

PENSAR EN DERECHO N°7

 *Ceudeba*



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

PENSAR EN **DERECHO**

NRO. 7 AÑO 4

Comité editorial

Guido Barbarosch

Ivana Bloch

María Victoria Famá

Gisela Makowski

Juan Pablo Mugnolo

Alberto A. Spota

Iván Cristóbal Tolnay de Hagymassy

Coordinación de la revista

Bárbara Weinschelbaum

Comité Académico

Susana Albanese

Susana Cayuso

Raúl Etcheverry

Fernando García Pullés

Carlos Gherzi

Adrián Goldin

Martín Krause

Delia Lipszyc

Luis Niño

Renato Rabbi Baldi



Eudeba

Universidad de Buenos Aires

1º edición: diciembre de 2015

© 2015 Eudeba

Editorial Universitaria de Buenos Aires

Sociedad de Economía Mixta

Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires

Tel: 4383-8025 / Fax: 4383-2202

www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723

ISSN: 2314-0194



No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Autoridades

Decana: *Dra. Mónica Pinto*

Vicedecano: *Dr. Alberto J. Bueres*

Consejo Directivo de la Facultad de Derecho

Claustro de profesores

Consejeros titulares

Prof. Oscar Ameal
Prof. Beatriz Krom
Prof. Ernesto Marcer
Prof. Gonzalo Álvarez
Prof. Marcelo Gebhardt
Prof. Adelina Loianno
Prof. Enrique Zuleta Puceiro
Prof. Lily Flah

Consejeros suplentes

Prof. Alberto J. Bueres
Prof. Daniel R. Vítolo
Prof. Luis Mariano Genovesi
Prof. Martín Böhmer
Prof. Raúl Gustavo Ferreyra
Prof. Mary Beloff
Prof. Marcelo E. Haissiner
Prof. Mario Ackerman

Claustro de graduados

Consejeros titulares

Ab. Leandro Ernesto Halperin
Ab. Mónica Balmaceda
Ab. Pablo Andrés Yannibelli
Ab. Sebastián Alejandro Rey

Consejeros suplentes

Ab. Gisela Candarle
Ab. Carlos Aguas
Ab. Aldo Claudio Gallotti
Ab. Lisandro Mariano Teszkiewicz

Claustro de estudiantes

Consejeros titulares

Leandro Mutchinick
Catalina Cancela Echeagaray
Micaela Pisterman Rozenek
Florencia Levato

Consejeros suplentes

Carlos Plaza
María Agustina Reyes Gerosi
Tomás González Vera
Patricio Méndez Montenegro

Representante No Docente

Miguel Muñoz

Secretarios

Secretaria Académica: *Dra. Silvia C. Nonna*

Secretario de Administración: *Ab. Carlos A. Bedini*

Secretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil: *Ab. Oscar M. Zoppi*
Secretario de Investigación: *Dr. Marcelo Alegre*
Secretario Técnico: *Mag. Alejandro Gómez*

Subsecretarios

Subsecretario Académico: *Ab. Lucas Bettendorff*
Subsecretario de Administración: *Ab. Rodrigo Masini*
Subsecretario de Planificación Educativo: *Ab. Enrique Rodríguez Chiantore*

Índice

Dossier Cultura Electoral

El camino a los debates presidenciales 9
Hernán Charosky

El sistema de elección presidencial luego de la Reforma de 1994..... 17
José Miguel Onaindia

Control judicial y procesos electorales..... 23
Roberto Gargarella

El hábeas data en el Derecho Electoral.....41
Alberto Ricardo Dalla Via

Luces y sombras sobre el régimen electoral de la Ciudad Autónoma
de Buenos Aires 71
José Osvaldo Casás

La Boleta Única Electrónica 127
Luis Francisco Lozano

El financiamiento de la política en la República Argentina..... 137
Alejandra Lázzaro

El derecho de sufragio de los extranjeros 167
*María Alejandra Perícola**

Artículos recibidos por convocatoria abierta

El principio de subordinación como fundamento del Estado constitucional.
Su regulación en Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador y México201
Raúl Gustavo Ferreyra

La creación de derecho por parte de los tribunales internacionales. El caso específico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	251
<i>Alan Diego Vogelfanger</i>	
Debates en torno al perfil recomendable para los magistrados de un Tribunal Constitucional. El caso español y datos comparados	285
<i>Jorge O. Bercholz</i>	
El espionaje masivo como un (nuevo) Crimen de Agresión	325
<i>Eugenio Raúl Zaffaroni y Guido Leonardo Croxatto</i>	
La legítima defensa y el funcionario policial: ¿uso necesario o proporcional de la fuerza?	401
<i>Pablo D. Colmegna y Juan Nascimbene</i>	
Los privilegios e inmunidades de la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas	429
<i>Alberto E. Dojas</i>	
Análisis funcional de los elementos esenciales de los contratos	485
<i>Andrés Nicolás Beltramo, Maximiliano Boned, Tamara Escudero y Emiliano Estevarena.</i>	
<i>Revisión y corrección: Dra. Lidia María Rosa Garrido Cordobera</i>	

Dossier Cultura Electoral

El camino a los debates presidenciales

Hernán Charosky, coordinador general de Argentina Debate*

La ventana de oportunidad

La historia del debate presidencial en las elecciones de 2015 es la historia de demandas sociales, condiciones políticas y un amplio arco de interlocutores que comenzaron una conversación “coral” ya en 2014. Los años de polarización política en nuestro país, en un contexto de una elección presidencial que se preveía competitiva, generaban condiciones para promover un debate presidencial.

Por una parte, la fatiga social de un registro predominante en nuestra conversación política signado por la superficialidad y la descalificación dio lugar a una demanda social de más oportunidades de confrontación de propuestas. Esta demanda podía constatarse en columnas de opinión, en la actividad de las organizaciones de la sociedad civil, incluso en la charla cotidiana de familias y amigos.

¿Por qué el debate presidencial? Porque pone en escena una oportunidad democrática, de exposición de los candidatos y de escrutinio de los ciudadanos. Además, permite superponer el diálogo y la diferencia, el conflicto en un escenario común. En un país en el que reunir a los candidatos en un mismo espacio físico siempre fue un desafío, esto tenía especial sentido.

Por otra parte, la perspectiva de una elección competitiva, en la que no parecían recortarse las diferencias de elecciones anteriores, abría la puerta a que la propuesta de realizar un debate presidencial no fuera tan fácil de descartar bajo premisas tacticistas tales como la idea de que “el que gana no debate”. La eventualidad de un debate presidencial parecía un escenario

* Sociólogo, UBA; Master en políticas públicas, George Washington University. Coordinador general de *Argentina Debate*, profesor en la Maestría en Derecho de la Universidad de Palermo, investigador en CIPPEC, consultor para diversos organismos multilaterales. Fue director ejecutivo de Poder Ciudadano, consejero principal en el Banco Interamericano de Desarrollo y analista en la Oficina Anticorrupción. hernancharosky@gmail.com.

que, si la demanda se volvía un hecho social, ningún candidato estaba en condiciones de descartar por completo.

En este contexto, se volvía central que la demanda por el debate presidencial se activara en una clave de bien público, por fuera de la polarización, y no como un reclamo de uno de los sectores identificables con esa polarización. En su origen, *Argentina Debate* reunió a un grupo de empresarios jóvenes de empresas familiares nacionales y a CIPPEC, el Centro para la Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento.

De esa confluencia en la primera mitad de 2014 surgió no sólo la idea de promover el debate presidencial, sino de que la demanda por el debate fuera amplia y pluralista, y que, de conseguirse, se construyera la práctica del debate como un bien público. Si el debate presidencial iba a ocurrir, sólo sería posible si sociedad civil, medios de comunicación y partidos políticos confluían en la construcción de este bien público. Por lo tanto, una de las actividades centrales que sobrevendrían sería la de abrir una multiplicidad de instancias de diálogo y consenso sobre la necesidad de esta práctica, sobre el modo de lograrla y, eventualmente, de realizarla.

Múltiples coaliciones y foros de diálogo

Uno de los primeros pasos en la conformación de *Argentina Debate* como iniciativa de la sociedad civil fue la conformación de su Comité Estratégico. Este Comité se nutrió de personalidades de la vida pública y del sector privado (José Octavio Bordón, Graciela Fernández Meijide, León Carlos Arslanian, Alberto Abad, Federico Braun, Marcos Galperin, Gabriel Castelli, entre otros). El objetivo de este Comité fue, desde un principio, lograr un cuerpo pluralista de referentes con el que definir los lineamientos estratégicos para lograr el debate presidencial. La representación de una diversidad de experiencias políticas, profesionales y empresariales era clave para que este insumo resultara efectivo.

Desde su primera reunión, la sede del Comité Estratégico fue la misma que se había elegido para el debate presidencial: la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. La elección de la Facultad como lugar de reunión y como futura sede del debate tenía varios fundamentos. Por una parte, la costumbre de realizar los debates presidenciales en universidades remite a la experiencia de Estados Unidos en el tema. Las universidades re-

miten al conocimiento y la preparación para el futuro, y los debates son una conversación sobre el futuro.

Además, al tratarse de la universidad pública, se agregaba la dimensión de bien público que se buscó dar al debate. Adicionalmente, la Facultad de Derecho de la UBA, en particular, refiere al conocimiento esencial del Estado de Derecho y fue el lugar de estudios de diez presidentes democráticos. El acompañamiento activo de la iniciativa por parte de la decana Mónica Pinto y su equipo de gestión fue fundamental desde la primera reunión del Comité Estratégico hasta el debate presidencial de segunda vuelta. Este acompañamiento institucional le agregó valor a la iniciativa en un espectro muy amplio, desde lo simbólico hasta lo logístico.

Paralelamente, otro proceso de diálogo estaba en marcha. A un ritmo sostenido, y tanto por iniciativa de *Argentina Debate* como de otras instituciones, comenzó un diálogo multilateral con organizaciones de la sociedad civil, centros de pensamiento e investigación e instituciones académicas. Diversas organizaciones de la sociedad civil, con demandas específicas que incluyen temas como derecho a la educación, a la vivienda, al ambiente, entre otros temas, vieron en la demanda del debate una oportunidad para alimentar con sus agendas de la campaña presidencial. Entre 2014 y 2015, más de cuarenta instituciones aportaron a la demanda del debate presidencial en sus acciones de incidencia, en la conversación en redes sociales, en la provisión de temas para el debate.

Una tercera conversación multilateral ocurrió con un conjunto ciertamente representativo del conjunto de los medios de comunicación nacionales. La Asociación de Telerradiodifusoras Argentina (ATA), la Asociación de Radios Privadas de la Argentina (ARPA), la Televisión Pública, los cuatro canales privados de aire de Buenos Aires (América, Telefé, Canal 13 y Canal 9), varios de los principales medios escritos, gráficos y on line (La Nación, Clarín, Infobae, Perfil, El Cronista Comercial).

Con el grupo de radio y televisión la conversación se enfocó en el objetivo de realizar una transmisión conjunta. El bien público sería, justamente, la señal que produciría *Argentina Debate* del debate presidencial de la primera vuelta y, eventualmente, de una segunda vuelta. Esa señal abierta podría ser transmitida por cualquier medio de comunicación que la solicitara.

Con los medios escritos se trabajó en un temario, tomando contenidos surgidos de los intercambios con las OSCs e instituciones académicas y otras fuentes. Eso permitió organizar cuatro ejes para el o los debates: desarrollo

económico y humano, educación e infancia, seguridad y derechos humanos, y fortalecimiento democrático. Para cada uno de esos ejes se propusieron tópicos más específicos. Por ejemplo, en relación al desarrollo económico y humano, se planteaban posibles temas específicos para hacer focos desde la coyuntura cambiaria y fiscal, hasta las políticas sociales. Así en relación a cada eje temático.

De estas interacciones surgió el vínculo entre *Argentina Debate* y CAPIT, la Cámara Argentina de Productores Independientes de TV, también parte de estos diálogos. Esta cámara reúne a empresas y empresarios que producen programas de TV para los canales mencionados y para otros canales. Esta institución luego lideraría la producción artística y técnica del debate presidencial.

El diálogo con los candidatos y los equipos de campaña

Por último, la conversación clave: la de los equipos de campaña de los seis candidatos que habían superado la prueba de las elecciones Primarias Abiertas Simultáneas y Obligatorias (PASO). Durante 2014 *Argentina Debate* tuvo más de diez reuniones con los que en aquel momento habían decidido ser presidenciables y sus equipos. El foco de esas reuniones eran trabajos de investigación sobre políticas públicas que podían volverse insumos de las campañas respectivas. Pero también se les anunciaba la intención de promover y organizar el primer debate presidencial de nuestra historia.

Luego de las PASO, desde mediados de agosto de 2015 ese diálogo se retomó con los equipos de campaña de los seis candidatos que competirían en primera vuelta, a realizarse el 25 de octubre. Ya en mayo de 2015 *Argentina Debate*, junto a los medios de comunicación, había convocado al debate de primera vuelta con una fecha: domingo 4 de octubre, tres semanas antes de las elecciones. Durante lo que quedaba de agosto y septiembre trabajamos juntos en las reglas de juego del debate.

Simultáneamente, *Argentina Debate*, con el apoyo creativo de la agencia de publicidad BBDO y con el espacio publicitario ofrecido por los medios audiovisuales, digitales y gráficos lanzó la campaña “Convenceme”, de amplia repercusión y apoyo en redes sociales. La campaña buscaba empoderar al ciudadano como “candidato a votar” un presidente.

Las reglas de juego incluyeron desde la dinámica del debate hasta los aspectos técnicos y de producción. Esas reglas y compromisos se trasladaron a un

documento: el Manual de Estilo Argentina Debate 2015. El Manual constituyó una hoja de ruta para el ejercicio del debate en condiciones de transparencia, participación y buena fe, y fue firmado en un acto público por representantes de los seis equipos de campaña el 15 de septiembre en el Salón Rojo de la Facultad de Derecho, con la presencia del Comité Estratégico de Argentina Debate, la decana de la Facultad y el vicepresidente de la Cámara Nacional Electoral, Dr. Alberto Dalla Via.

Argentina Debate: una iniciativa multiactoral en un escenario polarizado. Comité Estratégico, coalición sociedad civil, coalición de medios, cooperación de campañas. Ejercicio de cooperación y equilibrio.

Luego de estos avances clave, sin embargo, días después, el equipo de campaña del candidato Daniel Scioli dejó de asistir a las reuniones de coordinación, dando señales de que desistirían de debatir. A medida que esa percepción tendió a confirmarse, siempre de modo informal, disparó una serie de problemas en las mesas de conversación en marcha. En particular, tanto ATA como la TV Pública habían condicionado su participación en la transmisión a la participación de los seis candidatos. La falta de uno puso en crisis el esquema de transmisión. *Argentina Debate* ofreció a todos los canales la señal abierta, para que individualmente pudieran transmitirlo, si así lo querían. Pocos días antes del debate del 4 de octubre, *Argentina Debate* no tenía certeza acerca de si algún canal lo transmitiría.

Simultáneamente, se había mantenido otra conversación relevante: los medios digitales de comunicación. Google, Facebook y Twitter fueron interlocutores clave, y existía la posibilidad de realizar una transmisión por *streaming* de YouTube (que podría ser reproducido por múltiples portales de noticias web), con fuerte promoción de las redes sociales. Ese era el umbral mínimo con el que se trabajó en esos momentos de incertidumbre. Sin embargo, tres días antes del debate América TV, Canal 26, Canal 13 de Río IV y Canal 9 de Mendoza se comprometieron a transmitir el debate de primera vuelta.

El primer debate presidencial de nuestra historia. Y el segundo

Mauricio Macri, Sergio Massa, Margarita Stolbizer, Nicolás del Caño y Adolfo Rodríguez Saá continuaron enviando a sus responsables de campaña y el domingo 4 de octubre se realizó en el Salón de Actos de la Facultad de

Derecho de la UBA el primer debate presidencial de la historia, organizado por *Argentina Debate* y con la producción televisiva de CAPIT. El rating de América llegó a duplicar su rating habitual en ese horario, el de Canal 26 lo cuadruplicó. Picos de 15 puntos de rating, más de 20.000 visitas simultáneas y más de 200.000 a lo largo del debate on line, más de 500 mil usuarios de Facebook y otros tantos tweets con el hashtag #ArgentinaDebate mostraron que la demanda social era insoslayable.

Luego de las elecciones de primera vuelta electoral, los dos candidatos coincidieron en que realizarían un debate presidencial de segunda vuelta. *Argentina Debate* les propuso una fecha, 15 de noviembre, una semana antes de las elecciones, y volvió a invitar a los equipos a trabajar en una adaptación del Manual de Estilo para la segunda vuelta. Los equipos de campaña de Mauricio Macri y de Daniel Scioli volvieron a encontrarse en la Facultad de Derecho y rápidamente se realizaron los acuerdos necesarios para consolidar el documento. Días después, en un nuevo acto público en el Salón Rojo, se firmó el Manual de Estilo Argentina Debate 2015 Segunda Vuelta Electoral. Un signo alentador de esa reunión: los responsables de ambas campañas dieron una improvisada conferencia de prensa conjunta a los medios presentes.

El debate de segunda vuelta se realizó, nuevamente, en el Salón de Actos de la Facultad. Esta vez, más de 160 medios de TV abierta, cable, digital, señales internacionales, radios privadas, comunitarias, portales web, transmitieron al mismo tiempo la señal abierta. Más de 300 periodistas cubrieron el evento. El esfuerzo de coordinación y cooperación de personalidades de la vida pública, de medios de comunicación, de organizaciones de la sociedad civil, de instituciones académicas y, especialmente, de los candidatos y de sus equipos hizo posible un bien público del que hicieron uso millones de personas en nuestro país y también en el exterior. Se superó en rating la final del Mundial 2014, es posible que haya sido el segundo programa más visto de la historia argentina; con 59 puntos de rating y más de 400.000 visitas en medios digitales, el debate habría sido visto por más de 15 millones de personas.

Este fenómeno de cooperación y de trabajo de largo plazo se cristalizó en el saludo de Mauricio Macri y de Daniel Scioli al principio y al final del debate. También en la chance que tuvieron de explicarse ante cerca de la mitad del padrón electoral. Los ciudadanos, independientemente de su mayor o menor satisfacción con los contenidos propuestos por los candidatos,

llegaron hasta el final del programa (el rating promedio fue de 55 puntos) y fueron a votar más informados de lo que comenzaron. Sabían algo más sobre sus candidatos.

Es el comienzo de una tradición que tiene mucho para mejorar. Es necesario estimular más profundidad en la discusión de políticas públicas, programar más debates en primera y en segunda vuelta en distintos puntos del país, ampliar y diversificar el rol y la composición de los moderadores. Es necesario, sin duda alguna, avanzar en la institucionalización.

Una pregunta relevante es si esto significa una ley que lo regule y, en caso afirmativo, con qué alcance. ¿Significa institucionalizar que a través de una ley el Estado vuelva obligatoria una práctica que ya se demostró que se puede lograr con cooperación social? En todos los países en los que hay debates presidenciales continuados, desde Estados Unidos a Chile, pasando por Brasil y Perú, la obligación deviene de las expectativas sociales, no de una ley. Sin embargo, es posible que una ley pueda garantizar aspectos fundamentales del bien público, como podría ser su televisación en la TV Pública y el carácter abierto de la señal, para que cualquier medio lo pueda transmitir.

Falta algo menos de cuatro años para el próximo debate presidencial. Si estos pasos tienen sentido, no sólo deberían acercarnos a nuevos debates presidenciales, sino a una mejor conversación política durante los próximos cuatro años. Un diálogo continuado y “coral” de políticos, de dirigentes sociales, de periodistas, de académicos, de ciudadanos de todo tipo, en los que los argumentos y los datos sobre desafíos de desarrollo y políticas públicas para enfrentarlos sean el centro. La cooperación que nos permitió llegar hasta el debate es la que requiere la conversación para el desarrollo de nuestro país. Los argentinos ya demostramos que es posible.

El sistema de elección presidencial luego de la Reforma de 1994

*José Miguel Onaindia**

Resumen

La realización de una doble vuelta electoral por primera vez en Argentina no exime de la revisión de la modificación adoptada en 1994. La discrecionalidad de los criterios adoptados para regular el sistema no se expurga con su aplicación.

Palabras clave: doble vuelta, reforma, legitimidad, sistema electoral, presidencialismo.

Abstract

Argentina's first time at the second electoral round doesn't exempt it from the revision of the 1994 amendment. The discretionary criteria adopted to regulate the system doesn't correct itself with its application.

keywords: ballottage, reform, legitimacy, electoral system, presidential rule.

Introducción

Como fruto del ya histórico Pacto de Olivos, la reforma de 1994 introdujo importantes modificaciones en el sistema de elección presidencial. El

* Profesor de Derecho Constitucional (UBA), Profesor de Posgrado en Facultades de Derecho, Ciencias Económicas y Filosofía y Letras de la UBA, Profesor de Posgrado en FLACSO, Profesor invitado en Universidades de Zaragoza, Tours y UDELAR; autor de libros y artículos sobre la materia; josemonaindia@gmail.com.

cambio de la elección indirecta que consagraba la Constitución histórica por el voto directo fue uno de ellos y tuvo como consecuencia principal concentrar la decisión de la elección presidencial en los distritos más poblados, en detrimento de una representación más proporcional de los distritos más pequeños en la decisión.

Esta modificación, si bien trajo la consecuencia señalada en el párrafo precedente, recibió lo que todos los proyectos de reforma anteriores proponían y lo sucedido en las dos elecciones presidenciales de 1973, realizadas bajo el imperio del llamado Estatuto Fundamental de 1972 que el gobierno militar de entonces impuso para la transición democrática. También el Consejo para la Consolidación de la Democracia creado por el Presidente Raúl Alfonsín para estudiar posibles modificaciones a la Constitución, en sus dictámenes, proponía el reemplazo del sistema indirecto por el directo, ya que las razones que lo justificaban en el siglo XIX habían desaparecido con el surgimiento de los grandes partidos políticos como únicos intermediarios entre electores y candidatos.

La gran novedad fue la adopción del sistema de doble vuelta electoral, procedimiento proveniente del sistema francés que impone a todo candidato a cargo electivo obtener la mayoría de los sufragios válidos para hacerse acreedor del cargo en cuestión. En caso que esto no suceda, deberá realizarse una segunda ronda electoral entre los candidatos más votados.

El procedimiento es una creación del siglo XIX. Apareció por primera vez en 1852 a raíz de la instauración del Segundo Imperio de Napoleón III en Francia, pero que reapareció en la III República y luego se consolidó hasta el presente en la V República. Si bien es una institución nacida en el derecho electoral francés, tiene antecedentes en Bélgica en 1899, en Holanda en 1917, en Austria en 1929 y en Portugal en 1976. En América luego del movimiento democratizador de la década del 80 del siglo pasado fue adoptado por los sistemas de varios países, a pesar de la forma de gobierno presidencialista de los estados americanos.

La reforma de 1994 lo incorporó con algunas “originalidades” respecto de los porcentajes, pero nunca se utilizó dado que como toda institución tomada de un modelo racional-normativo necesita circunstancias socio-lógicas e históricas que lo justifiquen. Hasta el sorpresivo presente estas circunstancias no se habían dado y el sistema fue solo una elaboración normativa.

D) Originalidades argentinas en la doble vuelta electoral.

Apartándose de las disposiciones de los modelos del constitucionalismo comparado y de la naturaleza misma del sistema, el constituyente de reforma creó un sistema de complicados y arbitrarios guarismos, que permiten en uno de los supuestos posibles acceder a la Presidencia con sólo el cuarenta por ciento de los votos emitidos.

La doble vuelta electoral tiene como principal objetivo garantizar al Jefe de Estado un poder legitimado por la mayoría absoluta de los votos emitidos. Es decir, otorgarle una legitimidad reforzada que le otorgue una gobernabilidad mayor, aunque nunca asegurada. Otra consecuencia del sistema es tender a que el electorado reemplace ya en primera vuelta el voto de convicción por el voto útil, a efectos de lograr arribar a la segunda ronda, con lo cual algunos partidos se quedan sin sus electores naturales y achican su poder de representación, quitando fuerza a esas expresiones en una posible coalición de gobierno.

La implementación de la doble vuelta para la elección presidencial en Argentina resulta un mecanismo complicado de cálculos y porcentajes, que confunde al elector y que carecía de justificaciones sociológicas en el momento en que se adoptó.

Las dos posibilidades para acceder a la Presidencia sin doble vuelta electoral y los guarismos exigidos resultan arbitrarios y pueden llevar a situaciones injustificadas. En primer lugar, ¿cuál es el motivo para fijar en el 45% o en el 40% con una diferencia de diez puntos porcentuales la mayoría necesaria para consagrar un candidato? ¿Por qué esos guarismos y no otros? La mayoría absoluta expresa que la mayoría del pueblo legitima la elección presidencial y justifica el sistema. Las otras cifras no indican esa situación.

Por el contrario, pueden presentarse casos disparatados. Si en una elección un candidato obtiene el 45,1% de los votos y el segundo el 44,9%, ¿por qué no va a hacerse una segunda ronda electoral? Este sería el supuesto de mayor justificación, para que la minoría que no votó por ninguno de los candidatos se exprese por cuál le resulta mejor de ambos.

La franja del 40% está muy lejos de expresar un apoyo mayoritario al Presidente y el hecho de que la segunda fórmula tenga una adhesión mayor también atenta contra el segundo de los objetivos de este sistema que es el de promover la creación de alianzas electorales fundadas en planes de gobernabilidad.

El comportamiento político del electorado argentino ha sido claro y coherente durante la historia constitucional. Su característica principal ha sido dar una adhesión clara a cada presidente electo. Excepto los casos de Agustín P. Justo (38% de votos), Arturo H. Illia (25%) y Néstor Kirchner (22%), los restantes Presidentes han sido electos por más del 40% del electorado, aunque esta circunstancia no les otorgó la gobernabilidad que presume dicha franja de legitimidad.

También hasta 1994, la mayoría de las elecciones tuvieron dos candidaturas con apoyo mayoritario, sin llegar al caso del bipartidismo, pero dándole al panorama electoral una clara distribución mayoritaria del electorado entre dos fuerzas. Incluso partidos que tuvieron una importante presencia parlamentaria e influencia en la evolución histórica del país, nunca disputaron con chances la Presidencia. El caso del Partido Socialista y de la Democracia Progresista son sólo dos ejemplos que avalan esta afirmación.

Tal vez por esos motivos y fundamentalmente por la incomprensión del electorado del sistema de elección presidencial, este nunca se aplicó hasta el presente donde por primera vez en la historia argentina una doble vuelta será realizada entre dos fórmulas presidenciales.

II) *La validación del sistema*

Creo que es importante reflexionar si la utilización en las elecciones de este año del sistema de la doble vuelta según la confusa y arbitraria regulación constitucional valida un sistema que hasta el momento no fue utilizado y hasta llegó a situaciones de dudosa legitimidad como la de permitir que un presidente fuera electo con el 22% de los votos por retiro de su contrincante en la segunda vuelta.

Sin duda, muchas son las razones extrajurídicas que han confluído para que en esta situación la doble vuelta electoral se aplique. El extenso período en que el Partido Justicialista, bajo su caracterización de Frente para la Victoria, gobernó al país y la imposición de un sistema de partidos donde el gobernante aparecía como hegemónico y la oposición fragmentada en pequeñas expresiones, sin duda han sido factores para que el cuerpo electoral se abroquelara en dos candidatos y quitara adhesión a los otros contrincantes.

