

DIRECTOR

DR. JOSÉ DANIEL CESANO

CUADERNO DE DERECHO COMPARADO

TOMO 6

2023



 EDITORES
FONDO EDITORIAL





INSTITUTO DE DERECHO COMPARADO “DR. ENRIQUE MARTÍNEZ PAZ”
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

CUADERNO DE DERECHO COMPARADO

DIRECTOR
JOSÉ DANIEL CESANO

NÚMERO 6 AÑO 2023



Cesano, José Daniel

Cuaderno de derecho comparado / José Daniel Cesano ; Guillermo Funes;
compilación de José Daniel Cesano. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos
Aires : IJ Editores, 2023.

150 p. ; 15 x 23 cm.

ISBN 978-631-302-008-9

1. Derecho. I. Funes, Guillermo. II. Cesano, José Daniel, comp. III. Título.
CDD 340.2

*Las posturas doctrinarias expresadas en los artículos
aquí incluidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores
y no necesariamente reflejan los puntos de vista de la Editorial,
la Institución, el Director ni del Comité Editorial.*

Se prohíbe la reproducción total o parcial
de esta obra sin la autorización expresa.

IJ International Legal Group

Dirección y correspondencia: Lavalle 1115 - PB,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina

CP: 1048

TE: +54 011 5276-8001

ÍNDICE

POPULATION INDIGÈNE ET CRIMINALITÉ DANS LA CODIFICATION PÉNALE HISPANO-AMÉRICAINNE ET DANS LA DOCTRINE : LES CAS DU PÉROU ET DE LA BOLIVIE (1924 - 1974)

José Daniel Cesano | Dora Alejandra Muñoz..... 9

NEOPROPORCIONALISMO Y GARANTÍA DE MOTIVACIÓN

Guillermo Funes..... 23

EQUIDAD Y MOTIVACIÓN EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA: A PROPOSITO DE VÁZQUEZ, CÉSAR Y OTROS S/RECURSO DE CASACIÓN

Guillermo Funes..... 49

LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA POLÍTICA DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL

Leonor Selena Gimelfarb..... 65

THREE ECHELONS FOR THE DEVELOPMENT OF INSTITUTES OF COMPARATIVE LAW IN THE AMERICAS (1900-1950)

Agustín Parise..... 89

EL PRECEDENTE JUDICIAL. ENTRE EL CAOS Y EL ORDEN

María del Carmen Piña..... 111

MEMORIA DEL INSTITUTO DE DERECHO COMPARADO -2022-

José Daniel Cesano..... 147



STAFF

Instituto De Derecho Comparado "Dr. Enrique Martínez Paz"

Director:

José Daniel Cesano

Secretario del Instituto:

Diego Peretti Avila

Secretario de Redacción:

Christian G. Sommer

Comité Científico:

Adriana S. Dreyzin

Thomas Duve

Zlata Drnas De Clément

Carlos Julio Lascano

Horacio Roitman

Marcelo Urbano Salerno

Miembros Titulares del Instituto:

Dra. María Del C. Piña

Dr. Christian G. Sommer

Dra. Carolina Prado

Dr. Diego Peretti Ávila

Ab. Fernando Miguel Comuñez

Esp. Guillermo Funes

Ab. Andrés Alveroni

Ab. Leonor Gimelfarb

Ab. Matías Manuel Mansilla

Gustavo Alberto Arocena

Leonor Grimelfarb Marcelino
D. Barrera Liberani
Carolina Fernanda Carranza
Ana Lombardi

Miembros Correspondientes del Instituto:

Dr. Ignacio Aymerich Ojea (Valencia)
Dr. John Cartwright (Oxford)
Dr. Massimo Donini (Modena E Reggio Emilia)
Dr. Lucio Pegoraro (Bologna)
Dr. Alessandro Somma (Ferrara)
Dr. Santiago Muñoz Machado (Madrid)
Dr. Gonzalo Gonzalez Rodriguez Mourullo (Madrid)
Dra. Valentina Faggiani (Granada)
Dr. Gianmaria Ajani (Turin)
Dra. Esther Arroyo Amayuelas (Barcelona)

**POPULATION INDIGÈNE ET CRIMINALITÉ DANS LA CODIFICATION
PÉNALE HISPANO-AMÉRICAINNE ET DANS LA DOCTRINE :
LES CAS DU PÉROU ET DE LA BOLIVIE (1924 - 1974)***

*INDIGENOUS POPULATION AND CRIMINALITY IN HISPANO-AMERICAN PENAL CODI-
FICATION AND IN DOCTRINE: THE CASES OF PERU AND BOLIVIA (1924 - 1974)*

*POBLACIÓN INDÍGENA Y CRIMINALIDAD EN LA CODIFICACIÓN PENAL HISPANO-
AMERICANA Y EN LA DOCTRINA: LOS CASOS DE PERÚ Y BOLIVIA (1924 - 1974)*

José Daniel Cesano**
Dora Alejandra Muñoz***

Resumen: El presente trabajo analiza el tratamiento que, las codificaciones penales bolivianas y Peruanas, entre 1924 a 1974, hicieron respecto de la cuestión de la responsabilidad del indígena.

Palabras clave: Indígena - Códificación penal - Responsabilidad penal

Abstract: The present work analyzes the treatment that the Bolivian and Peruvian penal codifications, between 1924 and 1974, made regarding the issue of indigenous responsibility.

Keywords: Indigenous - Penal codification - Penal responsibility

* *Exposición de los autores el 24 de marzo de 2023 en el Séminaire « Histoire juridique de la folie en situation coloniale » (Centre national de la recherche scientifique).*

** *Doctor en Derecho. Profesor de Postgrado en la Universidad Nacional de Córdoba. Director del Instituto de Derecho Comparado. Miembro de Número de la ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA. Miembro correspondiente de la ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS BUENOS AIRES. Miembro titular del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho (Buenos Aires). Contacto : danielcesano@gmail.com*

*** *Licenciada en Historia. Universidad Nacional del Comahue.*

I. Introduction

Pour les comparatistes, la question du pluralisme juridique représente une préoccupation. Elle est présente, entre autres manifestations, en Amérique latine dans les pays où vivent des populations appartenant aux peuples autochtones. Du point de vue pénal, souligne Villegas Díaz, « les solutions du droit latino-américain occidental tendent à accorder aux populations indigènes une cause de disculpation dans les cas où ils commettent un acte punissable dans la législation pénale de l'État, mais obéissant à leur culture, soit en les considérant comme non-imputables (par exemple en Colombie), soit en considérant qu'il s'agit en vertu d'une erreur d'interdiction (par exemple au Pérou). Dans ce domaine, nous trouvons des systèmes dans lesquels il existe un ordre juridique unique au niveau national, qui prend en compte, avec plus ou moins d'émphase, la reconnaissance pénale des droits des peuples indigènes ; mais également des systèmes mixtes, dans lesquels il existe un ordre juridique national et des systèmes juridiques différenciés pour lesdites populations vivant en communautés »¹. Certes, actuellement les formulations normatives ont évolué et font l'objet d'un niveau de reconnaissance élevé par rapport aux populations autochtones ; la constitution actuelle de l'État plurinational de Bolivie en est un exemple.

Une des lignes de travail de notre Institut de droit comparé concerne ces questions. Bien que le droit comparé analyse les formes juridiques en vigueur, le comparatiste doit sans aucun doute travailler de manière interdisciplinaire, ce qui implique la construction de ponts entre différentes disciplines sociales afin de fournir une contextualisation adéquate de ces différentes approches. Cette tâche nous oblige à entamer un dialogue avec l'histoire du droit afin de voir comment les formulations normatives s'inscrivent dans une certaine tradition ou culture juridique, ce qui nous permettra de saisir le phénomène normatif en termes de continuités et de ruptures.

Aujourd'hui, nous présentons les résultats de cette recherche, en soulignant la relation qui existe à certains moments de l'histoire législative du Pérou et de la Bolivie par rapport à ces questions.

¹ Myrna Villegas Díaz, « *Entre la exculpación y la justificación*. Notes de législation latino-américaine comparée sur le pluralisme juridique et le droit pénal », *Revista de Derecho*, vol. XXV - N° 2 - Décembre 2012, p. 181.

II. Les premières codifications de la Bolivie et du Pérou et le silence sur la responsabilité pénale des populations indigènes

Par décret du 28 octobre 1830, le maréchal Andrés de Santa Cruz promulgue le code pénal de la Bolivie qui entre en vigueur le 1^{er} janvier 1831. Étant donné ses caractéristiques, ce texte était basé sur le code espagnol de 1822, avec l'introduction de quelques réformes locales qui altéraient la structure de leur modèle. Peu de temps après, la révision de ce texte fut effectuée, avec l'entrée en vigueur le 3 novembre 1834, du nouveau code pénal qui en échange était très proche du modèle espagnol.

Lors de la création de la Confédération Pérou-Bolivie en 1836, Santa Cruz, déclaré Protecteur suprême du Pérou, ordonna que le code bolivien de 1834 soit également appliqué sur le territoire péruvien. Ce corpus législatif resta en vigueur jusqu'en 1863, année où un autre code entra en vigueur ; ce dernier était calqué sur le code pénal espagnol de 1850, à savoir celui de 1848 avec une légère réforme. Le code de 1863 fut ensuite remplacé par un nouveau code, rédigé par Víctor M. Maúrtua, qui entra en vigueur en 1924.

Tant le code bolivien de 1834 - en vigueur au Pérou pendant la Confédération - que le code péruvien de 1863 se caractérisaient par le fait qu'ils n'établissaient pas de réglementation expresse en ce qui concerne la capacité pénale des indigènes. À proprement parler, si on analyse les documents normatifs des deux pays jusqu'en 1924, il est possible d'affirmer que les populations indigènes sont non seulement les grands absents des constitutions du XIX^e siècle, mais aussi une figure fantomatique des codes du XIX^e siècle².

III. Le code pénal péruvien de 1924

1. *Le climat culturel*

Bien qu'il ait fallu attendre la promulgation du code pénal de 1924 pour que la législation péruvienne commence à établir des dispositions spécifiques à la situation des indigènes ayant commis des délits, il convient de noter que la culture

² Carlos Ramos Núñez, « *La Ley Penal y el Indio: de la Realidad del Discurso al Discurso de la Realidad* », Forum historiae iuris, Artikel vom 14. 03. 2019, N° 40. URL: <https://forhistiur.de/2019-03-ramos-nunez>. Accès le : 21/12/2022.

juridique de ce pays avait commencé à s'intéresser à cette question dès la fin du XIX^e siècle. En effet, un examen des thèses de doctorat de certaines universités péruviennes révèle une préoccupation particulière à cet égard. Certains de ces travaux appartenaient à la tradition scientifique du positivisme criminologique italien qui, comme dans d'autres pays d'Amérique latine, faisait l'objet de préférence.³

Bien entendu, cet accueil ne reflétait pas seulement les différents moments de la *Scuola positiva*, mais il a également été façonné par les particularités locales qui caractérisaient le pays récepteur.

On retrouve l'influence manifeste de la pensée de Lombroso, par exemple, dans le travail d'Oscar Miró Quesada de 1916 sur une affaire qui s'intitulait *El caso del asesino Montes*⁴ (l'Affaire du meurtrier Montes). Alejandrino Montes était un jeune indien qui travaillait comme domestique pour la famille Ibarra-Perez et qui perpétra un double homicide sur ses employeurs. La thèse de Miró Quesada portait sur l'analyse des caractéristiques du meurtrier et effectuait une analyse anthropologique, physiologique et psychique d'Alejandrino, et à partir de celle-ci il concluait : « ...Montes a toutes les caractéristiques psychologiques des criminels nés, et nous n'hésitons pas à le classer dans cette catégorie de délinquants »⁵. Pour Miro Quesada, Montes possédait toutes les caractéristiques que la doctrine attribuait à ce type de délinquant : « ...insensibilité morale, vanité, irascibilité, vengeance, cupidité, hypocrisie, imprévisibilité et mentalité rudimentaire ; ce sont précisément les caractéristiques psychologiques des criminels nés »⁶. L'auteur de ce travail était également imprégné de préjugés sociaux et raciaux, typiques du milieu culturel auquel il appartenait qui, en même temps, orientaient son discours ; par conséquent, un concept crucial comme « celui de dangerosité serait désormais associé (...), presque naturellement à la population indigène et également, bien que ce ne soit pas l'intention d'Oscar Miro Quesada, au segment afro-péruvien »⁷.

En Italie même, la tradition positiviste originelle - de nature biologique - commença à être nuancée par les lecteurs de Lombroso. Garofalo et, surtout, Ferri, sans abandonner cette perspective, ont fortement introduit l'environne-

³ Rosa del Olmo, *Historia de la criminología latinoamericana*, SigloXXI Editores, México.

⁴ Óscar Miró Quesada, « *El caso del asesino Montes* », Revista Universitaria. Lima. Semestre II, Volume II, 1916.

⁵ Miró Quesada, « *El caso...* », op. cit., p. 273.

⁶ Miró Quesada, « *El caso...* », op. cit., p. 273.

⁷ Ramos Núñez, « *La Ley (...)* », op. cit., N°16.

ment social comme facteur explicatif du comportement criminel. Il en allait de même pour la criminologie positiviste française. Ainsi, au Pérou, nous trouvons également des œuvres qui introduisent cette perspective, bien que, pour leur part, elles analysent ouvertement des éléments de la pensée des auteurs européens.

C'est le cas de la thèse de doctorat soutenue par José Antonio Encinas à l'université de San Marcos en 1917⁸. La thèse d'Encinas était organisée en deux parties. La première portait sur les causes sociales de la criminalité indigène. La deuxième partie, que l'auteur proposait comme une « contribution à la science criminologique nationale », contenait une liste d'observations statistiques. Encinas, influencé par le positivisme social, a tenté, à travers l'utilisation de preuves factuelles, de concevoir des réformes nécessaires. Tout au long de sa thèse, l'auteur s'est écarté du modèle lombrosien, préconisant une approche centrée sur les données sociales et culturelles, et il a insisté sur le fait que la criminalité indigène ne pouvait s'expliquer que par des causes sociales, au premier rang desquelles se trouvaient l'alcoolisme et l'ignorance. Encinas ne niait pas le libre arbitre de l'Indien - le reconnaissant ainsi, en définitive, comme capable de culpabilité - cependant il soulignait le fort conditionnement social dont il faisait l'objet, à cause de la terrible situation de subordination et d'inégalité sociale dans lesquelles il vivait.

Bien entendu, la discussion sur ce sujet ne s'est pas limitée aux ouvrages susmentionnés. En effet, parallèlement aux débats du centre universitaire de Lima, Ramos Núñez signalait que, dans les provinces, l'intérêt pour l'anthropologie criminelle se traduisait également par plusieurs thèses portant sur l'Indien comme sujet d'étude. Un exemple en est la thèse de Manuel I. Cevallos, étudiant originaire de Piura, intitulée « *La función represiva y la criminalidad indígena ante la influencia de los factores mesológicos* » (La fonction répressive et la criminalité indigène sous l'influence des facteurs mésologiques), qui a été présentée à l'Université de Trujillo en 1920 et publiée dans cette ville, la même année sous la forme d'un opuscule.

⁸ Antonio Encinas, *Causas de la criminalidad indígena en el Perú. Ensayo de psicología experimental*, Publication agréée par la Faculté de Jurisprudence de l'Université Nationale de San Marcos, Lima, E. R. Villarán, 1919.

2. Le code pénal et la question indigène

D'après nos analyses, au Pérou, dans les deux premières décennies du siècle dernier, la question de la criminalité indigène était un sujet de réflexion pour les élites culturelles. Nous avons également dit que le code alors en vigueur manquait de dispositions à ce sujet. Il n'est donc pas surprenant que, lorsqu'un nouveau processus de révision de la législation a été lancé, la question - culturellement présente à l'époque - ait été soumise à la réflexion de ceux qui menaient la réforme.

Ainsi, dans le code de 1924 - également connu sous le nom de code Maúrtua en référence à son auteur, le professeur Víctor Maúrtua originaire de Lima - la question relative aux populations indigènes est réglementée aux articles 44 et 45. La première règle établissait, dans ses premier et deuxième paragraphes, que : « Dans le cas de délits perpétrés par des **sauvages**, les juges prendront compte de leur condition particulière et pourront remplacer les peines de pénitencier et de prison par le placement dans une colonie pénitentiaire agricole, pour une période indéterminée qui ne pourra pas dépasser vingt ans. Après les deux tiers du temps qui, selon la loi, correspondrait à l'infraction si elle avait été commise par un homme civilisé, le délinquant pourra bénéficier d'une liberté conditionnelle **si son assimilation à la vie civilisée et sa moralité le rendent apte à se comporter civilement** » L'article 45, quant à lui, fait référence aux délits commis « par des Indiens **semi-civilisés ou dégradés par la servitude et l'alcoolisme** », auquel cas « les juges tiendront compte de leur développement mental, de leur degré de culture et de leurs coutumes et procéderont à leur punition, avec prudence, conformément à la règle de l'article 90 », selon laquelle les peines d'emprisonnement et de relégation peuvent être remplacées par le placement dans la colonie pénitentiaire pour une période indéterminée, mais jamais plus longue que celle correspondant au crime commis.

Quelle lecture peut-on faire de ces règles ?

Leur lecture nous permet d'affirmer que Maúrtua faisait une différence premièrement entre les Péruviens qui étaient civilisés, deuxièmement, entre les Indiens semi-civilisés ou dégradés par la servitude et l'alcoolisme et, enfin, les sauvages. La condition personnelle de ceux appartenant à la deuxième catégorie (les semi-civilisés) fait qu'il les considère comme imputables relatifs et qu'il établit une répression prudente ou l'application d'une mesure de sécurité, en fonc-

tion de leur « développement mental », de leur « degré de culture » et de leurs « coutumes ». En ce qui les concerne, il n'établit pas explicitement un objectif spécifique pour la sanction imposée. Pour le législateur péruvien, les « sauvages » sont les indigènes originaires de la région de la jungle. Il stipule que s'ils sont condamnés à une peine d'emprisonnement, celle-ci sera remplacée par une mesure de sécurité consistant en un « placement dans une colonie pénitentiaire agricole » ; il précise que l'objectif est de parvenir à une « assimilation à la vie civilisée » et de leur faire acquérir une « moralité » qui les rendra aptes à « bien se conduire ». Si l'on tient compte du fait que, dans l'exposé des motifs et dans les règles relatives aux établissements pénitentiaires contenues dans le code pénal lui-même, le législateur national considère la « réadaptation complète à une vie libre et honnête » comme étant la finalité de la sanction, on peut affirmer que, tant à l'égard des « sauvages » que des « indigènes semi-civilisés », le législateur a opté pour une conception « assimilationniste ». En d'autres termes, il considèrerait le droit pénal comme un moyen d'incorporer à la « civilisation » les groupes de Péruviens qui restaient en dehors de celle-ci⁹.

IV. L'approche du processus de codification bolivien

1. La discussion dans la doctrine bolivienne et dans les projets de réforme antérieurs au Code Pénal de 1972.

Dans les années 1930, en Bolivie, la question des indigènes et du droit pénal était également un sujet de préoccupation. On constate sa visibilité, par exemple, dans le contenu du programme, les exposés et les travaux présentés lors du premier Congrès des Facultés de droit, tenu à Cochabamba en 1939.

Deux ans plus tard, en 1941, un exilé espagnol engagé par l'exécutif pour rédiger le code pénal, Manuel López Rey y Arrojo, aborde également la responsabilité indigène dans la loi. L'incidence des peuples autochtones en Bolivie a conduit cet auteur à consacrer de nombreuses pages à l'analyse de ce qu'il appelle la question indienne. Dans l'avant-projet, il conçoit une réglementation assez détaillée de cette situation. Ainsi, à l'article 20, il déclare : « Ils sont non-imputables : (...) 2. L'Indien qui, ayant passé toute ou presque toute sa vie dans un

⁹ José Hurtado Pozo, *La ley importada*, Cedys, Lima, 1979, p. 68 y 69.

environnement culturel notoirement inférieur à celui qui doit être considéré comme le monde qui façonne la réalité culturelle empirique bolivienne, ne peut rationnellement être considéré comme faisant partie intégrante de cette réalité et doit être passible de mesures de sécurité appropriées. Si l'intégration est partielle, il est considéré comme semi-imputable, et fait l'objet de mesures de sécurité s'il n'est pas passible de sanctions. L'Indien notoirement originaire de la jungle doit être considéré, en tout état de cause, comme non imputable et soumis aux mesures de sécurité appropriées ». Pour sa part, en cas d'erreur (essentielle et invincible - circonstance exonératoire - ou, en l'absence de ces caractéristiques - circonstance atténuante), la loi autorise le juge à imposer une mesure de sécurité facultative lorsque le sujet actif est un Indien. Enfin, à l'article 23, López-Rey, quand il expose les circonstances qui atténuent la responsabilité, prévoit : « Pour l'Indien, outre ce qui précède [en référence aux circonstances exonératoires des points 1 et 2, 1^{er} paragraphe], l'ignorance dûment accréditée de la loi et l'ignorance notoire s'appliquent exclusivement ». A proprement parler, telles que les règles projetées ont été formulées, et malgré toutes les précautions prises par leur auteur, elles n'ont pas échappé à certaines conceptions de l'évolutionnisme culturel en la matière. C'est pourquoi, dans le texte, nous indiquons quel est, à notre avis, le sens à donner à l'expression, utilisée par López-Rey, de doctrine positiviste (c'est-à-dire le positivisme biologique et déterministe de l'école italienne). Cela n'a pas empêché l'auteur d'assumer - au-delà du discursif - une version de l'altérité qui sous-tendait ces conceptions de l'évolutionnisme.

Les années qui suivent sont marquées par cette polémique, mais surtout par le contrepoint entre deux juristes : José Medrano Ossio et Manuel Durán.

Medrano Ossio, dans un opuscule publié en 1941, sous le titre « *Responsabilidad penal de los indígenas* » (Responsabilité pénale des indigènes), a abordé cette question. Ce faisant, il a adhéré à un mode de pensée clairement positiviste, ce que l'on peut constater dans le passage suivant de son texte : « [...] les concepts de liberté, d'indifférence et de responsabilité morale ne peuvent plus s'imposer aujourd'hui, parce qu'ils constituent le résultat d'une lointaine pensée métaphysique, dont l'humanité civilisée s'est maintenant presque complètement départie, pour entrer dans une période scientifique ». Dans la pensée de cet auteur, les indigènes « [...] vivent en marge des activités sociales et politiques [...] ils ne participent pas (sic) aux bienfaits de la civilisation ; ils sont inadaptés à tous les artifices de la société actuelle car ils souffrent d'une timidité congénitale et d'une

tristesse absolue [...] ils ont une incapacité absolue à se rendre compte de la réalité [...] ils sont dominés par le fanatisme d'idées religieuses dégénérées [...] leurs facultés mentales ont été paralysées [...] la cocaïne et l'alcool ont fait des ravages dans leur organisme et ont affaibli leurs fonctions psychiques, notamment leur intelligence [...] des perturbations qui sont permanentes chez eux ». « L'Indien fuit la civilisation comme la mort, car la ville lui fait peur [...] il se croit éternellement persécuté, éternellement coupable [...] ce sentiment complexe de culpabilité le pousse souvent au crime (sic) [...] déterminé à mettre fin à son existence entre les mains de l'homme blanc [...] les individus de la classe indienne vont (sic) vers le crime en raison de leur inadaptation [...] à laquelle s'ajoute une certaine incapacité mentale due au manque d'éducation [...] Pour cette raison, il doit être considéré comme non-imputable, et la peine inutile doit être remplacée par des moyens psychopédagogiques [...] il suffira de déclarer l'indigène [...] comme étant un être définitivement incorporé à la société civilisée actuelle [...] il suffira de déclarer l'indigène comme étant un sujet dangereux ». Sur la base de cette conception, Medrano Ossio propose que si l'on ne déclare pas la non-imputabilité de l'indigène, il faut au moins déclarer son état de dangerosité et reconnaître que les seuls moyens de combattre la délinquance indigène sont les mesures tutélaires de prévention et de protection compatibles avec son état psychologique particulier. Conformément à cette défense du droit pénal de l'auteur, il propose l'abolition de la punition rétributive pour les indigènes et l'application de mesures alternatives immédiates à la punition, car il n'y a pas d'autre voie possible étant donné l'impossibilité de trouver un fondement aux fins de la punition dans un modèle étiologique qui attribue la criminalité à des causes endogènes¹⁰.

Durán, pour sa part, n'a pas accepté la thèse de la non-imputabilité de l'indigène défendue par Medrano Ossio. Loin de ce déterminisme, cet auteur soutenait que si « l'Indien peut fréquemment être non-imputable, il en va de même pour d'autres personnes qui, sans être de cette race, ont un degré de capacité ou de compréhension identique ou similaire. Il existe également de nombreux cas - étayés par notre observation personnelle et notre pratique professionnelle - d'Indiens qui, sans avoir résidé dans des centres habités, ne sont pas pour autant privés de la faculté de connaître la nature de certains actes et de savoir que leur

¹⁰ Myrna Villegas Díaz, « *La responsabilidad penal de los indígenas en el pensamiento de José Medrano Ossio* », Revista Criminalia, Academia Mexicana de Ciencias Penales, Année LXXXVIII, Numéro 1, Avril 2021, p. 163.

commission entraîne une sanction de la part de l'appareil judiciaire organisé à cet effet. L'Indien en général possède une capacité suffisante pour être conscient de ses actions et il est doté du sens éthique nécessaire pour apprécier celles qui sont immorales ou interdites et s'abstenir de les accomplir »¹¹. Cependant, Durán était également prudent dans ses conclusions, car il distinguait des situations très différentes parmi les indigènes - l'Indien qui vit dans les centres urbains, qui coexiste avec les blancs et les métis, n'est pas le même que celui qui vit dans la jungle à l'est et au nord-ouest de la Bolivie - et par conséquent, tous les indigènes ne sont pas dans les mêmes conditions d'imputabilité, c'est-à-dire que, bien qu'ils appartiennent tous à la même race, il existe des différences naturelles ou acquises en ce qui concerne leur capacité criminelle.

2. Le Code pénal de 1974

Le « processus de civilisation », inauguré dans les discours pénaux au cours de près de soixante-dix ans de débats au XX^e siècle, a reçu sa réponse juridico-pénale tout au long de la trajectoire des « commissions de codification », et - évidemment - dans le Code pénal de 1972, où - en acceptant les recommandations de López Rey, Medrano Ossio et de Manuel Duran Padilla - les indigènes se sont « transformés » en non-imputables (dans le cas des indigènes de l'Est) et en semi-imputables (dans le cas des indigènes des hauts plateaux et des vallées andines), les premiers étant définis comme des « habitants de la jungle », les seconds comme « inadaptés » à l'environnement culturel bolivien. Le code en question reprenait des éléments du projet de code pénal argentin élaboré par Sebastián Soler en 1960. Cependant, l'importation normative n'a pas été totale ; au contraire, elle a fait l'objet de modifications dans différents domaines afin de l'adapter à la réalité bolivienne, dont l'un se réfère précisément au thème de cet article.

En effet, le code pénal de 1972, établissait à cet égard¹² :

¹¹ Manuel Durán P., « *El indio ante el derecho penal* », en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Ed. Abeledo - Perrot, Bs- As., 1964, p. 557.

¹² Nous suivons ici le travail de Idón Moisés Chivi Vargas, « *Diagnóstico del código penal boliviano desde la pluralidad y el pluralismo jurídico* », MINISTERIO DE JUSTICIA - REPUBLICA DE BOLIVIA VICEMINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS GTZ - BOLIVIA, 2008, p. 17 et suivante.

a) Non-imputabilité : Est non-imputable « L'Indien de la jungle qui n'a eu aucun contact avec la civilisation ».

Mais que faut-il entendre par ce concept juridique ?

Tout ce contexte nous amène à une réflexion historique, puisque ce concept a été largement utilisé par - précisément - les pays impérialistes au détriment de « leurs » colonies. Par exemple, en 1895, Otto Von Bismark, chancelier de l'Allemagne, a déclaré ce qui suit : « tous les gouvernements ici présents partagent le désir d'associer l'Afrique à la civilisation » La civilisation doit être comprise comme le modèle de société établi en Europe ou aux États-Unis : le reste, la périphérie, ne fait pas partie des « civilisés », ou en d'autres termes et appliqué à la périphérie elle-même, le concept « civilisé » désigne l'urbain comme paramètre de civilisation et le rural et sa population comme paramètre de non-civilisé- voire retardé. Comme on peut s'y attendre, cette fausse dichotomie ne fonctionne pas sans un élément médiateur : les théories portant sur l'infériorité raciale élaborées en Europe à la fin du XIX^e siècle sont introduites dans la conscience des sujets comme une vérité naturelle, même au XXI^e siècle. Nous pouvons donc conclure que le Code, en parlant de « civilisation », ne fait que montrer son caractère « évolutionniste » ; typique d'une conception de l'anthropologie évolutionniste culturelle du XIX^e siècle.

Le Code prévoyait également :

(b) Semi-imputabilité : « Le juge procédera selon la même norme, lorsque l'agent est un indigène dont l'incapacité découle de son manque d'adaptation à l'environnement culturel bolivien et de son manque d'éducation » (Code pénal, art : 18 paragraphe : 2°).

Nous trouvons ici un concept clé : l'inadaptation, ce concept a une charge idéologique évolutionniste certaine en effet « Le concept d'adaptation vient [...] de Darwin [...] par l'adaptation, la sélection naturelle, résout le conflit de la nature, en maintenant seulement les variations favorables et en éteignant les négatives ». En d'autres termes, la sélection s'effectue par « la survie du plus apte », ce qui nécessite une adaptation constante aux conditions exigées par le plus fort, s'adapter à mourir, « Ainsi comprise, l'adaptation est un mécanisme d'oppression de ceux qui commandent au détriment de ceux qui sont en position de dépendance ». De l'analyse de ces deux concepts - civilisation et inadaptation -, on peut conclure que lors de la rédaction du Code, on s'est contenté de façonner un stéréotype idéologique à l'égard des indigènes, stéréotype qui persiste encore dans certains secteurs de la société bolivienne.

V. Conclusions

Carl Schorske souligne l'importance de « localiser et interpréter l'artefact temporellement dans un champ où deux lignes se croisent. Une ligne est verticale, ou diachronique, et avec elle on établit la relation d'un texte ou d'un système de pensée avec des expressions antérieures dans la même branche d'activité culturelle (...). L'autre est horizontale, ou synchronique ; avec elle on affirme la relation du contenu de l'objet intellectuel avec ce qui apparaît en même temps dans d'autres branches ou aspects de la culture »¹³. En d'autres termes : il convient de penser la production culturelle à la fois dans la perspective de l'histoire du champ intellectuel dans lequel elle s'inscrit (c'est-à-dire le droit, incarné ici dans les formulations normatives et dans la doctrine) et « dans ses relations avec d'autres (...) créations intellectuelles et avec d'autres pratiques qui lui sont contemporaines » ; en l'occurrence, la conception anthropologique.

Dans cette perspective, il est possible de tirer quelques conclusions provisoires sur le sujet analysé.

Tout d'abord, on peut voir comment les concepts et la doctrine juridiques élaborés avant la rédaction de ces normes se sont inspirés des conceptions anthropologiques. Cela démontre l'incontestable déplacement disciplinaire des sciences sociales en général et, en particulier, des connaissances anthropologiques qui composaient également ce mélange, vers la criminologie et les sciences juridiques, en utilisant, comme stratégie argumentative, certaines catégories conceptuelles des premières. En effet, le déterminisme consubstantiel au darwinisme social s'opposait à l'idée de « progrès », typique de l'évolutionnisme culturel. En échange, sa conception postulait « la simple survie d'une espèce favorisée par des raisons génétiques ». Au contraire, l'évolutionnisme culturel admettait la possibilité « d'aider » les indigènes, par le biais de l'éducation, du travail et d'autres mécanismes d'acculturation, à atteindre les plus hauts stades de la civilisation : « [l]'indigène n'était pas considéré dans un même projet de Nation et il devait donc s'adapter ». Ce mot (adaptation, par le biais des instruments d'acculturation) est ce qui distingue les politiques indigénistes de nature paternaliste ou tutélaire. Sans aucun doute, lorsque Maúrtua, en 1924, a fait la distinction entre « sauvages » et « civilisés », il reflétait certaines conceptions

¹³ Carl Schorske, *Fin-de-siècle Vienna. Politics and Culture*. New York: Cambridge University Press, 1979, p. XXI-XXII

anthropologiques européennes et nord-américaines de la fin du XIX^e siècle, telles que celles de Lewis Henry Morgan et d'Edward Burnett Tylor. Les deux penseurs, dans leurs livres respectifs *Ancient Society* (1877) et *Primitive Culture* (1871), ont reconstruit à l'aide de la méthode comparative, les étapes de l'évolution de la culture humaine à travers une série de séquences. Ainsi, Morgan a distingué trois périodes ethniques : la sauvagerie, sous-divisée en basse, moyenne et haute ; la barbarie, en appliquant la même sous-division, et la civilisation. Et il affirmait que l'expérience de l'humanité passait par des canaux presque uniformes et par chacune de ces séquences fixes.

Deuxièmement, nous avons également pu observer un autre phénomène intéressant : celui de la localisation du droit. En effet, dans notre position épistémologique d'observateurs, la tâche prioritaire des historiens du droit doit être de reconstruire les cultures juridiques historiques, c'est-à-dire le fond de critères partagés sur lequel le droit est fondé et dont il dépend en tant que réseau de règles. Et il semble que le seul moyen de le faire est d'observer la pratique des participants dans l'acte de reconnaissance de ce qui compte pour eux comme droit, ce qui, en termes de localisation, est, pourrait-on dire, le moment social qui témoigne de l'institutionnalisation de la culture en système juridique. Ceci est important car si les textes juridiques s'inspirent généralement de modèles étrangers, ces modèles sont souvent remaniés dans le contexte dans lequel ils sont introduits. Notre exposition démontre ce processus de réélaboration - qui répond au contexte - avec les clauses sur la non-imputabilité et la semi-imputabilité de l'indigène dans le code bolivien de 1972.

Troisièmement, nous pouvons également analyser la façon dont les concepts juridiques importés peuvent être modifiés. Lorsque le projet argentin de 1960 a été adopté en Bolivie, la doctrine juridique de ce pays avait déjà certains contacts avec la dogmatique allemande liée à la notion juridique de délit. Dans cette conception, la non-imputabilité était déterminée par des concepts biologiques et psychologiques relatifs à la santé mentale ; c'est-à-dire que la capacité de culpabilité a pour antécédent une personne qui ne souffre pas de maladie mentale. Cependant, il est clair que la non-imputabilité de l'indigène de la jungle, concept juridique dans la tradition du droit continental européen, a subi des tensions indiscutables qui rendent sa redéfinition indispensable.



NEOPROPORCIONALISMO Y GARANTÍA DE MOTIVACIÓN

Guillermo Funes*

Resumen: La decisión judicial que individualiza una pena cuenta con un componente innegable de discrecionalidad. Sin embargo, ello no significa que se trate de un acto arbitrario, por el contrario, deberá satisfacer especiales exigencias de motivación y corrección, atento a que se trata de la máxima injerencia del Estado en la esfera individual. Ahora bien, el análisis que aquí se propone fincará en atender a las particularidades que de la mentada relación (discrecionalidad-motivación) se aprecian en el movimiento neoproporcionalista de origen anglosajón y escandinavo, para enjuiciar si el mismo se aproxima o, no al ideario de comprender al acto de mensura como vinculado con el derecho.

Palabras clave: Arbitrariedad, Discrecionalidad, motivación y control.

Abstract: The judicial decision that individualizes a penalty has an undeniable component of discretion. However, this does not mean that it is an arbitrary act, on the contrary, it must satisfy special motivation and correctness requirements, mindful that it is the maximum interference of the State in the individual sphere. Now, the analysis that is proposed here will focus on attending to the particularities that of the aforementioned relationship (discretionality-motivation) are appreciated in the neoproporcionalist movement of Anglo-Saxon and Scandinavian origin, to judge whether or not it is close to the ideology of understand the act of measurement as linked to the law.

Keywords: Arbitrariness, discretion, motivation and control

* *Abogado. Notario. Doctorando en Derecho por la Universidad Austral. Especialista en Derecho Judicial y de la Judicatura (UCC). Especialista en Problemas de Prueba (Universidad de Castilla La Mancha, España). Profesor Adjunto de Derecho Penal Parte Especial (UCC). Investigador visitante en la Universidad de Navarra, España. Miembro Titular del Instituto de Derecho Comparado de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Funcionario de la Relatoría Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Contacto: guillefu3@gmail.com.*

I. Introducción

Tomar una *determinada decisión* demanda satisfacer distintos grados y exigencias de racionalidad. Intuitivamente, podemos sostener que esa exigencia no será igual para tomar una decisión en nuestra vida cotidiana que, por ejemplo, para adoptar una decisión jurídica, ya sea dictar una ley o una sentencia. La primera será fruto del libre albedrío y no demandará necesariamente un procedimiento racional o un determinado esquema metodológico que conduzca a un resultado correcto o, al menos, aceptable, pues muchas veces lo haremos en base a nuestros sentimientos, prejuicios o antipatías, por ello en ocasiones acertaremos, en tanto que en otras tantas no lo haremos: su resultado es poco predecible. Distinto será el caso de las decisiones jurídicas o judiciales. Estas demandarán un grado de *racionalidad* para poder ser *aceptadas* por sus destinatarios, razón por la cual no podrán quedar libradas a un simple arbitrio decisorio. Este tipo de decisiones serán el resultado de un proceso argumentativo que culminará en un resultado racional. Una decisión racional, entonces presupone una *correcta fundamentación*¹. Lo expuesto reporta beneficios en orden a la seguridad jurídica y estabilidad al sistema democrático.

Ahora bien, individualizar una pena, es decir, determinar las concretas consecuencias punitivas que corresponde asignar a una persona luego de que se declare su culpabilidad, indudablemente se ubica en el segundo grupo mencionado. Aquí las exigencias de *racionalidad* y por ende de motivación o fundamentación, resultan especiales atendiendo a que se trata de una intervención relevante del Estado en la esfera de libertad del individuo.

La motivación es, precisamente, la que evita la *arbitrariedad*, ya que el mostrar a las partes cuál es el fundamento fáctico, jurídico y sobre todo *racional* de la decisión adoptada, posibilita la impugnación –también razonada– mediante los remedios procesales pertinentes². La motivación de la sentencia en la mensura de la sanción no es una exigencia de forma, sino un *imperativo de racionalidad de la sentencia*³. El valor de la motivación finca en que ella expresa y

¹ PORTOCARRERO QUISPE, Jorge Alexander, *La teoría de la argumentación y decisión jurídica*, Gaceta Constitucional n° 27, p. 247.

² CASTELLO NICÁS, Nuria, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos (art. 66.1 del Código Penal*, Comares, Granada 2007, p. 19, quien resalta que bajo el nuevo paradigma con la motivación se pretende que el juez argumente a posteriori que la decisión previamente tomada está dentro de las posibilidades que le ley permite.

³ DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Sala-

garantiza la naturaleza *cognoscitiva* y no potestativa del juicio. Su presencia o ausencia nos hablará de los paradigmas del derecho procesal que guían un determinado sistema jurídico, pero mucho más de dos modelos opuestos del *derecho penal*. Es que, si ella se encuentra ausente estaremos ante una *mera inspiración del sentimiento* al decir de Carrara, en tanto que si contamos con ella hablaremos de una *convicción razonada*, pues se han puesto de relieve o expuesto, tanto las razones fácticas como jurídicas de una determinada resolución. En palabras de Ferrajoli estamos ante la alterativa entre *cognoscitivismo o decisionismo judicial*⁴.

Si bien lo anteriormente expuesto puede resultarnos intuitivamente así, si se consulta la historia de esta rama del derecho penal se advertirá que la más absoluta discrecionalidad reinó durante mucho tiempo esta materia. Recién con posterioridad a la segunda guerra mundial se asistirá a una verdadera revolución, pues fue a partir de allí que se advertirá una creciente *juridización* de esta rama del derecho⁵. Así, se pasó de considerar a la mencionada actividad como discrecionalidad sin matices, a concebirla como una *decisión discrecional vinculada al derecho*, o de acuerdo a otra posición, como de *aplicación pura (reglada) del derecho*.

