-justicia-cristina-funcion-jueves_0_HJHld8ktvQl.html) (fecha de consulta: 36/6/2018).

que desde la medianoche y hasta el momento de la jura, la jefatura del Estado quedaría en manos del presidente provisional del Senado<sup>5</sup>.

Frente a esa decisión, el sector que secundaba a la presidenta saliente manifestó que en la práctica esa medida suponía que no habría presidente de la Argentina durante 12 horas, desde la medianoche (cese del mandato de la presidenta saliente) y hasta el mediodía del día siguiente (hora en que el presidente electo asumía el cargo ante los legisladores). Según se dijo, ello configuraba un acto muy cercano a un verdadero golpe de Estado. Se agregaba además que –existiendo un dictamen semejante– la presidenta no se iba a exponer a que la acusaran de usurpación de título por hacer el traspaso de un mando que ya no tendría<sup>6</sup>.

La sentencia judicial que dispuso el mecanismo descripto es trascendente, pues se refiere a uno de los puntos más importantes de nuestro funcionamiento institucional: el traspaso del mando presidencial. Pero, además, porque –hasta ahora– el tema no había sido objeto de grandes desarrollos, ni doctrinarios, ni jurisprudenciales.

En este artículo examinaremos si lo decidido en la causa “*Macri, Mauricio*” guarda coherencia –o no– con las previsiones de la Constitución Nacional y de las leyes pertinentes.

Para ello, abordaremos este estudio utilizando un marco metodológico no experimental, toda vez que las variables que estudiaremos ya han sucedido y por ello las observaremos tal y como se han dado en su contexto original.

El marco teórico o referencial dentro del cual desarrollaremos la investigación incluirá el estudio de la normativa procesal aplicada al fallo que esta investigación analiza, los artículos 88, 90, 91 y 93 de la Constitución Nacional<sup>7</sup>, visto que ellos tratan la acefalía, la duración,

5. La causa tramitó en autos: “*Macri, Mauricio y Otro s/ Formula Petición – Medida cautelar de no innovar*” (Expte: 7954/2015). En adelante: “*Macri, Mauricio*”.

6. “La Presidenta no participará de la ceremonia de traspaso”, *La Nación*, recuperado de: <http://www.ambito.com/819215-cristina-jamas-pense-que-iba-a-ver-un-presidente-cautelar-por-12-horas-en-mi-pais> (fecha de consulta: 30/6/2018).

7. Ver Constitución Nacional, artículo 88: “*En caso de enfermedad, ausencia de la Capital, muerte, renuncia o destitución del Presidente, el Poder Ejecutivo será ejercido por el vicepresidente de la Nación. En caso de destitución, muerte, dimisión o inhabilidad del Presidente*

el cese y la asunción del mandato presidencial. También forman parte de este análisis las leyes especiales referidas a la acefalía presidencial, las partes pertinentes de la Convención Constituyente del año 1994, y la forma en que el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) define y realiza el conteo de los intervalos. Nuestro trabajo, además, cita diferentes obras doctrinarias que se refieren al mandato presidencial, su asunción y cese, y temas del derecho civil referidos a los intervalos y sus conteos en el Derecho, cuestión esta última que tiene suma importancia para comprender el fallo bajo análisis.

Por último, expondremos las conclusiones a las que arribemos sobre la sentencia dictada en los autos “*Macri, Mauricio*”.

## II. EL FALLO JUDICIAL

Con fecha 9 de diciembre de 2015, en la causa N° 7954/2015, caratulada “*Macri, Mauricio*”, la jueza María Servini de Cubría resolvió que el mandato de la presidente culminaba a la medianoche del miércoles 9 de diciembre, aunque aclaró que Mauricio Macri y Gabriela Michetti, presidente y vicepresidente, asumen sus funciones “*sólo a partir de que presten juramento ante la Asamblea Legislativa*”<sup>8</sup> y por lo tanto, hasta entonces, y desde el cese de la presidenta saliente, el presidente provisional del Senado, Federico Pinedo, iba a estar a cargo del Poder Ejecutivo Nacional (PEN).

---

*y vicepresidente de la Nación, el Congreso determinará qué funcionario público ha de desempeñar la Presidencia, hasta que haya cesado la causa de la inhabilidad o un nuevo presidente sea electo”; artículo 90: “El Presidente y vicepresidente duran en sus funciones el término de cuatro años y podrán ser reelegidos o sucederse recíprocamente por un solo período consecutivo. Si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un período”; Artículo 91: “El Presidente de la Nación cesa en el poder el mismo día en que expira su período de cuatro años; sin que evento alguno que lo haya interrumpido, pueda ser motivo de que se le complete más tarde”; Artículo 93: “Al tomar posesión de su cargo el presidente y vicepresidente prestarán juramento, en manos del presidente del Senado y ante el Congreso reunido en Asamblea, respetando sus creencias religiosas, de ‘desempeñar con lealtad y patriotismo el cargo de Presidente (o vicepresidente) de la Nación y observar y hacer observar fielmente la Constitución de la Nación Argentina’.*

8. Considerando VI (*in Fine*) de la Resolución 111/15.

Para decidir, y a pesar de que el proceso se había iniciado como una medida cautelar, la magistrada reordenó el juicio hacia una acción meramente declarativa de certeza, de conformidad con las facultades que le otorga el art. 36 del Código Procesal Civil Comercial de la Nación (CPCCN)<sup>9</sup>.

Hecho esto, analizó el conflicto que consideró una cuestión inédita y de gravedad institucional y, sobre la base de lo previsto en el artículo 91 de la Constitución Nacional, la jueza se preguntó: ¿Cuándo expira el período de cuatro años? Para responder, invocó lo resuelto por la Asamblea Legislativa del 4 de diciembre de 2015.

En esa ocasión, el Congreso aprobó por unanimidad que el Presidente de la Nación Argentina –para el periodo comprendido entre el 10 de diciembre del año 2015 y el 10 de diciembre del año 2019– es el ciudadano don Mauricio Macri, secundado por la ciudadana doña Marta Gabriela Michetti, como vicepresidente de la Nación.

Con esto en miras, continuó su razonamiento, siguiendo las disposiciones del CCyCN relativas al modo de contar los plazos de meses o años (art. 6º)<sup>10</sup>. Resaltó que estos se computan de fecha a fecha, y que,

9. Al respecto, el 6º párrafo del Considerando II de la Resolución 111/15 de fecha 9 de diciembre de 2015, dictada por la jueza María Servini de Cubría en los autos caratulados “Macri, Mauricio y Otro s/ Formula Petición – Medida cautelar de no innovar” (causa 7954/2015) –en adelante “la Resolución 111/15”– expresa: “Es así, entonces, que toda vez que el análisis de la concurrencia de los requisitos exigidos para hacer lugar a la medida cautelar solicitada, conlleva necesariamente, a analizar el fondo de la cuestión, y no existiendo posibilidad de escindir el planteo principal del cautelar por cuanto en definitiva, comprenden idéntico objeto, haciendo uso de las facultades ordenatorias del proceso adjetivo que la ley otorga al juez de la causa, corresponde encauzar las presentes actuaciones en los términos del art. 322 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, normativa que contempla la urgencia de la pretensión de la actora”. Publicada en: Sup. Const. 2016 (marzo), 14/3/2016, 85 - LL, 2016-B-152 - cita online: AR/JUR/56628/2015.

10. Artículo 6º del CCyCN: “Modo de contar los intervalos del derecho. El modo de contar los intervalos del derecho es el siguiente: día es el intervalo que corre de medianoche a medianoche. En los plazos fijados en días, a contar de uno determinado, queda éste excluido del cómputo, el cual debe empezar al siguiente. Los plazos de meses o años se computan de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entiende que el plazo expira el último día de ese mes. Los plazos vencen a la hora veinticuatro del día del vencimiento respectivo. El cómputo civil de los plazos es de días completos y continuos, y no se excluyen los días inhábiles o no laborables. En los plazos fijados en horas, a contar

de la comparación entre la norma actual y el anterior texto del Código Civil, surge que “... los plazos de meses y años terminaban el mismo número del día del mes o año de vencimiento respectivamente” y que “el régimen del CCCN en cuanto a la medición de los plazos es idéntico al anterior...”<sup>11</sup>.

En el fallo también aseveró que la Constitución Nacional establece que el mandato del Presidente de la Nación dura cuatro años exactos, ni un día más, ni un día menos, y en función de ello sostuvo: “Si la Dra. Cristina Fernández de Kirchner asumió su segundo mandato presidencial el 10 de diciembre de 2011 y el Ing. Mauricio Macri fue proclamado por la Asamblea Legislativa Presidente de la Nación para iniciar su mandato el 10 de diciembre de 2015; partiendo de la premisa de que el mandato de ambos, por imperio constitucional, es de cuatro años exactos, no cabe más que concluir que el mandato de la señora Presidente saliente culmina a la medianoche del 9 de diciembre y el mandato del señor Presidente entrante, se inicia a las 0.00 horas del 10 de diciembre de 2015. Nótese que si otra fuera la respuesta – es decir que el mandato de la Dra. Fernández de Kirchner se extendiera al día 10 de diciembre de 2015, o aún, a parte de él–, la señora Presidente hubiera ejercido la Primera Magistratura de la Nación el día 10 de diciembre de 2011, el 10 de diciembre de 2012, el 10 de diciembre de 2013, el 10 de diciembre de 2014 y lo haría el 10 de diciembre de 2015: esto es 4 años y un día”<sup>12</sup>.