Pero cabe preguntarse si esa situación actual legitima un sistema de elección presidencial carente de razonabilidad y diseñado según las conveniencias de los partidos políticos que pactaron la reforma.

La presente circunstancia no corrige un sistema que por primera vez luego de veintiún años de vigencia y cinco elecciones presidenciales se aplica. La circunstancia presente como todo hecho histórico y político es única e irrepetible y, por tanto, no disipa las deficiencias de un sistema normativo que aspira a aplicarse idóneamente en un lapso histórico prolongado y aplicable a disímiles situaciones.

Por el contrario, luego de la elección presidencial en segunda vuelta, considero que debe reflexionarse sobre la efectividad del sistema y su adecuación a las realidades de la evolución constitucional de Argentina.

Los años transcurridos entre la reforma de 1994 y el presente no dieron al país una calidad institucional acorde con los propósitos al menos declarados por los promotores y redactores de la modificación constitucional. Si bien la praxis fue responsable de esta situación, la norma colaboró por su deficiente técnica legislativa y desacertadas decisiones en que la forma de gobierno se convirtiera en hiperpresidencialista y la función de los restantes órganos de gobierno se debilitara, entre muchas otras circunstancias que afectaron una buena evolución de nuestro régimen político.

III) Conclusión

Estimo que el estreno de la forma de doble vuelta electoral en este año no es un eximente para revisar el sistema en una futura –y espero próxima– reforma de la Constitución. La arbitrariedad de los porcentajes exigidos y la influencia que tiene sobre el voto “conceptual” en la primera ronda creo que ameritan se piense en volver a las fuentes y mantener la doble vuelta electoral para legitimar a un presidente con una mayoría absoluta y obligar a los partidos políticos a realizar coaliciones electorales que no les quiten en la primera vuelta la posibilidad de conocer cuál es la verdadera fuerza popular que los sostiene para negociar una alianza.

La reforma del 94 no atenuó las facultades presidenciales ni mejoró la democracia argentina, con los resultados sociales que pueden verse cotidianamente. Pensar en una modificación de real consenso político propuesta por un Congreso que no tendrá mayorías absolutas puede ser una utopía, pero finalmente la historia siempre evolucionó gracias a ellas.

Bibliografía

- Bidart Campos, Germán: *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo VI, Ediar, 1992.
- Castiglione, Franco: “Ballotage”, *Página/12*, 12/6/94.
- García Belaúnde, D. y Palomino Manchego, J. F. L.: *Diccionario Electoral*, San José de Costa Rica, IIDH-CAPEL, 1988, p. 59.
- Onaindia, José Miguel: *Instituciones de Derecho Constitucional. Análisis a diez años de la Reforma de 1994*, Errepar, 1994.

Control judicial y procesos electorales

*Roberto Gargarella**

Resumen

El trabajo pretende examinar el control judicial en relación con los conflictos electorales. Examina entonces diversas teorías sobre el control judicial, para luego testearlas –en particular, una de ellas, la teoría procedimentalista– frente al caso del fraude electoral.

Palabras clave: control judicial, Thayer, Ely, Sunstein, procedimentalismo, fraude electoral

Judicial control and the electoral process

Abstract

This paper examines judicial control regarding electoral conflict. It contrasts different theories about judicial control and tests them using electoral fraud as a case study.

Keywords: judicial control, Thayer, Ely, Sunstein, procedural theory, electoral fraud.

¿Qué papel deberían asumir los jueces frente a los conflictos electorales? La pregunta –pareciera, contra lo que sería dable esperar– resulta

* Abogado (UBA), 1984. Sociólogo (UBA), 1985. Profesor titular de Derecho Constitucional (UBA); Master en Ciencias Políticas FLACSO, 1990. Doctor en Derecho (UBA), 1991. LLM, Universidad de Chicago, 1992. Jurisprudence Doctor, University of Chicago, 1993. Posdoctorado Oxford University, 1994. Becario J. S. Guggenheim, 2001. Becario H. F. Guggenheim, 2003-04. Autor de una veintena de libros y un centenar de artículos sobre Derecho, Teoría Constitucional, Filosofía Política; robert@utdt.edu.

cada vez de una relevancia mayor en países como el nuestro, a raíz de repetidos incidentes en los procesos electorales y las dudas de la justicia respecto de sus obligaciones en la materia. Piénsese, por caso, en la disputa que se desatará en septiembre de 2015 en Tucumán, cuando la Cámara en lo Contencioso Administrativo de la provincia declarara la nulidad de la elección provincial, ante las denuncias de fraude planteadas por la oposición, antes de que la Corte de la provincia, finalmente, invalidara lo sostenido por la Cámara. Las diferencias entre los dos tribunales sólo reflejaron de un modo importante pero limitado las disputas existentes en la academia y en la judicatura, relacionadas con los alcances del control judicial en dicha materia.

La disputa en cuestiones como la citada aparece todavía planteada en términos extremos. Algunos repiten, sin pensar demasiado, el principio de las “cuestiones políticas no judiciales”. Los cultores de esta postura nunca nos aclaran bien cuáles son tales cuestiones, ni por qué razones no podemos judicializarlas (de mi parte, según diré, tiendo a considerar que los jueces no pueden involucrarse en muchas cuestiones, pero que deben hacerlo de un modo activo, justamente, en esas que tienden a inscribirse como “cuestiones políticas no judiciales”). Para otros, en cambio, todo es materia de intervención judicial y los jueces pueden involucrarse en tales materias con absoluta discrecionalidad interpretativa (de mi parte, esta postura es insostenible, tanto en lo que expresa como teoría del control judicial, como en lo que afirma en materia interpretativa).

En lo que sigue, expondré tres posiciones que, con sus diferencias, sostienen criterios limitativos en cuanto a los alcances del control judicial, a la vez que dan razones de por qué hacerlo, de qué modo y hasta dónde. En diálogo con tales posturas, hacia el final de este texto, ofreceré un modo (también limitativo) sobre cómo pensar el control judicial, y diré de qué manera el enfoque propuesto podría proponer que actuemos en temas relacionados con la cuestión electoral.

D) J. Thayer y el “error manifiesto”. Tal vez la posición más antigua y venerada en materia de restricción judicial sea la que expusiera James Thayer a finales del siglo XIX. En efecto, en un fundamental artículo aparecido en 1893 en la revista *Harvard Law Review*, James Thayer confrontó con una serie de opiniones ya bien asentadas para la época, y referidas a la facultad de los jueces de declarar inconstitucional una ley. Como sabemos,

desde el famoso caso “Marbury v. Madison”,¹ firmado por el juez Marshall en 1803, se había afirmado la idea ya desarrollada por Hamilton en *El Federalista* N°78, acerca de la necesidad lógica del control judicial en una democracia constitucional. Thayer, sin embargo, sostuvo que lo dicho por Marshall en su conocida sentencia resultaba notablemente incompleto. En su opinión resulta tan grave, institucionalmente, el hecho de que se declare inconstitucional una ley, que no puede meramente declararse (como hiciera Marshall) la capacidad judicial de invalidar una norma. Es necesario, agrega Thayer, dejar en claro cuán seria debe ser la inconstitucionalidad de la norma en cuestión para tornar aceptable una decisión tan dramática como la de invalidar la ley.

Según Thayer, sólo puede admitirse una decisión como aquella en casos en donde no quepan dudas acerca de la inconstitucionalidad de la ley, en donde la misma sea “tan manifiesta que no deje lugar para la duda razonable”.² Este simple principio es el que origina la llamada doctrina del “error manifiesto”. La base en la que se apoyaba Thayer para sostener este criterio restrictivo resultaba muy simple también. En su opinión, la Constitución “admite habitualmente diferentes interpretaciones”, dejándole al legislador “un abanico amplio de opciones”, todas ellas racionales.³ El juez, entonces, no puede confrontar con la opinión de aquél, a partir de la que resulta (a él, como juez) la más adecuada. Sólo en caso de que lo actuado por el legislador exceda claramente el marco de las interpretaciones razonables de la Constitución, entonces el juez puede tener razones para invalidar lo hecho por la legislatura.

Contra criterios como los que él propone, advierte Thayer, los jueces no guardan habitualmente un respeto debido frente a las decisiones del legislador. Ellos dejan de lado sin mayor consideración las razones que puede tomar en cuenta la legislatura para decidir del modo en que lo hace, y pasan a realizar un tratamiento “pedante y académico” de los textos de la Constitución y la ley.⁴ Esta falta de deferencia hacia el legislador se contradice, además, con una tradición también amplia de opiniones judiciales exigiendo la

1. Cranch, 137.

2. Thayer (1893), p. 140.

3. *Ibíd.*, p. 144.

4. *Ibíd.*, p. 138.

adopción de tests más estrictos, del tipo de los que él propone. Thayer cita en su respaldo opiniones como las del juez Pendleton en Virginia, en 1782, haciendo referencia a la gravedad de la decisión judicial de invalidar una norma;⁵ la de la Corte General de Virginia en 1793 (refiriéndose a la necesidad de que la violación en cuestión resulte “manifiesta y clara”, antes de declarar la norma inconstitucional);⁶ la del juez Tilghman en 1811 (refiriéndose a que “un Acta de la legislatura no sea declarada inválida a menos de que la violación de la Constitución sea tan manifiesta que no deje lugar para una duda razonable”);⁷ la del juez Chase, de la Corte Suprema norteamericana, en 1796 (afirmando que él “nunca declarar[ía] inconstitucional una norma” sino cuando se tratara de un caso muy claro);⁸ la del juez Patterson, en 1800 (sosteniendo que para poder declarar nula una ley debía tratarse de un caso en que hubiera “un quiebre claro e inequívoco de la Constitución, y no de una implicación dudosa y polémica”);⁹ o la del juez Charlton, en Georgia, 1808 (diciendo que “cuando resulta dudoso si la legislatura ha violado o no la Constitución, debe evitarse el conflicto, porque en tal caso puede ocurrir que la Constitución esté de parte de la legislatura”).¹⁰ Opiniones como estas, concluye Thayer, respaldan la idea de que una doctrina como la del “error claro” y manifiesto no expresa una mera actitud de cortesía hacia el legislador, sino una pretensión de actuar adecuadamente, conforme al derecho.¹¹

Han sido muchos los jueces y juristas que, desde entonces, mostraron un respaldo inequívoco a tesis como las de Thayer. Dentro del derecho norteamericano, esta postura es la que vino a sostener, por lo general, el llamado realismo jurídico; y la que se encuentra detrás de las numerosas decisiones que vinieron a respaldar las regulaciones económico-sociales impuestas en la época del “New Deal”. Jueces de extraordinario renombre como Learned Hand, Felix Frankfurter o, muy especialmente, Oliver Wendell Holmes se encuentran entre los que adhirieron a criterios semejantes,

5. *Ibíd.*, p. 140.

6. *Ibíd.*

7. *Ibíd.*

8. *Ibíd.*, p. 141.

9. *Ibíd.*

10. *Ibíd.*

11. *Ibíd.*, p. 143.

inclinándose por la regla de la presunción en favor de las mayorías. En su conocida disidencia en el caso “Lochner v. New York”¹² (un caso famoso por inaugurar un extenso período de hostigamiento judicial sobre las regulaciones impuestas por la legislatura), el juez Holmes sostuvo que la mayoría estaba decidiendo el caso (en donde se ponía en cuestión la validez de una regulación en el horario de trabajo de las panaderías) meramente a partir de su adhesión a una peculiar doctrina económica que la mayoría del país no sostenía: “Si lo que se me preguntara fuera si yo adhiero o no a dicha teoría, querría estudiarla más y recién luego tomar una decisión. Pero entiendo que no es este mi deber, dado que creo férreamente que mi acuerdo o desacuerdo con una teoría como la citada no tiene nada que ver con el derecho de la mayoría a incorporar sus visiones dentro del derecho. [...] Entiendo que el término libertad que aparece en la Enmienda Catorce resulta corrompido –concluyó Holmes– cuando se lo utiliza para impedir el resultado natural de la opinión dominante, y en tanto no pueda mostrarse que el hombre equitativo y racional admitiría, necesariamente, que la norma propuesta infringe principios fundamentales entendidos como tales por las tradiciones de nuestro pueblo y nuestro derecho”.

Todos los juristas mencionados aparecen básicamente unidos por su común reclamo en favor de una cierta restricción del poder judicial, en su tarea de custodio de la Constitución. En el desarrollo de sus escritos y sentencias, han dando fuerza a una corriente que se distingue en su afirmación de una clara *presunción en favor de las opiniones del legislador democrático*. La idea es entonces, en principio, que –salvo casos de fallas muy manifiestas– el juez debe “dejar hacer” a la política.

ii) Sunstein: Minimalismo y poder judicial. En años recientes, el prestigioso constitucionalista Cass Sunstein ha estado sosteniendo una posición que, en algún sentido importante, es heredera de la tradición restrictiva inaugurada por Thayer, en base a criterios también vinculados, finalmente, con los de aquel (criterios de *pedigree* democrático). A Sunstein también le interesa abogar por una restricción de la tarea judicial, y una que sea capaz de dejar un margen de acción más amplio a los legisladores democráticos. De todos modos, Sunstein no lleva adelante esta tarea como modo de someter a crítica a una práctica favorable al hiper-activismo

12. 198 U.S. 45 (1905).

judicial (como lo hiciera Thayer), ni en defensa de una Corte activista en materia de derechos civiles (como lo sostienen tantos, desde Owen Fiss a Luigi Ferrajoli). Sunstein, más bien, pretende dar respaldo teórico a la labor fuertemente autorrestrictiva de una Corte como la “Corte Rehnquist”.¹³ En los hechos, su posición –como podría serlo la de Thayer– también es una posición muy modesta en sus ambiciones teóricas, y en los modos en que se mueve. Sunstein, en efecto, describe las virtudes del *minimalismo* que parece distinguir a la “Corte Rehnquist”, una Corte que “deja cosas sin decidir”, y para el futuro; que se resiste a entrar en teorizaciones abstractas; que razona analógicamente y no a partir de grandes principios; que se interesa más por la experiencia que por la lógica; que avanza lentamente, midiendo uno a uno sus pasos, mirando “qué es lo que funciona”. A diferencia de las Cortes que la precedieron (inmediatamente, la “Corte Burger”, y antes, y de modo más relevante, la citada “Corte Warren”), la “Corte Rehnquist” resiste los pronunciamientos amplios y ambiciosos. En sintonía con lo que hubiera pedido el “pragmatismo legal” norteamericano, una mayoría de sus miembros (los jueces Breyer, Ginsburg, Stevens, Souter, y principalmente la jueza O’Connor) se han preocupado por tomar decisiones del modo más “fino” posible, esto es, asumiendo que los nuevos desarrollos jurídicos deben ser “pequeños e incrementales”.

En el lenguaje de Sunstein, la nueva Corte ha estado tomando decisiones distinguidas por su “estrechez” (*narrow*) y su “superficialidad” (*shallow*). Por un lado, la decisión es “estrecha” –y no “amplia”– cuando se refiere exclusivamente al caso en cuestión, sin involucrarse en temas de mayor alcance. Por ejemplo, cuando en 1996 la Corte decidió el caso “Romer v. Evans”,¹⁴ referido a una ley que restringía los derechos de los homosexuales, el tribunal se cuidó de no entrar en consideraciones que pudieran tener impacto en casos emparentados con este (por ejemplo, los referidos a la exclusión de los homosexuales del servicio militar, o la prohibición del casamiento de sujetos del mismo sexo). Por otro lado, la decisión es “superficial” –y no “profunda”– cuando “procura evitar las cuestiones vinculadas con principios básicos”.¹⁵ Esto es decir, cuando llega a “acuerdos teorizados

13. Sunstein (2001).

14. 116 S.Ct. 1620 (1996).

15. *Ibíd.*, p. 11. Un pronunciamiento típicamente “profundo” es el que se sugiere en el

de modo incompleto” (*incompletely theorized agreements*). Lo que le interesa a Sunstein, en este respecto, tiene que ver con la posibilidad de llegar a resultados concretos “sin el respaldo de teorías abstractas, sino a partir de un razonamiento no ambicioso, sobre el cual pueden converger distintas personas a partir de fundamentaciones diversas, o a partir de una situación de incerteza respecto de los fundamentos más apropiados”. En este sentido, sostiene el autor, los jueces pueden llegar a converger en torno a cómo resolver un determinado caso, aun cuando están en absoluto desacuerdo acerca de los fundamentos de los derechos constitucionales.

Junto a estos “acuerdos teorizados de modo incompleto”, Sunstein también describe y defiende la utilización del razonamiento analógico por parte de los tribunales. El uso del razonamiento analógico apunta en la misma dirección que los ya referidos “acuerdos incompletos”: el mismo viene a reducir la necesidad de recurrir a grandes teorías para resolver un caso. Las personas –sostiene Sunstein– habitualmente pueden llegar a acuerdos a partir de analogías, cuando están en desacuerdo en torno a las cuestiones teóricas más complejas”. Facciones opuestas pueden resolver, así, el caso en el que ocasionalmente se ven enfrentados, a partir de otros en el que están de acuerdo, y sin la necesidad de acordar en principios más básicos.

En opinión de Sunstein, las ventajas de este acercamiento “minimalista” a la función judicial resultan obvias. En primer lugar, el mismo deja un “amplio margen de maniobras” al procedimiento democrático. Aquí se asume que las cuestiones más importantes y divisivas en la comunidad deben ser resueltas a partir de la deliberación colectiva, y no conforme a los criterios de un grupo de jueces supuestamente iluminados. En segundo lugar, y vinculado con lo anterior, dicha restricción judicial parte del reconocimiento de la profunda heterogeneidad y pluralismo que distinguen a las sociedades modernas (esto, en sintonía con la idea del “hecho del pluralismo” defendida por John Rawls), y de la dificultad de tomar decisiones en tales contextos. Finalmente, y lo que es muy importante, esta concepción

famoso “alegato de los filósofos”, un *amicus curiae* presentado por filósofos de primera línea (Ronald Dworkin, Thomas Nagel, John Rawls, Thomas Scanlon y Judith Harvis Thomson), ante la Corte Suprema, defendiendo la constitucionalidad del “suicidio médicamente asistido”, y a partir del principio según el cual cada persona “tiene el derecho de tomar las decisiones más íntimas y personales, centrales para su dignidad personal y su autonomía”.

se muestra consciente de los tremendos riesgos de tomar decisiones judiciales equivocadas (un riesgo que se deriva de la mayor estabilidad de estas decisiones –muy difíciles de cambiar en el corto plazo– y que se incrementa claramente cuando los jueces toman decisiones “amplias” y “profundas”). Asumir una posición como esta, sostiene Sunstein, no implica asumir una posición filosóficamente escéptica sino, más bien, reconocer las limitaciones cognitivas, los límites de la racionalidad, o las consecuencias no intencionadas de las decisiones que una cierta institución adopta.

De este modo, Sunstein procura “capturar el carácter de la Corte Suprema” en la “era Rehnquist”, a la vez que defender su controvertida manera de decidir como apropiada para enfrentar una cantidad de cuestiones sobre las cuales la sociedad se encuentra moralmente indefinida. Otra vez, nos encontramos aquí con un modo de pensar el control judicial que se orienta decididamente hacia el “dejar hacer” político.

iii) Ely: *El poder judicial como guardián del procedimiento democrático.* Lo que vamos a examinar ahora es una postura diferente de las anteriores, aunque dirigida en última instancia en la misma dirección restrictiva. En los casos previos, como en el que veremos a continuación, se advierte una clara preocupación por delimitar el marco permisible de la actuación de los jueces, frente a cuestiones tan graves como las que pueden implicar la declaración de invalidez de una ley. La visión que aquí vamos a presentar nació a partir de la que es, probablemente, la nota al pie de página más famosa dentro de la jurisprudencia moderna. Se trata de la nota que apareciera en 1938 en el fallo “United States vs. Carolene Products”,¹⁶ redactado por quien era el presidente de la Corte norteamericana en ese momento, Earl Warren. La nota se hizo famosa porque allí la Corte, como pocas veces, definió el alcance y los límites de su propia función. Sintéticamente, Warren sostuvo entonces que la Corte debía guardar una fuerte presunción en favor de las decisiones adoptadas por los legisladores democráticos. Dicha presunción, sin embargo, debía invertirse cuando fuera necesario resguardar el propio procedimiento democrático, o para proteger a minorías incapaces de protegerse a sí mismas a través del proceso político.

Contemporáneamente, el jurista John Ely encontró en aquella nota al pie la inspiración para elaborar directamente una teoría sobre cómo debía

16. 304 U.S. 144, 152, N°4 (1938).

ejercerse el control judicial de constitucionalidad. Como muchos de sus antecesores, Ely también se mostraba preocupado por preservar un amplio espacio para las decisiones legislativas, libre de indebidas interferencias judiciales. Ely advertía que con el correr del tiempo el poder judicial había ido adentrándose, poco a poco, en terrenos que debían estarle vedados. Con el alegado objeto de resguardar debidamente a la Constitución, la justicia había pasado a constituirse en el último árbitro en todo tipo de cuestiones socialmente relevantes. Definía si las regulaciones públicas en materia de salarios eran válidas o no; decidía el sostenimiento o anulación de las regulaciones estatales sobre extensión de la jornada laboral; y así sucesivamente. Y todo ello, aduciendo que sólo interpretaba el verdadero sentido de la Constitución.

No resulta extraño que entonces, y ante todo, Ely se dedicara a atacar las concepciones interpretativas predominantes en el ámbito jurídico. Ellas proponían a los jueces ya sea “rastrear” el significado real de la Constitución en las raíces históricas de la misma (así, en las distintas versiones del originalismo) o “salir” del texto para encontrar fuera del mismo el contenido de los “valores” constitucionalmente suscritos (así, en las corrientes que Ely engloba bajo el nombre “no-originalistas”). Ely confronta ambas alternativas,¹⁷ y propone en su lugar una suerte de “retirada” de la justicia constitucional, a la que concentra –como se sugería en “Carolene Products”– en cuestiones de tipo procedimental. En su opinión, custodiar la Constitución es custodiar las reglas de juego que la misma fija. En definitiva, sostiene Ely, la Constitución no establece valores que toque a los jueces desentrañar, sino que fija procedimientos a partir de los cuales las nuevas generaciones van a ocuparse de esos valores. A los representantes del pueblo les corresponde lidiar con las cuestiones sustantivas (o valorativas), mientras que los jueces deben ocuparse sólo de las procedimentales. Resguardando, judicialmente, estos procedimientos, se hace posible que, políticamente, se resuelvan aquellos temas valorativos. Se da aquí, entonces, una clara división de tareas entre el poder político y el poder judicial.

Debe advertirse que esta división de tareas propuesta por Ely no implica que él suscriba una postura “pasivista” por parte del poder judicial. Más bien, Ely deja bien en claro que su propuesta no es “pasivista” ni “activista”.

17. Ely (1980), cap. 3.

Él considera que, efectivamente, los jueces deben dejar de intervenir en cantidad de cuestiones en las que hoy se encuentran involucrados (y en este sentido, deben ser “pasivistas”). Pero al mismo tiempo, y esto es tan importante como lo anterior, sostiene que los jueces deben participar de modo muy intenso en otro tipo de cuestiones, vinculadas con el sostenimiento de las bases del procedimiento democrático (y en este sentido, deben ser “activistas”).¹⁸

Cabe señalar también que Ely, como antes Warren, avanza una propuesta por entender que la misma representa la mejor lectura posible de la Constitución. Ellos ven a la Constitución como un “manual de procedimientos” más que como un compendio de valores. Lo que hay en ella son las “tuercas y tornillos” del procedimiento democrático. En ella se dice cómo se deben elegir a las autoridades públicas, cómo removerlas, cómo organizar el proceso de toma de decisiones, etc. Por ello, hacer respetar la Constitución es, para ellos, hacer respetar las reglas del juego de la democracia. Al actuar de ese modo, sostiene Ely, los jueces cumplen una función similar a la de los árbitros en un partido de fútbol. Su misión es la de permitir que los jugadores (en este caso, los jugadores del juego democrático) hagan su juego, y no la de participar en el mismo, tomando partido en favor de un sector o el sector rival. El buen árbitro, como el buen juez, es el que deja que los partidos sean resueltos a partir de una disputa a la que ellos sólo siguen desde fuera.

Finalmente, corresponde señalar que una teoría como la propuesta de Ely se comprende mejor cuando se advierte el contexto en el que ella apareció. Con *Democracy and Distrust* Ely vino a defender decisiones judiciales como las generadas por la (así llamada) “Corte Warren”, que se distinguía por sus fallos “progresistas” (o “liberals”), y que se encontraba, tal vez por esa razón, bajo un severo ataque por parte de juristas conservadores y originalistas. Según viéramos, los originalistas tendían a resistir este tipo de decisiones alegando que ellas implicaban distorsionar el sentido que históricamente había tenido la Constitución. Los jueces “progresistas”, al decir del originalismo, eran jueces “activistas” que, en última instancia, reemplazaban el significado real de la Constitución por los valores que ellos preferían

18. Notablemente, Ely considera que los jueces deben ser más activos en cuestiones de las que, al menos durante mucho tiempo, se los tendió a excluir, y vinculadas con lo que se ha dado en llamar la doctrina de las “cuestiones políticas no judiciales”.

que la Constitución tuviese. Lo que vino a hacer Ely fue, en los hechos, una salida en defensa de tribunales como la “Corte Warren”. En su opinión, una Corte como la citada no podía ser descripta como (y acusada por ser) una Corte “activista”. Por el contrario, lo que ella hacía era cumplir con su tarea adecuadamente, lo que implicaba que ella fuera, en efecto, muy activa, pero sólo en determinadas áreas. Cuando la Corte impulsaba un trato igualitario para los grupos más desaventajados de la sociedad; cuando intervenía en temas de libertad de expresión, libertad de asociación, o derechos procedimentales; cuando se comprometía con temas como los referidos a la cualificación de los electores y la formación de distritos electorales, la Corte estaba simplemente cumpliendo con su tarea específica. Ella no era otra que la definida en aquella famosa nota al pie de “Carolene Products”: mantener abiertos los canales del cambio político y dar protección especial a minorías poco poderosas y sobre las cuales existían extendidos prejuicios. Adviértase, entonces, que un enfoque como el propuesto por Ely propicia –como los anteriores– una mirada restrictiva sobre el accionar judicial: los jueces deben guardar una postura “pasiva” respecto de diversidad de cuestiones (sustantivas). Sin embargo –y a diferencia de los enfoques anteriores– esta concepción procedimentalista exige que los jueces sean híper-activos en relación con algunas materias, vinculadas con las reglas básicas del juego democrático –típicamente, pero no exclusivamente, los procesos electorales (con lo cual, como puede advertirse, pasamos a “poner cabeza abajo” la conocida doctrina de las “cuestiones políticas no judiciales”).

Una visión procedimentalista del control judicial

Llegados a este punto, quisiera recuperar algunas de las consideraciones realizadas hasta aquí –las que, en mi opinión, mejor se sostienen frente a críticas posibles– para comenzar a explorar sus implicaciones institucionales, y particularizarlas luego en materia electoral.