Así, los partidarios de la primera postura dirán que la medición judicial de la pena es una decisión discrecional, pero y esto es importante, se ha ido *llenado y delimitado crecientemente con reglas jurídicas*. En este sentido, fue Warda quien dedicó esfuerzos a poner de relieve las vinculaciones jurídicas del juez en el ejercicio de su arbitrio, y en este sentido resaltó dos notas relevantes, primero, que arbitrio judicial *no significa libertad absoluta*, y segundo, que el mismo no debe considerarse un derecho del juez, por el contrario, se trata de una verdadera *obligación*⁶. Desde la mencionada postura se sostiene también que el juez se encuentra *vinculado* a las decisiones y comprensiones valorativas subyacentes en las *normas*, a los *principios superiores* del ordenamiento, y en especial, a los *prin-*

manca, p. 277. VIGO, Rodolfo. *Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo coincidencias y diferencias*. Educa, Buenos Aires, 2015, p. 211.

⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, p. 623.

⁵ Contribuyeron a ello una serie de factores, entre los cuales cabe mencionar: la *ampliación de la procedencia del recurso de casación*; el surgimiento de un *ámbito científico* dedicado a esta cuestión; y, en tercer término, la tendencia general a someter a un extensivo control las injerencias estatales en la esfera individual MAURACH, Reinhart, GÖSSEL, Karl Heinz, ZIPF. *Heinz Derecho Penal. Parte General*, Astrea, Capital Federal 1995, t. 2. p.793

⁶ Haag, Karl, *Rationale Strafzumessung*, Köln. Berlin. Bonn. München, Carl Heymanns. citado por DEMETRIO CRESPO, *ob. cit.*, p. 272.

cipios constitucionales, por lo que en suma se haya vinculada no sólo a los fines del Derecho Penal, sino también a limitaciones que derivan de un Derecho Penal inmerso en un Estado Social y Democrático del Derecho⁷.

Por el contrario, quienes consideran o estiman a esta tarea como *aplicación del derecho*, dirán que aquí juegan un papel relevante reglas jurídicas escritas y no escritas, conceptos jurídicos indeterminados y la realización de ponderaciones valorativas las que, si bien resultan la parte menos desarrollada hasta el momento del derecho, son parte integrante de toda su aplicación, no sólo de la mensura de la sanción⁸⁹.

Ahora bien, si bien se acepta que el juzgador aún cuenta con discrecionalidad al momento de mensurar la pena -la que, como hemos visto no es absoluta- ello tiene como evidente contrapartida -como se lo adelantara- la obligación de *motivar* las razones de esa concreción judicial. La misma se nos muestra indispensable en esta rama del derecho, pues no es posible enjuiciar (controlar), la corrección de la medida definitiva de la pena, su resultado final, ya que para hacerlo eficazmente se hace necesario reconstruir el *camino* que ha llevado a esa medida¹⁰.

La motivación se ha erigido en un poderoso instrumento que *cualitativamente* sirve como criterio efectivo de control de la discrecionalidad judicial¹¹. Este control permitirá también examinar el *alcance* (en más o en menos) de la discrecionalidad judicial, y en función de ello, advertir si su ejercicio deviene o no en arbitrario. Una decisión será arbitraria, no porque en línea de principio no hay razones a su favor, sino porque quien la ha tomado no tiene razones para justificarla¹².

⁷ Haag, Karl, "Rationale....", *ob.cit.* p. 18, DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *ob. cit.*, p 272.

⁸ MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *ob.cit.* p. 795.

⁹ Enrolados en esta última concepción encontramos a Silva Sánchez quien sostiene que *El juez se haya vinculado* (el resaltado es nuestro) *a principios escritos y otros no escritos, lo que impide calificar su actuación en la individualización de la pena como "discrecional". A lo sumo -prosigue el autor- se trataría, en palabras de la doctrina alemana, de una discrecionalidad jurídicamente vinculada (...); al contrario se trata de una auténtica aplicación del derecho...".* SILVA SANCHEZ, Jesús María, *La revisión en casación de la individualización judicial de la pena*, CGPJ, Revista del Poder Judicial, núm. 6, junio 1987.

¹⁰ MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *ob. cit.*, p.796.

¹¹ ALISTE SANTOS, Tomás Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2011, p. 160

¹² IGARTUA SALAVARRÍA, J, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial*, Revista Vasca de la Administración Pública, núm. 46, 1996, p.98.

Cabe señalar también que, atento a que la decisión que adoptará el tribunal de juicio lo es en virtud de facultades discrecionales, en esta materia rige un estándar de *motivación reforzado*¹³. El mismo refiere a la *especial diligencia* que debe observarse en torno a la garantía de la motivación, lo que obsta al recurso a determinadas expedientes, como por ejemplo una motivación de tipo implícita.

II. Objetivo del presente

Recapitulando entonces, el acto de individualización de la pena cuenta con un componente innegable de discrecionalidad; en vista de ello, la motivación que al respecto ensaye el juzgador se erigirá en una verdadera garantía o herramienta que permitirá su control, para evitar así su arbitrariedad.

Ahora bien, el análisis que aquí se propone fincará en delinear los límites, contornos o particularidades que de la mentada relación (discrecionalidad-motivación) se aprecian en el llamado *movimiento neoproporcionalista* de origen anglosajón y escandinavo, ello para enjuiciar si se aproximan o no al ideario de comprender al acto de mensura como *vinculado con el derecho* tal y como lo demanda el desarrollo actual de la materia. Las conclusiones que de allí puedan extraerse, pueden revestir alguna utilidad para nuestro medio, toda vez que en la actualidad son cada vez más los estudios que miran con entusiasmo a estas teorías o corrientes propugnando su tratamiento y acogida.

Para llevar adelante esa tarea, en primer lugar, se reseñará el contenido central de las mismas; luego se ensayarán algunas conclusiones provisionales relacionadas con la garantía bajo estudio. Comencemos.

III. Teoría de la proporcionalidad por el hecho o pena proporcional al hecho: primera aproximación. Caracterización.

1. De manera previa a sumergirnos a sus ideas centrales conviene señalar que esta teoría se encuentra inmersa dentro de un determinado contexto cual es, la

¹³ SANCHEZ OSTIZ, Pablo, *Fundamentos de Política Criminal. Un retorno a los principios*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2012, p. 193.

oposición teórica a una praxis judicial orientada a la prevención especial. En efecto, es fruto de la decepción que supusieron las prácticas resocializadoras. Este movimiento implica: el abandono de esta última como función exclusiva del derecho penal, el retorno hacia un sistema tradicional de tipo garantista y también uno a los principios liberales de corte clásico, como la previsibilidad, la seguridad jurídica, igualdad y estricta proporcionalidad¹⁴.

En el *ámbito continental europeo* el giro hacia un modelo que busca la proporcionalidad estricta se originó a raíz de las insuficiencias y críticas que evidenciara, tanto en doctrina como en jurisprudencia, la teoría del espacio de juego, la que dominara esta materia por un prolongado período de tiempo. El precursor de esta teoría en Alemania fue Bernd Shünemann, quien afirmó que la pena debía medirse en función del grado de disvalor del hecho, lo que se manifiesta en la clase, extensión y modalidad del menoscabo de *bienes jurídicos*. A más de lo anterior, también sostenía como una idea de relevancia que, una teoría de la determinación de la pena demanda una *reducción* de los factores a considerar, en particular, aquellos relacionados con la personalidad del imputado o condenado¹⁵.

2. Caracterización. Las teorías preventivas -que estiman que la función exclusiva del derecho penal es proteger bienes jurídicos- son cuestionadas por los partidarios de la proporcionalidad en sentido estricto; pues consideran que esa mirada desatiende otra óptica relevante del castigo cual es: *expresar censura o desaprobación* en relación a la conducta delictiva cometida en el pasado.

El denominador común de los autores *neoproporcionalistas* será buscar una mayor justicia, igualdad y transparencia en el ámbito de determinación de la pena.

El modelo que propugnan mira hacia el *pasado* (retrospectivamente) y no hacia al futuro (prospectivamente) o, en otros términos, busca precisar cuál es la pena justa que el autor debe soportar más que procurar determinadas influen-

¹⁴ Feijoo Sánchez, Bernardo, *Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho*. Indret, 403, Barcelona, enero 2007.

¹⁵ BASSO, Gonzalo J, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, Marcial Pons, p. 236. Este autor, destaca que esta teoría reconoce a su precursora en la teoría de la *pena puntual o exacta*, ello en razón de que ambas propugnan que la valoración de la medida de la pena debe efectuarse en función del injusto culpable cometido en el pasado (visión retrospectiva). La semejanza -resalta- lo es sin perjuicio de que ambas partes de fundamentos distintos del derecho penal. Así, la teoría de la pena puntual lo hace desde una concepción retributiva, en tanto que la segunda de una función preventiva.

cias, ya sea sobre el mismo, como sobre terceros o potenciales delinquentes. Se advierte un claro rechazo o combate a la idea de que la pena se pueda ver incrementada merced a pronósticos futuros.

Con ese ideario, procuran desarrollar *criterios de proporcionalidad con el hecho*, pretensión esta que se encuentra inmersa en un determinado contexto cual es, el de una teoría de la prevención general intimidatoria, que presenta la particularidad de desligar la justificación social de la pena de aquellos criterios concretos que se utilicen para mensurar la pena; se trata de una nota saliente, pues de ordinario ambas se encuentran unidos. La prevención general -si bien presente- se encontrará limitada por la culpabilidad y la proporcionalidad por el hecho.

Si bien se ahondará en la cuestión, cabe adelantar que al momento de *determinar la pena* primarán las valoraciones desde la perspectiva de la víctima (desvalor de resultado o afectación del bien jurídico) y las consideraciones preventivas no juegan un papel aquí¹⁶.

En lo que sigue desarrollaremos los que estimamos son, las ideas centrales de la mentada teoría.

3. Notas o pilares. Los cultivadores de estas posiciones presentan los siguientes denominadores comunes¹⁷, a saber: **a.** diferenciación entre fundamentación de la pena como institución, y como acto particular; **b.** segundo, la aproximación de la determinación de la pena a la teoría del delito; **c.** la pretensión de construir un sistema que compare la gravedad relativa de los delitos y de las penas, para lo cual recurren a las nociones de proporcionalidad *cardinal* y *ordinal*, con especial énfasis en esta última; **d.** El *hecho* como criterio rector para individualizar la pena y **e.** Por último, la distinta función que se les asigna a los tribunales llamados a intervenir en esta cuestión: el tribunal que impone la pena o tribunal de juicio y aquel a quien le corresponde controlar la misma (tribunal de apelaciones o casación de acuerdo al organigrama con el que se cuente).

¹⁶ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo, *ob.cit.*, p. 5 y ss.

¹⁷ En lo que sigue el texto seguirá la obra de Gonzalo Basso ya citada.

a. *Distinción entre la pena como institución y como acto particular.*

En primer lugar, cabe recordar que, tradicionalmente, las teorías clásicas o convencionales de determinación de la pena entienden que, la justificación de la pena como institución influye y domina a la misma como acto particular y que este debe tener sustento en una teoría sobre la función social de la pena en el entendimiento de que no es posible determinar la pena si ella no se encuentra dirigida a un fin¹⁸

Ahora bien, la corriente bajo análisis cuestionará esos paradigmas y postulará que la pena como institución no debe resultar decisiva para explicar la dimensión del acto en particular. Así entonces, se efectuará una distinción relevante a nuestros fines: por un lado, la *justificación* de la pena como *institución* y por el otro, justificación como un *acto particular*¹⁹.

Esta diferenciación, tiene su génesis en el pensamiento de los ius filósofos Hart y de Rawls. Se trata de una distinción importante dentro del esquema utilitarista. Así, el primero distinguirá entre retribución como fin general de justificación del sistema penal y retribución como fin específico de distribución del castigo; en tanto que Rawls lo hará entre la justificación de una práctica y la justificación de un acto particular inserto en dicha práctica. El distingo propuesto se aprecia con claridad si nos detenemos en las siguientes preguntas, por un lado, *¿por qué se castigó a J y no a otro, o por qué se le castigó?* (justificación de un acto particular dentro de la práctica) y por el otro *¿por qué poseemos instituciones de castigo, por qué la gente castiga en vez de, digamos, de perdonarse mutuamente?*²⁰ (justificación de una práctica).

Siguiendo a estos autores, la pena como *institución* se justificará atendiendo a dos vertientes, por un lado, la prevención general (negativa) y por el otro, a la función *expresiva del castigo*, esto es, a la censura o la desaprobación que conllevan las conductas delictivas pasadas; en tanto que *la pena como acto particular*, se sustentará sólo en esta última función.

¹⁸ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo, *ob.cit.*, p. 5 y ss.

¹⁹ Así, dirá Von Hirsch ... *si bien ¿por qué castigar proporcionalmente? es en último término un tema filosófico, éste no ha sido explorado por los filósofos. Generalmente los escritos filosóficos se han limitado a la justificación general del castigo, por qué debiera existir el castigo. No obstante, pocas veces se ha discutido la relación existente entre la justificación de la existencia del castigo con la cuestión de cuánto castigo debiera recibir el autor.* VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y castigar*, Trotta, p. 31.

²⁰ Esta distinción le permite a Rawls impedir que el principio utilitarista justifique demasiadas cosas o, siquiera, que sea menos probable que las justifique. Esta distinción es de tipo lógico. DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *ob.cit.*, p. 49, nota. 45.

La prevención especial, como se lo puede advertir, no tiene asidero en *ninguna* de las dos concepciones, inadmisión que responde, bajo este prisma, a múltiples factores, entre los cuales se menciona: su inherente indeterminación; falsa apariencia de científicidad, e inexistencia de efectos preventivos que puedan predicarse de una cuantía exacta de pena impuesta judicialmente²¹.

Cabe destacar que, tanto la distinción aludida, como como la exclusión de los fines preventivos, procura no instrumentalizar al delincuente y también que la distribución judicial del castigo se realice en función de parámetros de justicia y merecimiento.

Las ideas precedentemente expuestas tuvieron impacto en el tema que nos convoca. Así, Andrew Von Hirsch, probablemente el autor más representativo de este movimiento, adoptará las ideas de Hart y Rawls, y distinguirá dos aspectos de la justificación del castigo. Un primero, relacionado con la justificación general de su existencia, y un segundo, que permite analizar la justificación de la determinación concreta de la pena, es decir, su *quantum* (*allocation of punishment*). Se trata, como lo hace notar Zysman Quirós, de un tópico que se relaciona con la cuestión de la discrecionalidad en la materia. El merecimiento (*desert*) tendrá un doble propósito, uno teórico y otro práctico, pues no sólo tuvo por miras justificar filosóficamente las penas, sino también guiar a legisladores y jueces en la concreta práctica de individualizar penas²².

En esta inteligencia Von Hirsch dirá que:

...la idea de la proporcionalidad suministra a los jueces una cierta guía, que otras teorías distintas raramente le ofrecen. Lo que los políticos y jueces necesitan de una teoría de la pena es que les ayude a graduar los castigos – a decidir si este tipo de ofensa debiera ser castigada menos o más que esta otra, y cuanto más o menos-. La proporcionalidad por lo menos suministra respuestas parciales: la severidad de las penas debe ser graduada de acuerdo con la gravedad de los delitos²³.

²¹ En este sentido apunta Basso que es de destacar que incluso las teorías con un énfasis fuerte en la prevención especial positiva -entendida como maximización de la no desocialización- parten de un entendimiento normativo de dicho fin de la pena -desvinculado de la constatación empírica de la clásica prevención especial positiva (resocialización), *ob.cit.* p. 254.

²² ZYSMAN QUIRÓS, Diego, *Castigo y Determinación de la pena en los Estados Unidos, un estudio sobre las united states sentencing guidelines*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 39.

²³ VON HIRSCH, Andrew, *ob.cit.* p 23 y ss.

En este sentido cabe destacar que, el retribucionismo actual nos dirá que la idea de *merecimiento* se encuentra enclavada en el *sentido común de la sociedad*, esta relación dota de contenido ético a la justificación de ese acto particular. Así, se sostiene que cualquier persona de la calle expresaría que la gente debe ser castigada o premiada solo cuando se lo merecen²⁴.

Otro autor que se ubica aquí es Robinson, quien distingue entre la justificación de la pena como institución por un lado, y como acto particular, por el otro, y más concretamente propone distribuir las penas orientándose hacia la imposición de penas proporcionadas. Este autor sostendrá que la ordenación relativa de los delitos en un determinado sistema (proporcionalidad ordinal) debe realizarse conforme al criterio del merecimiento empírico (*empirical desert*). Ahora bien, para distribuir el castigo con el cual corresponde castigar cada hecho delictivo recurre al criterio de las *valoraciones sociales* relacionadas con la gravedad de los diferentes sociales, el que se entiende como las *intuiciones de justicia presentes en la comunidad*²⁵.

b. Conexión con la teoría del delito

Esta teoría procura aproximar la teoría de la determinación judicial de la pena a la teoría del delito. Este importante salto, implica abandonar la concepción dominante que propugna que la mensura de la pena se guie por nociones de prevención o de retribución. Por el contrario, bajo esta óptica se procurará alcanzar un *proceso estructurado* elaborado a partir de las herramientas que brinda la teoría del delito, que sean sus nociones las que orienten la mensura de la pena y, más en concreto, los conceptos graduables de injusto de acción, de resultado y culpabilidad. Se erige así, al concepto de *injusto culpable* de la teoría del delito como punto de referencia esencial para ello.

²⁴ ZYSMAN QUIRÓS, Diego, *ob.cit.* p. 40.

²⁵ Robinson distingue entre tres conceptos de merecimiento, primero, de venganza (*vengeful desert*), deontológico (*deontological desert*), y empírico (*empirical desert*). El primero fija como parámetro de la proporcionalidad de la pena el daño causado por el delito desde la perspectiva de la víctima, en tanto que los otros dos asocian la cuantía de pena con la reprochabilidad del autor por la comisión del delito concreto (incluye daño, capacidad de culpabilidad y posibles justificaciones). A su vez el merecimiento deontológico y empírico si distinguirán entre sí por cómo se concreta el concepto de reproche y también en cuanto su fundamento último; así el deontológico parte de un criterio de justicia (abstracto) y aspira a alcanzar esta última; en tanto que el empírico parte de intuiciones de justicia socialmente compartidas y aspirará al control del delito, esto es, a su prevención. Entiende a la reprochabilidad desde el punto de vista sociológico RODRIGUEZ HORCAJO, Daniel, *Para este viaje, ¿hacen falta estas (empíricas) alforjas?*, Indret. 4/2012, Barcelona, Octubre de 2012. p. 3.

Adviértase el cambio de concepción: bajo este prisma la teoría de la determinación de la pena *no será* una teoría sobre los *efectos que se buscan con la pena concreta en el autor del delito*, en terceros o en la sociedad, sino una teoría *dogmática*, con todas las ventajas que ella trae aparejada²⁶. En atención a ello se entenderá -finalmente-, a la teoría de la determinación de la pena como una teoría sobre los factores relacionados con el injusto y la culpabilidad que configuran el *significado comunicativo* del hecho concreto²⁷.

c. Proporcionalidad ordinal y cardinal

Es un lugar común sostener que la pena debe ser proporcionada al delito cometido, pese a ello existe una dificultad histórica en precisar los criterios que deben servir de base para arribar a esa pena proporcionada.

En esta inteligencia, Andrew Von Hirsch propondrá dos criterios para orientarse en esa tarea: la proporcionalidad cardinal y ordinal.

Así, la proporcionalidad *ordinal*, expresa que quienes cometen un delito semejante deben recibir un castigo semejante, en tanto que quienes resultan condenados por delitos de diferente gravedad, deben recibir castigos graduados sólo por la diversa gravedad del delito que cometieron²⁸. Refiere a la necesidad de que los diferentes delitos se *ordenen* dentro de la escala penal en función de su lesividad, de manera tal que al delito más grave le corresponda una pena mayor, y viceversa. Con esta noción se refiere, tanto a la ordenación de la gravedad relativa de los delitos entre sí, como a las diferentes configuraciones fácticas de un mismo tipo penal²⁹.

Dicha escala o relación jerárquica resultará convencional. Los delitos deberían jerarquizarse en la escala atendiendo a un rango y espaciarse para reflejar los niveles de reproche³⁰.

A su turno, la proporcionalidad *cardinal*, está pensada para *limitar* la posibilidad de que la escala proporcional en el primer sentido llegue a penas inadecuadamente severas que trivialicen la afectación de los intereses vitales de las

²⁶ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo, *ob. cit.* p. 10.

²⁷ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo, *ob. cit.* p. 9.

²⁸ ZYSMAN QUIRÓS, Diego, *ob. cit.*, p. 40.

²⁹ BASSO GONZALO J, *ob. cit.*, p. 244.

³⁰ ZYSMAN QUIRÓS, Diego, *ob. cit.*, p. 40.

personas castigadas, aunque también para que no sean tan insignificantes como para desdibujar el reproche³¹.

Se trata de una noción que se vincula con la severidad general de castigos previstos en el sistema, a los puntos de anclaje del mismo en cuanto a sus penas mínimas y máximas; y también a los mínimos y máximos de cada figura delictiva. Es decir, ella atiende a los mínimos y máximos de penas, tanto en general, como en particular.

Ahora bien, la *importancia* de ambos criterios será dispar en nuestra materia, ya que se entiende que la proporcionalidad cardinal *primera facie* carecería de relevancia, en el entendimiento de que la severidad general de los castigos le viene impuesta al juez externamente, por lo que este último carece de un margen de actuación al respecto. Pese a ello, la misma resultará de utilidad para *evitar la imposición de castigos manifiestamente desproporcionados* (esta es una idea de Basso, poner en cita). Distinta será la consideración de la segunda, pues con ella se le otorgará al juez un considerable campo de actuación para construir esa escala de gravedad relativa de delitos, más concretamente, esa libertad se dará al configurar los diferentes subtipos y asociar estos últimos a medidas concretas de castigo. Influirá también en esa margen la indeterminación del tipo y también la extensión con la que se construya el marco penal abstracto³².

Resulta claro que, se asiste a un enfoque tradicionalmente desatendido, pues bajo esta mirada la atención se coloca en la construcción de *subtipos*, a partir de la concurrencia de las circunstancias que se presentan en la *configuración fáctica del injusto*³³.

Fruto de la aludida *función expresiva* del castigo, la proporcionalidad ordinal tendrá por pretensión construir un *sistema comparativo* que refleje la gravedad relativa de los diferentes delitos y de sus penas aplicables; para ello resultará central prever *factores reales* de medición, pues estos permitirán formular juicios comparativos sobre la gravedad relativa de los delitos.

Se propone proceder deductivamente, en forma normativa, por principios generales y no de forma inductiva (enfoque casuista o de casos concretos).

³¹ ZYSMAN QUIRÓS, Diego, *ob.cit.*, p. 41.

³² BASSO, Gonzalo, *ob.cit.*, p. 245.

³³ Así, Basso advierte lagunas en la materia, pues la doctrina tradicional se centró más bien en el concepto de culpabilidad en detrimento del de injusto y orientada a la prevalencia de la prevención sobre el merecimiento, *ob. cit.*, p. 246.

Este colocar el foco en el *injusto*, en profundizar su análisis, procura crear un *sistema normativo* de determinación de la pena, que permita la aplicación *igualitaria* del derecho por parte de los tribunales de justicia, se trata de concretar el mandato de igualdad en virtud del cual se procuraría que, en la mayor medida posible, se impongan penas similares para hechos de similar gravedad.

El principio de proporcionalidad ordinal o relativa -se dirá- requiere que se efectúe un tratamiento similar de casos análogos bajo criterios que puedan fundamentarse normativamente, una determinación judicial de la pena que se sustente en criterios puramente fácticos supondría la vulneración al principio de justicia relativa, que debe entenderse como equivalente al principio de igualdad³⁴

d.1. El foco de atención se coloca en el *hecho*. Así, la medida de la pena como acto particular, debe efectuarse proporcionalmente con la gravedad relativa del *hecho delictivo pasado*, de manera tal que exprese o censure más gravemente hechos más graves, y lo haga en menor medida en supuestos de menor gravedad. Ningún segmento de pena puede fundarse en consideraciones preventivas³⁵ ello en el entendimiento de que las tendencias preventivo especiales (personalidad del autor) otorgaban a los jueces una excesiva *discrecionalidad* la que, a la postre, conduce a la desigualdad y a un trato discriminatorio de individuos, o a determinada clase de ellos.

La *medida* de la pena se corresponderá con la medida de la censura o desaprobación que se derive del hecho cometido. Este daño o hecho incorrecto (*wrongdoing*) es un hecho pasado, tangible y de conocimiento certero, notas estas que permiten diferenciarlo del paradigma del que pretenden diferenciarse, el que coloca el foco de atención en evitar la comisión de hechos delictivos, es decir en el futuro.

La *pena merecida*, dirá Von Hirsch, dependerá de la gravedad del hecho delictivo, y este último a su vez, del *daño causado* y de la *culpabilidad* del autor³⁶.

³⁴ BASSO Gonzalo, *ob.cit.*, p. 246.

³⁵ Los fines de prevención especial (evitar la desocialización) sólo entran en consideración en la individualización de pena en sentido amplio, es decir, no son considerados en la determinación de pena en sentido estricto (pues esta se gradúa en función del injusto culpable), sino sólo a los fines de posibilitar su sustitución o en su caso, la suspensión de la pena. Se trata de un planteo similar a aquel que ya se ensayara en la *teoría del valor posicional*. FEIJOO SANCHEZ, Bernardo, *ob.cit.* p. 10 y ss.

³⁶ VON HIRSCH, Andrew, *ob.cit.* p. 62 y ss.

d.2. Ahora bien, sentada esa primera aproximación, resulta valioso reparar en la labor de quien profundizará en esta materia la obra del profesor de Cambridge, la autora alemana Tatjana Hörnle, quien precisará los alcances del concepto de *injusto culpable* en el ámbito de determinación de la pena.

Así, la misma concebirá al *injusto* como un *juicio de desvalor* según el cual se debe tener en consideración una doble perspectiva, por un lado, la del sujeto activo, y por el otro, la de la víctima. Aquí resultará relevante el *menoscabo típico* que produce el hecho delictivo en los intereses de una víctima entendida *normativamente*, es decir, carece de relevancia bajo esta perspectiva los de la concreta víctima (salvo excepciones).

En cuanto a la *culpabilidad*, propondrá abandonar lo que denomina un concepto *anticuado* de la misma, aún empleado por la doctrina y jurisprudencia alemana y su criterio tradicional de graduación: *la energía criminal*³⁷, es decir, las inhibiciones que el sujeto ha debido sortear previamente para cometer el delito. Así, recurrirá a la teoría del delito y de allí entenderá a esta categoría como un *juicio de imputación* la que sólo podrá ponderarse en sentido atenuatorio de la *responsabilidad penal*. Es decir, no influye en la medida de la pena y supone un filtro que impactará en la pena, toda vez que o, supondrá una atribución *parcial* del hecho y, por ende, una pena menor o, en su defecto, excluirá su responsabilidad del individuo.

Esto último, obedece al papel relevante que se le asigna al *injusto*, a la luz de lo cual, la culpabilidad no podrá fundamentar una pena superior a la exigida por la medida del injusto; o, en otros términos; el injusto puede justificar atenuaciones o agravaciones de pena, cosa que no sucede con la culpabilidad, la que sólo podrá fundamentar, excepcionalmente, circunstancias atenuantes.

Resumiendo, el injusto culpable, se traducirá en dos juicios: juicio de desvalor y juicio de imputación.

El esquema propuesto (injusto culpable, con preferencia en el primero), impacta en otras opciones relacionadas con la materia, por ejemplo, la *personalidad* del sujeto activo del delito; pues sus partidarios se mostrarán contrarios a su ponderación, tanto por razones prácticas, como teóricas. En relación a las pri-

³⁷ Término que procede de las *ciencias naturales* y que alude a las inhibiciones que el sujeto ha debido superar previamente para cometer el delito. Dreher afirmaba al respecto que, la medida de la culpabilidad depende, en última instancia, de cómo se resuelva la disputa interna del sujeto entre los factores que le empujan a delinquir y aquellos que le frenan o inhiben a hacerlo. BASSO, Gonzalo, *ob.cit.* p. 260, nota 691.

meras se dirá que se carece de tiempo y recursos para indagar sobre ello, en tanto que en relación a las segundas se sostendrá que, difícilmente, una indagación sobre la personalidad del sujeto pueda conducir a una disminución favorable al mismo.

En sintonía también se cuestiona, la legitimidad de la ponderación de los antecedentes del imputado, inteligencia que tiene lugar dentro de un marco en donde se coloca el acento en consideración propias de un *derecho penal de acto*, y se da un rechazo a un derecho penal de autor.

d.3 Ahora bien, dentro de esta concepción y más concretamente para elaborar el sistema comparativo de los delitos y de las penas en función de su gravedad relativa, cabe señalar que el castigo se determinará fundamentalmente atendiendo al *menoscabo que el mismo ha ocasionado en la calidad de vida de la víctima*, esto es, los medios o capacidades de la misma, materiales o no, que normalmente hacen posible una *buena calidad de vida*.

Este criterio tuvo su origen en el pensamiento de Von Hirsch y Jareborg³⁸ y fue receptado por Hörnle para esta materia. El mismo tiene la particularidad de permite *segmentar* la gravedad del delito en función del menoscabo que el mismo se haya producido al daño típico y así se dirá que la intensidad del mismo será: *insignificante, leve, media, grave y de gravedad máxima para la calidad de vida de la víctima*³⁹

³⁸ Von Hirsch desarrollará el contenido del daño causado y de la culpabilidad del autor. Así, en relación a esta dirá que para delinearla y precisarla resultará de utilidad valerse de distinciones que propondrá el derecho material, el que distinguirá entre, la conducta intencional (deliberada, consciente y temeraria) de la imprudente; por lo que en esta tarea podrán afinarse las distinciones al respecto (grado de intención, indiferencia de consecuencias, o descuido presente en la conducta del autor). Más desarrollo dedicó al primer baremo expuesto y así sostuvo que, para graduar la gravedad del daño causado, debía recurrirse al criterio del *estándar o calidad de vida de una persona*, es decir, la gravedad se determinará en función de su afectación de la misma. Conviene precisar que, de acuerdo al mencionado autor el mentado estándar no aludirá a la calidad de vida real o a la posibilidad de alcanzar ciertas metas, sino que la misma se centra en los *medios o capacidades* para alcanzar una cierta calidad de vida, medios que pueden ser materiales (vivienda, medios económicos) o no (salud e intimidad). A lo expuesto cabe añadir que se alude a un *estándar* toda vez que, se trata de medios o capacidades que normalmente posibilitan una buena calidad de vida. A la luz de ello se sostendrá que alguien tiene un buen estándar de vida si tiene la salud y los medios que la gente normalmente usa para vivir bien (no se trata de la calidad de vida de determinadas personas) VON HIRSCH, Andrew, *ob.cit.* p. 62 y ss.

³⁹ Von Hirsch también propuso un método o proceso para llevar a la práctica el mentado estándar. Así, propuso *parcelar* los diferentes intereses que usualmente resultan afectados por un delito, y dirá que los delitos que cuentan con una víctima identificada, el mismo afectará alguno de los siguientes intereses: a) integridad física; b) medios materiales y comodidades; c) integridad personal y d) privacidad. Ante un caso concreto, para ponderar el daño de la conducta ilícita se deberá transitar cada

Dogmáticamente este baremo se inserta en el injusto de resultado y si bien parece circunscribirse a ciertas categorías de delitos (vrg., aquellos que afectan bienes jurídicos individuales) sería extrapolable a aquellos otros que cuenten con una víctima que pueda identificarse.

Esta noción tiene un claro impacto práctico. En efecto, brinda una primera aproximación al monto de la pena. También soluciona el llamado punto de ingreso a la escala penal (*valor punitivo de partida*); o, en otros términos, nos brinda la forma en cómo debe *recorrerse* el marco punitivo, pues la escala se subdivide en los ya mencionados segmentos de punición que se corresponden con la diversa intensidad que puede sufrir la calidad de vida de la víctima. Tercero, el *estándar de calidad de vida de la víctima* se erige como un criterio que permite comparar o determinar la gravedad relativa tanto de distintos ilícitos (tipos penales), como de diferentes categorías o subcategorías de un mismo delito. Así, en relación a la primera relación ejemplificará Von Hirsch señalando que, una lesión grave afecta la subsistencia y por tanto es considerablemente más grave que un hurto que deje a la persona con un nivel adecuado de confort y dignidad⁴⁰. En cuarto lugar, la *reducción y el descarte* de circunstancias materiales relevantes desde la perspectiva normativa del menoscabo a la *calidad de vida de la víctima* facilitará normativizarlas⁴¹.

El juicio del injusto

Presentado el supuesto de hecho –delito frente a una víctima concreta-, y fijado ya el segmento de pena, se lleva adelante el *juicio de injusto*. Aquí se evaluarán

uno de los aludidos intereses. A su vez, también sostiene que, el esquema propuesto tiene el atractivo de permitir reconducir el análisis de cada uno de los intereses mencionados a una categoría única: el impacto en el estándar de *calidad de vida de la víctima*. A lo expuesto se añade una distinción adicional enderezada a *graduar* el aludido estándar. Así, propone cuatro niveles de análisis que suministran la medida en cómo un ilícito puede afectar el estándar de vida: a) subsistencia; b) bienestar mínimo; c) bienestar adecuado; d) bienestar intenso. El primero alude a la sobrevivencia, a las capacidades básicas para funcionar (vivir a duras penas, dirá el autor) en tanto que las tres restantes refieren a diversos grados de calidad de vida por encima de la subsistencia VON HIRSCH, Andrew, *ob.cit.* p. 62 y ss.

⁴⁰ VON HIRSCH, Andrew, *ob.cit.*, p. 65.

⁴¹ Sin perjuicio de ello, se le cuestiona que sobredimensione la etapa de determinación de la pena en sentido estricto -en donde reinan las consideraciones de proporcionalidad ordinal y la construcción de reglas de comparación-, en detrimento de otras operaciones que la condicionan, como, por ejemplo, la elección, construcción y depuración del marco penal abstracto. BASSO, Gonzalo. *Ob.cit.* p. 259.

circunstancias pertenecientes tanto al injusto subjetivo, como al objetivo, de acción o de resultado, operación que agravará o atenuará la pena.

El juicio de imputación

En un paso ulterior, es decir, ya valorado íntegramente el injusto, debe determinarse si corresponderá atribuir o no ese juicio de injusto en su totalidad o no al sujeto, pues pueden concurrir de causas de disminución de culpabilidad que conduzcan a una atribución parcial⁴² del mismo o, no⁴³. Es el llamado juicio de imputación o de culpabilidad.

Al respecto, Hörnle mencionará: a) supuestos de disminución de la capacidad de comprensión de la antijuridicidad del comportamiento o de la capacidad de dirección de la conducta de conformidad con dicha comprensión; b) supuestos de socialización en círculos culturales diversos al del lugar de comisión del delito; c) supuestos de determinadas situaciones extremas de conflicto de conciencia; d) supuestos de emociones similares a lo afectivo y procesos de dinámica grupal; e) supuesto de restringida posibilidad de conducirse conforme a la norma cuando el sujeto actuante se comporta -comprensiblemente- según su interés de autoconservación en situaciones de peligro o de apremiantes necesidades económicas⁴⁴

En cuanto a la conversión numérica del injusto culpable en una concreta cantidad de pena se propone recurrir a un método compuesto de dos pasos.

Con el primero -como ya lo anotamos-, se ingresa al marco legal tomando en consideración sólo las cinco categorías de posible afectación típica de la calidad de vida de la víctima. En segundo lugar, la mirada se coloca en la valoración de las demás circunstancias del injusto y de la culpabilidad y se compara el

⁴²; BASSO, Gonzalo, *ob. cit.*, p. 249.

⁴³ Al respecto destaca Basso que, si bien alerta de los riesgos de que a través del injusto de acción se introduzcan supreticiamente valoraciones ilícitas -por pertenecer a campos del derecho penal de autor o por sustentarse exclusivamente en razones preventivas-, Hörnle admite la legitimidad -como agravantes- de aquellas circunstancias que, en abstracto, generan una amenaza o peligro típico para la víctima, trátase de circunstancias objetivas -portación de un arma, planificación cuidadosa del hecho delictivo- o de circunstancias subjetivas -presencia de dolo directo en lugar de dolo eventual- Además, la autora recepta la posibilidad de atenuación del injusto de resultado cuando se produzca la reparación del daño o cuando haya existido una infracción de obligaciones por parte de la propia víctima, que permita atribuirle parcialmente la responsabilidad por la comisión del delito, BASSO, Gonzalo, *ob. cit.*, p. 248.

⁴⁴ BASSO, Gonzalo, *ob. cit.*, p. 249.

caso concreto, con uno de severidad media construido *normativamente* (caso normativo de referencia), orientado hacia el *tipo delictivo* de que se trate (lo que conducirá al desarrollo de una parte especial en la materia-) y que permite la comparación merced a conceptos relacionales que permitan graduar el injusto culpable hacia arriba o hacia abajo, y en consecuencia, a disminuir o agravar la pena.

Ajustada la concurrencia en el caso, de tanto de factores que disminuyan el injusto, como de aumento del mismo, y también de reducción de culpabilidad en su caso, se obtendrá la pena final.

e. La diversa función de los tribunales intervinientes: de imposición de pena y de control en la determinación judicial de la pena

Si bien parte de la doctrina alemana se muestra especialmente crítica con la *teoría del margen de libertad*, por cuanto no permite orientar al juzgador en la tarea que aquí nos ocupa (por lo que Albrecht describirá a la teoría del ámbito de juego más como una teoría *sobre los límites de la comprobación de decisiones de medición judicial de la pena* que como teoría estricta de determinación de la misma por parte del juzgador), la misma resulta complaciente con ella a la hora de comprender y explicar la función que desempeñan los tribunales de casación al revisar la individualización de la pena.

En efecto, Hörnle explicará que la jurisprudencia de los tribunales superiores de Alemania ha desarrollado una teoría de *control restringido* en relación a la individualización de la pena, ello en contraposición con la revisión de aquellos puntos propios de la *teoría del delito*, en donde reina un *control amplio*.

La razón de ese temperamento, responderá a cuestiones de *corte práctico*, pues si se amplía el control ello traerá aparejado que los tribunales de apelación se vean sobrepasados en su labor, o en sus propios términos:

(...) confiar en un ámbito de juego, obviamente tiene sentido desde la perspectiva de la corte de apelación. No sería posible que una corte de apelación revea todas las decisiones tomadas por las cortes inferiores. Por razones prácticas, los jueces que entienden en las apelaciones tienen que cerciorarse de que la revisión en esta área

no sea demasiado detallada. De otra manera estarían sobrepasados por los recursos de apelación. Por lo tanto, uno no puede criticar al BGH por desarrollar la doctrina del ámbito de juego. No podrían llegar a ser más específicos respecto de la pena correcta ⁴⁵.

IV. Algunas conclusiones provisionales

1. Argumentación en función de los fines de la pena e impacto en las funciones de la motivación.

a. Si las teorías neoproporcionalistas fueron pensadas como *herramientas metodológicas* que procuran guiar u orientar al juzgador en la tarea de mensurar la pena, resulta claro que se encuentran enderezadas a ello. Es que, al desvincularse de las teorías de la pena y conectarse, por el contrario, con *la teoría del delito*, el juez ya no acude para fundamentar la determinación de la pena a sus diferentes *fines o principios político criminales generales* y se orientará más a resolver en función de todos los aportes que esta pueda brindarle y a sus *reglas*, en especial de comparación.

En efecto, la aproximación entre esta rama del derecho penal y la teoría del delito -lo que permitir conceptualizar a la primera como la *dimensión cuantitativa de injusto culpable*- trae aparejado un indudable beneficio para nuestro objeto de estudio, pues toda la *fundamentación* que implique un aumento o disminución de estos conceptos graduales tiene que tener o encontrar, necesariamente, un *soporte* en las categorías de la teoría del delito⁴⁶. Al vincular los criterios de mensuración de la pena a *los mismos* criterios que sirven para decidir si se impone o no una pena, se tiende a eliminar la arbitrariedad.

De acuerdo a Hörnle un sistema de determinación de pena orientado hacia la teoría del delito trae consigo las siguientes facilidades: a) facilita teóricamente la fundamentación de por qué un determinado factor de individualización debe ser introducido en el catálogo de datos a tomar en consideración; b) permite

⁴⁵ HÖRNLE, Tatjana, *Determinación de la pena y culpabilidad*, Di Plácido, p. 34.

