

FEDERALISMO, DERECHOS E IGUALDAD ANTE LA LEY. UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICO JURÍDICA AL CASO ARGENTINO.

FEDERALISM, RIGHTS, AND EQUALITY BEFORE THE LAW. A LEGAL HISTORICAL APPROACH TO THE ARGENTINE CASE.

*Alejandro Agüero**

Resumen: El modelo constitucional argentino combina, como se sabe, una estructura política federal con algunos rasgos típicos de los sistemas unitarios. Este trabajo analiza la tensión que se produce entre el sistema de derecho sustantivo nacional codificado y la reserva a favor de las jurisdicciones provinciales en la aplicación de los códigos. Procura mostrar que, como efecto de esas tensiones, la interpretación dominante ha convalidado una ponderación constitucional en la que la organización del poder jurisdiccional tiene mayor relevancia que el principio de igualdad ante la ley, con la consecuente postergación de un principio básico del discurso liberal.

Palabras clave: federalismo argentino – igualdad ante la ley – casación – Argentina, historia constitucional.

Abstract: The Argentine constitutional model combines, as is well known, a federal political structure with some typical features of unitary systems. This paper analyzes the tension between the system of codified national substantive law and the preservation of provincial jurisdictions in the application of the codes. It seeks to show that, as an effect of these tensions, the dominant interpretation has validated a constitutional assessment in which the organization of jurisdictional powers has greater relevance than the principle of equality before the law, with the consequent postponement of a basic principle of the liberal discourse.

Keywords: argentine federalism - equality before the law - cassation - Argentina, constitutional history

“...no hay nada tan inconstitucional como aplicar la misma ley en casos semejantes haciendo de esa ley interpretaciones desiguales” (G. Bidart Campos).

Introducción. El federalismo unitario

Como bien se sabe, el diseño constitucional argentino, más allá de las influencias vernáculas y foráneas, se caracteriza por una original combinación de rasgos unitarios y federales. Los constituyentes siguieron, en este aspecto, la impronta ecléctica de la generación del 37, plasmada en el ideario de Alberdi, quien veía en esa combinación no

Artículo recibido el 11/9/2022 – Aprobado para su publicación el 2/11/2022.

* Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Prof. Titular int. de Historia del Derecho Argentino en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigador Independiente del CONICET en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CONICET-UNC). Miembro del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho de Buenos Aires. Correo electrónico: aaguero@unc.edu.ar

solo la clave para superar el viejo antagonismo entre las diversas facciones políticas, sino también una consecuencia de los precedentes históricos que, en uno y otro sentido, determinaban naturalmente el rumbo a seguir para constituir el país.¹

En función de ese ideario, la declaración sobre la forma federal de gobierno (art. 1 de la Constitución), debió conciliarse con una serie de estipulaciones que matizaban el modelo de lo que podía entenderse entonces por federación pura. El propio Alberdi afirmaba que debía seguirse el ejemplo de otros países (Estados Unidos, Suiza y Alemania) que habían abandonado “el federalismo puro por el federalismo unitario”.² Esta secuencia podía leerse, en el lenguaje de entonces, como la del paso necesario entre lo que hoy llamaríamos confederación y estado federal, acorde a la experiencia norteamericana. Sin embargo, el diseño argentino terminó asumiendo algunos rasgos unitarios totalmente ajenos al texto de Filadelfia. Las diferentes condiciones históricas y geoeconómicas (*mesológicas*) con respecto al país del norte explican bien este giro.³

Si la formulación ecléctica permitió alcanzar un pragmático consenso sobre la organización constitucional del país, la combinación de elementos que respondían a matrices jurídicas diferentes implicaba algunas inconsistencias que se harían evidentes con el tiempo. Este trabajo analiza algunos aspectos de las tensiones derivadas de la combinación de un régimen de derecho sustantivo nacional codificado (propio de un sistema unitario) con la reserva a favor de los tribunales provinciales para aplicar los códigos de fondo, a partir de la lectura que se impuso de los arts. 1, 5, 67 inc. 11 y 100 del texto de 1853-1860. Procuraremos mostrar que, como efecto de esas tensiones, la interpretación dominante ha convalidado una ponderación constitucional en la que la organización del poder jurisdiccional ha tenido mayor relevancia que el principio de igualdad ante la ley, con la consecuente postergación de una garantía esencial del estado derecho.⁴

A diferencia de algunos estudios específicos, basados en un enfoque teórico y jurisprudencial del sistema constitucional⁵, nuestro análisis procura, en primer lugar, situar el problema en una dimensión histórica amplia, bajo la premisa de que aquella combinación pudo resultar plausible en la medida en que guardaba cierta analogía con prácticas institucionales precedentes. En un segundo momento, analizaremos los cuestionamientos que, durante la primera mitad del siglo XX, se plantearon expresamente acerca de aquella inconsistencia, demostrando que otra lectura del texto constitucional era posible. Por último, revisaremos la construcción del consenso actual, poniendo en evidencia su carácter contingente y tomándolo como testimonio de las

¹ ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* [1852], Losada, Buenos Aires, 1993, cap. XVII, pp. 111 y ss. LINARES QUINTANA, Segundo V., *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1981, t. II, pp. 654-659.

² ALBERDI, *Bases...*, cit., p. 157.

³ BIDART CAMPOS, Germán, *Historia política y constitucional argentina*, Ediar, Buenos Aires, t. I, 1976, p. 289. Sobre el problema de los modelos constitucionales y su influencia en caso argentino, siguen siendo esclarecedoras las páginas de LEVAGGI, Abelardo, “Espíritu del constitucionalismo argentino de la primera mitad del siglo XIX”, *Revista de Historia del Derecho*, 9, 1982, pp. 239-301.

⁴ SAMPAY, Arturo Enrique, “Noción de Estado de Derecho”, *La Ley*, t. 14, 1939, pp. 64-69, p. 66. Para una revisión histórica de este concepto, CASAGRANDE, Agustín, “The concept of *Estado de Derecho* in the history of Argentinean Constitutionalism”, *Quaderni Fiorentini*, n° 47, 2018, pp. 169-206.

⁵ GARAY, Alberto F., *La igualdad ante la ley*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989; DIDIER, María M., *El principio de igualdad en las normas jurídicas generales*, Tesis doctoral, Universidad Austral, 2008.

dificultades para conciliar las improntas tradicionales del federalismo argentino con una doctrina centrada en los derechos individuales y la igualdad ante la ley.

La originalidad argentina en perspectiva histórico-jurídica

Cuando se debatió el proyecto de 1853 en la Convención de Santa Fe, no dejó de llamar la atención el hecho de que se asignara al Congreso nacional la potestad de dictar los códigos para toda la confederación. El convencional Salustiano Zavalía observó que tal facultad debía corresponder a las provincias y que semejante restricción a las soberanías provinciales era “contraria a la forma de Gobierno [federal]” establecida por la Constitución. En defensa del proyecto, Benjamín Gorostiaga señaló que ya se había aprobado el artículo 24 que facultaba al Congreso a promover la reforma de la “actual legislación del país” y que la norma en cuestión, limitada a los códigos de fondo, buscaba evitar que el país fuera “un inmenso laberinto” del que resultarían males inconcebibles. Añadió que “sí en los Estados-Unidos había Códigos diferentes” era porque los norteamericanos, descendientes de los ingleses, habían formado como estos un cuerpo “de leyes sueltas”. Zavalía, por su parte, negó que el país fuera un laberinto de leyes y alegó a favor de la facultad de las provincias para dictar leyes “adecuadas á su organización, costumbres y peculiaridades...que consultasen mejor sus intereses”. A este último argumento, Gorostiaga respondió que esas peculiaridades podrían tener lugar en un código de procedimiento del que no se hablaba en el artículo cuestionado.⁶

Hemos querido evocar este conocido pasaje del debate constituyente a fin de señalar algunos aspectos relevantes para la reflexión histórica. Por un lado, el proyecto se apartaba del modelo norteamericano apelando a la diferente tradición jurídica del país. La tradición angloamericana se había mantenido al margen del furor codificador que marcó el rumbo del derecho continental europeo. Pero no se trataba solo de una opción de técnica legislativa. La elección de un sistema codificado de derecho nacional implicaba un compromiso teórico con el principio de uniformidad legislativa y, consecuentemente, con el de igualdad ante la ley, tal como habían sido concebidos en el marco ideológico de la revolución francesa.⁷

Aunque Alberdi no compartía plenamente el modelo de codificación, se mostraba decididamente a favor de una legislación uniforme para el país: “No sería racional -dice en las Bases- que tuviésemos tantos códigos de comercio, tantas legislaciones civiles, tantos sistemas hipotecarios, como provincias”.⁸ La matriz revolucionaria de este postulado aparecía con mayor nitidez en un pasaje de la edición revisada de las Bases, donde el jurista tucumano fustigaba duramente la actitud de la escindida provincia de Buenos Aires y su constitución de 1854, afirmando: “Una provincia que habla de códigos locales, de hipotecas de provincia, de monedas de provincia, ¿podrá representar otra época ni otro orden de cosas que aquellos en que estaba la Francia feudal antes de 1789?”.⁹

⁶ RAVIGNANI, Emilio (ed.), *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Tomo IV, Peuser, Buenos Aires, 1937, pp. 528-529; para un reciente encuadre histórico del tema, POLOTTO, Rosario, “Unificación jurídica, régimen federal y jurisprudencia La casación en la Argentina (1853-1936)”, *en prensa*.