Ante todo, y según entiendo, la “objeción contramayoritaria” resulta muy difícil de resolver. El caso en favor de un poder judicial como el que existe actualmente en una mayoría de países –un poder judicial con el poder final de revisar la validez constitucional de cualquier norma– está, en mi opinión, perdido. Sólo tiene sentido, creo, pensar de qué modo debe reorganizarse la función judicial. Junto con parte de la doctrina constitucional hoy prevaleciente (al menos, en el ámbito anglosajón), no veo una buena forma

para justificar que la magistratura guarde la “última palabra” en materia constitucional. Vivimos en democracia, entre otras razones, porque asumimos que todos, aun los jueces, pueden equivocarse. Y, asumiendo este dato, no hay buenos argumentos para privar a la ciudadanía de su derecho final a decidir: sus errores, como los de cualquier otro individuo, grupo u órgano, pueden ser muy graves, pero nada nos dice que haya razones para pensar que corremos mayores riesgos dejando la “última palabra” legal en manos de la ciudadanía. Ella, tanto como los miembros de la judicatura, pueden actuar irrazonable, apasionada, o auto-interesadamente. Decir esto no niega la posibilidad de que, por razones de celeridad o “división del trabajo”, se opte por delegar dicha función a algún cuerpo institucional particular. Pero, debe advertirse, esta opción poco tendría que ver con los modelos de organización actualmente existentes, que privan a la ciudadanía de esta posibilidad, apelando a argumentos supuestamente lógicos, o alegando que aquella no tiene capacidad o derecho para actuar como último árbitro en sus propios asuntos. Las mismas razones que nos llevan a reconocernos unos a otros como sujetos de derechos, sustentan nuestro derecho a hacernos cargo de nuestra vida en común.

Ahora bien, el hecho de que no existan buenas razones para que los jueces guarden la última llave del control constitucional no significa que ellos no puedan participar en el proceso colectivo de mejora y refinamiento de las decisiones colectivas, o que no haya razones para obligar a los cuerpos representativos a pensar sus decisiones dos veces, o a decidir con más calma. Más bien por el contrario: como sujetos falibles, como tendemos a apasionarnos y a actuar irreflexivamente, movidos por nuestros primeros impulsos, es que tiene sentido que diseñemos herramientas para pensar mejor. En tal sentido, la institución judicial puede llegar a jugar un papel especialmente atractivo, obligándonos a pensar mejor, trayéndonos a cuenta argumentos que en primera instancia no habíamos considerado, u obligándonos a utilizar razones públicas para justificar nuestras decisiones, frente a quienes no hemos tomado debidamente en cuenta.

Los jueces pueden jugar un papel especialmente importante en este sentido, gracias a su peculiar posición institucional: ellos se encuentran situados fuera del escenario principal de las disputas políticas, y obligados a escuchar a aquellos que han sido afectados como resultado de aquellas. Es a la justicia adonde se dirigen, en efecto, todos aquellos que han sido desatendidos o maltratados institucionalmente, por lo que los tribunales pueden

convertirse en un excelente medio para dotar de mayor imparcialidad a las decisiones colectivas. En la actualidad, sin embargo, varias causas confluyen para dificultar esta tarea: desde la composición, más bien elitista, de los tribunales superiores, a una carencia o falta de desarrollo de instrumentos institucionales destinados a facilitar dicha tarea. No existen hoy (o están claramente subdesarrollados) los medios para propiciar el *reenvío* de normas desde el poder judicial hacia los órganos políticos, para facilitar un posible diálogo y debate entre poderes. El poder que, de hecho, ejercen los jueces como “última voz” del sistema institucional, también conspira contra la posibilidad de que se instrumente un intercambio fructífero entre poderes. Dicho hipotético y saludable intercambio, entonces, se convierte en una conflictiva disputa de poder, en donde una rama del gobierno “golpea” a la otra, bloqueando o vetando su capacidad de decisión. Un sistema institucional más sensato, en cambio, podría orientarse a facilitar otro tipo de relaciones entre los poderes, permitiendo la mutua corrección entre los mismos –facilitar formas de *diálogo democrático*–.¹⁹ El poder judicial, por caso, podría obligar al poder político a rever su decisión, o a fundamentarla o justificarla de otro modo. La decisión en cuestión, o sus efectos, podrían suspenderse temporalmente hasta tanto el poder político no haya dado cuenta de su accionar. Este tipo de “controles internos”, a su vez, deberían sumarse a otros “externos”, destinados a asegurar la responsabilidad de los principales decisores; y a otros mecanismos destinados a asegurar el diálogo colectivo: de los ciudadanos entre sí; de los ciudadanos con sus representantes; de los funcionarios públicos entre sí.

Controles como los referidos hasta aquí merecerían ejercerse con mayor intensidad cuando más sensibles o riesgosas sean las decisiones en juego. Claramente, si la decisión en cuestión es capaz de poner en riesgo a la propia maquinaria de toma de decisiones democráticas, los controles deberían ser más intensos, y menor la presunción de validez de la decisión en cuestión; retomando la terminología utilizada por la jurisprudencia norteamericana, tales decisiones merecerían ser sujetas a las formas de escrutinio judicial más estrictas (“high” o “intermediate scrutiny”). Ello así, por ejemplo, si se trata de una medida por la cual quienes están en el poder pretenden prolongar su permanencia en el mismo, o dificultar la posibilidad de que los opositores

19. Cepeda, 2004; Dixon, 2007; Elster, 1986 y 1991; Liebenberg, 2012.

protesten o levanten reclamos contra ellos. Siempre, pero muy especialmente cuando existen grupos de la sociedad con dificultades para protestar o para hacer sentir sus quejas, los jueces deberán mostrarse especialmente atentos frente a las demandas de los perjudicados, y firmes frente al poder político exigiéndole que preste atención o que responda frente a las exigencias de quienes han sido indebidamente desconsiderados en el proceso de toma de decisiones. Del mismo modo, los jueces deberían ser facilitadores y promotores del diálogo colectivo, y especialmente sensibles frente a las medidas orientadas a entorpecer ese diálogo, a privar o desplazar la “voz” de algunos sectores, o a concentrar la discusión pública entre algunos privilegiados (aquellos con mayor poder político, aquellos con mayores recursos económicos, etc.). Nuevamente, los jueces merecerán encender sus alarmas cada vez que se enfrenten a alguna medida destinada a empobrecer el debate democrático.

Criterios como los citados vendrían a recoger varias de las principales preocupaciones de las principales corrientes legales contemporáneas, arriba examinadas. Así, por ejemplo, la propuesta de Sunstein de promover el debate público y minimizar el poder de decisión de los grupos de interés (i.e., Sunstein, 1985); o la de Ely, orientada a organizar el poder judicial como guardián del procedimiento democrático (Ely, 1980). Al mismo tiempo, tales criterios vendrían a contradecir algunas de las principales decisiones adoptadas por los tribunales superiores en los últimos tiempos. Sólo para tomar algunos casos especialmente importantes, podríamos citar los siguientes. Por un lado, en la Argentina, un caso como “Peralta, Luis c. Estado Nacional”, la Corte argentina falló de acuerdo a criterios exactamente contrarios a los aquí aconsejados, para dar luz verde al uso casi indiscriminado de poderes legislativos por parte del Ejecutivo. Contra la idea aquí avalada, conforme a la cual los problemas colectivos requieren de la más detenida reflexión por parte de los órganos colectivos –y más aún cuando se trata de problemas colectivos de la mayor importancia, como en este caso– la Corte sostuvo que las graves circunstancias del caso debían llevarnos a respaldar el unilateral accionar del Ejecutivo. Sostuvo entonces que “inmersos en la realidad no sólo argentina, sino universal, debe reconocerse que por la índole de los problemas y el tipo de solución que cabe para ellos, difícilmente pueden ser tratados y resueltos con eficacia y rapidez por cuerpos pluripersonales”.

Algo similar puede decirse de la crucial decisión de la Corte norteamericana en “Bush v. Gore”, a través de la cual la Corte terminó decidiendo el resultado de la dramática elección presidencial del año 2000, que permitió el

acceso a la presidencia de George Bush (h). La Corte contradujo los cánones aquí recomendados, al actuar como actuó en dicho caso, esto es, a través de una decisión gravemente dividida (5 contra 4) en un tema tan crucial; haciéndolo de modo en extremo acelerado (en treinta y cuatro horas en lugar de los largos meses que suele tomarse frente a temas de importancia); negándose a devolver el caso al estado y la Corte de Florida (el estado en donde se había generado el conflicto del caso, en razón de su imperfecto sistema de conteo electoral) para ocupar en cambio el lugar de la última (en contra de lo que los deberes federalistas podrían exigirle) e interpretar por sí misma las leyes electorales de Florida; y leyendo a las últimas del modo en que lo hizo (es decir, como si estas exigieran una decisión urgente y fechada, para el 12 de diciembre, el momento en que el tribunal superior consagró a Bush como presidente). Actuando de ese modo, la Corte ocupó del modo más brutal posible el lugar que le corresponde ocupar a la ciudadanía, y pasó a ser de un órgano de revisión y control de los posibles abusos públicos, a órgano abusador.²⁰

Procedimentalismo, democracia deliberativa y elecciones

En lo personal, me interesa defender una concepción procedimentalista del control judicial –como la defendida por Ely– pero con algún giro relevante, como el que comenzara a desarrollar Carlos Nino en sus trabajos en el área.²¹ Me refiero a la posibilidad de basar esa concepción procedimentalista en una cierta lectura particular –deliberativa– sobre la democracia. El punto no es menor, dada la necesidad que tenemos, cuando hablamos de encargarle a los jueces la custodia de los “procedimientos democráticos”, de clarificar de qué idea de democracia hablamos. Ely parece referirse a una visión de la democracia más bien restrictiva, al estilo de lo que la doctrina ha

20. Lo dicho hasta aquí refiere a la tarea que, hipotéticamente, podría corresponderle a los jueces frente al examen de cuestiones de relevancia colectiva (o de “moral pública” o “interpersonal”, Nino, 1996). Dicha misión, de todos modos, merecería ser complementada con otra en la que, nuevamente, los jueces podrían trabajar junto con los miembros de los demás poderes. Me refiero a una tarea vinculada, en este caso, a lo que podríamos llamar la “moral personal” o “privacidad”. Dejo de lado, sin embargo, y por el momento, la consideración de tales cuestiones de moral privada.

21. Nino (1996).

llamado, siguiendo a Robert Dahl, una visión “pluralista” de la democracia. De acuerdo con esta versión de la misma, la democracia nos refiere fundamentalmente a ciertos derechos básicos (elecciones periódicas, libre expresión, libre asociación, etc.), que aludirían a las áreas privilegiadas para el trabajo del juez. Una perspectiva deliberativa de la democracia, en cambio, nos referiría obviamente a una tarea diferente, lo cual nos exige, obviamente, clarificar primero qué entendemos por democracia deliberativa.

Aquí, sencillamente, y siguiendo a Nino, vincularé la idea de democracia deliberativa con la noción de que las decisiones colectivas, para estar justificadas, deben estar basadas en procedimientos de discusión inclusivos. Aparecen en este reclamo los dos pilares básicos de una concepción deliberativa: discusión e inclusión (siguiendo a Jürgen Habermas, la idea es que las decisiones democráticas sean el producto de una “discusión entre todos los potencialmente afectados”).²² Y esos dos pilares nos llevan a re-pensar, de modo acorde, la tarea del juez. El juez que asume una concepción de la democracia deliberativa reconoce entonces que su tarea es la de custodiar “los procedimientos de una democracia deliberativa” o, más precisamente, custodiar las condiciones de un diálogo público inclusivo.

Alguien podría pensar que el ideal es muy abstracto y alejado de la realidad. Considero, por el contrario, que se trata de un ideal regulativo que nos puede ayudar perfectamente para pensar sobre situaciones concretas, muy específicas. Piénsese en la práctica reciente en la vida pública de nuestro país. Un ideal como el señalado, por caso, nos da razones para sostener en buena medida el fallo de la Corte argentina en materia de Ley de Medios (sí a una ley que promueve el debate público, no a cualquier intento de ocluirlo); para defender la inconstitucionalidad de la (mal llamada) “democratización de la justicia” (que era en verdad una ruptura de las reglas básicas de juego); para reclamar la inconstitucionalidad de la reforma del Consejo de la Magistratura (que en su momento fuera promovida por el gobierno de turno ordenando que en el Congreso el proyecto enviado fuera aprobado –como ocurrió finalmente– sin debate, impidiendo que “se cambie una sola coma”); o para insistir en el reclamo de decisiones que den amparo a activistas sociales que reclaman por el reconocimiento de derechos básicos y, sobre todo, por su inclusión social.

22. Habermas (1998).

En materia electoral, finalmente, la tarea de jueces comprometidos con la custodia de un procedimiento deliberativo es muy decisiva, y a la vez –obviamente– muy diferente, sino directamente opuesta, a la aconsejada por visiones tradicionales, todavía influidas por el dogmático principio de las “cuestiones políticas no judiciales”. Contra lo aconsejado por dicho principio, lo que se plantea aquí es que los jueces en democracia actúen –como diría Ely– como lo harían los árbitros en un partido de fútbol, esto es decir, respetando siempre el resultado del juego –cualquiera sea el mismo– pero al mismo tiempo, ocupándose de –y siendo muy estrictos en– la custodia de las reglas de juego, de modo tal de asegurar que el juego se desarrolle conforme al reglamento. Dicho “referí” no puede decir nunca “creo que el resultado es injusto, por lo que vamos a darle por ganado el partido al equipo derrotado”. Puede decir, en cambio “este gol fue en posición adelantada” o “el penal se tira de nuevo”.

En casos de comprobado fraude electoral, dicho juez podría –como decidiera en su momento la Cámara en lo Contencioso, en Tucumán– anular las elecciones del caso, del mismo modo en que, frente a situaciones muy extremas (un partido comprado, jugadores dopados, jueces de línea pagados, etc.), el tribunal a cargo puede decidir anular el partido o sancionar al equipo o club de fútbol que cometiera la grave infracción. En tales casos –y contra lo que ocurriera en nuestro país, luego del escándalo tucumano– no tiene sentido alguno acusar al órgano judicial de “elitista” o “aristocrático”: se trata simplemente de reconocer que en tales situaciones los jueces cumplen con su deber procedimental, frente a equipos o jugadores que –del modo más grave– incumplen con el suyo.

Bibliografía

- Ackerman, B.: “Storrs Lectures: Discovering the Constitution”, *Yale Law Journal* 93: 1013-72, 1984.
- *We the People. Foundations*, Belknap Press of Harvard University Press, 1991.
- Bickel, A.: *The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale University Press, 1962.
- Cepeda, M.: “Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court”, *Washington University Global Studies Law Review* 3: 259, 2004.

- Dixon, R.: "Creating Dialogue About Socioeconomic Rights: Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited", 5 *I. Con.*, 3, 2007, 391-418.
- Dworkin, R.: *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.
- Elster, J.: "The Market and the Forum", in J. Elster & A. Hylland (eds.), *Foundations of social choice theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, 103-132.
- "Arguing and bargaining in the Federal Convention and the Assemblée Constituante", Working Paper - University of Chicago, August 1991.
- Ely, J.: *Democracy and Distrust*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.
- Gargarella, R.: *Latin American Constitutionalism, 1810-2010*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- Habermas, J.: *Between Facts and Norms*, Cambridge, The MIT Press, 1988.
- Holmes, S.: "Precommitment and the Paradox of Democracy", in J. Elster & R. Slagstad (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.
- Liebenberg, S.: "Engaging the paradoxes of the universal and particular in human rights adjudication", *African Human Rights Law Journal*, vol. 12, 1, 2012, 1-29.
- Nino, C.: *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1996.
- Rawls, J.: *A theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.
- *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1991.
- Sunstein, C.: "Beyond the Republican Revival", 97 *Yale L. J.* 1539, 1988.
- *The Partial Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1993.
- *Democracy and the Problem of Free Speech*, New York, The Free Press, 1993b.
- *One case at a time. Judicial minimalism on the Supreme Court*, Cambridge, Harvard U.P., 1999.
- Tushnet, M.: *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2009.
- *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 2000.

El hábeas data en el Derecho Electoral

*Alberto Ricardo Dalla Via**

Resumen

Con la reforma constitucional de 1994 se incorpora el artículo 43 en cuyo texto se consagran las garantías constitucionales del Amparo, Habeas Corpus y Habeas Data. Aunque aparezcan legisladas en forma conjunta, la historia del Hábeas Data en nuestro Derecho Constitucional es muy distinta de la del Amparo y el Hábeas Corpus. Mientras que estas surgen como resultado de una creación pretoriana y sin estar contempladas específicamente en la Constitución, el Hábeas Corpus deviene del constitucionalismo clásico y reconoce su fundamento en el artículo 18 de la Carta Magna; al Amparo lo ubicamos con posterioridad a la Primera Guerra Mundial, en México, contemporáneamente al nacimiento de los llamados derechos sociales y económicos; el Hábeas Data es una garantía que constituye una novedad en nuestro derecho interno y en el derecho en general, es plasmada en nuestra Carta Magna como una necesidad sociológica, puesto que estaba contemplada ya en diversos ordenamientos jurídicos de distintos países y en algunas Constituciones provinciales.

Ahora bien, si bien se puede encontrar diversos precedentes jurisprudenciales sobre la garantía que en esta oportunidad nos ocupa, nos interesa destacar muy especialmente algunos casos que fueron resueltos por la Cámara Nacional Electoral mediante Fallo N°3410/2005 (Causa: “Sánchez Morteo, Susana T. - Coapoderada del Partido Nacionalista Constitucional Cap. Fed. s/ queja”), Fallo N°5464/2015 (Causa: “Mesa Nacional por la Igualdad y otros s/ Habeas Data”), y sentencia del 14 de mayo de 2015 en los autos: “Asociación

* Vicepresidente de la Cámara Nacional Electoral; Profesor Titular de Derecho Constitucional (UBA); Director del Departamento de Derecho Público I (UBA); Director de la Maestría en Magistratura (UBA); Académico de Número de la Academia Nacional de Cs. Morales y Políticas; Alberto.Dalla-Via@pjn.gov.ar. Este artículo fue realizado con la colaboración de Paula S. Suárez.

por los Derechos Civiles y otro contra Cámara Nacional Electoral s/Amparo - Ley de Habeas Data 25.326” (Expte. N° CNE 1003246/2013/CA1).

Palabras clave: Derecho Constitucional, Derecho Electoral, garantismo, Habeas Data, Cámara Nacional Electoral.

Habeas data in electoral law

Abstract

With the 1994 constitutional reform, the article 43 is incorporated in which the constitutional guarantees (amparo, habeas corpus, habeas data) are consecrated. Although they may seem legislated in the same manner, the history of the habeas data in our Constitutional Law differs from that of the amparo and habeas corpus. While these arise as a result of a praetorian creation, without being contemplated specifically in the constitution, habeas data comes from classic constitutionalism and has its basis in article 18 of the Magna Carta. The amparo is set after First World War in Mexico and is contemporary to the birth of social and economic rights. On the contrary, habeas data is a novelty in our internal law; in the Constitution it is written down as a sociological necessity, since it was already contemplated in different countries and in some provincial constitutions.

There are many precedents but this paper will study some that were resolved in the National Electoral Council: Fallo N°3410/2005 (Causa: “Sánchez Morteo, Susana T. - Coapoderada del Partido Nacionalista Constitucional Cap. Fed. s/queja”), Fallo N°5464/2015 (Causa: “Mesa Nacional por la Igualdad y otros s/Habeas Data”), y sentencia del 14 de mayo de 2015 en los autos: “Asociación por los Derechos Civiles y otro contra Cámara Nacional Electoral s/Amparo - Ley de Habeas Data 25.326” (Expte. N° CNE 1003246/2013/CA1).

Keywords: constitutional law, electoral law, habeas data, National Electoral council.

I. Introducción

La expresión “garantismo” podría ser confundida, en una primera aproximación, con un capítulo o parte del Derecho Constitucional, concretamente con la denominada “parte dogmática” si nos referimos a la Constitución de la Nación Argentina o a las grandes declaraciones de derechos que contienen otros textos que pueden considerarse históricos o clásicos en ese sentido, como la Constitución de Virginia o la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

De ese modo, una primera aproximación “clásica” vendría a decirnos que en la parte dogmática de la Constitución es donde se encuentran las declaraciones, derechos y garantías (*rule of law*); en tanto se reserva a la parte orgánica lo referido al estatuto del poder (*frame of government*) y a sus divisiones “verticales” y “horizontales” si usamos la terminología de Lowenstein.¹

Pero esta aproximación ofrece –además– una versión más restringida de las “garantías constitucionales” –también en términos clásicos–, de modo que los derechos declarados en la Constitución hacen a la potencialidad o atribución en cabeza de un sujeto (derecho subjetivo), un grupo (derechos colectivos) o de varios (derechos difusos), en tanto que las garantías constitucionales, en sentido estricto, tendrían una significancia más limitada a los mecanismos procesales para proteger o hacer valer los derechos, haciendo realidad la máxima atribuida a Chiovenda en cuanto “no hay derecho sin acción”, o bien, como lo señalara con especial precisión Hans Kelsen,² el verdadero derecho subjetivo existe cuando el individuo cuenta con todo un sistema a su alcance para poner en ejecución ante la violación de un derecho, que incluye desde la titularidad de una acción (legitimación), pasando por el acceso a la justicia ante Tribunales imparciales integrados por jueces naturales que respeten las reglas del debido proceso.

Destaca el gran maestro del derecho que la garantía constitucional de los derechos de libertad no puede realizarse según la forma usual, declarando que la propiedad es inviolable y que la expropiación solo puede ser posible en virtud de una ley, o que la libre emisión del pensamiento solo puede

1. Karl Lowenstein, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1970.

2. Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Barcelona, Edit. Labor, 1934.

ser limitada por ley, pues en este caso, la garantía constitucional desaparece desde el momento en que la Constitución delega en la legislación ordinaria las invasiones en la esfera de la libertad. Agrega Kelsen,³ refiriéndose a los derechos reconocidos en las declaraciones de derechos, que “...las libertades que conceden son derechos en sentido jurídico, solo cuando los súbditos tienen la oportunidad de reclamar contra actos del Estado por los cuales estas prescripciones constitucionales son violadas y la facultad de hacer que tales actos sean anulados...”.

Esa concepción ultra-restringida limitaría las garantías constitucionales a aquellas que específicamente están establecidas en la Constitución como mecanismos de protección de los derechos, es decir: el hábeas corpus, el amparo, el hábeas data, el debido proceso (adjetivo y sustantivo), el recurso extraordinario, la acción declarativa de inconstitucionalidad y aquellas otras que surgen de la propia Constitución: división de poderes, principio de legalidad, principio de razonabilidad, derecho a la jurisdicción, etc.

Para Zarini⁴ las garantías aparecen como instituciones y procedimientos de seguridad creados a favor de los habitantes para que cuenten con medios de amparo, tutela o protección a fin de hacer efectivos los derechos subjetivos, enumerando entre ellas al hábeas corpus, acción de amparo, hábeas data, defensa en juicio, demanda y excepción de inconstitucionalidad, etc.

En esa concepción estricta, llamaremos “garantías constitucionales” a las que corresponden a todos los habitantes de la Nación en ejercicio de sus derechos constitucionales conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, en tanto que existen otras garantías específicas, restringidas a determinados grupos o categorías de personas que no se otorgan por su condición de tales sino en razón del cargo que ocupan y durante el tiempo en que desempeñen el mismo. De ahí que no se denominen garantías en sentido propio, sino más bien prerrogativas, inmunidades o privilegios como son los fueros parlamentarios, la inamovilidad de los jueces y la intangibilidad de sus remuneraciones.

La concepción restringida del término garantía referida a los mecanismos de protección o de tutela de los derechos en sentido procesal no es compartida por todos los autores, toda vez que el orden público constitucional

3. Hans Kelsen, op. cit. p. 248.

4. Helio Juan Zarini, *Constitución Argentina. Comentada y concordada*, Astrea, 1996.

no parecería ser pasible de ser sometido a subdivisiones de rango o jerarquía inferior como los que surgen de distinguir entre derecho de fondo y derecho de forma.

De ahí también que un autor tan clásico como Joaquín V. González⁵ en su *Manual de la Constitución Argentina* utilizara los términos de manera poco clara, apareciendo cierta confusión o ámbito común entre garantías y declaraciones. Entre los autores actuales, Sagüés⁶ relativiza la diferencia entre derecho y garantía porque entiende que quien es titular de una acción es también titular de un derecho a ejercer esa acción. Curiosamente, una posición similar a la anterior es seguida por algunos autores del Derecho Procesal que hablan del “derecho de amparo”.

Por su parte Juan Francisco Linares⁷ distinguió entre cuatro posibilidades:

- a) Aceptación estrictísima: que comprendería solo los procedimientos judiciales sumarios y reglas procesales, como los “writts” de hábeas corpus, de amparo, derecho de no declarar contra sí mismo, etc.
- b) Aceptación estricta: que incluiría, además de la connotación anterior, todos los procedimientos judiciales protectores de la libertad jurídica, como la demanda y la excepción de inconstitucionalidad, la “injuction”, etc.
- c) Aceptación amplia: que abarcaría también las llamadas garantías políticas, como la división de los poderes, la renovación y elegibilidad de los magistrados, etc.
- d) Aceptación amplísima: comprensiva de todas las instituciones liberales, incluso la constitución escrita, rígida o flexible y la inclusión de un “bill of rights” en la misma.

5. Joaquín V. González, *Manual de la Constitución Argentina*. Editorial Estrada, Buenos Aires, 1951, p. 101.

6. Néstor P. Sagüés, *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo II, Astrea, 1993.

7. Juan Francisco Linares, “Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina”, citado por Bidart Campos, G., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I-A Nueva Edición Ampliada y actualizada 1999-2000, Buenos Aires, EDIAR.

Ha advertido Luigi Ferrajoli⁸ que “...si confundimos derechos y garantías resultarán descalificadas en el plano jurídico las dos más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo, es decir, la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales, reducidas, una y otra, en defecto de las adecuadas garantías, a simples declamaciones retóricas o, a lo sumo, a vagos programas políticos jurídicamente irrelevantes...”, y agrega “...bastaría esto para desaconsejar la identificación y justificar la distinción entre derechos y garantías en el plano teórico...” destacando que “...la ausencia de garantías debe ser considerada como una indebida laguna que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar...”.

Una posición superadora de las antes citadas disquisiciones técnicas se afirmó con la labor interpretativa realizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando al inscribir uno de los capítulos más notables de su historia institucional creó por vía pretoriana la procedencia de la denominada “acción de amparo”, al decidir en el caso “Ángel Siri” de 1957, señalando en tal oportunidad que todos los derechos quedaban garantizados por el solo hecho de estar en la Constitución, extendiendo la garantía ya existente del “hábeas corpus” al resto de los derechos.

Sobre la base de esa línea interpretativa abierta, algunos autores han insistido sobre la “operatividad” de los derechos constitucionales, más allá de que exista o no una garantía expresa o escrita, y más allá de que la norma que enuncia el derecho sea una norma operativa o programática. De modo que Bidart Campos⁹ afirma su tesis sobre la “fuerza normativa de la Constitución” y otros autores llegan a posiciones aún más extremas como el caso de Quiroga Lavié,¹⁰ quien considera el derecho a interponer acción de amparo contra la omisión del legislador de reglamentar una norma programática de la Constitución, ello a resultas del texto del artículo 43 de la Constitución Nacional reformada en 1994.

8. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Una teoría del garantismo penal* (varios traductores), Madrid, Trotta, 1995.

9. Germán J. Bidart Campos, *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*, Buenos Aires, EDIAR, 1995.

10. Humberto Quiroga Lavié, en Rosatti y otros autores, *La Reforma de la Constitución*, Rubinzal Culzoni Editores, 1994.

Si salimos de la posición que reduce el garantismo constitucional a los enunciados de la parte dogmática, podremos enfrentar la consideración del garantismo en un ámbito más amplio como el de la teoría constitucional y allí veremos que para muchas concepciones, la expresión garantismo bien puede confundirse y mimetizarse con el propio concepto de Constitución, entendida como “carta de garantías”.