Por fin, la sentencia abordó el problema final: en qué momento el presidente y la vicepresidente electos toman posesión de sus respectivos cargos.

Para resolver este punto, subordina la toma de posesión a que los funcionarios electos presten juramento en manos del presidente del Senado y ante el Congreso reunido en Asamblea (art. 93 de la Constitución Nacional).

La sentencia distingue entre el momento de inicio del mandato y el de toma de posesión del cargo. En este entendimiento, se indicó que “conforme surge de la Constitución Nacional, si bien el mandato de Mauricio Macri y de Gabriela Michetti como Presidente y Vicepresidente de

---

desde una hora determinada, queda ésta excluida del cómputo, el cual debe empezar desde la hora siguiente. Las leyes o las partes pueden disponer que el cómputo se efectúe de otro modo”.

11. Considerando V, quinto párrafo, de la Resolución 111/15.

12. Considerando V, párrafos 7 y 8 de la Resolución 111/15.

la Nación respectivamente, comienza a las 0.00 horas del 10 de diciembre de 2015, es solo a partir de que presten juramento ante la Asamblea Legislativa que tomarán posesión de sus cargos”<sup>13</sup>.

Con esos fundamentos, en la resolución precisó: “Que resta dilucidar quién conducirá los destinos de la Nación en el breve período de tiempo que transcurrirá desde que comience el mandato del Presidente y de la Vicepresidente electos, hasta que presten juramento y tornen posesión del cargo”; y por ello dispone que “... En consecuencia, desde el inicio del mandato presidencial (a la medianoche del día 10 de diciembre de 2015) y hasta tanto Mauricio Macri y Marta Gabriela Michetti juren como Presidente y Vicepresidente de la Nación respectivamente, quien estará a cargo de la presidencia de la Nación será el Presidente Provisional del Senado”<sup>14</sup>.

### III. CRÍTICA AL FALLO

Como puede advertirse, la decisión bajo análisis es importante, pues, por primera vez, desarrolla con mediana profundidad el tema del traspaso del mando presidencial. Pero, al mismo tiempo, se trata de una sentencia por demás controversial, tanto desde la perspectiva del derecho procesal como desde el punto de vista del derecho constitucional. Trataremos cada uno de esos tópicos a continuación.

#### 1. La cuestión procesal. La afectación al debido proceso

Primeramente, y previo al análisis de los aspectos sustanciales, deben estudiarse algunas cuestiones relativas al trámite de la causa “Macri, Mauricio” que han pasado prácticamente inadvertidas.

Como ya hemos señalado, la jueza reordenó el proceso iniciado como un pedido de medida cautelar y lo convirtió en una acción declarativa de certeza<sup>15</sup>.

13. Cfr. Considerando VI (*in fine*) de la de la Resolución 111/15.

14. Cfr. Considerando VII de la Resolución 111/15.

15. Cfr. Considerando II *in fine* de la Resolución judicial 111/15.

Pese a ello, no surge de la sentencia que haya cumplido con el necesario y previo traslado a la demandada, para que la contraparte pueda ejercer su defensa<sup>16</sup>.

La cuestión no es menor. Semejante omisión inflige las garantías del debido proceso legal y defensa en juicio, previstas por el art. 18 de la Constitución Nacional y las convenciones internacionales incorporadas a nuestro ordenamiento<sup>17</sup>.

En cuanto a las previsiones del derecho internacional público, destacamos que *“toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal (...) o en la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”*<sup>18</sup>.

Asimismo y en relación con el debido proceso legal, Ferrer Arroyo expresa: *“La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, cuyo artículo XVIII establece que ‘toda persona gozará de la garantía de concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos y a disponer de un procedimiento sencillo y breve que ampare contra actos de*

16. No objetamos la facultad de la magistrada para reordenar el proceso conforme la autoriza el CPCC en su art. 36, pero al enmarcar esta acción dentro de las previsiones del art. 322, la magistrada quedaba obligada a respetar las reglas del debido proceso, y dentro de esa garantía, resulta inevitable que, previo al dictado de la sentencia, se efectivizase el traslado de la demanda a la contraparte.

17. Artículo 18 de la Constitución Nacional: *“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice”*.

18. Artículo 8°, inciso 1°, de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969. Disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm) (fecha de consulta: 5/7/2018).

*autoridad que violen sus derechos'; y en el mismo año, se redactó la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 10 reconoce que 'toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente por un tribunal independiente e imparcial...' Del cotejo de ambos instrumentos se advierte que la Declaración Universal es más específica que la Declaración Americana sobre el alcance de la garantía, pues agrega el derecho a ser oído en condiciones de igualdad ante un juez independiente e imparcial, lo que más tarde se traducirá como la garantía a una tutela judicial efectiva"<sup>19</sup>.*

Las reglas del debido proceso y sus alcances han sido ampliamente desarrolladas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que mantiene una congruente y contundente jurisprudencia al respecto.

Así, por ejemplo, consideró que es nula la sentencia que, al admitir la presentación del Estado requirente en el proceso de extradición y resolver inaudita parte, privó al requerido de la garantía de la defensa en juicio y del debido proceso, incurriendo en inobservancia de las disposiciones concernientes a la intervención de aquel en la forma que establece la ley<sup>20</sup>.

También, y en esa misma línea, nuestro Máximo Tribunal sostuvo que la nulidad de la sentencia que –en un proceso de extradición admitió la presentación del Estado requirente y resolvió inaudita parte– debía ser declarada de oficio porque se habían violado normas constitucionales fundamentales que asistían al requerido, en el marco del debido proceso y de la defensa en juicio, ya que debía conjugarse al mismo tiempo el interés del Estado requirente en el juzgamiento de todos los delitos de su competencia, el del justiciable y el de los Esta-

19. FERRER ARROYO, FRANCISCO, J., "El debido proceso desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 14, N° 1, mayo de 2015, pp. 155-184, Recuperado de: [http://www.palermo.edu/derecho/revista\\_juridica/pub-14/Revista\\_Juridica\\_Ano14-N1\\_06.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-14/Revista_Juridica_Ano14-N1_06.pdf) (fecha de consulta: 5/7/2018).

20. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "Akrishevski, Erez", 12/6/2007, publicado en: La Ley 11/7/2007, 11 JA 25/7/2007, 28 JA 2007-III-391, cita online: AR/JUR/1730/2007.

dos requerido y requirente en el estricto cumplimiento de las reglas que rigen la entrega<sup>21</sup>.

Para ser claros, la inviolabilidad de la defensa en juicio, consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional y demás normas internacionales ya citadas aseguran a todo individuo que, durante un proceso judicial, podrá llevar adelante todas las acciones y defensas necesarias para proteger a su persona y a sus derechos.

Ni las leyes ni los funcionarios pueden establecer normas que imposibiliten al individuo la defensa de sus derechos, sea impidiéndole probar su inocencia, o la legitimidad de los derechos que alega, o poniéndolo en condiciones que le dificulten o impidan defenderse libremente.

Todo proceso judicial sustanciado ante nuestros tribunales requiere que –una vez que presentada la demanda y verificados los requisitos mínimos de admisibilidad– se comunique a la parte demandada lo allí alegado. Se cumple de ese modo con el principio de bilateralidad que estructura ese tipo de procesos.

En el caso, no hay duda respecto a que el “convertido pedido de declaración de certeza” era llevado adelante contra quien en aquel momento ejercía la presidencia de la Nación.

Esa comunicación era indispensable y debió hacerse notificándole la providencia judicial respectiva al PEN, acompañándole las copias de la presentación, acto que tiene por objeto que el demandado comparezca, constituya domicilio y conteste la demanda dentro del plazo legal que corresponda.

Es cierto que, visto los exiguos plazos existentes entre esa presentación y el día en que asumían las nuevas autoridades, el caso –probablemente– se hubiese tornado abstracto. Empero, tal circunstancia no justifica el dictado de una sentencia judicial que vulnere las garantías fundantes de nuestro orden constitucional, máxime frente a una cuestión tan sensible como es el traspaso del mando presidencial.

21. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Moshe Ben Igvy (detenido U-2 Devoto)”, 12/6/2007, publicado en: La Ley 3/7/2007, 6 LL, 2007-D-299 DJ 2007-II, 984 JA 2007-II-391, cita online: AR/JUR/1811/2007.

Para evitar la afectación del derecho de defensa, y aun cuando hubiera sido discutible, podría haberse resuelto el problema si se hacía lugar a la medida cautelar peticionada por la actora *inaudita parte*, y se incluía en el resolutorio una declaración de inconstitucionalidad de la ley 26.584, en lo que interesaba a esa cuestión en particular. Trabada la medida precautoria, y con su notificación a la demandada, se hubiera salvaguardado el derecho de defensa de la contraparte, que podría haber apelado la decisión.

Con ese esquema –por lo menos– la resolución no hubiera quebrantado abiertamente el debido proceso legal, base y sustento de todo sistema republicano.

## 2. Intervalos legales. La ley aplicable y su correcta interpretación

No obstante lo expresado, la sentencia en análisis presenta otros reparos constitucionales que hacen a la cuestión de fondo, y que desarrollaremos en las siguientes líneas.

La resolución interpretó que el plazo que establece el art. 91 de la Constitución Nacional hacía concluir el mandato de la presidenta Fernández de Kirchner a las 24:00 horas del día 9 de diciembre de 2015; se adoptó una particular interpretación de lo previsto por el art. 6 del CCyCN.

Cierta parte de la doctrina ha compartido el criterio que utilizó el fallo judicial al momento de determinar el intervalo presidencial y su cese<sup>22</sup>.