⁴⁶. Sin perjuicio de ello, numerosos tópicos de esta materia necesitan de desarrollos posteriores. Así, se destaca que los siguientes puntos carecen de un sustento categorial claro: *los motivos que guían la actuación del agente, los comportamientos posteriores al hecho, la sensibilidad de la pena, el transcurso del tiempo y la colaboración procesal del acusado*. BASSO, Gonzalo, *ob.cit.*, p. 244.

normativizar esos factores; y c) ayuda a aprovechar el grado de desarrollo de la teoría del delito. Al respecto dirá Feijoo

(...) desde una perspectiva práctica, la orientación a la teoría jurídica del delito permite excluir factores de determinación de la pena que son utilizados como factores de incremento de la pena a pesar de que carecen de vinculación normativa con el injusto o con la culpabilidad. Todo ello racionaliza un ámbito tan necesitado de racionalización como es la actividad de determinación de la pena y permite una mejor comparación entre casos para intentar evitar la arbitrariedad y la inseguridad lo máximo posible⁴⁷ y, con ello, un mayor control de este aspecto por parte de los tribunales superiores.

Ello impactará decisivamente en las *funciones* que a la garantía de la motivación se le asignan, más concretamente, en la llamada función *endoprosesal* - es decir, aquella que permite el control de la resolución al tribunal de instancia superior, al mismo sentenciante y a las partes-, y dentro de esta última, al conocimiento efectivo que de esas razones puedan tener las partes para llevar adelante el control que por caso procuren, muy especialmente el imputado.

b. Sin perjuicio de esas pretensiones, dos cuestiones que debemos resaltar:

La primera, *su campo de acción resulta reducido*, atendiendo a su concepto material del delito. En efecto, cabe recordar que la determinación de los *criterios* relevantes para mensurar la pena (ya sea hacia arriba o hacia abajo) sólo puede ser resuelta de acuerdo a un *concepto material de delito* del que se parta. Como bien lo resume Feijoo, sólo si se sabe por qué definimos una conducta como *delito* es posible graduar la pena adecuada a un hecho concreto⁴⁸.

Ahora bien, el injusto bajo esta concepción se lo describe como fáctico, naturalista y, sobre todo, excesivamente individualista. Reparo especialmente en

⁴⁷ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo, *ob.cit.* p. 9.

⁴⁸ Al respecto apunta Feijoo *si se asume que el delito es un injusto culpable graduable, la determinación de la pena no es más que la graduación del injusto culpable. La teoría de la determinación de la pena no es una teoría sobre los efectos que se buscan con la pena concreta en el autor del delito, en terceros o en la sociedad, sino sólo una teoría dogmática con todas las ventajas que han hecho triunfar a ésta como ciencia jurídica. Se hace preciso (...) desarrollar en paralelo las líneas fundamentales de la teoría jurídica del delito y de la teoría de la determinación de la pena en la medida en la que ésta no es más que una diferenciación gradual de los diversos aspectos relevantes de aquella, ob.cit., p. 10.*

esta última nota pues impactará negativamente en la *praxis judicial*, pues los magistrados no podrán acudir a la ella ante casos que no se ajusten a las características que plantea el modelo, o, en otros términos, el mismo punto que propone para determinar la pena: el injusto de resultado, o más concretamente, *la calidad de vida de la víctima*, sólo será aplicable en aquellos delitos en donde existan *víctimas concretas*.

También se le cuestiona su *consistencia* toda vez que, si bien hace referencia a la necesidad de mayor desaprobación (penas más severas) frente a supuestos de hecho más graves, para cuantificar la pena recurre a un concepto de injusto individual y material -del que depende en última instancia la desaprobación o censura por el delito cometido-, y al hacerlo deja de lado la dimensión social del hecho. Se trata de una visión excesivamente individualista del hecho: sólo se toma en cuenta para mensurar la pena la perspectiva de la víctima, relegando, como se lo ha dicho, la dimensión intersubjetiva o social del hecho o la lesividad de lo común⁴⁹.

La segunda, una fuerte discrecionalidad se encuentra latente a través de la misma concepción de lo merecido (*desert*).

En efecto, a esta noción se le cuestiona la importancia que se le otorga al *sentido común* de las personas para justificar un castigo como justo, y la misma *legitimidad* que ella cree obtener a través de su apelación. Es que, el recurso a ella no serviría para poner límites a la criticada discrecionalidad judicial en la materia, por el contrario, propugnaría una ligazón del delito con la alarma social (*moral panic*), por lo que este retribucionismo puede conducir finalmente a un populismo punitivo⁵⁰.

⁴⁹ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Este autor señala que, *no es extraño (...) que estos autores que adoptan una concepción del hecho tan fáctica, desarrollen una teoría de la determinación de la pena excesivamente orientada hacia los intereses de la víctima. Acaba siendo relevante a efectos de determinación de la pena exclusivamente la afectación de intereses individuales*. A lo que añadirá, críticamente hacia Hörnle que, se trata de una teoría excesivamente dependiente del desvalor de resultado por lo que dirá que ella no es una teoría expresiva y comunicativa como lo sostiene, sino una teoría en la que priman los aspectos fácticos debido a su concepción fáctico-naturalista del delito. *Ob.cit.* p. 8 y ss.

⁵⁰ ZYSMAN QUIRÓS, Diego, *ob.cit.*, p. 43. También se erigen como principales críticas a la misma, entre otras: erosión de las virtudes de la resocialización y su relación con el incremento de la población carcelaria; negar la relación existente entre criminalidad y situación socioeconómica; apelar a un discurso vindicativo y cuasirreligioso del castigo.

2. Motivación como justificación

En la teoría expuesta, ya *no* se advierte una preocupación constante en *explicar* la naturaleza del acto de determinación de la pena (cosa que sucedía en las llamadas *teorías de la unión* de cuño alemán), esto es, de dar cuenta de las razones o motivos que conducen a la acción, en el caso, las razones que motivaron al juzgador a imponer una determinada pena. Indudablemente, la distinción entre *pena como institución* y como *acto particular* contribuyó a ello, pues centró la atención en temas que involucran a esta última.

Ello implica un abandono de la concepción de la motivación como *explicación* (la que tiene su origen en la tesis psicologista) la que no tiene en cuenta la distinción entre los *contextos de descubrimiento* y *de justificación*. El primero de los mencionados -recuerdo-, es propio de la *decisión* judicial, y alude al proceso *psicológico* o *sociológico* mediante el cual un juez llega a tomar una decisión relacionada con un determinado caso, es decir, aquí se estudian las razones que permiten *explicar* el por qué se tomó una determinada decisión en un determinado caso, sus razones explicativas. El segundo, es propio del ámbito de la motivación judicial y refiere a la fundamentación que se ofrece de esa decisión, que la haga aparecer como correcta o aceptable⁵¹.

Recuerdo lo anterior, pues esa preocupación se encuentra enderezada a satisfacer, entre otros, la llamada función *moralizadora de la motivación* la que, al inscribir a la autoridad en el ámbito de lo racional, supone superar el conflicto moral -apuntado por Kant- de disponer acerca de la libertad del otro. También lo hará en la ya mencionada función endoprosesal de la motivación; es que, es sabido que las partes y en especial el imputado, se convencerán del acierto de la resolución merced a las *razones* que por caso el tribunal ensaye, y no en las *causas* que se invoquen en su sustento. Idéntica consideración cabe efectuar en orden al eventual control que se lleve adelante por parte de los tribunales de casación⁵².

⁵¹ ATIENZA, MANUEL, *ob.cit.*, p. 99. El origen de esta distinción responde a una *traslación al ámbito de la decisión judicial de una distinción típica de la filosofía neopositivista de la ciencia*

⁵² En idéntico sentido ALISTE SANTOS, Tomás Javier, *ob.cit.*, p. 240, quien refiere que, la función extraprosesal de la motivación deja por los suelos la tesis psicologista, entendiéndose que las partes se convencerán, en el mejor de los casos, o se persuaden, en la mayoría, atendiendo a la solidez de las razones expresadas por el tribunal y no al proceso mental de gestación de las mismas que poco puede importar a las partes y a los tribunales superiores que atiendan a una hipotética impugnación. En este sentido apuntará Silva Sánchez que el específico deber de motivación en la mensura de la pena ...no es *explicación del fallo sino argumentación de las razones del mismo que haga posible una*

En definitiva, tiende a alejarse del decisionismo -propio del llamado contexto de descubrimiento-, y propugna y fomenta, por el contrario, procedimientos argumentativos racionales, que conduzcan a una decisión basada en argumentos y premisas racionales, propios del llamado contexto de justificación.

3. *Alienta la Motivación material*

Al propiciar una argumentación que ya no mira directamente a los fines de la pena sino a factores, circunstancias concretas, o a criterios de comparación, alienta una argumentación de tipo *material*, esto es, una que garantiza el ejercicio racional de la potestad jurisdiccional la que no se agota en legalidad, sino que la trasciende al exigir un control efectivo de la *racionalidad* a través de la motivación⁵³. Ello impacta positivamente en los especiales estándares de motivación que resultan de aplicación en la materia: *motivación reforzada o razonabilidad reforzada*,

a. En efecto, para arribar a la *concreta gravedad relativa* de cada hecho delictivo, deberá atenderse a sus concretas categorías, esto es, al injusto (acción y resultado) y la culpabilidad. Es decir, promueve un *análisis individualizado del concreto contenido punitivo* de cada categoría. Se trata de un proceso *analítico* o de pasos sucesivos que -de explicitarse- decantará en una verdadera facilitación del control judicial que por caso corresponda efectuar. Esta concepción entonces, rechaza una valoración global del hecho (es decir, carente de distinguos, que dificulta el control de la misma.

b. A más de la *gravedad relativa* del hecho que por caso corresponda juzgar (en donde se tiene a agotar el contenido de cada categoría), este esquema también resalta la importancia de incluir en la *fundamentación* de la concreta penal individual el punto de *ingreso* al marco penal. Remarco ello, pues tradicionalmente sólo se coloca el acento en el primer punto, por lo que se *amplía la fundamentación* del tópico.

contra argumentación en vía de recurso. SILVA SANCHEZ, Jesús María, *¿Política criminal del legislador, del juez, de la administración penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones del Código Penal*, La Ley 1998, tomo 4, D-198, p. 1451.

⁵³ ALISTE SANTOS, Tomás Javier, *ob. cit.*, p. 161.

4. Jerarquización del rol del juez en desmedro del legislador

Se sostiene que, las concepciones neoclásicas *relativizan* la distribución de funciones que le corresponden al legislador y al juez en la construcción de un sistema ordenado de gravedad relativa de delitos y penas.

En efecto, en sus orígenes la noción de *proporcionalidad ordinal* jerarquizaba la función del *legislador*; pues se entendía que esta mayor sistematización de delitos y escalas penas debía tener lugar en sede legislativa. Se guiaba al juez, se lo orientaba en relación a cómo recorrer el tipo penal, identificando tipos y la escala penal aplicable.

En la actualidad resulta clara la jerarquización del juez en esta materia. Es que, si bien se le otorga un proceso *estructurado*, aún cuanta con un amplio *margin de atribución valorativa*. Recuérdese que a más de efectuar la subsunción típica y de delimitar el marco penal, el juzgador ponderará la intensidad del injusto, para lo cual seleccionará una de las cinco categorías mencionadas, y después hará lo mismo con las diferentes categorías de injusto (acción y resultado) o de culpabilidad.

Pese a esa amplitud, se propugna una restricción de las circunstancias a valorar y también una reducción y segmentación mayor de los puntos de castigo de posible imposición, pues ello facilitará su control⁵⁴.

5. Desde la óptica del contenido de la motivación: la razonabilidad y la racionalidad

Si bien interrelacionadas, la noción de razonabilidad alude, a estándares intersubjetivos de aceptabilidad, en tanto que la segunda (racionalidad) refiere a criterios metodológicos de *corrección*. Ambos conceptos refieren al *contenido* de la garantía de motivación.

a. Cabe recordar que una motivación será razonable cuando reúne determinados requisitos de *aceptabilidad intersubjetiva*, es decir, cuando cumple determinadas condiciones para ser estimada como correcta por sus destinatarios. Se trata de una dimensión saliente para el *control*, y cuyas reglas son la expresión básica de las reglas de la lógica.

⁵⁴ BASSO, Gonzalo J, *ob.cit.*, p. 252 y ss.

Ahora bien, entendemos que el presente modelo tiende a satisfacer las siguientes reglas que corresponden a la razonabilidad: **1.** *Prima facie*, al no jugar ningún papel los fines de la pena en la concreta mensura, la individualización tiende a contar con menos contradicciones (se evita el problema de las antinomias). La menor cantidad de factores, además de limitar la discrecionalidad y fomentar la igualdad, también tenderá a ello; **2.** La vinculación creciente de esta rama con la teoría del delito, fomentará la *correspondencia* entre los hechos que se tengan por acreditados y *el sentido de la argumentación*, pues recuérdese que cada aumento o disminución en función del hecho responderá a una determinada categoría del delito (correspondencia hechos y sentido de la argumentación). **3.** repárese también que, procura aportar *claridad* al lenguaje, *precondición formal* de toda motivación, pues permite a su luz analizar los demás criterios de aceptabilidad intersubjetiva). Piénsese, por ejemplo, en los conceptos de injusto y culpabilidad desarrollados por Tatjana Hörnle. **4.** Al desechar una valoración global del injusto, tiende a satisfacer la llamada *suficiencia argumentativa*, expresión del principio de *razón suficiente*. Una *motivación será suficiente* cuando abarca todos los argumentos y recursos interpretativos aplicables al caso⁵⁵, es lo que Alexy llama *requisito de saturación*. **5.** La conclusión a la que se arribe, tenderá a no conducir a diferentes interpretaciones.

b. Ya en sede de *racionalidad* entendemos que este modelo favorecerá la *justificación externa* de la resolución de mensura de pena. Noción que -recuerdo- alude al *grado de justificación* de las premisas que serán luego introducidas en la justificación *interna*-, es decir, en donde propiamente se desarrollará *la labor argumentativa*.

Sobre todo, ello sucederá en las áreas de *metodología de la interpretación* y en la *argumentación fáctica*, pues, por un lado, la labor argumentativa que se propone aprovechará los avances dogmáticos, tanto de la teoría del delito, como de la misma individualización de la pena, y por el otro, coloca especialmente la atención en el *injusto*, tal y como lo hemos visto. Si bien presentes, se relega a un segundo papel el área relacionada con el *discurso práctico general*, es decir, en donde se abordar cuestiones morales, consuetudinarias, o máximas de la experiencia.

c. En suma, presenta aspectos positivos en sede de ambas nociones. Destaco ello, es sabido que pues no basta que una decisión sea razonable para que sea

⁵⁵ PORTOCARRERO QUISPE, Jorge A, *ob. cit.*, p. 216.

correcta, ni viceversa. En este sentido cabe recordar que, en el *discurso jurídico* ambas nociones son interdependientes, ya que la racionalidad requiere ser razonable para ser aceptable y que lo ideal será *que lo racional sea el sustento de lo razonable*, cosa que aquí tiene a ocurrir.

6. Beneficios circunscriptos o estáticos al tribunal que impone la pena

Los tópicos analizados procuran alcanzar el paradigma de estimar al acto de mensura como una *decisión jurídicamente vinculada*. El que, entre otras cosas, procura que el juzgador deba guiarse, principalmente, a través de *reglas*, tanto generales, como especiales, y que la legalidad de la sentencia, cuando sea cuestionada será revisada en ese punto.

Sin perjuicio de ello cabe señalar que, si bien resulta cierto que las funciones de los diferentes tribunales que intervienen en la mensura de la pena resultan diferentes, advertimos que los méritos y vinculaciones destacadas a la luz de la garantía de motivación, se circunscriben al tribunal que le corresponde mensurar la pena: el tribunal de juicio, pues ellos *no se trasladan* a quien le corresponde controlar la misma (apelación o casación), con el desmedro evidente hacia quienes por caso intenten una actividad recursiva.

Es que, si bien se propugna relacionar a esta rama con la teoría del delito, su control continúa siendo reducido por cuestiones de tiempo y trabajo.

Se advierte una clara incongruencia al respecto pues -por lo menos en Alemania-, el control es amplio para cuestiones relacionadas con la teoría del delito, pero ello no sería predicable para la determinación de la pena, aún cuando guarde la aludida relación o tienda a aproximarse a ella.

Idéntica conclusión cabe predicar de los méritos que resaltamos en cuanto al *contenido de la garantía* (razonabilidad y racionalidad), criterios que se encuentran orientados sobre todo al *control* de la motivación a precisar qué aspecto de la misma, por ejemplo, ha sido violado, por lo que, al *no ampliarse* el mismo -y sin perjuicio de su dirimencia-, esas salientes notas carecerán de toda eventual relevancia práctica ante un recurso.

En suma, el diálogo racional y razonable que debe existir entre ambas instancias puede y debe ampliarse.

EQUIDAD Y MOTIVACIÓN EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA: A PROPÓSITO DE VÁZQUEZ, CÉSAR Y OTROS S/RECURSO DE CASACIÓN

Guillermo Funes*

Resumen: Una de las salas de la Cámara Nacional de Casación Penal recurrió a la noción de *equidad* para posibilitar que, una condena se cumpliera de forma condicional cuando la *ley* no lo autorizaba. El presente trabajo propone que, recurrir sólo a esa virtud no basta para satisfacer la garantía de motivación de las resoluciones judiciales. Por el contrario, la proporcionalidad, entendida como metarregla, puede erigirse como una herramienta valiosa para complementarla, tanto en sede de justificación, como de su eventual control.

Palabras clave: equidad, motivación, proporcionalidad.

Abstract: One of the chambers of the National Criminal Cassation Chamber resorted to the notion of equity to enable a sentence to be served conditionally when the law did not authorize it. The present work proposes that resorting only to this virtue is not enough to satisfy the guarantee of motivation of judicial decisions. On the contrary, proportionality, understood as a meta-rule, can be established as a valuable tool to complement it, both in terms of justification and its eventual control.

Keywords: equity, motivation, proportionality.

* *Abogado. Notario. Doctorando en Derecho por la Universidad Austral. Especialista en Derecho Judicial y de la Judicatura (UCC). Especialista en Problemas de Prueba (Universidad de Castilla La Mancha, España). Profesor Adjunto de Derecho Penal, Parte Especial (UCC). Investigador visitante en la Universidad de Navarra, España. Docente de Posgrado (UCC). Miembro titular del Instituto de Derecho Comparado de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.*

I. Introducción y objeto del presente

A modo de advertencia preliminar conviene destacar que, a poco que uno se aproxima al estudio del derecho relativo a la individualización judicial de la pena¹, se tropieza con un campo en donde la arbitrariedad se erige como una amenaza constante. Así, por ejemplo, Zaffaroni lo llamará el capítulo más interesante de la *psicología judicial*, en tanto que Nowakowski asegurará que aquí las consideraciones teóricas no juegan ningún papel importante, siendo sustituidas por valoraciones generales que, en una amplia medida, dependen de *consideraciones morales*². Lo anotado precedentemente se debe, en parte, a la incapacidad de alejarse de ciertos dogmas imperantes en la materia, y también al hecho de que, si la comparamos con otros sectores de la dogmática jurídico penal, se advertirá que no ha merecido una atención suficiente.

Ahora bien, el presente tiene por objeto presentar un caso jurisprudencial que recurrió a la noción *equidad* para mensurar la pena (discrecionalidad vinculada con las virtudes judiciales), más concretamente, a través de la misma posibilidad que una condena se cumpla de forma condicional, ante un supuesto en que la ley no lo autorizaba. Ello, con la finalidad si precisar cómo es factible conciliar el recurso a la misma con la garantía de motivación de las resoluciones judiciales y con los especiales estándares que rigen en la materia, pues tenemos la intuición de que recurrir sólo a ella resultará incompleto para justificar la misma. Precisado lo anterior, se evaluará el impacto de lo resuelto, tanto en sede de motivación, como del eventual control que por caso se realice.

Adelantamos que, las particulares circunstancias del caso -tiempo transcurrido, demora judicial, etc. - pueden despertar cierta *simpatía* en el auditorio hacia el imputado, por lo que prevenidos de ello se impondrá indagar si detrás del aludido recurso a la virtud señalada, no se esconde sólo un sentimiento, incapaz por ello de justificar la respuesta que le corresponde a la jurisdicción realizar.

De manera previa a sumergirnos al mismo, entendemos se impone abordar dos tópicos. Así, en primer lugar, daremos cuenta del camino que ha transitado

¹ La determinación o individualización de la pena es el acto o procedimiento mediante el cual el juez fija las consecuencias de un delito, adecuando la pena abstractamente determinada por la ley al delito cometido por el autor. Para ello, el juzgador pondera la infracción, el ilícito culpable, y lo transforma en una medida de pena determinada. D` ALESSIO y DIVITO, *Código Penal. Comentado y Anotado. Parte General*, Ed. La Ley. Sep. 2005. P. 421 y ss.

² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. T. V. Ediar. p. 270.

la relación entre el acto de determinación de la pena, de naturaleza discrecional, con la garantía de motivación de las resoluciones judiciales (puntos II y III.), y en segundo término, brindaremos algunas notas conceptuales de la mencionada virtud de la equidad, pues resultarán valiosas para comprender a qué se refiere el tribunal cuando acude a ella (IV).

II. Breve derrotero de la relación discrecionalidad-motivación en la determinación de la pena

El estado de situación anterior a la Revolución Francesa puede caracterizarse como de un *desmesurado arbitrio judicial*, el que se veía favorecido por el hecho de que la ley no contenía una clasificación, ni siquiera una enumeración de las circunstancias atenuantes o agravantes de los hechos, dejándolos al cuidado absoluto del juez en cada caso particular.

Tal estado de situación iba a cambiar decisivamente con el advenimiento de la Revolución Francesa y el movimiento codificador, pues su ideario se valió de dos pilares centrales para sepultar al antiguo régimen: el *sistema de penas fijas*, en donde era la ley –única fuente del derecho–, la encargada de fijar de antemano la clase y cantidad de pena, y en segundo lugar, la construcción de un *modelo de juez* al cual le estaba completamente vedada la posibilidad de individualizar la pena en el caso concreto. Otra razón de peso coadyuvo a diseñar y cimentar el modelo propuesto: un primitivo entendimiento del *principio de igualdad*, entendido este de la manera que sigue: *si todos los ciudadanos son iguales ante la ley deben responder por el mismo hecho con idéntica pena*. Esta concepción –como puede adelantárselo–, iba a condicionar, junto con el resto de los factores expuestos, la dogmática del derecho de la mensura de la pena, así como la proporcionalidad entre el delito y la sanción.

Pasado el tiempo se inició un período en el que casi todas las leyes se preocuparon de sentar principios para la cuantificación penal, creando sistemas más o menos flexibles. Así, entre los primeros se ubicarán, por ejemplo, el código penal alemán y el argentino, en tanto que en el segundo grupo podemos encontrar al sistema español e italiano (también al novedoso *setencing* británico y estadounidense), entre otros muchos.

Pero fue con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial cuando se dio una verdadera revolución en la materia, pues fue a partir de allí que se asistió a un creciente *juridización* de esta rama del derecho. Contribuyeron a ello una serie de factores, entre los cuales cabe destacar: la *ampliación de la procedencia del recurso de casación*; el surgimiento de un *ámbito científico* dedicado a esta cuestión; y la tendencia general a someter a un extensivo control las injerencias estatales en la esfera individual³.

Merced al cúmulo de cuestiones anotadas, se pasó de considerar a la mencionada actividad como discrecionalidad sin matices, a concebirla como una *decisión discrecional vinculada al derecho*, o de acuerdo a otra posición relacionada con ella, como de *aplicación pura (reglada) del derecho*.

Los partidarios de la primera postura, dirán que la medición judicial de la pena es una decisión discrecional, pero y esto es importante, que se ha ido *llenado y delimitado crecientemente con reglas jurídicas*. Aquí se resalta la vinculación del juez con las decisiones y comprensiones valorativas subyacentes en las *normas*, a los *principios superiores* del ordenamiento, y en especial, a los *principios constitucionales*⁴.

Quienes consideran o estiman a esta tarea como *aplicación del derecho*, resaltarán que aquí se cuenta con reglas jurídicas en parte escritas y en parte no, y en donde jugarán un papel relevante los conceptos jurídicos indeterminados y la realización de ponderaciones valorativas las que, si bien resultan la parte menos desarrollada hasta el momento del derecho, son parte integrante de toda su aplicación, no sólo de esta rama⁵.

³ MAURACH, Reinhart, GÖSSEL, Karl Heinz, ZIPF, Heinz *Derecho Penal. Parte General*, Astrea, Capital Federal 1995, t. 2. p.793.

⁴ DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena*, Universidad de Salamanca, 1999, p 272.

⁵ MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *ob. cit.* p. 795. Parece enrolarse en esta última concepción Silva Sánchez quien sostiene que *...el juez se haya vinculado a principios escritos y otros no escritos, lo que impide calificar su actuación en la individualización de la pena como "discrecional". A lo sumo -prosigue el autor- se trataría, en palabras de la doctrina alemana, de una discrecionalidad jurídicamente vinculada (...); al contrario, se trata de una auténtica aplicación del derecho...* SILVA SANCHEZ, Jesús María, *La revisión en casación de la individualización judicial de la pena*, CGPJ, Revista del Poder Judicial, núm. 6, junio 1987.

III. Discrecionalidad, sentidos y motivación.

Sin caer en aquellas afirmaciones que sostienen que la determinación de la pena siempre contará con un componente irracional, pues ello desalienta *per se* su estudio; y sin desconocer que los avances en esta materia se dirigen hacia la dirección apuntada, esta rama del derecho penal presenta especiales características que permiten afirmar que aquí siempre existirá discrecionalidad judicial, o al menos, una cuota relevante de ella.

Sostenemos lo anterior pues aquí se encuentran especialmente presentes las causas de la discrecionalidad: lagunas, antinomias, y muchas veces, una clara *textura abierta del lenguaje*, en el que se expresa el derecho. En efecto, ante la ausencia de: normas positivas que brinden respuestas jurídicas unívocas a la concreta mensura, normas de prelación en caso de antinomias o, precisiones conceptuales, el juzgador deberá resolver la concreta individualización acudiendo a argumentos o razones que van más allá de normas positivas.

Piénsese, por ejemplo, en los siguientes tópicos que de ordinario enfrenta el juzgador al efectuar esta tarea: los amplios márgenes que separan los mínimos y máximos de las escalas penales, entendidos muchas veces como márgenes de libertad (especialmente en el caso argentino); en que los diferentes sistemas de determinación de la pena presentan *criterios* cuya interpretación no siempre resulta inequívoca, y que igual consideración puede efectuarse de los valiosos conceptos culpabilidad, peligrosidad y proporcionalidad, frecuentemente empleados en esta tarea; que existe una marcada dificultad en conciliar esos criterios, lo que responde al indudable hecho de que la pena debe atender a diferentes fines (los de la víctima o, de una sociedad, interesada en la vigencia de las normas); y que su concreción final resultará de una tarea eminentemente valorativa, pues el marco dentro del cual se mueve el juzgador también atenderá principios constitucionales, relaciones entre los tipos penales entre sí, y valoraciones sociales, siempre cambiantes.

Ahora bien, entre los estudiosos de la discrecionalidad existe cierto acuerdo en señalar que a ella se asocian diferentes cuestiones, que guardan relación entre sí, y que se pueden apreciar con claridad en esta tarea.

Así, por un lado, se la relacionará con la *prudencia* o con el buen juicio que debe acompañar una determinada decisión, en suma con una virtud. La misma se nos presenta clara en el caso de la determinación de la pena, ya que el juez en

la búsqueda de lo *justo concreto*, o en nuestro caso, de la *pena justa*, deberá deliberar bien para: elegir los medios que estime apropiados para cumplir los fines que demande el caso; para seleccionar las circunstancias fácticas o jurídicas que entiende ser presentadas allí; para otorgarles un determinado peso, para fijar el concreto *quantum* de pena; al elegir entre penas alternativas o también contemplar la posibilidad de que ella se cumpla en suspenso, etc. Todo ello demandará que el mismo resuelva con buen sentido el nudo de un asunto concreto y singular, aquí y ahora. Demandarán, en suma, un hombre prudente, un *phrónimos*.

Por otro lado, la discrecionalidad se nos presenta como una *elección* entre diferentes alternativas abiertas, pero posibles. Lo anterior en el entendimiento de que el derecho, no proporciona al operador razones para calificar de correcta a una de esas alternativas por sobre la restante. Merced a ello, se sostiene que se trata de una elección que supone cierto margen de autonomía o de libertad en el juzgador.

Ahora bien, esta nota de libertad o, en otros términos, de ausencia de razones jurídicas para seleccionar una respuesta definitiva, no debe llevar al equívoco de considerar que esa selección será arbitraria o irracional, pues siempre deberá basarse en *razones generales* que *justifiquen* la decisión adoptada⁶. Lo expuesto nos conduce al tópico de cómo se controla la discrecionalidad: la garantía de la motivación.

Si aceptamos que el juzgador cuenta con discrecionalidad al momento de mensurar la pena, ello tiene como evidente contrapartida la obligación de *motivar* las razones de esa concreción judicial, deber que cuenta con jerarquía constitucional (art. 18 CN y 155 C. Provincial). La misma se nos muestra indispensable en esta rama del derecho, pues no es posible enjuiciar (controlar) la corrección de la medida definitiva de la pena, su resultado final, ya que para hacerlo eficazmente se hace necesario reconstruir el *camino* que ha llevado a esa medida⁷.

La motivación es, precisamente, la que evita la *arbitrariedad*, ya que el mostrar a las partes cuál es el fundamento fáctico, jurídico y sobre todo *racional* de la decisión adoptada, posibilita la impugnación –también razonada– mediante los remedios procesales pertinentes. La motivación de la sentencia en la mensura de la sanción no es una exigencia de forma, sino un *imperativo de racionalidad de la sentencia*.⁸

⁶ ETCHEVERRY, Juan Bautista, *Causas y naturaleza de la discrecionalidad judicial en la interpretación y aplicación del derecho*, p.96 y ss.

⁷ MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *ob. cit.*, p.796.

⁸ CASTELLO NICÁS, Nuria, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos (art.*

Por último, pero en modo alguno menos importante que todo lo anterior, valioso resulta apuntar que, en materia de determinación de la pena rige un estándar de *motivación reforzada*. Lo expuesto se traduce en el hecho de que el juzgador, a quien se le reconocen facultades discrecionales en esta materia, debe observar una especial diligencia para satisfacer el deber de motivar. Ello obedece especialmente a la gravedad de la decisión para la dignidad de la persona humana, *ratio* de la aludida exigencia. Cabe señalar además que, la motivación de este acto y la satisfacción de este especial estándar, no pueden escapar al control de *su razonabilidad*⁹.

IV. Equidad

No es posible hablar de equidad sin hacerlo antes de la virtud de la prudencia, atento a la íntima vinculación que, como se verá, las mismas guardan.

Así, se dirá que la prudencia es una virtud -o más bien la reina de ellas, pues cumple una función que concilia a todas las demás- de tipo intelectual, pero volcada al ámbito práctico. Se trata, de una disposición que permite al juzgador elegir acertadamente, con criterio justo, lo que es bueno para el hombre¹⁰. La misma, será la responsable de discernir la aplicación de los principios generales a casos particulares de forma correcta, identificando los medios apropiados para cumplir con un fin determinado¹¹.

La equidad, por su parte, también será una virtud cuya función, de acuerdo al realismo jurídico clásico, será subsanar el error de la ley provocado por la in-

66.1 del Código Penal, Comares, Granada 2007, p. 19, quien resalta que bajo el nuevo paradigma con la motivación se pretende que el juez argumente a posteriori que la decisión previamente tomada está dentro de las posibilidades que le ley permite. En similar sentido DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *ob. cit.* p. 277. La motivación se ha erigido en un poderoso instrumento que *cuantitativamente* sirve como criterio efectivo de control de la discrecionalidad judicial. Este control permitirá también examinar el *alcance* (en más o en menos) de la discrecionalidad judicial, y en función de ello, advertir si su ejercicio deviene o no en arbitrario. Una decisión será arbitraria, no porque en línea de principio no hay razones a su favor, sino porque quien la ha tomado no tiene razones para justificarla. SEGURA ORTEGA, M., *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*, Madrid, 2006, citado por ALISTE SANTOS, Tomás Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2011, p. 160

⁹ SANCHEZ OSTIZ, Pablo, *Fundamentos de Política Criminal. Un retorno a los principios*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2012, p. 193.

¹⁰ GHIRARDI, Olsen. *Lecciones de lógica del derecho*. p. 167.

¹¹ LARIGUET, Guillermo, *Virtudes, ética profesional y derecho. Una introducción filosófica*, B de F, Montevideo, Buenos Aires, p.51.

dole de las cosas prácticas que, con su enorme variabilidad provoca que aparezcan cuestiones que quedan fuera de la formulación universal legal o que, proyectada la misma en un caso, la misma resulte injusta¹².

Si bien prudencia y equidad son nociones diferentes, se encuentran íntimamente relacionadas. Es que, la virtud de la equidad requerirá como presupuesto, que el juicio de la prudencia le indique el contenido exacto de la solución justa que corresponda aplicar al caso o, en otros términos: *el dictamen prudencial será el que marque el yerro de la norma general y las exigencias del bien común en la situación que requiere una solución equitativa*¹³. En pocas palabras, para que la equidad se realice demanda de la concurrencia de un *hombre prudente*.

Ahora bien, es un lugar común destacar el carácter *excepcional* del juicio de equidad, pues el mismo adquirirá actualidad sólo ante aquellas hipótesis en las cuales que, la deficiencia de la ley se resuelva en un positivo mandato de injusticia. Ante ello, la equidad subsanará el error de la ley, pero sin juzgar a la ley misma, juzga de un caso particular en que se ve claramente que la ley no ha de ser observada¹⁴.

A más de su carácter excepcional nos interesa destacar especialmente a nuestros fines que, la doctrina de la *equidad* cuenta con *límites* claros, pues entre el gobierno de la ley, y el de los ciudadanos, debe preferirse el primero. El mismo Aristóteles en su Retórica otorgará preeminencia a las leyes positivas por sobre la opinión de los jueces y lo hará por dos cuestiones, la primera, porque resulta difícil encontrar muchos hombres prudentes -nota esta de gran actualidad-, y en segundo

¹² Nos recordará Rodolfo Vigo que Aristóteles, para explicar la equidad apelaba a la metáfora de la regla de plomo que los arquitectos empleaban en la isla de Lesbos, pues ella permitía adaptarse a cada cuerpo. VIGO, Rodolfo, *Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias*, Educa p. 189. La razón de ser de la equidad responde a la propia característica de los actos humanos. Así, Tomás de Aquino dirá que, por ser los actos humanos, sobre quienes recaen las leyes, singulares y contingentes, a la vez que variables de infinitos modos, no es posible instituir una ley absolutamente universal. GHIRARDI, Olsen, *ob. cit.*, p. 179.

¹³ MASINI CORREAS, *Sobre el realismo jurídico*, Abeledo Perrot, p. 101. Para que la equidad se realice se requiere del hombre prudente [este] sabe que la norma legal es abstracta, es general, sabe que en el caso concreto y singular la ley se ve limitada por las circunstancias de modo, de tiempo y lugar; sabe que esa limitación afecta a las personas y a las cosas a ellas ligadas y a sus relaciones. De ahí que sea lógico y natural que sólo su buen criterio torne flexible la rigidez modular de la ley, para adecuarla al caso. Y cuando eso sucede ha llamado también en su auxilio a la equidad. GHIRARDI, Olsen, *ob. cit.* pp. 168 y 178.

¹⁴ GRANERIS, Giuseppe, *La filosofia del diritto nella sua storia e nei suoi problema*, p. 207; citado por MASSINI CORREAS, *ob. cit.* p. 106. Una concepción diferente puede apreciarse en Ferrajoli, quien destaca especialmente, como uno de los poderes específicos e insustituibles de la judicatura, al llamado *poder de connotación o de comprensión equitativa*. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta. p. 39 y ss.; y 155

término, porque las leyes se dictan por los que han deliberado durante mucho tiempo, mientras que los juicios se realizan rápidamente; el juicio del legislador refiere a lo futuro y universal, en tanto que el del juez es propio de lo inmediato, de lo presente y determinado, lo que con frecuencia va unido al amor o al odio.

Es decir, el estagirita ya advertía que la decisión equitativa puede encontrarse empañada por sentimientos, lo que pondría en entredicho su juicio, razón por la cual debe preferirse en la generalidad el texto de la ley, siempre desprovista de pasión: *la ley es, por consiguiente, razón sin apetito*.

V. Vázquez, César y otros s/recurso de casación. Registro número: 204/21 de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal

El tribunal oral federal n° 2 de Córdoba resolvió (11/12/2019) condenar a César Vázquez a la pena de cuatro años de prisión y multa (2000, pesos) la que se deberá verificar dentro de los diez (10) días hábiles de quedar firme la presente (arts. 5 inc. c de la ley 23737; 40, 41, 45 CP)

Al interponer recurso de casación en contra de la resolución aludida la defensa planteó, en cuanto a lo que aquí interesa que, la misma presentaba defectos de fundamentación en relación a la mensura practicada, pues había omitido ponderar determinadas circunstancias atenuantes, entre ellas, el tiempo transcurrido desde que tuviera lugar el hecho, la escasa cantidad de estupefacientes secuestrado, la falta de antecedentes del imputado, y sus condiciones personales favorables, a saber: formó pareja, trabajaba en blanco, admitió su responsabilidad en el hecho y compareció al proceso cada vez que fue solicitado. Asimismo, también estimaba desproporcionada y arbitraria la pena impuesta, por lo que petitionaba se impusiera una pena de tres años, pero de ejecución condicional.

El tribunal de casación (resolución n° 204/21, de fecha 4/3/2021) resolvió, por mayoría, hacer lugar parcialmente a lo petitionado y en consecuencia anular, la resolución en relación al monto de la pena de prisión impuesta y a su modalidad de cumplimiento. Nosotros nos detendremos en el voto del Dr. Guillermo Jacobucci, pues es este el que concita nuestra atención. Veamos.

Así, si bien el mencionado magistrado entendió justificado a la luz de las constancias de autos, que se impusiera el mínimo de la escala penal del delito en tratamiento (cuatro años), seguidamente puntualizó que:

...la hermenéutica jurídica contempla situaciones donde se verifica un conflicto entre el especial escenario del caso concreto y la rigidez impuesta por el carácter abstracto o la generalidad de los términos usados en el enunciado legal (...). En estos supuestos, se recurre a la interpretación fundada en motivos de equidad -epikeya- que incluye lo relativo a las cuantificaciones, números o medidas. De este modo, frente a casos excepcionales, con su aplicación se logra la adecuación de lo resuelto con la justicia del caso concreto, sin desconocer la constitucionalidad de la previsión abstracta y respetando incluso la finalidad normativa. Esto incluye, por cierto, y de modo particular, la naturaleza, cuantificación y modo de cumplimiento de las sanciones y demás consecuencias jurídicas derivadas del injusto penal comprobado... (...) ¹⁵.

Seguidamente sostuvo que

...la interpretación en equidad resulta procedente cuando se verifica que la literalidad del texto, por su naturaleza general, aplicada al caso concreto, produce un resultado injusto o irrazonable que obsta a su progreso. No se trata de que la norma en sí misma sea injusta o irrazonable, o que las circunstancias del proceso no se correspondan con sus previsiones, sino que su improcedencia en términos materiales acontece en la instancia operativa. En ese nivel se determina que la excepcionalidad del caso provoca, que la generalidad de la escala punitiva, colisiones con los propios objetivos buscados por el legislador de cara a la situación particular...

Sentado lo anterior, el aludido tribunal señaló que, si bien la culpabilidad por el hecho aporta el fundamento de merecimiento y retribución por el injusto culpable, la misma puede reorientarse a fines y funciones que la trascienden al

¹⁵ Destacó, asimismo, que similar temperamento había observado la Corte Suprema de Justicia de La Nación, la que indicó que *razones de equidad y justicia aconsejan al juez tomar en cuenta aspectos de la privación de la libertad que va más allá de los límites del enunciado literal* (Fallos 332:297), *apartándose del rigor del derecho para reparar sus efectos* (Fallos 315:2984 y 1043, 320:1824). *En consecuencia, ha entendido, por ejemplo, con relación al concepto de libertad vigilada que debía por razones de equidad y justicia ampliar su aplicación a casos no contemplados en los estrictos términos del enunciado legal.*

momento de disponerse la aplicación efectiva de las sanciones, en donde cobran un peso decisivo aspectos de prevención especial y de necesidad de pena, ello en la medida -resaltó el tribunal- que no expresen impunidad ni pongan en crisis criterios de reafirmación normativa.

Fijado ese marco destacó que, *en este caso* se observaba como un indicador relevante el *paso del tiempo* entre el hecho comprobado, la concreción del juicio y, finalmente, la pena impuesta al imputado. En efecto, señaló que las finalidades retributivas, preventivo general y especiales se encontraban en conflicto frente al sujeto alcanzado por la pena ya que habían transcurrido *seis años* desde el ilícito, y en ese lapso de tiempo, conforme surgía de autos, Vázquez había reconstruido su existencia personal en libertad, manteniendo la fidelidad al derecho y mostrando marcadores de integración social y laboral positivos.