II. Del garantismo a las garantías constitucionales

Al garantismo constitucional no le son ajenas las vertientes ideológicas, de manera que la etapa inicial del constitucionalismo puso el acento en las denominadas garantías de la libertad.

Para el constitucionalismo liberal, la libertad representa la piedra angular del sistema. En tanto que para el denominado constitucionalismo social, la igualdad aparece como el valor a ser fortalecido y enfatizado a través de un conjunto de garantías en favor de los ciudadanos, con el propósito de no tornar en meras ilusiones esas promesas. Ha destacado con razón Peces Barba¹¹ que la problemática de los derechos fundamentales se da en una dialéctica permanente entre libertad e igualdad.

En ese sentido, también ha señalado reiteradamente Vanossi¹² que el tránsito desde el constitucionalismo liberal hacia el constitucionalismo social supone dos ideas básicas: a) un presupuesto racional en cuanto a que el estado social de derecho continúa o *aggiorna* al estado liberal de derecho, y b) la condición o “regla de oro” en cuanto a que todo acrecentamiento del poder del estado debe ir acompañado, de manera proporcional, por el incremento de los controles y reforzamiento de las garantías.

Luigi Ferrajoli,¹³ por su parte, distingue entre garantías liberales o “negativas” y garantías sociales y “positivas”, de manera que la diferencia va unida a la diferente naturaleza de los bienes asegurados por los dos tipos de garantías, puntualizando al respecto: “...Las garantías liberales o negativas

11. Gregorio Peces Barba, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Eudeba Universidad, Textos de Apoyo, 1988, p. 208.

12. Jorge Reinaldo A. Vanossi, *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, Eudeba. Buenos Aires, 1994.

13. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, op. cit.

basadas en prohibiciones sirven para defender o conservar las condiciones naturales o pre-políticas de existencia: la vida, las libertades, las inmunidades frente a los abusos de poder, y hoy hay que añadir, la no nocividad del aire, del agua y en general del ambiente natural; las garantías sociales o positivas basadas en obligaciones permiten por el contrario pretender o adquirir condiciones sociales de vida: la subsistencia, el trabajo, la salud, la vivienda, la educación, etc. Las primeras están dirigidas hacia el pasado y tienen como tales una función conservadora; las segundas miran al futuro y tienen un alcance innovador.

La aparición de nuevas garantías específicas como el amparo y el hábeas data van en esa dirección, y también ha corrido de modo proporcional el aumento de las garantías con respecto al incremento de los denominados “nuevos derechos”, extendiéndose el acceso a la jurisdicción, en el marco de una tendencia cada vez más creciente hacia la plena judiciabilidad de los actos; apareciendo institutos que afirman el acceso a la justicia, la ampliación de la legitimación procesal cuando se trata de derechos colectivos o intereses difusos, el acortamiento de los plazos de las decisiones, etc.

Hay, incluso, quienes sostienen la existencia de garantías de primera, segunda y tercera generación; asimilando de ese modo a los medios procesales constitucionales de tutela las clasificaciones convencionales que algunos autores realizan sobre las denominadas “generaciones” de derechos. Marcella Basterra sostiene en tal sentido que el hábeas corpus y el debido proceso son garantías de primera generación, en tanto el amparo sería una garantía de segunda generación y el hábeas data y amparo colectivo serían garantías de tercera generación; fundamentando tal clasificación en la aparición cronológica de tales remedios procesales.

Coincidimos en el fundamento cronológico y en la utilidad didáctica que tiene esa clasificación a los efectos de la enseñanza del tema; pero creemos que tal asimilación no es del todo posible porque el amparo es una garantía que tutela tanto derechos de primera generación (libertad de expresión, derecho de propiedad, etc.) como de segunda generación o derechos económicos, sociales y culturales. Asimismo, el amparo colectivo no solamente tutela derechos de tercera generación sino algunos derechos clásicos vinculados con la igualdad, como en el caso de discriminación, conforme surge del propio texto del art. 43 C.N.

Es que el problema surge de la propia consideración de los derechos o garantías por “generaciones”, de manera que algunos como Vasak creen que

la primera generación de derechos fundamentales no estaría conformada por los civiles y políticos sino por los económicos, sociales y culturales y ello en razón de que la Carta de la OIT es anterior en el tiempo a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Hombre.

Pero creo necesario aclarar, a esta altura del relato y de la exposición del tema que venimos tratando, que el concepto de “garantía constitucional” tiene una acepción específica, determinada y particular frente a la idea común de garantía en el ámbito del derecho privado, cuando se la relaciona con el afianzamiento de una determinada obligación, para la que existen también institutos especiales como la hipoteca o la prenda, entendiéndose en términos generales como la seguridad o la protección frente a un peligro o frente a un riesgo.

Suele entenderse, en cambio, por “garantías constitucionales o individuales”, al conjunto de declaraciones, medios y recursos con que los textos constitucionales aseguran a todos los individuos o ciudadanos el disfrute o ejercicio de los derechos públicos y privados fundamentales que se les reconocen. Las “garantías constitucionales” solo pueden suspenderse lícitamente en la forma y plazos que la misma constitución preceptúa, salvo incurrir en responsabilidad los gobernantes que las suspendan sin derecho o prorroguen esto sin autorización.

Sostiene Sergio Galeotti¹⁴ que la primera idea que expresa el término garantía (“garant”, del alemán “gew”hren”, “gew”hr-leinstug”, que significa “sicherstellung”) es la de una posición de seguridad que elimina un estado de precariedad e incertidumbre. “Garantía de la obligación” –dice– es una expresión elíptica que quiere decir garantía del cumplimiento de la misma o, más precisamente, seguridad del interés relativo al valor o la consistencia económica del buen objeto de la obligación; seguridad que, si faltara el cumplimiento, podrá dar lugar a la actuación de un instrumento por el cual, con anterioridad, puede estarse seguro que se concluirá por obtener el valor que debería recibirse mediante el cumplimiento.

Se pregunta el mismo autor: ¿cuáles son los elementos del concepto de garantía? En primer lugar –responde– se requiere la existencia de un

14. Sergio Galeotti, “La garanzia costituzionale: presuposti e concetto”, Milán, 1950, citado por Segundo V. Linares Quiroga, en su *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Tomo VI, Plus Ultra.

“interés asegurado”, vale decir, una relación de utilidad entre el sujeto y un bien. En la noción de garantía está implícita, en segundo término, la existencia de un “peligro”. Además, es necesario el “instrumento” idóneo para proporcionar al sujeto la seguridad respecto del interés amenazado, aplicando estos presupuestos a la órbita constitucional. Galeotti¹⁵ entiende que en la “garantía constitucional”, el interés asegurado consiste en la “regularidad constitucional”, o sea, en la observancia de la norma constitucional; elemento que presenta un aspecto objetivo y otro subjetivo.

Objetivamente, consiste en la existencia de una constitución formal; en el segundo en que esta consagra el principio esencial de la igual e inviolable dignidad del hombre, en su carácter de norma suprema que se impone a los poderes públicos a los cuales limita. El peligro se halla constituido por la eventualidad de la violación de la ley suprema como resultado de una actividad constitucionalmente irregular del Estado obrando por medio de sus agentes. Según Galeotti, finalmente, las garantías constitucionales son las instituciones idóneas para asegurar la integridad de la constitución, y hacer probable y menos incierta su observancia como regla suprema de los poderes públicos.

Las garantías son, en definitiva, el soporte de la seguridad jurídica como valor protegido, de manera que la real vigencia de las libertades individuales está supeditada a la existencia de garantías que las protejan en caso de ser vulneradas. Puede afirmarse que las garantías hacen al Estado de Derecho. Bidart Campos¹⁶ las define como “las instituciones de seguridad creadas a favor de las personas con el objeto de que dispongan del medio para hacer efectivo el reconocimiento de un derecho”.

El artículo 18 de la Constitución Nacional tiene un rango relevante en nuestro ordenamiento puesto que ella contiene la garantía de nuestras más sagradas libertades las que hacen a la libertad física, haciendo las veces de un “escudo protector” de las mismas. Fue sancionado por la Convención Nacional Constituyente de 1853 en la sesión del 25 de abril, pero su contenido recoge una evolución sucesiva de antecedentes.

15. Sergio Galeotti, op. cit., citado por Segundo V. Linares Quintana, en su *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Tomo VI, Plus Ultra.

16. Germán J. Bidart Campos, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I-A. Nueva Edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, EDIAR, 1999-2000.

Entre tales antecedentes se encuentra el Reglamento Orgánico de 1811 al que González Calderón¹⁷ denomina como “nuestra primera constitución nacional”. Pero especial importancia reviste el decreto de seguridad individual de 1811 emitido por el Triunvirato, algunas de cuyas disposiciones (arts. 1, 2, 3, 6 y 9) son fuente del actual art. 18 C.N. El Estatuto de 1815 dedicaba en la sección VII todo el capítulo I a expresar los derechos y garantías de la seguridad individual, en tanto el Reglamento Provisorio de 1817 reprodujo en su mayor parte los textos del Estatuto de 1815, igual criterio seguido tanto por la Constitución de 1819 como la de 1826.

Señala Bidart Campos, citando una exposición de Sanguinetti en la Academia de Ciencias Morales y Políticas, que en la constitución histórica aparece varias veces mencionada la expresión “garantías” (arts. 5, 23, 28 y 33 C.N.), pero en rigor no había ninguna norma específica referida a las garantías como sí aparece el art. 43 después de la reforma constitucional de 1994. De allí resulta, a su entender, que el “garantismo” representaba un contenido fuerte del sistema axiológico, de manera que permitió a la Corte interpretar la operatividad de los derechos en el caso “Siri”.

Si el constitucionalismo originario no incluyó una cláusula garantista del tenor con que formuló los arts. 14 y 20 en materia de derechos civiles, pudo haber sido porque consideró que dinámicamente debían ser –y serían– el desarrollo legislativo de la constitución y la interpretación e integración de su conjunto normativo los que, sin rigideces, irían abriendo progresivamente los espacios garantistas de acuerdo con el ritmo evolutivo de los valores y necesidades sociales.

En nuestra doctrina constitucional ha existido cierta asimilación entre las garantías de amparo y hábeas corpus, siendo frecuente denominar a esta última acción como “amparo de la libertad”. Parece visualizarse que el fundamento que da lugar a esa frase ha sido también en parte el fundamento del artículo 43 en cuanto a la consagración de un amparo genérico.

Sin embargo, no podemos dejar de advertir que el camino ha sido inverso y que no nació el hábeas corpus como una modalidad de amparo, sino precisamente al revés, fue el amparo el que nació como una modalidad de hábeas corpus, en una creación pretoriana que culminó con las sentencias

17. Juan A. González Calderón, *Derecho Constitucional Argentino*, Tomo 2. J. Lajouane Editores, p. 132 y ss., 1917.

de “Ángel Siri” (1957) y “Samuel Kot” (1958), pero que fue generándose en otros precedentes, entre los que cabe citar el caso “San Miguel”, que constituyeron una extensión de la modalidad del hábeas corpus, ya aceptado, por entonces para la libertad física, hacia otros derechos que no eran la libertad física. La lectura de las referidas sentencias es elocuente en ese sentido.

A decir de Sanchez Viamonte,¹⁸ “...El hábeas corpus se da en amparo de todos los derechos que constituyen el elemento dinámico de la libertad (facultad de hacer) y de todas las inviolabilidades que constituyen su elemento estático (seguridad). Lo primero corresponde a la idoneidad humana; lo segundo a la dignidad humana. La libertad personal es un derecho declarado; el hábeas corpus es la garantía que asegura su efectividad, que no es un recurso de carácter procesal sino una acción de derecho público, garantía constitucional dada en amparo de los derechos individuales que en su conjunto constituyen la libertad personal (civil y política)”.

La amplitud del amparo como garantía principalísima arranca de la propuesta de Rejón en la carta fundamental de Yucatán (México) de 1840, consolidándose en la Constitución de 1857 (arts. 101 y 102) hasta llegar a la Constitución Mexicana de 1917, promulgada en la ciudad de Querétaro. También se destaca como acción de gran amplitud el “mandato de seguridad” brasileño, al igual que el instituto de tutela procesal en Colombia; denominándose en Perú “hábeas corpus” al instrumento de tutela de todos los derechos constitucionales.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra el artículo 25 bajo la denominación “Protección Judicial”, donde se dice: “...Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces y tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales...”.

En el artículo 7 se trata del derecho a la libertad personal donde se dice: “...Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención

18. Carlos Sánchez Viamonte, *El hábeas corpus. Garantía de la libertad*, 2ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1956.

fueren ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que este decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona”.

Conforme ha quedado redactado el nuevo artículo 43 después de la reforma constitucional de 1994, algunos autores consideran que el amparo es la figura genérica y que el amparo colectivo, así como el hábeas data y el hábeas corpus serían, respectivamente, especies diferentes del género amparista. Por nuestra parte, ya hemos señalado *ut supra* que entre amparo y hábeas corpus hay naturalezas, finalidades e historias diferentes. El lugar adecuado para ubicar el hábeas corpus debió ser inmediatamente a continuación del art. 18.

La acción declarativa regulada por el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación persigue, como el amparo, una finalidad preventiva y no requiere la existencia de daño consumado en resguardo de los derechos. Su admisión depende, empero, de que la solicitud no tenga simple carácter consultivo ni importe una indagación meramente especulativa, sino que responda a un “caso” y persiga precaver los efectos de un “acto en ciernes” al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal, para, por último, fijar las relaciones legales que vinculen a las partes en conflicto.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó en la causa “Hidronor S.A. c/Provincia de Neuquén” que “...no existen obstáculos de índole constitucional para que se admita el carácter de causa que inviste el ejercicio de acciones declarativas regladas por el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial, inclusive cuando ellas persigan la declaración de invalidez de una ley frente a los preceptos de la Carta Fundamental; y que una conclusión opuesta traería consecuencias desde todo punto de vista inconvenientes...”.

La consideración de garantías específicas en el texto de la Constitución, no descalifica, sin embargo, la existencia de otras garantías “innominadas” entre las que tiene especial significancia en nuestro sistema constitucional el llamado “principio de razonabilidad” cuyo fundamento se encuentra en el artículo 28 de la Constitución Nacional. Un aporte teórico de gran importancia en su defensa y fundamentación ha sido el realizado por Juan Francisco Linares, quien sostuvo la existencia de un “debido proceso sustantivo”

de manera paralela al “debido proceso adjetivo” (*due process of law*) contenido en nuestro artículo 18 C.N.

La tesis de Linares¹⁹ toma fundamento en la Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos que al garantizar el debido proceso toma tanto el aspecto adjetivo como el sustantivo; en tanto en aquel sistema jurídico de *common law* la vinculación de los precedentes por la regla del *stare decisis* encuentra fundamento en el derecho natural.

La existencia de derechos o garantías implícitos quedaba abierta, además, por la vía del artículo 33 al consagrar que los derechos y garantías enumerados en la constitución no niegan la existencia de otros no enumerados en tanto deriven del principio de la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno, conforme reza en igual fórmula su modelo que ha sido la enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos.

En realidad el art. 33 que a veces se ha extendido más allá de sus límites en su interpretación en cuanto a los derechos, corresponde más en su interpretación respecto de las garantías porque ese era el sentido de las primeras enmiendas en la Constitución de los Estados Unidos, más bien el establecimiento de garantías a la libertad que la enunciación dogmática de derechos.

Señala en tal sentido González Calderón²⁰ que “...el derecho constitucional de los estados, anterior y posterior a la independencia, la Constitución federal luego y la jurisprudencia adoptaron y aplicaron con éxito el sistema inglés de proteger prácticamente la libertad y seguridad individuales mediante las instituciones y procedimientos que en el país donde tuvieron origen consolidarla. Contrasta así la concepción anglosajona de la libertad civil con el teoricismo declamatorio que caracteriza al derecho constitucional de los pueblos latinos, tanto en la esfera de la doctrina como en la de su aplicación positiva. Porque mucho más pueden hacer por el afianzamiento de la libertad el hábeas corpus y el *due process of law* de los ingleses y americanos, que todas las celebradas declaraciones de derechos más o menos teóricas”.

19. Juan Francisco Linares, *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*, op. cit.

20. Juan A. González Calderón, *Derecho Constitucional Argentino*, op. cit., p. 134.

Aparece también en la obra de Bidart Campos²¹ una cita de las denominadas “garantías institucionales” mencionadas en la Constitución. Dichas garantías institucionales irradiarían efectos protectorios hacia algunos derechos como, por ejemplo las universidades (art. 75 inc. 19), los pueblos indígenas (art. 75 inc. 17), la familia (arts. 14 bis y 75 inc. 19), la Iglesia Católica (art. 2), las confesiones religiosas reconocidas (art. 14), las asociaciones sindicales (art. 14 bis), a los que se agregan los partidos políticos (art. 38), los municipios, las provincias y, finalmente, la independencia del Poder Judicial.

El Poder Judicial, como “control de los controles”, representa la mayor garantía de la seguridad jurídica en nuestro sistema; por ello la necesidad de preservar su prestigio; y de allí también que recordemos a Hamilton en la lectura N°LXXVIII de *El Federalista* cuando afirmara “...no hay libertad si el poder de juzgar no está separado de los poderes ejecutivo y legislativo [...] la libertad no tiene nada que temer de la administración de justicia por sí sola, pero tendría que temerlo todo de su unión con cualquiera de los otros dos departamentos...”.

III. El Habeas Data:²² marco constitucional y legal

“Hábeas data” significa “tiene tus datos”; el vocablo “hábeas” viene del latín, segunda persona del subjuntivo de *habeo*, *habere*, que significaría “ténganse en su posesión”, y “data”, que es el acusativo plural de *datum*,

21. Bidart Campos, op. cit., refiere en tal sentido la sentencia de 1ª instancia del Juzgado federal de Mar del Plata a cargo del Dr. Jorge I. Sirochinsky, de fecha 4 y 31 de diciembre de 1997, con nota de Gil Domínguez, Andrés, “Garantías institucionales: la consagración jurisprudencial de una nueva categoría normativa”, Suplemento de jurisprudencia de Derecho Administrativo, *La Ley*, 18/VI/99 y Espinosa Saldaña B., Eloy, “¿Cuándo estamos frente a un derecho fundamental y cuando frente a una garantía institucional?, *Revista Jurídica del Perú*, año XLVIII N°16, julio-sept. 1998, y del mismo autor “Derechos fundamentales, instituciones constitucionalmente garantizadas, participación en la vida política nacional y referéndum”, *Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, Año XV, N°163, noviembre 1999.

22. Ver Alberto Dalla Via y Marcela Basterra, *Habeas Data y otras garantías constitucionales*, Nemesi, 1999; y Alberto Dalla Via, *Manual de Derecho Constitucional*, Abeledo Perrot, 2011.

es definido por los más actualizados diccionarios como representación convencional de hechos, conceptos o instrucciones de forma apropiada para la comunicación y procesamiento por medios automáticos. Por lo que “hábeas data” quiere decir “que tengas los registros, los datos”.²³

“La difusión de la informática en todos los aspectos de la vida social, ha dado nacimiento a nuevas posibilidades, nuevos intereses, pero también nuevos peligros dando necesario nacimiento a una nueva disciplina jurídica.”

El “hábeas data”, por su parte, como vía constitucional procesal, tal y con esa denominación, surge de la Constitución Brasileña de 1988 (art. 5), sin perjuicio de contar con numerosos antecedentes en el derecho comparado. Vanossi²⁴ señala dos facetas en su desarrollo: a) una clásica o tradicional, comprensiva del denominado “derecho a la información” y b) otra faceta que está dada por el gran impacto de la informática, la telemática y demás medios incorporados a nuestra cultura en tiempos recientes.

El origen de esta garantía, según Sagüés, se explica en virtud del desarrollo del llamado “poder informático”, puesto que aquellos que hacen informática (productor, gestor y distribuidor de datos) están amparados en otro tipo de normas constitucionales, como las que establecen el derecho a comerciar, a trabajar, ejercer toda industria lícita, propiedad, etc., pero no están en la misma situación los registrados en archivos o bancos de datos, ya que los mismos pueden contener información equivocada, falsa, obsoleta, etc., para ser usada con fines discriminatorios o simplemente porque constituyen una lesión al derecho de intimidad de las personas. En igual sentido y con esas palabras en relación con el origen de este instituto se pronuncia la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal en autos “Branchi de Sáenz, Delia Ángela v. Sanatorio Greyton SA s/amparo” (sent. 6/7/1995).

Aunque aparezcan legisladas en forma conjunta las garantías constitucionales de amparo, hábeas data y hábeas corpus, la historia del hábeas data en nuestro derecho constitucional es muy distinta de la del amparo y el hábeas corpus, mientras que estas surgen como resultado de la creación

23. Alberto R. Dalla Via y Marcela Basterra., *Hábeas data...*, op. cit.

24. Jorge Reinaldo A. Vanossi, “El Habeas Data: no puede ni debe contraponerse a la libertad de los medios de prensa”. *El Derecho*, 13-9-94, t. 159, p. 949.

pretoriana –como ya se afirmara en el apartado precedente–, y sin estar contempladas específicamente en la Constitución, el hábeas corpus deviene del constitucionalismo clásico y reconoce su fundamento en el art. 18 de la Carta Magna; al amparo lo ubicamos con posterioridad a la Primera Guerra Mundial, en México, contemporáneamente al nacimiento de los llamados derechos sociales y económicos; el hábeas data es una garantía que constituye una novedad en nuestro derecho interno y en el derecho en general; es plasmada en nuestra Carta Magna como una necesidad sociológica, puesto que estaba contemplada ya en diversos ordenamientos jurídicos de distintos países y en algunas Constituciones provinciales.

El art. 43 de nuestra ley fundamental hace mención de esta garantía como un subtipo del amparo, aunque no lo diga expresamente, regulándola en el tercer párrafo.

...Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística...

Algunos autores establecen que esto es atribuido a una decisión del constituyente, Dromi y Menem lo titulan “acción de ‘amparo’ especial”, Vanossi establece que se trata de una garantía que pertenece al “género” amparo, un amparo especializado que debe satisfacer las necesidades reparatorias que nuestro tiempo exige, y en general es considerado así por la amplia mayoría de la doctrina. Bianchi plantea, sin embargo, que no sería obligatorio considerar al hábeas data como una modalidad del amparo, que bien podría constituir una acción independiente como lo es el hábeas corpus, solo que en la Constitución está planteada claramente como una modalidad de la acción de amparo.

Con base en lo establecido en la Constitución Nacional también la jurisprudencia la ha acogido como una forma de amparo, tal lo dispuesto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en autos “Rossetti v Dun Bradstreet s/amparo” (sent.19/5/1995) “cuando a través del amparo, un particular ejerce la acción de hábeas data”.

Nosotros creemos que si bien está planteada como un subtipo de amparo, podríamos pensar si en realidad el motivo del ello no se debe a que se trató de una necesidad de regulación de una garantía, que no podía ser introducida de otra manera que en forma de especie de amparo en nuestra Constitución Nacional en la reforma de 1994, dado que no se encuentra contemplada en el art. 3° llamado “Núcleo de coincidencias básicas” de la ley 24.309 que declaró la necesidad de reforma; en dicho art. 3°, punto N, se establece “consagración expresa del hábeas corpus y el amparo”, mediante “la incorporación de un artículo nuevo en el Capítulo Segundo de la Primera Parte de la Constitución Nacional”; a simple vista parece ser que el instituto no está habilitado para el debate.

Pensamos que de no haberse regulado como una variable del amparo no había otra forma de introducción en nuestra Constitución, ya que si bien el hábeas data podría llegar a fundamentarse en los Tratados Internacionales introducidos en la reforma de nuestra Constitución de 1994, en el art. 75, inc. 22, tal el caso del art. 12 del Pacto de San José de Costa Rica, o en el art. 33 de derechos implícitos, no está establecido específicamente en ningún lugar con el nombre de “hábeas data”, ni con las características, ni especificación.

Finalmente, en el año 2000 se sanciona la Ley 25.326 que regula la citada garantía. La mencionada normativa legal “tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean estos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional [...] En ningún caso se podrán afectar la base de datos ni las fuentes de información periodísticas” (cf. art. 1).

3.1. Finalidad y objetivos

El HD tiene por finalidad impedir que en bancos o registros de datos se recopile información respecto de la persona titular del derecho que interpone la acción, cuando dicha información esté referida a aspectos de su personalidad que se encuentren directamente vinculados con su intimidad, no correspondiendo encontrarse a disposición del público o ser utilizados en

su perjuicio por órganos públicos o entes privados, sin derecho alguno que sustente dicho uso.

Sin duda la protección de las personas contra el uso abusivo de la informática, que violente derechos fundamentales como el de la intimidad, el honor, la imagen, etc., es uno de los fines fundamentales que tuvo en miras el legislador al establecer esta garantía.

Tomando los fines y objetivos de la letra de la norma constitucional la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal estableció en autos “Farrel, Desmond Agustín c/BCRA y otro s/amparo” (5/9/95) y ratificó en autos “Gaziglia, Carlos Raimundo y otro c/ BCRA y otro s/amparo” (4/10/95):

“El hábeas data tiene cinco objetivos principales:

Que una persona pueda acceder a la información que sobre ella conste en un registro o banco de datos;

Que se actualicen datos atrasados;

Que se rectifiquen datos inexactos;

Que se asegure la confidencialidad de cierta información legalmente obtenida para evitar su conocimiento por terceros;

Supresión del registro de la llamada ‘información sensible’ (vida humana, ideas políticas, religiosas o gremiales)”.

3.2. Datos sensibles

El artículo 2 de la ley 25.326 define a los datos sensibles como aquellos que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual.

Por su parte el artículo 7 de la citada ley establece que:

1. Ninguna persona puede ser obligada a proporcionar datos sensibles.
2. Los datos sensibles solo pueden ser recolectados y objeto de tratamiento cuando medien razones de interés general autorizadas por ley. También podrán ser tratados con finalidades estadísticas o científicas cuando no puedan ser identificados sus titulares.
3. Queda prohibida la formación de archivos, bancos o registros que

almacenen información que directa o indirectamente revele datos sensibles. Sin perjuicio de ello, la Iglesia Católica, las asociaciones religiosas y las organizaciones políticas y sindicales podrán llevar un registro de sus miembros.

4. Los datos relativos a antecedentes penales o contravencionales solo pueden ser objeto de tratamiento por parte de las autoridades públicas competentes, en el marco de las leyes y reglamentaciones respectivas.

Finalmente, el Convenio 108 sancionado por el Consejo de Europa en 1981 explica que los datos sensibles son: el origen social de la persona, sus opiniones políticas, militancia y participación gremial, si tiene o no convicciones religiosas, datos referidos a la salud y a la vida sexual, las condenas judiciales o penales de que hubiera sido pasible.

3.3. Legitimación activa

“La acción de protección de los datos personales o de hábeas data podrá ser ejercida por el afectado, sus tutores o curadores y los sucesores de las personas físicas, sean en línea directa o colateral hasta el segundo grado, por sí o por intermedio de apoderado.

Cuando la acción sea ejercida por personas de existencia ideal, deberá ser interpuesta por sus representantes legales, o apoderados que estas designen al efecto.

En el proceso podrá intervenir en forma coadyuvante el Defensor del Pueblo” (cf. art. 34, ley 25.326).

3.4. Legitimación pasiva

“La acción procederá respecto de los responsables y usuarios de bancos de datos públicos, y de los privados destinados a proveer informes” (cf. art. 35, ley 25.326).