⁷ FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Trotta, Madrid, 1996, pp. 37 y ss.

⁸ ALBERDI, *Bases*, cit., p. 110.

⁹ IDEM, p. 271.

El ideal de una legislación nacional uniforme, cuya inspiración revolucionaria se trasluce en las palabras citadas, se mostraba, así, como la antítesis de la estructura plural (*feudal*) de antiguo régimen. Con independencia de los móviles instrumentales que la hubieran impulsado, la uniformidad de legislación estaba teóricamente vinculada a una serie de principios que convergían en las llamadas “ideologías de la codificación”.¹⁰ La ley uniforme, condensada en un breve código, se representaba no solo como garantía de la igualdad formal proclamada por la revolución, sino también como herramienta para neutralizar el arbitrio de los jueces, un rasgo del antiguo régimen incompatible con la nueva idea de “libertad civil”.¹¹ Por esto, bajo esa nueva comprensión de la ley, el sistema de legislación uniforme debía ir acompañado de aquellas instituciones que aseguraran su estricta observancia por parte de los jueces, como la obligación de fundamentar las sentencias y el recurso de casación.¹²

En función del principio de igualdad ante la ley, la uniformidad legislativa debía implicar también un compromiso con la uniformidad de jurisprudencia. Sin embargo, como consecuencia de su enfoque ecléctico, el diseño argentino asumió como solución plausible la desconexión de estos dos aspectos. A diferencia de los códigos sustantivos, los de procedimiento serían parte de las facultades conservadas por las provincias y, como vimos en la cita al debate de 1853, a través de ellos podrían introducirse “particularidades” propias del ambiente local. Como se sabe, la reforma de 1860 estipuló una protección específica a las “jurisdicciones locales” frente a la potestad codificadora del Congreso, reservando la *aplicación* de los códigos a las respectivas jurisdicciones (art. 67 inc. 11 y art. 100, texto de 1860). Sobre estas premisas se construyó uno de los rasgos más originales de nuestro sistema constitucional: un sistema en el que la legislación sustantiva codificada es competencia del Congreso nacional, mientras que su aplicación está reservada a poderes judiciales organizados y regidos por leyes provinciales, sin una instancia común ordinaria que pudiera operar como instrumento de uniformidad jurisprudencial.¹³

La solución argentina se apartó, así, tanto del federalismo norteamericano, como del unitarismo francés. Más allá del eclecticismo dominante, el hecho de que semejante configuración resultara plausible, de que se asumiera la posibilidad de separar la uniformidad legislativa de la jurisprudencial, puede explicarse, a nuestro juicio, a partir de las prácticas institucionales vernáculas cuyas raíces se hunden en la tradición hispana.¹⁴ Con independencia de la lectura que Alberdi y sus contemporáneos hicieran

¹⁰ TARELLO, Giovanni, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, ECIG, Genova, 1976.

¹¹ SORDI, Bernardo, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Il Mulino, Bologna, 2020, p. 76-77.

¹² GARRIGA, Carlos y LORENTE, Marta, “El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489-España, 1855), en GARRIGA, Carlos y LORENTE, Marta, *Cádiz 1812. La Constitución jurisdiccional*, CEPC, Madrid, 2007, pp. 261-312.

¹³ Sobre las tensiones de esta configuración, POLOTTO, “Unificación jurídica... cit.”; véanse también las referencias citadas en la nota siguiente. Un caso similar de combinación entre ley sustantiva (penal y civil) común y normas procesales locales lo ofrecía la federación Suiza, donde, sin embargo, el Tribunal de la Federación estaba facultado, por delegación de los cantones, para asegurar la aplicación uniforme de las leyes federales. SARTORIO, JOSÉ, *La casación argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1951, p. 38.

¹⁴ He considerado estos aspectos en, AGÜERO, Alejandro, “Law and criminal justice in the Spanish colonial order and the problematic enforcement of the legality principle in the early national law in Argentina”, en MARTYN, GEORGES et al. (eds.), *From the Judge's Arbitrium to the Legality Principle. Legislation as a Source of Law*, Duncker & Humblot, Berlin, 2013, pp. 229-251; ÍDEM, “Autonomía por

de los antecedentes coloniales y del centralismo de la Monarquía hispana, la historiografía jurídica de las últimas décadas ha puesto de relieve algunos elementos de esa tradición que pueden ayudarnos a comprender el desenlace constitucional.

Por un lado, se ha deconstruido la imagen de la vieja monarquía concebida en términos de estado absoluto, tal como la había presentado la historiografía liberal decimonónica, para enfatizar su carácter agregativo y compuesto, como espacio integrado por una pluralidad de reinos y provincias con personalidad política y tradiciones forales diferentes. En este marco, se ha constatado la efectiva vigencia de un alto grado de autogobierno municipal, expresado en términos de autotutela corporativa y de ejercicio de las jurisdicciones ordinarias de primera instancia.¹⁵ Se ha comprendido así, el sentido de afirmaciones de época que definían a la Monarquía como una “comunidad de repúblicas presididas por un soberano”.¹⁶ Esto último se conecta con un segundo aspecto destacado por la historiografía jurídica reciente, referido a la forma en la que el ejercicio de la jurisdicción ordinaria, dentro de la estructura de la monarquía, implicaba un proceso de “localización” del derecho general. En cierta manera, las instancias locales de jurisdicción ordinaria, generalmente en manos de las elites municipales, operaban bajo una dinámica mediante la cual, además de considerar una profusa carga de normatividad local junto al derecho de la monarquía, ajustaban los principios generales en función de condiciones casuísticas y contextuales.¹⁷

A partir de estas premisas, se comprende que las opciones federativas, tras la crisis de la monarquía, tuvieran a su favor un punto de partida que reconocía el viejo esquema de privilegios jurisdiccionales o, como se ha sugerido también, se ajustaban mejor a la lectura corporativa del orden político sostenida por el naturalismo católico.¹⁸ Se trata de un mismo marco cultural que incluso se puede apreciar en la constitución de Cádiz, en la que, a pesar de su afirmación unitaria de soberanía nacional, se procuró conciliar el

soberanía provincial. Historia de un desplazamiento conceptual en el federalismo argentino (1860-1930)”, *Quaderni Fiorentini*, 43, 2014, pp. 341-392.

¹⁵ Por razones de espacio me limito a señalar los trabajos más específicos para este argumento, CLAVERO, Bartolomé, “Tutela administrativa o diálogos con Tocqueville (a propósito de *Une et indivisible* de Mannoni, *Sovrano tutore* de Mannori y un curso mío)”, *Quaderni Fiorentini* 24, 1995, pp. 419-465; AGÜERO, Alejandro, “Ciudad y poder político en antiguo régimen. La tradición castellana”, EN TAU ANZOÁTEGUI, Víctor Y AGÜERO Alejandro (coords.), *El Derecho Local en la periferia de la Monarquía Hispana, siglos XVI-XVIII*, INHIDE, Buenos Aires, pp. 121-184

¹⁶ Así lo expresa León de Arroyal en 1789, DOMÍNGUEZ ORTIZ, Antonio, *En torno al municipio de la Edad Moderna*, Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional, Granada, 2005, p. 69. Para un análisis más amplio, PORTILLO VALDÉS, José M., *Revolución de Nación. Orígenes de la cultura constitucional en España, 1780-1812*, CEPC, Madrid, 2000, p. 14.

¹⁷ HESPANHA, António Manuel. “Depois do Leviathan”, *Almanack brasiliense* 5, 2007, 55-66 AGÜERO, Alejandro, “Local Law and Localization of Law. Hispanic legal tradition and colonial culture (16th – 18th centuries)”, en MECCARELLI, M. Y SOLLA SASTRE, J. (eds.), *Spatial and Temporal Dimensions for Legal History: Research experiences and Itineraries*, Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main, 2016, pp. 101-129. Sobre la tradición casuista, TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *Casuismo y sistema: indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano*, INHIDE, Buenos Aires, 1992.

¹⁸ ROJAS, Beatriz, “Los privilegios como articulación del cuerpo político, Nueva España (1750-1821)”, en ÍDEM (coord.) *Cuerpo político y pluralidad de derechos. Los privilegios de las corporaciones novohispanas*, CIDE –Instituto Mora, México, 2007, pp. 45-84, pp.78-79. CALDERÓN, María Teresa Y THIBAUD, Clément, *La Majestad de los Pueblos en la Nueva Granada y Venezuela 1780-1832*, Universidad del Externado de Colombia – Taurus, Bogotá, 2010, p. 98. ENTIN, Gabriel, “República y Federalismo en América del Sur, entre la Monarquía hispánica y las revoluciones de Independencia”, en DE FRANCESCO, ANTONINO, et al. (coords.), *Entre Mediterráneo y Atlántico. Circulaciones, conexiones y miradas, 1756-1867*, FCE, Santiago de Chile, 2014, pp. 362-392.

ideal de la codificación nacional con una suerte de “federalismo judicial”, sin instancias nomofiláticas ni recursos ordinarios al Tribunal Supremo por motivos de aplicación del derecho sustantivo, operando como últimas instancias, a este respecto, los máximos tribunales de distrito (las audiencias).¹⁹

Desde el punto de vista de lo que aquí nos interesa, es posible sugerir que el particular diseño constitucional argentino resultaba familiar para unas elites locales que habían ejercido la jurisdicción ordinaria en tiempos coloniales y que, sin cambios sustanciales, lo habían continuado haciendo en el período abierto tras la revolución. En este sentido, quizás tanto en el caso argentino como en el de su precedente gaditano, aquella tradición de pluralismo jurisdiccional con dinámicas de localización operara como sustrato común para dar sentido a soluciones de compromiso entre modelos teóricos difíciles de conciliar.