Luego de cuidarse de señalar que la condena y la pena impuesta por el tribunal oral habían reafirmado el orden jurídico, debía desecharse la posibilidad de que ella fuera de cumplimiento efectivo, toda vez que resultaría probablemente contraria a los objetivos de reinserción social -satisfechos los preventivo generales positivos y retributivos- que el imputado Vázquez -quien reconoció el hecho, después de haber transcurrido largos años en libertad, integrado en sociedad-, se vea extraído de esa situación para cumplir una pena que ha dejado de mostrarse como enteramente necesaria en su ejecución.

En vista de ello, y acudiendo a la herramienta hermenéutica apuntada (interpretación en equidad) estimó que debía corregirse el monto mínimo de la pena en abstracto, de modo tal que habilitara el cumplimiento de la misma en suspenso y de acuerdo a las reglas de comportamiento que se estimen apropiadas para el caso (art. 26 y 27 bis CP). Concluyó apuntando que la conclusión a la que se arribara satisfacía los criterios retributivos y preventivo generales del injusto culpable, demostrando al mismo tiempo que se aseguran funciones preventivo especiales congruentes con la proporcionalidad que impiden una pena cuya falta de necesidad la haría contraria a los valores constitucionales.

VI. La proporcionalidad: instrumento que complementa el recurso a la virtud judicial de la equidad

Podrá discreparse con la resolución adoptada, pero no podrá sostenerse seriamente que se trata de una decisión arbitraria o, que el juzgador resolvió en función de meros sentimientos, como oportunamente se lo advirtiera. Es que, el tribunal recurrió a la noción de proporcionalidad de raigambre constitucional (art. 1° CN) para conciliar el recurso a la noción clásica de la *equidad* con las especiales exigencias de justificación que rigen en la materia.

Destaco, la importancia de ese empleo, pues resulta una clara expresión de la vinculación de la judicatura con los fines de un derecho penal que no se encuentra aislado, sino inmerso en un estado social y democrático de derecho

Se trata, tal y como se lo puede adelantar, de una herramienta *dúctil* para el operador pues a su luz se posibilita, como las dos caras de una misma moneda, tanto justificar la medida (i), como controlarla (ii). En lo que sigue, algunas consideraciones en atención a estos puntos.

i. Motivación

Advertida la particular intensidad que la intervención estatal le significaba al individuo en la esfera de su libertad, el tribunal de casación recurrió a la *estructura argumentativa del principio de proporcionalidad* para evaluar la necesidad de la medida.

Así entonces sostuvo que, desde el punto de vista preventivo especial o, si se prefiere de *necesidad de pena*, aplicar de forma *efectiva* la misma se mostraba como inconveniente, pues atento a las especiales particularidades del caso, existía un medio menos lesivo e igualmente apto para alcanzar la misma finalidad: la condena de ejecución condicional cuyo mínimo -remarco- sorteaba con la noción de *interpretación en equidad*.

Si bien el recurso a la noción de equidad *explica* cuanto el juzgador procurará realizar, resulta claro que su solo empleo no satisface la garantía de motivación. Es que ella, se ubica en el llamado *contexto de descubrimiento* de la decisión judicial, es decir, aquel que le explica o le anticipa al auditorio -de acuerdo a las nociones que le son inherentes y que hemos visto- lo que el juzgador hará, pero sin justificar la misma.

Para lograr ese propósito, recurre a la noción de proporcionalidad, pero entendida esta como *metarregla*, es decir, a aquella idea de la proporcionalidad cuya función no será resolver problemas entre principios, sino más bien aportar elementos para la decisión que, finalmente, los resuelva. A través de ella se nos proporcionan criterios de decisión ponderada entre principios, ya sea por compensación o por *preponderancia*¹⁶. En el caso en tratamiento ello se nos muestra con toda evidencia, pues se le otorga esta última a uno de los principios de política criminal involucrados en el caso: *el respeto a la dignidad de la persona humana*, el que en caso de existir un conflicto con los de seguridad y legalidad contará con una prioridad condicionada, pero sin excluirlos, nota esta en la que tribunal se mostró cuidadoso en destacar.

ii. Control

Lo expuesto, no debe ser interpretado como una simple permisión para recurrir sin más a la herramienta de la equidad, pues de banalizarse su empleo perderá su carácter excepcional y dará cabida a la arbitrariedad. Atendiendo a ello, aún resta efectuar algunas consideraciones en sede de control.

En efecto, la misma proporcionalidad puede erigirse en una herramienta válida para controlar -ya sea que esa tarea la lleve adelante un tribunal de recurso, una de las partes, o la misma sociedad- que el recurso a la *equidad* se reserve para casos en los que verdaderamente pueda predicarse la nota de la excepcionalidad. Su esquema argumentativo permitirá *calibrar* o *ajustar* para quien efectúa el control las demandas de justificación que el tribunal del caso deberá satisfacer atendiendo, precisamente, a la intensidad o a la permisión, con la que se intervenga la esfera individual de libertad.

Así, se demandará una mayor justificación -y por ende una mayor saturación en la misma- en caso de intervenciones o permisiones fuertes y menor en el supuesto contrario, siempre respetando, aún en estos últimos casos, los espe-

¹⁶ SANCHEZ OSTIZ, Pablo, *Sobre la proporcionalidad y el principio de proporcionalidad en derecho penal*, El principio de proporcionalidad penal. LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio, RUSCONI, Maximiliano (directores), 2014, Ad Hoc, p. 534. Este autor también nos dirá que, en la adopción de decisiones (en el marco de un modelo de argumentación político criminal que pretenda proteger la sociedad con medios legales y dejando a salvo, en la medida en que no sea necesario la dignidad de las personas) debe darse entrada a dos principios para evitar propuestas inaceptables por extremas, en cuanto tomadas con arreglo a un solo principio. p. 522

ciales estándares que rigen en la materia, lo que obsta a que se recurra al expediente de las motivaciones implícitas.

Se trata de una obligación que recaerá sobre el tribunal que llevará adelante esta tarea, pues es este quien intervendrá, o no, el derecho fundamental del caso. Así, en casos como el presente el tribunal de casación podrá demandar que el de instancia *explícite*: 1) los fines que persigue con su intervención; 2) las razones por las cuales la medida adoptada constituye un medio idóneo para contribuir a la realización de dichos fines; 3) si fueron tenidas en consideración otras alternativas y razones que sustentan la elección; y 4) los argumentos de proporcionalidad entre beneficios y sacrificios ocasionados por la intervención.

Decíamos que se deberá *explicitar* todos o algunos de los puntos anotados -atendiendo a la intervención-, pues el recurso a atajos o entimemas no sólo se encuentra limitado por todo lo ya expuesto lo expuesto (en especial por el deber de motivación reforzado), sino también porque ello tenderá a fortalecer una verdadera *cultura de la motivación*, que satisfará fundamentalmente los fines de la garantía en cuestión (tanto endoprocerales como extraprocerales)¹⁷.

Esta forma de controlar la determinación de la pena puede *alentarse*, pues se lleva adelante bajo un prisma predominante constitucional: *la razonabilidad de la intervención, a la luz de la proporcionalidad*. Ella puede *complementar* los estándares de control actuales, ya sea diseñados por la práctica jurisprudencial (vinculados, principalmente, con la violación de garantías constitucionales) o por la misma doctrina (los que reposan o hacen depender su extensión con la vinculación que esta rama del derecho penal guarda con la teoría del delito, por ejemplo), y erigirse, por su indudable amplitud¹⁸ en el primer eslabón de un análisis de tipo escalonado que permitirá, *prima facie*, advertir qué tipo de justificación se demandará atendiendo a la intensidad o permisión del derecho intervenido. Se ganará en el control, pues la jurisdicción ya no se limitará a eliminar exabruptos.

¹⁷ La estructura argumentativa del principio de proporcionalidad como modelo de control es empleado por LOPERA MESA, Gloria Patricia, en *Principio de proporcionalidad y control de constitucionalidad de las leyes penales*.

¹⁸ Se trata de modelo amplio de control pues permite abarcar un extenso abanico de casos (piénsese en penas alternativas; de ejecución condicional; como también supuestos corrientes, en sus mínimos y máximos).

VII. Conclusión

Recurrir a la noción de equidad no debe hacer pensar que se lo hace a un recurso mágico, supersticioso o religioso, ni mucho menos a un intento de desterrar a la ley del lugar que le resulta propio. Por el contrario, con su empleo se procura que ella, efectivamente, cumpla su función en la *ordenación racional al bien común*, lo que se encuentra en sintonía con la finalidad esencial del derecho: asegurar cierta justicia en una sociedad que procura el bien común.¹⁹

Si bien lo anterior resulta ciertamente así, lo cierto es que ello no es suficiente para sostener que la resolución no es arbitraria. Es que, para estimar como razonable a las diferentes elecciones (ya sean fácticas o jurídicas) que realice el juzgador deberá *completarla con argumentación*²⁰, pues sólo así satisfará la garantía de motivación que hemos visto. Una buena manera de hacerlo, será recurrir al expediente de la proporcionalidad, entendida esta como metarregla, pues además de efectuar aportes en sede de justificación, también lo hará en sede de control, cuyo alcance hemos ensayado.

¹⁹ LARIGUET, Guillermo, *ob. cit.*, p. 53. En sintonía con ello Finnis sostendrá que, *la exigencia de justicia, un conjunto de exigencias de la razonabilidad práctica que existen porque la persona humana debe buscar realizar y respetar los bienes humanos no simplemente en sí misma y en su propio beneficio sino también en común en comunidad*. FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Abeledo Perrot, 2000, p. 191.

²⁰ Se trata de un punto que ya fuera advertido por el mismo Aristóteles al resaltar las relaciones entre la equidad y la retórica. GHIRARDI, Olsen, *ob. cit.*, p. 180.



LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA POLÍTICA DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL

THE INSTITUTIONALIZATION OF CITIZEN PARTICIPATION IN SPATIAL PLANNING POLICY

Leonor Selena Gimelfarb*

Resumen: En América Latina, se observa una incipiente institucionalización de la participación ciudadana, entendida como inclusión de las personas en la toma de decisión de carácter público. El presente trabajo compara la experiencia de Ecuador y México con la institucionalización de la participación ciudadana en la política de ordenamiento territorial. La experiencia parece indicar que, además de la vigencia de una normativa apropiada, la efectiva implementación de la participación ciudadana requiere un contexto político favorable, procedimientos flexibles y programas que fomenten la acción ciudadana participativa.

Palabras clave: Institucionalización de la participación ciudadana. Ley de ordenamiento territorial. Eficacia de las normas jurídicas. América Latina.

Abstract: In Latin America, there is an incipient institutionalization of citizen participation, understood as the inclusion of people in public decision-making. This paper compares the experience of Ecuador and Mexico with the institutionalization of citizen participation in spatial planning policy. Experience seems to indicate that, in addition to the existence of appropriate regulations, the effective implementation of citizen participation requires a favorable political context, flexible procedures, and programs that encourage participatory citizen action.

Keywords: Institutionalization of citizen participation. Spatial Planning Act. Efficacy of legal norms. Latin America.

* *Doctora en Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible por la Universidad Nacional de Cuyo. Docente-investigadora en el Departamento de Ciencias Sociales, Jurídicas y Económicas de la Universidad Nacional de Chilecito. Correo: lgimelfarb@undec.edu.ar*

I. Introducción

La participación ciudadana puede entenderse a la vez como un derecho humano y como un mecanismo para el ejercicio de otros derechos humanos¹. Es considerada un principio rector del desarrollo sostenible desde la Declaración de Río de 1992², que señala que la mejor manera de abordar las cuestiones ambientales es con la participación de la ciudadanía y que las personas deben poder participar en los procesos de adopción de decisiones (Principio 10)³. Entendemos por participación ciudadana “los esfuerzos dirigidos a incluir a las personas en la toma de decisiones de carácter público”⁴. Como tal, es un instrumento que tiene por vocación complementar la democracia representativa⁵, mediante la incorporación de otros mecanismos de democracia⁶. Se trata de un proceso inacabado, condicionado por las circunstancias políticas, económicas y sociales de cada época⁷.

En América Latina, la participación ciudadana surge en los años ochenta en el contexto de las transiciones democráticas⁸. Goza de protección dentro del sistema interamericano de derechos humanos, que la trata como un derecho político que debe tener oportunidades reales de ser ejercido⁹. Su importancia

¹ Gamboa Vargas, Sabina. L., García Erazo, Erika. C., y Villacrés Salas, María Paula, “La participación ciudadana como mecanismo para el ejercicio de Derechos Humanos”, en *Universidad y Sociedad*, vol. 15, N° 1, 2023, p. 476. <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/3562>

² Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, sancionada en la Conferencia homónima de Naciones Unidas, celebrada en la Ciudad de Río de Janeiro en 1992.

³ La Declaración de Río (1992) establece tres derechos de acceso: a la información pública, a la participación ciudadana y a la justicia. El acceso a la información pública constituye un prerrequisito para una efectiva participación ciudadana y, en tal sentido, son inseparables. Así todo, son instrumentos distintos. El presente trabajo se centra en la participación ciudadana en sí y deja de lado el derecho de acceso a la información pública.

⁴ Salas Subía, Marco A. “Percepción de la participación ciudadana en los gobiernos autónomos parroquiales rurales: Otavalo-Ecuador”, en *Revista de ciencias sociales*, vol. 26, N° 2, 2020, pág. 163-179. <http://agora.edu.es/servlet/articulo?codigo=7500750>

⁵ Torres Dávila, Víctor H., “Ascenso y desgaste de la participación ciudadana en Ecuador”, en *Mundos Plurales - Revista Latinoamericana de Políticas y Acción Pública*, vol. 6, N° 2, 2020, pág. 111-37. <https://doi.org/10.17141/mundosplurales.2.2019.4215>

⁶ Carrera Calderón, Frankz A., “La Participación Ciudadana y el Control Social en Ecuador”, en *Revista UNIANDES Episteme*, vol. 2, N° 1 (enero-marzo), 2015, págs. 47-65. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6756387>

⁷ Carrera Calderón, Frankz A., “La Participación Ciudadana y el Control Social en Ecuador”.

⁸ Vargas Guerrero, Mónica C. y Vázquez, David S., “Evaluación del nivel de cumplimiento de Participación Ciudadana en la gestión del Gobierno Autónomo Descentralizado Parroquial de El Valle 2014-2019”, en *MQR Investigar*, vol. 6, N° 3, 2022, pág. 1887-1910. <https://doi.org/10.56048/MQR20225.6.3.2022.1887-1910>

⁹ Gamboa Vargas, Sabina. L., García Erazo, Erika. C., y Villacrés Salas, María Paula, “La participa-

se ve reafirmada en 2018 con la firma del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú)¹⁰. Se reconoce como un derecho que incluye la posibilidad de incidir en la elaboración de políticas, planes, programas y normas ambientales. A la fecha, de los 33 países que conforman la región latinoamericana y caribeña, quince han ratificado el Acuerdo, entre ellos, Argentina (2021), Chile (2022), Ecuador (2020), México (2021) y Uruguay (2019)¹¹.

A nivel normativo, en el ámbito nacional, se observa en la región una incipiente institucionalización de la participación ciudadana en normas constitucionales y legales que rigen la participación ciudadana en general¹², así como en materia ambiental¹³.

El ordenamiento territorial, por su parte, emerge como un instrumento para el desarrollo territorial sostenible¹⁴: una herramienta de planificación para lograr

ción ciudadana como mecanismo para el ejercicio de Derechos Humanos”.

¹⁰ Adoptado en Escazú, Costa Rica, el 4 de marzo de 2018, vigente desde el 22 de abril de 2021. El Acuerdo de Escazú tiene como objetivo garantizar la implementación plena y efectiva de los derechos de acceso a la información ambiental, a la participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú, art. 1).

¹¹ El listado completo de firmas y adhesiones está disponible en <https://observatoriop10.cepal.org/es/tratados/acuerdo-regional-acceso-la-informacion-la-participacion-publica-acceso-la-justicia-asuntos>

¹² Por ejemplo, en Chile, la Ley de Participación Ciudadana en la Gestión Pública (Decreto con Fuerza de Ley 1-19653); en Ecuador, la Constitución de 2008 (art. 95, 100 y 207), la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social de 2009 y la Ley Orgánica de Participación Ciudadana de 2010; en México, la Constitución de 1917 (art. 2º, inc. B I; 26 A, segundo y tercer párr.; y 115, inc. II); en Uruguay, la Ley Nº 18.567 Descentralización Política y Participación Ciudadana de 2009.

¹³ Por ejemplo, en Chile, las Bases Generales del Medio Ambiente (Ley 19.300 de 1994, art. 7 bis, primer párrafo); en Colombia, la Ley de Ambiente (Ley 99 de 1993, art. 1, inc. 12 y 2, segundo párrafo); en México, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente de 1988 (art. 1, inc. VII; 5, inc. XVI; y 7, inc. XV); en Uruguay, la Ley 17.283 de 2000 de Protección del Medio Ambiente.

¹⁴ Sobre este tema: Ferrandis Martínez, Adrián y Noguera Tur, Joan, “Planeamiento territorial sostenible: un reto para el futuro de nuestras sociedades; criterios aplicados”, en *Cadernos Metrópole*, vol. 18, Nº 37, 2016, p. 744. <http://dx.doi.org/10.1590/2236-9996.2016-3706>. Gudiño, María Elina, “El Ordenamiento Territorial como política de Estado”, en *Perspectiva Geográfica*, vol. 20, Nº 1, 2016, pág. 11-36, <https://doi.org/10.19053/01233769.4491>. Massiris Cabeza Ángel, *Gestión territorial y desarrollo: hacia una política de desarrollo territorial sostenible en América Latina*, Grupo Imprenta y Publicaciones Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC), Tunja, Boyacá, Colombia, 2012. Villamil Castillo, H. A., “Gestión del ordenamiento territorial sostenible en Latinoamérica: Una revisión sistemática de literatura”, en *Revista Venezolana de Gerencia*, vol. 27, Nº 98, 2022, pág. 417-434. <https://scholar.archive.org/work/ualmogw65crdavjkd3y7t2jai/access/wayback/https://www.produccioncientificaluz.org/index.php/rvg/article/download/37825/41656>

los objetivos de desarrollo sostenible¹⁵. Ordenar el territorio posibilita un desarrollo territorial espacialmente ordenado y ambientalmente sostenible, a la vez que permite fomentar la gobernabilidad democrática¹⁶.

Para que el ordenamiento territorial produzca los resultados esperados, se requieren metodologías de trabajo que fomenten la participación social, la concertación entre actores e intereses distintos, y soluciones consensuadas¹⁷. La participación ciudadana¹⁸ y la concertación de los intereses contrapuestos constituyen principios y objetivos del ordenamiento territorial, que deberían alimentar todo el proceso¹⁹. La participación es fundamental en la identificación de los problemas del territorio (diagnóstico territorial) y la formulación del proyecto territorial, y resulta importante también en la elaboración de los planes y en el seguimiento de su implementación. Se requiere desarrollar estrategias de participación eficaz²⁰.

Los países que cuentan con marcos regulatorios del ordenamiento territorial a nivel nacional han incorporado en ellos normas sobre participación ciudadana. Tal es el caso de Chile²¹, Colombia²², Ecuador²³, México²⁴ y Uruguay²⁵. En la

¹⁵ Ayala Arcipreste, María Esther. E. y Márquez, Ricardo I., "Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible", en *Proyección. Estudios Geográficos y de Ordenamiento Territorial*, vol. 16, N° 31, 2022, pág. 1-8. <https://revistas.uncu.edu.ar/ojs/index.php/proyeccion/article/view/6037/4893>

¹⁶ Massiris Cabeza Ángel, *Gestión territorial y desarrollo: hacia una política de desarrollo territorial sostenible en América Latina*.

¹⁷ Sobre este tema: Gudiño, María Elina, "Instrumentos para la gestión del territorio. Ley de Ordenamiento Territorial y sistemas de información geográfica", ponencia presentada en las *Jornadas Regionales de Información Geográfica y Ordenamiento Territorial*, Ministerio Secretaría General de la Gobernación, Proyecto SIT Santa Cruz, B. G. Díaz y P. Calviño (Compiladores), 2009, pág. 22-47. Psathakis, Jimena y otros, *Una aproximación al Ordenamiento Ambiental del Territorio como herramienta para la prevención y transformación democrática de conflictos socio-ambientales - Volumen I*, Fundación Cambio Democrático y Fundación Ambiente y Recursos Naturales, Buenos Aires, 2010, pág. 38. <http://45.79.210.6/wp-content/uploads/2017/04/EL-ORDENAMIENTO-AMBIENTAL-DEL-TERRITORIO.pdf>. Vargas, Jorge. E., *Políticas públicas para la reducción de la vulnerabilidad frente a los desastres naturales y socio-naturales*, CEPAL/United Nations Publications, Santiago de Chile, 2002. http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5749/1/S2002612_es.pdf

¹⁸ Entendemos a la participación ciudadana como posibilidad de incidir en la elaboración de políticas, es decir, participación en la gestión de las políticas públicas. Distinta es la participación a nivel político -participación en comicios y mecanismos de democracia directa-, que no es objeto del presente trabajo.

¹⁹ Gómez Orea Domingo y Gómez Villarino Alejandro, *Ordenación del territorio*, 3ª ed., Ediciones Mundi-Prensa, Madrid, 2013.

²⁰ Rodríguez, Seeger, Claudia. y Reyes Päckle, Sonia, "Propuesta metodológica para la elaboración de un plan de ordenamiento territorial sustentable", en *Proyección. Estudios Geográficos y de Ordenamiento Territorial*, vol. 1, N° 4, 2008. https://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/3240/seeger-proyeccion4.pdf

²¹ Ley General de Urbanismo y Construcciones de Chile (Decreto con Fuerza de Ley 458 de 1975).

²² Ordenamiento del Territorio del Municipio (Ley 388 de 1997).

misma línea, el Acuerdo de Escazú insta a los Estados parte a promover la participación del público en los procesos de toma de decisiones vinculadas al ordenamiento territorial al considerarlo una cuestión ambientalmente relevante (Acuerdo de Escazú, art. 7, inc. 3).

II. La institucionalización de la participación ciudadana en Argentina

En Argentina, la participación ciudadana se institucionalizó mediante la Ley General del Ambiente (Ley 25.675 de 2002) y el Reglamento General de Audiencias Públicas para el Poder Ejecutivo Nacional (Anexo I del Decreto 1172 de 2003). Este Reglamento tiene la virtud de establecer un procedimiento claro, pero su utilización es limitada: la realización de la audiencia pública depende de la decisión de un organismo convocante o de la presentación de una solicitud particular. Además, se aplica únicamente a nivel nacional. En el ámbito subnacional (provincial), cada jurisdicción sanciona su propia normativa.

Ley General del Ambiente, por su parte, establece a la participación ciudadana como un instrumento de la política ambiental nacional (Ley 25.675 de 2002, art. 19 al 21). Está prevista, en particular, en la elaboración de los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio y en la evaluación de los resultados alcanzados (Ley 25.675 de 2002, art. 21), aunque sin que se definan los mecanismos a utilizar²⁶. Ambos instrumentos -el ordenamiento ambiental del territorio y la participación ciudadana- son presupuestos mínimos de protección ambiental²⁷. Como tales, tienen aplicación en todo el territorio nacional y deberían ser desarrollados mediante leyes sectoriales de presupuestos mínimos (de ordenamiento ambiental del territorio y de participación ciudadana, respectivamente)²⁸. Tampoco existe una ley de ordenamiento territorial (en adelante,

²³ Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización de 2010 y Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo de 2016.

²⁴ Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano de 2016.

²⁵ Ley 18.308 de 2008 de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible, actualizada en su 7ª edición.

²⁶ La participación ciudadana recibe otras dos breves menciones: en el Ordenamiento Territorial de Bosques Nativos (Ley 26.331 de 2007) y en una ley referida a la gestión de una cuenca hídrica (Ley 26.168 de 2006, Cuenca Matanza Riachuelo).

²⁷ "Se entiende por presupuesto mínimo, establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional, a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional (...)" (Ley 25.675, 2002, art. 6 *in limine*).

²⁸ Esain, José A., *Las competencias ambientales: el sistema federal ambiental, fuentes, distribución y*

LOT) a nivel nacional²⁹, aunque algunas provincias han sancionado leyes en esta materia³⁰.

Este vacío normativo no fomenta una adecuada implementación de estos instrumentos: se observa a simple vista que el uso y la ocupación de gran parte del territorio argentino no responden a una planificación participativa, basada en un diagnóstico integral y orientada al interés colectivo, sino más bien a diversos intereses particulares³¹. El escaso desarrollo normativo de la participación ciudadana y del ordenamiento territorial da cuenta de la baja prioridad que tienen ambos temas para los legisladores. Y también de los fuertes intereses que se oponen a su regulación.

En este contexto, la experiencia de países de la región que cuentan con un marco regulatorio para la participación ciudadana en el ordenamiento territorial puede proveer aportes valiosos al proceso legislativo en curso en Argentina.

Nos propusimos estudiar comparativamente la experiencia de países en los que se ha sancionado una LOT en años recientes. Partimos del supuesto que tal ley incorpora normas sobre participación ciudadana y que su aplicación fomenta una efectiva participación. Seleccionamos países que sancionaron su LOT en la misma época: Ecuador (Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo de 2016³², en adelante, LOOTUGS) y México (Ley General de

alcances de las funciones administrativas legislativas y jurisdiccionales, presupuestos mínimos de protección, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 179.

²⁹ Diversos proyectos de ley de ordenamiento territorial, con distintos enfoques y alcances, fueron presentados en el Congreso de la Nación, pero ninguno prosperó. Gimelfarb, Leonor, "Eficacia de dos proyectos de ley de ordenamiento territorial: ¿Propiciarían un desarrollo sostenible?", en *Revista de Derecho Ambiental*, N° 62, 2020, pág. 131-146. En el ámbito del Consejo Federal de Planificación y Ordenamiento Territorial, se viene trabajando desde el año 2009 en un anteproyecto, cuya versión 2019 está disponible en la página web del gobierno nacional: https://www.argentina.gov.ar/sites/default/files/anteproyecto_de_ley_nacional_documento_de_trabajo_2019.pdf

³⁰ Cinco provincias cuentan con una LOT: Buenos Aires (Decreto-Ley 8912 de 1977), Mendoza (Ley 8051 de 2009), Jujuy (Ley 6099 de 2018); La Rioja (Ley 10.393 de 2022) y Chaco (Ley 3.677 de 2022). En otras trece provincias hay proyectos en proceso de elaboración (ver Ministerio de Desarrollo Territorial y Hábitat. *Legislación en Desarrollo Territorial*. 2023 <https://www.argentina.gov.ar/habitat/desarrollo-territorial/programa-planificacion-y-ordenamiento-territorial/legislacion-en>). El gobierno nacional ha publicado lineamientos y sugerencias metodológicas para la elaboración de la normativa provincial de ordenamiento territorial. Este documento está disponible en https://www.argentina.gov.ar/sites/default/files/comparativa_de_leyes_de_ordenamiento_territorial_provinciales.pdf.

³¹ Un sistema territorial -en cuanto interacción entre las actividades antrópicas y el medio físico-natural- no planificado responde a intereses particulares en lugar del interés común y se generan conflictos entre actores, actividades, sectores e instituciones. Gómez Orea Domingo y Gómez Villarino Alejandro, *Ordenación del territorio*.

³² Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo, en *Registro Oficial de la República del Ecuador*, N° 790, Suplemento, de 05-07-2016. <https://www.asambleanacional.gob.ec/es/>

tancia de la participación ciudadana para el Estado Ecuatoriano se aprecia en la creación de la Función de Transparencia y Control Social, que se suma a las Funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial y Electoral³⁸. Así, las disposiciones específicas sobre participación ciudadana en el ordenamiento territorial contenidas en la LOOTUGS forman parte de un ecosistema de normas referidas a la participación ciudadana: disposiciones constitucionales, leyes que se sancionaron en consecuencia de las disposiciones constitucionales y leyes que contienen normas de ordenamiento territorial.

La **Constitución de la República del Ecuador de 2008** (CRE)³⁹ otorga un lugar preponderante a la participación ciudadana⁴⁰, tanto individual como colectiva, “en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos” (CRE, 2008, art. 95, primer párrafo). En todos los niveles de gobierno deben conformarse instancias de participación social para, entre otros, formular planes y políticas nacionales, locales y sectoriales (CRE, art. 100, primer párrafo, inc. 1). Esta participación se ejerce por medio de diversos mecanismos: “audiencias

³⁸ La Función de Transparencia y Control Social tiene como objetivos: a) promover e impulsar el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad, b) fomentará e incentivará la participación ciudadana; protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción (art. 204 de la Constitución Ecuatoriana). Estos objetivos son cumplidos por las entidades que componen esta función, entre otras el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCyCS). Carrera Calderón, Frankz A., “La Participación Ciudadana y el Control Social en Ecuador”, pág. 54 s.

³⁹ Constitución de la República del Ecuador. Decreto Legislativo 0. Registro Oficial de la República del Ecuador, N° 449, Quito, Ecuador, 20 de octubre de 2008. <https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial-web/publicaciones/registro-oficial/item/4864-registro-oficial-no-449>

⁴⁰ La CRE establece que la soberanía popular se ejerce tanto a través de los órganos del poder público, como de diversas formas de participación directa (CRE, art. 1, segundo párrafo); reconoce derechos de participación, entre otros, participar en los asuntos de interés público y ser consultado (CRE, art. 61, inc. 2 y 4); y prescribe que se debe garantizar la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades en la gestión de las políticas públicas (CRE, art. 85, segundo párrafo). La participación ciudadana es un derecho que se ejerce por medio de mecanismos de democracia representativa, directa y comunitaria (CRE, art. 95, segundo párrafo). La CRE reconoce al pueblo como “mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación”, siendo atribución de la Función de Transparencia y Control Social incentivar la participación ciudadana (CRE, 2008, art. 204).

⁴¹ Carrera Calderón señala que el desarrollo de la participación ciudadana en Ecuador no se inició con la Constitución del 2008, aunque sus autores buscaron establecer un marco normativo cuyo eje transversal fueran los derechos de participación y control social. Este desarrollo se remonta a los años noventa del siglo XX, momento en el que se inicia un proceso de cambio con protagonismo de los movimientos indígenas, y se empieza a institucionalizar a partir de la Constitución de 1998. Carrera Calderón, Frankz A. “La Participación Ciudadana y el Control Social en Ecuador”.

públicas, veedurías, asambleas, cabildos populares, consejos consultivos, observatorios y las demás instancias que promueva la ciudadanía” (CRE, 2008, art. 100, segundo párrafo). Se crea el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social⁴², organismo integrado por representantes de organizaciones sociales y de la ciudadanía para fomentar el ejercicio de los derechos de participación (CRE de 2008, art. 207). La LOCPCyCS tiene por objeto normar la organización, funcionamiento y atribuciones del Consejo (LOCPCyCS, art. 1), que tiene entre sus atribuciones fomentar debates públicos en torno a temas de interés ciudadano (LOCPCyCS, art. 6, inc. 3).

La **Ley Orgánica de Participación Ciudadana de 2010** (LOPC)⁴³ tiene por objeto promover y garantizar el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de participación en la toma de decisiones, fomentar formas de gestión pública participativa, así como establecer instancias de deliberación pública entre el Estado y la sociedad, para el seguimiento de las políticas públicas (LOPC, 2010, art. 1). Además de promover las organizaciones sociales, esta ley regula la participación ciudadana en las funciones del Estado y en los distintos niveles del gobierno, regula los presupuestos participativos y define mecanismos de participación ciudadana.

El **Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización de 2010** (COOTAD)⁴⁴ establece la organización político-administrativa del Estado en el territorio, con diferentes niveles de gobiernos autónomos descentralizados y sus respectivas competencias (COOTAD de 2010, art. 1). Contiene numerosas referencias al ordenamiento territorial. Con relación a la participación ciudadana, establece que los planes de desarrollo y de ordenamiento territorial en todos los niveles (regional, provincial, cantonal, parroquial rural y metropolitano) deben formularse y su ejecución evaluarse con instancias de participación (COOTAD de 2010, art. 34, inc. j; 37, inc. f; 47, inc. d; 50, inc. f; 57, inc. e; 60, inc. f; 67, inc. b; 70, inc. e; 87, inc. e; 90, inc. f). Los gobiernos

⁴² Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, *Registro Oficial de la República del Ecuador Suplemento*, 22 de septiembre de 2009, <http://www.cpcscs.gob.ec/wp-content/uploads/2016/12/Ley-Org-CPCCS.pdf>.

⁴³ Ley Orgánica de Participación Ciudadana, *Registro Oficial Suplemento* 175 de 20-abr.-2010, https://www.gob.ec/sites/default/files/regulations/2018-09/Documento_Ley-Org%C3%A1nica-Participaci%C3%B3n-Ciudadana.pdf

⁴⁴ Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, *Registro Oficial de la República del Ecuador*, Suplemento al N° 303, Quito, Ecuador, 19 de octubre de 2010, <https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial-web/publicaciones/suplementos/item/4082-suplemento-al-registro-oficial-no-303>.

autónomos descentralizados deben planificar su desarrollo con la participación de la ciudadanía; para la formulación de los planes de desarrollo y de ordenamiento territorial deben aplicar los mecanismos participativos establecidos en la Constitución, la ley y el mismo Código (COOTAD, art. 295). Sus consejos de planificación participativa deben participar en la formulación, el seguimiento y la evaluación de los planes (COOTAD, art. 300). Los gobiernos autónomos descentralizados deben conformar un sistema de participación ciudadana para participar en la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de los planes de desarrollo y de ordenamiento territorial; y en la definición de propuestas de inversión pública (COOTAD, art. 304, inc. b).

El **Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas de 2010** (COPFP)⁴⁵ tiene por objeto “organizar, normar y vincular el Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa con el Sistema Nacional de Finanzas Públicas” (COPFP, 2010, art. 1). “Fomentar la participación ciudadana y el control social en la formulación de la política pública” (COPFP, 2010, art. 2, inc. 1) es uno de los lineamientos que establece para el desarrollo. En relación con los planes de desarrollo y de ordenamiento territorial de los gobiernos autónomos descentralizados, el COPFP prevé que se deban formular y actualizar de manera participativa, mediante la aplicación de los mecanismos participativos establecidos constitucionalmente, legalmente y por la normativa de los gobiernos autónomos descentralizados (COPFP, art. 46).

Finalmente, la **Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo de 2016** (LOOTUGS)⁴⁶ tiene por objeto regular el ejercicio de las competencias de ordenamiento territorial, así como el uso y la gestión del suelo urbano y rural (LOOTUGS, art. 1). Erige a la participación ciudadana en principio rector del ordenamiento territorial (LOOTUGS, art. 5, inc. 5) y derecho fundamental (LOOTUGS, art. 6, inc. 4), y prescribe que las competencias a las que se refiere deben procurar su efectividad. Establece a los barrios como “la base de la participación ciudadana para la planificación del desarrollo y el ordenamiento territorial municipal o metropolitano” (LOOTUGS, 2016, art. 4, inc. 3). Incluye

⁴⁵ Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. *Registro Oficial de la República del Ecuador*, N° 304, Quito, Ecuador, 20 de octubre de 2010, <https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial-web/publicaciones/registro-oficial/item/4051-registro-oficial-no-304>

⁴⁶ Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo. *Registro Oficial de la República del Ecuador* 790, Suplemento, de 05-07-2016. <https://www.asambleanacional.gob.ec/es/leyes-aprobadas?leyes-aprobadas=All&title=ordenamiento+territorial&fecha=#:~:text=Ley%20Org%C3%A1nica%20de,05-07-2016>

en el derecho a la ciudad la gestión democrática de las ciudades a través de un planificación y gestión participativa (LOOTUGS, 2016, art. 5, inc. 6). El Consejo Técnico de Uso y Gestión del Suelo tiene la atribución de expedir normas nacionales obligatorias para los Gobiernos Autónomos Descentralizados municipales y metropolitanos para que estos ejerzan sus competencias de uso y gestión de suelo de una manera que asegure los derechos de participación ciudadana (LOOTUGS, art. 92, inc. 1 b). El incumplimiento de esta obligación en los procesos de desarrollo urbanos constituye una infracción grave (LOOTUGS, art. 107, inc. 6).

En definitiva, el marco regulatorio vigente, conformado por disposiciones constitucionales y legales, establece numerosos mecanismos de participación ciudadana⁴⁷, habilita la participación de diversos sujetos⁴⁸ y prescribe la participación en determinados momentos del proceso del ordenamiento territorial⁴⁹. En este conjunto de normas, la LOOTUGS refuerza el marco normativo existente, instaurando la participación ciudadana como un principio rector del ordenamiento territorial y reconociéndola como un derecho fundamental, pero sin establecer mecanismos concretos para su ejercicio.

En la práctica, el espíritu normativo de fomento de una participación efectiva y plural en la gestión de la política de desarrollo y ordenamiento territorial no parece estar acarreado los resultados esperados.

⁴⁷ La normativa establece 18 mecanismos de participación ciudadana: audiencia pública, veeduría, asamblea, cabildo popular, consejo consultivo, observatorio, Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, agenda pública de consulta, planes y programas que propicien la participación ciudadana en la gestión de las distintas funciones del Estado, Asamblea Ciudadana Plurinacional e Intercultural para el Buen Vivir, consejo ciudadano sectorial, asamblea local, presupuesto participativo, consejo local de planificación, debate público, consejo de planificación participativa, silla vacía y consulta previa (a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblos afroecuatoriano y montubio). Una descripción de estos mecanismos se puede encontrar en Álvarez Santana, Carmita L., "Mecanismos de participación ciudadana para la planificación y evaluación de la gestión pública en el Ecuador", en *Margen*, N° 74, 2014. <http://www.margen.org/suscri/margen74/alvarez.pdf>; en Carrera Calderón, Frankz A. "La Participación Ciudadana y el Control Social en Ecuador"; y en Gamboa Vargas, Sabina. L., García Erazo, Erika. C., y Villacrés Salas, María Paula, "La participación ciudadana como mecanismo para el ejercicio de Derechos Humanos".

⁴⁸ Aparte de los ciudadanos en general, se prevé la participación de organizaciones sociales, trabajadores, pueblos, nacionalidades, sectores sociales, actores vinculados a la economía social y solidaria. Además, se debe garantizar la pluralidad, la interculturalidad, la inclusión y la equidad de género en la conformación de los distintos espacios de participación.

⁴⁹ La participación está prescrita en once momentos del proceso del ordenamiento territorial: en la formulación de planes y políticas nacionales, locales y sectoriales; en la definición de agendas de desarrollo; en la confección de presupuestos participativos; en la ejecución de los proyectos de desarrollo previstos en los planes de desarrollo y de OT; en la evaluación de la ejecución de los planes de desarrollo y de OT en todos los niveles; en la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de los planes de desarrollo y de OT de los GADs.

Para empezar, el uso de los mecanismos de participación es variable. Se tiene registros del uso de veedurías y observatorios, mientras que el uso del presupuesto participativo y la iniciativa popular normativa es escaso. Además, los mecanismos de participación ciudadana están tan instrumentados por la ley que pueden dejar de cumplir con su propósito⁵⁰.

Globalmente, se advierte en los últimos años un debilitamiento institucional y social de la participación en algunos gobiernos autónomos descentralizados, luego de un primer momento de ascenso. Por desconocimiento y baja utilización de los mecanismos por parte de la ciudadanía, la participación se vuelve pasiva. Es posible que muchos ciudadanos no dispongan del tiempo ni de los medios adecuados para involucrarse activamente, o que tengan cierta desconfianza hacia los procesos políticos en curso. Aún así, la baja participación se atribuya a una insuficiente promoción y activación de los mecanismos existentes por parte de los gobiernos autónomos descentralizados⁵¹ y a la ausencia de técnicas que hagan efectiva la participación. La baja participación en general afecta también a los procesos de desarrollo y ordenamiento territorial⁵².

Teniendo en cuenta que la institucionalización de la participación ciudadana debe ir acompañada de acción social participativa⁵³, sería recomendable fomentar una cultura de participación a través de programas de educación para la ciudadanía que impulsen la participación⁵⁴. Asegurando de este modo que la población conozca sus derechos de participación y cómo usarlos de manera apropiada⁵⁵.

Se advierte así una crisis institucional de la participación, producto de su evolución⁵⁶. En el período progresista (2008-2017), se expandió en el aparato

⁵⁰ Carrera Calderón, Frankz A. "La Participación Ciudadana y el Control Social en Ecuador", pág. 63 s.