Siguiendo a Falcón, que hace una clasificación enunciativa de *tipos de registros de datos*, podemos clasificarlos en:

1. Personales
2. Comerciales

3. Impositivos o patrimoniales
4. De propiedad
5. Políticos
6. De salud
7. Públicos, privados y secretos

3.5. Procedimiento

Etaa prejudicial: envío de notificación suficiente al titular del registro o banco de datos.

La vía judicial:

1. La acción de protección de los datos personales o de hábeas data procederá:

- a) para tomar conocimiento de los datos personales almacenados en archivos, registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proporcionar informes, y de la finalidad de aquéllos;
- b) en los casos en que se presuma la falsedad, inexactitud, desactualización de la información de que se trata, o el tratamiento de datos cuyo registro se encuentra prohibido en la ley 25.326, para exigir su rectificación, supresión, confidencialidad o actualización (cf. art. 33, ley 25.326).

La acción de hábeas data tramitará según las disposiciones de la ley 25.326 y por el procedimiento que corresponde a la acción de amparo común y supletoriamente por las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en lo atinente al juicio sumarísimo (cf. art. 37, ley cit.).

3.6. Competencia

“Será competente para entender en esta acción el juez del domicilio del actor; el del domicilio del demandado; el del lugar en el que el hecho o acto se exteriorice o pudiera tener efecto, a elección del actor.

Procederá la competencia federal:

- a) cuando se interponga en contra de archivos de datos públicos de organismos nacionales, y
- b) cuando los archivos de datos se encuentren interconectados en redes interjurisdiccionales, nacionales o internacionales” (cf. art. 36, ley 25.326).

3.7. Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN)

Uno de los fallos emblemáticos de Hábeas Data es “Urteaga, Facundo Raúl c/Estado Nacional - Estado Mayor conjunto de las FFAA s/ amparo ley 16986”, del 15/10/98.

Allí la Corte expresó:

“9º) Que, como principio, corresponde recordar la doctrina de esta Corte según la cual la falta de reglamentación legislativa no obsta a la vigencia de ciertos derechos que, por su índole, pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna (Fallos: 315:1492). Esta conclusión armoniza con la antigua doctrina del Tribunal conforme con la cual “las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución, e independientemente de las leyes reglamentarias” (Fallos: 239:459).

10) Que, asimismo, en particular referencia a la acción de hábeas data, la lectura de la norma constitucional transcripta permite derivar con nitidez los perfiles centrales que habilitan el ejercicio del derecho allí reconocido, motivo por el cual, la ausencia de normas regulatorias de los aspectos instrumentales no es óbice para su ejercicio, pues en situaciones como la reseñada, incumbe a los órganos jurisdiccionales determinar provisoriamente –hasta tanto el Congreso Nacional proceda a su reglamentación–, las características con que tal derecho habrá de desarrollarse en los casos concretos (doctrina de Fallos: 315:1492, considerando 22).

[...]

15) Que en las condiciones expuestas corresponde reconocer al apelante el derecho a la información objetiva requerida, para lo cual deberá disponerse el libramiento de los oficios necesarios a fin de que los organismos requeridos den cuenta de si en sus registros obra constancia del fallecimiento de Benito Jorge Urteaga y, en su caso, la localización de sus restos.

Cámara Nacional Electoral (CNE)

Fallo N°3410/2005 (Causa: “Sánchez Morteo, Susana T. - Coopoderada del Partido Nacionalista Constitucional Cap. Fed. s/queja”)

5º) Que, por ello, se advirtió que el creciente almacenamiento y recopilación de datos de carácter personal en el mundo moderno, facilitado por el avance de la informática, tornaba razonable consagrar una acción especial que permitiera a las personas controlar la información que de ellas consta en los registros, archivos o bancos de datos, pues –frente a tales circunstancias– resulta insuficiente concebir el derecho a la intimidad como la facultad destinada a excluir a los terceros de la zona de reserva, sin contar al propio tiempo con la posibilidad de controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada sujeto (cf. Fallos 322:2139, voto del juez Boggiano, considerando 12º).-

6º) Que, en busca de tal objetivo, la ley 25.326 prohíbe la formación de archivos, bancos o registros que almacenen información que directa o indirectamente revelen “datos sensibles” (cf. artículo 7, inc. 3º), entendidos estos como los que expliciten “origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual” (artículo 2), los que “solo pueden ser recolectados y [constituir] objeto de tratamiento cuando medien razones de interés general autorizadas por la ley [...] [o] finalidades estadísticas o científicas cuando no puedan ser identificados sus titulares” (artículo 7, inc. 2º).-

7º) Que, sentado ello, y contrariamente a lo aseverado por el a quo (cfr. fs. 3) no resulta congruente considerar que la afiliación política pueda ser incluida en tal categoría (cf. Bidart Campos, Germán J., “¿Ser afiliado a un partido político configura un dato sensible?”, *La Ley*, 24 de octubre de 2002, página 1). Ello es así, pues no es ocioso recordar aquí que “afiliarse” implica un acto voluntario (cf. artículo 23 de la ley 23.298) y complejo que

se perfecciona con la admisión por parte de la agrupación político partidaria (cf. artículo 25). Emanan pues de la voluntad concurrente de varias partes –el ciudadano y el partido– en el cual los sujetos intervinientes han de perseguir un contenido y fin únicos.-

En este sentido no resulta atendible que so pretexto de un hipotético acto discriminatorio, se pueda vedar al público el conocimiento de los padrones partidarios, ya que se perdería una herramienta valiosa y necesaria para transparentar el funcionamiento interno de las fuerzas políticas y fortalecer –con ello– el sistema representativo de gobierno, en tanto de los partidos políticos depende en gran medida lo que ha de ser, en los hechos, la democracia de un país (cf. Fallos 310:819 y Fallo C.N.E. 3010/02).-

En efecto, la manifestación de voluntad primaria, expresada mediante la suscripción de la documentación correspondiente y por la cual el ciudadano solicita formar parte de un partido, aparece así como un elemento esencial del acto jurídico-político de la afiliación –pero no el único–, en tanto este no podría tener tal carácter sin un hecho exterior por el cual aquélla se manifieste –cf. artículo 913 del Código Civil– (cf. Fallos CNE 3374/04).-

8º) Que, entonces, el hecho de que la ley 25.326 preserve las “opiniones políticas” (cf. artículo 2) dentro del ámbito de los denominados “datos sensibles” (cf. artículo citado), no supone que esa protección deba extenderse a los registros de afiliación político-partidaria, pues –como se ha visto– esta es consecuencia de la “expresión libre [y pública] de la voluntad” del ciudadano (cf. Fallo C.N.E. 3374/04). La opinión puede ser reservada, no así la afiliación, pues esta debe ser necesariamente solicitada al partido, el cual –a su vez– la comunica a la Justicia Electoral.-

En efecto, la referida norma solo tiene por finalidad garantizar la privacidad del pensamiento político del individuo impidiendo que este se registre en bases de datos de cualquier índole, sin que sea posible asignarle otra inteligencia. La afiliación partidaria, en cambio, implica el ejercicio del “derecho político a tomar parte activa en la vida de las agrupaciones [que] está resguardado por la Constitución en su artículo 37” (Curtino, Clara Julia, “El derecho a la privacidad de las personas...”, La Ley, 22 de octubre de 2002, páginas 1 y 2). Se trata de participar en el seno de personas jurídicas de derecho público no estatal, lo que conlleva ínsita su inclusión en registros partidarios, cuyo carácter público está dado –además– por el artículo 27 de la ley 23.298 (cf. Fallo citado).-

9º) Que, en ese marco conceptual, no puede pasarse por alto que este es el criterio que se desprende, por otra parte, de los términos de la propia ley 25.326. En efecto, no caben dudas acerca de que el legislador tuvo especialmente en consideración esta cuestión pues, aun cuando pudiese tratarse de “información que directa o indirectamente revel[ase] ‘datos sensibles’”, incluyó a las agrupaciones políticas entre las instituciones autorizadas a llevar un registro de sus miembros (cf. artículo 7, inc. 3º, *in fine*).-

Fallo N°5464/2015 (Causa: “Mesa Nacional por la Igualdad y otros s/ Habeas Data”).

8º) Que, en este sentido, no es posible soslayar que de acuerdo a lo establecido en la ley 26.743 los datos a los que las recurrentes pretenden acceder son –tal como se desprende de sus propios dichos– “confidenciales” (cf. fs. 44 vta.).-

En efecto, en su artículo 6º, la mencionada ley expresa que “[s]e prohíbe cualquier referencia a la presente ley en la partida de nacimiento rectificada y en el documento nacional de identidad expedido en virtud de la misma”, y el artículo 9º dispone que “[s]ólo tendrán acceso al acta de nacimiento originaria quienes cuentan con autorización del/la titular de la misma o con orden judicial por escrito y fundada. No se dará publicidad a la rectificación registral de sexo y cambio de nombre de pila en ningún caso, salvo autorización del/la titular de los datos. Se omitirá la publicación en los diarios a que se refiere el artículo 17 de la ley 18.248”.-

Asimismo, el decreto 1007/12 establece que “en la nueva partida no se podrá hacer mención alguna a la Ley N°26.743 [...] ni referencia alguna a normas de carácter local que permitan inferir el cambio de género efectuado” (cf. art. 4º); y que “[l]a estricta confidencialidad de las partidas prevista en el artículo 9[º] de la ley [...] es extensible a los legajos de identificación del Registro Nacional de las Personas” (cf. art. 10).-

En efecto, tal como se señaló en los debates legislativos de la ley “[h]ay confidencialidad; y es obligatorio mantenerla. Eso hace a este derecho” (Cámara de Senadores de la Nación, 5º Reunión, 3º Sesión ordinaria, 9 de mayo de 2012, intervención de la senadora Escudero).-

9º) Que, en este sentido, las recurrentes expresamente reconocen que “[e]l artículo 9[º] de

la [L]ey 26.743 impone la obligación de confidencialidad respecto de los cambios operados en la documentación personal de las personas trans, la que no se dará a publicidad en ningún caso, salvo autorización del/la titular de los mismos” (cf. fs. 38 vta.).-

Sin embargo, de las constancias obrantes en la causa no surge que – pese a advertir su necesidad– las apelantes hubieran acompañado las autorizaciones de los titulares de los datos a los que pretenden acceder.-

Por tal motivo, su pretensión no puede prosperar, pues no se puede ir en detrimento de los derechos que las disposiciones legales aplicables procuran resguardar. Conceder la misma, no sería otra cosa que vulnerar la propia protección que las recurrentes solicitan, y en sus propias palabras “se est[aría] violentando la ley” (cf. fs. cit.).-

Causa: “Asociación por los Derechos Civiles y otro contra Cámara Nacional Electoral s/Amparo - Ley de Habeas Data 25.326” (Expte. N° CNE 1003246/2013/CA1), sentencia del 14 de mayo de 2015

6º) Que, [...] no resulta congruente –en principio– considerar que la fotografía de los electores en el padrón pueda ser incluida en tal categoría.-

En efecto, no caben dudas acerca de que el legislador tuvo especialmente en consideración esta cuestión pues, aun cuando pudiese tratarse de “información que directa o indirectamente revel[ase] ‘datos sensibles’” (cf. art. 7º, inciso 3º ley 25.326), incluyó en el Código Electoral Nacional el artículo 15 que señala –con respecto al registro informatizado– que “[L]a autoridad de aplicación determina en qué forma se incorporan las huellas dactilares, *fotografía* y firma de los electores. El soporte documental impreso deberá contener además de los datos establecidos para el registro informatizado, las huellas dactilares y la firma original del elector, y la *fotografía*” (destacado agregado).-

Asimismo, el artículo 17 del mismo cuerpo legal establece –en lo que aquí interesa– que “[e]l Registro Nacional de Electores será organizado por la Cámara Nacional Electoral, quien será la autoridad competente para disponer la organización, confección y actualización de los datos que lo componen. [...] *El Registro Nacional de las Personas deberá remitir al Registro Nacional de Electores, en forma electrónica los datos que correspondan a los electores y futuros electores.* Sin perjuicio de ello, debe remitir periódicamente las constancias documentales que acrediten cada asiento

informático, las que quedarán en custodia en forma única y centralizada, en la Cámara Nacional Electoral. [...] La Cámara Nacional Electoral podrá reglamentar las modalidades bajo las cuales el Registro Nacional de las Personas deberá remitir la información, así como también los mecanismos adecuados para su actualización y fiscalización permanente, conforme lo previsto en la presente ley, y de acuerdo a la posibilidad de contar con nuevas tecnologías que puedan mejorar el sistema de registro de electores” (destacado agregado).-

En tal sentido, debe advertirse que mediante las leyes 25.671, 26.744 y 26.774, se introdujeron diversas modificaciones al citado Código que tienen directa incidencia en la conformación del material y documentación electoral que la justicia nacional electoral debe remitir a cada mesa receptora de votos (cf. Acordada CNE N°18/13, del 12 de marzo de 2013).-

[...]

8º) Que, como puede apreciarse, resulta inevitable que con el avance de los servicios de informatización –que se han ido incrementado con mayor frecuencia en los últimos tiempos– se incluya información personal de los ciudadanos en las diversas bases de datos públicas y privadas.-

Con igual criterio se ha dicho que “[p]recisamente, el desarrollo vertiginoso en los nuevos intercambios de información ha propiciado desafíos de una intensidad y magnitud insospechada para el Estado, que ha tenido que adecuarse a estos con el fin de continuar con el desarrollo de su función pública. De modo que para el Estado moderno, la era tecnológica también se ha convertido en un aliado en cuanto a su organización, pues la información que le brinda al ciudadano y la que recibe de este, puede ser utilizada y valorada mediante el almacenamiento y clasificación de datos, ofreciendo innumerables ventajas en el proceso de tratamiento de la información”. (cf. Revista Derecho Electoral, Tribunal Supremo de Elecciones N°8, Primer Semestre 2009 ISSN: 1659-2069. Posibilidad de brindar información contenida en la cédula de identidad a otras instituciones del Estado, concretamente, la fotografía, por Juan Luis Rivera Sánchez).-

[...]

11) Que de lo antes expuesto, puede concluirse que si bien existe un derecho a la imagen que debe ser considerado y tutelado, este –como todo derecho– no es absoluto, sino relativo, pues puede reglamentarse a efectos de no vulnerar el ejercicio de otro u otros derechos.-

En el *sub examine* no se advierte la existencia de una concreta afectación de los derechos fundamentales de las personas, toda vez que los fines que se persiguen apuntan a verificar la identidad del ciudadano, garantizando de esta manera el pleno ejercicio de su derecho político, la seguridad que brinda el derecho de información y la transparencia que debe reinar en todo proceso electoral.-

De ahí que –sin perjuicio de los regímenes especiales que prevén la ley 25.520 y 25.764– resulte necesario dar a conocer a la ciudadanía los datos que figuran en el padrón electoral.-

IV. Consideraciones finales

Todo lo que hasta aquí va expuesto es bien demostrativo de la dificultad existente para elaborar un concepto unívoco y dogmático de garantismo, sin considerar las diferentes aristas o vertientes que lo nutren desde los más variados ámbitos. Pero un punto de vista que no puede desatenderse es el correspondiente a la valoración del sistema democrático como garantía del juego político y como el ámbito más favorable para el desarrollo de los derechos humanos.

Cabe señalar que más allá de los distintos “ismos” que dan cuenta de un “movimiento garantista” en materia penal o materia fiscal, para nosotros el término no se vincula con algún movimiento esporádico sino con el universo de la tutela constitucional de los derechos como conjunto y sistema que mas bien proviene de una constante y paulatina evolución, con sus marchas y contramarchas, y los aportes de distintas vertientes.

Desde esta cosmovisión genérica, el garantismo como tal encuentra fundamento en el contractualismo, que ha delegado desde la Sociedad hacia el Estado, a través del pacto o contrato originario, el uso de la fuerza para garantizar el pleno ejercicio de los derechos. Los instrumentos para tal fin son la ley y el orden que es necesario asegurar desde la plena reconstrucción de un contrato social que hoy se encuentra en crisis. Pero como este camino o alegato a invocar una legitimidad superior a la ley puede llevar a planteos autoritarios, nos prevenimos de ello sosteniendo con Dahrendorf²⁵ la necesidad de construcción de instituciones.

25. Ralf Dahrendorf, *Ley y Orden*, Traducción de Luis María Díez-Picazo, Madrid, Civi-

El Estado de Derecho (*rule of law*) no puede probablemente funcionar –y ciertamente no puede funcionar bien– sin un sentido de las instituciones de la sociedad. Más aún, sin hacerse el mismo institucional en el más pleno sentido de la palabra. El Derecho protege y el Derecho capacita; las instituciones dan significado, sustancia y permanencia a sus poderes. Con independencia de la construcción de instituciones, el derecho necesita ser desarrollado, a fin de hacer que su imperio sea fructífero para la libertad.

V. Bibliografía

- Bidart Campos, G.: *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*, Buenos Aires, EDIAR, 1995.
- *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I-A Nueva Edición Ampliada y actualizada, Buenos Aires, EDIAR, 1999-2000.
- Dahrendorf, Ralf: *Ley y Orden*, Traducción de Luis María Díez-Picazo, Madrid, Editorial Civitas, 1998.
- Dalla Via, Alberto y Basterra, Marcela: *Habeas Data y otras garantías constitucionales*, Nemesiis, 1999.
- Dalla Via, Alberto: *Manual de Derecho Constitucional*, Abeledo Perrot, 2011.
- Espinosa Saldaña B., Eloy: “¿Cuándo estamos frente a un derecho fundamental y cuando frente a una garantía institucional?”, *Revista Jurídica del Perú*, año XLVIII, N°16, julio-sept. 1998.
- “Derechos fundamentales, instituciones constitucionalmente garantizadas, participación en la vida política nacional y referéndum”, *Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, Año XV, N°163, noviembre 1999.
- Ferrajoli, Luigi: *Derecho y Razón. Una teoría del garantismo penal*, varios traductores, Madrid, Trotta, 1995.
- Gil Domínguez, Andrés: “Garantías institucionales: la consagración jurisprudencial de una nueva categoría normativa”, Suplemento de jurisprudencia de Derecho Administrativo, *La Ley*, 18/VI/99.
- González, Joaquín V.: *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Editorial Estrada, 1951.

tas, 1998.

- González Calderón, Juan A.: *Derecho Constitucional Argentino*, Tomo 2. J. Lajouane Editores, 1917.
- Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Barcelona, Edit. Labor, 1934.
- Linares Quintana, Segundo V.: *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Tomo VI, Plus Ultra.
- Loewenn, Kart: *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1970.
- Peces Barba, Gregorio: *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Buenos Aires, Eudeba Universidad, 1988.
- Quiroga Lavié, Humberto: en Rosatti y otros autores, “La Reforma de la Constitución”, Rubinzal-Culzoni Editores, 1994.
- Sagüés, Néstor P.: *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo II, Astrea, 1993.
- Sánchez Viamonte, Carlos: *El hábeas corpus. Garantía de la libertad*, 2ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1956.
- Vanossi, Jorge Reinaldo A.: *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, Buenos Aires, Eudeba, 1994.
- “El Habeas Data: no puede ni debe contraponerse a la libertad de los medios de prensa”, *El Derecho*, 13-9-1994.
- Zarini, Helio Juan: *Constitución Argentina. Comentada y concordada*, Astrea, 1996.

Luces y sombras sobre el régimen electoral de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

*José Osvaldo Casás**

Resumen

El trabajo se ocupa del *status* jurídico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires según la Reforma Constitucional de 1994; de la competencia originaria del Tribunal Superior de Justicia en materia electoral y de partidos políticos; de los casos en que el Tribunal Superior de Justicia admitió su competencia en tal materia y de aquellos otros en que la descartó. Refiere algunos pronunciamientos emblemáticos del Tribunal: como la inaplicabilidad del piso del 3% del padrón electoral para elección de legisladores; la autorización de la emisión del sufragio por los electores que se encontraran detenidos preventivamente y sin condena firme; igual autorización, resuelta por mayoría, para los condenados con sentencia firme. Se ocupa de logros organizativos alcanzados por el Tribunal Superior de Justicia, principalmente, incorporando un nuevo actor en el proceso electoral, los “delegados judiciales”. Se cierra el trabajo con algunas breves conclusiones: sobre la necesidad de contemplar expresamente en un Código Electoral local a los delegados judiciales; el mantener residenciado en el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad la competencia electoral, desdoblándola entre el Presidente y el Pleno; la recepción a texto expreso en el Código Electoral local de la utilización de la técnica de la impresión electrónica de las boletas; la

* Juez del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires desde la instalación de dicho Estrado, en diciembre de 1998. Doctor por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires con tesis calificada con diez sobresaliente y galardonada con los Premios *Facultad*, que distingue a la mejor investigación de tal naturaleza defendida en el año que reúne un mérito excepcional, y *Profesor Manuel Augusto Montes de Oca*, que se discierne a la mejor tesis de Derecho Constitucional. Profesor Emérito de las Universidades de Buenos Aires y del Salvador; jcasas@derecho.uba.ar.

previsión en igual ordenamiento de que actuarán como autoridades de comicio los docentes de la enseñanza estatal y del sector de gestión privada con subsidio estatal; la realización –dentro de tal orden de ideas– dentro de las jornadas de capacitación docente, de cursos formativos sobre la actuación de las autoridades electorales; y la modificación del régimen de la Ley N°15.262 de Elecciones Simultáneas, contemplando que la integración de la Junta Electoral en la Ciudad de Buenos Aires esté compuesta, además del Juez Federal con competencia electoral y del Presidente de la Cámara Federal, por el Presidente de su Superior Tribunal de Justicia.

Palabras clave: Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, federalismo en materia electoral, competencia electoral en la Ciudad de Buenos Aires, voto de los procesados detenidos no condenados, voto de los condenados con sentencia firme, figura de los “delegados judiciales” en materia electoral, impresión electrónica de las boletas de sufragio, autoridades de comicio, los docentes como autoridades de comicio, la capacitación de las autoridades electorales, el régimen de elecciones simultáneas de autoridades federales y locales, composición de la Junta Electoral.

Aspects of the electoral law in Buenos Aires

Abstract

This paper analyzes the legal status of the City of Buenos Aires according to the 1994 Constitutional Reform; the original competence of the Superior Justice Tribunal in electoral matters; and the cases this tribunal admitted and the ones it discarded. It also mentions some emblematic procedures, such as the inapplicability of the 3% minimum of the voter registry for the election of legislators; the vote of the constituents under arrest awaiting trial and those indicted. This paper studies the organizational achievements of the Superior Justice Tribunal, specially incorporating the judicial representatives. Finally, the conclusions concern the need to consider the judicial representatives in an electoral code; the break-down of the electoral competence; the need for teachers to act as authorities; amid other considerations.

Keywords: Autonomy of the City of Buenos Aires, electoral federalism, electoral competence, detainee vote, indicted vote, judicial representatives, electronic ballot printing, election authorities, teachers as election authorities, training of electoral authorities, Electoral Board.

1. La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y algunos aspectos introductorios sobre las particularidades que ofrecen los diversos mecanismos electorales en los sistemas políticos representativos y republicanos

En consonancia con los enunciados de la Constitución Nacional, que en su Primera Parte, Capítulo Primero: “Declaraciones, Derechos y Garantías”, proclama: “Art. 1º: La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución”, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su Capítulo I: “Principios”, consagra también las fórmulas precedentes en su introducción, pero en estos términos: “Art. 1º: La Ciudad de Buenos Aires, conforme al principio federal establecido en la Constitución Nacional, organiza sus instituciones autónomas como democracia participativa y adopta para su gobierno la forma republicana y representativa (...) La Ciudad ejerce todo el poder no conferido por la Constitución Nacional al Gobierno Federal”.

El enunciado de la Constitución local también traduce, con matizaciones superadoras, la literalidad del texto de la Carta Magna Federal, la cual en su Título Segundo: “Gobiernos de Provincia”, establece: “Art. 121: Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”;¹ agregando a continuación: “Art. 122: Se dan sus propias

1. A este respecto es menester confrontar el art. 121 de la Constitución Nacional con el art. 1º de la Carta Magna de los porteños. En este sentido, la formulación contenida en el art. 1º de la Ley Fundamental de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires recoge el pensamiento de Juan Manuel Estrada cuando marcó las diferencias entre la organización histórica de los Estados Unidos de América y de la Nación Argentina. Para este autor: “En 1810 la nación siguió unánime el impulso emancipador dado por Buenos Aires”. Más adelante agregó: “La República Argentina no es una nación compuesta por Estados; es un Estado dividido en provincias”. El art. 104 (texto histórico, hoy art. 121 de la CN) mantiene su

instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno federal”. Es que la Ciudad de Buenos Aires, sin ser en sentido estricto una provincia –pero sí un *Estado* miembro de la *Federación*, con reconocimiento expreso en la Constitución primigenia de 1853 como Capital de la República, a diferencia de los territorios nacionales que recién fueron provincializados más de un siglo después, y con representación en la instancia federal del Poder Legislativo, esto es, en el *Senado de la Nación*–, tiene consagrado expresamente un *status* semejante al de aquellas, cuando en el primer párrafo del Art. 129 de la Ley Fundamental, se dispone: “La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad...”.

Volviendo a la Constitución de los porteños, en el Libro Segundo: “Gobierno de la Ciudad”, Título Segundo: “Derechos Políticos y Participación Ciudadana”, ha venido a establecer, en lo que aquí centralmente interesa: “Art. 61: La ciudadanía tiene derecho a asociarse en partidos políticos, que son canales de expresión de voluntad popular e instrumentos de participación, formulación de la política e integración de gobierno. Se garantiza su libre creación y su organización democrática, la representación interna de las minorías, su competencia para postular candidatos, el acceso a la información

enunciado en los siguientes términos: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal”, al que se le agregó con motivo de la incorporación de la Provincia de Buenos Aires y la Reforma de 1860, y como consecuencia de las prerrogativas asignadas sobre ciertas instituciones de dicha jurisdicción provincial: “y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”. Estrada se pregunta seguidamente, sobre la base del texto histórico, quién hace la delegación de atribuciones a que se alude: “¿Dice acaso la Constitución, que las provincias conservan el poder que no hayan delegado? No; dice que conservan el poder que no haya sido delegado por la Constitución, y la Constitución emana de la soberanía de la nación”. Así, entonces, se conjuga esta idea con el enunciado contenido en el art. 1º de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuando en el último de sus enunciados remarca: “La Ciudad ejerce todo el poder no conferido por la Constitución Nacional al Gobierno Federal”. Las ideas del preclaro pensador pueden consultarse en: J. M. Estrada: *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Científica y Literaria Argentina, segunda edición, 1927, Capítulo VI: “El gobierno argentino es federal...”, p. 167 y ss., en particular pp. 174, 177 y 178.

y la difusión de sus ideas. La Ciudad contribuye a su sostenimiento mediante un fondo partidario permanente. Los partidos políticos destinan parte de los fondos públicos que reciben a actividades de capacitación e investigación. Deben dar a publicidad el origen y destino de sus fondos y su patrimonio. La ley establece los límites de gasto y duración de las campañas electorales. Durante el desarrollo de estas el gobierno se abstiene de realizar propaganda institucional que tienda a inducir el voto”; para prescribir seguidamente: “Art. 62: La Ciudad garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos inherentes a la ciudadanía, conforme a los principios republicano, democrático y representativo, según las leyes que reglamenten su ejercicio. El sufragio es libre, igual, secreto, universal, obligatorio y no acumulativo. Los extranjeros residentes gozan de este derecho, con las obligaciones correlativas, en igualdad de condiciones que los ciudadanos argentinos empadronados en este distrito, en los términos que establece la ley”.