Federalismo, legislación y derechos individuales. Premisas históricas

Si la historia podía ofrecer una base cultural para hacer plausible una solución ecléctica, no resolvía las tensiones derivadas de la combinación de principios que respondían a tradiciones diferentes ¿Cómo podía construirse un sistema fundado en el principio de legalidad e igualdad ante la ley, si la aplicación del derecho sustantivo se adjudicaba a jurisdicciones locales sin una instancia nomofiláctica común? No parece que este hubiera sido un problema relevante en el momento del debate constituyente. Si la uniformidad legislativa se consideraba como un instrumento necesario para la integración y el progreso económico del país, es posible que, en sintonía con lo que aconteció en otros espacios del horizonte hispano, la dimensión individualista asociada al programa ilustrado de legalidad e igualdad quedara marginada por aquella persistente comprensión corporativa de los derechos propia de la tradición precedente.²⁰ En su estudio sobre la etapa formativa del federalismo argentino, Zorraquín Becú llegó a la conclusión de que las provincias habían aceptado tempranamente la noción de soberanía popular pero desvinculada del individualismo político que estaba en la base de ese concepto. De esta forma, se hablaba de libertad, pero “en vez de acordársela al individuo, las provincias se apoderaron del término que fue así sinónimo de independencia”. Agregaba, además, que el dogma de la igualdad “no fue aplicado al hombre, sino a los grupos que formaban la república”, concluyendo en que el “vocabulario era idéntico”, pero se había “alterado fundamentalmente su significado”.²¹ Esta alteración del lenguaje parece indicar que la lucha por el federalismo se orientaba más a preservar unos derechos territoriales, en su mayoría fundados en antiguos privilegios coloniales, que a consagrar un nuevo orden de libertades individuales.²²

¹⁹ LORENTE, Marta, “Esencia y valor del constitucionalismo gaditano (Nueva España, 1808-1821), en ANNINO, Antonio (coord.), *La revolución novohispana, 1808-1821*, FCE, México, 2010, pp. 293-383; GARRIGA, Carlos, “El federalismo judicial mexicano, 1824-1835”, en ROJAS, Beatriz (ed.), *Procesos constitucionales mexicanos. La Constitución de 1824 y la antigua constitución*, Instituto Mora, México, 2017, pp. 154-271.

²⁰ CLAVERO, Bartolomé, “Antropología del sujeto de derechos en Cádiz”, *Revista Española de la Función Consultiva*, 19, 2013, pp. 99-128. En nuestro caso, la impronta historicista de la generación del 37 atenuó los rasgos individualistas del discurso constitucional, véase BIDART CAMPOS, *Historia...*, cit., p. 284-285.

²¹ ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *El federalismo argentino*, 2da ed., La Facultad, Buenos Aires, 1953, pp. 66-67.

²² AGÜERO, Alejandro, “De privilegios fundacionales a constituciones. Territorio y jurisdicción en el origen de las provincias argentinas”, en AGÜERO, Alejandro et al. (coords.), *Jurisdicciones, soberanías*,

Si esa había sido la tónica dominante en el federalismo provincial de la primera mitad del siglo XIX, el momento constituyente de 1853-1860 podía pensarse como fundacional de una nueva etapa, como efectivamente lo fue en muchos aspectos. Sin embargo, analizando la primera jurisprudencia de la Corte argentina, Eduardo Zimmermann llega a una conclusión significativa: “resulta abrumadora en el discurso constitucional del siglo diecinueve la predominancia de las preocupaciones por la distribución de poderes entre el estado nacional y las provincias y el relegamiento de una elaboración conceptual sistemática de los derechos individuales como frenos a la soberanía estatal”.²³ En función de nuestro argumento, podemos pensar que esta postergación de los derechos individuales es indicativa de un efecto inercial de la matriz tradicional situada en la génesis de nuestra historia constitucional. Si este fuera el caso, cabría reconsiderar la relación teórica entre derechos individuales y soberanía estatal.

Es posible pensar que la opción por un derecho nacional codificado se ajusta mejor a una perspectiva en la que soberanía estatal y derechos no se plantean como extremos antitéticos sino interdependientes. Según Mauricio Fioravanti, la codificación del derecho se vincula con una matriz que combina lógicas individualistas y estatalistas como estrategia de afirmación de las libertades. Una estrategia que presupone que solo la concentración del poder normativo puede emancipar a los individuos de los viejos poderes corporativos intermedios para tratarlos, al menos formalmente, como ciudadanos iguales, con independencia de su pertenencia de origen. La vía para asegurar la igualdad formal de los individuos radicaba en la construcción de una soberanía estatal fuerte capaz de derogar el viejo derecho e imponerse a los antiguos poderes territoriales, corporativos, feudales o, incluso, a los propios magistrados díscolos.²⁴

Una única ley, entendida como expresión de la voluntad general, sencilla y común para todo el territorio, aplicada de manera uniforme a todos los ciudadanos, no solo era el mejor antídoto contra la tiranía de los jueces, como había sugerido Beccaria²⁵, sino que era también una consecuencia necesaria del principio de igualdad que estaba en la base del contrato social. En esta lógica, para asegurar los derechos hay que asegurar el primado de ley, y para esto último, no basta con sancionar un código, es necesario crear instancias capaces de garantizar su observancia, como fue el caso del tribunal de casación.

Con relación a los ideales que impulsaron la creación de la casación en Francia, Piero Calamandrei expresó: “la proclamación teórica de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, la creación de un único cuerpo de leyes iguales en abstracto para todos se hubiera convertido, en realidad, en una caótica desigualdad si, en la aplicación de la ley a los diversos casos singulares, los jueces hubiesen podido dar significados diferentes a una misma norma”.²⁶ Según el jurista italiano, el contractualismo rousseauiano estaba

administraciones. Configuración de los espacios políticos en la construcción de los estados nacionales en Iberoamérica, Córdoba-Zamora: UNC-Colegio de Michoacán, pp. 441-476.

²³ ZIMMERMANN, Eduardo, “Soberanía nacional y soberanías provinciales ante la Corte Suprema de Justicia. Argentina, siglo XIX”, *Estudios Sociales, Revista Universitaria*, semestral, XXV, 48, 2015, pp. 11-37, p. 37.

²⁴ FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales...*, cit., pp. 37, 109.

²⁵ MARQUÉS DE BECCARIA, *Tratado de los delitos y las penas*, trad. J. A. de las Casas, J. Ibarra, Madrid, 1774, p. 22.

²⁶ CALAMANDREI, Piero, *La cassazione civile (parte prima)* [1920]. *Opere Giuridiche*, vol. VI, Roma Tre Press, Roma, 2019, p. 389 (la traducción de la cita al castellano es nuestra).

en la base ideológica del “coeficiente doctrinario” que determinaba la originalidad específica del dispositivo casatorio surgido de la revolución, con independencia de los precedentes que pudieran encontrarse en el derecho histórico. Con estas perspectivas podemos volver a nuestro diseño constitucional y valorar mejor algunos problemas derivados de su configuración mixta.

Códigos e igualdad ante la ley en el sistema argentino.

Como hemos adelantado, en nuestro sistema constitucional, la aplicación de los códigos sustantivos realizada por los tribunales provinciales quedó, en principio, exenta de un control nomofiláctico superior, según la interpretación dada a los arts. 67 inc. 11 y art. 100 del texto de 1853-1860. Esta solución pareció consolidarse con la sanción de la Ley 48 que, “en virtud de lo dispuesto en el inciso 11, artículo 67 de la Constitución”, excluyó la posibilidad de recurrir ante la Corte Suprema por agravios motivados en “la interpretación o aplicaciones que los tribunales de provincia hicieren de los códigos Civil, Penal, Comercial y de Minería”²⁷. Se configuró así un esquema que parecía reproducir, según hemos recordado, la tradicional composición hispana, con su pluralidad jurisdiccional y su dinámica de localización.