⁵¹ Gamboa Vargas, Sabina. L., García Erazo, Erika. C., y Villacrés Salas, María Paula, "La participación ciudadana como mecanismo para el ejercicio de Derechos Humanos", p. 481.

⁵² Panchana, Margarita, Peña, Humberto, Reyes, Anita y Cochea, Hermelinda, "La participación ciudadana y el control social en las parroquias de Atahualpa, Anconito, San José Ancón, José Luis Tamayo, y Simón Bolívar (Ecuador)", en *Journal of business and entrepreneurial studies: JBES*, vol. 4, N° 1 (enero -junio), 2020. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7472731>

⁵³ Torres Dávila, Víctor H., "Ascenso y desgaste de la participación ciudadana en Ecuador",

⁵⁴ Vargas, M. y Vázquez, D., "Evaluación del nivel de cumplimiento de Participación Ciudadana en la gestión del Gobierno Autónomo Descentralizado Parroquial de El Valle 2014-2019", en *MQR Investigar*, vol. 6, N° 3, pág. 1887-1910. <https://www.investigarmqr.com/ojs/index.php/mqr/article/view/102>. En sentido similar: Carrera Calderón, Frankz A., "La Participación Ciudadana y el Control Social en Ecuador".

⁵⁵ Carrera Calderón, Frankz A., "La Participación Ciudadana y el Control Social en Ecuador".

⁵⁶ Torres Dávila, Víctor H., "Ascenso y desgaste de la participación ciudadana en Ecuador", p. 130.

estatal con una importante normativa procedimental que derivó en cooptación gubernamental: debido a una nueva modalidad en la designación de los integrantes del CPCyCS, este consejo se convirtió en un organismo alineado al poder de turno, con un funcionamiento marcado por corporativización, baja representatividad, alta burocratización y corrupción. Esta situación generó en la actual etapa de transición posprogresista el desinterés de los actores sociales y sospechas de corrupción. Se intensifican las presiones políticas para revisar las atribuciones de la Función de Transparencia y Control Social y restituir las a la Asamblea Legislativa, poniendo un fin a la institucionalización de la participación.

La experiencia ecuatoriana nos enseña que una normativa sobre participación ciudadana adecuadamente desarrollada es importante, pero no alcanza para garantizar que la participación sea efectiva. La institucionalización de la participación debe complementarse con la acción social participativa, complementación que requiere de procedimientos administrativos flexibles, orientados a los intereses ciudadanos y de las organizaciones sociales⁵⁷ y de capacitación.

IV. La participación ciudadana en el ordenamiento territorial en México

En México, las normas de la LGAHOTDU que rigen la participación ciudadana en el ordenamiento territorial forman parte de un marco regulatorio de la participación ciudadana conformado por disposiciones constitucionales⁵⁸ y dos leyes que contienen normas de ordenamiento territorial⁵⁹. Las disposiciones sobre participación ciudadana en la **Constitución Política de los Estados Uni-**

En la misma línea: Moncayo Vives, Guido A., “Participación ciudadana y politización institucional: veinte años de un dicotómico quinto poder en Ecuador”, en *Estado & comunes, revista de políticas y problemas públicos*, vol. 2, N° 11, 2020, pág. 119-134. https://revistas.iaen.edu.ec/index.php/estado_comunes/article/view/177/337. Fernández González, Miquel y Torres Vinuesa, Jorge, “No aman discutir con la gente”. Paradojas de la institucionalización de la participación ciudadana en Imbabura, Ecuador (2008-2017)”, en *Diálogo andino*, N° 62, 2020, pág. 53-64. <https://dx.doi.org/10.4067/S0719-26812020000200053>

⁵⁷ Torres Dávila, Víctor H., “Ascenso y desgaste de la participación ciudadana en Ecuador”.

⁵⁸ Algunos estados han sancionado normativa sobre participación ciudadana, como, por ejemplo, la Ley de Participación Ciudadana de la Ciudad de México, que contempla numerosos mecanismos de participación (Instituto Electoral de la Ciudad de México, 2019).

⁵⁹ La Ley de Planeación de 1983 Última actualización 25/10/2022, y la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente de 1988, modificada en 1996.

dos Mexicanos de 1917 (en adelante CPEUM)⁶⁰ proveen un marco normativo general. Varias normas encuentran aplicación en el ordenamiento territorial⁶¹, aunque sin que se definan mecanismos concretos. Así, la planeación del desarrollo nacional debe ser democrática y deliberativa; por ley deben establecerse mecanismos de participación que permitan recolectar las aspiraciones y demandas sociales para incorporarlas al plan y a los programas de desarrollo (CPEUM, 1917, art. 26 A, segundo párr.). Corresponde al poder ejecutivo establecer los procedimientos de participación y consulta popular (CPEUM, 1917, art. 26 A, tercer párr.) los Ayuntamientos (ejecutivos municipales) asegurar la participación ciudadana en la administración pública municipal (CPEUM, 1917, art. 115, inc. II). El Estado debe también “impulsar el desarrollo regional de las zonas indígenas (...) con la participación de las comunidades” (CPEUM, 1917, art. 2º, inc. B I). Se prevén asignaciones presupuestarias que las comunidades administran directamente para fines específicos (CPEUM, 1917, art. 2º, inc. B I), que parece ser el único mecanismo que establece la Constitución.

La **Ley de Planeación de 1983** (LPlan)⁶² norma la Planeación Nacional del Desarrollo (LPlan, art. 1º), que incluye el ordenamiento territorial de los asentamientos humanos y desarrollo urbano (LPlan, art. 3). Tiene por objeto establecer “las bases de participación y consulta social (...) en la elaboración del Plan y los programas” (LPlan, 1983, art. 1º, inc. V): el Ejecutivo Federal debe llevar adelante la planeación “con la participación democrática de la sociedad” (LPlan, 1983, art. 4º). La ley establece varios mecanismos para concretar dicha participación.

La **Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente de 1988** (en adelante LGEEPA)⁶³ reglamenta las disposiciones constitucionales referidas a la preservación y restauración del equilibrio ecológico, y a la protección

⁶⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>

⁶¹ Sigue vigente la Constitución de 1917, aunque con numerosas modificaciones, entre otras, las disposiciones mencionadas en este trabajo, modificadas entre 2013 y 2019, que incorporan normas sobre participación ciudadana (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, notas).

⁶² Esta ley fue modificada en repetidas ocasiones. Las disposiciones mencionadas en este trabajo son de 2003 y 2018. Ley de Planeación. Diario Oficial de la Federación, 5 de enero de 1983. Última reforma publicada DOF 16-02-2018. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/59_160218.pdf

⁶³ Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente de 1988. Diario Oficial de la Federación, 28 de enero de 1988. Última reforma incorporada: 11 de abril de 2022. Última reforma incorporada: 11 de abril de 2022. https://normas.cndh.org.mx/Documentos/Federal/Ley_GEEPA.pdf

del ambiente, en las que debe garantizarse la participación ciudadana individual o colectiva (LGEEPA, art. 1, inc. VII). Promover la participación social en materia ambiental es así facultad concurrente de la Federación y de los Estados (LGEEPA, art. 5, inc. XVI y 7, inc. XV). Como instrumento de la política ambiental, el Ordenamiento Ecológico del Territorio debe realizarse de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Planeación y con la participación de “grupos y organizaciones sociales y empresariales, instituciones académicas y de investigación, y demás personas interesadas” (LGEEPA, 1988, art. 20 bis), en todas sus etapas (formulación, expedición, ejecución y evaluación). A nivel local, las leyes pertinentes deben establecer los mecanismos que aseguren la participación individual y colectiva en la elaboración de los programas de ordenamiento ecológico, mecanismos que deben incluir, al menos, procedimientos de difusión y consulta pública. Las leyes locales deben establecer también las formas y los procedimientos para la participación en la ejecución, vigilancia y evaluación de los programas (LGEEPA, 1988, art. 20 bis 5, inc. VII).

Finalmente, la **Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano de 2016** (en adelante LGAHOTDU)⁶⁴ tiene entre sus objetos establecer las normas, los instrumentos y las competencias para ordenar el uso del territorio y los asentamientos humanos (LGAHOTDU, art. 1º, inc. I), así como propiciar mecanismos de participación en los procesos de planificación y gestión territorial (LGAHOTDU, art. 1º, inc. V). La participación ciudadana constituye un principio rector del ordenamiento territorial, que alcanza tanto la formulación, como el seguimiento y la evaluación de las políticas, planes y programas de desarrollo urbano y territorial (LGAHOTDU, art. 4º, inc. V). En congruencia con este principio, la LGAHOTDU manda que la Federación ejerza sus atribuciones en la materia de manera participativa (LGAHOTDU, art. 8, inc. VII, VIII, IX, XIII y XXV) y que las entidades federativas sancionen normas de promoción de la participación (LGAHOTDU, 10, inc. II), en ambos casos sin fijar los mecanismos a utilizar.

Para “impulsar la participación ciudadana y de las organizaciones sociales en el seguimiento, operación y evaluación de las políticas [de ordenamiento territorial, Desarrollo Urbano y Desarrollo Metropolitano y planeación regional]” (LGAHOTDU, 2016, art. 21, inc. II), la ley prevé la conformación de varios con-

⁶⁴ Ley de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano. Diario Oficial de la Federación, 28 de noviembre de 2016. Última reforma publicada DOF 01-06-2021. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGAHOTDU_010621.pdf

sejos y comisiones de participación ciudadana, de carácter consultivo, en los distintos niveles de gobierno (LGAHOTDU, art. 14 y 19). El programa nacional de ordenamiento territorial y desarrollo urbano debe elaborar, actualizar y ejecutarse con la intervención de estos órganos (LGAHOTDU, art. 27, segundo párr.).

La obligatoriedad de la participación ciudadana aparece reiteradamente. Con respecto a la gestión de las áreas metropolitanas, la ley prescribe que los tres niveles de gobierno –federal, estatal y municipal– planeen su desarrollo de manera conjunta y coordinada procurando una participación social efectiva (LGAHOTDU, art. 33). Esta acción coordinada y con participación debe ser normada por mecanismos e instrumentos de carácter obligatorio (LGAHOTDU, art. 36, primer párr.). Un consejo consultivo debe promover los procesos de consulta pública e interinstitucional en las diversas fases (formulación, aprobación, ejecución y seguimiento) de los programas de desarrollo metropolitano. Este consejo debe ser integrado, con perspectiva de género, por representantes de agrupaciones sociales, colegios profesionales, instituciones académicas y expertos (LGAHOTDU, art. 36, segundo párr., inc. II). En los planes o programas municipales de Desarrollo Urbano, la participación social debe efectivizarse por medio de la consulta y la deliberación con las personas y sus organizaciones e instituciones, con el objeto de fijar las prioridades y los proyectos sobre Espacio Público, y evaluar los programas (LGAHOTDU, art. 74, cuarto párrafo).

La ley establece que los distintos niveles del Estado promuevan la participación ciudadana en todas las etapas del proceso de ordenamiento territorial y la planeación del desarrollo urbano y metropolitano (LGAHOTDU, art. 92), siendo obligatoria en determinadas materias (LGAHOTDU, art. 93)⁶⁵. En relación con los observatorios urbanos, la ley prescribe que los distintos niveles de gobierno los fomenten con la participación plural de la sociedad, de las instituciones científicas, asociaciones profesionales, cámaras de comercio, y organiza-

⁶⁵ La formulación, seguimiento y evaluación del cumplimiento de los planes o programas de Desarrollo Urbano y sus modificaciones; la supervisión del financiamiento, construcción y operación de proyectos de infraestructura, equipamiento y prestación de servicios públicos urbanos; el financiamiento y operación de proyectos estratégicos urbanos, habitacionales, industriales, comerciales, recreativos y turísticos; la ejecución de acciones y obras urbanas para el Mejoramiento y Conservación de zonas populares de los Centros de Población y de las comunidades rurales e indígenas; la protección del Patrimonio Natural y Cultural, la preservación del ambiente, así como la prevención, control y atención de riesgos y contingencias ambientales y urbanas en los Centros de Población; y en los procesos de los Observatorios ciudadanos.

ciones de la sociedad civil, para la generación y difusión de conocimientos sobre los problemas socioespaciales y los nuevos modelos de políticas urbanas y regionales y de gestión pública (LGAHOTDU, art. 99).

Vemos así que el marco regulatorio vigente, conformado por disposiciones constitucionales y legales, establece diversos mecanismos de participación ciudadana⁶⁶, habilita la participación de diversos sujetos⁶⁷ y prescribe la participación en todas las fases de políticas, planes y programas de ordenamiento territorial en distintas escalas. Por otra parte, remite en repetidas ocasiones a otras leyes, ya sea vigentes o que deban sancionarse en el futuro.

Sin embargo, la realidad de la participación ciudadana en México dista bastante de lo que establece el marco regulatorio: se observa una baja participación ciudadana y poco interés en los asuntos públicos. Las causas de esta situación se encuentran en la dificultad que tienen los ciudadanos para acceder a información (no está garantizado el derecho a la información), en las violaciones a los derechos fundamentales y en la desconfianza hacia las instituciones democráticas del país⁶⁸.

A lo anterior se suma que no se ha consolidado el ordenamiento territorial en ningún nivel, entre otros motivos debido a procesos de planificación deficientes⁶⁹.

V. Estudio comparado

Las soluciones jurídicas adoptadas en Ecuador y en México para atender el requerimiento de una efectiva participación ciudadana en el ordenamiento territorial están basadas en:

⁶⁶ Consulta pública, consulta previa a las comunidades indígenas, comisión consultiva, consejo consultivo, observatorio, y asignación presupuestaria que la comunidad administra directamente para fines específicos.

⁶⁷ Además de las personas en general, está prevista la participación de pueblos y comunidades indígenas, personas con discapacidad, mujeres, grupos sociales, organizaciones sociales y empresariales, agrupaciones sociales, colegios y asociaciones profesionales, instituciones académicas y científicas, expertos y cámaras de comercio. Se establecen pautas para la conformación de los sujetos colectivos y se hace hincapié en la perspectiva de género.

⁶⁸ Serrano Rodríguez, Azucena, "La participación ciudadana en México", en *Estudios políticos (México)*, N° 34, 2015, pág. 93-116. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-16162015000100005&lng=es&tlng=es.

⁶⁹ Rodríguez, Norma. R., "Marcos legislativos, racionalidades político-económicas y ordenamiento territorial: La desarticulación sectorial y multinivel en México", en *Revista De Geografía Norte Grande*, N° 77, 2020, pág. 11-29. <https://doi.org/10.4067/S0718-34022020000300011>

Establecer a la participación como un derecho fundamental y como un principio rector del ordenamiento territorial; y

Definir mecanismos de participación ciudadana, habilitar a determinados sujetos y prever la participación en determinados momentos del ordenamiento territorial.

En ambos casos, las pertinentes se encuentran en disposiciones constitucionales y legales, algunas de alcance general y otras específicas de la materia. La principal fuente normativa de la participación ciudadana en el ordenamiento territorial no es la respectiva LOT, sino una ley con otro objeto, que incorpora normas sobre participación ciudadana que resultan aplicables al ordenamiento territorial (LOPC y COOTAD en Ecuador, Ley de Planeación de 1983 en México).

Por otra parte, es posible clasificar las normas relevadas en cuatro grupos:

Normas que remiten a otras normas o leyes vigentes.

Normas de carácter programático, que establecen a la participación ciudadana como un derecho, un objetivo, y/o un principio rector del ordenamiento territorial (sin fijar los mecanismos que deban utilizarse).

Normas que establecen los mecanismos, momentos y/o sujetos de la participación ciudadana.

Estas últimas son las que potencialmente impactan más directamente en la práctica, motivo por el cual nos enfocaremos en su análisis.

En relación con los mecanismos de participación ciudadana, los marcos regulatorios examinados establecen 15 mecanismos distintos (Tabla 2), trece de los cuales se encuentran en la legislación ecuatoriana y seis en la mexicana. Esta diferencia refleja el protagonismo que la reforma de la Constitución ecuatoriana otorgó a la participación ciudadana.

Mecanismos de PC	EC	MX
1. Consulta pública	x	x
2. Consejo consultivo.	x	x
3. Consulta previa a las comunidades indígenas.	x	x
4. Observatorio.	x	x
5. Audiencia pública.	x	
6. Presupuesto participativo.	x	
7. Debates públicos participativos.	x	
8. Veeduría.	x	
9. Diversos tipos de asambleas.	x	
10. Cabildo popular.	x	
11. Diversos tipos de consejos.	x	
12. Planes y programas que propicien la participación ciudadana en la gestión de las distintas funciones del Estado.	x	
13. Silla vacía.	x	
14. Comisión consultiva		x
15. Asignación presupuestaria que la comunidad administra directamente para fines específicos.		x
Total	13	6

EC: Ecuador MX: México

Fuente: elaboración propia

La Tabla 1 pone en evidencia que cuatro mecanismos son compartidos por ambos países: la consulta pública, el consejo consultivo, la consulta previa a las comunidades indígenas y el observatorio⁷⁰. La consulta previa a las comunidades indígenas aparece como mecanismo en ambos países probablemente por la importancia que le otorga el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), referido a derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales, y por la importancia relativa de la población indígena en ambos países. En cambio, la audiencia pública, mecanismo de participación ciudadana por excelencia en la legislación argentina, solo se encuentra en Ecuador. A diferencia de la normativa

⁷⁰ Para conocer las razones o factores (políticos, culturales, históricos y/o jurídicos) por los cuales algunos mecanismos existen en ambos marcos normativos y otros, solo en un uno, habría que analizar el origen y uso de cada mecanismo en cada país.

mexicana, la legislación de Ecuador otorga importancia a los mecanismos de participación colectiva, tales como las asambleas y los consejos.

En relación con los sujetos habilitados para la participación ciudadana (Tabla 2), encontramos también una gran diversidad. En este caso, no hay mucha diferencia con relación a la cantidad de sujetos habilitados en cada país.

Sujetos de PC	EC	MX
1. Organizaciones sociales.	x	x
2. La población. Las personas. Los ciudadanos	x	x
3. Sectores sociales / Grupos sociales / Agrupaciones sociales.	x	x
4. Comunidades indígenas / Pueblos y comunidades indígenas / Pueblos y nacionalidades.	x	x
5. Comunidades.		
6. Instituciones académicas y científicas. Expertos.		x
7. Colegios y asociaciones profesionales / cámaras de comercio.		x
8. Trabajadores. Gremios.	x	
9. Actores vinculados a la economía social y solidaria.	x	
10. Personas con discapacidad.	x	
11. Organizaciones cívicas que representan a barrios urbanos y veredas rurales.		x
12. Las mujeres.		x
Total	8	9

Fuente: elaboración propia

La Tabla 2 pone de manifiesto la referencia a cuatro sujetos de la participación en ambos marcos regulatorios: además de la población en general, están habilitados a participar las organizaciones sociales, los sectores sociales y las comunidades indígenas. Es posible también advertir cierto sesgo: la legislación ecuatoriana menciona explícitamente a trabajadores, gremios, actores vincula-

dos a la economía social y solidaria, y personas con discapacidad, mientras que la legislación mexicana prioriza a los colegios y asociaciones profesionales, cámaras de comercio, instituciones académicas y científicas, expertos y organizaciones cívicas.

La perspectiva de género se tiene en cuenta en ambos países. La legislación mexicana menciona explícitamente a las mujeres como sujeto de la participación y especifica que el consejo consultivo debe ser conformado con perspectiva de género. La normativa ecuatoriana no menciona a las mujeres como colectivo, pero especifica que la Asamblea local debe conformarse con equidad de género, además de garantizar la pluralidad, la interculturalidad y la inclusión de las diversas identidades territoriales.

Finalmente, ambos marcos regulatorios son amplios en relación con los momentos del ordenamiento territorial en la que se prescribe la participación ciudadana:

En México, la participación está prevista en todas las fases del proceso (formulación, implementación, y evaluación), tanto en las políticas vinculados al ordenamiento territorial, como en los planes y programas, en distintos niveles.

En Ecuador, la participación está prevista en la formulación de planes y políticas nacionales y locales; en todas las fases (formulación, ejecución, seguimiento y evaluación) de los planes de desarrollo y de ordenamiento territorial de los gobiernos autónomos descentralizados; y en la evaluación de la ejecución de los planes de desarrollo y de ordenamiento territorial en todos los niveles. Se prevé, además, la participación en la formulación de políticas y planes sectoriales, en la definición de agendas de desarrollo, en la confección de presupuestos participativos y en la ejecución de los proyectos de desarrollo previstos en los planes de desarrollo y de ordenamiento territorial.

En ambos casos se prevé, además, la participación en los procesos de formulación del Plan Nacional de Desarrollo y de diversas políticas públicas en diferentes niveles político-institucionales.

En cambio, es interesante notar que no está prevista la participación en la etapa del diagnóstico territorial, omisión⁷¹ que puede ser considerada una deficiencia compartida por ambos marcos regulatorios.

⁷¹ Rodríguez Seeger, Claudia. y Reyes Pácke, Sonia, "Propuesta metodológica para la elaboración de un plan de ordenamiento territorial sustentable", consideran como muy importante la realización de un diagnóstico territorial integral y participativo.

En definitiva, se puede decir que las soluciones jurídicas adoptadas en ambos países son similares. Se caracterizan por: establecer a la participación como un derecho fundamental y un principio rector del ordenamiento territorial, declarar su obligatoriedad, poner esta obligación a cargo de los distintos niveles de gobierno, definir mecanismos concretos (muchos de ellos compartidos), habilitar a determinados sujetos y especificar la obligatoriedad en determinadas fases del proceso o tipos de actividades.

Una primera diferencia se advierte en la preponderancia en Ecuador de asambleas y consejos. La segunda diferencia se advierte en el grado de cumplimiento de la normativa: en Ecuador, aún con dificultades, avances y retrocesos, se advierte a partir de 2008 la implementación de los mecanismos previstos en la constitución y la legislación. Mientras que en México la situación parece ser más precaria, aunque, debido a su organización federal, pueden existir diferencias entre estados.

VI. La relación entre institucionalización y participación efectiva

El estudio realizado permitió apreciar el alto grado de institucionalización de la participación ciudadana en el ordenamiento territorial en dos países latinoamericanos que han sancionado un LOT recientemente. Aunque en ambos casos las disposiciones contenidas en las LOT vinieron a complementar las disposiciones existentes en la Constitución Nacional y en leyes sobre participación ciudadana:

En México, la sanción de LGAHOTDU reforzó un marco regulatorio que ya incorporaba numerosas normas sobre participación ciudadana, contenidas principalmente en la Ley de Planeación de 1983.

De manera similar, la LOOTUGS de Ecuador se agregó a un marco regulatorio rica en normas sobre participación ciudadana, producto de la reforma constitucional del año 2008.

En otras palabras, la sanción de una LOT que incorpore normas sobre participación ciudadana no parece haber modificado sustancialmente el marco regulatorio vigente.

En cuanto a alcances de la participación, la comparación mostró numerosas similitudes y algunas diferencias con relación a las soluciones jurídicas adopta-

das. En relación con la efectividad de estas soluciones, se advierten dificultades en ambos países, aunque con un grado mayor en el caso de México. Más allá de la existencia de un marco normativo que habilite y organice la participación ciudadana, la manera en la cual se implementen las normas y el contexto social y político son factores que condicionan las posibilidades reales de la participación.

Así, la realidad de la participación ciudadana, en general y también en el ordenamiento territorial, en ambos casos muestra diferencias. En Ecuador, existen registros de participación ciudadana y se han conformado los órganos previstos en la legislación, más allá de las dificultades y las críticas. En México, en cambio, tanto la participación ciudadana como el ordenamiento territorial parecen ser muy incipientes.

Estos claroscuros de la participación ciudadana no deben opacar la relevancia de su regulación. Es más probable que haya participación ciudadana cuando la normativa lo prevea. En cambio, si bien no es impensable, pero es poco esperable que la participación se dé espontáneamente sin la existencia de un marco regulatorio que la habilite, organice y propicie. Aún así, la vigencia de normas jurídicas no garantiza su cumplimiento y, en caso de cumplirse la norma, puede no lograrse el fin político deseado⁷². Según la manera en la que esté diseñada y de acuerdo con el contexto político, la institucionalización de la participación puede o no fomentar una participación efectiva e incluso desvirtuarla, como parece sugerir la experiencia de Ecuador. Los procedimientos administrativos excesivamente detallados pueden a su vez obstaculizar y desvirtuar la participación. Para fomentarla, se requieren procedimientos flexibles, una adecuada difusión y promoción de los mecanismos de participación, así como programas de capacitación que incentiven una acción social participativa.

Para comprender mejor la vinculación entre la institucionalización y una efectiva participación en los procesos de ordenamiento territorial, e identificar los factores que la condicionan, son útiles los estudios de caso, ya que permiten contrastar las experiencias reales con sus respectivos marcos regulatorios⁷³. Sería

⁷² Sobre la eficacia de las normas jurídicas ver: Brañes, Raúl, *Informe sobre el desarrollo del derecho ambiental latinoamericano. Su aplicación después de diez años de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, México, D.F., 2001. Y Hierro, Liborio. L., *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel, Barcelona, 2003.

⁷³ Sobre este tema: Guardamagna, Melina y Benedetto, Andrea, "La evaluación de las prácticas participativas, un desafío inherente para el desarrollo territorial", en *Temas debates*, N° 42, 2021, pág. 121-142. http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-984X2021000200005&lng=es&nrm=iso

interesante saber qué tipo de prescripciones y mecanismos son más exitosos en distintos contextos y cuáles son los problemas más frecuentes.

THREE ECHELONS FOR THE DEVELOPMENT OF INSTITUTES OF COMPARATIVE LAW IN THE AMERICAS (1900-1950)

Agustín Parise*

Abstract: This paper explores the development of comparative law institutes in the Americas during the first half of the twentieth century. It focusses on institutes, actors, and events that helped develop the study of law beyond borders. First, attention is devoted in this paper to the development of comparative law institutes at a jurisdictional echelon. Second, attention is moved to the development of institutes at a Pan-American echelon. Third, attention is extended to the transatlantic echelon. This paper aims to confirm that the creation of comparative law institutes was a result of the synergy of efforts by actors and of the circulation of legal ideas.

Keywords: Circulation of legal ideas - émigrés - law reviews - networks - translations.

* Associate Professor, Faculty of Law, Maastricht University (The Netherlands); LLB, LLD, Universidad de Buenos Aires (Argentina); LLM, Louisiana State University (USA); PhD, Maastricht University; Corresponding Member, Instituto de Derecho Comparado, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina). This paper was presented at the conference "L'Institut de droit comparé Édouard Lambert dans le siècle," that took place on 7-8 October 2021, at the Université Jean Moulin Lyon 3 (France). A French-language version of this paper was published in the proceedings of that academic gathering, at A. Parise, "Le développements des instituts de droit comparé dans les Amériques (1900-1950)", F. Ferrand and O. Moréteau (eds), *L'Institut de droit comparé Édouard Lambert dans le siècle: Actes du colloque du centenaire de l'Institut de droit comparé de Lyon 7 et 8 octobre 2021*, Paris, Société de législation comparée, 2022, pp. 83-103. The drafting of this paper benefited from conversations with participants of the above-mentioned conference and with Julieta Marotta de Parise. The research for this paper was made possible by the work of several librarians, mainly, Paula Hermans, Germain Ivanoff-Trinadztaty, and Ine Verbeet. The author is especially indebted to José Daniel Cesano for facilitating information on the comparative law efforts that took place in Córdoba.

Resumen: Este artículo explora el desarrollo de institutos de derecho comparado en las Américas durante la primera mitad del siglo XX. Se focaliza en institutos, actores y eventos que ayudaron a desarrollar el estudio del derecho sin fronteras. En primer lugar, en este artículo se dedica atención al desarrollo de institutos de derecho comparado en un escalafón jurisdiccional. En segundo lugar, se dirige la atención al desarrollo de institutos en un escalafón panamericano. Tercero, la atención se extiende al escalafón transatlántico. Este artículo tiene como objetivo confirmar que la creación de institutos de derecho comparado fue el resultado de la sinergia de esfuerzos de los actores y de la circulación de ideas jurídicas.

Palabras-Clave: Circulación de ideas jurídicas - émigrés - redes - revistas jurídicas - traducciones.

I. Introduction

The first half of the twentieth century is a fertile period for the study of the intra- and inter-continental bridges that helped develop comparative law on both sides of the Atlantic Ocean. Ideas tend to circulate, and an exploration of the development of comparative law, on both sides of the Atlantic, shows that legal ideas are no exception, since enriching examples of this circulation between jurisdictions, even across continents, can be perceived. An endless web of jurists engaged in comparative law efforts at the dawn of the twentieth century.¹ One of the main objectives of a work on comparative law is to expand the perspective and the study of the legal elements under analysis, and hence, improve those elements already existing or those that will be created in the future.² It is often the dissatisfaction with a local solution that triggers the comparatist to look for better solutions in other systems.³ This pursuit will help in transforming the lawyer into a jurist. After all, jurists do not limit their studies to the current law as it is, and, naked of a scientific and social context. Jurists, on the contrary, seek amongst other qualities the origins and the reception of legal institutions in dif-

¹ See, for example, A. Parise, "An Endless Web of Jurists for the Development of Comparative Legal History: John H. Wigmore, the Committee on Legal History of the AALS, and the Continental Legal History Series", *Tulane European & Civil Law Forum*, 37, 2022, pp. 139-199.

² A. Parise, "Las bibliotecas jurídicas como herramientas fundamentales del Derecho Comparado: El caso de Schmidt en la Luisiana del siglo XIX", *Revista de Derecho Comparado*, 15, 2009, p. 197.

³ K. Zweigert and H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 3rd ed., Oxford, OUP, 1998, p. 34.

ferent geographical points and time periods.⁴ This paper explores the early development of comparative law institutes in the Americas. It focusses on institutes, actors, and events that helped develop the study of law beyond borders. Attention is devoted to the dialogue amongst actors and at the correlation between events. Indeed, law is a social science, subject to change, whose protagonists can often be identified. Attention to a certain figure can help to understand the development of a discipline, helping to broaden the field of study and the context, and to move from the individual to the collective, many times filling gaps that hamper a complete understanding.⁵

This paper covers the period 1900 to 1950. The starting point is the Paris Congress of Comparative Law. This event can be considered an ignition point for the discipline, leaving behind the exclusive study of comparative legislation. The time that followed the meeting in Paris can be considered a “period of youthful and energetic interaction”⁶ for the advocates of the new discipline. The temporary cut is the year 1950, since foundational events occur before that year in the Americas. Further, a number of pioneers in the field of comparative law encounter death during those 50 years, including, but not limited to, Édouard Lambert and John H. Wigmore. Moreover, this period is marked by the foundation of some of the oldest institutes of comparative law on both sides of the Atlantic, such as the Institut de Droit Comparé de Lyon (Lyon Institute), established in 1921 and led by Lambert. Finally, the temporal cut is in 1950 because the International Association of Legal Science (IALS), under the auspices of UNESCO, operates since that year and has triggered the development of national committees of comparative law across the Americas,⁷ hence acting as an accelerator for the studies of comparative law.

⁴ A. Parise, “La imperiosa remisión al derecho comparado en las investigaciones de carácter jurídico”, *Revista Universitaria La Ley*, 4:6, 2002, p. 37.

⁵ A. Parise and M. Dyson, “Editorial”, *Comparative Legal History*, 9, 2021, p. 125.

⁶ M. Koskenniemi and V. Kari, “A More Elevated Patriotism: The Emergence of International and Comparative Law (Nineteenth Century)”, H. Pihlajamäki et al. (eds), *The Oxford Handbook of European Legal History*, Oxford, OUP, 2018, p. 996.

⁷ The International Association of Legal Science (first known as the International Committee of Comparative Law), by 1951, had triggered the development of national committees of comparative law in 18 jurisdictions, of which eight were in the Americas: Argentina, Brazil, Chile, Haiti, Nicaragua, Peru, United States of America, and Uruguay (A. Coudert, “International Committee of Comparative Law”, *American Journal of Comparative Law*, 1, 1952, p. 192). That association was “entrusted with work regarding the study of social tensions (“The Program of the United Nations Educational Scientific and Cultural Organization. Abstracts from the Draft Program Relating to Social Sciences”, *The American Statistician*, 4:2, 1950, p. 16). See also A. Wald, “70 ans de droit comparé, L’actualité de la contribution de René David et de San Tiago Dantas”, *Revue internationale de droit comparé RIDC*, 68, 2016, p. 517.

The journey across the Americas that this paper offers is divided into three parts. The path progresses from the smallest units to the biggest. First, attention is devoted to the development of comparative law institutes at a jurisdictional echelon. There, the focus is both on localized and national efforts towards the creation of institutes. This first part is the most extensive, since it offers the foundations by introducing recurring actors and efforts. Second, attention is moved to the development of institutes at a Pan-American echelon. There, the circulation of legal ideas across the Americas is palpable. Third, attention is extended to the transatlantic echelon. In this final part it is notable that France and the Lyon Institute take a role of pre-eminence. This paper aims to confirm that the creation of comparative law institutes in the Americas was a result of the synergy of efforts by actors and the circulation of legal ideas across continents during the first half of the twentieth century.

Five initial remarks aim to narrow the scope of this paper. First, attention is not devoted to the important efforts of the Association Henri Capitant, since—in the period covered by this paper—they aimed primarily to Francophone actors. Second, the research for this paper benefited significantly from the information sections of different law reviews, on both sides of the Atlantic. The accounts in those law reviews offered valuable perspectives on the developments that took place at that time. Third, the paper looks at a limited number of actors and events, and it therefore does not claim to be exhaustive. There was a circulation of legal ideas that linked both continents, while also linking jurisdictions within the continents. There are common legal bases and temporal parallels amongst jurisdictions, yet each jurisdiction merits its own study beyond the scope of this paper. Fourth, the term institutes is understood in a broad way in this paper. It includes self-standing institutes, research units at law faculties or bar associations, academies, and other forums where comparative law was cultivated. After all, individual or isolated efforts can attain a collective impact. All efforts are tesserae of a mosaic, a mosaic that is coloured by the synergy between actors and events.

II. Jurisdictional Echelon

The journey across the Americas starts by exploring the development of comparative law institutes at a jurisdictional echelon. Here attention is devoted to localized and national units. The Americas welcomed comparative law during the period covered by this paper, and the actors in that part of the globe were open to the ideas of Lambert. The French comparatist had an active network on both sides of the Atlantic, and he had already stated in the pages of the 1929 Yale Law Journal that “from time to time, I receive from various countries of Latin America requests for information on the working conditions of an Institute of Comparative Law.”⁸ Such an institute—according to Lambert—required a library and should engage in teaching, welcoming the exploration of comparative legal history.⁹ A US publication mentioned that the efforts of Lambert had found a *most enthusiastic reception* in the New World by 1940, and that his institute had gained support in, amongst others, Chile by Arturo Alessandri Rodríguez, Paraguay by Luis de Gasperi, and Uruguay by Eduardo J. Couture.¹⁰ In Argentina, that same year, Alberto M. Justo—who was a corresponding member of the Lyon Institute¹¹—mentioned that Lambert had devoted significant efforts, already for some time, to engage in dialogue with comparatists from that part of the globe.¹²

Institutes spread across the continent during the first half of the twentieth century because of the efforts of different actors, such as Lambert. These actors—on both sides of the Atlantic—shared common traits. For example, actors ought to be curious and to care for *otherness*; open to dialogue, having a broad interest in the law; and interested in meta-legal aspects. They further ought to believe that comparative law activities should be nurtured within institutes, with a need to disseminate results of their work in monographs and law reviews and to ad-

⁸ É. Lambert and M. J. Wasserman, “The Case Method in Canada and the Possibilities of Its Adaptation to the Civil Law”, Yale Law Journal, 39, 1929, p. 18.

⁹ É. Lambert, “L’Enseignement du Droit comparé. Sa coopération au rapprochement entre la Jurisprudence française et la Jurisprudence anglo-américaine”, Annales de l’Université de Lyon, nouv. série, II, Droit, Lettres, Lyon, Paris, Rousseau, 1919, pp. 97-113.

¹⁰ B. Landheer, “Comparative Law In Latin-America”, American Bar Association Journal, 27:2, 1941, p. 77.

¹¹ See the reference to the corresponding membership of Alberto M. Justo in, A. M. Justo, “Le droit comparé et la formation d’une conscience juridique interaméricaine”, Bulletin de l’Institut de droit comparé de Lyon, 3 année, 1940, p. 29.

¹² A. M. Justo, Perspectivas de un programa de derecho comparado, Buenos Aires, El Ateneo, 1940, p. 31.

vocate for the value of translations as fundamental bridges for the disciplinary development of comparative law. Finally, these actors welcomed *émigrés* from other jurisdictions, at a time of serious political and social conflicts. Consequently, actors ought to be innovative and have the ability to trigger synergy.¹³

A. Localized

Localized efforts can be traced back to 1925, when an institute was established in the city of Córdoba, in Argentina.¹⁴ This can be considered the first institute of comparative civil law in the Americas,¹⁵ and Lambert informed readers about that institute in the 1939 *Bulletin de l'Institut de Droit Comparé de Lyon* (*Lyon Bulletin*).¹⁶ There, he highlighted the potential for the international projection of the work from Córdoba, bridging the Americas and Europe, in both public and private law.¹⁷ Later, the 1957 *Revue internationale de droit comparé* (RIDC) noted that that Argentine institute “had, from its beginnings, been particularly active.”¹⁸ Another French law review mentioned that during the period covered in this paper the institute in Córdoba had published seven monographs, 28 brochures, and 22 academic pieces, having an “important” library.¹⁹

Córdoba was active during the gestational period of comparative law in the Americas. Its objectives, at the time of foundation, included the translation of

¹³ See generally C. Fillon, “Édouard Lambert – L’homme et le fondateur de l’Institut de droit comparé”, F. Ferrand and O. Moréteau (eds), *L’Institut de droit comparé Édouard Lambert dans le siècle: Actes du colloque du centenaire de l’Institut de droit comparé de Lyon 7 et 8 octobre 2021*, Paris, Société de législation comparée, 2022, pp. 43-73.

¹⁴ On this institute and its main actor during the period covered by this paper, see the comprehensive study by J. D. Cesano, Enrique Martínez Paz y el Instituto de Derecho Comparado: un espacio de sociabilidad en la formación de la cultura jurídica de Córdoba, Córdoba, Ediciones Lerner, 2018.

¹⁵ D. F. Esborraz, “La individualización del subsistema jurídico latinoamericano como desarrollo interno propio del sistema jurídico romanista. (II): La contribución de la ciencia jurídica argentina en la primera mitad del siglo XX”, *Roma e America*, 24, 2007, p. 58; F. de Solá Cañizares, “Le Droit Comparé en Amérique Latine”, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 70, 1947, p. 236.

¹⁶ É. Lambert, “Activité des centres de Droit comparé. Notice sur le nouvel Institut de Droit Comparé de Córdoba”, *Bulletin de l’Institut de Droit Comparé*, 2, 1939, pp. 69-72; Esborraz, *supra* note 15, p. 63.

Jorge A. Núñez also informed readers of the events in Córdoba through the pages of the *Lyon Bulletin*. See J. A. Núñez, “Directives de l’Institut de Droit Comparé de Córdoba”, *Bulletin de l’Institut de Droit Comparé*, 3, 1940, pp. 21-28.

¹⁷ É. Lambert, *supra* note 16, pp. 69-70; D. F. Esborraz, *supra* note 15, p. 63.

¹⁸ “Les Instituts de droit comparé en Argentine”, *RIDC*, 9, 1957, pp. 569-570.

¹⁹ F. de Solá Cañizares, *supra* note 15, p. 237.

foreign laws, the creation of a comparative law library, and the organization of academic meetings.²⁰ Translations soon took the stage, as reflected in the work of, amongst others, Marcello Finzi, Roberto Goldschmidt, and Ricardo C. Núñez.²¹ The translations made available seminal works originally drafted in German and Italian, hence exposing the Spanish audience to some of the leading authors in the Old Continent on fields such as criminal law and methodology.²² Córdoba welcomed *émigrés*, with Goldschmidt, for example, taking a fundamental part in the life of the institute.²³ Research visits were encouraged, with Finzi,²⁴ for example, visiting twice the US during the 1940s,²⁵ as reported in the pages of the Bulletin de la Société de législation comparée (SLC Bulletin).²⁶ In addition, comparative law endeavours found a forum within two bulletins in Córdoba, one associated with the Faculty of Law and the other with the Institute of Civil Law.²⁷ Bulletins were tools to spread legal ideas to domestic and international forums. Comparative law courses were offered in Córdoba,²⁸ dealing with different research topics, and being taught by, amongst others, Phanor J. Eder, from New York, who addressed the Anglo-American legal system.²⁹ All these efforts helped to develop networks of scholars interested in the discipline.³⁰ The institute was therefore instrumental in building bridges and opening roads, inviting for dialogue across jurisdictions.