No acompañamos esa posición, por el contrario, entendemos que el fallo en análisis, al tratar el intervalo del mandato presidencial, incursiona en un grave error, por tres razones.

22. Ver MONTILLA ZAVALÍA, FÉLIX A., “El cómputo del inicio y la finalización del periodo constitucional del mandato del presidente y del vicepresidente de la Nación Argentina”, ED, 2016-374; GELLI, MARÍA, A., “Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada. Quinta edición ampliada y actualizada”, La Ley, 2018, Tomo II, p. 413; y OYHANARTE, MARTÍN, “Pompas y circunstancias F.A.Q.”, del 8 de diciembre de 2015, recuperado de: <http://endisidencia.com/2015/12/pompa-y-circunstancia-f-a-q/> (consultado el 1/10/2018).

### 2.1. *La aplicación de una norma de jerarquía inferior*

En primer lugar, estudiaremos aquello que –referido al intervalo y según nuestro juicio– constituye la mayor debilidad de la sentencia *sub examine*.

En efecto, al momento de analizar el plazo del mandato presidencial, se decidió aplicar una ley de jerarquía inferior, como es el CCyCN, aun cuando el plazo se encuentra expresamente previsto en la Constitución Nacional.

Debemos destacar que el plazo establecido en la Constitución Nacional es imperativo. La norma constitucional es contundente, no requiere reglamentación alguna y no admite interpretaciones diversas.

Lamentablemente, la resolución en análisis ha argüido lo contrario y ha aplicado una regla general del derecho civil y de tipo supletorio –el art. 6° del CCyCN– para alterar el inmodificable plazo previsto en nuestra Constitución Nacional respecto de la duración del mandato presidencial.

El art. 91 de la Constitución Nacional dispone: “*El presidente cesa en el poder el mismo día que expira su período de cuatro años...*”. Eso significa que, si asumió un 10 de diciembre del año 2011, su mandato expiraba el 10 de diciembre de 2015. Ahora bien, como el plazo debe ser exacto, este cesa a la misma hora en que asumió cuatro años antes.

No hay otra solución posible: el mandato presidencial cesa en el mismo día, mes y horario en que asumió cuatro años antes. Pues, así como ningún evento que lo haya interrumpido puede motivar que se lo complete más tarde, tampoco procede su acortamiento.

No se requiere para el traspaso acto alguno de los funcionarios salientes. La propia Constitución Nacional lo fija con claridad. Las nuevas autoridades asumen haciendo el juramento de ley ante la Asamblea Legislativa y, por lo tanto, no es necesario que ningún funcionario ejerza la presidencia entre el cese de un presidente y la asunción del nuevo. Nos explicaremos.

Nuestra Constitución Nacional indica un mecanismo exacto para contar los intervalos del mandato presidencial, el cese del saliente y la inmediata asunción del entrante. Si se respetan las previsiones constitucionales, y salvo caso de acefalía, en ningún momento el PEN queda vacante.

Ahora bien, aun siguiendo las fuentes del derecho civil –en las que erradamente se pretendió fundar la sentencia– tampoco por esa vía cesaba el mandato de la presidenta saliente y de su vicepresidente a las 24:00 horas del día 9 de diciembre de 2015, sino que se hubiese extendido hasta las 24:00 horas de ese día 10 de diciembre de 2015.

No obstante, visto y considerando que se trata de un plazo exacto, dispuesto en forma imperativa por la propia Constitución Nacional, la finalización del mandato presidencial de la presidenta saliente debió haberse producido a la misma hora en que había acontecido la asunción, cuatro años antes, lo cual confirma que la toma del cargo de las autoridades entrantes no requería la conformidad o la presencia de las que cesaban.

## 2.2. El artículo 6° del CCyCN es norma supletoria

En segundo término, resaltamos que el art. 6° del CCyCN es una norma de carácter supletorio. De ello se sigue que no rige las cuestiones que preexistían al momento de la puesta en vigencia del CCyCN, conforme lo establece el artículo 7 (último párrafo) de ese mismo cuerpo legal.

Con sano criterio, Solá explica: *“La doctrina acuerda que conforme a nuestro régimen constitucional los principios básicos que se refieren a las leyes en cuanto al tiempo son tres: a) en principio las leyes rigen para el futuro, o lo que es lo mismo, no tienen efecto retroactivo; b) el Congreso puede, sin embargo, dictar leyes con tal efecto mediante declaración expresa; c) en este último caso, no obstante, la retroactividad no puede vulnerar los derechos amparados por la Constitución (Alonso y Rizicman)”*<sup>23</sup>.

Queda claro que, aún recurriendo a una norma de jerarquía inferior, debieron aplicarse las previsiones de los arts. 24, 25, 27 y concordantes del Código Civil en relación con el conteo de ese plazo, que era la norma vigente al momento del inicio del mandato de las autori-

23. SOLÁ, ERNESTO, al comentar el Capítulo 2 del CCyCN “Ley”, en el *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirigido por Julio César Rivera y Graciela Medina, Buenos Aires, La Ley, 2015, Tomo I, p. 78.

dades que el 10 de diciembre de 2015 cesaban en sus cargos de presidente y vicepresidente de la Nación.

### 2.3. *El conteo de los intervalos en la ley civil*

Finalmente, debemos agregar que la forma del conteo de plazos que hizo la sentencia fue desafortunada, porque aun aplicando las previsiones del art. 6° del CCyCN el conteo fue errado. Ni siquiera los arts. 25, 26, 27 y concordantes del Código Civil amparan el resolutorio.

En efecto, ambos códigos (el derogado y el vigente) disponen que, para meses o años, los plazos terminan a la hora veinticuatro del día del vencimiento respectivo. Es decir que, aun siguiendo esa normativa del derecho civil, el mandato de la Sra. Fernández de Kirchner culminaba el 10 de diciembre de 2015 (a las 24:00 hs. como plazo máximo) y no el 9 de diciembre de 2015 a las 24:00 horas, como se dispuso<sup>24</sup>.

En ese sentido, Solá, al examinar los intervalos de días y de meses y años, sostiene: *“El sistema empleado establece que el día civil comprende el espacio de veinticuatro horas que corren desde la medianoche hasta la medianoche siguiente, excluyendo del cómputo el día del nacimiento de la obligación (...) Los plazos de meses o años se computan de fecha a fecha y, como no todos los meses duran la misma cantidad de días, cuando no coinciden, se entiende que el plazo expira el último día del mes del vencimiento –si nace el 31 de enero y es a un mes, vence el 28 de febrero o el 29 si es un año bisiesto–. Esta regla no tiene aplicación cuando el plazo comienza en el último día de un mes que tiene menos días que el del vencimiento”*<sup>25</sup>.

Precisamente, armonizando estos intervalos, un plazo de años termina el mismo día que corresponda al año pactado como vencimiento. No hay dudas posibles.

24. Ver art. 6° del CCyCN, y arts. 24, 25 y, especialmente el art. 27 del Código Civil derogado.

25. SOLÁ, ERNESTO, al comentar el Capítulo 2 del CCyCN “Ley”, en el *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirigido por Julio César Rivera y Graciela Medina, Buenos Aires, La Ley, 2015, Tomo I, p. 76.

En este caso, el plazo vencía el 10 de diciembre y –de haber sido incierto el horario– el plazo se cumplía a las 24:00 horas de ese día 10 de diciembre, y no un día antes.

Es sabido que la presidenta saliente había tomado posesión de su cargo al mediodía del día 10 de diciembre de 2011 y, por lo tanto, era público y notorio que los cuatro años exactos se cumplían el mediodía del 10 de diciembre de 2015<sup>26</sup>.

Si lo que la sentencia pretendía era que ese mandato presidencial no se extendiese ni un segundo más de su exacta duración de calendario, pudo tener presente la doctrina existente en época del Código Civil sobre el conteo de las horas, visto que ellas no estaban previstas en ese cuerpo legal, o lo que dispone el artículo 6° del CCyCN, utilizado como fundamento en la sentencia, y que dice: *“En los plazos fijados en horas, a contar desde una hora determinada, queda esta excluida del cómputo, el cual debe empezar desde la hora siguiente. Las leyes o las partes pueden disponer que el cómputo se efectúe de otro modo”*<sup>27</sup>.

Es decir que, más allá de la incorrecta vigencia que se otorgó al artículo 6° del CCyCN para ese evento, esa misma previsión le daba la pauta sobre cómo tenía que hacer el conteo de horas, que tampoco fue respetado. De resultas, de esa aplicación se acertó el mandato presidencial de la presidenta saliente por 12 horas.

Téngase presente que la presidenta saliente había asumido su cargo sobre el mediodía del 10 de diciembre de 2011, ante la Asamblea Legislativa<sup>28</sup> y en el Congreso de la Nación, bajo el juramento:

26. Ver la Resolución 111/15, que al tratar la solicitud de la medida cautelar expresa: *“... conforme es público y notorio y surge de la documentación allegada, el día 10 de diciembre de 2011”*, refiriéndose a la fecha de asunción como Presidenta de la señora de Kirchner.