Sin una instancia superior común, la operatividad del principio de legalidad y, consecuentemente, la efectiva vigencia de la igualdad formal ante la ley, quedaron confiadas a unas justicias provinciales que, es necesario decirlo, hacia la segunda mitad del siglo XIX habían cambiado muy poco con respecto a la época anterior.²⁸ Bajo este esquema, no había forma de determinar si las provincias aplicaban correctamente o no el derecho codificado. Claro que estos problemas solo comenzarían a tomar su real dimensión después de la sanción del Código Civil. Como lo ha señalado Rosario Polotto, la sanción del Código Civil exacerbó los debates en torno a la relación entre la propuesta unificadora del código civil y el régimen federal adoptado por nuestro país.²⁹

Tras el cambio de siglo la Corte Suprema comenzó a aceptar recursos contra sentencias de tribunales provinciales que carecían de todo fundamento legal. Por vía jurisprudencial, surgió así el llamado recurso extraordinario por sentencia arbitraria. Esta doctrina, cuyos comienzos se sitúan en el caso *Rey vs. Rocha* de 1909, significó ampliar la competencia de la Corte para conocer potencialmente aquello que la ley 48 le vedaba, esto es, revisar la aplicación del derecho común realizada por los tribunales de provincia.³⁰ Sin embargo, un recurso de estas características, creado por vía jurisprudencial, no se puede comparar con una herramienta propiamente nomofiláctica de la ley sustantiva. No es lo mismo garantizar que los poderes públicos no se comporten de manera arbitraria, que garantizar la observancia e interpretación uniforme de los códigos de fondo. Si bien esta nueva vía amplió la competencia de la Corte en el sentido indicado, el propio tribunal se encargaría de señalar que los meros errores en la

²⁷ Ley 48, 1863, disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/115000-119999/116296/texact.htm>

²⁸ Un balance reciente en BERALDI, Nicolás, *La construcción de un poder judicial en clave liberal y la persistencia de la dicotomía ciudad-campaña. Una historia de la justicia de Córdoba (1855-1883)*, tesis doctoral, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, 2021.

²⁹ POLOTTO, “Unificación jurídica...”, cit., p. 4.

³⁰ CARRIÓ, Genaro y CARRIÓ, Alejandro, *El Recurso Extraordinario por Sentencia Arbitraria*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, pp. 34-40.

interpretación de la ley común no autorizaban “la concesión del recurso con fundamento en la doctrina de la arbitrariedad”.³¹

Aun cuando se lo suele asimilar a un “recurso de casación por *errores iuris in iudicando*”³², o a una “casación constitucional”³³, el recurso extraordinario federal, ya sea en su regulación original, o en su versión ampliada pro la doctrina de la arbitrariedad, no cumple una función nomofiláctica ni ofrece una instancia para uniformar la interpretación de los códigos nacionales. En consecuencia, tampoco evita la aplicación desigual de la ley entre las diversas jurisdicciones provinciales. En suma, no resuelve el dilema que surge del diseño constitucional y de su desarrollo legal: o se respetan el federalismo y las jurisdicciones provinciales, según la lectura predominante del art. 67 inc. 11 (hoy 75 inc. 12), o se debe aceptar que no es posible garantizar la observancia uniforme de la ley sustantiva común en todo el país, con el consiguiente demérito que ello implica para el principio de igualdad ante la ley (art. 16 CN).

La actual opinión mayoritaria parece asumir que la opción correcta es aceptar el condicionamiento de la estructura federal, aun al precio de soslayar el principio de la igualdad ante la ley. Una rápida mirada por las obras específicas más destacadas en materia procesal deja la sensación de que, aun cuando se plantea abiertamente el fundamento constitucional del recurso de casación sobre la base del principio de igualdad, no se abordan las dificultades que la estructura federal implica para asegurar la vigencia efectiva de ese principio.³⁴ Los desarrollos contemporáneos en materia procesal parecen haber desconectado el recurso de casación del problema de la igualdad ante la ley, limitando el objeto de la uniformidad jurisprudencial al dominio provincial, o aceptando que no es misión de la Corte Suprema ejercer esa función en materia de derecho común.³⁵ Eventualmente, se reconoce que la casación incide en la igualdad, pero dentro de una misma “jurisdicción judicial”³⁶.

Esta lectura procesal es coherente con una sólida jurisprudencia de la Corte Suprema, según la cual, la igualdad que garantiza la constitución se limita a las leyes y no a su aplicación, por lo tanto no se ve vulnerada por interpretaciones diferentes que, de un mismo precepto legal y en casos similares, realicen los tribunales de distintas

³¹ PALACIO, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, 14ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 619.

³² PALACIO, *Manual...*, cit., p. 607.

³³ BERIZONCE, Roberto O., “Las funciones de la Corte Suprema: en el tránsito hacia un nuevo modelo”, *ANALES* 4, Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales, U.N.L.P., 2011, pp. 193-212; HITTERS, Juan Carlos, “La casación nacional. Su estado actual”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1979-II, pp. 807-815, p. 808.

³⁴ Véase, por ejemplo, HITTERS, Juan Carlos, *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*, 2da ed., Editora Platense, La Plata, 1998; DE LA RÚA, Fernando, *La casación penal*, 2da ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006; PASTOR, Daniel, *La nueva imagen de la casación penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.

³⁵ Como ejemplo paradigmático, sin una sola mención al principio de igualdad, DE LA RÚA, Fernando, “Consideraciones sobre el recurso de casación”, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, 1969, pp. 545-557, disponible en <https://hdl.handle.net/11185/4800>. Sobre la misión de la Corte limitada a una “casación constitucional”, BERIZONCE, “Las funciones de la Corte...”, cit., pp. 195-196.

³⁶ Así, CAFFERATA NORES, José I. y TARDITTI, Aída, *Código Procesal Penal de Córdoba*, t. II, p. 421, nota a pie 265.

jurisdicciones, ni por la existencia de regímenes procesales diferentes en el orden federal y en el provincial, entre otras razones.³⁷

Aunque volveremos sobre este punto, señalemos ahora que, con matices, la doctrina constitucional ha procurado encontrar fundamento razonable a esa interpretación.³⁸ En líneas generales, se considera que la existencia de un régimen federal explica “la legitimidad de la diversidad en la instrumentación de ciertos institutos”, como sostiene Sagüés. En virtud de ello, “la libertad de criterio de los jueces y la existencia de múltiples jurisdicciones habilita que una misma norma de derecho común (p. ej., el Código Civil), tenga interpretaciones diversas en diferentes lugares del país”. Aunque el citado autor considera “discutible” afirmar que aquí no se vulnera el principio de igualdad, explica que, en este contexto, la igualdad “debe ceder ante la prevalencia del principio federal de gobierno (art. 1º de la Const. Nacional)”, salvo que otro agravio a la Constitución habilite el recurso extraordinario ante la Corte.³⁹

De esta manera, en la interpretación predominante, el principio de igualdad ante la ley se disuelve en un principio de igualdad ante la misma jurisdicción. Ante ello cabe preguntarse, ¿cómo es posible que esta solución se considere razonable? ¿Es suficiente alegar la estructura federal y la lectura del art. 75 inc. 12, para justificar una restricción tan evidente al principio de igualdad? ¿Acaso se justifica, de acuerdo con los principios del derecho liberal, una ponderación constitucional que se muestra más respetuosa del reparto de poderes jurisdiccionales que de la igualdad ante la ley? Antes de ensayar una respuesta, es importante volver a la historia y considerar el debate que se desplegó en el contexto de la primera mitad del siglo XX en torno a estas cuestiones, para analizar después la jurisprudencia de la Corte Suprema y su consolidación hasta el presente.

La casación nacional y el proyecto Colombo (primera mitad del siglo XX)

Durante primeras décadas del siglo XX, en el marco de un protagonismo excluyente del estado nacional, el propio sistema federal podía ser interpelado por intelectuales de diversa procedencia. Algunas expresiones más enfáticas, como la de Rodolfo Rivarola, llegaron a postular “la necesidad de poner punto final al experimento federalista y adoptar un régimen unitario basado en la centralización política y la descentralización administrativa”. Con argumentos similares, Nicolás Matienzo apuntaba a un federalismo atenuado, en su libro sobre el “gobierno representativo federal” de 1910.⁴⁰ Recientemente, María Pollitzer ha analizado el debate sobre este tema en el contexto de la Universidad de Buenos Aires, entre 1890 y 1916, un período en el que, al menos en el plano teórico, el federalismo fue puesto “bajo revisión”.⁴¹ Este importante considerar este contexto para comprender el sentido de los debates jurídicos, como luego veremos.

³⁷ BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1996, t. I, p. 534. Este autor, como veremos luego, ha sido uno de los pocos en expresar su crítica a esta posición de la Corte.

³⁸ GARAY, *La igualdad...*, cit., pp. 93 y ss. ; DIDIER, *El principio de igualdad...*, cit., pp. 64-71.

³⁹ SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, 2da ed. ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1997, Tomo 2, pp. 440-441.

⁴⁰ Ambas referencias en ZIMMERMANN, Eduardo, *Los liberales reformistas: la cuestión social en la Argentina, 1890-1916*, Sudamericana, Buenos Aires, 1995 p. 69.

⁴¹ POLLITZER, María, “El Federalismo bajo revisión: preocupaciones, desafíos y propuestas desde la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (1890-1916)”, *Revista de Historia Americana y Argentina*, v. 56, n. 1, 2021, pp. 271-302, DOI: <https://doi.org/10.48162/rev.44.008>.