Actors nurtured the life of the comparative law institutes, as reflected in the experience offered by Córdoba. Enrique Martínez Paz gained an undisputed

²⁰ B. Landheer, *supra* note 10.

²¹ J. D. Cesano, "Redes intelectuales y recepción en la cultura jurídico penal de Córdoba (1900-1950)", *Rechtsgeschichte*, 20, 2012, p. 164. See also J. D. Cesano, *supra* note 14, pp. 90-94.

²² See generally J. D. Cesano, *Viajeros y traductores: circulación de ideas en la formación de la cultura jurídico penal de Córdoba*. Luis Jiménez de Asúa y Robert Goldschmidt 1923/1952, Córdoba, Ediciones Lerner, 2015.

²³ Roberto Goldschmidt moved from Argentina to Venezuela in 1953. His active network extended to America, Africa, and Europe, and he collaborated with colleagues from different jurisdictions, such as Phanor J. Eder. See M. Ancel, "Roberto Goldschmidt", *RIDC*, 19, 1967, pp. 485-486; P. Lepaulle, "Roberto Goldschmidt et Phanor J. Eder.- El fideicomiso", *RIDC*, 8, 1956, p. 483.

²⁴ On the life and work of Marcello Finzi, with special attention to the time in Córdoba, see J. D. Cesano, Marcello Finzi. *La inclusión de un penalista exiliado en la cultura jurídica de Córdoba*, Córdoba, Ediciones Lerner, 2014.

²⁵ J. D. Cesano, *supra* note 14, p. 101.

²⁶ S. Bijon, "Les études de droit comparé aux États-Unis vues par un juriste latin", *Bulletin de la Société de législation comparée*, 70, 1947, p. 117.

²⁷ See the reference to the presence of comparative law in those two bulletins. See J. D. Cesano, *supra* note 14, pp. 123-124.

²⁸ D. F. Esborraz, *supra* note 15, pp. 61-62.

²⁹ "Institut de droit comparé de l'Université de Cordoba (Argentine)", *RIDC*, 4, 1952, p. 304.

³⁰ See, for example, J. D. Cesano, *supra* note 24, pp. 87-91.

place in the activities in the Argentine institute, acting as its director during most of the period covered by this paper.³¹ He was indeed open to deal with *otherness*, having held chairs of sociology, philosophy, and civil law.³² Martínez Paz was amongst the pioneers in the development of the discipline in the Americas, having published a book in 1934 offering an introduction to the study of comparative civil law.³³ There were other important actors at the institute in Córdoba. For example, the already-mentioned Goldschmidt, an exile from National Socialist Europe, who was welcomed first in Uruguay, thanks to Couture.³⁴ This important actor was able to build many bridges with Europe, also through translations.³⁵ Finzi acted as another important link with Europe, in his case mainly with Italy and the legal narrative of that part of Europe.³⁶

B. National

Developments also took place at a national echelon in the Americas in the period 1900-1950. The United States of America (US) offers an early example of the emergence of a comparative law institute at a national echelon.³⁷ David S. Clark traced comparative law in the US to the 1904 St. Louis Universal Congress of Lawyers and Jurists: the first international congress dealing with comparative law on US soil.³⁸ One year later, efforts started towards the establishment of the Comparative Law Bureau (Bureau) of the American Bar Association (ABA).³⁹ Bureau members held annual meetings and published a bulletin from 1908 until 1914,⁴⁰ engaging therefore in the premier forum of that nature in the US.⁴¹ At that time, the activities of these actors revolved mainly around the publication

³¹ See generally J. D. Cesano, *supra* note 14, pp. 59-77.

³² J. D. Cesano, *supra* note 14, p. 30.

³³ D. F. Esborraz, *supra* note 15, pp. 67-76.

³⁴ See generally, J. D. Cesano, *supra* note 22, pp. 83-137.

³⁵ See J. D. Cesano, *supra* note 22, pp. 105-121.

³⁶ See generally the thorough study in J. D. Cesano, *supra* note 24.

³⁷ David S. Clark studied extensively the developments in the US. On this period, see for example, D. S. Clark, "American Participation in the Development of the International Academy of Comparative Law and Its First Two Hague Congresses", *American Journal of Comparative Law*, 54 Issue Suppl., 2006, pp. 1-21.

³⁸ D. S. Clark, "Establishing Comparative Law in the United States: The First Fifty Years", *Washington University Global Studies Law Review*, 4, 2005, p. 584.

³⁹ D. S. Clark, *supra* note 38, p. 584.

⁴⁰ D. S. Clark, *supra* note 38, p. 584.

⁴¹ D. S. Clark, *supra* note 38, p. 584.

of scientific articles on comparative research and the support of translations into English of civil codes.⁴² The Great War and the important economic depression paid a toll on the activities of the Bureau.⁴³ Therefore, the ABA opted to merge the Bureau with the International Law Section, and as from 1933 it was referred to as the Section of International and Comparative Law (ABA Section).⁴⁴ The interest in comparative law was strong especially in New York, and Bureau members established the American Foreign Law Association (AFLA) in 1925.⁴⁵ AFLA actively published bibliographies and the proceedings of its meetings,⁴⁶ hence nurturing the efforts of actors interested in comparative law in that part of the Americas. Amongst those actors was Eder,⁴⁷ who likewise disseminated efforts across the continent, as illustrated by his teaching activities in Córdoba.⁴⁸ At the end of the period covered by this paper, in the early 1950s, members of the ABA Section and of AFLA moved towards the establishment of what is currently the American Society of Comparative Law.⁴⁹

Accounts dealing with the development of comparative law in the US are enriched by references to the life and work of Wigmore. This remarkable jurist was interested in *otherness*,⁵⁰ having attained a broad formation. The expert on evidence was recognized worldwide as a comparative law scholar and was able to use his influence to promote the discipline. This fundamental actor helped in the creation of institutes, in establishing bulletins and law reviews, and in welcoming *émigrés*. For example, he was a founding board member of the Bureau;⁵¹ and he occupied important places in the comparative law congresses held

⁴² S. S. Brostoff, "The Spanish Craze in American Comparative Law and the Formation of Mixed Legal Systems in Puerto Rico and The Philippines, 1898-1918", *Tulane European and Civil Law Forum*, 34, 2019, p. 41.

⁴³ D. S. Clark, *supra* note 38, p. 584.

⁴⁴ D. S. Clark, *supra* note 38, p. 584.

⁴⁵ D. S. Clark, *supra* note 38, p. 584.

⁴⁶ D. S. Clark, *supra* note 38, p. 585.

⁴⁷ M. Ancel, "Phanor J. Eder", *RIDC*, 24, 1972, pp. 701-702; D. S. Clark, *supra* note 38, pp. 585 and 590.

⁴⁸ See *supra* note 29, and accompanying text.

⁴⁹ D. S. Clark, *supra* note 38, p. 585.

⁵⁰ See A. Kocourek, "John Henry Wigmore", *The Green Bag*, 24(1), 1912, p. 3; W. R. Roalfe, *John Henry Wigmore: Scholar and Reformer*, Evaston, Northwestern University Press, 1977; A. Parise, "John H. Wigmore (1863-1943): Un mosaico que ilustra sobre el desarrollo del estudio comparado de la historia del derecho", *82 Revista de Derecho de la Universidad Católica de Perú*, 82, 2019, pp. 205-238.

⁵¹ D. S. Clark, "The Modern Development of American Comparative Law: 1904-1945", *American Journal of Comparative Law*, 55, 2007, pp. 591 and 608. On the early years of the Bureau, see D. S. Clark, *supra* note 38.

in The Hague in 1932 and 1937.⁵² William S. Holdsworth stated as early as 1927 that comparative law students were indebted to Wigmore for the series he published and the writings he made available.⁵³ Like Martínez Paz in Córdoba, Wigmore valued the elaboration of translations for the development of comparative law.⁵⁴ Translations allowed for the effective reception of legal ideas in jurisdictions that did not share the same language. They served as means to promote the circulation of legal ideas on both sides of the Atlantic. Wigmore was open to dialogue and cultivated close ties with jurists beyond the borders of the US,⁵⁵ some being *émigrés*. For example, in 1939 Wigmore recommended Hans Kelsen for a position at University of Illinois.⁵⁶ Life and work of actors like Wigmore helped to leave ostracism behind and to build bridges that generated synergy and fostered the development of science.

Other comparative law efforts took place in the US in the period 1900-1950. For example, the RIDC informed its readers that New York University had established an Inter-American Law Institute in 1947, with Eder taking a leading role.⁵⁷ That institute aimed to familiarize Latin American jurists with the law in the US.⁵⁸ Further, the 1949 RIDC informed that an institute was established at Tulane University.⁵⁹ This institute aimed, amongst others, to foster research on comparative law, to attract comparative law scholars, and to serve as a liaison

⁵² D. S. Clark, *supra* note 37, p. 15; D. S. Clark, *supra* note 51, p. 613; W. R. Roalfe, "John Henry Wigmore 1863-1943", *Northwestern University Law Review*, 54, 1963, p. 450.

⁵³ W. S. Holdsworth, *Some Lessons from our Legal History*, New York, Macmillan, 1928, p. 190.

⁵⁴ See, for example, his work on the *Modern Criminal Science Series*, the *Modern Legal Philosophy Series*, and the *Continental Legal History Series*. See Parise, *supra* note 50, p. 222; C. Petit, "Lombroso en Chicago. Presencias europeas en la Modern Criminal Science Americana", *Quaderni fiorentini*, 36, 2007, p. 801; C. Petit, "Altamira en Chicago", R. Altamira, Spain. *Sources and Development of Law*, Madrid, Dykinson, 2018, p. xi; C. Petit, "John H. Wigmore and European Culture in the Progressive Era", *Clio@Thémis* 16, 2019.

⁵⁵ T. F. Konop et al, "Committee on Memorials", *Association of American Law Schools 1943 Handbook*, Columbus, Heer, 1944, p. 241; A. Porwancher, "Book Review", *Law and History Review*, 34, 2016, p. 820; A. Riles, "Encountering Amateurism: John Henry Wigmore and the Uses of American Formalism", A. Riles (ed), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford, Hart, 2001, p. 97.

⁵⁶ K. Graham, "The Refugee Jurist and American Law Schools, 1933-1941", *American Journal of Comparative Law*, 50, 2002, p. 805.

⁵⁷ R. D., "Ph. Eder, A comparative survey of Anglo-American and Latin-American Law", *RIDC*, 3, 1951, p. 196.

⁵⁸ The *American Journal of Comparative Law* informed that the New York University institute was established "with the support of United States business corporations trading with Latin America, which have provided fellowships for young lawyers from Latin-American countries, the Institute has developed a special program to teach to graduate civilians within a year's time the major topics of the Anglo-American legal system on a comparative basis." "Inter-American Law Institute of New York University School of Law", *American Journal of Comparative Law*, 2, 1953, p. 293.

⁵⁹ "Un Institut de droit comparé en Louisiane", *RIDC*, 2, 1950, p. 145.

for comparatists at Tulane with scholars at other institutes.⁶⁰ The Tulane Law Review soon turned into a forum for comparative law. Contributing editors to that law review included Lambert, Roscoe Pound, Antonio Sánchez de Bustamante y Sirven, and Wigmore.⁶¹

Comparative law spread across the American continent. A first example can focus on Brazil.⁶² There, comparative law studies gained strength after the Second World War, in a context enriched by the activities of *émigrés*, such as Tullio Ascarelli and Enrico Tullio Liebman, both professors in São Paulo.⁶³ As reported by the 1949 RIDC, an institute was established in the latter city, with Noé Azevedo and Ascarelli as directors.⁶⁴ That same year an institute was established in Rio de Janeiro, led by San Tiago Dantas, with ample resources and important library holdings, though shortly lived.⁶⁵ This institute emerged after fruitful dialogue between René David and Dantas.⁶⁶ As reported by the 1949 RIDC, the opening conference in that institute was offered by Kelsen.⁶⁷ A Brazilian National Committee was established in the late 1940s in Rio de Janeiro, and was led by Haroldo Valladão.⁶⁸

A second example can focus on Mexico. Early activities were linked to the National Autonomous University of Mexico.⁶⁹ The Spanish Felipe Sánchez-Román y Gallifa was involved in the establishment of an institute in 1940, and he further taught introduction to comparative law.⁷⁰ Being an *émigré*, this actor served as a bridge for comparatists from both sides of the Atlantic.⁷¹ Joaquín

⁶⁰ F. F. Stone, "El Instituto de Derecho Comparado de Tulane. Informe de los primeros diez años", *Inter-American Law Review*, 1, 1959, p. 216.

⁶¹ J. J. Morrison, "Editorials", *Tulane Law Review*, 7, 1932, pp. 96-97.

⁶² See also H. Valladão, "O estudo e o ensino do direito comparado no Brasil: séculos XIX e XX", *Revista de informação legislativa*, 8:30, 1971, pp. 3-14.

⁶³ A. Wald, "Le droit comparé au Brésil", *RIDC*, 51, 1999, p. 835.

⁶⁴ F. de S. C., "Un Institut de Droit Comparé à Sao-Paulo", *RIDC*, 1, 1949, pp. 451-452.

⁶⁵ A. Wald, *supra* note 65, p. 835.

⁶⁶ A. Wald, *supra* note 7, p. 526.

⁶⁷ "Création de l'Institut Brésilien de droit comparé et d'études législatives", *RIDC*, 1, 1949, p. 446.

⁶⁸ Haroldo Valladão was a fundamental actor beyond the period covered by this paper. See H. Valladão, *supra* note 64, p. 11; F. Ovídio, "Aspectos do direito comparado", *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, 79, 1984, p. 176; A. Wald, *supra* note 65, pp. 836-837; O. Martins Gomes, "Instituto de Direito Comparado da Universidade do Paraná", *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, 6, 1958, p. 89.

⁶⁹ H. Fix-Zamudio, "La modernización de los estudios jurídicos comparativos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 64, 1989, p. 85.

⁷⁰ H. Fix-Zamudio, *supra* note 71, p. 85.

⁷¹ Felipe Sánchez-Román y Gallifa arrived to Mexico in 1939, seeking the liberty and independence he could not attain in his country. See A. García-López Santaolalla, "Sexagésimo aniversario del Boletín Mexicano de Derecho Comparado", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, special issue,

Rodríguez Rodríguez, also from Spain, founded in 1948 the bulletin of that Mexican institute.⁷² Translations were commissioned, and formed one of the pillars of the institute,⁷³ including the work of Mario Sarfatti in 1945⁷⁴ and of Frederick Lawson in 1950.⁷⁵

A third example can focus on Canada. The pages of the 1948 Canadian Bar Review read that “there is no country, perhaps, in which the study of comparative law is of more direct and practical importance than in Canada. Here the practising lawyer in, let us say, Ontario may any day be asked to advise upon a problem involving questions of law in Quebec.”⁷⁶ Lambert seemed to be aware of this context, and published with Max J. Wasserman a piece in the 1929 Yale Law Journal dealing with the case method in Canada.⁷⁷ Main developments took place in Canada beyond the period covered by this paper. The RIDC informed of the creation of institutes in Toronto in 1952,⁷⁸ in Ottawa in 1962,⁷⁹ and in McGill in 1965.⁸⁰

Institutes spread across the Americas during the first half of the century.⁸¹ Bulletins and law reviews reported of the establishment of institutes, for example, in Dominican Republic (1941), Puerto Rico (1942), Panama (1944), and Colombia (1947).⁸² The second half of the century also experienced the emergence of institutes within the context offered by the establishment of the IALS.⁸³

2008, p. 419; “L’activité de l’Institut de droit comparé de Mexico”, RIDC, 18, 1966, pp. 915-916.

⁷² H. Fix-Zamudio, *supra* note 71, p. 87.

⁷³ J. B., “L’essor du droit comparé en Amérique latine”, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 70, 1947, p. 121; H. Fix-Zamudio, *supra* note 71, p. 89.

⁷⁴ F. de Solá Cañizares, *supra* note 15, p. 239.

⁷⁵ H. Fix-Zamudio, *supra* note 71, p. 89.

⁷⁶ F. C. Auld, “Comparative Law”, *Canadian Bar Review*, 26-1, 1948, p. 352.

⁷⁷ É. Lambert and M. J. Wasserman, *supra* note 8.

⁷⁸ “Centre de droit comparé de l’Université de Toronto (Canada)”, RIDC, 4, 1952, p. 755.

⁷⁹ “Le Centre canadien de droit comparé de l’Université d’Ottawa”, RIDC, 15, 1963, p. 572.

⁸⁰ See <https://www.mcgill.ca/icl/history>.

⁸¹ See D. F. Esborraz, *supra* note 15, pp. 64-65. For example, a Research Section on Comparative Law was established at the Central University in Ecuador in 1951. See “Le droit comparé à l’Université centrale de l’Equateur”, RIDC, 3, 1951, p. 674; “Le Bulletin de la Section de recherches de droit comparé de l’Université Centrale de l’Equateur”, RIDC, 5, 1953, p. 571.

⁸² O. Martins Gomes, *supra* note 70, p. 88; J. B., *supra* note 75, p. 120; F. de Solá Cañizares, *supra* note 15, p. 237.

⁸³ D. F. Esborraz, *supra* note 15, p. 64.

III. Pan-American Echelon

The development of institutes reached a Pan-American echelon during the first half of the century. Actors were able to engage in dialogue and to disseminate and share their comparative law efforts across the Americas. For example, Felipe de Solá Cañizares stated in the 1947 SLC Bulletin that “throughout Latin America, we have sensed for a long time the exceptional importance of comparative law studies, not only from a scientific point of view but also as a practical way to strengthen inter-American harmonization.”⁸⁴ He added that comparative studies looked at other American jurisdictions, but also at Europe (mainly France, Germany, Spain, Italy, and England).⁸⁵ He further noted that the French influence was extraordinary, yet younger scholars had started to look into Italian, German, and “Anglo-Saxon” authors.⁸⁶ US comparatists were likewise interested in Latin American jurisdictions. The Bureau sponsored several efforts to foster links across the Americas, mainly during the first two decades. In those lines, for example, the Bureau published a translation of the Argentine Civil Code by Frank Joannini in 1917.⁸⁷ That work was part of the ⁸⁸

Events that clustered comparative law actors and efforts can be traced to the Pan-American Conferences.⁸⁹ These events addressed topics also beyond the law and took place in different cities during the period covered by this paper.⁹⁰ They offered a forum for studies on comparative law and uniform laws, where different working groups studied different areas of the law.⁹¹ For example, the renowned Bustamante Code of Private International Law was first discussed in that forum.⁹² Two efforts and their resulting institutes merit special attention when looking exclusively at the realm of the law: the Inter-American Bar Association and the Inter-American Academy of Comparative and International Law.⁹³

⁸⁴ F. de Solá Cañizares, *supra* note 15, p. 229.

⁸⁵ F. de Solá Cañizares, *supra* note 15, p. 236.

⁸⁶ F. de Solá Cañizares, *supra* note 15, p. 236.

⁸⁷ H. L. Clagett, *A Guide to the Law and Legal Literature of Argentina 1917-1946*, Washington, Library of Congress, 1948, p. 28. See also S. S. Brostoff, *supra* note 42, p. 42.

⁸⁸ S. S. Brostoff, *supra* note 42, p. 41.

⁸⁹ They were also referred to as Inter-American Conferences. See also F. de Solá Cañizares, *supra* note 15, p. 229.

⁹⁰ F. de Solá Cañizares, *supra* note 15, pp. 229-230.

⁹¹ F. de Solá Cañizares, *supra* note 15, pp. 229-230.

⁹² F. de Solá Cañizares, *supra* note 15, pp. 229-230.

⁹³ F. de Solá Cañizares, *supra* note 15, p. 231.

A. *Inter-American Bar Association*

The origins of the Inter-American Bar Association can be traced back to the 1920s. At that time, the president of the Argentine Federation of Bar Associations approached the Brazilian counterpart calling for a Pan-American effort that would generate synergy amongst bar associations.⁹⁴ Similar endeavour was being explored at the same time in the US by James Brown Scott and Wigmore.⁹⁵ The Inter-American Bar Association was established in the context of the 1940 American Scientific Congress, and its by-laws point to comparative law as a means to develop legal science.⁹⁶ It was based in Washington, and multiple conferences were organized in that environment, offering a fertile ground for comparatists. For example, the Fifth Conference, that took place in Lima, devoted one of the session to the study of the Bustamante Code, hence showing a pollination between efforts, that is to say, between the Pan-American Conferences and the Inter-American Bar Association.⁹⁷

A network of actors was involved in the activities of the Inter-American Bar Association. Some of these actors were recurring protagonists in the development of comparative law in the Americas, meeting the traits of the early comparatists behind the establishment of institutes. For example, Couture acted as president of the Inter-American Bar Association towards the end of the period covered by this paper.⁹⁸ He was a renowned Uruguayan actor, who died at a young age, and was able to nurture a lively network. The 1957 Tulane Law Review stated that the death of Couture “ended a career in legal scholarship and practice of a brilliance only occasionally found in the history of the legal profession.”⁹⁹ Couture welcomed *émigrés* in Uruguay (v.gr., Goldschmidt);¹⁰⁰ engaged in a transatlantic dialogue with leading comparatists (v.gr., Lambert);¹⁰¹ and had a broad interest in the law, especially “in an age of specialization he was proof that great minds are not limited to narrow fields.”¹⁰² In brief, actors, such as Couture, were innovative and had the ability to trigger synergy.

⁹⁴ F. de Solá Cañizares, *supra* note 15, p. 231.

⁹⁵ F. de Solá Cañizares, *supra* note 15, p. 231.

⁹⁶ F. de Solá Cañizares, *supra* note 15, p. 231.

⁹⁷ F. de Solá Cañizares, *supra* note 15, pp. 232-233.

⁹⁸ E. J. Couture, “Nature of Judicial Process”, *Tulane Law Review*, 25, 1950, p. 1.

⁹⁹ R. G. Huber, “Eduardo J. Couture: In Memoriam 1904-1956”, *Tulane Law Review*, 31, 1957, p. 321.

¹⁰⁰ See *supra* note 34, and accompanying text.

¹⁰¹ See *supra* note 10, and accompanying text.

¹⁰² R. G. Huber, *supra* note 101, p. 321.

B. *Inter-American Academy*

Developments at a Pan-American echelon found a forum in the activities of the Inter-American Academy of Comparative and International Law. Brown Scott from the US and Sánchez de Bustamante y Sirven from Cuba were the main architects behind this effort.¹⁰³ The Inter-American Academy was established during the 1941 conference in Cuba of the Inter-American Bar Association,¹⁰⁴ while its first session took place in Havana in 1945, offering lectures and roundtable discussions.¹⁰⁵ The Inter-American Academy had a curatorium with diverse representatives (v.gr., Carnegie Foundation, International Bar Association, University of Havana) and delegates from many American jurisdictions.¹⁰⁶ It is worth noting that Sánchez de Bustamante y Sirven was appointed honorary president and that a special homage was made to the late Brown Scott.¹⁰⁷

The Inter-American Academy was based in Havana. It had as its main objectives the offering of specialized courses, the hosting of conferences, the sponsorship of scientific gatherings, and the publication of legal research that would stimulate comparative law.¹⁰⁸ In those lines, the academy organized a series of roundtables that gathered some of the fundamental actors behind the development of comparative law. The 1947 roundtable, for example, included participants mainly from Central and North America, many coming from Cuba, as would have been expected. Eder—a recurring actor during the period—participated of the discussions that took place during the 1947 roundtable.¹⁰⁹ The preliminary note to the 1947 volume that included the proceedings of the roundtable pointed to the value of attracting the curiosity of scholars from across the Americas into topics of undisputed interest.¹¹⁰ The Inter-American Academy, according to a statement in the 1945 *Tulane Law Review*, was “bound to play a leading part in the unification of the laws of the Americas and in the promotion

¹⁰³ F. de Solá Cañizares, *supra* note 15, p. 234.

¹⁰⁴ F. de Solá Cañizares, *supra* note 15, p. 234.

¹⁰⁵ A. de Castro, “Inter-American Academy of Comparative and International Law: Inauguration and First Session”, *Tulane Law Review*, 20, 1945, pp. 112-113.

¹⁰⁶ See for example the members of the curatorium in the inside cover of *Debates de Mesa Redonda 1947*, 1, Havana, Academia Internacional de Derecho Comparado e Internacional, 1947; de Casto, *supra* note 107, p. 113.

¹⁰⁷ A. de Castro, *supra* note 107, p. 115.

¹⁰⁸ F. de Solá Cañizares, *supra* note 15, p. 234; A. de Casto, *supra* note 107, pp. 112-113.

¹⁰⁹ *Debates de Mesa Redonda*, *supra* note 108, pp. 7-8.

¹¹⁰ *Debates de Mesa Redonda*, *supra* note 108, p. 5.

of intellectual cooperation and continental unity in this hemisphere.”¹¹¹ Indeed, these and other efforts gathered those who were interested in comparative law across the continent. Pan-American efforts—including conferences, publications, and teaching—amalgamated with those undertaken by actors and institutes at a jurisdictional echelon.

IV. Transatlantic Echelon

Comparative law scholars in the Americas and Europe engaged in an enriching dialogue at a transatlantic echelon. Actors, such as Lambert,¹¹² served as bridges for that dialogue across continents and systems during the period covered by this paper. In those lines, Lambert had put forward the idea of an Ibero-American institute,¹¹³ aiming to link the Americas with Europe. Institutes likewise served as bridges. For example, the Lyon Bulletin offered accounts of comparative law developments in the Americas.¹¹⁴ The Société de législation comparée also acted as a transatlantic platform during that period, with sections in the Americas, for example, in Cuba¹¹⁵ and Peru.¹¹⁶ Towards the end of the period covered in this paper, France had “taken an increased interest in legal developments in Latin America, as evidenced by frequent visits of prominent jurists and the organization of the Franco-Latin American Legal Conferences.”¹¹⁷ All these efforts took place within the context offered by the International Academy of Comparative Law. There, the Americas were well represented, with Sánchez de Bustamante y Sirven being president from 1927 to 1950, to be followed by Pound during the period 1950 to 1955.¹¹⁸ The World Congress of the International Academy took place in London in 1950, and was likewise enriched by the participation of American comparatists. For example, Pound read one of the papers

¹¹¹ A. de Castro, *supra* note 107, p. 112.

¹¹² For example, the Tulane Law Review informed of the death of Édouard Lambert, stating that “Anglo-American law has lost one of its most understanding and constructively critical continental students.” F. F. Stone, “Professor Edouard Lambert”, Tulane Law Review, 23, 1949, p. 381.

¹¹³ D. F. Esborraz, *supra* note 15, p. 63; É. Lambert, *supra* note 16, p. 70.

¹¹⁴ See generally the contents of the different volumes of the Lyon Bulletin.

¹¹⁵ “Section des langues latines”, Bulletin de la Société de législation comparée, 68, 1939, p. 381.

¹¹⁶ “Le groupe péruvien de la Société de Législation Comparée”, RIDC, 2, 1950, pp. 361-368. The RIDC informed in 1950 that the Revista Jurídica del Perú was published by that section. See “Une nouvelle revue juridique Péruvienne”, RIDC, 2, 1950, p. 356.

¹¹⁷ K. H. Nadelmann, “Book Reviews”, University of Pennsylvania Law Review, 97, 1949, p. 579.

¹¹⁸ See <https://aidc-iacl.org/president/>.

in one of the two opening sessions.¹¹⁹ Two landmarks can be mentioned when efforts are narrowed exclusively to the Atlantic world: the Ibero-American Institute of Comparative Positive Private Law and the first three Franco-Latin American Legal Conferences.

A. Ibero-American Institute

The Ibero-American Institute of Comparative Positive Private Law was established in Madrid in 1908.¹²⁰ The SLC Bulletin informed its readers that the organizing committee of that institute gathered renowned experts in the field.¹²¹ Actors, such as Alejo García Moreno and Gumersindo de Azcárate, were amongst its founders.¹²² García Moreno was a law professor and publicist,¹²³ while Azcárate was well read in the Americas and had engaged in epistolary exchanges with Wigmore.¹²⁴ The Ibero-American Institute aimed to capitalize the interest that was growing on the Latin world, which was even referred at that time as the “psychosis of the Latin world.”¹²⁵ In line with other institutes that were previously addresses in this paper, the 1908 effort expected to create and disseminate knowledge on comparative law, nurturing the dialogue amongst actors.¹²⁶ It further aimed to establish delegations in jurisdictions of the Americas and Asia, where the Iberian influence had reached, including, but not limited to, Argentina, Brazil, Chile, Cuba, Mexico, Venezuela, and the Philippines.¹²⁷ The institute devoted efforts to act as a forum to offer answers to pressing legal questions and to publish a law review informing on legislative developments, with a special care for events in Ibero-America.¹²⁸ The latter effort was materi-

¹¹⁹ F. F. Stone, “The International Congress of Comparative Law”, *Tulane Law Review*, 25, 1950, p. 98.

¹²⁰ C. Sansas, “Comptes rendus d’ouvrages”, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 39, 1910, p. 229.

¹²¹ C. Sansas, *supra* note 122, p. 229.

¹²² “The Ibero-American Institute of Comparative Positive Law”, *American Journal of International Law*, 3, 1909, pp. 979-980.

¹²³ On the life and work of Alejo García Moreno, see generally B. Clavero, “Legislación Universal para Pueblos Modernos, 1868-1914”, V. Tau Anzoategui (ed), *La revista jurídica en la cultura contemporánea*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, p. 31.

¹²⁴ C. Petit (Altamira en Chicago), *supra* note 54, pp. xxi, lvii, lxxviii and lxxx.

¹²⁵ “The Ibero-American Institute of Comparative Positive Law”, *supra* note 124, p. 979.

¹²⁶ “The Ibero-American Institute of Comparative Positive Law”, *supra* note 124, p. 980.

¹²⁷ B. Clavero, *supra* note 125, p. 43.

¹²⁸ “The Ibero-American Institute of Comparative Positive Law”, *supra* note 124, p. 980.

alized, while the former seemed not to have fully blossomed.¹²⁹ The Ibero-American Institute was involved in the publication of the *Revista de Legislación Universal y Jurisprudencia Española*.¹³⁰ That law review had been launched in 1902;¹³¹ had a broad scope, as indicated by its name; and was deemed of extraordinary quality in regards to theory and doctrine.¹³² The editors of that law review considered it a forum for the study of comparative law¹³³ and devoted especial efforts to attend initiatives that could deal with Ibero-American integration.¹³⁴ The institute and the law review were closely connected, and subscription to the latter entailed membership of the former.¹³⁵ The Ibero-American Institute found in the law review a way to enhance its activities; while the law review, which had preceded it in time, found a means to survive.¹³⁶ In its drive to develop networks, the editors of the law review turned the attention towards the Americas and to the ideas of leading actors, such as those of Brown Scott regarding international law, even when not being fully in line with the earlier ideals of García Moreno.¹³⁷ After all, and as mentioned previously in this paper, the publication of bulletins was a core aspect for the emergence of institutes during the first half of the twentieth century on both sides of the Atlantic.

B. Franco-Latin American Legal Conferences

The Franco-Latin American Legal Conferences gained a place of pre-eminence amongst the comparative law developments at a transatlantic echelon. Even when these conferences did not trigger directly the establishment of a specific institute, they gather fundamental actors and institutes, attaining synergy and cultivating the study of comparative law. As stated by Arnaldo Wald in the pages of the 2016 RIDC, “the Franco-Latin American Legal Conferences set the first

¹²⁹ B. Clavero, *supra* note 125, p. 45.

¹³⁰ F. Liendo Tagle, *Prensa jurídica española. Avance de un repertorio (1834-1936)*, Madrid, Dykinson, 2020, p. 162.

¹³¹ B. Clavero, *supra* note 125, p. 37; F. Liendo Tagle, *supra* note 132, p. 161.

¹³² F. Liendo Tagle, *supra* note 132, p. 162.

¹³³ C. Petit (Altamira en Chicago), *supra* note 54, p. xxxviii.

¹³⁴ B. Clavero, *supra* note 125, p. 42.

¹³⁵ B. Clavero, *supra* note 125, p. 43.

¹³⁶ B. Clavero, *supra* note 125, p. 43.

¹³⁷ B. Clavero, *supra* note 125, p. 44.

steps in the globalization of the study of comparative law.”¹³⁸ The first of these events was organized in Paris in April 1948, to be followed by gatherings in September 1948 in Montevideo and October 1950 in Toulouse.¹³⁹ These conferences fostered the introduction of a new methodological approach to comparative law¹⁴⁰ and paved the way for the establishment of the IALS.¹⁴¹ They further welcomed the collaboration of law practitioners from both sides of the Atlantic, not being limited to studies written by specialists in isolation.¹⁴² The first of these conferences gathered representatives from 14 Latin American countries, and as noted on the occasion of the 100 years of the *Société de législation comparée*, even when facing the challenges of transportation at that time.¹⁴³ These conferences resulted in an enriching exchange of reports, commentaries, and projects.¹⁴⁴ Above all, they offered a timely forum for a transatlantic dialogue amongst the actors behind the development of comparative law.

Actors, as in previous endeavours, were behind the completion of this transatlantic bridge. De Solá Cañizares took a leading role as adjoint secretary general of the first conference, having a solid background on Latin American studies.¹⁴⁵ In the obituary of this Spanish actor, David stated in the pages of the RIDC that de Solá Cañizares was the Franco-Latin American Legal Conferences.¹⁴⁶ De Solá Cañizares can be deemed a bridge across continents: making Latin American jurist known in France, and vice versa.¹⁴⁷ In addition, he was instrumental in the organization of scholarly visits on both sides of the Atlantic.¹⁴⁸ De Solá Cañizares had engaged in numerous publications,¹⁴⁹ and had therefore met the traits of the actors that shaped the development of comparative law during the period covered by this paper. David was likewise involved in the

¹³⁸ A. Wald, *supra* note 7, p. 530.

¹³⁹ See “Les Journées franco-latino-américaines de droit comparé (Montevideo, septembre 1948)”, RIDC, 2, 1950, pp. 551-559; “Journées de droit Franco-Latino-Américaines, Toulouse 1950”, RIDC, 1, 1949, p. 441. Other gatherings followed beyond the period covered by this paper.

¹⁴⁰ A. Wald, *supra* note 7, p. 518.

¹⁴¹ A. Wald, *supra* note 7, p. 525.

¹⁴² A. Wald, *supra* note 7, p. 518.

¹⁴³ “Le Centenaire de la Société de législation comparée (1869-1969)”, RIDC, 20, 1968, pp. 756-757.

¹⁴⁴ R. Molina Pasquel, “Veinticinco años de evolución del Derecho Comparado: 1940-1965”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 4, 1969, p. 67.

¹⁴⁵ “Travaux des Journées de Droit Franco - Latino - Américaines”, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 71, 1948, p. 510.

¹⁴⁶ R. David, “Felipe de Solá Cañizares (1905-1965)”, RIDC, 17, 1965, p. 569.

¹⁴⁷ R. David, *supra* note 148, pp. 569-570.

¹⁴⁸ R. David, *supra* note 148, pp. 569-570.

¹⁴⁹ R. David, *supra* note 148, pp. 578-582.

first conference, acting as one of the general rapporteurs, while Dantas, from Brazil, was one of the main speakers.¹⁵⁰ Other recurring actors were involved in the first conference,¹⁵¹ as well as in the ones that followed. For example, the pages of the 1952 RIDC informed that Martínez Paz, from Córdoba, had “insisted on attending personally and took an active part in the discussions”¹⁵² of the first conference. Institutes were also involved in these conferences, as expected from the recurrent efforts of the leading actors. Accordingly, the proceedings of the first conference refer to the adhesion of, amongst others, the previously mentioned institutes of Córdoba, Lyon, and Rio de Janeiro.¹⁵³ The interplay of actors was indeed very fruitful and triggered synergy for the development of comparative law.

V. Closing Remarks

Law is rarely shaped after one single occurrence, since multiple actors and events can trigger different mutations, even motivating paradigmatic shifts. Occurrences are tesserae of a mosaic that fills with colour with the synergy between actors and events. A collective understanding can be attained by looking at a number of actors and events, ultimately helping to explain a paradigmatic shift. A look into the Americas during the first half of the twentieth century aided to unveil some of the main traits around the development of institutes of comparative law. These institutes served as forums, resulting in a paradigmatic shift in the disciplinary development of comparative law. A comparative legal historical approach to these institutes, and to the comparatists that interacted within them, served as a reminder that narratives and uncontested dogmas ought to be challenged.

The journey across the Americas started by looking at the development of comparative law institutes at a jurisdictional echelon. At this echelon efforts were both localized (v.gr., Córdoba) and national (v.gr. US), and helped to develop the study of comparative law. Actors nurtured those efforts and shared

¹⁵⁰ A. Wald, *supra* note 7, p. 517.

¹⁵¹ See the *liste des Adhérents* in “Travaux des Journées de Droit Franco - Latino - Américaines”, *supra* note 147, pp. 513-515.

¹⁵² “Enrique Martínez Paz”, RIDC, 4, 1952, p. 355.

¹⁵³ “Travaux des Journées de Droit Franco - Latino - Américaines”, *supra* note 147, pp. 521-522.

some common traits (v.gr., cared for *otherness*, valued translations, welcomed *émigrés*), being innovative and having the ability to trigger synergy. These actors (v.gr., Dantas, Wigmore) ultimately helped to leave ostracism behind and to build bridges. Comparative law institutes indeed spread across the continent during the first half of the twentieth century.

Actors engaged in comparative law exercises also at a Pan-American echelon. They were able to disseminate and share their comparative law efforts in different forums while engaging in an enriching dialogue. For example, there was a common interest towards the establishment of a bar association that would link actors across the Americas. The actors behind that association did meet the traits of the early comparatists and were part of a network. At this echelon, there was also interest in the interaction within the framework offered by an academy that could offer specialized teaching and publications towards the disciplinary development of comparative law in the Americas. These and other efforts gathered actors that were interested in comparative law across the continent, and they built on existing efforts at a jurisdictional echelon. Legal ideas circulated as a consequence of these efforts and could be deemed part of a common narrative.

The dialogue amongst comparatists took place at a transatlantic echelon, moreover. The interest in other jurisdictions was present on both sides of the Atlantic and the institutes served as catalysers to facilitate the circulation of legal ideas. At this echelon, the paper first explained how an Ibero-American institute was able to outreach to comparatists by means of a law review (i.e., *Revista de Legislación Universal y Jurisprudencia Española*). Notably, bulletins and law reviews were tools to accelerate the disciplinary autonomy of comparative law, being a core aspect in the life of institutes during the first half of the twentieth century on both sides of the Atlantic. At this same echelon, the paper then addressed three conferences that invited for dialogue amongst the European and American narratives. These gatherings offered a place of pre-eminence to French comparatists within the transatlantic dialogue; they took place on both sides of the Atlantic; and they welcomed the collaboration between actors, many of whom were likewise active both at jurisdictional and Pan-American echelons. Comparative law advanced in various American jurisdictions, many times led by the activities of recurring actors. Parallels can be identified in the comparative law efforts that took place across the Americas, yet each experience had its own

particularities that merit attention. There was an active dialogue between actors, in the three echelons addressed in this paper. Looking at actors and events showed that circulation, pollination, and vernacular gestation of legal ideas occurred. Comparative law was nurtured within the institutes that quickly multiplied on both sides of the Atlantic. These institutes acted as forums and even as laboratories for comparatists to develop legal ideas and new methods. Networks of comparatists emerged and were able to accelerate the development of comparative law as a discipline. Actors during the second half of the century could only but benefit from the foundations that were laid by the earlier institutes of comparative law in the Americas.

EL PRECEDENTE JUDICIAL. ENTRE EL CAOS Y EL ORDEN

THE JUDICIAL PRECEDENT. BETWEEN CHAOS AND ORDER

María del Carmen Piña*

Resumen: En este ensayo, la autora, atónita por la irrupción desmesurada del Precedente judicial, propone identificar razones teóricas y prácticas sobre entidad y trascendencia del fenómeno. Intenta dimensionar la puesta en valor de la jurisprudencia por parte de los juristas, en cuanto fuente del derecho, ante el supuesto de haberse removido el sistema de fuentes en el *Civil Law*. Revisar teorías atinentes a los distintos sistemas. Resignificar la importancia de la comparación jurídica. A partir de la tesis de Ross, proyecta sobre Taruffo la actualidad del precedente. Analizar la confrontación de nuevos paradigmas y postular algún orden en un derecho caótico.