27. Artículo 6° del CCyCN, última parte.

28. *“Tras la polémica, finalmente la banda presidencial se la colocó su hija Florencia. Pasadas las 11, el vicepresidente Julio Cobos dio inicio a la sesión. Esa fue su única participación. Recibió silbidos desde los palcos. Cristina Kirchner llegó a las 11.50 en helicóptero junto a sus hijos Florencia, Máximo y su nuera Rocío al helipuerto de la Casa Rosada; y a las 12 arribó al Congreso. Llevaba un vestido negro con encaje. Cobos fue a recibirla y hubo un saludo de manos, pero ella no lo miró. A las 12.05, Boudou juró y le dio la mano al vice saliente. (...) Emocionada, sus primeras palabras antes del discurso que comenzó a las 12.12 y finalizó a las 13.23 –duró una hora once minutos– fueron ‘ay Dios’. Luego homenajeó a Néstor Kirchner y*

*“Yo, Cristina Fernández de Kirchner, juro por Dios, por la Patria y por los Santos Evangelios desempeñar con lealtad y patriotismo el cargo de Presidenta de la Nación y observar y hacer observar en lo que de mi dependa la Constitución de la Nación Argentina. Si así no lo hiciere, que Dios y la Patria y él me lo demanden”<sup>29</sup> (el subrayado nos pertenece).*

La asunción quedó registrada en las actas protocolares pertinentes, donde obviamente constaban –bajo el formalismo de fe pública– la hora de inicio y la del cierre del acto, circunstancia que tornaba como única vía precedente, que, en ese mismo horario, cuatro años después, se produjese el cese de ese mandato y la asunción de las nuevas autoridades. O sea, no era necesario que una sentencia judicial hiciese cesar 12 horas antes el intervalo de la presidente y del vicepresidente salientes porque no había causa alguna que justificase tan extraña intromisión judicial.

Tal como lo hemos explicado, y desde un punto de vista temporal, la norma para poder determinar la forma de conteo de un intervalo –que había comenzado durante la vigencia del Código Civil y concluido luego de su derogación– debió ser dicho cuerpo legal. Corresponde entonces que pasemos a analizar las previsiones del Código Civil relativas a esa materia.

Destacaremos que entre ambos cuerpos legales no hay variación respecto del alcance de una norma imperativa y de una supletoria. Examinando las previsiones del Código Civil, Yungano dice: *“Según la obligatoriedad, las normas pueden ser imperativas o supletorias. Las primeras son de rigurosa aplicación y los particulares no pueden actuar de otro modo, (...) en cambio, existen cuestiones en las que los particulares pueden pactar libremente sus relaciones (modalidades o condiciones de sus contratos*

---

*a su política de derechos humanos. En el cierre dijo que «como Él, no dejará sus convicciones en la puerta de la Casa Rosada”, nota publicada en Todo Noticias, disponible en: [https://tn.com.ar/politica/assume-cristina\\_075616](https://tn.com.ar/politica/assume-cristina_075616) (fecha de consulta: 30/5/2018). Los resaltados pertenecen a la publicación.*

29. Juró Cristina Kirchner y advirtió: “Hay derecho de huelga, no de chantaje ni de extorsión”, nota publicada en *La Nación*, disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/1431641-la-jura-de-cristina> (fecha de consulta: 30/5/2018).

cf. art. 1197). Si no lo hacen, las leyes suplen la omisión y en tal caso estas pasan a ser obligatorias”<sup>30</sup>.

En relación con la continuidad de los plazos, Llambías, al referirse al artículo 27 del Código Civil, comenta: “La regla expresada tiene una gran claridad no habiendo dado lugar a dificultad alguna en los anales de la jurisprudencia. En virtud de ello, un pagaré fechado el 20 de febrero, a un mes de plazo, vence el 20 de marzo, no obstante haber transcurrido solo 28 o 29 días entre un momento y otro momento”<sup>31</sup>.

El mismo autor, al tratar los plazos de horas que no estaban previstos por el Código Civil, afirma: “Plazo de horas. El código no prevé que el plazo pueda ser de horas y suscita la duda de si se contará hora por hora o por días. Así un plazo de 24 o 48 horas, puede entenderse que vence a la hora correspondiente del 1° o 2° día, o a la hora 24 del día del vencimiento, como lo dispone el art. 2° del Código Civil”<sup>32</sup>.

O sea que, aun cuando se hubiera hecho bajo las previsiones del Código Civil, tampoco era correcta la forma del conteo que hizo la sentencia, ello, más allá de que conforme ya hemos explicado el plazo presidencial y su forma de conteo se encuentra previsto en nuestra Constitución Nacional, norma que es imperativa y que ninguna ley de jerarquía inferior puede modificar.

### **3. El cese y la asunción del cargo de Presidente y Vicepresidente de la Nación**

El art. 91 de nuestra Constitución Nacional expresamente dispone: “El Presidente de la Nación cesa en el poder el mismo día en que expira su período de cuatro años; sin que evento alguno que lo haya interrumpido pueda ser motivo de que se le complete más tarde”<sup>33</sup>.

30. YUNGANO, ARTURO R., *Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, Ediciones Judiciales, 1990, p. 76.

31. LLAMBÍAS, JORGE J., *Derecho Civil. Parte General*, decimosexta edición, Buenos Aires, Perrot, 1995, Tomo I, p. 168.

32. LLAMBÍAS, JORGE J., ob. cit., pp. 168-189.

33. Ver art. 91 de la Constitución Nacional recuperada de [www.infoleg.gov.ar](http://www.infoleg.gov.ar)

La norma es terminante. El constituyente en ningún momento expresa el término “hora”, y visto que la sentencia se funda en el conteo de los intervalos que establece el CCyCN –más allá de que no debió regirse por las leyes civiles– el plazo –cuanto menos– vencía a la misma hora en la cual había asumido 4 años antes.

En relación con esta previsión constitucional, Gelli enseña: “La disposición comprende también al vicepresidente de la Nación. Ambos integrantes del binomio presidencial cesan en sus cargos el día en que expira el mandato para el que fueron elegidos”<sup>34</sup>.

A estas alturas, es evidente que estamos en presencia de un llamativo error de la sentencia, con implicancias institucionales graves y que sienta un precedente peligroso.

Si la presidenta Fernández de Kirchner asumió el 10 de diciembre de 2011, su mandato debió haber terminado el 10 de diciembre de 2015, y correspondía que la asunción de las autoridades entrantes se produjese ese mismo día, y en el horario del mediodía, para que coincidiese con el mismo momento de toma de posesión, que 4 años antes habían realizado las autoridades que cesaban en ese momento.

Solo así se hubiesen cumplido de forma exacta los cuatro años de mandato. Cesando antes del mediodía del 10 de diciembre de 2015, el plazo era menor –como ocurrió–, y después de esa hora, mayor<sup>35</sup>.

En otro escenario, y si no se hubiera producido el cambio de mandato, quizás podría haber procedido el dictado de una sentencia judicial. Igual solución podría haberse adoptado si hubiese existido un peligro inminente que –razonablemente– impidiera la asunción de las nuevas autoridades<sup>36</sup>.

34. GELLI, MARÍA A., *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, Quinta Edición ampliada y actualizada, La Ley, 2018, p. 411.

35. Efectivamente, un intervalo de cuatro años, cuando la hora de inicio se encuentra acreditada por acta que otorga fe pública, concluye el mismo día y a la misma hora, luego de que haya transcurrido el intervalo. Es decir, y en este caso, el 10 de diciembre de 2015 al mediodía, ni antes ni después.

36. En realidad, y en esta cuestión, consideramos que sería el Poder Legislativo y no el Judicial quien debería resolver un conflicto de estas características, visto que es la Asamblea Legislativa la que declara formalmente los binomios presidenciales que

Pero nada de ello sucedía ese día. Solo estábamos en presencia de una discusión menor y formal relativa al lugar donde iban a tomar los atributos del cargo, que no son necesarios para el ejercicio del mandato presidencial (bastón de mando y banda presidencial), por lo que en nada hubiese afectado que hubiesen sido tomados con posterioridad o incluso, omitidos<sup>37</sup>.

En relación con el juramento necesario para la toma de la posesión del cargo de presidente y vicepresidente, Carranza destaca: *“El juramento del Presidente y Vicepresidente se realizará ante el testimonio no solo del Presidente del Senado, quién será quien de fe del acto, sino ante todos los diputados y senadores que serán testigos del mismo. En la Asamblea se condensa la representación de la totalidad de la Nación Argentina, no solo en cuanto a todas las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como entes federados, sino de cada uno de los ciudadanos de Argentina. De esta manera, el Presidente presta juramento ante toda la República”*<sup>38</sup>.

Como ya hemos referenciado, la asunción de los cargos de presidente y vicepresidente no requiere más que la coordinación entre los ciudadanos electos y proclamados con las autoridades del Congreso Nacional, siendo indiferente el proceder de las autoridades salientes (siempre y cuando estos últimos no lleven adelante actos que impidan esas asunciones, actitudes que estarían incursas dentro del delito de sedición o del atentado contra las leyes que protegen la democracia)<sup>39</sup>.

Por lo expuesto hasta aquí, queda en evidencia que el fallo hizo terminar anticipada e inconstitucionalmente los mandatos de la presidenta y del vicepresidente salientes, tomando como fundamento nor-

---

han sido electos por la ciudadanía, proclama el período de inicio y el de la finalización de ese mandato.

37. Sobre el punto puede verse el protocolo establecido en el Reglamento de Ceremonial de la Presidencia de la Nación (arts. 142 y 143). Aclaremos que el protocolo es normativa de jerarquía inferior a la CN, por lo que no puede establecer recaudos adicionales para que un ciudadano asuma el cargo de presidente de la Nación. A dicho, adicionamos que, en nuestra opinión, ambos atributos (bastón de mando y banda cruzada en el pecho) se encuentran más cercanos a la tradición monárquica o a la castrense, que a la de una República.