Por otro lado, la definición como fórmula política de la “democracia participativa” tiene correlato con los mecanismos de “audiencia pública” (art. 63 CCABA); “iniciativa popular” (art. 64 CCABA); “consulta mediante referéndum obligatorio y vinculante” (art. 65 CCABA); “consulta popular no vinculante” (art. 66 CCABA), y “revocación de mandato mediante iniciativa popular” (art. 67 CCABA). A su vez, metodológicamente antes de las regulaciones de que se ha hecho mérito, en el Libro Primero: “Derechos, garantías y políticas especiales”, Capítulo decimoséptimo: “Economía, Finanzas y Presupuesto”, se vino a consignar: “Art. 52: Se establece el carácter participativo del presupuesto. La ley debe fijar los procedimientos de consulta sobre las prioridades de asignación de recursos”.

En el Libro Segundo: “Gobierno de la Ciudad”, Título Tercero: “Poder Legislativo”, Capítulo Primero: “Organización y funcionamiento”, también se ha establecido: “Art. 69: Los diputados se eligen por el voto directo no acumulativo conforme al sistema proporcional. Una ley sancionada con mayoría de los dos tercios de los miembros de la Legislatura debe establecer el régimen electoral...”. Por su parte, también en el Título Tercero, Capítulo Segundo: “Atribuciones”, se establece que la Legislatura de la Ciudad, conforme el Art. 82, “Con la mayoría de los dos tercios del total de sus miembros (...) 2. Sanciona el Código Electoral y la Ley de los partidos políticos...”.

Más adelante, también en el Libro Segundo, Título Cuarto: “Poder Ejecutivo”, Capítulo Primero: “Titularidad”, se dispone: “Art. 96: El Jefe de Gobierno y un Vicejefe o Vicejefa son elegidos en forma directa y conjunta, por

fórmula completa y mayoría absoluta. A tal efecto se toma a la Ciudad como distrito único. Si en la primera elección ninguna fórmula obtuviera mayoría absoluta de los votos emitidos, con exclusión de los votos en blanco y nulos, se convoca al comicio definitivo, del que participarán las dos fórmulas más votadas, que se realiza dentro de los treinta días de efectuada la primera votación”.

Los lineamientos precedentes se convierten en las coordenadas generales del antedicho régimen de “democracia participativa” diseñado por la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que articula el modo en que los vecinos ejercitan sus derechos electorales a través de las fuerzas políticas junto con otros mecanismos que los aproximan a la toma de decisiones, tales como los que se aluden en los arts. 52 y 63 a 67 de la Carta Magna porteña.

Así, entonces, dentro del marco de amplia autonomía de los Estados locales que caracteriza a nuestro federalismo, serán las leyes de las distintas jurisdicciones –provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires– las que diseñarán los diversos sistemas electorales, ya sea mediante la “Ley de Lemas”, las “Listas Cerradas y Bloqueadas” y los distintos *Métodos de Asignación de Cargos*, todo ello sobre la base de la votación mediante boletas de papel, boleta única, sistema de impresión electrónica de boletas o, lisa y llanamente, a través del voto electrónico (esto es, con urna electrónica que practique automáticamente el escrutinio con la emisión de cada sufragio y sin soporte papel).

De todos modos, lo cierto es que respecto de la elección de *diputados porteños*, las definiciones que brinda la Constitución local respecto del voto directo no acumulativo y conforme al “sistema proporcional” restringen la posibilidad de la elección de candidatos mediante el “Sistema de mayorías y minorías”, o a través de “Circunscripciones Uninominales” como fórmula superadora de la “Lista Sábana”, ya que tales procedimientos pueden limitar o desbalancear en la conformación del Poder Legislativo el porcentaje de integrantes de cada uno de los bloques si se los confronta con el modo en que se ha expresado el cuerpo electoral a través del resultado del comicio en cifras totalizadas.

Cabe añadir que, más allá del apuntado marco constitucional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, resulta decisivo en este caso lo que disponga en concreto al respecto el Código Electoral, ya sea el receptado en esta jurisdicción por estar vigente en el orden nacional al momento de entrar

en vigencia la Constitución porteña –art. 5º de la Ley N°24.588, también conocida como “Ley Cafiero”– o el que decida sancionar la Legislatura con las mayorías requeridas para su aprobación –dos tercios de sus miembros.

2. La competencia originaria del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en materia electoral y de partidos políticos

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en su Libro Segundo: “Gobierno de la Ciudad”, Título Quinto: “Poder Judicial”, Capítulo Segundo: “Tribunal Superior de Justicia”, enmarca el ámbito de actuación de la máxima instancia judicial local. Así, se dispone: “Art. 113: Es competencia del Tribunal Superior de Justicia conocer (...) 6. Originariamente en materia electoral y de partidos políticos. Una ley podrá crear un tribunal electoral, en cuyo caso el Tribunal Superior actuará por vía de apelación”.

Cabe agregar a este respecto que, desde su instalación en el mes de diciembre de 1998, el Tribunal Superior de Justicia ha venido ejercitando la apuntada competencia por cuanto la Legislatura no ha entendido del caso designar un tribunal electoral para que ejercite la jurisdicción primaria en materia electoral y de partidos políticos.

2.1. Casos en los cuales el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad admitió su competencia electoral, fuera de los procesos comiciales de elección de Jefe y Vicejefe de Gobierno, legisladores/as y/o integrantes de las Juntas Comunales

Han sido diversas las ocasiones en que se han formulado requerimientos o controversias en las que se llamó a intervenir al Tribunal Superior de Justicia en procesos electorales fuera de aquellos que constituyen el núcleo central de su actuación en tal competencia.

2.1.2. Consulta popular convocada por el entonces Señor Jefe de Gobierno, doctor Fernando de la Rúa, mediante Decreto N°474/99 por la cual se requirió, finalmente, que el cuerpo electoral de la Ciudad se expresara sobre la corrección de que el también entonces Presidente de la Nación en ejercicio, doctor Carlos Saúl Menem, pudiera ser candidato al mismo cargo por un tercer período consecutivo

Por Decreto N°474/99, de fecha 18 de marzo de dicho año, el entonces Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires convocó a una consulta popular. En la misma fecha, la Legislatura sancionó las Leyes Nos 163 y 164, por las que se modificaba la Ley N°89 de Referéndum y Consulta Popular en el sentido de contemplar la posibilidad de reducir el plazo mínimo de las convocatorias, incorporando al mismo tiempo en el art. 15 de tal plexo, la temática contenida en el Decreto N°474/99 de marras.

El Tribunal Superior de Justicia, por Acordada Electoral N°1/99,² del 21 de marzo de tal año, y habida cuenta de que se le asignaba a este Estrado adoptar “todas” las medidas necesarias para llevar acabo tal consulta, dispuso que: “...las funciones y competencias que el Código Electoral Nacional –aplicable al caso por la Ley N°164– prevé para la justicia electoral –integrada por la Junta y por los jueces electorales–, se encuentran reunidas en este Tribunal Superior de Justicia, con excepción de aquellas medidas exclusivamente instrumentales que quedan asignadas a la Secretaría de Gobierno debido a la naturaleza particular de esta consulta”.

A pesar de haber asumido, como queda dicho, las competencias electorales, al momento de tener que pronunciarse sobre la aprobación de las boletas de sufragio a utilizarse en la consulta, escrutando su redacción y, particularmente teniendo en cuenta que la fórmula propuesta consignaba: “El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires tiene la obligación de defender la Constitución Nacional. ¿Es correcto que el doctor Carlos Saúl Menem sea candidato a la presidencia de la Nación por un tercer período, en contra de la Constitución Nacional?”, se expidió mediante Acordada Electoral N° 3/99,³ del 23 de marzo de dicho año, resolviendo por unanimidad de los jueces que en ese momento estaban en funciones: “No aprobar las boletas de votación remitidas, anular el dec. 474-GCBA-99 y dar por terminada toda actividad referida al acto electoral del 28/3/1999”. Para así decidir, se tuvo en cuenta, en primer lugar, que la fórmula no satisfacía las exigencias contenidas en el art. 66 de la CCABA, que reclamaba que la consulta popular se refiriera a *decisiones* de las *respectivas competencias* del órgano consultante en tanto, más allá de

2. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, Tomo I, p. 973 y ss.

3. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], op. cit., Tomo I, p. 977 y ss.

que triunfara en el comicio el *sí* o el *no*, la consulta se agotaba en el resultado mismo y equivalía, entonces, a una forma de encuesta; en segundo término, que la consulta propuesta no estaba acotada al ámbito de las respectivas competencias del órgano local, introduciéndose al debate decisiones de poderes del Estado Federal; y por último, por resultar el impedimento implícito en la pregunta de la propia Constitución Nacional –texto reformado en 1994–, que vedaba la reelección por un tercer período consecutivo a quien ejerciera la Presidencia de la Nación. Así las cosas, el Tribunal entendió que el interrogante propuesto al cuerpo electoral porteño resultaba jurídicamente improponible. A mayor abundamiento también se formularon otras observaciones dirigidas a la redacción con que se había confeccionado la pregunta, por contar con un preámbulo o nota explicativa y como consecuencia de que el enunciado carecía de claridad y podía insinuar, directa o indirectamente, el sentido de la respuesta.

2.1.2. La conformación de la Auditoría General de la Ciudad que debe resultar de la proyección de la representación política por bancadas de la Legislatura

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires contempla en el Libro Segundo, Título Séptimo: “Órganos de Control”, Capítulo Cuarto: “Auditoría General”, la caracterización de la Auditoría General de la Ciudad como órgano de control externo del sector público en sus aspectos económicos, financieros, patrimoniales y de legalidad, y su dependencia funcional de la Legislatura (art. 135).

También el texto constitucional se ocupa de su integración y dispone al respecto: “Art. 136: La Auditoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se compone de siete miembros designados por mayoría absoluta de la Legislatura. Su Presidente o Presidenta es designado a propuesta de los legisladores del partido político o alianza opositora con mayor representación numérica en el Cuerpo. Los restantes miembros serán designados a propuesta de los legisladores de los partidos políticos o alianzas de la Legislatura, respetando su proporcionalidad”.

En atención al precepto antes transcrito la conformación de la Auditoría General de la Ciudad dio lugar a tres controversias que debieron ser dirimidas ante los Estrados del Tribunal Superior de Justicia.

En el primer precedente *in re*: “Partido Justicialista y Otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (Legislatura) s/ nulidad”,⁴ Expediente N°50/99, resolución del 14 de julio de 1999, al tratar la admisibilidad de la demanda interpuesta en punto a la competencia del Tribunal, este de manera unánime sostuvo: “La cuestión se circunscribe al problema que ofrece la representación de los partidos políticos en los órganos básicos de la Ciudad –en este caso, un órgano de control–, establecidos por la CCABA. El Tribunal aceptó su competencia originaria fundada en el inc. 6 del art. 113 CCABA (“originariamente en materia electoral y de partidos políticos”), según la había aceptado antes, en oportunidad de la consulta popular que motivó las Acordadas Electorales Nos 1, 2 y 3. No solo le incumbe, entonces, cualquier cuestión electoral, sino también aquellas que involucran a los partidos políticos y al régimen republicano de representación en los diversos órganos que, dicho de manera general, conforman el Gobierno de la Ciudad, según su propia Constitución. Se agrega a ello, sin embargo, el hecho de que la disputa que nos ocupa tiene un matiz peculiar. Se trata de un problema de carácter institucional local que, como tal, difícilmente pueda ser resuelto por otro órgano judicial de la Ciudad conforme a las reglas de competencia de la CCABA. La acción procura que se establezca si el acto de la Legislatura se adecua a lo prescripto por el art. 136 de la CCABA, que, a la par que define la integración de un órgano colegiado –la Auditoría General de la Ciudad–, resguarda la representación de los partidos políticos –a través de sus representaciones parlamentarias– en esos órganos colegiados, sobre todo la de aquéllos que representan minorías parlamentarias. Si bien la resolución N°52/99 de la Legislatura de la Ciudad no puede calificarse de norma de alcance general, al menos en el sentido clásico, tampoco se trata de un mero acto de alcance individual, ya que dispone acerca de la integración de un órgano público que integra el Gobierno de la Ciudad. Tal forma de gobierno, republicano y participativo (art. 1, CCABA), involucra, según ya lo dijimos, a los partidos políticos de la Ciudad (arts. 61 y 62, CCABA) y a sus respectivos ámbitos de actuación. No se trata, pues, de un derecho individual conculcado por un acto administrativo de alcance particular que únicamente afecte a una persona concreta o a varias de ellas, sino, antes bien, de la operatividad de una cláusula de la CCABA, que es aplicada directamente por la Legislatura

4. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], op. cit., Tomo I, pp. 155 y ss.

de la Ciudad. Se discute si un acto de la Legislatura se ha ajustado o no a los requisitos ordenados constitucionalmente, y así planteado el problema, la situación particular del funcionario designado o de aquéllos que aspiraban al cargo es secundaria. En síntesis, está en juego –en primer término– la validez constitucional de una resolución de la Legislatura, que aplica directamente una regla de la Constitución, determinante de la forma de integración de una institución de la Ciudad, en el marco de un nítido conflicto entre partidos políticos representativos de la Ciudad que defienden –con intereses y argumentos contrarios– la cuota de representación en un órgano constitucional de la Ciudad. Ambas circunstancias contribuyen a fundar la competencia del Tribunal Superior para decidir acerca de un punto regido por la Constitución (art. 106, CCABA), que afecta directamente la representación de los partidos políticos establecida por la misma Constitución (art. 113, inc. 6) y que se vincula con el control directo sobre la constitucionalidad (validez) de un acto de la Legislatura. Se trata, así, de la supremacía constitucional, que todo órgano estatal debe acatar, por una parte, y, por la otra, del diseño de un sistema de control de esa supremacía (control de constitucionalidad), colocado, por el mismo constituyente, en cabeza del Tribunal Superior de la Ciudad, al cual no pueden escapar los poderes públicos, menos aún cuando está en juego la representación de los partidos políticos en las instituciones básicas de la Ciudad...”.

Por su parte, al Tribunal le tocó expedirse nuevamente *in re*: “Partido Afirmación para una República Igualitaria y Otros c/ GCBA s/ nulidad”, Expediente N°2434/2003, en el cual, por resolución preliminar del 10 de septiembre de 2003, se afirmó la competencia del Tribunal en el art. 113 inc. 6° de la CCABA y en el criterio sentado en el precedente antes referido. Asimismo, se recalcó el rol fundamental que el art. 61 de la Carta Magna local asigna a los partidos políticos en la función de “integración de gobierno”, al disponer en su primer párrafo: “La ciudadanía tiene derecho a asociarse en partidos políticos, que son canales de expresión de voluntad popular e instrumentos de participación, formulación de la política e integración de gobierno. Se garantiza su libre creación y su organización democrática, la representación interna de las minorías, su competencia para postular candidatos, el acceso a la información y la difusión de sus ideas”. Valga añadir que en este precedente la resolución respectiva también fue suscripta en forma unánime por todos los integrantes del Estrado.

Finalmente, abordando análoga cuestión, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires habilitó por tercera vez su competencia en la causa “Sanseverino, Pablo y otro c/ Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y sus acumulados: Exptes. N°8511/11 y N°8595/11”,⁵ Expediente N°8501/11, según resolución de fecha 4 de julio de 2012, respecto de la acción de nulidad planteada contra la Resolución N°409/11 de la Legislatura que decidió su conformación, más allá de que al pronunciarse sobre el fondo de la cuestión, según sentencia del 19 de marzo de 2013, se rechazó el planteo de los accionantes, manteniendo la integración dispuesta por el órgano legislativo para el Órgano de Control.

2.1.3. Competencia electoral asignada al Tribunal por la Ley N°268 sobre campañas, sus gastos, aportes públicos y privados, control de aportes y gastos por la Auditoría General de la Ciudad y sanciones por incumplimiento de su régimen

Mediante la Ley N°268, sancionada el 4 de noviembre de 1999, la Legislatura de la Ciudad reguló todo lo concerniente a las campañas electorales. En el Capítulo I: “De las campañas” de dicho plexo, se comenzó definiendo a tales procesos como “toda propaganda que realicen los partidos, confederaciones, alianzas, candidatos/as a cargos electivos locales y quienes los/las apoyen a efectos de la captación de sufragios” (art. 1°); fijó el plazo en que se desarrollarían las campañas y su suspensión en las vísperas del comicio (art. 2°); contempló la prohibición del Gobierno de realizar propaganda institucional durante tal proceso en cuanto ella tendiera a inducir el voto (art. 3°); reclamó la necesaria identificación de la propaganda gráfica en la vía pública consignando el nombre de la imprenta que la confeccionara (art. 4°); dispuso la prohibición, desde las 48 horas anteriores a la iniciación del comicio y hasta las 3 horas después de finalizado, de difundir, publicar, comentar o referir a resultados de encuestas electorales (art. 5°); y consagró la obligación del Gobierno de la Ciudad de ofrecer a las fuerzas políticas espacios de publicidad en pantallas en la vía pública (art. 6°).

5. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], op. cit., Tomo XIV, p. 1038 y ss.

Seguidamente, el Capítulo II: “De los gastos de campaña”, reguló tal aspecto mediante los arts. 7º y 8º; el Capítulo III: “Del aporte público”, fijó la contribución de la Ciudad al financiamiento de las campañas (arts. 9º a 13); el Capítulo IV: “Del aporte privado” (arts. 14 y 15), estableció el límite de las contribuciones de las personas físicas y condicionó la posibilidad de realizarlas exigiendo la residencia en el país de los aportantes y dejando prohibidas las colaboraciones económicas anónimas o de personas jurídicas; el Capítulo V: “Del control de los aportes y gastos”, exigió que las fuerzas políticas habilitaran una cuenta en el Banco de la Ciudad e incorporó la obligación de presentar ante la Auditoría General de la Ciudad diversa documentación, entre ella, un informe indicando los ingresos y egresos, lo que daría lugar a la elaboración por el organismo de control financiero de un “Dictamen” sobre el punto (arts. 16 a 18); y el Capítulo VI: “De las sanciones”, contempló las consecuencias derivadas de superar los límites de gastos de las campañas, de la no presentación de los informes requeridos por la Auditoría, de la violación de las obligaciones que enmarcaban jurídicamente la realización de dichos procesos, las consecuencias de recibir aportes prohibidos, las derivaciones de la omisión de indicar los datos de la imprenta puesta a la tarea de confeccionar la publicidad gráfica que será utilizada en la vía pública, y la prohibición de difundir durante un determinado lapso temporal el resultado de encuestas, etc. (arts. 19 a 29). Culminó la normativa con el art. 30, que adoptó la fórmula de estilo de todas las leyes.

Por el art. 27 de la ley se vino a disponer: “El tribunal con competencia electoral en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires conoce de las cuestiones que suscite la aplicación de la presente ley e impone las correspondientes sanciones”.

En el marco del proceso electoral que tuvo lugar en el año 2000 para la designación de Jefe y Vicejefe de Gobierno, se reclamó ante el Estrado de este Tribunal que exigiera el cumplimiento de las disposiciones y aplicara las sanciones contempladas en la ley de referencia en diferentes causas. La primera de ellas fue la caratulada: “Cavallo, Domingo Felipe, Alianza Encuentro por la Ciudad y Alianza Acción por la República s/ denuncia”, Expediente N°298/00, promovida el 16 de marzo del año 2000 por los abogados Alfredo José Castañón y Miguel Doy. El primero como apoderado de Domingo Felipe Cavallo y de las Alianzas “Encuentro por la Ciudad” y “Acción Republicana”; y el segundo también como apoderado de la alianza

consignada en segundo término. En ella se denunció la existencia de una “Campaña Sucia” contra su candidato a Jefe de Gobierno, Señor Domingo Felipe Cavallo y, por otro lado, la comisión de diversas infracciones dentro de las cuales algunas se encontraban tipificadas por la Ley N°268, ya varias veces citada.

Corrida vista en la causa de referencia al Señor Fiscal General, este la evacuó el 22 de marzo de dicho año dictaminando que: “En relación a estas posibles infracciones, el Tribunal Superior resulta competente en atención a lo establecido por el art. 27 de la Ley N°268, en concordancia con el art. 113, inc. 6° de la CCABA y la Acordada N°1/2000 dictada por el Superior Tribunal por la cual este asumió las funciones de juez y junta electoral. Sin embargo, el art. 28 de la Ley N°268 establece que debe seguirse el procedimiento establecido en la Ley N°12 y sus modificaciones (Ley de Procedimiento Contravencional). Ello implica, a mi juicio, que deben cumplirse los actos esenciales de ese procedimiento –información y participación del imputado [arts. 41 y 42 CC], acusación o archivo [arts. 39 y 44 CC] y, en su caso, audiencia oral, defensa y sentencia [arts. 45 a 48 CC]–, todo ello conforme la distribución de funciones que dicha ley establece entre el juez y el fiscal”. Como cierre de esta intervención, concluyó el titular del Ministerio Público: “...el Tribunal es competente para intervenir en los hechos señalados [...] con las particularidades expuestas en cada caso y no lo es para intervenir en el hecho tratado en el parágrafo B (se refiere a la colocación de carteles fuera de los espacios destinados a ‘publicidad contratada’, afectando la limpieza de la Ciudad), *debiendo ponerse la denuncia en conocimiento de la Justicia de Faltas*” (corresponde entender que por este único hecho que calificaba como una infracción a otro régimen sancionatorio).

Así las cosas, el Tribunal –por resolución del 27 de marzo de 2000– expresó en sus fundamentos: “Con la finalidad de adecuar la actuación del Tribunal y del Ministerio Público Fiscal a lo dispuesto en la Ley N°12 –procedimiento aplicable según art. 28 de la Ley N°268– se remitirá el expediente al Fiscal General para que de cumplimiento a los actos propios de su función. En cuanto al hecho que el señor Fiscal General califica como falta se servirá trasladar la denuncia a la autoridad que sea competente. Por ello, el Tribunal Superior de Justicia resuelve: 1°.- Remitir las actuaciones al señor Fiscal General para que investigue los hechos y, en su caso, produzca la acusación que corresponda. 2°.- Disponer que el

señor Fiscal General dé la intervención que corresponda a la Justicia de Faltas”.

Meses después, le tocó al Tribunal expedirse en la causa de referencia sobre el fondo de la cuestión. Ello ocurrió el 12 de junio del año 2000, oportunidad en que la imputación del Señor Fiscal General quedó acotada a la colocación de carteles sin pie de imprenta. En tales condiciones, más allá de tener por acreditado el hecho que se reprochaba, la mayoría entendió que resultaba difícil determinar el número de carteles utilizados en la vía pública y más aún el lapso temporal en que fueron exhibidos (¿horas, días?). Ante tal circunstancia, los Jueces Ana María Conde, Guillermo Muñoz, Alicia Ruiz y Julio Maier consideraron que se estaba en presencia de una conducta pasible de ser reconducida a la noción técnica de *insignificancia*, principio que rige las decisiones sancionatorias y, por tanto, concluyeron que resultaba dudoso que se hubiera afectado el interés jurídico colectivo que la ley pretende proteger, por lo cual se pronunciaron por la absolución. En mi voto en disidencia entendí que no había margen de duda de que la empresa “Sisto y Lemme” había intervenido en la impresión de los carteles incumpliendo las obligaciones de la ley y que, aunque fuera mínimamente, aquellos habían sido expuestos efectivamente en la vía pública por lo cual, si bien propuse absolver a la fuerza política, entendí que la empresa gráfica debía ser sancionada en tanto no podía invocar la configuración de un error de hecho. Así procedí a graduar la multa en una reducida expresión monetaria, esto es, en la suma de \$1.312,87.

El Tribunal también intervino en diversas causas frente a denuncias respecto de agrupaciones políticas que habrían infringido la Ley N°268, habilitando este Estrado en el caso en el que se había sostenido que ciertos partidos habrían aceptado aportes privados que excedían el tope de la ley, *in re*: “Castellón, Carlos Juan s/ denuncia infracción a la Ley N°268”, Expediente N°3232/04, con sentencia del 15 de septiembre de 2004; en otras, ante alegaciones de que se había detectado en la vía pública propaganda de candidatos que no tenían identificación de la imprenta, *in re*: “Unión por Todos y otro s/ Infracción Ley N°268”, Expediente N°2557/03, con sentencia del 15 de septiembre de 2004, en que se resolvió aplicar la pena de multa, tanto al partido de referencia como a la empresa Forwork S.R.L.; y con igual plataforma fáctica que la anterior, el Tribunal volvió a expedirse en: “Compromiso para el Cambio y otro s/

infracción Ley N°268”,⁶ Expediente N°2560/03, con sentencia del 15 de septiembre de 2004.

A menudo, la intervención fue provocada por informes de la Auditoría General de la Ciudad que tuvo por constatadas infracciones tales como: *a)* realización de diversos gastos que no fueron oportunamente comunicados; *b)* omitir informar el origen de los fondos con los que se habían atendido los gastos de campaña; *c)* presentación tardía del informe final de cuentas ante la Auditoría General de la Ciudad; *d)* ausencia de certificación extendida por Contador Público en los informes acompañados a la Auditoría; y *e)* no haber depositado los aportes privados en la cuenta bancaria que debía haberse abierto a tal fin; etc.

En otros casos, que se suman a los indicados en el párrafo anterior, el Tribunal impuso multas y/u homologó convenios celebrados entre el Ministerio Público y algunos partidos políticos para lograr la suspensión del proceso a prueba, etc. En este aspecto pueden consultarse los siguientes pronunciamientos recaídos en las causas: “Solidario, Partido s/ Infr. Arts. Cap. II y III de la Ley N°268”, Expediente N°5969/08, sentencia del 18 de junio de 2008; “Partido Mov. por la Dignidad y la Independencia (MODIN) s/ infracción Ley N°268”, Expediente N°7695/10, sentencia del 21 de diciembre de 2010; “Partido de la Ciudad s/ infracción Cap. II de la Ley N°268”, Expediente N°6060/08, sentencia del 10 de marzo de 2011; y “Partido Bandera Vecinal s/ infr. Art (s). L 268, Infracción a la Ley N°268 s/ Electoral - otros”, Expediente N°11739/14, sentencia del 12 de febrero de 2015,⁷ entre otros muchos.

2.1.4. Pedido de un partido político de reparación pecuniaria por no haber recibido, durante la campaña electoral, espacio de publicidad gratuita en las pantallas de la vía pública y entrega tempestiva de los aportes públicos destinados a su funcionamiento

En la causa “Partido Corriente Patria Libre c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ daños y perjuicios”,⁸ Expediente N°929/01, resolución del

6. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], op. cit., Tomo VI, p. 875 y ss.

7. Las restantes causas que no se encuentran registradas, o aún no han aparecido en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], op. cit., pueden ser consultadas en la página web de referencia: www.tsjbaires.gov.ar.

8. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], op. cit., Tomo III, p. 357 y ss.