Palabras clave: precedente judicial, teorías, jurisprudencia, fuentes, sistemas, derecho comparado, orden, caos.

Abstract: In this essay, the author, stunned by the excessive breakthrough of the judicial precedent, proposes to identify theoretical and practical reasons for the entity and importance of the phenomenon. She tries to estimate how jurists now value case law, as a source of law, in the case of being removed from the source

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Diplomada en Derecho Comparado (Universidad Attila József en Séged, Hungría). Becaria en Seminario de Derecho Comparado Universidad de Lodz, Polonia y Bordeaux, Francia. Profesora de Derecho Comparado en Especialidades, Maestrías y Carrera de Doctorado (UNC, UCC y Universidad Siglo21). Miembro del Instituto de Derecho Comparado de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Ex Juez de la Sala VI de la Cámara Única del Trabajo de Córdoba. Co Directora de la carrera Interinstitucional de Derecho Laboral (UNC, UCC y Universidad del Litoral) Directora del Seminario de Metodología de la Investigación de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Contacto: mariadelcpina@gmail.com

system in Civil Law. She revises theories pertaining to different systems and re-signifies the importance of legal comparison. From Ross' thesis, she projects on Taruffo the current state of the precedent. She analyzes the confrontation of new paradigms and attempts to establish some kind of order in a chaotic law.

Key words: judicial precedent, theories, case law, sources, systems, comparative law, order, chaos.

I. Introducción

Es notable observar entre nosotros una cierta adhesión a las modas. Este fenómeno, liminarmente, puede identificarse por ejemplo, con vestimenta, cine, automóviles. Se trata en cada caso de algunos espacios que han logrado brillo estelar. Cuando en el ámbito jurídico se dice que tal o cual tema se ha puesto de moda, puede que el brillo no ilumine lo suficiente. En la pasada década del 90 y hasta el primer decenio de este nuevo siglo, hubo consenso en cuanto el tema de los principios jurídicos era convocante y apoloético. Desde allí, todo jurista siente un fuerte ímpetu al abordar en cualquier ámbito del derecho el debate sobre los mismos. Es claro observar quienes experimentan hasta una sensación de fuerza argumental o de poder intelectual con la mera alusión a esta materia, que en la mayoría de los ejemplos toma un cariz de tópico trascendente.

Hay una constatación inicial en cuanto se vivía una nueva "edad de oro" de los principios en el ambiente teórico de la Filosofía del Derecho¹ como también en el contexto de los derechos nacionales, del cual por cierto, nuestro país no fue una excepción. Por otra parte, la reivindicación de los principios o de una cierta versión de los mismos, casi siempre ha resultado polémica con la concepción positivista del Derecho. A su turno, la literatura jurídica argentina posterior al Constitucionalismo Social, releva un catálogo de principios constitucionales y es frecuente la invocación de ellos por parte de todas las áreas de la Dogmática.

Se ha dicho que el tema de los principios generales es un concepto borroso, no obstante, que constituye el punto de encuentro inexorable para todo jurista. Ellos no son tan sólo un apartado necesario de una teoría, sino una temática con la que éste se topa inevitablemente en el trabajo jurídico concreto.

¹ Prieto Sanchis Luis, Sobre Principios y Normas, Problemas del razonamiento Jurídico. Cuadernos y Debates,, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, Pág. 17.

Hay innumerables intentos definitorios de los principios, aunque pocos se han considerado relevantes y esclarecedores, así como los estudios respecto a su estructura, formulación y contenido normativo. También frondosa es la literatura en torno a la posición de los principios en el ordenamiento jurídico y otro tanto en cuanto a las fuentes de la cual emanan; a la argumentación en base a principios, a la dicotomía principios y valores, clasificación y conflictos entre principios y normas y entre principios entre sí.

Hoy es notable observar en el ámbito jurídico la irrupción de la figura del precedente judicial, tema que siempre ha sido evaluado como importante y ha adquirido una mayor en estos últimos tiempos e incluso, se ha puesto de moda, como refiere García Amado². El filósofo español sostiene que hay mucho que hablar, mucho que aprender, mucho que enseñar, mucho que meditar sobre dicho tema en estos tiempos en lo que está por así decir: “agitado el sistema de fuentes del derecho”; tiempo de importantes cambios en la teoría y la práctica de lo jurídico. Súbitamente se advierte que emergen con fuerza nuevas categorías, nuevos planteamientos, nuevas teorías, entre ellas las relativas al precedente judicial y donde siempre está presente esta polémica que subyace eterna entre positivistas y antipositivistas, o como aquél gusta llamar, *ius positivistas* y *ius moralistas*.

A esta altura son inquietantes los interrogantes: ¿por qué es importante para un teórico y un práctico del derecho este tema de los precedentes judiciales? ¿qué tiene de particular o porqué un buen abogado debería ocuparse y preocuparse de conocer cosas y aprender a argumentar sobre estas cuestiones?

Un relevamiento somero muestra un sinnúmero de operadores jurídicos interesados en la temática y ello podría ser indiciario de que “algo” está sucediendo. Y luego decir que lo que sucede, lo es desde varios puntos de vista: ha ocurrido, por ejemplo, desde el punto de vista teórico. En este ámbito es donde Núñez Vaquero³ se confiesa culpable de haber engrosado la literatura, pero sobre todo afirma, porque desde que se dieron los procesos de constitucionalización de los ordenamientos, desde que caló el nominado *iusmoralismo*, entiende que

² García Amado, Juan Antonio, Curso Precedentes Judiciales. Teoría y Práctica. Seminario Web Gratuito: El precedente Judicial y la Tradición Jurídica Continental. Seminario web gratuito llevado a cabo el día 11 de Marzo de 2022, organizado por Sílex Formación Jurídica e impartido por los profesores del Curso Precedentes judiciales. Teoría y Práctica. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=RgTi4CIZZbE>

³ Núñez Vaquero, A., Precedente en materia de hechos, Revista de Derecho, XXXI, (1), 2018, p. 51-78

los tribunales han ido teniendo un rol cada vez más importante dentro de nuestros ordenamientos jurídicos.

El fenómeno esbozado se verifica con claridad en lo ocurrido con muchos de los tribunales constitucionales, tanto europeos como latinoamericanos. Al efecto, cita al Tribunal español, al colombiano, la Corte Suprema mexicana, el Tribunal Federal brasileño y la propia Corte Suprema argentina.

En cuanto a los operadores que abogan diariamente con el derecho, no se interrogan acerca de la relevancia de los precedentes, ya que es algo con lo que se encuentran todos los días. Una simple miscelánea muestra que todos los tribunales o muchísimos de ellos, citan, con mayor o menor frecuencia, decisiones de otros tribunales o las propias, desde la Corte Interamericana citándose a sí misma o citando a la Corte Europea de Derechos Humanos o Tribunales Constitucionales y Cortes Supremas citando a la Corte Interamericana; jueces de primera instancia citando a la Corte Interamericana en contra de la jurisprudencia de su propia Corte Suprema o de su propio Tribunal Constitucional.

Se afirma que lo sucedido es que, de nuevo, la comunidad de los juristas se ha dado cuenta de un tema que ha estado siempre en la cultura jurídica del Civil Law, cual es el valor de la jurisprudencia, si se quiere en cuanto fuente del derecho. Y sobre esa afirmación, Núñez Vaquero expresa que no es que haya sido moda o casualidad⁴.

En tren de fortalecer su andamiaje discursivo, refiere que no se explican cosas tales como que se paguen costosísimos buscadores de jurisprudencia, que haya despliegue en revistas con comentarios de sentencias, que la mayoría de los países latinoamericanos estén poniendo todas sus sentencias en línea y ejemplifica con Chile, quien tiene todo puesto *on line* todo, salvo algunos pocos casos y concluye: “cuando el río suena es que agua lleva y es bien caudalosa”⁶. Desde su estamento, García Amado formula una distinción fundamental en cuanto es importante que el buen abogado sepa ante el Tribunal donde actúa, citar sentencias relevantes. Eso tiene una función retórica, de convicción; una función persuasiva, pero se pregunta dónde queda la frontera entre este precedente de uso retórico o como argumento para arrastrar al Tribunal sobre la base de la autoridad de la sentencia dictada por otros tribunales y al que se ha llamado “precedente vinculante”.

⁴ García Amado, Juan Antonio, ob. cit. ⁶ García Amado, Juan Antonio, ob. cit.

La reconstrucción lingüística de la cuestión en análisis alude en primer lugar a la jurisprudencia como fuente del derecho, con toda la construcción tejida en torno a ello. No tenía un lugar propio la jurisprudencia en esa idea de delimitación taxativa de las fuentes. En la actualidad es válido, según lo antes expuesto, aludir a la entidad y valor de los precedentes. Hoy está aceptado decir que nos enlaza con una manera más novedosa, más globalizada de ver el derecho.

Con la noción precedente parece ya traernos aparejada otra noción de la función judicial, con un lugar propio en el derecho, como integradora y creadora del derecho. Todo esto a la hora de relacionarlo con la idea de vinculación o no del precedente. Es cuando se habla del precedente vinculante o no, tiene mucho que ver, a veces más bien es cuestión de nominación o cuestión de palabras, pero lo que sí parece importante es establecer algún tipo de distinción entre lo que es la función normativa del precedente y la función de persuasión.

Esa relevancia normativa puede tener varias maneras de expresarse, no necesariamente quiere decir que el precedente es algo que tiene que usarse para decidir o algo que tiene que ser aplicado, también puede servir como fundamento no necesario pero suficiente para justificar una decisión.

Lo que no está en duda es que se trata en todos los casos de algo que nos sirve para determinar de alguna manera normativamente la decisión que toma el juez.

Hay también otras cuestiones que indudablemente se perciben y puede enunciarse el fárrago de desinteligencias en torno al alcance del concepto en análisis, respecto a genuinas diferencias hermenéuticas, disenso en torno a la valoración de cada tipología propuesta. Sobre el espacio delineado, el ensayo que se plantea es primordialmente descriptivo. La propuesta no apunta por cierto a agotar el tema, sino más bien la pretensión es instalar algunos espacios al debate. Si este intento reconstructivo, de ambición desmesurada, exhibiera una imagen caótica, no es motivo para el desánimo. El caos es un orden aún sin descifrar⁵.

⁵ Como Señala Bolz en otra de sus obras, caos es la apariencia que presentan situaciones de muy alta complejidad. *El caos no es lo contrario del orden*. Conforme Grün Ernesto, *Una visión sistémica y cibernética del Derecho en el mundo globalizado del siglo XXI*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

II. De abogados y jueces. ¿Teoría del precedente?

En el *Common Law*, señala Florencia Ratti⁶ que, por regla general, lo que ha sido resuelto judicialmente debe replicarse en casos análogos posteriores, desde que los tribunales inferiores están obligados a seguir el precedente del tribunal superior en la escala jerárquica, y si bien cada tribunal puede apartarse de su propio precedente, tal apartamiento es excepcional (de modo que solo queda habilitado en circunstancias específicas y exige que el tribunal proporcione fundamentos adecuados para justificarlo). Por su parte, Álvaro Núñez Vaquero⁹ explica que la “doctrina del precedente” se forma por el conjunto de reglas que especifican qué valor tiene y cómo debe ser aplicado el precedente judicial en un ordenamiento jurídico determinado. Incluye los criterios necesarios tanto para el reconocimiento y la invocación de los precedentes, como para su modificación o abandono. Con frecuencia, también señala cómo deben resolverse las posibles contradicciones.

Con agudeza, Garay⁷ refiere que muy a pesar nuestro, abogados y jueces tienen mucho en común. Ambos han sido educados en facultades de Derecho y obtenido el mismo título. En el devenir de sendas tareas y funciones, se suelen consultar iguales fuentes normativas, v.gr., leyes, decretos, reglamentos, autores y sentencias judiciales. Sobre las últimas mencionadas, tanto jueces como abogados se sirven permanentemente de decisiones judiciales. Es habitual encontrar sentencias que citan otras sentencias y escritos forenses que mencionan fallos. Esta práctica consuetudinaria, se verifica desde los inicios de la Organización Nacional. La Corte Suprema de Justicia Argentina, apenas instalada, comenzó a citar resoluciones propias (y norteamericanas) anteriores. Y al día de hoy continúa con dicha costumbre⁸. Señala que pese a ser esta una antigua práctica, no ha sido enseñada de modo sistemático en la facultad, ni en claustro alguno. No

⁶ Ratti, Florencia, El precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Revista Jurídica Austral, Argentina, 2020, Vol. 1, N 2, p. 587. ⁹ Núñez Vaquero, A., ob. cit. p. 55.

⁷ Garay, Alberto, F., El precedente judicial en la Corte Suprema, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 2, Números 1 y 2, abril de 1997.

⁸ Al respecto en fecha reciente en autos “Juez, Luis Alfredo y otro c/ Honorable Cámara de Senadores de la

Nación s/ amparo ley 16.986,” del 8 de noviembre del presente año, la C.S.J.N. sostuvo: “Lo contrario, que esta Corte renuncie a esa revisión judicial, implica ubicar a otro Poder del Estado por encima de la Constitución y de las leyes. Como se razonó en el precedente de la Corte Suprema de los Estados Unidos “Baker v. Carr”, varias veces invocado por este Tribunal, “el mero hecho de que una demanda persiga la protección de un derecho político, no quiere decir que presente una cuestión política no justiciable” (369 U.S. 186, 209).”

sería exagerado afirmar que, en ocasiones, es ejecutada, como si fuera algo que nos ha venido dado. Esta última observación no debiera ser minimizada⁹.

El primer caso en el que la Corte Suprema cita una sentencia suya anterior, es el registrado en Fallos: 1: 148, 153, 156 (1864), causa XXIV, “Tomás Tomkinson y compañía y el Fiscal, sobre diferencia de aforo entre ‘mantas mezcla’ e ‘imitación Pampas’¹⁰:

En dicha oportunidad el juez de sección, Alejandro Heredia, ya se había remitido a lo resuelto por el Alto Tribunal, expresando: “Que además de las consideraciones expuestas, el presente caso se haya decidido por la Suprema Corte de Justicia, pues es enteramente idéntico al de la causa de Thompson y compañía, en el cual se confirmó la resolución de la Junta de Comisos, que condenaba al pago de la diferencia”. En su apelación, Tomkinson cuestionó esa identidad de casos aludida por el juez federal y la Corte reiteró que: “no se deduce que el presente caso sea de distinta naturaleza que el caso de Thompson y Compañía, y deba resolverse por otros principios...

Refiere el jurista que es fácil constatar que esta práctica de citar sentencias anteriores también es seguida por numerosos tribunales de distintos fueros. En la Capital Federal, todos los tribunales de todos los fueros citan sentencias anteriores¹¹.

Con frecuencia se observa que los abogados ejercitan esta práctica por simple conveniencia, cuando la cita de tal o cual precedente les es favorable a sus intereses o, en el caso de los jueces, a la sentencia que se quiere dictar. En otros supuestos, a veces por sensatez o por temor, se ven compelidos a distinguir su caso de los precedentes que cita la contraria, cuando el único recurso disponible a favor de la pretensión del cliente, es distinguir aquellos antecedentes para, de este modo, excluir a su parte de la sanción que éstos contienen.

La razón mencionada también puede inducir a algunos jueces, a fin de correr los obstáculos que se oponen a la solución a la que ellos desean arribar o a la que corresponde arribar, conforme el derecho vigente.

Se constaba que abogados y jueces se sirven constantemente de la jurisprudencia de los tribunales. Al referirse a jóvenes abogados, Carrió recordaba:

⁹ Garay, Alberto, F., El precedente judicial en la Corte Suprema, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 2, Números 1 y 2, abril de 1997.

¹⁰ Garay, Alberto, F., ob. cit.

¹¹ Garay, Alberto, F., ob. cit.

La jurisprudencia de la Corte, excluida la Constitución, es la fuente principal en que el Alto Tribunal funda sus decisiones. La salvedad relativa a la Constitución no tiene en verdad demasiado peso. En los casi ciento treinta años transcurridos desde la sanción de la Ley Fundamental, prácticamente todas las cláusulas de ella con virtualidad para suscitar litigios relativos a su alcance o sentido han quedado recubiertas, por decirlo así, de sucesivas capas de interpretaciones de la Corte, la que ha ido restringiendo o ampliando los concisos textos originales. A diferencia de lo que ocurría hace medio siglo hoy ya no se puede litigar en el ámbito de ninguna rama del derecho sin estar al tanto de la jurisprudencia vigente en él. Más concretamente, de la que prevalece en el área jurídica específica del litigio de que se trata. Si eso es verdad en general, lo es de manera preeminente en el campo del Derecho Constitucional, donde gravitan con alcance decisivo los criterios de la Corte Suprema¹².

En torno a la riqueza de la iluminada obra de Carrió, Garay formula una propuesta en cuanto que merece variaciones sobre alguno de sus temas y en particular, se refiere al estudio del precedente. Ello así, porque gran parte de sus trabajos de análisis jurisprudencial presuponen o tienen como telón de fondo una teoría del precedente. La afirmación precedente halla ratificación en estudios actuales, elaborados por Núñez Vaquero quien recuerda:

(...) sobre el punto, un estudiante que lo impactara en cuanto le manifestara: “para un abogado hoy en día manejarse con la jurisprudencia es imprescindible, te comen vivo en tribunales o estás completamente perdido en tribunales si no eres capaz de manejarte con la jurisprudencia¹³.”

Como no todos los jueces o tribunales realizan su labor del mismo modo, es presupuesto esclarecedor mostrar los diferentes usos que se hace de los precedentes. También se ha procurado responder a otro interrogante en estos términos: ¿por qué hacen lo que hacen? Es posible que, por las fronteras de este estudio, las preguntas formuladas queden sin respuesta o algunas dadas resulten sólo indiciarias. De cualquier modo, el intento de reconstruir una base identificatoria de ámbitos cenagosos o controvertidos, podría aportar pequeña herramienta metodológica para continuar en la búsqueda de claridad ante un tema de notable vigencia.

¹² Carrió, Genaro, Como fundar un recurso. Nuevos consejos elementales para jóvenes abogados, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992, p. 80-83.

¹³ García Amado, Juan Antonio, ob. cit.

La cita de casos anteriores, señala Garay, constituye una actividad practicada con frecuencia por abogados, jueces, doctrinarios, juristas y profesores. Esas menciones pueden responder a variados propósitos y pretender fines diferentes. Comúnmente, los abogados aluden a decisiones tomadas previamente, para apoyar su postura asumida en el debate. Y otro motivo detectable es que, en esa mirada hacia atrás, la búsqueda apunte a evitar la reiteración de lo que se juzga fue un error¹⁴. Son diversos los motivos por los cuales se procede de ese modo y no precisamente son los mismos. Más aún, conforme al objetivo que se busca con su mención, pueden existir buenas razones para no tratar esas instancias del mismo modo.

Se propone otra explicación que exhibe una raíz más psicológica. Al estudiar precedentes de la Corte, Garay resalta que muchas veces, se citan precedentes que tienen demasiado poco que ver con aquella substancia que los hace ser precedentes. La constatación de este dato condujo al interrogante respecto a si existía alguna teoría aceptada acerca del precedente. Ello así, ya que era evidente que este jurista, consciente o inconscientemente, estaba utilizando una. Y era obvio también que el tribunal estaba utilizando otra.

El abogado inquieto y avezado, encara con lucidez y valentía este ámbito controversial. En términos amplios, define los precedentes judiciales como normas de carácter general creadas por los jueces al resolver casos concretos y que tienen la capacidad de guiar la acción y decisión de sus destinatarios vgr. jueces, tribunales y autoridades que deben resolver cuestiones similares.

En estudio sobre precedentes judiciales, Pulido Ortiz¹⁵, propone en otro estadio diferenciar tres asuntos. El primero tiene que ver con la creación judicial del derecho (de normas jurídicas positivas), es decir, con las condiciones en las cuales los jueces en sus providencias crean normas jurídicas. El segundo se refiere a la identificación y comprensión del precedente, a la determinación de la norma jurídica que constituye el precedente. El tercer asunto apunta a la función normativa de los precedentes, o sea, la forma como los precedentes guían las decisiones jurídicas. En su propósito, señala la importancia de precisar las diferencias y relaciones entre las cuestiones mencionadas.

¹⁴ Véase por ejemplo el caso "Roe vs. Wade" de la Corte Suprema de Estados Unidos, donde el juez Samuel Alito escribe en su opinión mayoritaria que "Roe fue un error garrafal desde el principio": <https://cnnespanol.cnn.com/2022/06/24/roe-vs-wade-el-caso-que-despenalizó-el-aborto-en-estados-unidos-trax/>

¹⁵ Pulido Ortiz, Pablo, E., Apuntes para una teoría de la normatividad del precedente, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, UBA, disponible en http://repositorioubasibbi.uba.ar/gsdll/collect/adrprosgra/index/assoc/HWA_2116.dir/2116.PDF 19 Pulido Ortiz, Pablo, E., ob. cit.

Explicita en qué sentido es viable afirmar que los jueces pueden crear derecho y cómo se relaciona esta cuestión con la creación de precedentes judiciales. Y al precisar el concepto de interpretación de precedentes judiciales, lo distingue de la actividad de construirlos. Por último, exhibe el problema de la normatividad de los precedentes judiciales y resalta los casos en que se reconoce el carácter autoritativo de los mismos.

III. Algún dato sobre el origen del precedente y la diferencia entre los dos sistemas

La discusión sobre la creación judicial del derecho ha sido de particular importancia para la práctica y teoría jurídica del último siglo, y ha desarrollado en su entorno diferentes líneas de discusión¹⁹. Esta constatación categórica estimula el análisis de este espacio. Retomar un texto clásico sobre el precedente, siempre validado por los juristas, ilustra y esclarece. En su obra *Sobre el Derecho y la Justicia*¹⁶, Ross daba por sentado, que los precedentes, esto es, las decisiones anteriores, han desempeñado siempre un papel importante en la decisión de una controversia ante un tribunal. El hecho de que en un caso anterior de carácter similar se haya elegido una cierta regla como fundamento de la decisión, constituye un fuerte motivo para que el juez funde la decisión presente en la misma regla. Además, que proceder así le ahorra tiempo, dificultades y responsabilidad y ese motivo está estrechamente relacionado con la idea de justicia formal, que en otros tiempos parece haber sido un elemento esencial de la administración de justicia: la exigencia de que los casos análogos reciban similar tratamiento, o de que cada decisión concreta esté basada en una regla general.

Pueden también esgrimirse razones de peso para romper con prácticas anteriores. Tal el caso de condiciones sociales cambiantes y en relación con áreas del derecho en que la legislación no ha interferido todavía para actualizar las normas. En tales circunstancias, atribuir demasiado valor al precedente, será considerado como formalismo, como un énfasis excesivo en las exigencias de la justicia formal a expensas de la “equidad” material.

Refiere el filósofo escandinavo que la doctrina de las fuentes del derecho se ocupa de aquellos factores que de hecho influyen en la conducta del juez y puede

¹⁶ Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, 3ª Edición, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina, 1974.

que solo ellos pueden ayudarnos a predecir sus reacciones futuras. Concluye por tanto que lo único importante para la doctrina de las fuentes del derecho, es el papel motivador que el precedente efectivamente desempeña, y no la doctrina oficial que nos dice si el juez puede tomar en consideración los precedentes y, en caso de que pueda, nos informa si está o no “obligado” por ellos. Esta doctrina ha estado sometida a amplias variaciones en tiempos y sociedades diferentes.

Al revisar las grandes codificaciones se verifica que el legislador, con la ilusión de preservar su obra, a menudo ha prohibido la interpretación de las normas y que la práctica de los tribunales se desarrolle como fuente de derecho. Ya Justiniano había prohibido decidir de acuerdo con los precedentes (*non exemplis, sed legibus judicandum est*).

En el Código Prusiano de 1794 se encuentran preceptos similares. En Dinamarca, después de la aprobación del Código Danés, 1863, se prohibió a los abogados citar precedentes ante la Corte Suprema. Sin embargo, tales drásticas prohibiciones fueron ineficaces, y llegó a ser el punto de vista predominante en el continente europeo que, en homenaje a la certeza, las decisiones de los tribunales superiores, en particular las de la Corte Suprema, debían ser respetadas, pero que ellas no poseían “fuerza obligatoria” formal, como derecho legislado. Señala Ross que la doctrina anglosajona es completamente distinta. Ya en el siglo XIII pasó a ser costumbre general citar precedentes, y en su famoso *Note Book*, Bracton coleccionó dos mil casos, probablemente para fines prácticos.

Al principio no se entendía que el juez estuviera obligado por ellos. La doctrina anglosajona se desarrolló muy gradualmente y adquirió una forma más definida en los siglos XVII y XVIII. Menciona que la falta de una organización jerárquica homogénea de los tribunales y el estado de las colecciones de fallos (*reports*) impidieron que la doctrina alcanzara pleno desarrollo y menciona que el remedio a estas deficiencias recién aparece en el siglo XIX. La doctrina que hoy es generalmente reconocida, denominada *stare decisis*, es resumida por este filósofo del siguiente modo:

Un tribunal está obligado por las decisiones de los tribunales superiores y en Inglaterra, la Cámara de los Lores y el Tribunal de Apelaciones (*Court of Appeal*) están obligados por sus propias decisiones.

Toda decisión relevante dictada por cualquier tribunal es un fuerte argumento que tiene títulos para que se lo tome respetuosamente en cuenta.

Una decisión sólo es obligatoria respecto de su *ratio decidendi*.

Un precedente no pierde vigencia, aunque los precedentes muy viejos no son en principio aplicables a circunstancias modernas.

No es fácil decidir en qué medida los jueces ingleses y norteamericanos- en concordancia con la doctrina de la “fuerza obligatoria”- asignan en realidad mayor importancia al precedente en sus decisiones que sus colegas de Europa continental. Esto no puede darse por supuesto. Por un lado, es un hecho que los jueces anglo-sajones, sin sentirse trabados por la doctrina de *stare decisis*, dejan con frecuencia a un lado aquellos precedentes que ya no guardan armonía con las nuevas condiciones. La mejor prueba de ello se halla en el hecho de que en el *Common Law* que se ha desarrollado a través de la práctica de los tribunales, no es hoy el mismo que hace cien años. Ha habido cambios y aún se siguen produciendo. Esto no es incompatible con la doctrina del *stare decisis*. Y en tren de aportar alguna clarificación conceptual, se alude a la imperiosa necesidad de responder al interrogante ¿qué es el principio *Stare decisis*? El nombre completo de la doctrina es *stare decisis et quia non movere*, que significa en traducción flexible, “*estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto*”. Lo que decide considerar esta doctrina, no es el problema ideológico de determinar si los precedentes poseen en realidad “fuerza obligatoria” o no, sino saber si la doctrina suministra al respecto criterios objetivos tales, que al apreciar la fuerza motivadora de las decisiones anteriores es posible hablar de una limitación genuina a la libertad del juez. Y esto señala Ross, tiene que ser negado, particularmente por dos razones:

En primer lugar, un precedente solo es considerado obligatorio en cuanto a la *ratio decidendi* del fallo. Esto significa el principio general de derecho que necesariamente hay que introducir como premisa para fundar la decisión. Pero al determinar el principio básico de un caso, el juez no está obligado por las declaraciones hechas por el juez que lo decidió; se considera que el segundo juez tiene derecho a interpretar la decisión a la luz de su propia razón. Pero es obvio que se puede considerar a una decisión como derivada de una gran variedad de reglas generales, todo según qué hechos del caso juzguemos relevantes.

Aun cuando muchas de estas interpretaciones posibles están más allá de lo que se piensa, no puede negarse que el juez tiene considerable libertad para interpretar la *ratio decidendi* de tal manera que un precedente invocado no constituya necesariamente un obstáculo a la decisión que, por otros motivos, él desea dictar.

En segundo lugar, aun cuando el juez no desee discutir la *ratio decidendi* de un precedente, le es posible distinguir el caso presente del anterior. Las circunstancias efectivas nunca son idénticas. El propio juez estima cuáles de ellas son relevantes, y puede eludir un precedente invocado si sostiene que en un aspecto u otro el caso en consideración difiere del anterior, de modo que éste no lo obliga.

De lo expuesto, Ross infiere que la doctrina del *stare decisis* es en realidad sólo una ilusión. Es una ideología mantenida por ciertas razones para ocultar a sus propugnadores y a los demás la libre función creadora de derecho que tienen los jueces y para transmitir la impresión engañosa de que éstos solo aplican el derecho ya existente, que puede ser determinado en virtud de un conjunto de reglas objetivas como indica la doctrina del *stare decisis*.

En otro orden, también es un hecho que aun cuando no se suponga que el precedente posee “fuerza obligatoria”, los jueces de Europa continental son influidos en gran medida por decisiones anteriores y sólo rara vez y a disgusto se apartan. No obstante, también aquí es difícil descubrir qué es lo que realmente pasa en la realidad, en parte porque a menudo los considerandos no invocan el precedente y en parte porque con frecuencia las nuevas líneas jurisprudenciales no aparecen como un abandono abiertamente admitido de la práctica anterior¹⁷.

Observa que en el continente europeo no ha prevalecido una ideología correspondiente a la anglo-americana, presumiblemente en razón del papel mucho más sustancial que desempeña aquí la legislación como fuente del derecho. El deseo de ver al juez obligado por un derecho objetivamente determinado, establecido de antemano, es satisfecho aquí por la doctrina de la absoluta “fuerza obligatoria de la ley”.

En la obra analizada, Ross concluye en el imperioso reconocimiento de que no existen puntos de comparación directa entre los dos sistemas vinculados al papel que de hecho desempeña el precedente como factor de motivación en la práctica judicial. De lo afirmado infiere que sobre lo único sobre lo que es posible pronunciarse con alguna certeza es acerca de la ideología proclamada, pero esta ideología no indica cómo son efectivamente las cosas²².

Apunta no obstante varias circunstancias de hecho que en mayor medida que la ideología pueden explicar la diferencia entre los dos sistemas y mostrar porqué el precedente y la legislación desempeñan un papel diferente en cada uno de ellos.

¹⁷ Ross, A., ob. cit. . p. 86. ²² Ross, A., ob. cit. p.87.

En primer lugar, se encuentra el papel tradicionalmente desempeñado en la evolución del derecho por el jurista académico y la legislación sistemática. La diferencia fundamental entre los dos sistemas habrá que buscarla en este punto. En la tradición de Europa continental, el derecho es en gran parte un producto académico y por eso lleva el sello del pensamiento académico y su tendencia al análisis sistemático y a la racionalidad.

Con fundamento firme en la tradición del derecho y mediante el pensamiento racional, se intenta llegar a principios generales que sirvan de guía y sistematizar las normas jurídicas conforme a esos principios. Expresa que sin la tradición académica y sin los estudiosos del derecho, quienes desempeñaran su rol desde época de los glosadores, hasta hoy, las codificaciones de Europa continental no serían concebibles.

En Inglaterra en cambio, fue el jurista práctico –el juez– quien influyó preponderantemente en el desarrollo del derecho, el que evolucionó así siguiendo las líneas de un método experimental. Mediante un proceso gradual de ensayo error desde un caso a otro, se intentó formular una

“doctrina” para expresar el derecho que rige una cierta esfera de la vida.

Recién en tiempos modernos se observa una tendencia a sistematizar y generalizar el material jurídico desarrollado de aquella manera. Bajo la presión del abrumador número de precedentes que amenazan con hacer estallar las bibliotecas, los norteamericanos han producido los *restatements*, codificaciones a la manera europea, pero desprovistos de autoridad oficial. Los mencionados *restatements* son el resultado de vastos trabajos colectivos realizados por estudiosos del derecho. También en Inglaterra los trabajos doctrinarios de sistematización desempeñan un papel cada vez mayor. El próximo paso en el desarrollo sería, dice Ross, una codificación, dotada de autoridad por vía de legislación. De ese modo, desaparecería la diferencia real entre el derecho de Europa continental y el anglo-americano, aunque la doctrina de *stare decisis* permanezca inalterada.

Es comprensible que la concepción del precedente como una fuente del derecho “dotada de autoridad” haya tenido origen en un sistema en el que el derecho se desarrolló a través de la práctica de los tribunales y en el que la legislación ha cumplido un papel secundario. Sin embargo, no puede darse por admitido que la doctrina del *stare decisis* refleje una situación efectiva, en el sentido que los jueces anglo-americanos se sienten obligados por el precedente un grado mayor que sus colegas de Europa continental. Es posible en contrario, suponer

que los jueces de Europa continental no se sienten responsables de la evolución del derecho en la misma medida que sus colegas angloamericanos, sino que tienden a dejar en manos del legislador cualquier intento de reforma, al menos en aquellas esferas jurídicas que tradicional y regularmente regular estén sometidas a la legislación. Si esto fuera así, resultaría que, en contra de lo que proclama la ideología oficial, el juez estaría en los hechos menos dispuesto a apartarse del precedente.

En otro orden, Ross refiere que el modo tradicional de redactar las decisiones tiene una importante influencia en el peso que en la práctica se atribuye al precedente. Destaca en los fallos de los jueces ingleses su amplio examen de los puntos de vista jurídicos que fundamentan la decisión. Pese a que según la doctrina oficial tales razonamientos no son obligatorios para interpretar la *ratio decidendi* de la decisión, es obvio que en los hechos tienen gran importancia. Ellos ofrecen al nuevo juez una abundante riqueza de material para su guía. La práctica en Europa continental sigue líneas diferentes. Y cita el ejemplo de Dinamarca, donde existe la tendencia a expresar el razonamiento de los fallos en los términos más concretos y no comprometedores posibles. El resultado natural es que las decisiones pierden valor como precedentes orientadores.

Observa la cantidad y accesibilidad de los precedentes. El hábito de invocar precedentes en los escritos y peticiones de los abogados exige colecciones de repertorios analíticos con resúmenes de decisiones en una escala desconocida en países de Europa continental.

La reivindicación conceptual sobre el precedente elaborada por Ross, puede ser hoy válidamente contrastada con otra reconstrucción demostrativa de novedosas y diferentes aristas¹⁸.

La doctrina refiere que en su libro *La formación de la tradición jurídica de occidente*, Harold J. Berman expone una manifiesta atenuación de las diferencias que tradicionalmente han dividido los ordenamientos o familias jurídicas del Common Law y del Civil Law o romanogermánica, todo ello aunado a esa matriz cultural común que permite hablar de una tradición jurídica de occidente que engloba a ambas familias. Dicha matriz se refiere a la concepción que distingue justamente al derecho occidental de los derechos no occidentales²⁴.

¹⁸ González Martín, Nuria, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Primera edición: Nostra Ediciones, México, 2010. ²⁴ González Martín, Nuria, ob. cit. p. 57.

Advierte que cuando René David reflexiona en torno a las propuestas clasificatorias de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, indica que como criterio crucial debe tomarse la “unidad cultural”. Que la base primordial de clasificación de los sistemas la proporcione las coincidencias de civilización y cultura, y con ello da fuerte carga argumental para corroborar que, entre las familias jurídicas clasificadas en la actualidad, las diferencias cada vez son menos notorias, dada la necesidad, en el mundo contemporáneo, de adecuar mecanismos jurídicos que hagan posible la interactuación entre bloques políticos y/o económicos¹⁹.

Concentrado en una de las familias jurídicas que comprende la tradición jurídica occidental, el Common Law, es inevitable estudiarla distinguiendo entre derecho inglés y Common Law propiamente dicho, (es decir, el derecho dado en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y en los Estados Unidos de América) como sistemas que desde la “unidad cultural”, tienen una historia o tradición común y una filosofía como concepción de valores comunes. En lo que concierne al orden de prelación de las fuentes del derecho entre Inglaterra y los Estados Unidos de América, cada vez se distancian más o, dicho, en otros términos, cada vez se adecuan más a los requerimientos y/o realidades del lugar donde se implementan. En referencia al tema de la tradición jurídica de occidente y su concepción como una familia jurídica por sí misma sin distinguir entre Common Law y Civil Law, es necesario agregar que como expresa Castán Tobeñas:

El grupo del Common Law (los derechos del grupo angloamericano según la denominación de Castán), frente a los otros sistemas occidentales, muestra una oposición ideológica de concepción de la vida y de la organización social y económica. Se trata de una oposición más bien técnica, de construcción jurídica, de método y de interpretación²⁰.

El derecho anglo-americano tiende, con procedimientos técnicos distintos, a obtener los mismos resultados que los otros Derechos occidentales. En forma similar opina Lévy-Ullmann al decir que “la distancia que separa el sistema del derecho anglosajón del sistema continental o Civil Law afecta mucho más a la forma que al fondo”²¹.

¹⁹ González Martín, Nuria, ob. cit. p. 57.

²⁰ González Martín, Nuria, ob. cit. p. 58.

²¹ González Martín, Nuria, ob. cit. p. 58.

En torno al derecho inglés y a su contexto histórico, tradicionalmente se ha dicho que el régimen constitucional inglés se define por sus peculiaridades respecto a otros, especialmente por sus diferencias con los sistemas del continente europeo, pero al efecto se ha detectado que hay una manifiesta atenuación de las diferencias entre Common Law y Civil Law o romanogermánico. Sánchez Agesta en España, expresa que no existe una frontal oposición entre el constitucionalismo inglés y el constitucionalismo del continente europeo²². Por otra parte, la historia de Inglaterra se caracteriza por su continuidad histórica no interrumpida por una recepción en bloque, fundamentalmente, del derecho romano; el derecho inglés se desarrolló de manera autónoma, a lo largo de una evolución ininterrumpida y apegada invariablemente a los principios del Common Law y la Equity, como auténticas fuentes del derecho.

Es pertinente la referencia a la historia inglesa, jalonada por la aparición de determinados documentos que con carácter vinculante y obligatorio invocaron principios, establecieron reglas o reiteraron tradiciones, con el fin de resolver cuestiones políticas en litigio; según una doctrina mayoritaria, leyes constitucionales en sentido material pero no formal²³.

La fusión de los diversos elementos que intervinieron en la formación del derecho inglés constituyó un todo muy homogéneo en razón que esos elementos componentes presentaban entre sí muchos puntos de contacto.

Roscoe Pound expresaba: Los primeros jueces del Common Law aplicaron materiales germánicos [...] La conquista en cambio, aportó a nuestro derecho muy poca cosa que fuera romano. Inglaterra mantuvo siempre un derecho general, unificado y armonioso. Es por ello que en Inglaterra el derecho germánico se conservó gracias a un sistema judicial fuerte y centralizado; pero también por efecto de la tradición docente de los Inns of Court, gracias a la cual el derecho manifestaba la tenacidad de que participa todo lo aprendido por tradición²⁴. Es un dato importante a retener que el derecho inglés surge tras la búsqueda y comparación de los elementos comunes de los diferentes derechos de los reinos sajones, entre otros, Guillermo el Conquistador quien ordenó que se hicieran, después de la conquista de Inglaterra y como resultado se constituyó lo que los normandos llamaron la *comune ley*, o sea, el derecho común que los tribunales reales deberían aplicar en todo el territorio.

²² González Martín, Nuria, ob. cit. p. 59.

²³ González Martín, Nuria, ob. cit. p. 59.

²⁴ González Martín, Nuria, ob. cit. p. 59. ³¹ González Martín, Nuria, ob. cit. p. 60.

El mencionado rey, más guerrero que jurista, respetó el sistema judicial inglés, logró colocarse a la cabeza del reino y propició un gobierno y una justicia centralizada, uno de los caracteres más significativos del derecho inglés, y como base de la unidad nacional necesitaba lograr la unidad de la administración de justicia y la unidad del derecho. Así las cosas, respetó la justicia local que estaba dividida en dos tribunales locales y los tres tribunales reales. Los tribunales locales fueron perdiendo con el tiempo su importancia y adquieren competencia universal los tres tribunales reales, también denominados tribunales del Common Law. Los tres tribunales reales debían buscar lo “común” en las costumbres locales y así crear, una vez más, un derecho unificado. De esta manera surge la institución inglesa del Common Law³¹.