38. CARRANZA, GONZALO G., “El juramento de las autoridades y el principio de lealtad constitucional”, La Ley, 2015, cita online AR/DOC/689/2015

39. Cfr. artículo 36 de la Constitución Nacional.

mativa de menor jerarquía y extraña al asunto, que, por lo demás, fue interpretada en forma incorrecta.

### ***4. El comienzo del mandato y la toma de posesión ¿diferencia temporal?***

Una última cuestión queda en el tintero. La sentencia que establece una diferencia temporal entre el inicio del mandato presidencial y el momento de la toma de posesión del cargo, interpretación que tampoco compartimos.

Con estas ideas en mente, resulta desconcertante la aseveración del dictamen del Procurador Fiscal, en el que puede leerse: *“No es menos cierto que la Constitución establece un momento diferente al comienzo del mandato, para la toma de posesión del cargo que es en el momento que presta juramento a tenor del art. 93 de la Constitución Nacional. Así las cosas, es menester establecer un criterio armonioso para ver quién ejerce el poder que surge del cargo de presidente de la Nación, entre las 0.00 horas del día 10 de diciembre y el horario de juramento y toma de posesión efectiva del cargo”*<sup>40</sup>.

Vale la pena aclarar que parte de la doctrina coincide con la posición sustentada por el fiscal y recogida por la sentencia en análisis, en cuanto a que la Constitución Nacional establece distintos momentos para el comienzo del mandato presidencial y la asunción del cargo, respectivamente<sup>41</sup>.

Pero, en rigor de verdad, no encontramos dentro de la Constitución Nacional previsión alguna que distinga el mandato presidencial entre su comienzo y el momento en que presta juramento. Esa disociación no obra siquiera dentro del espíritu de los constituyentes que debatieron la forma de elección y del mandato presidencial<sup>42</sup>.

40. Cfr. la Resolución 111/15, se trata del dictamen del Fiscal, obrante a fs. 86/89 de los autos caratulados “Macri, Mauricio”.

41. Ver GELLI, MARÍA, A., Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, quinta Edición ampliada y actualizada, La Ley, 2018, Tomo II, pp. 416-417.

42. Ver *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, Dr. Rodolfo C. Barra, Dr. Mariano Augusto Cavagna Martínez, Dr. Carlos Vladmiro Corach, Dr. Héctor

El sistema de la Constitución Nacional es simple: el presidente y su vicepresidente cesan de pleno derecho el mismo día y a la misma hora en que asumieron su cargo, sin que sea necesario acto alguno.

Es menester tener presente que debe ser a la misma hora, porque –si bien el texto constitucional no lo dispone expresamente– su redacción indica que estamos en presencia de un mandato que dura exactamente cuatro años, y para ello, las horas también cuentan.

Para decirlo con pocas palabras: si la asunción fue al mediodía del 10 de diciembre de 2011, el cese se produce de pleno derecho al mediodía del 10 de diciembre de 2015<sup>43</sup>.

A partir de ese momento, los reemplazantes deben asumir esos mismos cargos con el juramento que dispone el art. 93 de nuestra Ley suprema.

A estas alturas, es evidente que no existe ninguna previsión que permita siquiera fantasear con una división temporal entre el inicio del mandato y la toma de posesión.

Aclaremos que tampoco procedía invocar las previsiones del artículo 88 de la Constitución Nacional, como erróneamente lo hizo la sentencia, porque no se presentaban ninguna de las causas a las que esa norma taxativamente refiere (enfermedad, ausencia de la Capital, muerte, renuncia o destitución del Presidente).

En realidad, se estaba ante el pedido de una medida cautelar por medio de la cual se pretendía que una sentencia ordenase que la presidenta concluyese su mandato antes de lo previsto, en franca colisión con lo previsto por la Constitución Nacional.

Justamente por ello, y, para terminar, examinaremos lo que en ese aspecto dispone la sentencia. Desde ahora, dejamos establecido que lo resuelto de ningún modo se acerca a lo que en esa materia establece nuestra ley suprema.

---

Masnatta (coords.), Centro de los Estudios Constitucionales y Políticos – Ministerio de Justicia de la Nación, República Argentina, Tomos I y II.

43. La hora exacta de la jura por medio de la cual asumen sus cargos el Presidente y Vicepresidente de la Nación consta en las actas respectivas, además de la difusión que tiene dentro de los medios periodísticos y hoy también de las redes sociales, lo cual ubica a esa hora como pública y notoria.

Nuestros constituyentes dispusieron un mecanismo presidencial, con mandato de cuatro años, y con posibilidad de reelección por un mandato adicional, y en el cual el cese se produce en la misma fecha luego del transcurso de esos cuatro años.

Volvemos a decir: en la misma fecha y dentro del mismo acto, cesa un mandato y se inicia el del sucesor, sin que sea necesaria la concurrencia o conformidad de quien deja el cargo<sup>44</sup>.

El mecanismo de fin de un mandato presidencial, con el interregno de un reemplazante, previo a la toma de posesión del cargo por parte de las nuevas autoridades electas, no es el régimen establecido por nuestra Constitución.

Si se optara por seguir el rebuscado razonamiento de la sentencia en estudio, tendríamos una Constitución Nacional que dispone un período presidencial de cuatro años exactos, pero con un plazo inferior para el ejercicio de ese mandato y donde es necesario cubrir una acefalía inexistente<sup>45</sup>.

La sentencia comentada dispone un mecanismo forzado, según el cual todo presidente y vicepresidente entrantes deberían asumir sus cargos, juramentando ante el presidente provisional del Senado y con la Asamblea Legislativa reunida a las 00:00 horas del día 10 de diciembre del año pertinente, bajo amenaza de que un juez con competencia electoral designe un presidente provisional como su reemplazante, hasta tanto se produzcan los juramentos respectivos.

Como puede vislumbrarse, esa forma no es la que los constituyentes han siquiera esbozado al momento de legislar sobre el mandato presidencial, la elección, su asunción y cese<sup>46</sup>.

Resaltamos que, en opinión de cierta parte de la doctrina, ante una grave emergencia, podría proceder que fuese la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y no un juez de primer grado, el órgano ju-

44. Conf. Art. 93 de la Constitución Nacional.

45. Decimos que es una acefalía con causa inexistente porque no se produjo por una de las causales que dispone el art. 88 de la Constitución Nacional.

46. Al respecto, puede verse: *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, Dr. Rodolfo C. Barra, Dr. Mariano Augusto Cavagna Martínez, Dr. Carlos Vladmiro Corach, Dr. Héctor Masnatta (comps.), Centro de los Estudios Constitucionales y Políticos – Ministerio de Justicia de la Nación, República Argentina, Tomos I y II.

dicial que tuviese la facultad de intervenir ante tan delicada circunstancia, pero no designando a un subrogante, sino circunscribiéndose a tomar el juramento al presidente designado<sup>47</sup>.

Finalmente, la sentencia también llama nuestra atención al momento de invocar la Ley de Acefalía N° 20.972 (modificada por la ley 25.716), porque, en todo caso, la acefalía la produjo la misma jueza electoral cuando hizo cesar anticipada e inconstitucionalmente el mandato presidencial. Para peor, nunca un juez con competencia electoral se encuentra habilitado a designar al funcionario que ejerza la Presidencia de la Nación cuando existe un estado de acefalía, visto que esa facultad se encuentra exclusivamente reservada al Congreso de la Nación.

#### IV. CONCLUSIONES

La situación referenciada en este trabajo no tiene precedentes en la historia reciente del país. Desde el retorno de la democracia habíamos sido testigo de transiciones de poder ordenadas, entre Raúl Alfonsín y Carlos Menem; entre Menem y Fernando de la Rúa; entre Néstor Kirchner y Cristina Fernández (los cinco primeros presidentes elegidos por las urnas desde 1983).

Por tal razón, hemos estimado que era importante abocarnos al estudio de esta sentencia, visto que, por primera vez, un órgano jurisdiccional se refirió al tema, y sentó jurisprudencia sobre el cese del mandato y la asunción presidencial.

Dentro de nuestra investigación, hemos citado prestigiosa doctrina que entiende acertado el fallo, en cuanto a la forma del conteo del intervalo del mandato presidencial efectuado en la sentencia, y en

47. OYHANARTE, MARTÍN, en obra citada (punto 7. Segundo párrafo) expresa: “Si se presentara un conflicto de gravedad institucional como el que orejamos en la pregunta anterior, que requiriera saldar quién es el titular del poder ante una verdadera emergencia, una alternativa que se ofrecería sería que la Corte Suprema tome juramento público al presidente electo allí donde se encuentre. Esta competencia “salvífica” no resulta expresamente de la Constitución, pero tendría color de legalidad por limitarse a activar la voluntad popular y contar el aval del precedente de Fallos 252:177 de 1962”.

cuanto a que nuestra Constitución Nacional establece distintos momentos para el comienzo del mandato presidencial y para la asunción del cargo. Pero, más allá de las profundas y respetables razones que esa parte de la doctrina esgrime, entendemos haber acreditado que la sentencia no ha respetado las disposiciones de la Constitución Nacional.

Por empezar, desde el punto de vista del trámite procesal, ha vulnerado los principios del debido proceso legal. Específicamente, en cuanto ha omitido el necesario traslado de la demanda, que debió ordenar la señora jueza cuando modificó las reglas del proceso, previo a la traba de la *litis*, y para que ambas partes tuviesen los mismos derechos de ser escuchados, de argumentar, en síntesis, de ejercer su defensa en juicio.