3 de julio de 2001, por mayoría, se entendió que el Tribunal resultaba competente en un reclamo de daños y perjuicios derivados del incumplimiento por el Gobierno de la Ciudad de su obligación de asignar espacios publicitarios a los partidos políticos durante la campaña electoral y de abonar en término y en la cantidad que correspondiera el aporte estatal a su financiamiento en los términos de la Ley N°268 sobre “Campañas Electorales”. En tal sentido, como ya antes se señalara, se tuvo en cuenta que el art. 27 de la Ley N°268 establecía que: “El tribunal con competencia electoral de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires conoce de las cuestiones que suscite la aplicación de la presente ley”, sin distingos de ninguna índole, lo que incitaba la competencia que le venía deferida por el art. 113, inc. 6° de la CCABA. A ello agregó este Estrado que el art. 43 de la Ley N°402 (Ley de Procedimientos ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), consignaba a texto expreso en su segundo párrafo que: “En las acciones relativas al financiamiento y duración de las campañas electorales se aplican las disposiciones de la Ley N°268”, plexo que como se viera adjudica la competencia al tribunal con competencia electoral.

2.1.5. Reclamo de repetición de sumas abonadas por error en aplicación del art. 10, inc. a, de la Ley N°268 a un partido político

En la causa “GCABA c/ Alianza Encuentro por la Ciudad s/ repetición”,⁹ Expediente N°1205/01, por resolución del 4 de octubre de 2001 el Tribunal, ante un pedido de repetición de un pago que se habría efectuado sin causa por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en concepto de aporte público a un partido político en los términos del art. 10, inc. a de la Ley N°268, y ante la declaración de incompetencia del Juzgado en lo Contencioso Administrativo N°11, por mayoría, habilitó su Estrado para conocer del reclamo. En el voto de la mayoría se reiteran los conceptos de una causa ya relacionada y puede leerse: “El art. 27 de la Ley N°268 establece que ‘el tribunal con competencia electoral en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires conoce de las cuestiones que suscite la aplicación de la presente ley’. Esta regla no efectúa ninguna distinción entre tales cuestiones y define la competencia del Tribunal en el caso (conf. arts. 113, inc. 6°, CCABA y 43,

9. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], op. cit., Tomo III, p. 528 y ss.

Ley N°402; y lo decidido por el Tribunal en autos “Partido Corriente Patria Libre s/ interpretación art. 8, Ley N°268”, expte. N°376/00, resolución del 11/6/00 y “Partido Corriente Patria Libre c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ daños perjuicios”, expte. N°929/01, resolución del 3/7/01”.

2.1.6. La elección de integrantes del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento

En distintas causas relativas a la elección de integrantes del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento, cualquiera haya sido la suerte final del planteo, el Tribunal se declaró competente.

Ello ocurrió, entre otras, en las siguientes controversias: “Arias, César Augusto y Otros c/ Colegio Público de Abogados de Capital Federal –Junta Electoral– s/ Amparo”,¹⁰ Expediente N°1887/02, resolución del 4 de noviembre de 2002; “Justamente (Lista 4) c/ Junta Electoral s/ Amparo”,¹¹ Expediente N°1893/02, resolución del 5 de diciembre de 2002; y “Garavano, Germán Carlos y otra c/ Consejo de la Magistratura –Junta Electoral– s/ medida cautelar autónoma”,¹² Expediente N°2956/04, resolución del 23 de marzo de 2004.

2.1.7. La integración del Consejo de la Magistratura

También el Tribunal se declaró competente a los efectos de atender los pedidos de proclamación de candidatos y/o de designación de integrantes del Consejo de la Magistratura, tanto en el caso en que la solicitud fue formulada por un magistrado judicial para hacerlo por el Estamento de los Jueces como en otro supuesto ante el requerimiento realizado por un letrado para que así se decidiera respecto al Estamento de los Abogados.

El primero de los procesos fue el registrado bajo la carátula “Baldomar, Ricardo Félix s/ Amparo”,¹³ Expediente N°4124/2005, en donde por resolución interlocutoria del 19 de septiembre de 2005 el Tribunal se declaró

10. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], op. cit., Tomo IV, p. 592 y ss.

11. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], op. cit., Tomo IV, p. 744 y ss.

12. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], op. cit., Tomo VI, p. 226 y ss.

13. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], op. cit., Tomo VII, p. 1265 y ss.

competente para entender en la cuestión (conf. art. 113, inc. 6º, CCABA), con cita de diversos precedentes del Estrado, corriéndose traslado de la acción. En dicha causa se dictó resolución sobre la solicitud de fondo el 21 de octubre de 2005, haciendo lugar a la pretensión de la actora.

En la segunda causa “Busso, Ricardo Mario c/ Consejo de la Magistratura. Junta Electoral de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ Amparo”,¹⁴ Expediente N°4576/06, resolución del 22 de marzo de 2006, si bien no se hizo lugar a la medida cautelar solicitada por el actor, en el voto concurrente de todos sus jueces se señaló: “El Tribunal resulta competente para entender en la cuestión planteada (conf. art. 113, inc. 6º, CCABA y el criterio establecido en los exptes....”. Es que el abogado Ricardo Mario Busso había promovido acción de amparo contra el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para que se dispusiera su designación como Consejero por el Estamento de los Abogados hasta completar el mandato dejado vacante por la renuncia de quienes lo precedían en la lista que había integrado y participado en las elecciones celebradas para elegir representantes por el mencionado Estamento.

2.1.8. Requerimiento de que se ordenara al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires convocar a elecciones de integrantes de las Juntas Comunales

La causa “Montenegro, Fandor Lucio y Otros c/ GCABA s/ Amparo (art. 14 CCABA) s/Electoral – Otros”,¹⁵ Expediente N°5894/08, arribó a este Estrado por declinatoria del Juez en lo Contencioso Administrativo y Tributario N°8 en el pedido efectuado por varios actores para que se ordenara al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires convocar a elección de Juntas Comunales para el 10 de agosto de 2008. En ella, y de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal General, el Tribunal, por resolución del 6 de mayo de 2008, se declaró competente en función de lo establecido por el art. 113, inc. 6º de la CCABA, más allá de decidirse que la concreta pretensión formulada resultaba improcedente por su extemporaneidad y, fundamentalmente, ante la necesidad de satisfacer los recaudos formales

14. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], op. cit., Tomo VIII, p. 307 y ss.

15. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], op. cit., Tomo X, p. 737 y ss.

y materiales que debían cumplirse para poder realizar una elección, en especial ante la inexistencia a esa fecha de un padrón de electores para un comicio de comunas, cuya elaboración competía a diversos actores, locales y federales, todo lo cual, condujo al rechazo *in limine* de la acción planteada.

2.2. Causas en las cuales se declaró la incompetencia del Tribunal Superior de Justicia

También se registran distintos supuestos en los cuales habiéndose incitado la competencia de este Estrado el Tribunal entendió que los planteos no abastecían adecuadamente la competencia electoral prevista por el art. 113, inc. 6º de la CCABA.

2.2.1. Actuación del Instituto de la Vivienda y convocatoria a elecciones para la integración de cargos en una Junta Vecinal, como una suerte de organización intermedia entre el IVC y los vecinos del lugar

La causa “Baigorria, Beatriz Mercedes y Otros c/ GCABA s/ amparo sobre electoral y Otros”,¹⁶ Expediente N°4547/06, arribó a este Estrado por declinatoria de la Jueza en lo Contencioso Administrativo y Tributario N°12, que entendió que el proceso era de competencia de este Tribunal al ventilarse cuestiones atinentes a un proceso electoral (llamado a elecciones, reglamento y legitimidad de la autoridad, entre otras) para la convocatoria a comicios, reconocimiento por la Junta Electoral y elaboración de padrones para elección de delegados de la Villa 3 “Fátima” del Barrio Villa Soldati de la Ciudad de Buenos Aires. Así las cosas, el Tribunal dictó sentencia el 15 de marzo de 2006, en donde por decisión unánime, se declaró incompetente.

Allí sostuve en voto coincidente con el de mis restantes colegas: “La pretensión que motiva el presente juicio excede largamente la competencia electoral asignada a este Tribunal por el art. 113, inc. 6º, de la CCABA. En el caso, un grupo de representantes vecinales del Barrio de Villa Soldati cuestiona la actuación del Instituto de la Vivienda de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y solicita que se subsanen supuestas deficiencias en la gestión, administración y distribución de recursos asignados a la Villa

16. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], op. cit., Tomo VIII, p. 186 y ss.

3 'Fátima'. En el marco de los apuntados reproches, los actores requieren medidas para convocar a elecciones para la integración de cargos en una Junta Vecinal que, aparentemente –la demanda no es clara sobre este aspecto, como lo destaca el señor juez de trámite en el punto 1 de su voto–, gestionaría recursos estatales (materiales y económicos) como una suerte de organización intermedia entre el IVC y los vecinos del lugar. En estos términos, nos encontramos ante un conflicto trabado entre un grupo de vecinos y una autoridad administrativa que encuadra sin mayores dificultades en la categoría de 'causa contencioso-administrativa' definida por el art. 2º del CCAyT local. Ello así, toda vez que la cuestión debatida se vincula, en definitiva, con la demanda habitacional y la forma de satisfacerla en el ámbito de la Ciudad y no con un proceso electoral 'stricto sensu' para la integración de un órgano constitucional local, la gestación de alguno de los mecanismos de democracia semidirecta o la elección de autoridades o candidatos de un partido político del distrito –dicho ello a título simplemente ilustrativo–. Por las consideraciones expuestas y de conformidad con lo dictaminado en sentido concordante por el señor Fiscal General Adjunto a cargo de la Fiscalía General (fs. 74/75), corresponde declarar la incompetencia del Tribunal para conocer en el presente caso y devolver el expediente al Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N°12”.

2.2.2. Pedido de designación de veedor en una elección de autoridades de una Caja Previsional local para profesionales

En la presentación caratulada: “Solicitud de designación de veedor para el Acto Comicial de CASSABA”, frente al pedido suscripto por el Presidente y Secretario de la Junta Electoral de la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CASSABA) de designación de un veedor para el acto comicial de autoridades del organismo previsional a celebrarse días después, el Tribunal –por resolución del 7 de abril de 2008– no hizo lugar al referido pedido y en forma unánime se pronunció en los siguientes términos: “En tanto la competencia electoral asignada al Tribunal Superior de Justicia (art. 113, inc. 6º, CCABA) se relaciona con las elecciones para cubrir ‘los cargos públicos electivos constitucionales que ejercen el gobierno de la Ciudad Autónoma’ (este Tribunal ‘in re’: ‘Baigorria, Beatriz Mercedes y Otros c/ GCABA s/ amparo y Otros’, Expediente N°4547/06, resolución del 22 de febrero de 2006) el pedido de la Junta

Electoral de CASSABA no habilita la intervención de este Estrado, ni siquiera a través de la designación de un veedor ya que el proceso electoral mencionado en la presentación se dirige a integrar el Órgano de Dirección de una Caja Previsional (ciertamente local) de una actividad profesional –la de la abogacía en la Ciudad de Buenos Aires– y no de un Órgano de Gobierno de este Estado. En razón de lo expresado, no corresponde dar curso favorable al pedido lo que se notificará a los presentantes con carácter urgente y en el día, teniendo especialmente en cuenta que el acto electoral tendrá lugar el próximo jueves”.

2.2.3. Pedido de exhortación al Poder Ejecutivo para que estableciera un cronograma para la aprobación del padrón de electores para los comicios de los integrantes de las Juntas Comunales

También le correspondió pronunciarse al Tribunal en el planteo caratulado: “Elecciones 2008 s/ presentación efectuada por Olivera Enrique y Otros”,¹⁷ Expediente N°5584/08, en donde un grupo de vecinos, invocando el derecho constitucional de peticionar a las autoridades, solicitaron se exhortara al Poder Ejecutivo a establecer un cronograma preciso de todas las actividades a su cargo necesarias para la aprobación del Padrón de Electores de las Comunas y se le otorgara difusión y publicidad adecuadas.

Este Estrado se pronunció sobre el pedido el 18 de junio de 2008, en el que, en disidencia parcial de fundamentos extensiva a la parte resolutive, sostuvo: “1. Sin perjuicio de que pueda estimarse que la presentación que nos convoca, en los términos en que ha sido formulada, no configura un ‘caso, causa o controversia judicial’, entiendo que nada obsta a poner en conocimiento de los interesados las actividades desplegadas por este Tribunal, y/o su Presidente, en ejercicio de las funciones de organización electoral que les competen según lo establecido en el art. 113, inc. 6, de la CCABA, la Acordada Electoral N°1/99 y las normas concordantes y complementarias del Código Electoral Nacional, en vista a que la Ley N°2.405 fijó para el día 10 de agosto del corriente año la fecha de los comicios para designar a las autoridades comunales y, en particular, los diversos requerimientos cursados al Poder Ejecutivo de la Ciudad, de los que se da cuenta seguidamente.

17. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], op. cit., Tomo X, p. 1086 y ss.

Ello así porque, por un lado, resultan ilustrativos del trámite preparatorio indispensable para que las autoridades políticas dispongan la “convocatoria a elecciones comunales” y estas “puedan llevarse a efecto a partir de contar efectivamente con el padrón de electores”; y, por otro, permiten vislumbrar los pasos que el Poder Ejecutivo deberá transitar en el futuro inmediato a tales efectos (...) 2. Vista la presentación desde otro ángulo, esto es en cuanto solicita del Tribunal “una exhortación” al Jefe de Gobierno para que cumpla las obligaciones constitucionales y legales a su cargo en la especie, concretando la elaboración del “Padrón Electoral de Comunas” que demanda nuestra Carta Magna para efectivizar el modelo de descentralización participativa que la inspira (art. 1º CCABA), y “en tanto se la conciba como un simple requerimiento fundado en el derecho constitucional de peticionar a las autoridades” (con respaldo, no solo en el art. 14 de la Carta Magna Federal, sino también con sustento en el art. 10 de la Constitución local y en el plexo de derechos contenidos en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, elevados a idéntico rango por el art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema de la Nación: vg. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Bogotá en 1948, art. XXIV), permite catalogarla como una solicitud enderezada a que se imprima “celeridad, eficacia y transparencia” a todos los procesos preliminares necesarios para la confección de la nómina electoral comunal, que debió ser articulada en forma directa ante el Poder Ejecutivo. De todos modos, tal circunstancia, en cuanto la petición no está dirigida –por el momento– a incitar la actividad jurisdiccional de este Estrado, sino, más bien, a instar un pronunciamiento “sustancialmente administrativo” en esta sede, no observo óbice para reencauzar el pedido, direccionándolo a la autoridad superior de la Ciudad que está en condiciones de atenderlo (...) 6. En síntesis, me pronuncio por el rechazo “in limine” de la pretensión referida en el punto precedente y por declarar la incompetencia del Tribunal en el restante aspecto, aún para efectuar la exhortación que los presentantes reclaman –sin que este Estrado abdique de realizarla cuando ello pudiere corresponder en una causa judicial o en otra intervención que así lo demande–, sin perjuicio de entender que la solicitud importa, en su esencia, el ejercicio del derecho constitucional de peticionar a las autoridades y que debe remitirse, junto con copia de todas las piezas procesales a que se ha hecho mención en este voto, al Señor Jefe de Gobierno para que le dé en su ámbito el tratamiento y la respuesta que estime menester en consonancia con las prescripciones contenidas en la Constitución (cláusula

transitoria decimoséptima) y la voluntad expresada por el órgano parlamentario (Ley N°2.405)...”. De todos modos, por mayoría, se resolvió lisa y llanamente, rechazar la presentación y decretar su archivo, sin comunicación alguna al Señor Jefe de Gobierno.

3. La competencia electoral y de partidos políticos del Tribunal Superior de Justicia en los comicios para la elección de las autoridades del Gobierno de la Ciudad a partir de la Acordada Electoral N°1 del año 2000 y las subsiguientemente dictadas en dicho proceso y en los que más adelante se promovieron para la renovación de los distintos cargos

Como consecuencia de haberse convocado a elecciones para elegir Jefe/a y Vicejefe/a de Gobierno para el 7 de mayo del año 2000, el Tribunal tomó todas las previsiones para ejercitar inauguralmente y en plenitud su competencia electoral en aquellos comicios, lo que importaba un difícil compromiso para los jueces de este Estrado y especialmente para quien entonces desempeñaba la presidencia, la doctora Ana María Conde.

Así, el 21 de enero del año 2000 se dictó la Acordada Electoral N°1,¹⁸ en cuyos considerandos puede leerse: “El Tribunal Superior de Justicia tiene competencia originaria en materia electoral, según el art. 113, inc. 6° de la CCABA. La Legislatura no ha hecho uso de la opción que prevé el último párrafo del art. 113, inc. 6° CCABA, por lo cual el Tribunal debe asumir la competencia electoral asignada en forma exclusiva, lo que implica el ejercicio de las funciones propias de la Junta Electoral y de los jueces electorales, conforme lo dispone el Código Electoral Nacional, en el proceso que se inicia con el decreto de convocatoria aludido. Las fechas fijadas para la realización del acto electoral tornan necesario adoptar algunas medidas tendientes a asegurar el cumplimiento de los plazos previstos en el Código Electoral Nacional, aunque aconsejan limitar la habilitación de feria a la realización de los actos administrativos que son implementados por esta acordada”.

Consecuentemente, por la antedicha resolución se recabó la colaboración de la Cámara Nacional Electoral y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Al mismo tiempo, se solicitó al Señor Jefe de la Policía Federal

18. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], op. cit., Tomo II, p. 821 y ss.

una serie de medidas a igual efecto, como el relevamiento de los locales en los que se habrían de llevar a cabo los comicios; la eventual notificación de las autoridades de mesa; la exhibición de los padrones y publicidad de los lugares de votación y la custodia de los locales en que se sufragaría.

También se hicieron los requerimientos materiales y de medios financieros pertinentes al Señor Jefe de Gobierno y al Señor Presidente de la Legislatura, en ambos casos, de la Ciudad.

A su vez, fue menester elaborar un padrón de los electores extranjeros –cuyo derecho a participar con su sufragio reconocía la Constitución local y había reglamentado la Ley N°334–; recabar del Juzgado Federal con competencia electoral de la Capital Federal la nómina de los Partidos Políticos del distrito; habilitar una Sección Urnas, para el armado y carga del material para cada una de las mesas de votación; encarar la impresión de los ejemplares de los padrones provisorios y definitivos que suministrara la autoridad electoral nacional; contratar el personal transitorio para la realización de las tareas electorales que no pudieran ser afrontadas con la planta regular de agentes del Tribunal e iniciar las gestiones con la empresa Correo Argentino S.A. para las misiones tradicionalmente a su cargo de despliegue y repliegue de las urnas y del material pertinente. También se estableció un mecanismo para la consulta ciudadana de los padrones y de los lugares de votación a partir de los distintos Centros de Gestión y Participación ubicados en los barrios de la Ciudad y, al mismo tiempo, se dispuso la difusión de tales datos en la sede misma del Tribunal Superior de Justicia y/o mediante líneas telefónicas rotativas.

Por la Acordada Electoral N°7,¹⁹ suscripta el 9 de febrero del año 2000, se decidió desdoblar los cometidos propios de este Estrado en el apuntado proceso electoral, asignando competencias y funciones a la Presidencia y al Tribunal en pleno, según los casos.

Como culminación de toda la actividad administrativa y jurisdiccional desplegada, los comicios se realizaron exitosamente el domingo 7 de mayo de ese año y el escrutinio definitivo, bajo la supervisión del Tribunal, comenzó el día 10 del mismo mes en la sede de la Legislatura, donde se había dispuesto el depósito y guarda de las urnas.

19. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], op. cit., Tomo II, p. 835 y ss.

Finalmente, resultó triunfante la fórmula que encabezaba Aníbal Ibarra como candidato a Jefe de Gobierno y Cecilia Felgueras como candidata a Vicejefa de Gobierno, que alcanzó el 49,31% de los sufragios, sin que hubiera necesidad de llevar adelante la segunda vuelta por desistir de participar en ella la fórmula que le seguía en número de votos y que llevaba como candidato a Jefe de Gobierno a Domingo Cavallo y como candidato a Vicejefe de Gobierno a Gustavo Béliz, que había obtenido el 33,20% de los votos.

3.1. Las elecciones de Jefe y Vicejefe y demás cargos electivos, desdobladas de los comicios nacionales

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, si bien las elecciones se realizan cada dos años, por cuanto los sesenta diputados que integran la Legislatura y que poseen mandato por cuatro años se renuevan escalonadamente por mitades –esto es, treinta por vez–, los comicios para Jefe/a y Vicejefe/a de Gobierno se vinieron celebrando desde el año 2000 –en que solo hubo comicios para elegir las Autoridades Ejecutivas de la Ciudad– en forma desdoblada de los convocados por el Poder Ejecutivo del Gobierno Central para la elección de Presidente y Vicepresidente de la Nación. Ello así, le tocó al Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad ejercer nuevamente su competencia electoral en los años 2003, 2007, 2011 y 2015. Tal circunstancia es la resultante del mandato expreso de la Ley N°875, sancionada el 29 de agosto del año 2002, por cuyo art. 1° se dispuso: “El Poder Ejecutivo deberá convocar a elecciones de Jefe/a de Gobierno, Vicejefe/a de Gobierno y Diputados/as de la Ciudad en fechas distintas a la fijada por el Poder Ejecutivo Nacional para elegir Presidente/a de la Nación y Vicepresidente/a de la Nación”.

En los sucesivos comicios convocados para cubrir los cargos de Jefe/a y Vicejefe/a de Gobierno que siguieron a la intervención inaugural del Tribunal Superior de Justicia resultaron consagradas las siguientes fórmulas:

En el año 2003, el cuerpo electoral debió sufragar en dos oportunidades. Así, la primera vuelta se llevó a cabo el domingo 24 de agosto, obteniendo la fórmula Mauricio Macri-Horacio Rodríguez Larreta el 37,55% de los votos, mientras que la fórmula Aníbal Ibarra-Jorge Telerman accedió al 33,54% de los sufragios. La primacía de los postulantes se invirtió en la segunda vuelta llevada a cabo el domingo 14 de septiembre, al obtener la fórmula Aníbal Ibarra-Jorge Telerman el 53,48% de los votos, mientras que

la fórmula Mauricio Macri-Horacio Rodríguez Larreta sumó el 46,52% de los sufragios.

En el año 2007 fue menester llevar a cabo dos elecciones. Así, en la primera vuelta, que tuvo lugar el domingo 3 de junio, el binomio Mauricio Macri-Gabriela Michetti obtuvo el 45,76% de los votos, mientras que la fórmula Daniel Fernando Filmus-Carlos Salomón Heller registró el 23,75% de los sufragios. La segunda vuelta se llevó a cabo el domingo 24 de junio y aquí la fórmula Mauricio Macri-Gabriela Michetti sumó el 60,94% de los votos, mientras que la integrada por Daniel Fernando Filmus-Carlos Salomón Heller alcanzó el 39,06% de los sufragios.

En el año 2011 fue necesario, nuevamente, realizar las dos vueltas electorales. La primera tuvo lugar el domingo 10 de julio y el binomio integrado por Mauricio Macri-María Eugenia Vidal obtuvo el 47,07% de los votos, mientras que la fórmula Daniel Fernando Filmus-Carlos Tomada acreditó el 27,87% de los sufragios. En la segunda vuelta, realizada el domingo 31 de julio, la fórmula Mauricio Macri-María Eugenia Vidal se alzó con el 64,27% de los votos, mientras que el binomio Daniel Fernando Filmus-Carlos Tomada registró el 35,73% de los sufragios.

Finalmente, en el año 2015, también fue necesario llevar a cabo las dos vueltas electorales. La primera tuvo lugar el domingo 5 de julio, y la fórmula Horacio Rodríguez Larreta-Diego Santilli alcanzó el 45,56% de los votos, mientras que el binomio Martín Lousteau-Fernando Sánchez obtuvo el 25,47% de sufragios. La segunda vuelta se concretó el domingo 19 de julio, y aquí la fórmula Horacio Rodríguez Larreta-Diego Santilli registró el 51,64% de los votos, mientras que el binomio Martín Lousteau-Fernando Sánchez arribó al 48,36% de los sufragios.

Valga reiterar aquí que la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, en el Libro Segundo, Título Cuarto, Capítulo Primero, dispone respecto a la elección de los integrantes del Poder Ejecutivo: “Art. 96: El Jefe de Gobierno y un Vicejefe o Vicejefa son elegidos en forma directa y conjunta, por fórmula completa y mayoría absoluta (...) Si en la primera elección ninguna fórmula obtuviera mayoría absoluta de los votos emitidos, con exclusión de los votos en blanco y nulos, se convoca al comicio definitivo, del que participarán las dos fórmulas más votadas, que se realiza dentro de los treinta días de efectuada la primera votación”.

3.2. Las elecciones locales y nacionales simultáneas y la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Por otro lado, la Ley Nacional N°15.262 –sancionada en el año 1959– venía disponiendo que las provincias que hubieran adoptado o adoptasen en el futuro el Registro Nacional Electoral, podían realizar sus elecciones locales de forma simultánea con las elecciones nacionales, bajo las mismas autoridades de comicio y escrutinio.

Con invocación del régimen de autonomía en materia de legislación y jurisdicción que el art. 129 de nuestra Carta Magna consagra en favor de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se generó una contienda positiva de competencia entre este Tribunal Superior de Justicia local y el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N°1 con competencia electoral de la Capital Federal, al momento de requerir el primero el envío de los padrones electorales del distrito, la que finalmente fue resuelta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos: “Partido Justicialista Distrito Capital Federal”,²⁰ según sentencia del 29 de abril de 2003. El Tribunal cimero se pronunció en favor de la competencia de la justicia federal, al entender que correspondía a la apuntada justicia resolver todas las controversias suscitadas en comicios nacionales y locales simultáneos con fundamento en los arts. 5° y 6° de la Ley Orgánica de los Partidos Políticos N°23.298 y en el principio constitucional de supremacía del art. 31 de la Constitución Nacional, independientemente de que se pudiera haber derogado la adhesión a la Ley N°15.262 –relativa a elecciones simultáneas– por parte de las autoridades locales.

El Máximo Estrado entendió que la autoridad jurisdiccional competente en tales comicios simultáneos para resolver todo lo que ocurriera antes, durante y después del acto electoral –más allá del punto relativo a quién oficializaba las listas de candidatos presentados ante las autoridades de la Ciudad–, suscitaba la intervención de la justicia federal.

A partir del apuntado pronunciamiento, las elecciones de renovación parcial de los diputados que integraron la Legislatura de la Ciudad y que se llevaron a cabo en los años 2005, 2009 y 2013 se efectuaron en el marco de las coordinadas delineadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación

20. Fallos: 326:1481.

respecto de los comicios simultáneos, con lo cual el rol del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se vio decididamente menguado en tales procesos, quedando limitada su intervención a la oficialización de la lista de candidatos y a la proclamación de los diputados electos, más allá de la mayor actividad que pudo desplegar respecto del comicio en las mesas de votantes donde sufragaban electores incorporados al Padrón de Extranjeros.

4. Algunos pronunciamientos emblemáticos del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en materia electoral

Si bien no existe un criterio objetivo para determinar cuáles han sido los pronunciamientos más relevantes del Tribunal en materia electoral, lo que dependerá de la apreciación que cada uno realice de los distintos valores en juego a veces contrapuestos que disputan su prevalencia en cada caso, puede resultar útil hacer mención de algunos fallos en los que se puso sobre el tapete ampliar o restringir la participación electoral y/o la representación política derivada de los comicios, o sopesar cuál debía ser la intervención que le tocaba a la Legislatura, al ocuparse de definir explícitamente las modalidades del procedimiento electoral más aún, cuando habiendo transcurrido casi dos décadas de la sanción de la Constitución porteña, no se ha logrado sancionar un Código Electoral que regule todos y cada uno de los aspectos que están implicados en los procesos comiciales.