Rosario Polottoha reconstruido recientemente una serie de argumentos desarrollados entre 1853 y 1936 sobre la tensión entre derecho codificado y federalismo, destacando los argumentos acerca de la necesidad de crear una instancia nacional de casación para resolver las dificultades que plantaba el sistema mixto argentino. Para Polotto, estos debates no solo buscaban en la casación un mecanismo para uniformar la jurisprudencia, sino que denotaban también la intención de legitimar una jurisprudencia creadora del derecho que permitiese adaptar el código civil a las nuevas circunstancias, sin tener que reformarlo por la vía parlamentaria. En cualquier caso, los testimonios que ofrece son bien elocuentes sobre el consenso que, a partir de la década de 1910, existía entre los juristas argentinos sobre la necesidad de contar con una instancia nacional de casación para evitar el problema de la disparidad de interpretaciones entre los tribunales de provincia. Varios argumentos desarrollados en este contexto tuvieron repercusión hasta mediados del siglo XX.⁴²

El estudio de Polotto viene a complementar un trabajo previo de Ezequiel Abásolo, quien analizó los debates que se sucedieron entre 1931 y 1943 en torno a la necesidad de crear una instancia nacional de casación. Para Abásolo se trató de una argumentación surgida de la propia experiencia forense, impulsada por juristas que reclamaban “la implementación de un sistema de casación que pusiese término a lo que denunciaban como nefastas contradicciones de la jurisprudencia”. El autor recupera, entre muchos otros, el testimonio de Emilio Reviriego, para expresar los términos en los que se planteaba el problema de la jurisprudencia no uniforme: “...mientras algunos tribunales consideraban que los hermanos naturales se heredaban entre sí, otros opinaban lo opuesto; que en tanto en ciertas jurisdicciones los magistrados sostenían que el ejercicio de la acción penal interrumpía la prescripción, en otras se defendía la postura contraria; que mientras para algunos tribunales el empresario constructor contaba con el carácter de comerciante, para otros su condición resultaba del todo diferente”.⁴³

En ese contexto, el reclamo académico sobre una instancia nacional de casación se basaba, según Abásolo, en la necesidad de proveer a la unidad del derecho argentino y ajustar el orden jurídico a las exigencias sociales de la época. No se dejó de señalarse, incluso, que con la práctica de la casación se afianzaría la igualdad ante la ley en la república. Se esperaba que la casación fuera el remedio para superar “el casuismo” y la “anarquía” que provocaban una multitud de pronunciamientos contradictorios. Se ponía así en evidencia la necesidad de un organismo de alcance nacional que fijara la “interpretación de los códigos” e “hiciese realidad en todo el territorio, la comunidad de la ley”.⁴⁴

Tanto Polotto como Abásolo recuerdan que el proyecto de reforma constitucional promovido tras el golpe militar de 1930 preveía adjudicar a la Corte Suprema la potestad de “actuar como Corte de casación en recursos por violación o inaplicabilidad de la ley común contra sentencias definitivas de los tribunales del fuero común en todo el territorio de la Nación”. Entre otros testimonios relevantes, ambos evocan también los debates y el dictamen de la IV Conferencia de Nacional de Abogados, de 1936, donde se expresó, con algunas disidencias, que era oportuno y necesario crear una jurisdicción nacional de casación para fijar la interpretación de los códigos sustantivos civil,

⁴² POLOTTO, “Unificación jurídica...”, cit., *passim*.

⁴³ ABÁSULO, EZEQUIEL, “Los juristas argentinos y el debate en torno a la casación (1931-1943), *Prudentia Iuris*, 54, 2001, pp. 269-289, p. 275.

⁴⁴ ABÁSULO, “Los juristas...”, cit., pp. 276, 280.

comercial, penal y de minería.⁴⁵ Algunos juristas, como Salvador Dana Montaña o Juan Antonio González Calderón, sostuvieron en la prensa (La Nación, 1931) que no resultaba aceptable que el código civil fuese “interpretado y aplicado con quince criterios distintos por los tribunales locales” y que no se contase con medio alguno para uniformar “la jurisprudencia en materia de derecho común”.⁴⁶

Con relación a la forma de materializar esa instancia, tanto en los primeros antecedentes analizados por Polotto, como los debates estudiados por Abásolo, se contemplaban diversas propuestas. Algunos entendían que se requería una reforma constitucional, otros sugerían la vía de un pacto interprovincial. Una tercera opinión, sostenida por Lafaille en base a argumentos precedentes, planteaba que era posible hacerlo mediante una ley del congreso dado que “la unidad legislativa impuesta por la constitución implicaba y admitía necesariamente la unidad de jurisprudencia”. Para este punto de vista, los tribunales provinciales conservaban su facultad de aplicar la ley, pero su interpretación final quedaría en una instancia nacional de casación según el modelo francés o italiano.⁴⁷

Como fruto estos debates, diversas provincias incorporaron recursos orientados a uniformar la jurisprudencia dentro de sus jurisdicciones, aunque ninguna de las propuestas de alcance nacional prosperó. Abásolo sugiere que la publicación, en 1943, del libro de Carlos J. Colombo titulado “La Corte Nacional de Casación”, obra que incluía un proyecto de ley del autor, “representó el punto culminante de los esfuerzos intelectuales argentinos referidos a la unidad de la jurisprudencia”.⁴⁸ Tomándola como hito de referencia para cerrar su período de estudio, Abásolo no entra en el análisis de una obra cuyo mayor mérito, quizás, radique en ofrecer una sistematización de los argumentos vertidos en las décadas precedentes sobre la cuestión. Por esta razón, algunos pasajes del libro de Colombo resultan muy significativos para el argumento que venimos desarrollando aquí.

Además de un exhaustivo estado de la cuestión, Colombo ofrece un enjundioso estudio comparativo sobre los sistemas de casación en diferentes países del mundo. En lo relativo al caso argentino, toma partido por aquellos que habían sostenido que la creación de una instancia nacional de casación no contrariaba la letra de la Constitución, pues era compatible con el federalismo argentino y, por lo tanto, podía realizarse por vía legislativa. Para ello, propone crear una Corte Nacional de Casación que debía cumplir una función nomofiláctica, sin entrar al mérito del caso, ni conocer de agravios por vicios *in procedendo* (para no invadir la esfera de aplicación propia de los tribunales provinciales). Al igual que otros juristas (Espil, Lafaille), entiende que el obstáculo para crear una instancia nacional de casación, o para que la Corte Suprema cumpliera esa función, no era la Constitución, sino la Ley 48: “El error de los autores de la ley 48, ha consistido en copiar una ley restrictiva -la de 24 de septiembre de 1789- que debía ser limitada, *porque en EEUU los códigos de fondo no son leyes nacionales y querer que en nuestro país rija la restricción, cuando la situación es la opuesta: los códigos son leyes nacionales*.”⁴⁹

⁴⁵ POLOTTO, “Unificación jurídica...”, cit.pp.16-21; ABÁSULO, “Los juristas...”, cit., p. 277, 282-283.

⁴⁶ ABÁSULO, “Los juristas...”, cit., p. 278.

⁴⁷ ÍDEM, p. 283.

⁴⁸ ÍDEM, p. 289.

⁴⁹ COLOMBO, Carlos J., *La Corte Nacional de Casación*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1943, t. I, p. 163, cursiva en el original. Para los puntos enunciados en este párrafo, véase la “Introducción”, pp. 7-24.

Desde este punto de vista, la unidad de la legislación sustantiva establecida por la Constitución Nacional implicaba, necesariamente, la posibilidad de crear aquella instancia para uniformar la interpretación de la ley común. La casación nacional era el único medio para hacer realidad la unidad legislativa. En este sentido, sostiene Colombo: "...lo que viola a la Constitución Nacional, es el actual sistema, que multiplica por dieciséis la ley de fondo, violando de forma flagrante la Constitución Nacional". Su perplejidad ante la interpretación -aún hoy- vigente, lo lleva a sostener enfáticamente que la Constitución nacional "nunca pudo haber querido, que una cosa fuera y no fuera a la vez; que en teoría hubiera un solo Código Civil, y que en la práctica hubiera tantos como tribunales competentes existen en el país".⁵⁰

Entre los numerosos argumentos sobre la necesidad de una casación nacional, aparece uno que nos interesa especialmente: "el sistema actual, -dice Colombo- al permitir la contradictoriedad (sic) de la jurisprudencia, viola el principio constitucional de que todos los habitantes somos iguales ante la ley". En este punto resuena el "coeficiente doctrinario" que Calamandrei situaba en la raíz francesa de la casación: "El principio de soberanía del pueblo implica no solo el reconocimiento de la igualdad política de todos los miembros de la comunidad, sino también la igualdad de los derechos privados, en identidad de circunstancias". Por último, apelando al argumento de autoridad, Colombo recuerda los numerosos autores (entre los cuales aparecía Calamandrei, junto a otros juristas como Morel y De Pina) que habían sostenido que "sin casación, no hay posibilidad de que se mantenga la igualdad ante la ley".⁵¹

Aun cuando Colombo sostiene, como vimos, que el obstáculo para una casación nacional no estaba en la Constitución sino en la Ley 48, quizás como modo de reforzar la compatibilidad con el federalismo, en su proyecto propone una Corte Nacional de Casación con integración representativa de las provincias. En efecto, dicho tribunal debía estar integrado por un consejero por cada provincia y otro por la Capital Federal. Además, el proyecto estipula que, en la tramitación del recurso, debía "intervenir siempre el Consejero proveniente de la provincia en cuyos tribunales se dictó la sentencia recurrida".⁵² Afloraba aquí un vínculo entre justicia y representación política que, amén de las razones pragmáticas que pudieran motivarlo, no carecía de raíces en la tradición jurídica premoderna.⁵³ No obstante, es importante destacar que la narrativa de Colombo se orienta por una percepción de la nación en la que las diputadas regionales parecen cosas del pasado. "Hoy ya no puede concebirse seriamente - dice Colombo - que un porteño tenga animadversión por un jujeño o que los mendocinos se sientan mal dispuestos con respecto a los santafecinos, por el solo hecho de la diferencia del lugar de origen".⁵⁴

Entre una nación imaginariamente más homogénea y una corte representativa de las provincias, la posibilidad de instaurar un sistema de casación nacional para uniformar la interpretación de los códigos y asegurar la igualdad ante la ley, parecía un reclamo plenamente justificado para buena parte del estamento letrado. Como lo ha constatado Abásolo, la postura a favor de la casación nacional "estaba ligada a sendas concepciones acerca del estado, el derecho y del papel del poder legislativo", siendo evidente que la

⁵⁰ ÍDEM, p. 142

⁵¹ ÍDEM, pp. 168-169.