A la vez, hemos acreditado que la sentencia confundió la norma sobre la cual debió sustentarse, porque –en lugar de aplicar la ley civil para realizar el conteo del intervalo presidencial– debió concentrarse únicamente en lo que dispone la Constitución Nacional en forma imperativa.

Todavía más, aplicando –según nuestro criterio– equivocadamente la ley civil en este asunto, le otorgó vigencia al art. 6° del CCyCN para ese conteo, cuando, en todo caso, hubiese correspondido aplicar el Código Civil derogado, esto más allá de que dentro de nuestra investigación ha quedado claro que independientemente de la aplicación del art. 6° del CCyCN en lugar de las reglas del Código Civil, el conteo del intervalo de los cuatro años fue errado.

También hemos cuestionado la solución que dicha sentencia dispuso para el momento del cese y asunción de la presidencia por ser contraria a lo que expresamente dispone nuestra Constitución Nacional en la materia, visto que crea un interregno improcedente.

Nuestra investigación también objetó la referencia que hace la sentencia a las previsiones del art. 88 de la Constitución Nacional, porque no había acefalía alguna en el ejercicio de la presidencia de la Nación, salvo la que generó la propia resolución al hacer cesar injustificada y anticipadamente el mandato de la presidenta y de su vicepresidente.

Asimismo, en este trabajo hemos examinado, aunque en forma somera, si el Poder Judicial tiene facultad para intervenir en la determinación del modo y momento en que cesa el presidente y vicepresidente de la Nación. Nuestra visión ha sido crítica en ese aspecto

porque hemos visto que –conforme lo dispone de manera expresa el artículo 93 de la Constitución Nacional– se trata de atribuciones exclusivamente otorgadas al Poder Legislativo, a lo cual adicionamos que nuestra investigación ha dejado en claro que no es necesaria participación alguna de las autoridades salientes para que puedan asumir sus cargos el presidente y vicepresidente entrantes, por lo que la intervención judicial en este caso, además, fue superflua.

Una última reflexión nos lleva a remarcar que, desde la restauración de la democracia, y muy a nuestro pesar, hemos visto a los expresidentes Alfonsín y De la Rúa terminar sus mandatos antes del periodo constitucional, ambos por renuncia. A esa lista de mandatos finalizados en forma anticipada corresponde añadir el segundo mandato de la señora Fernández de Kirchner, en virtud de lo ordenado por la sentencia dictada en los autos “*Macri, Mauricio*”.

#### BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DE INFORMACIÓN

- ARROYO FERRER, F. J., “El debido proceso desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, recuperado de: [http://www.palermo.edu/derecho/revista\\_juridica/pub-14/Revista\\_Juridica\\_Ano14-N1\\_06.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-14/Revista_Juridica_Ano14-N1_06.pdf)
- CARRANZA, G. G., “El juramento de las autoridades y el principio de lealtad constitucional”, Buenos Aires, La Ley, 2015, cita online AR/DOC/689/2015
- GARCÍA LEMA, A. M., *La reforma por dentro*, Buenos Aires, Editorial Planeta, 1994.
- GELLI, M. A., *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada (Cuarta edición) ampliada y actualizada*, Buenos Aires, La Ley, 2011.
- GELLI, M. A., *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada (Quinta edición) ampliada y actualizada*, Buenos Aires, La Ley, 2018.
- GOZAÍNI, O. A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado y anotado*, Buenos Aires, La Ley, 2002.
- LLAMBIAS, J. J., *Derecho Civil. Parte general (Tomo I). Decimosexta edición*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1995.
- MONTILLA ZAVALÍA, F. A., “El cómputo del inicio y la finalización del período constitucional del mandato del presidente y vicepresidente de la Nación Argentina”, ED (2016-374), Buenos Aires, 2016.

## LA ASUNCIÓN DEL PRESIDENTE Y VICEPRESIDENTE...

---

- OYHANARTE, M., "Pompas y circunstancias: F.A.Q.", 8 de diciembre de 2015, recuperado de: <http://endisidencia.com/2015/12/pompa-y-circunstancia-f-a-q/> (fecha de consulta: 1/10/2018).
- SOLÁ, E., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Julio César Rivera y Graciela Medina (dirs.), Tomo I, Buenos Aires, Thomson Reuters, La Ley, 2015.
- YUNGARO, A. R., *Derecho Civil. Parte general*, Buenos Aires, Ediciones Judiciales, 1990.
- Código Civil*, recuperado de: [www.infoleg.gov.ar](http://www.infoleg.gov.ar)
- Código Civil y Comercial de la Nación*. Recuperado de: [www.infoleg.gov.ar](http://www.infoleg.gov.ar)
- Convención Americana de Derechos Humanos* (1969). Recuperado de: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)
- Convención Nacional Constituyente 1994* (Tomos I y II), Dr. Rodolfo C. Barra, Dr. Mariano Augusto Cavagna Martínez, Dr. Carlos Vladmiro Corach, Dr. Héctor Masnatta (comps.), Centro de los Estudios Constitucionales y Políticos – Ministerio de Justicia de la Nación, República Argentina, Buenos Aires, 1994.
- Constitución Nacional*, recuperada de: [www.infoleg.gov.ar](http://www.infoleg.gov.ar)
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 12/6/2007, "Akrishevski, Erez", La Ley, 11/7/2007, 11 JA 25/7/2007, 28 JA 2007-III, 391, cita online: AR/JUR/1730/2007.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 12/6/2007, "Moshe Ben Igvy (detenido U-2 Devoto)", La Ley 3/7/2007, 6 La Ley 2007-D, 299 DJ 2007-II, 984 JA 2007-II, 391, cita online: AR/JUR/1811/2007.
- Reglamento de Ceremonial de la Presidencia de la Nación. Arts. 141 y 142*, recuperado de: <https://www.infobae.com/2015/12/07/1774920-que-dice-el-reglamento-ceremonial-al-que-aludio-mauricio-macri/> (fecha de consulta: 1/10/2018).
- Sentencia judicial "Macri, Mauricio y Otro s/Formula Petición – Medida cautelar de no innovar" (causa 7954/2015). Publicado en: Sup. Const. 2016 (marzo), 14/3/2016, 85 - La Ley, 2016-B-152, cita online: AR/JUR/56628/2015.



## RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

**HUBEÑAK FLORENCIO.** *Historia de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Educa, 2016.*

Estamos ante una crónica histórica, un imprescindible registro, en el sentido bien textual de la expresión, para comprender los hechos y obras de la Iglesia Católica en nuestro país, como institución y de sus miembros en cuanto personas, durante gran parte del siglo XX y en esta primera parte del XXI.

Cabe referirse a la Iglesia en su doble aspecto de institución y de comunidad, pues parte de la jerarquía así, como una real muchedumbre de laicos, incluso personas de otros credos o agnósticos, integraron una cohorte coherente, autora de un milagro.

Pues no cabe otro calificativo para que en esta sociedad, donde predomina el individualismo y el no compromiso, haya podido enhebrarse, sostenerse y crecer un programa colectivo durante casi cuatro generaciones.

Debo decir algunas palabras sobre el autor que, nacido en Frýdek-Mýstek (Checoslovaquia), emigró a nuestro país con sus padres, huía del comunismo, en 1946.

Su relación con la UCA fue su ingreso como empleado administrativo de la menor categoría hacia 1962, en la Facultad de Derecho, por lo que en el transcurrir de su vida conoció y trató personalmente a la mayoría de las personas –varios miles– que figuran o son mencionadas a lo largo de las 413 páginas de la obra, en cuyo estilo no sobran las palabras y menos los adjetivos, debido a que los hechos que se reseñan brillan por su propia elocuencia sin necesidad de ditirambos. Hubeñak es un dedicado historiador, volcado toda su vida a la investigación y la enseñanza, con doble doctorado: en

Ciencias Políticas (UCA), cuya tesis fue sobre *La idea de Roma como mito político*; y en Historia (Universidad de Cuyo, Mendoza) con su tesis sobre *El imperialismo ruso*. Es autor de más de media docena de libros de su especialidad. Ha sido profesor, Decano en la Universidad de Mar del Plata, Decano de la Facultad de Ciencias Sociales y Políticas, Secretario Académico en Filosofía y Letras y en Derecho de la UCA.

La obra, prologada por monseñor Eduardo Mirás Obispo emérito, se encuentra dividida en dos partes. La primera, “los inicios”, narra los esfuerzos a principios del siglo XX por fundar una universidad católica que funcionó entre 1910 y 1916, y que fracasó al no ser reconocida por el Estado laicista de aquella época la habilitación para otorgar títulos, pero que fue semilla, a través de los Cursos de Cultura Católica que, a partir de 1922, mantuvieron viva la llama que se activó por decisión del Episcopado en 1958. Concurrieron a la formación de un prestigioso cuerpo docente, no solo los intelectuales de aquellos cursos, sino también numerosos profesores de la Universidad de Buenos Aires y de La Plata, que habían sufrido ostracismo por razones políticas luego de la revolución de 1955.

El nacimiento de la Universidad Católica fue en medio de una gran violencia y hostilidad por parte de los sectores laicistas, pero finalmente prosperó, sobre todo por la firme decisión presidencial del Dr. Arturo Frondizi, quien, afrontando las algaradas callejeras, dictó una reglamentación que autorizaba el libre establecimiento de instituciones universitarias privadas. Comenzaron de inmediato sus actividades y fue declarada Universidad Pontificia poco después. El cuerpo de la obra trata su desarrollo, tomando como guía los períodos de los sucesivos rectores. Primero, los veintidós años de gestión del fundador Mons. Dr. Octavio Derisi, y luego los posteriores: Mons. Guillermo Blanco, Fray Domingo Basso O. P., Mons. Alfredo Zecca y Mons. Dr. Víctor Manuel Fernández.