IV. ¿Cómo comparar los sistemas jurídicos?

Al interrogarse sobre ¿cómo comparar los sistemas jurídicos? Pier Giuseppe Monateri²⁵ indica: “El estudio habitual que se dirige hacia la comparación de los sistemas jurídicos se basa en el planteamiento de René David. Esta posición se fundamenta en el vínculo histórico de descendencia de los sistemas jurídicos clasificándolos en “familias”, exactamente como es utilizada en la lingüística comparada, la cual reagrupa los diversos lenguajes humanos en árboles genealógicos familiares (indo-europeo, semítico etc.). No obstante, diversos estudiosos han redefinido las familias jurídicas, especialmente Zweigert - Kötz, y Schlesinger, este enfoque es sustancialmente estable, por cuanto identifica dos principales familias modernas, que en base a sus derivaciones históricas son, precisamente la familia romanista (Europa continental) y la familia del Common Law (Inglaterra, Estados Unidos). Se advierte, sin embargo, que, en una misma área geográfica, aún en un mismo Estado, pueden coexistir sistemas de diversas familias, o sistemas mixtos. En Canadá el Derecho es de Common law, sin embargo, convive con el sistema de Quebec que es un derivado de Francia, y, por ende, es un modelo romanista. En los Estados Unidos, se considera mixto el sistema de Luisiana, donde coexisten rasgos del Common Law y rasgos romanistas, siempre a causa de la antigua influencia francesa. Este enfoque, considera al Derecho

²⁵ Monateri, Pier Giuseppe, *Los límites de la interpretación jurídica*, Ediciones Olejnik, Chile, 2016., p. 119 y ss.

como un “cuadro normativo”, un legal framework (estructura legal), donde lo que importa es el mundo en el cual son construidos e interrelacionados, en especial las fuentes del Derecho, las reglas de interpretación, y la organización de las Cortes. Estos tres aspectos son considerados los benchmarks (puntos de referencia), necesarios para identificar la pertenencia de un sistema a una familia jurídica determinada.

Refiere el citado autor, que, si la fuente principal del Derecho es un código, las reglas de interpretación hacen referencia al texto interpretado en modo amplio, con la posibilidad de recurrir a la analogía, y las Cortes son organizadas en el territorio en una escala jerárquica de tribunales, cortes de apelaciones, corte de casación. Estas cortes deciden numerosos casos y siempre son compuestas por muchos jueces, por lo cual, el sistema pertenecerá a la familia romanista. En cambio, si no existe un código, la fuente principal del Derecho son los precedentes jurisprudenciales, las reglas de interpretación de la ley son cerradas, ya que no permiten el uso de la analogía, las Cortes son muy centralizadas, son compuestas de pocos jueces y deciden pocos casos, el sistema pertenecerá, como se puede apreciar fácilmente conforme lo ya expresado, a la familia del Common Law.

Este planteamiento decide la pertenencia del sistema a una familia jurídica en base de los referidos benchmarks que prescinden del contenido sustancial de las reglas jurídicas, por ello se trata de un enfoque del Derecho como “cuadro normativo”. En efecto, los sistemas romanistas como los países del este europeo han podido convivir por largo tiempo con soluciones socialistas sin cambiar su naturaleza general. La misma legislación inglesa ha tenido por mucho tiempo un fuerte contenido social sin que por eso atacase la naturaleza del Common Law de estos sistemas.

Una afirmación importante es verificar que perjudica mucho más a la naturaleza de un sistema jurídico, el criterio de selección de jueces, o sus tipos de educación, más que el contenido de las leyes.

El análisis más sofisticado, continua en el pensamiento el autor, se basa en el método de los formantes desarrollado por Rodolfo Sacco. Este jurista busca diferenciar las “categorías” utilizadas en todo sistema (damages domamage, Schadener-satz) de las “reglas operativas” puestas en movimiento, utilizando las mencionadas categorías. De este modo, se busca las semejanzas o las diferencias escondidas. En la actualidad, un estudio científico al derecho comparado pres-

cinde de la identificación y de la promoción del “mejor modelo”: considera al Derecho como un hecho histórico por comprobar, y es indiferente respecto a las esperanzas de unificación o uniformización del Derecho. En este sentido, el planteamiento comparatista estándar difiere, ya sea del pensamiento político clásico como es presentado por Strauss, así como del enfoque del análisis económico del derecho representado sobre todo por Richard Posner²⁶. Tanto el enfoque político clásico, como el análisis económico parten, en efecto, de posturas antihistóricas, y asumen la posibilidad de un “mejor modelo” que, evidentemente debe ser implementado frente a peores soluciones. En base al planteamiento estándar no es, por ello, posible establecer las “clasificaciones” de los sistemas jurídicos: en base a los otros enfoques, en cambio, estas clasificaciones son necesarias y son constantemente producidas. Incluso, el planteamiento estándar es obviamente “cualitativo”: considera variables como los métodos de interpretación o la selección de los jueces, que son difícilmente esquematizados en modelos, teniendo que relacionarse con los fenómenos complejos, en los cuales los modelos utilizados pueden ser igual o más complejos que los fenómenos que éstos pretenden explicar²⁷.

V. Algunas consideraciones sobre el Precedente

V.a. Propuestas clasificatorias

A los fines expositivos se extracta de la obra de Taruffo²⁸ tres líneas desarrolladas sobre el tema en análisis: a) Propuestas clasificatorias; b) El precedente supranacional y c) ¿Qué no es un precedente?

Magistralmente el jurista italiano se ha ocupado del precedente y sus características, así como su papel en el Derecho. Expresa que desde el momento en que se tuvo conciencia del hecho de que también en los sistemas del Civil Law se equiparan a veces las decisiones de casos posteriores a decisiones de casos anteriores, sobre todo cuando estos últimos provienen de cortes supremas, la invocación al precedente se ha convertido en una especie de mantra repetida-

²⁶ Posner, R., Como deciden los jueces, Filosofía y Derecho, Marcial Pons, Buenos Aires, 2011.

²⁷ Monateri, Pier Giuseppe, ob. cit.

²⁸ Taruffo, M., Consideraciones sobre el precedente, Revista ius Et Veritas, N 53, Perú, Diciembre 2016. ³⁶ Taruffo, M., ob. cit. p. 331.

mente recitado por la doctrina, la jurisprudencia y también por algún legislador³⁶. Muchas son las razones de este fenómeno y revisten aristas diferentes en distintos contextos. Una de ellas se impone por encima de todas las otras: se trata de la uniformidad en la interpretación y en la aplicación del derecho, la cual desde hace tiempo constituye un valor fundamental, una suerte de objeto de deseo por quienes se ocupan de la administración de justicia. Nada nuevo en ello. En alusión a Italia, cita a Calamandrei de la *Cassazione Civile*, cuando dice: “La Corte de Casación asegura la observancia exacta y la interpretación uniforme de la ley”, además de garantizar “la unidad del derecho objetivo nacional”.

Sostiene que esa es la razón por la que la uniformidad debe ser considerada como un fin que debería ser tendencialmente obtenido por todo sistema jurídico y encuentra diversas justificaciones que van desde la necesaria igualdad de trato a todos los ciudadanos con ocasión a la resolución de casos iguales (o mejor, de casos similares) hasta la conveniencia de que las resoluciones judiciales sean previsibles (a la espera de que ello reduzca el número de conflictos), pasando por la necesidad de garantizar la certeza al derecho a través de la continuidad de las orientaciones interpretativas.

Es por esa razón que el precedente es generalmente considerado como el instrumento fundamental para asegurar la realización de ciertos valores o principios que son considerados esenciales por el ordenamiento jurídico y para su coherente aplicación a través de la jurisprudencia, no sólo en los sistemas del Common Law, sino también en los del Civil Law. En revisión del complejo panorama doctrinal, jurisprudencial y normativo concerniente al precedente, muestra sin embargo que afloran problemas importantes que caracterizan este tema. Advierte que uno se topará con una serie de equívocos que hacen vagos, imprecisos e inatendibles muchos de los discursos que vienen realizándose en torno al precedente. Esta constatación, indudablemente, corrobora la visión cenagosa del espacio discursivo.

Congruente en su condición de jurista analítico, se interroga ab initio sobre ¿qué es un precedente? Y de inmediato señala que un primer error, bastante relevante se vincula con aquello de lo que se habla cuando se hace referencia al precedente. El error nace del hecho de que la palabra precedente es empleada para indicar objetos muy distintos entre sí, alguno de los cuales no tienen nada que ver con el precedente en sentido propio.

Propone una primera diferenciación consistente a tener en cuenta y es la que se impone entre *precedente* y *jurisprudencia*. En efecto, afirma, el verdadero precedente, se encuentra o puede estar constituido por una decisión que posteriormente es considerada como una regla que también se aplica a los casos siguientes. La jurisprudencia en cambio se encuentra constituida por un conjunto de decisiones que incluso puede ser numeroso y pueden incluir cientos o miles de sentencias sobre las mismas cuestiones de derecho. Sobre esta constatación no es extraño que la jurisprudencia pueda ser (y a menudo lo es) redundante, variable, ambigua y contradictoria, ya que sobre la misma cuestión de derecho se pueden verificar orientaciones interpretativas distintas y variables. Más aún, se puede radicalizar el discurso y decir que una jurisprudencia como aquella producida por la Corte de Casación italiana resultaría equiparable a una especie de inmenso supermercado donde, con la debida paciencia, todos pueden encontrar lo que quieren (y también lo opuesto)²⁹.

Ante la necesidad de asumir la cuestión conceptual, refiere que en cuanto al precedente en sentido propio, este se define esencialmente en función a dos factores:

El primero deriva del hecho que lo que constituye precedente no es todo lo que se dice en la decisión en cuestión, sino la *ratio decidendi*, es decir, la regla de derecho a la cual el juez ha hecho referencia para calificar jurídicamente los hechos jurídicos concretos controvertidos en la decisión y precisamente, para decidir sobre estos.

En cambio, aclara, no constituyen precedentes los *obiter dicta*, es decir, todos los argumentos y consideraciones que la sentencia contiene pero que no son directamente relevantes para la decisión del caso. No hay impedimento que un juez posterior haga referencia a un *obiter dictum*, aunque en ese caso, no se trataría de un precedente en sentido propio.

El segundo factor esencial lo constituye la *necesaria analogía entre los hechos* del primer caso y los hechos del caso posterior. Para que en este último se pueda aplicar la misma *ratio decidendi* que ha determinado la decisión en el primer caso, es necesario que los hechos de los dos casos sean suficientemente similares, resultando obvio, en el caso de divergencias entre las situaciones de hecho, que no se justificaría una decisión según aquella *ratio decidendi*. En esta situación, el segundo juez recurrirá al denominado *distinguishing*, es decir, a la demostración de tales diferencias, justificando con ello la inaplicación del precedente.

²⁹ Taruffo, M., ob. cit. p. 332.

Desde esta perspectiva, observa que a primera vista podría parecer paradójica, que en realidad es el segundo juez el que, por así decir, crea el precedente mediante la adopción de la misma *ratio decidendi* del caso anterior. Concluye entonces, que sólo en esta hipótesis, se puede decir propiamente que la primera decisión tiene eficacia de precedente respecto a la segunda. Es evidente que el primer juez puede adoptar un *ratio decidendi* hipotéticamente universalizable, y por ende, potencialmente aplicable también a los casos posteriores, pero el éxito de esta predicción, depende en cualquier caso de lo que decidirán los jueces de estos casos ulteriores.

Advierte que el *distinguishing* no es la única técnica de la que dispone el segundo juez para evitar seguir el precedente y por consiguiente, para justificar su ineficacia: de hecho el juez inglés dispone de un vasto repertorio de maneras por las cuales puede liberarse del precedente. Se detecta que sobre estos conceptos fundamentales y en la teoría del precedente existe una vastísima literatura y en su caso, cualquier cita sería casual e incompleta.

Concluye en que, de todas formas, la referencia a los hechos permanece como el factor determinante para la aplicación o inaplicación del precedente en los casos posteriores. De ello deriva una consecuencia importante en la perspectiva de la definición del precedente en sentido propio. Esta consiste en que no existe precedente en sentido propio siempre que el segundo juez no razone en torno a los hechos de su caso, más aun estando advertidos que semejante actividad no ha sido realizada por el primer juez. Esto sucede siempre que la decisión que se asume como hipotético precedente no se ocupe, en realidad, de los hechos, sino que se limita a enunciar una regla de derecho sin que aflore alguna conexión con los hechos de aquel caso. Pese a ello, es necesario tener en cuenta que se encuentra ampliamente difundido el hábito de usar la palabra precedente no tanto en su sentido propio y original, sino en un sentido genérico, impreciso, no riguroso y sustancialmente distinto. Básicamente, se habla de precedente a propósito de cada decisión, cualquiera sea su forma y contenido. Sin embargo, la referencia más frecuente lo es a las sentencias de las cortes superiores o supremas, que influyen o pueden influenciar de algún modo la decisión de casos posteriores.

V.b El precedente supranacional

¿Cuánto están de moda los precedentes aludidos? es una pregunta que exhibe una verdad de Perogrullo. Una primera certeza es que en este ensayo, sólo es posible identificar algunas tipologías y validar el recurso a la autoridad de sus reconocidos hacedores.

Hasta ahora las consideraciones se han basado en la premisa de que el fenómeno del precedente surge dentro de específicos ordenamientos jurídicos nacionales. Vale sin embargo tener en cuenta la compleja realidad constituida, por la existencia de cortes supranacionales de distinta naturaleza y las consecuencias que pueden relacionarse a sus pronunciamientos y en otro orden, el importante aspecto de la globalización jurídica representada por la circulación supranacional de precedentes, especialmente cuando se trata de decisiones de las cortes supremas.

Advierte Taruffo que el tema es demasiado amplio y complejo para encararlo con profundidad necesaria. No obstante, dentro del ámbito del discurso sobre el precedente, propicia, por su particular importancia, hacer referencia sintética a estos dos fenómenos: el primero se refiere a los efectos de las decisiones de las cortes instituidas por convenios o tratados internacionales y cita que los ejemplos más importantes están dados por la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, en muchos aspectos, también la Corte de Justicia de la Unión Europea y las cortes penales internacionales. Las decisiones de estas Cortes, es sabido, tienen una eficacia que puede definirse como directa en relación a la controversia específica que ha sido resuelta y respecto de los Estados involucrados en la controversia.

Por otra parte, concierne a estas decisiones, resalta que un aspecto importante es que constituyen precedentes respecto a todos los jueces de los Estados que en cada caso se encuentran involucrados en la controversia, pero también respecto a los jueces de los Estados que se han adherido a la respectiva convención o al respectivo tratado, los cuales deben considerarse como pertenecientes a un sistema judicial para ciertos aspectos uniformes. Considera al respecto, que es posible hablar de precedentes en sentido propio, ya sea porque estos presentan una dimensión vertical, estando dirigidos a los jueces en cierto sentido inferiores pertenecientes a aquel sistema, ya sea porque su aplicación a casos posteriores se funda frecuentemente en la analogía de situaciones de hecho a las cuales se refiere la decisión anterior y los casos posteriores.

El segundo fenómeno a destacar lleva desde hace algún tiempo el nombre de *judicial globalization*. Se trata de la tendencia, que en los últimos años ha recibido un número creciente de manifestaciones, a hacer referencia a decisiones dictadas por cortes pertenecientes a otros ordenamientos. Aquel fenómeno se manifiesta principalmente a nivel de las cortes superiores y de las cortes constitucionales que adoptan argumentaciones utilizadas por otras cortes del mismo nivel, sobre todo en decisiones relativas a la interpretación y a las garantías de los derechos fundamentales³⁰. Aclara que aquí no se está frente a precedentes en sentido propio, ni verticales ni horizontales, ya que se trata de referencias a decisiones tomadas en ordenamientos distintos. No obstante, se impone conocer la importancia de este fenómeno, del cual emerge la tendencia globalizadora a hacer referencia a principios comunes (entendidos como universales), para crear una jurisprudencia posiblemente constante y coherente en la protección de los derechos fundamentales.

V.c ¿Qué no es un precedente?

Responder a una pregunta negativa muestra de nuevo la dimensión de los desencuentros. La uniformidad para interpretar y aplicar el derecho se persigue con diversas técnicas. Algunos basan en el precedente, entendido en sentido propio o en sentido amplio, mientras que otras técnicas no deben ser confundidas con el precedente. Una técnica peculiar de esta categoría que está teniendo cierto éxito en algunos ordenamientos se asienta en los enunciados formulados por los tribunales o cortes supremas con el fin de determinar la interpretación de las disposiciones legislativas, eliminando eventuales dudas que hayan surgido o puedan surgir al respecto. Estas enunciaciones tienen eficacia vinculante para todos los jueces posteriores (y, por lo general, también para todos los organismos públicos) para cada caso que recaiga en el campo de aplicación de las normas interpretadas.

Las directivas citadas no se derivan de las decisiones sobre casos específicos, sino de las decisiones en sentido lato normativas, las cuales están destinadas a establecer cómo debe interpretarse ciertas disposiciones. Aquellas decisiones, por tanto, no podrían ser tratadas como precedentes.

³⁰ Taruffo, M., ob. cit. p. 337.

Exhibe una técnica sorprendentemente análoga (no se evidencia, de hecho, que el legislador brasileño se haya inspirado en el modelo soviético) es aquella que hoy (después de la reforma constitucional de 2004) se basa en *súmulas* vinculantes. Se trata de máximas que el Supremo Tribunal de Justicia enuncia luego de una reunión de sus miembros, quienes votan sobre el particular (con una mayoría de dos tercios) cuando se trata de resolver interpretaciones contrastantes a las surgidas en la jurisprudencia de los tribunales inferiores. Aquellas máximas son vinculantes para todos los jueces, y también para otros organismos públicos. Las *súmulas brasileiras* tienen naturaleza de actos en el sentido lato normativos y no son enunciadas con ocasión a la resolución de casos específicos. Por consiguiente, en este caso tampoco parece apropiado referirse al concepto de precedente, ni siquiera en sentido muy amplio.

Thomas Bustamante señala que otra cuestión controvertida en la jurisprudencia brasileira es ¿qué cuenta como precedente? La práctica de los tribunales y la forma en que los abogados manejan los argumentos cuando presentan un caso parecen implicar una respuesta diferente a la de los teóricos del derecho cuando exponen las fuentes del derecho o cuando hablan de la práctica de los sistemas jurídicos del *Common law*. Existe incertidumbre sobre la *ratio decidendi* o sobre el *holding* de un caso. El jurista brasileiro efectúa una distinción: los precedentes no son las *súmulas* del Supremo Tribunal Federal³¹, “El sistema jurídico brasileño tiene una larga tradición de pronunciamientos jurídicos promulgados por el Supremo para sistematizar y organizar el cuerpo general del derecho. A partir de una enmienda constitucional del año 2004, los pronunciamientos conocidos como *súmulas* tienen un efecto formalmente vinculante. Las *súmulas* solamente son editadas después de que se han efectuado en conjunto de decisiones repetidas, y su promulgación es precedida por el voto del pleno de un tribunal. Casi todos los tribunales de Brasil tienen un repertorio de sus *súmulas*, y por razones evidentes los juristas tienden a reconocerles una gran autoridad. Pero las *súmulas* no son precedentes, puesto que carecen de una descripción completa del caso y no son pronunciadas como respuesta a un hecho jurídico particular”³².

³¹ Bustamante, T., “El precedente constitucional en Brasil: un panorama” en Teoría y práctica del precedente judicial en Iberoamérica, coordinado por Alejandra Martínez Verástegui, Centro de Estudios Constitucionales SCJN.

³² Bustamante, T., ob. cit.

Otra dificultad señalada que conduce a graves consecuencias prácticas, es que los altos jueces, especialmente en el Tribunal Supremo, tienden a pensar que sólo los jueces inferiores están obligados por sus precedentes. Los precedentes horizontales o autoprecedentes no siempre se tratan como autoritativos. Los ministros del STF se apartan del precedente sin someter sus propias decisiones al mismo proceso que se observó para establecer el precedente.

VI. Eficacia del precedente

Un aspecto muy importante del precedente judicial mencionado por Taruffo, es el referido a su eficacia, esto es, a la capacidad que tiene para influir en, o incluso de determinar, la decisión de casos posteriores. A menudo se dice que el precedente tiene eficacia vinculante, pero esta definición parece impropia, además de producir confusiones con pronunciamientos que no son precedentes, como los ya mencionados.

Existen múltiples razones para negar que el precedente, correctamente entendido, tiene en realidad una eficacia vinculante respecto a los jueces de los casos similares posteriores. Una de estas razones se deriva de la teoría de las fuentes. En efecto sostiene Taruffo, con ejemplo en el ordenamiento italiano, que la Constitución niega que los precedentes sean vinculantes, es decir, que los jueces tengan un verdadero y propio deber de seguirlos; sería más bien inconstitucional una norma ordinaria que pretenda introducir en su derecho la regla del precedente vinculante. Ello no niega que la uniformidad en la interpretación y en la aplicación del derecho sea considerada como un valor que debe ser perseguido en el aludido ordenamiento, pero eso no implica en absoluto que con ese fin se pueda o se deba considerar el precedente como vinculante. Otro argumento importante que resalta el jurista, es de carácter comparatístico y deriva de la consideración de que el precedente no es realmente vinculante ni siquiera en los ordenamientos que típicamente se basan en aquel, es decir, Inglaterra y Estados Unidos. En cuanto a Inglaterra, ha visto que el juez dispone de un amplio repertorio de instrumentos de los cuales se puede servir para apartarse del precedente, y el Practice Statement de 1966, con el cual la House of Lords afirmó que desde ese momento ya no se consideraría vinculada a sus precedentes, es aplicable también a la Supreme Court que en los últimos años ha tomado el

lugar de la House of Lords en la cúspide del ordenamiento jurídico inglés. Por las razones referidas, el juez inglés desatiende el precedente cuando considera apropiado hacerlo con el fin de lograr una decisión más justa.

En cuanto a los Estados Unidos, no solo la Corte Suprema ejerce el poder de apartarse de sus precedentes tantas veces como lo considere oportuno, sino que todos los jueces en todos los niveles tienen la posibilidad de no adherirse al precedente cuando se considere que ello llevaría a una decisión injusta e inaceptable en el caso específico.

Señala en otro orden que en múltiples ordenamientos del Civil Law como regla, no se atribuye al precedente ninguna eficacia vinculante, aunque se reconoce que los precedentes pueden influir en las decisiones posteriores. Sin embargo, resulta claro que negar de manera general que el precedente tiene eficacia vinculante no significa decir que no tiene ninguna eficacia. Por el contrario, es necesario reconocer que aquel puede tener una fuerza propia respecto a los jueces posteriores. O sea, se trata de admitir que el precedente puede influir, pero no determinar formalmente las decisiones de estos jueces.

Refiere con énfasis que hablar de fuerza del precedente significa reconocer que el precedente tiene una eficacia puramente persuasiva, y por ende, considerar que esta eficacia puede subsistir en grados muy diferentes según cómo operen diversos factores, como por ejemplo, la estructura del ordenamiento jurisdiccional, la función realizada por diversas cortes y, en particular, por las cortes supremas, la autoridad de estas cortes, la calidad de las argumentaciones con las que se justifica la decisión del precedente, la compatibilidad de esta decisión con los valores que inspiran el ordenamiento jurídico de un país y en el momento en el cual la decisión es tomada, la posibilidad de que aquella induzca a los jueces posteriores a tomar decisiones justas. De ello infiere que, a manera de máxima, el juez posterior no se encuentra jamás verdaderamente obligado a someterse al precedente. Y en cambio, sostiene que más bien, aquel se encuentra obligado a justificar adecuadamente su decisión cuando elige no adherirse al precedente, explicando las razones por las cuales realiza esta elección.

Este deber puede tener mayor o menor intensidad en los diversos ordenamientos, y se verifica con mayor intensidad en los sistemas en los cuales rige el *stare decisis* y en los cuales existen verdaderas y propias cortes del precedente, mientras que es advertido de manera más débil y flexible en los sistemas en los cuales, en vez de precedentes en sentido propio, se tiene una jurisprudencia que,

como sucede en Italia, es abundante y a menudo contradictoria. Por un lado, es necesario observar que la fuerza persuasiva de una decisión, o sea su capacidad de influir en decisiones posteriores, puede existir también respecto a decisiones que pueden no considerarse precedentes en sentido propio (y quizás ni siquiera en sentido lato). Por otro lado, es posible distinguir, respecto a las decisiones que de algún modo constituyen precedentes, otras decisiones que sin embargo pueden constituir puntos de referencia para decisiones posteriores porque pueden ser ejemplo para tales decisiones.

Por cierto, que su función no es indicar una regla que debería ser seguida en otros casos, sino simplemente indicar que cierta norma fue aplicada de cierto modo en aquel caso. Ejemplifica con el caso de la *judicial globalization* al que considera el más importante, y por distintas razones el más interesante. En efecto, es claro que, si la corte suprema de un país hace referencia a una decisión pronunciada por una corte suprema de otro país, esto no tiene nada que ver con el precedente. No obstante, precisamente este fenómeno hace evidente cómo puede haber ejemplos que en realidad manifiestan una importante fuerza persuasiva sobre las decisiones posteriores.

VII. Paradigmas confrontados y el orden en un derecho caótico

Existe una perspectiva ampliamente prevaleciente, y es aquella según la cual la uniformidad en las interpretaciones y en la aplicación del derecho constituye un valor fundamental, y la función principal que se adjudica a las cortes supremas es la de asegurar que tal valor sea conseguido a través de la producción y la gestión de precedentes que deberían condicionar la decisión de los casos posteriores. Se observa que esta perspectiva es común a diversos ordenamientos, y que se funda de modo más o menos explícito, en una imagen ideal del ordenamiento jurídico según la cual este debe ser sincrónicamente coherente, uniforme y estático, y también debería asegurar que todas las controversias que surjan en el mismo sean resueltas en la mayor medida posible de manera unitaria. Permanece al margen del horizonte conceptual que caracteriza a esta perspectiva, la eventualidad de que en el ordenamiento existan excepciones y variaciones, y se acepta, ligeramente, la posibilidad de que el sistema evolucione, y por ende se modifique en el tiempo. Se trata de la imagen de “un ordenamiento jurídico

perfectamente homogéneo, unitario. Y esto “no existe más que en las abstracciones de los juristas formalistas, pero no pertenece al mundo real de la experiencia jurídica”. En la función que en esta imagen se asigna a las cortes supremas, aflora también una dimensión especialmente burocrática y autoritaria del funcionamiento del sistema. Ciertamente las cortes supremas ocupan las cumbres de las respectivas pirámides judiciales y todo el verdadero poder se coloca en la cima, y desde allí desciende condicionando el comportamiento de los sujetos, en este caso, los jueces que, posicionados en los niveles inferiores, se hallan subordinados a lo que dice la cúspide. Con esta estructura, la Corte Suprema termina siendo más importante que el mismo legislador: este último produce normas generales y abstractas, pero es la Corte la que establece el verdadero sentido y alcance de estas normas y lo impone tendencialmente a todos los jueces inferiores. Esta imagen representa un caso específico y, no obstante, ello, muy importante de lo que la teoría general del derecho se suele llamar universalismo jurídico. Este fenómeno refiere la concepción según la cual el Derecho estaría constituido por normas generales y abstractas, normas que, además, deberían ser aplicadas de manera uniforme por los jueces a través de la subsunción, en aquellas, de los singulares casos particulares.

Desde hace tiempo, el universalismo ha sido fuertemente criticado, en especial, bajo la premisa de que nunca la decisión judicial es solo fruto de la aplicación mecánica de normas generales, en tanto su interpretación y aplicación depende directamente de la complejidad del caso específico sujeto a decisión. Y es suficiente considerar que, como regla, son los hechos sobre los cuales el juez debe decidir los que condicionan y determinan la interpretación y la aplicación de las normas que regulan el caso. Por las razones apuntadas emergen perspectivas diversas y alternativas en relación al universalismo identificadas con la denominación general de particularismo jurídico.

La idea fundamental del particularismo estriba en que la decisión judicial debe tener en cuenta sobre todo las circunstancias específicas, los denominados *particulars*, del caso concreto. En las versiones más moderadas del particularismo no se descarta que de algún modo la decisión también tenga en cuenta las normas relativas al caso, permaneciendo incólume la idea de que sobre todo son las circunstancias del caso las que determinan la interpretación de las normas. De la visión particularística de la decisión judicial, se derivan al menos dos consecuencias importantes atinentes a este discurso. La primera, es que, en

el momento en que se insiste en la relevancia esencial que revisten los hechos como *particulars* del caso concreto y como factores determinantes para la interpretación y la aplicación de las normas que el juez toma como criterio de decisión, surge una clara conexión con la concepción originaria y rigurosa del precedente en sentido propio. Y afirma que, si la aplicación del precedente por parte del segundo juez se funda esencialmente en la analogía que aquel realiza entre los hechos del caso que debe decidir y los hechos que fueron objeto de la decisión anterior, surge con claridad que el precedente en sentido propio implica necesariamente el examen y la consideración de los *particulars* de los dos casos. La segunda consecuencia importante concierne a la forma en que se configura la estructura del ordenamiento jurídico.

Con claridad meridiana se verifica la existencia de dos modelos o paradigmas divergentes. Por un lado, el paradigma universalístico se asemeja a un modelo piramidal en el cual es tendencialmente una sola cúspide la que pronunciará el derecho de manera vinculante para todos y *once and forever*. Por tanto, el derecho viene pronunciado enunciando fórmulas con alto grado de abstracción, sin considerar una cosa obvia, que mientras más se extiende hacia lo alto en la escala de las abstracciones, más se pierde de vista la realidad concreta.

El paradigma particularista en cambio, no supone un sistema piramidal duramente gobernado por cortes supremas, sino que refiere a los niveles inferiores de la administración de justicia, sobre todo los jueces de primer grado, en la medida que son estos jueces los que típicamente deben ocuparse de los hechos, y, por lo tanto, de los *particulars*.

Concluye el jurista italiano en que se trata de paradigmas divergentes, aunque no necesariamente contradictorios. Es probable que coexistan, aunque generando una tensión relevante dentro del mismo sistema jurídico. Nada niega que exista cierta correlación entre los dos paradigmas, si se acepta que la atención necesaria a los *particulars* se conjuga con la determinación de reglas tendencialmente universales aplicables a una pluralidad de casos. Por otra parte, la situación predominante en cada ordenamiento jurídico particular, se posiciona en el espacio existente entre los dos paradigmas, y según sea el caso puede ser más cercana al paradigma universalístico o al paradigma particularístico.

VIII. Un punto de vista distinto

Promueve Taruffo en la obra señalada, la existencia de un punto de vista distinto, en cuanto la consideración que debe ser adjudicada al paradigma particularístico. Es evidente que cuando uno se refiere al derecho, no es posible limitarse a lo que de aquel se dice por parte de quienes siguen rígidamente el paradigma universalístico, a riesgo de perder de vista el “mundo real de la experiencia jurídica”.

Pese a lo afirmado, consiente en que esto puede ser tomado como un primer paso hacia una consideración más realista de lo que denomina “mundo real” y de la naturaleza que el precedente asume en esta “experiencia”. Estima que una consideración similar puede concretarse en la adopción de un paradigma distinto, que tenga adecuadamente en cuenta el desorden que caracteriza el ordenamiento jurídico en su integridad.

El tema del desorden del ordenamiento no es ciertamente nuevo en la teoría del derecho, y se centra en la consideración de que el derecho no está constituido solo por normas (y menos aún, solo por un sistema de conceptos), sino también por decisiones, actos administrativos, contratos, laudos arbitrales, convenciones y tratados internacionales, y así sucesivamente, y por ende, es irreduciblemente heterogéneo.

Derecho y caos parecen a primera vista, dos cosas antitéticas, inconciliables. Ernesto Grün sin embargo, trata de mostrar que las modernas investigaciones y teorías sobre el caos pueden contribuir a entender y plasmar la evolución de éste, nuestro más importante sistema de control social.

El derecho posmoderno, agrega, es sin duda, un sistema altamente complejo, sea que se considere al sistema jurídico de una nación, de una región, de una comunidad o al sistema de derecho internacional que, como metasistema, contiene los otros como subsistemas³³. En su escrito, si bien Taruffo toma en cuenta solo el nivel de las normas, señala la presencia de factores opuestos relevantes de complejidad y de desorden. Postula ejemplos al analizar un sistema de fuentes donde emerge con evidencia meridiana que uno se encuentra frente

³³ Grün, Ernesto, p. 97. Ese sistema (o esos subsistemas) es a su vez, un mecanismo de control social e indirectamente de control de nuestros sistemas ecológicos. La sociedad que controla y el sistema ecológico sobre el que de esa forma indirecta influyen se han vuelto extraordinariamente complejos en los últimos decenios, particularmente por el aumento de las interrelaciones producto de los extraordinarios avances en materia de comunicaciones (radio, televisión, computación, Internet, etc.) y en tecnología.

a una situación de inmenso desorden en claro contraste con cualquier idea de orden y coherencia.

Efectivamente, *si se puede aceptar que esta idea es válida y plausible, aspiración de todo ordenamiento jurídico, no se puede perder de vista la constatación de que en la realidad los ordenamientos jurídicos se encuentran dominados por el desorden*. Propone como la mejor manera de afrontar el problema, la de evitar exorcizar el desorden del derecho con conceptos o paradigmas abstractos como aquellas ofertas del universalismo jurídico. Para él, una propuesta más saludable es pensar en algún paradigma distinto que permita conocer mejor la realidad. Entre las múltiples posibilidades, una opción que parece razonable consiste en hacer referencia a las teorías del caos (o de los sistemas complejos).

Afirma su origen científico y matemático, y señala que también se hace referencia a estas teorías para el análisis de fenómenos sociales, puesto que los sistemas complejos se encuentran en numerosas áreas de la vida social, económica, política y cultural, y considera posible verificar con facilidad que el derecho, tal como ha sido descrito, presenta las características propias y fundamentales de un sistema caótico.

Se trata por cierto de un sistema complejo en sentido propio, compuesto por diversas partes que interactúan de distintos modos, pero en cualquier caso de forma no simple y cambiante en el tiempo.

Como se ha dicho, del mar del caos surgen islas de orden,³⁴ de modo que el equilibrio entre orden y desorden se ubica “*at the edge of the chaos*”. Un aspecto esencial es que el sistema es dinámico, se mueve y se desarrolla según la flecha del tiempo, y entonces la formación de las islas de orden resulta casual, móvil, jamás definitiva y abierta al cambio: lo que determina la evolución del sistema.

La idea de que en el sistema caótico se verifican áreas de orden puede quizás hacer menos preocupante el espectro de un sistema en constante desorden dominado por la entropía, espectro que atemoriza a juristas, jueces y legisladores y los incita, a conseguir la uniformidad de la interpretación y de la aplicación del derecho como valor fundamental del ordenamiento jurídico, aunque, como también se verifica, este valor es, en el mejor de los casos, difícilmente conseguible.

³⁴ Taruffo, M., Consideraciones sobre el precedente, Revista Ius Et Veritas, N 53, Perú, Diciembre 2016, p. 341. ⁴³ Cit. por Grün Ernesto, ob. cit. p. 98.

Bolz afirma que debemos tener en claro que *cuanto más complejo es un sistema, tanto más resulta imposible su conducción consciente*. Pero esto quiere decir que cuanto más complejo es un sistema, tanto más posible es una decisión fallida.

Todos los días observamos agrega, que legisladores y funcionarios se encuentran frente a la posibilidad de que sus decisiones, cuya intención fue establecer un mejor equilibrio social, de hecho, conduzcan a salvajes e imprevisibles fluctuaciones, posiblemente con consecuencias bastante nefastas. Bolz⁴³.

Concluyo este espacio parafraseando a Taruffo quien, con una pluma literaria exquisita, refiere al tema en análisis de un modo estético y esperanzador. Y si fuese posible indicar con una metáfora literaria qué son los precedentes en el ámbito de un derecho que fluye en creciente desorden a través de la flecha del tiempo, se podría decir que estos son islas en la corriente. Islas inestables, provisionales, limitadas en el espacio y que sin embargo representan todo el orden que se puede crear en un derecho caótico.

IX. Bibliografía

- BUSTAMANTE, Thomas, El precedente constitucional en Brasil: un panorama, en Teoría y práctica del precedente judicial en Iberoamérica, coordinado por Alejandra Martínez Verástegui, Centro de Estudios Constitucionales SCJN, México, 2022.
- CARRIÓ, Genaro, Como fundar un recurso. Nuevos consejos elementales para jóvenes abogados, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992.
- GARAY, Alberto, F., El precedente judicial en la Corte Suprema, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 2, Números 1 y 2, abril de 1997.
- GARCIA AMADO, Juan Antonio, Curso Precedentes Judiciales. Teoría y Práctica. Seminario Web Gratuito: El precedente Judicial y la Tradición Jurídica Continental. Seminario web gratuito llevado a cabo el día 11 de Marzo de 2022 , organizado por Sílex Formación Jurídica e impartido por los profesores del Curso Precedentes judiciales. Teoría y Práctica. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=RgTi4CIZZbE>
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, Sistemas jurídicos contemporáneos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Primera edición: Nostra Ediciones, Mé-

xico, 2010.

- GRÜN Ernesto, Una visión sistémica y cibernética del Derecho en el mundo globalizado del siglo XXI, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006
- MONATERI, Pier Giuseppe, Los límites de la interpretación jurídica, Ediciones Olejnik, Chile, 2016.
- NUÑEZ VAQUERO, A., Precedente en materia de hechos, Revista de Derecho, XXXI , (1), 2018.
- POSNER, R., Como deciden los jueces, Filosofía y Derecho, Marcial Pons, Buenos Aires, 2011.
- PRIETO SANCHIS, Luis, Sobre Principios y Normas, Problemas del razonamiento Jurídico. Cuadernos y Debates,, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- PULIDO ORTIZ, Pablo, E., Apuntes para una teoría de la normatividad del precedente, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, UBA
http://repositoriuba.sisbi.uba.ar/gsdll/collect/adrposgra/index/assoc/HWA_2116.dir/2_116.PDF
- RATTI, Florencia, El precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Revista Jurídica Austral, Vol. 1, N 2, Argentina, 2020.
- ROSS, Alf, Sobre el Derecho y la Justicia, 3º Edición, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina, 1974.
- TARUFFO, M., Consideraciones sobre el precedente, Revista Ius Et Veritas, N 53, Perú, Diciembre, 2016.



MEMORIA DEL INSTITUTO DE DERECHO COMPARADO -2022-

Dr. José Daniel Cesano

Las actividades desarrolladas en el curso del año 2022 por el *Instituto de Derecho Comparado* de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba tuvieron lugar en el marco de sesiones celebradas quincenalmente los días jueves de cada mes, en el horario de 18 a 20 horas, en la sede de la Academia sita en Artigas 74 de Córdoba.

El Instituto centró su actividad en el desarrollo de dos ejes temáticos; a saber: a) cuestiones de teoría a general del Derecho Comparado, comprensiva de sus bases epistemológicas, metodología, usos y perspectivas y b) Microcomparación de instituciones jurídicas.

En el presente año la modalidad de trabajo estuvo representada por exposiciones, por parte de los miembros titulares, de diversos temas, previamente acordados y anunciados; según el siguiente cronograma y detalle:

21 de Abril: José Daniel Cesano, “El tratamiento jurídico penal de las personalidades psicopáticas en el Derecho continental europeo: los casos de Alemania, España, Francia e Italia.

26 de Mayo: José Daniel Cesano, “Derecho extranjero y argumentación judicial: un análisis a partir del Derecho comparado”.

30 de Junio: Guillermo Funes, “Neoproporcionalismo y garantía de motivación”.

28 de Julio: Guillermo Funes, “Equidad y motivación en la individualización judicial de la pena”.

25 de Agosto: María del Carmen Piña, “Precedente judicial. De la tradición de la jurisprudencia, hacia el precedente contemporáneo. Un estudio desde el Derecho comparado”.

29 de Septiembre: Sofía Díaz Pucheta: “Sistemas procesales penales en América del Sur. Un estudio comparativo”.

27 de Octubre: Marcelino Barrera Liberani “La importancia de las Ciencias Sociales en la comparación constitucional”.

24 de Noviembre: Matías Manuel Mansilla, “La educación en contexto de encierro en Argentina y España: Análisis comparativo”.

15 de Diciembre: Cecilia Tello Roldán, “En enfoque crítico del Derecho Comparado”; y Carolina Carranza, “La ley del arrepentido en el sistema penal argentino. Un análisis comparado con la legislación brasileña”.

Se informa, asimismo, que durante este año hizo su aparición el N° 5 del *Cuaderno del Instituto de Derecho Comparado (Publicación electrónica anual)*; encontrándose en proceso de recolección de los materiales con el propósito de que la preparación del *Cuaderno* N° 6, correspondiente al año 2023.

Se deja constancia que, durante el presente año, el Dr. Diego Peretti Ávila, Secretario de este Instituto, fue eximido de acompañarnos por cuestiones de índole personal, que esta dirección consideró atendibles.

Córdoba, 16 de diciembre de 2022

Señor Presidente
Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba
Dr. Armando S. Andruet
Su Despacho

De mi mayor consideración,

Me dirijo a Usted con el objeto de elevar Memoria de actividades del presente año 2022, correspondiente al *Instituto de Derecho Comparado* de esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Aprovecho la ocasión para saludar al Sr. Presidente con el respeto y consideración más distinguida.