⁵² ÍDEM, p. 16, y t. II, pp. 378-379.

⁵³ Véase COSTA, Pietro, "El problema de la representación política: una perspectiva histórica", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 8, 2004, pp. 15-61.

⁵⁴ COLOMBO, *La Corte Nacional...*, cit., t. I, p. 13.

mayoría de los juristas apoyaban, sin mayores reservas, la actuación creciente del estado y sus tendencias centralizadoras.⁵⁵ Si la opinión de los juristas parecía unánime acerca de la necesidad de crear una instancia nacional de casación, el principal punto de discordia se centraba en el interrogante sobre si era posible sin necesidad de reformar la constitución. Quienes, como Colombo, asumían la distinción sugerida por Lafaille entre aplicar e interpretar la ley, entendían que no era contrario al espíritu de la constitución instaurar una instancia de casación nacional mediante simple reforma legislativa, preservando la aplicación de los Códigos por las provincias y asignando a la Corte Suprema o a un tribunal específico la función de uniformar la correcta interpretación de los mismos. Por otro lado, se situaban quienes, aun reconociendo la necesidad de una casación nacional, entendían que con la redacción vigente de la Constitución, especialmente con los giros federalistas añadidos en la reforma de 1860, solo era posible crear dicha instancia mediante una reforma de la carga magna.⁵⁶

La jurisprudencia de la Corte y la reforma de 1949

A pesar del consenso académico, la Corte Suprema mantuvo por esos años la interpretación restrictiva acerca de su competencia en materia de aplicación de los códigos nacionales. En 1941, en la causa *Dordal vs. Calderón y Roperó*, aludiendo expresamente al sentido “federalista” impuesto por la reforma de 1860, la Corte sostuvo que tanto la letra como el espíritu de la Constitución y de las leyes orgánicas rechazaban “la pretensión de los demandados tendiente a obtener un pronunciamiento de inconstitucionalidad por desigualdad derivada de la diversa interpretación de los tribunales locales en materia de su incumbencia; es decir – añadía el máximo tribunal – un pronunciamiento de casación extraño a sus funciones”. Además de la reforma de 1860, el tribunal citó una sentencia del año anterior (Fallos, 187, p. 330) y un debate legislativo de 1857 en el que el Congreso, con motivo de un tratado interprovincial sobre administración de justicia, había rechazado la posibilidad de que la Corte pudiera conocer “de negocios del fuero provincial, por más que las provincias quisieran someterse a su juzgamiento”.⁵⁷

Los escasos precedentes citados en *Dordal* sugieren que el conflicto entre uniformidad legislativa, federalismo e igualdad ante la ley, apenas comenzaba a cobrar relevancia. La creciente centralización estatal, en sintonía con lo que parecía ser un fenómeno global, implicaban un escenario muy diferente al que había signado el origen de nuestro federalismo.⁵⁸ En el marco de estas tendencias, la reforma constitucional de 1949 vino a dar el giro que los debates académicos venían preparando. Si bien mantuvo la combinación entre codificación nacional de fondo y competencia jurisdiccional de las provincias (68, inc. 11 en el texto del 49), la reforma adjudicó una expresa competencia de casación a la Corte Suprema, incluyendo la obligatoriedad de su jurisprudencia en materia de interpretación de los códigos. El nuevo texto preveía también que una ley

⁵⁵ ABÁSULO, “Los juristas...”, cit., p. 288.

⁵⁶ En este sentido, véase la tesis doctoral de Américo Cali, defendida en Córdoba en 1945 y publicada dos años después, CALI, Américo, *Corte Nacional de Casación*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1947.

⁵⁷ *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* [en adelante *Fallos*], López, Buenos Aires, t.189, 1941, p. 213.

⁵⁸ Para la percepción, en esos años, de una creciente centralización estatal, más allá de nuestras fronteras, LINARES QUINTANA, Segundo V., “Federalismo y Centralización Política”, *La Ley*, XXVI, 1942, pp. 950-952.

debía reglamentar los procedimientos para los “recursos extraordinarios de casación, y para obtener la revisión de la jurisprudencia”.⁵⁹ La armonización entre la nueva función de casación de la Corte y la preservación de las jurisdicciones provinciales como máximas instancias de aplicación de los códigos, pasaría por aceptar la diferencia entre fijar la correcta interpretación de la ley, por un lado, y subsumir los casos a la norma (aplicar) reservada a las provincias, por el otro.⁶⁰

De esta manera, aunque la reforma de 1949 representó una sustancial innovación con respecto a la tradición constitucional precedente, en el aspecto que aquí nos interesa se limitó incorporar un cambio que, como hemos visto, venía siendo reclamado por buena parte del estamento letrado.⁶¹ En su tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial (edición de 1956), Hugo Alsina expresaba que esta norma había venido a satisfacer, de alguna manera, el insistente reclamo que la doctrina y las asociaciones de profesionales habían manifestado a favor de la creación de una Corte Nacional de Casación con el fin de evitar diferentes interpretaciones de una misma ley entre las diversas provincias. El autor añadía que, por falta de la ley reglamentaria a la que se refería el texto constitucional, muchos tribunales entendían que no era obligatoria la jurisprudencia de la Corte mientras no estuviese regulado el recurso de casación.⁶²

La mencionada ley reglamentaria no llegaría a dictarse. Sin embargo, sobre la base de en una serie de leyes relativas a la uniformidad jurisprudencial en determinados tribunales, la Corte Suprema se apartó de la doctrina anterior y reconoció que la jurisprudencia contradictoria vulneraba el principio de igualdad ante la ley. En el caso *Goeschy vs. Astengo*, de 1953, el tribunal consideró que era procedente “el recurso extraordinario fundado en la violación del principio constitucional de la igualdad por la existencia de resoluciones judiciales contemporáneas que, interpretando los mismos textos legales llegan a conclusiones opuestas y deciden de manera diferente, según la jurisdicción territorial correspondiente a los tribunales en que se suscitan, problemas idénticos y que afectan, con carácter general y uniforme, a todos los integrantes de determinada actividad laboral. En tal situación la igualdad aparece gravemente comprometida y contrariando el propósito de homogeneidad en la aplicación de las leyes sustentado por el 2º Plan Quinquenal de Gobierno”.⁶³

Como se puede observar, además de las tendencias académicas y del nuevo marco constitucional, la Corte contemplaba el objetivo de homogenizar la aplicación de las leyes incluido en el programa político del gobierno.⁶⁴ Vale destacar también que la Corte procedió por vía del recurso extraordinario federal, por vulneración del principio de

⁵⁹ El nuevo art. 95 establecía: “La Corte Suprema de Justicia conocerá, como Tribunal de Casación, en la interpretación e inteligencia de los códigos a que se refiere el inc. 11 del artículo 68. La interpretación que la Corte Suprema de Justicia haga de los artículos de la Constitución por recurso extraordinario, y de los códigos y leyes por recurso de casación, será aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales. Una ley reglamentará el procedimiento para los recursos extraordinario de casación, y para obtener la revisión de la jurisprudencia.”

⁶⁰ SARTORIO, *La casación...*, cit., pp. 39-43.

⁶¹ ÍDEM, pp. 7-11 y 51.

⁶² ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil*, I Parte General, 2 ed. Ediar, Buenos Aires, 1956, p. 264.

⁶³ *Fallos*, t. 227, 1953, pp. 413, 429-430.

⁶⁴ Sobre la sintonía política entre la Corte Suprema y el gobierno peronista, ABÁSULO, Ezequiel, “La Corte Suprema durante el régimen peronista” (1947-1955), en SANTIAGO, ALFONSO, *Historia de la Corte Suprema Argentina*, T. II, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, pp. 481-525.

igualdad, y no por la nueva facultad de casación que le concedía la nueva constitución y que se hallaba sin reglamentar.