Cabe agregar un nuevo capítulo, aún no escrito, que es el que se inicia estos días con el rectorado del primer laico, el Doctor en Medicina Miguel Ángel Schiavone. Con esta designación, se verifica y concreta una nueva visión, propuesta por el Papa Francisco en el documento *Veritatis gaudium*, decidido a impulsar una pronta revisión y actualización de la Constitución Apostólica sobre el rol de las univer-

sidades católicas en fidelidad al espíritu y las directrices del Concilio Vaticano II.

R. A. P.



**SABSAY, DANIEL, *La Argentina estructural. Justicia. Propuestas de políticas públicas para el mediano y largo plazo*, Buenos Aires, Consejo Profesional de Ciencias Económicas, 2018.**

Tal como surge de su título, la obra se ubica dentro de una serie de publicaciones del Consejo Profesional, que ha encomendado a especialistas abordar temas candentes en los cuales se requiere de planteos de nuevas políticas públicas.

Daniel Sabsay aborda en este diferentes temas vinculados con la actual crisis del sistema judicial.

Se abre la obra con una entrevista al autor, quien califica el momento de “situación de transición”, en la cual se nota la falta de independencia en el sector, principalmente en lo penal y en lo contencioso administrativo, como consecuencia de lo que califica “relaciones de promiscuidad” entre el poder político y la justicia.

Si se pudiera trazar un orden de prioridades, lo primero es la modificación de la ley reglamentaria del Consejo de la Magistratura, “viciado de partidización”, donde los nuevos jueces nacen ya contaminados por su necesidad de ser elegidos por una mayoría estructural de políticos de 7/13 miembros del Consejo.

Luego, las reformas para cesar la lentitud; o cumplir con la creación integral de la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, omisión donde ha primado lo “corporativo”, ya que los jueces ordinarios se resisten a pasar a la ciudad; o el caso del pago del Impuesto a las Ganancias que demuestra la notoria rapidez con que esta actuación corporativa defiende sus privilegios, de modo muy diferente a cuando deben tratar los problemas de la ciudadanía.

Fallan también los controles, entre ellos, el control de los decretos de necesidad y urgencia y la cobertura de otros organismos, como el de Defensor del Pueblo que hace ocho años está vacante.

Concluye que la reforma de 1994, en su aspecto orgánico, no ha sido instrumentada de modo coherente con los propósitos claros de

sus autores. Pero hay otros ámbitos en que los cambios se encuentran pendientes. Sobre todo porque la transición iniciada en 1983, si bien ha tenido cierto éxito en ampliar el campo de los derechos individuales, a la vez, no ha logrado asegurar un adecuado equilibrio de poderes.

Muchas veces, además, la Corte ha debido avanzar sobre temas propios del Congreso supliendo la morosidad legislativa al tratarlos de modo resolutivo. Ilustra esto con varios ejemplos: en materia de ampliación de las fronteras de defensa de los derechos, se han desarrollado, la mayor parte de las veces por creatividad judicial, nuevas instituciones que tienden a ampliar esa protección. Así ha ocurrido con: a) el amparo colectivo en materia de medio ambiente (caso "Mendoza", Fallos: 330:3663). b) Igualmente en el caso de discriminaciones indebidas (Fallos: 323:1339, "Asociación Benghalensis" o Fallos: 329:5266). c) O lo tratado en Fallos: 328:1146, "Verbisky", sobre hábeas corpus colectivo en defensa de las condiciones de detención. d) También la ampliación por vía de amparo de las acciones de clase *in re* "Halabi".

Argumenta que si en la sociedad colonial monárquica y centralizada la división de poderes era inexistente, la seguridad jurídica pasó a ser una preocupación fundamental de la organización nacional. Lamentablemente, la emergencia ha sido una situación casi perpetua en nuestra historia, y lo que debe ser excepcional, transitorio, se convirtió en una forma casi normal de convivencia. En consecuencia, ha existido un permanente abuso de los poderes extraordinarios para superar los límites al poder. Esto opera como introducción a su pensamiento respecto de cómo hacer que la Justicia ocupe su debido lugar dentro del sistema democrático, esto es, que cumpla con las claves interpretativas en un orden lógico para lograr los fines de asegurar para todos la libertad, la igualdad y una calidad de vida adecuada. En el fondo, considera, se trata de un problema de equilibrio entre distintos órganos, así como en su relación con la sociedad y, a su vez, de esta con quienes ejercen los poderes formales.

En tal sentido, nuestro sistema de control judicial difuso sigue siendo, probablemente, una buena solución, puesto que asegura una mayor posibilidad de los ciudadanos de interferir con las arbitrariedades del poder.

A esto se suman los fenómenos actuales, como la necesidad de tener en cuenta los tratados firmados, y la existencia de distintos órganos de control dentro del sistema, ampliando el sistema de frenos y contrapesos, a lo que se agrega hoy una mayor participación ciudadana.

Pero, evidentemente, debe funcionar bien el Poder Judicial porque es el último garante del equilibrio de todos los sectores, pues la convivencia democrática es mucho más que una cuestión de prácticas electorales. Forma parte de un Estado de derecho, al cual deben someterse los jueces.

Como lector, opino que también a ella deben someterse los propios legisladores que no son omnipotentes en su capacidad normativa, y el Ministerio Público como defensor de la legalidad y los intereses generales, pero en coordinación con las “demás autoridades de la República” (art. 120).

Comenta, luego, algunas opciones que están debatiéndose, por ejemplo, la posibilidad de la elección popular de los jueces, que, si bien cuenta con algunos precedentes, no parece en el contexto social y político de nuestro país una panacea o garantía frente a los defectos actuales. Ocurre algo similar con las grandes dificultades que presenta la puesta en marcha efectiva del juicio por jurados. Algo análogo ocurre con la figura de remoción de los magistrados, que no ha demostrado ser eficiente frente a los casos de mal desempeño.

Dedica un pormenorizado análisis al mal funcionamiento del Consejo de la Magistratura. Si la primera reglamentación fue deficiente, mucho peor fue su reforma por la ley 26.080. Y peor aún luego de la reforma llamada de “democratización de la justicia”, intentada por la ley 26.855 que, si bien se encuentra formalmente paralizada al haber sido declarada parcialmente inconstitucional por la Corte Suprema en el caso “Rizzo” (junio 18, 2013), y luego en el fallo del caso “Monner Sanz”, no ha sido derogada, lo que introduce un gran elemento de confusión. Si hay algo claro, que ha quedado afirmado luego de estas resoluciones, es la validez de la regla rectora de que deberá respetarse el principio constitucional del equilibrio en la conformación del cuerpo, sin que exista un consenso válido y aceptado de cómo puede esto lograrse.

En un anexo, se agrega una declaración de distintas organizaciones civiles que identifican problemas y posibles soluciones. Por lo

pronto, un acotamiento de la jurisdicción de la Corte para disminuir el número de causas. Cuestión que entiendo que está mirado desde un punto de vista numérico, sin adentrarse en profundidad en la razón por la cual se expandió el recurso extraordinario por arbitrariedad, y esto ha sido por el muy deficiente funcionamiento de los tribunales inferiores y de las cámaras revisoras.

Como contracara de los avances, pueden identificarse también retrocesos como el de la corrupción sistémica.

En definitiva, concluye que no cabe duda de que la sociedad civil requiere una modernización de la Justicia en su búsqueda de la protección de los derechos e intereses colectivos.

Pero esto debe ser reclamado desde lo profundo de la propia sociedad, pues de otro modo no se logrará una movilización necesaria de los poderes como para que ocurra.

Dando el ejemplo, el propio autor participó de modo prominente en una marcha hace pocos días, frente al Palacio de Justicia, donde exhortó a encarar una autorreforma, sobre líneas que aborden y resuelvan estas cuestiones. Pues resulta insostenible el actual grado de inseguridad jurídica, que conspira contra nuestro progreso como sociedad.

Y si no se afrontan y producen los necesarios cambios, no se logrará afianzar de modo real y efectivo la Justicia en una nueva era que presenta fuertes desafíos, como el uso racional de los recursos humanos y la preservación del medio ambiente, para asegurar una calidad de vida sana y, a la vez, mantener un desarrollo sustentable que garantice iguales condiciones para las futuras generaciones (página 86).

R. A. P.

# REVISTA FORUM

## NORMAS DE PUBLICACIÓN

FORUM –Revista 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 visitantes invitados del Centro de Profesores de Derecho Constitucional de la Facultad, así como de otras universidades, respetando los principios de justicia y orden natural que iluminan nuestra Constitución y demás leyes y tratados que la integran, y siguiendo el ideario y proyecto integrador de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

### I. COBERTURA TEMÁTICA

1. La revista FORUM publica textos relacionados con la investigación en el área del Derecho Público 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. SECCIONES DE LA REVISTA

La revista publica trabajos de distintas categorías, agrupados según las secciones, de acuerdo con el siguiente detalle.