Tras el golpe de estado de 1955, y el consecuente cambio en su integración, el máximo tribunal volvería a la doctrina anterior. En diciembre de ese año, en *Rovegno vs. Ducilo*, con el texto de 1949 aún vigente, la Corte sostuvo que el nuevo recurso de casación no era “viable” mientras no estuviera legalmente reglamentado y que su propósito era diferente al recurso extraordinario federal. Se refirió, además, al precedente sentado en *Goeschy*, para sostener que esa interpretación no se conciliaba con lo dispuesto en los art. 68 inc. 11 y 95 de la carta fundamental en tanto excluían de su competencia “las causas que versan sobre puntos regidos por la legislación común dictada por el Congreso para toda la República”. Por último, evocó la doctrina del caso *Dordal* para afirmar que “la igualdad asegurada por el art. 28 de la Constitución nacional a los habitantes del país, es la igualdad ante la ley a fin de que ninguna norma legal pueda establecer entre ellos diferencias de trato en situaciones substancialmente idénticas” y que no comportaba violación de esa garantía “el hecho de que los tribunales de justicia, nacionales o provinciales, en ejercicio de su potestad de juzgar aplicando las leyes comunes dictadas por el Congreso para toda la República”, interpretaran esas leyes “en forma diferente para una situación jurídica similar”.⁶⁵

En su “historia ideológica” de la Corte, Héctor José Tanzi sostiene que la doctrina sentada en por esa nueva integración del tribunal, en 1955, “plantea una manifiesta desigualdad ante distintas decisiones judiciales” sin que exista una instancia que las defina “cuando la Corte tendría en su poder la posibilidad de unificar la jurisprudencia sin que parezca necesario reglamentar el recurso de casación”. La persistencia de esta “lamentable doctrina”, afirma Tanzi, implica una “grave deficiencia” ante el aumento de jurisprudencia contradictoria a nivel nacional.⁶⁶ Como ya adelantamos, a diferencia de lo que había ocurrido en la primera mitad del siglo XX, la doctrina de la Corte ganó consenso en la segunda mitad del siglo, siendo muy escasas las opiniones críticas como la que acabamos de citar.

Una “desigualdad tolerada”. Consenso doctrinario, algunas disonancias.

Con palabras de Sagüés, podríamos decir que la Corte interpreta el principio de igualdad como una garantía contra la “desigualdad de la ley y no de la interpretación”.⁶⁷ En fallos más recientes, la Corte ha insistido en que “la garantía de la igualdad solo puede invocarse frente a un trato discriminatorio proveniente de la norma legal, mas no de la interpretación que de ella hubieren hecho los tribunales”, declarándose incompetente para conocer por agravio al principio de igualdad en esos casos, “cualquiera haya sido el error o acierto” de la decisión objetada.⁶⁸ El mismo criterio ha sostenido la Corte, al menos desde 1945, para las decisiones administrativas, salvo casos sumamente excepcionales.⁶⁹ De esta forma, la garantía constitucional de la igualdad solo es eficaz ante la vacua formulación normativa, como límite al legislador, pero no opera ante el

⁶⁵ *Fallos*, t. 233, 1955, pp. 173-180.

⁶⁶ TANZI, HÉCTOR J., “Historia ideológica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1955-1966)”, *IUSHISTORIA, Revista Electrónica*, 3, 2006, pp. 1-169, pp. 45-49.

⁶⁷ SAGÜÉS, *Elementos...*, cit., t. 2, p. 438.

⁶⁸ Así en fallos Kohen, de 1989, y Mussini, de 1974, en SAGÜÉS, *Elementos...*, cit., pp.437-438.

⁶⁹ GARAY, *La igualdad...*, cit. p. 33.

sentido normativo que los diferentes tribunales, u órganos administrativos, dan al texto legal, a menos que la decisión se considere arbitraria. Es decir, no sería el principio de igualdad el que abriría competencia a la Corte, sino la doctrina de la sentencia arbitraria.

Hacia la segunda mitad del siglo XX, la Corte comenzó aceptar con mayor frecuencia recursos fundados en esa doctrina, algo que para muchos juristas implicó abrir de “par en par” una vía pretoriana de carácter excepcional, convirtiendo al alto tribunal en “una casi tercera instancia similar a la de las Cortes de Casación...”⁷⁰ Como reacción al exceso de trabajo generado por esta vía, no han faltado proyectos para crear una instancia intermedia, algunos de ellos semejantes a las propuestas de la primera mitad del siglo que hemos analizado, pero ya no orientados por el criterio de hacer efectiva la unidad de legislación, sino por razones pragmáticas vinculadas con la necesidad de gestionar los recursos por sentencias arbitrarias y aliviar el volumen de casos que llegan al máximo tribunal. Para el consenso mayoritario, esa instancia intermedia no podría tener una función unificadora de la jurisprudencia relativa a la aplicación de los códigos de fondo, pues, en línea con la doctrina de la Corte, los tribunales de provincia son autónomos a este respecto.⁷¹

Una voz disonante ha sido la de Bidart Campos, para quien la jurisprudencia contradictoria sincrónica vulnera el principio constitucional de igualdad ante la ley y, por lo tanto, la Corte estaría habilitada para conocer en esos casos y unificar la jurisprudencia, incluso ante sentencias de tribunales provinciales. A lo largo de diferentes trabajos, este autor ha mantenido una posición que se acerca a los términos de los debates de las primeras décadas del siglo XX. En tal sentido, ha expresado su adhesión a la doctrina del fallo Goeschy, de 1953, sosteniendo como criterio general que es necesario pasar de la “legislación única” a la “interpretación única” para preservar la igualdad jurídica que ampara la Constitución, “no obstante la pluralidad de órganos judiciales de aplicación (cuando las circunstancias de los casos son análogas)”.⁷²

En la línea expuesta, Bidart Campos ha sostenido que el principio de igualdad debe entenderse en el triple sentido de igualdad ante la ley, ante la administración y ante la jurisdicción, puesto que el estado no puede tratar de manera desigual a quienes se encuentran en situaciones similares “ni cuando legisla, ni cuando administra, ni cuando juzga”.⁷³ Con todo énfasis, alegando a favor de la jurisprudencia obligatoria, ha afirmado: “No hay nada tan inconstitucional como aplicar la misma ley en casos semejantes haciendo de esa ley interpretaciones desiguales”.⁷⁴ Para salvar el escollo que

⁷⁰ MORELLO, Augusto, “La Casación Nacional. Estado de la cuestión [La creación de un Tribunal Intermedio]”, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Sociales, ANALES*, Segunda Época, XXXIII, 26, 1988, t. I, pp. 165-187, p. 167.

⁷¹ Además del texto citado en la nota anterior, véase GIL DOMÍNGUEZ, Andrés Y HERRERA, Marisa, “Reformar para transformar: la creación de un tribunal federal de revisión de sentencias arbitrarias”, Rubinzal online, Doctrina 66/2021, en <https://rubinzalonline.com.ar/index.php/index/index/doctrinaOnline/2113534/>. Sobre otras estrategias para enfrentar la sobrecarga de trabajo en la máxima instancia, con referencias al derecho comparado, BERIZONCE, “Las funciones de la Corte...”, cit., *passim*.

⁷² BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Nueva edición, Ediar, Buenos Aires, 2005, t. II B, pp. 556-558; 564-565.

⁷³ BIDART CAMPOS, Germán, “Igualdad ante la ley y desigualdad en su aplicación”, *El Derecho*, t. 78, 1978, pp. 512-513.

⁷⁴ BIDART CAMPOS, Germán, “Jurisprudencia obligatoria”, *La Ley*, 2001 F, 1492.

parece implicar la redacción del artículo 75 inc. 12 (que reserva la aplicación de los códigos a las jurisdicciones locales), recurre a la distinción entre aplicación e *interpretación*, asumiendo que sin lesionar la competencia de los tribunales provinciales, la Corte podría favorecer la unificación interpretativa por vía del recurso extraordinario, habilitado por infracción al artículo 16 de la Constitución, mientras no esté instituido un sistema federal de casación.⁷⁵

La posición que, casi en soledad, sostuvo Bidart Campos, se acerca en numerosos aspectos al consenso que parecía predominar entre los juristas argentinos durante la primera mitad del siglo pasado.⁷⁶ Por el contrario, como dijimos, el consenso actual tiende a ratificar en el plano teórico la línea argumental de la Corte. En uno de los estudios más detallados sobre el principio de igualdad, publicado en 1989, Alberto Garay dedicó un prolijo análisis a la cuestión, incluyendo un apartado para rebatir la postura de Bidart Campos.

Garay objeta que sea plausible la distinción entre aplicación e interpretación y sostiene que la estructura constitucional argentina implica que los jueces, en las diversas jurisdicciones, tienen libertad de criterio y, ante casos similares, pueden diferir de otros jueces. Ello es así porque que la unidad legislativa establecida en el art. 67, inc. 11 (hoy 75, inc. 12) “no importa unidad o uniformidad de la jurisprudencia nacional y provincial”. Por lo tanto, cuando diversos tribunales resuelven un caso análogo de modo contradictorio, no transgreden la Constitución, sino que incurren, eventualmente, en “una desigualdad tolerada por la Ley Fundamental porque responde al mismo sistema que ella ha creado”.⁷⁷

Resulta llamativo que Garay critique la doctrina restrictiva de la Corte con respecto a las decisiones administrativas, pero avale, en cambio, la misma restricción en materia de decisiones jurisdiccionales. Así lo señaló Carlos S. Nino, para quien la posición de la Corte limita absurdamente los ataques contra la igualdad a los que provienen del legislador, pero no de los funcionarios administrativos, siendo inadmisibles que esta crítica no se extienda también al caso de las decisiones jurisdiccionales. Para Nino, cuando el mismo texto legal, en casos similares y de manera sincrónica, “es objeto de dos interpretaciones contrapuestas, es como si se aplicaran a los individuos concernidos dos leyes distintas...”, lo que afectaría, en principio, la garantía de la igualdad habilitando la intervención de la Corte por caso federal.⁷⁸

Nino, sin embargo, se distancia del punto de vista de Bidart Campos y asume que “la garantía de la igualdad no resulta afectada cuando el diferente tratamiento parte de aparatos estatales autónomos”. Para explicar esta limitación, el autor interpreta que la Constitución (art. 75 inc. 12) “establece un sistema de coproducción normativa entre la Nación que emite el texto y las provincias que lo interpretan”. En este sentido, el principio de igualdad solo sería operativo para objetar la jurisprudencia contradictoria sincrónica dentro de “una misma jurisdicción”.⁷⁹ De esta forma, su crítica a Garay

⁷⁵ BIDART CAMPOS, *Tratado...*, cit. t. II B, p. 558.

⁷⁶ En la misma línea, alertando sobre el riesgo de fraccionar los códigos de fondo en tantos códigos como jurisdicciones provinciales existen, se pronunciaba todavía a finales de 1990, LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. 1, 16ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 87. Es tarea pendiente rastrear la opinión actual de los civilistas en este punto.

⁷⁷ GARAY, *La igualdad...*, cit., p. 122.

⁷⁸ NINO, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, pp. 440, 442.

⁷⁹ ÍDEM, pp. 442, 443.

pierde consistencia pues, de acuerdo con esta lectura, se llega a la misma conclusión sobre una suerte de “desigualdad tolerada” por el propio sistema, según proponía este autor. Ambas soluciones dan sustento teórico a la posición de la Corte y parecen reafirmar la ponderación expresada por Sagüés, según la cual, como hemos visto, la igualdad establecida en la Constitución cede frente al principio federal de gobierno.

Reflexiones finales: federalismo, derechos e igualdad ante la ley

Por cualquiera de las vías argumentales que sostienen el consenso actual sobre el problema de la igualdad y la jurisprudencia contradictoria en materia de derecho común, se llega a una conclusión delicada: el principio de igualdad (¿y por qué no el de legalidad?) se disuelve en un principio de igualdad ante la misma jurisdicción, como si el dominio territorial de validez de los códigos nacionales fuera susceptible de fragmentarse para adaptarse plásticamente a las diversas lecturas de las distintas jurisdicciones, salvo que estas incurran en una grosera interpretación arbitraria que habilite la intervención de la Corte.

Así formulada, parece una conclusión que resulta difícil de conciliar no solo con los fundamentos teóricos de los sistemas basados en la codificación del derecho nacional, sino también con los criterios de justificación del discurso moral liberal. Piénsese, por ejemplo, que el propio Nino reconocía que, ante los presupuestos universalistas de una concepción liberal de la sociedad, la pertenencia a una nación no podía considerarse como un factor moral relevante para un tratamiento diferenciado: “no parece que haya una diferencia moral relevante entre quien accede a la comunidad política a través de la maternidad o a través de un aeropuerto”.⁸⁰ Si esto implicaba toda una serie de esfuerzos justificativos para aceptar determinadas diferencias de trato hacia los extranjeros, ¿por qué debemos aceptar que los ciudadanos de un mismo país, regidos por una misma ley sustantiva, puedan ser tratados de manera diferente por las jurisdicciones provinciales sin más razones que una determinada interpretación de la Constitución? ¿es posible justificar, desde la moral liberal, que un principio que atañe directamente a los derechos individuales ceda frente a uno relativo a la distribución del poder?

Desde un punto de vista histórico jurídico, no es nuestro objetivo determinar cuál es la posición teórica correcta, ni proponer una solución alternativa. Solo nos interesa situar el problema en un horizonte de mediana y larga duración a fin de ponderar los factores tradicionales que inciden tácitamente en la aceptación de la solución actual, así como poner en evidencia su carácter contingente. Con relación a esto, resulta indicativo el cambio en el estado de opinión entre los juristas de principios y de finales del siglo XX. Si los primeros parecían compartir un reclamo general para que la unidad de legislación se realizara efectivamente en una unidad de jurisprudencia, los segundos, salvo contadas excepciones, parecen haber adoptado una mirada tendiente a racionalizar la jurisprudencia que el máximo tribunal consolidó a partir de 1955. La diferente actitud, muy significativa entre los procesalistas, se advierte en las conclusiones del X Congreso Nacional de Derecho Procesal (Salta, 1979) en las que, al contrario de lo que ocurría en la primera mitad del siglo, se consideró que no era oportuno “propiciar la creación de un Tribunal Nacional de Casación”, al tiempo que se estimaba necesaria su existencia en

⁸⁰ ÍDEM, pp. 421-422.

las provincias y en el fuero nacional y federal.⁸¹ Se consagraba así el fraccionamiento jurisdiccional de la ley, protegida en cada distrito por mecanismos diferentes y no unificados.

Es posible sugerir que en este cambio de opinión hayan incidido, siguiendo el argumento de Abásolo, las diferentes concepciones dominantes, en uno y otro escenario, acerca del rol del estado nacional. Este argumento ameritaría un mayor desarrollo, pero es una hipótesis plausible. La reforma de 1949, con su adjudicación de una función de casación a la Corte, ofrece un buen indicio para sostener que el entonces creciente protagonismo del estado nacional ofrecía un marco propicio para receptar un cambio que los juristas de la época habían reclamado en las décadas anteriores. Por el contrario, las dificultades que entraña revertir la lectura predominante de la Constitución, y las razones prudenciales que desaconsejaron su reforma, junto con el lugar hegemónico que el federalismo adquirió en el discurso político en épocas más recientes, parecen incidir en el razonamiento que sostiene hoy la doctrina mayoritaria. En cualquier caso, el cambio, en sí mismo, es indicativo de que una lectura de la Constitución más favorable al principio de igualdad era posible. Colombo diría que hemos terminado por “naturalizar el error”, acostumbrándonos a leer fallos contradictorios sin que esto provoque ya la reacción de los juristas.⁸²

Podría asumirse con resignación que una posición alternativa generaría consecuencias políticas demasiado complejas por la pretendida lesión a las autonomías provinciales. Sin embargo, este argumento pragmático no hace más razonable una interpretación reñida con el principio de igualdad, ni explica la aquiescencia teórica de los juristas. Es cierto que hoy existen argumentos válidos para sostener que, bajo ciertas circunstancias, está justificada una interpretación diferenciada de la ley. Así, por ejemplo, el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, exigen tomar en cuenta determinadas características de los grupos étnicos a la hora de aplicarles la ley general del estado.⁸³ Pero no parece que este fuera el caso de nuestras jurisdicciones provinciales, cuyos distritos no responden a características étnicas diferenciadas.

Por último, podría argüirse que la razonabilidad del criterio actual deriva del hecho de que los derechos individuales se encuentran mejor garantizados por las jurisdicciones provinciales y que ello justifica una potestad de interpretación diferenciada. Algunas opiniones han señalado, en este sentido, que una instancia de casación nacional implicaría *aprisionarla* capacidad creativa de los tribunales provinciales.⁸⁴ No podemos valorar aquí el compromiso con los derechos que han mostrado los tribunales locales en todas las provincias. Aun así, no se resolvería el problema de la desigual interpretación de la ley. Además, en un plano más general, cabe recordar que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el cumplimiento del Pacto de Derechos Civiles y Políticos en Argentina observó con preocupación, en 2010, que “debido al sistema

⁸¹ La referencia en HITTERS, “La casación nacional...”, cit., p. 807. Para la época de este artículo (1979) parecía claro que una casación de alcance nacional solo era posible por vía de una reforma constitucional (lo que no se consideraba oportuno) o, a lo sumo, por medio de pactos interprovinciales, ÍDEM, p. 814.

⁸² COLOMBO, *La Corte...*, cit., t. 1, p. 79.

⁸³ Por todos, DE SOUSA SANTOS, Boaventura y EXENI RODRÍGUEZ, José Luis (eds.) *Justicia indígena, Plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, Fundación Rosa Luxemburgo, Abya-Yala, 2012.

⁸⁴ MORELLO, “La Casación...”, cit., p. 179.

federal de gobierno, muchos de los derechos enunciados en el Pacto no se protegen de manera uniforme en todo el territorio nacional (art. 2 del Pacto)”.⁸⁵

Es posible, entonces, que el obstáculo para el desarrollo una jurisprudencia constitucional centrada en los derechos individuales y en el valor axiomático del principio de igualdad, no radique en la creación de una instancia estatal centralizada, sino en la fragmentación jurisdiccional derivada de la matriz sobre la que se construyó el federalismo argentino. Desde una perspectiva histórica de mayor alcance, la solución actual puede pensarse, así, como el lejano eco de una larga tradición siempre más sensible a razones de distribución del poder que a criterios de derechos individuales. La estrategia ecléctica de nuestros constituyentes no solo habría conjugado dos modelos alternativos vigentes, sino que habría implicado también, en línea con lo que se ha señalado para el primer constitucionalismo hispano, una combinación de elementos tradicionales con innovaciones propias del discurso jurídico moderno.⁸⁶ En este delicado juego de combinaciones, quizás la antigua matriz integrada por celosas jurisdicciones locales, con su dinámica de localización del derecho, no ha dejado de signar la vigente lectura de la Constitución.

⁸⁵ NACIONES UNIDAS, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -Comité de Derechos Humanos, 98.º período de sesiones, “Examen de los informes presentados por los estados parte con arreglo al artículo 40 del Pacto”, New York, 2010, observación 8, p. 2.

⁸⁶ GARRIGA, CARLOS “Cabeza moderna, cuerpo gótico: la Constitución y el orden jurídico”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXXXI, 2011, pp. 99-162.