**1. Artículos de investigación y ponencias**

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.
  - Que exista coherencia en la estructura demostrativa o argumentativa entre el problema, los objetivos, el método, los resultados y las conclusiones.
  - Que la bibliografía sea actualizada y pertinente con la temática.
- b. Los trabajos presentados deben ser escritos en castellano (la Redacción se reserva la posibilidad de admitir trabajos escritos en italiano, francés, inglés o portugués u otras lenguas con carácter excepcional) y tener como mínimo la siguiente estructura, que se aplicará también a las notas y recensiones, en lo que sea aplicable.
- c. Título: no incluye abreviaturas. Debe ser escrito en español e inglés.
- d. Extensión: no podrán tener una extensión menor a 3000 ni mayor a 15.000 palabras. La Redacción se reserva el derecho a publicar artículos en dos fascículos diferentes. El trabajo deberá enviarse con el título en idioma original y en inglés, más un resumen de entre 50 y 200 palabras y palabras claves en un número no mayor a 6, ambos en idioma original y en inglés.
  - Resumen: debe contener un mínimo de CINCUENTA y hasta un máximo de DOSCIENTAS palabras que dé cuenta del objetivo del trabajo de investigación que se presenta, la metodología utilizada y una síntesis muy breve de la conclusión. No debe incluir referencias bibliográficas. El resumen debe enviarse también en inglés.
  - Palabras claves: una lista de hasta SEIS palabras claves relacionadas con el contenido del artículo que sirven para la clasificación del artículo. Las recensiones no contarán con palabras claves.
- e. Evaluación: estos 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 deberá acompañar una carta por vía digital que autorice la publicación y cesión a este efecto de los derechos respectivos, y deberá comprometerse a no presentarlos simultáneamente a otra publicación y a publicarlos luego sin expresa y clara mención de su previa publicación en FORUM. Para tal caso, los autores deberán enviar por vía digital aviso sobre la difusión de su artículo.

### 2. Notas y comentarios

- a. Estructura: esta sección incluirá trabajos breves sobre tópicos jurídicos, jurisprudencia o legislación. La extensión máxima será de 4000 palabras.
- b. Originalidad: los trabajos propuestos para esta sección deberán ser originales, los autores deberán comprometerse a no presentarlos simultáneamente a otra publicación y a publicarlos sin autorización de la revista. Al momento de su presentación, el autor deberá 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 FORUM.
- c. Otros requisitos: deberá enviarse el título en idioma original y en inglés; un resumen de entre 50 y 200 palabras y palabras claves, en un número no mayor a 6, ambos en idioma original y en inglés. Se incluirá la bibliografía utilizada, que deberá seguir las normas de la revista.

### 3. Recensiones

La sección incluirá reseñas/recensiones de libros de aparición reciente (en principio no más de dos años) con una extensión máxima de 2000 palabras.

### 4. Documentos

La Dirección podrá seleccionar aquellos 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.

### 5. Otras secciones

Según la necesidad del número publicado: necrológicas /recuerdos de profesores o académicos, noticias, traducción o publicación de textos que fueron publicados en otras lenguas, conferencias o comunicaciones en congresos o seminarios, etc.

## III. LOS AUTORES

1. Deben enviar sus datos personales y los de la institución a la que pertenecen. El autor deberá indicar, además, su dirección de correo electrónico para ser publicada en la revista.

2. 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 a que publiquen total o parcialmente sus trabajos en otras revistas, siempre y cuando aparezca al comienzo del artículo la referencia del número en digital y en papel de FORUM en el cual haya aparecido.
3. 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, así como también en otras bases de datos que considere de relevancia académica.
4. Los autores recibirán como agradecimiento y cortesía dos ejemplares del número de FORUM en el que fue publicado su artículo.
5. Teniendo la revista versión digital, los autores de los artículos publicados cederán sus derechos a la editorial, en forma no exclusiva, para que incorpore la versión digital al Repositorio Institucional de la Pontificia Universidad Católica Argentina, así como también a otras bases de datos que considere de relevancia académica. Esta cesión de derechos importará asimismo autorización para la publicación de los artículos en su versión papel, al final de cada año.
6. Los autores deberán declarar, además, todo lo relacionado con algún conflicto de intereses, tales como 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.
7. Los artículos 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.

#### IV. LISTA DE COMPROBACIÓN PARA LA PREPARACIÓN DE ENVÍOS

Como parte del proceso de envío, los autores han de verificar 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. El manuscrito ha sido publicado o se ha enviado previamente a otra revista o publicación colectiva.
- b. El archivo enviado no está en formato Microsoft Word.
- c. El texto no cumple con los requisitos bibliográficos y de estilo indicados en las Normas para autores.
- d. No haber aceptado y suscripto la declaración de originalidad que será remitida mediante correo electrónico.

### V. EVALUACIÓN INICIAL Y ARBITRAJE

1. Los documentos recibidos pasarán por una evaluación inicial realizada por los editores u otros especialistas a pedido de la Dirección Editorial, para discernir la originalidad, relevancia e interés científico y decidir su aceptación o no para la publicación. 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, brindando los motivos del caso. En caso de desacuerdo con la decisión, el eventual pedido de reconsideración será sometido al Consejo Editorial de la revista.
2. Además, la Secretaría de Redacción hace una corrección preliminar de estilos. Por este motivo, 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 estas “Normas de publicación”. La adaptación de los originales a las normas 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 FORUM para la sección de “Trabajos de investigación” serán evaluados por uno o dos árbitros externos a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, designados por la Secretaría de Redacción de la revista. Estos textos se someterán a arbitraje según el sistema de “doble ciego” 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 60 días desde la recepción del texto. Como agradecimiento por su colaboración se entrega a quien hubiera intervenido como árbitro un ejemplar del número de la revista que cuenta con su participación y un certificado.
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 la Secretaría de Redacción de la revista.
9. En todos los casos, se publicará la fecha de recepción del trabajo y la fecha de su aceptación, sea por el árbitro académico o bien por la Dirección Editorial, según corresponda.

10. Los árbitros o evaluadores externos recibirán los artículos sin la identificación de su autor, para mantener, de este modo, la objetividad respecto de los autores.

## VI. NORMAS PARA ÁRBITROS

- a) Los artículos de FORUM serán sometidos a arbitraje por parte de evaluadores externos, no así las notas, comentarios, crónicas y reseñas bibliográficas, cuya publicación se reservará a criterio de la Dirección y del Consejo de Redacción de la revista.
- b) El referato de FORUM está compuesto por árbitros que han alcanzado la máxima titulación académica (grado de doctor) o se desempeñan como profesores titulares (catedráticos) o investigadores de carrera. Se trata de investigadores de universidades ajenas a la Pontificia Universidad Católica Argentina, de la República Argentina y del exterior, 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 y la Historia de las Ideas Políticas.

## VII. ANEXO: FORMATO BÁSICO PARA TEXTOS Y CITAS BIBLIOGRÁFICAS

### 1. Formato para textos

Textos papel A4; interlineado 1,5; 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. El título deberá estar acompañado, además, por una versión en inglés, en letra negrita, de 11 puntos, Times New Roman.

### 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 al autor, se anota después de la editorial.

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.

Ejemplo: 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 cursiva), lugar de publicación, número, año, páginas citadas, todo separado por comas.

Ejemplo: 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: apellidos y nombres del autor, "título del artículo", nombre del periódico (en cursivas), lugar de publicación, fecha (día, mes y año), páginas citadas, todo separado por comas.

Ejemplo: Ventura, Adrián, "La Corte se distancia de la aprobación del proyecto sin consenso", *La Nación*, Buenos Aires, 29 de noviembre de 2013, p. 7. IDEM.

- 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.

Ejemplo: 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, <http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf> (consultado el 03/12/2012).

- f. 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

La bibliografía debe presentarse 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 puntos anteriores. 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.

**ARBITRAJE DE ARTÍCULOS Y NOTAS.** Se arbitraron los artículos publicados, y se publicó como nota del comentario de María Soledad Riccardi. Como resultado del arbitraje, se rechazó un artículo (no publicado) y se coordinaron desde la Secretaría con cada autor, en los restantes casos, los cambios sugeridos por los árbitros.

- SACRISTAN, Estela B. EL MUNICIPIO FRENTE A CIERTAS ACTIVIDADES EXTRACTIVAS ¿ES MAS FACIL VEDAR QUE PERMITIR- Recibido por el arbitro: 26/5/2018 -Devuelto evaluado: 30/5/18.
- CAÑARDO, Hernando.LA PENUMBRA DE LA CORRUPCIÓN: REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LOS LOBBIES. Recibido por el arbitro: 3/5/18 -Devuelto evaluado:9/5/18.
- ABÁSULO, Ezequiel. RAÍCES EUGENÉSICAS DE LOS ABORTOS NO PUNIBLES EN ARGENTINA. Recibido por el arbitro :12/9/18 -Devuelto evaluado: 23/9/18.
- BANDIERI, Luis María. SOBRE EL SEÑORÍO DE LA MUJER SOBRE SU PROPIO CUERPO Y SOBRE LA PERSONALIDAD DEL EMBRIÓN. Recibido por el arbitro: 7/6/18 -Devuelto evaluado:14/6/18.
- RICCARDI, María Soledad. ALGUNAS NOTAS SOBRE LAS NORMAS PROVINCIALES, LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA EDUCACIÓN RELIGIOSA EN “CASTILLO”.
- LIENDO, Gustavo C. LA ASUNCIÓN DEL PRESIDENTE Y VICEPRESIDENTE DE LA NACIÓN. UN PRECEDENTE JUDICIAL Y LAS PREVISIONES DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL. Recibido por el arbitro: 12/9/18 -Devuelto evaluado: 23/9/18 y 30/9/18.