4.1. Inaplicabilidad de los arts. del Código Electoral Nacional –vigente en el ámbito local– que privan de representación a toda lista de candidatos a legisladores que obtuvieran en la elección una cantidad de sufragios inferior al 3% del padrón electoral

El 17 de marzo de 2000 el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se expidió en la causa “Unión del Centro Democrático c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo”,²¹ Expediente N°237/00, en donde el apoderado de dicha fuerza política propició que se

21. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], op. cit., Tomo II, p. 549 y ss.

declarara la inaplicabilidad de los arts. 160 y 161 del Código Electoral Nacional (Ley N°19.945 y sus modificatorias) y cualquier otra norma legal o reglamentaria, en cuanto privara de representación a toda lista de candidatos que obtuviera en la elección de diputados una cantidad de votos inferior al 3% del padrón electoral.

La sentencia por unanimidad hizo lugar a la demanda pudiendo leerse dentro de sus fundamentos: “El art. 69 de la CCABA establece que los diputados son elegidos por el voto directo no acumulativo conforme al sistema proporcional. Se trata de una norma incompleta que se limitó a determinar el sistema y solo uno de los elementos que lo conforman, dejando su integración en manos de la Legislatura local. La adopción de esta técnica expresa la decisión del constituyente local de establecer en el plano normativo superior únicamente los principios básicos orientadores del régimen electoral. La definición de los otros elementos –que remite a cuestiones complejas, variables y de alto nivel técnico– y los demás aspectos puramente operativos del régimen electoral quedaron diferidos a lo que dispusiera la Legislatura (arts. 69 y 82 inc. 2 de la CCABA; Diario de Sesiones de la Convención Constituyente, 15ª reunión, 9ª sesión ordinaria –continuación–, intervención de los constituyentes Escolar y Orlandi, pp. 976 y 1001, respectivamente). La Constitución no impuso como requisito del sistema proporcional adoptado la exigencia de obtener una cantidad mínima de votos para acceder a la distribución de bancas. Tampoco lo prohibió. Omitió, pues, toda referencia a las barreras legales. Estas no constituyen un elemento del sistema proporcional, no hacen a su esencia, ni condicionan su aplicación. Por el contrario, el uso irrazonable de esa técnica restrictiva, ya sea por la magnitud del porcentaje exigido o por otras razones más complejas, puede disminuir la proporcionalidad en tal medida que el sistema elegido quede desvirtuado (Sartori, Giovanni, op. cit., p. 251 y ss.; Nohlen, Dieter: op. cit., pp. 70-71 y 108-109; Nino, Carlos S.: Sobre los sistemas electorales, en la obra colectiva “Los Sistemas Electorales - Sus consecuencias Políticas y Partidarias”). Por lo tanto, hasta que los legisladores locales no adopten una decisión al respecto, existe una norma constitucional local que no contempla ese requisito, lo cual obsta a la aplicación de los art. 160 y 161 de la Ley N°19.945”.

Nuevamente el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, volvió a expedirse sobre el punto en igual sentido en la causa “Partido Humanista de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo”, Expediente N°2353/03, sentencia del 13 de agosto de 2003.

4.2. Acordada Electoral N°6/2007 por la cual se resolvió autorizar la emisión del sufragio a los electores que se encontraban detenidos preventivamente, sin condena firme, en establecimientos carcelarios situados en la Ciudad de Buenos Aires

Como consecuencia del amparo promovido por el Señor Defensor General de la Ciudad, tendiente a permitir la votación en los comicios locales de varios detenidos con prisión preventiva, el Tribunal se pronunció por Acordada Electoral N°6 del 14 de junio de 2007, en decisión unánime de todos sus jueces, resolviendo en lo pertinente: “No obstante que en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires rige, como derecho público local, el art. 3, inc. d), del Código Electoral Nacional, según su redacción anterior a la reforma efectuada en el ámbito nacional por Ley N°25.858, y que no es de aplicación en la jurisdicción local el art. 3, bis, del Código Electoral Nacional vigente, el Tribunal no puede desconocer que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Mignone, Emilio Fermín s/promueve acción de amparo”, sentencia del 9 de abril de 2002, consideró inconstitucional, por contrariar disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos y de la Constitución nacional, la prohibición del ejercicio del sufragio para los detenidos sin condena firme”.

A renglón seguido este Estrado, en ejercicio de su competencia electoral –que incluye la organización de los comicios–, adoptó las medidas prácticas necesarias para que los procesados no condenados alojados en establecimientos carcelarios pudieran ejercer el derecho de sufragio en los comicios próximos a realizarse, en tanto reunieran las demás condiciones exigidas por la legislación, esto es, no encontrarse inhabilitados por otro motivo distinto del encarcelamiento preventivo, contar con el documento exigido para sufragar, etc.

El precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del que se hizo mérito fue el recaído en la causa: “Emilio Fermín Mignone”,²² del 9 de abril de 2002. En esa sentencia se tomaron en cuenta los fundamentos brindados en la anterior instancia respecto de las previsiones contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos; que la prisión preventiva era una medida cautelar no punitiva y que la condición de inocencia de las

22. Fallos: 325:524.

personas, aunque detenidas –no habiendo sido condenadas en un proceso penal–, determina que no se pueda afectar su derecho de sufragio. Se sopeó que, si bien la actora al iniciar la acción había invocado transitar la vía del amparo del art. 43, primer párrafo, de la Constitución Nacional, debía recordarse que la misma norma dispone en el párrafo cuarto que “cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención [...] la acción de habeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor...” y que dicho estado de cosas era compatible con el objetivo que la decisión recaída intentaba remediar. Todo ello, independientemente de los fundamentos concordantes y ampliatorios que a mayor abundamiento expresaron distintos Ministros del Alto Estrado en sus votos singulares.

4.3. Acción declarativa en la cual se dictó sentencia estimatoria de los planteos de inconstitucionalidad de los incs. e), f), y g) del art. 3º del Código Electoral Nacional vigente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respecto de la privación del sufragio a los condenados por delitos dolosos a pena privativa de libertad con sentencia ejecutoriada y en otros supuestos abarcados en la limitación, con referencia expresa a mi disidencia

En la causa “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, Expediente N°8730/12, la actora promovió acción en los términos del art. 113, inc. 2º de la CCABA “a fin de que se declare la inconstitucionalidad y pérdida de vigencia de los incs. ‘e’, ‘f’ y ‘g’ del art. 3 del Código Electoral”; por entender que contradecían los arts. 1º, 10, 11, 13 (incs. 3º, 7º y 9º), 15 y 62, CCABA; arts. 1º, 16, 18, 19, 28, 33 y 37, CN y arts. concordantes de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que gozan de jerarquía constitucional.

Las normas impugnadas estaban contenidas en el Código Electoral Nacional vigente al momento de entrar a regir la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –por carácter recepticio *ministerio legis* de dicho plexo– y en lo pertinente disponían: “Art. 3.- [...] Están excluidos del padrón electoral: [...] e) Los condenados por delitos dolosos a pena privativa de la libertad, y, por sentencia ejecutoriada, por el término de la condena; f) Los condenados por faltas previstas en las leyes nacionales y provinciales

de juegos prohibidos, por el término de tres años; en el caso de reincidencia, por seis; g) Los sancionados por la infracción de deserción calificada, por el doble término de la duración de la sanción...”.

La sentencia se dictó el 6 de septiembre de 2013 y acogió favorablemente los planteos de inconstitucionalidad por el voto de cuatro jueces, tres integrantes naturales del Estrado, que consignados por el orden en que figuran sus votos fueron los jueces Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y Luis Francisco Lozano; y el Conjuez Horacio G. Corti (entonces Presidente de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario), con el voto disidente, por no receptor las tachas formuladas, del suscripto, Juez José Osvaldo Casás.

En los sucesivos votos se pasó revista a la *Constitución Nacional* y a la *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*; a distintos instrumentos que conforman el *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Carta Democrática Interamericana, la Carta de la Organización de Estados Americanos e, incluso, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; a las disposiciones contenidas en el *Código Penal de la Nación*; a diversos pronunciamientos de la *Corte Suprema de Justicia de la Nación* y de tribunales de las instancias de mérito; como a la consideración y tratamiento que al tema se ha dado en *Organismos y Tribunales encargados de aplicar algunos de los instrumentos que conforman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. También se hizo mérito de *otros fallos relevantes de Cortes Supremas, Tribunales Constitucionales o Tribunales Electorales de otros países*.

No es esta la oportunidad para realizar una exhaustiva consideración de todos los argumentos esgrimidos en uno o en otro sentido a lo largo de las 119 páginas de extensión de la sentencia, ni las consideraciones con que intenté respaldar mi postura que ocuparon aproximadamente 50 páginas.

De todos modos, muy sucintamente trataré de reseñar las razones que me condujeron a la decisión que adopté, adversa a admitir las tachas de inconstitucionalidad articuladas contra las exclusiones del padrón. Partí de los *proyectos de modificación del Código Penal de la Nación* adoptando la solución reclamada por la Asociación por los Derechos Civiles en la causa y de *la falta de avance de dichas iniciativas en la instancia legislativa*. Tomé

luego en cuenta las numerosas reformas introducidas en los últimos años al Código Electoral Nacional –tal el caso de las Leyes N°24.904, 25.658, 25.858, 25.983, 26.744, 26.774–, que fueron una buena oportunidad para receptar las inquietudes que ante este Estrado articuló la accionante. Seguidamente me ocupé del alcance que habían tenido y del contexto en que debían interpretarse diversas decisiones judiciales invocadas por la ADC, tales como la de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México) en el año 2007, la Corte Suprema de Sudáfrica en el año 2004, la Corte Suprema de Canadá en el año 2002 y la Suprema Corte de Israel en el año 1996. También hice mención de distintos pronunciamientos de las instancias de mérito en Argentina en que se habían receptado planteos en igual sentido y los argumentos en que se los había fundado.

Posteriormente, intenté rebatir, una a una, las siete argumentaciones centrales vertidas por la ADC para cuestionar constitucionalmente la procedencia de las exclusiones del padrón de que se ha hecho mérito.

Más adelante, me ocupé de resaltar que la propia Ley N°8.871 –Ley General de Elecciones o “Ley Sáenz Peña”–, aprobada el 10 de febrero de 1912, contemplaba distintas exclusiones del padrón electoral en razón de “incapacidad”, “por su estado o condición” y, finalmente, el art. 2º, inc. 3º, preveía el supuesto de los condenados por delito en “razón de indignidad”. Agregué que con motivo de la sanción de la Constitución de la Federación de México de 1917, se resaltó en el Mensaje que dicha Ley Fundamental “se propuso suspender la calidad de elector, a todo el que no sepa hacer uso de la ciudadanía debidamente”, partiendo de la premisa de que el quebrantamiento del “contrato social” aparejaba, entre otras, la apuntada consecuencia. Tuve en cuenta que en el constitucionalismo moderno se ha entendido que para ejercitar los derechos ciudadanos se requería correlativamente el cumplimiento de los deberes para con la comunidad; me detuve en que los ciudadanos respetuosos de la ley podrían percibir como un trato disvalioso, tolerante del delito, su equiparación con los delincuentes condenados a cumplir pena corporal al concederse a aquellos el derecho al voto, así como ver afectada su autoestima al ponerse en pie de igualdad al hombre común con aquellos que han infringido severamente el ordenamiento, agregando que en algunos países tampoco pueden sufragar los ex convictos –lo que en cambio siempre me ha parecido excesivo–. Señalé que la pretendida universalización del sufragio requeriría avanzar previamente en otros supuestos que también generan costos adicionales como la participación de los

argentinos residentes en el exterior en los comicios locales o la facilitación del voto anticipado de todos los agentes afectados a la prestación de servicios públicos esenciales.

En otro orden de ideas, y como argumentos con los cuales estaba consustanciado, dejé expuesto: 1º) que *el Tribunal no podía ejercer el control concentrado y negativo de constitucionalidad respecto de normas* –art. 3º, incs. “e”, “f” y “g” del Código Electoral Nacional vigente como ley local en la Ciudad– *que no importaban otra cosa que reflejar regulaciones de carácter general nacionales y de derecho común, como las contenidas en el Código Penal en sus arts. 12 y 19, inc. 2º* (art. 75, inc. 12 CN); 2º) que *la declaración de inconstitucionalidad podía afectar la cosa juzgada respecto de condenas penales firmes* que habían hecho lugar a la inhabilitación; 3º) que *la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal constituía un acto de suma gravedad institucional que obligaba a ejercer la función jurisdiccional frente a tales planteos con sobriedad y prudencia, dándole curso únicamente cuando la repugnancia de las normas con las cláusulas constitucionales o del Derecho Internacional de los Derechos Humanos fuera manifiesta, clara e indubitable*; 4º) que *el Código Electoral Nacional que actuaba como regulación local por encontrarse vigente al 1º de octubre de 1996, sancionado mediante la Ley Nº19.945 en el año 1972, a pesar de haber sido dictado por un gobierno de facto, no debía presumirlo inválido conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*; 5º) que *como regla general sancionar el Código Electoral* (art. 82, inc. 2º CCABA) *se reconocía como facultad privativa de la Legislatura, con mayoría de dos tercios del total de sus miembros; la materia electoral no podía ser objeto de regulación mediante decreto de necesidad y urgencia* –art. 103 CCABA–, *ni tampoco de referéndum popular obligatorio y vinculante, o no vinculante* (art. 65, último párrafo y art. 66, último párrafo CCABA), lo que obligaba al Tribunal a actuar con especial medida; 6º) que *no podía desconocerse la dificultad de implementación en la Ciudad de Buenos Aires del voto de los internos con condena firme de pena de prisión o reclusión efectiva por carecer en la jurisdicción local de establecimientos penitenciarios* y 7º) que solo se podía introducir una cuestión constitucional de esta naturaleza *cuando se imputaba a la ley crueldad o desproporción de la sanción respecto de la ofensa atribuida*, lo que equivalía a cuestionar su razonabilidad, pero *tal juicio –en abstracto o en el marco de una acción declarativa de inconstitucionalidad de carácter general– no podía fundarse*

sobre la base de situaciones particulares que podían ser atendidas *a través del control difuso de constitucionalidad* a cargo de todos los jueces.

Fuera de las razones estrictamente jurídicas, y tomando en cuenta la percepción de una sociedad asolada por la violencia –que golpea incluso con mayor intensidad a los sectores de más bajos recursos y que al mismo tiempo se sienten desprotegidos por el Estado–, siempre me pareció inútil el expediente fácil del agravamiento de las penas e, incluso, me declaré en distintas oportunidades rotundamente contrario a la reimplantación de la pena de muerte, como algunos propician. De todos modos, no dejo de ser sensible a la necesidad de transmitir mediante el Derecho un alentador mensaje al ciudadano que se siente desprotegido cuando solo se pone el acento en los derechos de quienes infringen la ley y se desentiende de las víctimas inmoladas por el delito. Como dato de apoyo cultural me pareció útil transcribir sobre el punto la poesía tristemente desencantada contenida en la letra de un tango. Así señalé: “Para evaluar la cuestión desde el medio cultural argentino, como modo de revelar la percepción que podría tener la ciudadanía de nuestro medio –entendida como el cuerpo electoral en su conjunto, con las exclusiones del padrón que hoy recepta la ley–, resultaría válido para algunos detenerse en la letra de un célebre tango de Enrique Santos Discépolo (1901-1951), compositor, músico y dramaturgo, quizás la más genuina expresión de la filosofía popular de nuestro país durante el siglo XX, escrito en 1934, para la película ‘Alma de Bandoneón’, estrenada al año siguiente, bajo el título ‘Cambalache’, que se convirtiera en una severa descripción crítica del relativismo moral vigente, en algunos sectores, durante mucho tiempo en la Argentina. La apuntada pieza musical, interpretada por diversos cantantes, recobró todo su vigor asumiendo vigencia actual y universal en la voz del poeta y músico español Joan Manuel Serrat a partir de su gira a nuestra tierra en 1983, canción que quedó plasmada en su disco ‘En Directo’ de 1984 y que integrando su repertorio recorrió el mundo. Por resultar marcadamente gráfico del igualitarismo que revolcaría en el lodo a toda la sociedad sin ningún distingo según el autor de la letra, me permitiré transcribir, intercalados, solo algunos de sus versos. Ellos en un triste réquiem laico expresan: ‘¡Hoy resulta que es lo mismo ser derecho que traidor! Ignorante, sabio o chorro, generoso o estafador (...) Si uno vive en la impostura y otro roba en su ambición, ida lo mismo que sea cura, colchonero, rey de bastos, caradura o polizón! ¡Cualquiera es un señor! ¡Cualquiera es un ladrón! (...) Es lo mismo el que

labura noche y día como un buey que el que vive de los otros, que el que mata, que el que cura o está fuera de la ley...”.

4.4. Rechazo por el Tribunal de las impugnaciones a la utilización para el sufragio en los comicios del año 2015 de mecanismos electrónicos, a pesar de no haberse efectuado un previo reenvío de la reglamentación a la Legislatura, con mención expresa de mi disidencia, su validación posterior y los problemas planteados con motivo del diseño de pantallas para la elección en segunda vuelta de Jefe y Vicejefe de Gobierno

El proceso electoral del año 2015 en la Ciudad de Buenos Aires obligó al Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad a pronunciarse en varias oportunidades ejercitando su competencia electoral y, en este caso, a menudo me tocó expedirme en disidencia.

Lo cierto es que, tal cual se ha visto, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha venido aplicando en sus distintos procesos electorales el Código Electoral Nacional vigente al momento de la sanción de la Constitución porteña con unos pocos ajustes parciales, ya que si bien se barajaron distintos anteproyectos, e incluso proyectos, ninguno tuvo sanción legislativa.

De todos modos, corresponde resaltar algunas leyes que ejercieron gravitación en las elecciones locales al ocuparse –claro que, inorgánicamente– de cuestiones referidas a los comicios. La primera de ellas fue la Ley N°268 –sancionada en el año 1999–, sobre “Campañas Electorales”, sus gastos, aportes públicos y privados, control de aportes y gastos por la Auditoría General de la Ciudad y sanciones por incumplimiento a su régimen. La segunda, la Ley N°334 –sancionada en el año 2000–, por la cual se “Reglamentó el derecho de sufragio a los residentes extranjeros” reconocido por la Constitución local. La tercera fue la Ley N°875 –sancionada en el año 2002–, de “Elecciones desdobladas”, por cuyo art. 1° se dispuso: “El Poder Ejecutivo deberá convocar a elecciones de Jefe/a de Gobierno, Vicejefe/a de Gobierno y Diputados/as de la Ciudad en fechas distintas a la fijada por el Poder Ejecutivo Nacional para elegir Presidente/a de la Nación y Vicepresidente/a de la Nación”. La cuarta fue la Ley N°4.515 –sancionada en el año 2013–, de “Voto Joven”, por la que se reconoció tal derecho tanto a los argentinos nativos y por opción como a los extranjeros desde los dieciséis años de edad, y a los argentinos naturalizados desde los dieciocho años, disponiendo, asimismo, la no aplicación de sanciones por la no emisión de

sufragio a los menores. La quinta se trató de la Ley N°4.894 –sancionada el 19 de diciembre de 2013– que instauró el “Régimen Normativo de Elecciones Primarias, Abiertas, Simultáneas y Obligatorias” que, al mismo tiempo, reguló en el Anexo II el “Régimen Normativo de Boleta Única y Tecnologías Electrónicas”. La sexta y última fue la Ley N°5.241 –sancionada el 4 de marzo de 2015– por la cual, no solamente se suspendió el Anexo II de la Ley N°4.894 para las Elecciones Primarias Abiertas, Simultáneas y Obligatorias (PASO) previstas en la Ciudad para el día 26 de abril de 2015, sino que en los hechos, se ratificó legislativamente con mayoría calificada –al ser votada por más de los dos tercios de los integrantes del Cuerpo– la aplicación de las tecnologías electrónicas previstas por el Jefe de Gobierno al reglamentar la Ley N°4.894, mecanismos que se utilizarían en los restantes comicios fijados en el cronograma electoral local para el año 2015.

En el marco del plexo antes referido, la Ley N°4.894 fue complementada mediante los Decretos N°441 y 513, ambos del año 2014, pretendidamente reglamentarios de la referida norma legal. El primer pronunciamiento del Tribunal recayó en la causa “Unión Cívica Radical c/ GCBA s/ Electoral y otros”, Expediente N°11.756/14, con sentencia del 23 de enero de 2015. La impugnación se dirigía a cuestionar los arts. 23, 24 y 25 del Anexo II de la Ley N°4.894 en cuanto se referían a la incorporación de tecnologías electrónicas en el proceso electoral por importar, según los actores, una delegación en el Poder Ejecutivo para que determinara la oportunidad y el modo de valerse de tales mecanismos. En subsidio, se articuló un planteo de inconstitucionalidad por no haberse cumplido con el trámite de comunicación y ratificación de la adopción de tal modalidad por parte de la Legislatura. La decisión de la mayoría del Tribunal fue favorable a la constitucionalidad de las regulaciones, y así se expresaron, según el orden en que emitieron sus votos, los Jueces Inés M. Weinberg, Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y Luis Francisco Lozano. En mi caso, si bien rechacé el planteo de inconstitucionalidad de la Ley N°4.894 y de su Anexo II sobre la base de la interpretación que de sus disposiciones formulara, me decidí por acoger las tachas de los Decretos N°441/14 y 513/14 en los artículos que fueron objeto de cuestionamiento. Para así hacerlo me ocupé de la división de poderes como pilar básico caracterizador de la forma republicana de gobierno; de la estricta reserva de ley reforzada en materia electoral; de la prohibición de delegación legislativa en la Constitución local; de que los reglamentos de ejecución no podían ser un instrumento para sortear la prohibición de delegación y/o de

delegación impropia en materias en que rige el principio de estricta reserva de ley reforzada; de las posturas sostenidas durante el debate parlamentario de la ley; de la exposición del miembro informante de la ley; de que la declaración de inconstitucionalidad de una ley es una medida de extrema gravedad institucional que aconseja conjurarla mediante una interpretación conforme a la Constitución; de los planteos de inconstitucionalidad orientados a poner en crisis las disposiciones contenidas en los Decretos N°441/14 y 513/14, por falta de ratificación posterior a su dictado de parte de la Legislatura; de algunas reflexiones adicionales que no hacían a los fundamentos de la sentencia, y de la parte resolutive propiamente dicha.

Nuevamente el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad estuvo llamado a expedirse en la causa “Borthagaray, Andrés y otro s/ amparo”, Expediente N°11985/15, sentencia del 8 de abril de 2015, donde en voto concurrente de todos los miembros del Estrado se resolvió el rechazo *in limine* de las articulaciones efectuadas contra la implementación de la boleta única. En lo estrictamente pertinente a la cuestión que aquí se aborda, allí se señaló en los fundamentos: “Más allá de cualquier consideración acerca de los fundamentos del presentante, el dictado de la Ley N°5.241 lo deja huérfano de todo argumento, en tanto suspendió a la boleta única como sistema de votación en las primarias a celebrarse el próximo 26 de abril, única elección a cuyo respecto puede agravarse como precandidato, máxime cuando incluso oficializó su boleta como precandidato en ese marco normativo...”.

Va de suyo que el dictado de la Ley N°5.241, además de suprimir la Boleta Única y los mecanismos electrónicos en las Elecciones Primarias Abiertas, Simultáneas y Obligatorias, importó en los hechos, con las mayorías exigidas por la Constitución de la Ciudad, la convalidación por la Legislatura de la ulterior utilización de tales mecanismos técnicos para la impresión de las boletas.

Por último, también originó una resolución dividida entre los integrantes del Tribunal la aprobación de las pantallas para la segunda vuelta electoral de elección de Jefe y Vicejefe de Gobierno en el último comicio. Así, en los actuados “Elecciones año 2015 s/ Electoral - otros”, Expediente N°11679/14, el 10 de julio de 2015 se decidió, luego de la Audiencia celebrada el 8 de julio de 2015 con los apoderados generales de “Unión PRO” y “ECO – Energía Ciudadana Organizada”, el formato y tamaño de exposición de los distintos campos de imagen que se asignaba a los dos binomios de Jefe y Vicejefe de Gobierno que competían y del voto en blanco en la pantalla. En tal oportunidad, por

decisión de la mayoría integrada en el orden en que emitieron sus votos por los Jueces Luis Francisco Lozano, Inés M. Weinberg y Ana María Conde, se aprobó el diseño de pantalla identificado como opción 3 que, si bien mantenía las tres cuartas partes de la superficie para las dos fórmulas, acrecentaba sensiblemente el espacio asignado al voto en blanco mediante el uso de una franja vertical entre los dos binomios –con ubicación inalterada, a diferencia de la de los candidatos que de acuerdo al programa se alternaban en la sección derecha o izquierda de la pantalla–, descartando la reproducción de un botón reducido al pie de la imagen como el que se había utilizado en los comicios de la primera vuelta.

La disidencia contó con el voto del suscripto, José Osvaldo Casás, y de la Jueza Alicia E. C. Ruiz. Para esta última no correspondía cambiar de criterio ya que las características de la boleta y la secuencia de pantalla habían sido validadas en un mismo acto de la autoridad de aplicación tanto para la primera como para la segunda vuelta, sin distinción ni reservas de ningún tipo. En mi caso, hice hincapié en el valor de la seguridad jurídica y de la doctrina de los propios actos que también vincula a los jueces, afectados al cambiarse el criterio de una vuelta a la otra. En el voto que suscribiera también dejé sentado: “Cierto es que, desde el análisis político, cualquier decisión que se adopte no será neutral en sus efectos sobre los comportamientos electorales que se registren en este año. Desde mi particular perspectiva, lo que ocurre –más allá de que tal criterio no sea compartido por la mayoría del Tribunal, en el ponderado juicio de otros colegas– es que la percepción de imparcialidad e independencia de este Estrado se preserva mejor en la consideración de las alianzas y de los votantes en general, si se mantienen las modalidades que se ha seguido para la confección de las 18 pantallas de la primera vuelta respecto del voto en blanco, como se explicará más adelante, en otro considerando de este voto” (la referencia a las 18 pantallas obedecía a que en la primera vuelta se votaba candidatos a Jefe y Vicejefe de Gobierno, Diputados y miembros de las 15 Juntas Comunales). Agregué también como una consideración adicional que “Tampoco es un argumento decisivo, el hecho que algunos electores pudieran optar en mayor medida en esta ocasión por el voto en blanco –argumento de algún modo recogido por el apoderado del PRO, doctor Claudio Romero, en la Audiencia celebrada al efecto, cuando sostuviera que a los electores había que facilitarles la posibilidad de ejercitar la opción del voto en blanco–. Al respecto, es válido hacer la reflexión de que muchos competidores –Alianzas y Partidos

Políticos— en las Elecciones Primarias, Abiertas, Simultáneas y Obligatorias (PASO) no alcanzaron el umbral del 1,5% de los votos para poder seguir participando en la primera vuelta del proceso electoral, lo cual también pudo constreñir a sus simpatizantes a verse inducidos a optar por votar a alguno de los habilitados en esta instancia, o bien a buscar en la pantalla el lugar para ejercer el derecho cívico de hacerlo en blanco, conforme a la modalidad antedicha —que podríamos denominar de algún modo minimalista— aprobada por el Tribunal mediante la Resolución N°126 de este año, cuyo criterio hoy pretende modificarse”. Sobre el punto también sostuve: “Es por ello que entiendo que el Tribunal debe ser consecuente y perseverar manteniendo el criterio adoptado en la Resolución N°126/2015 en este mismo proceso electoral, y no proceder a una modificación de pantallas en función de hipotéticas conveniencias de ocasión planteadas por un partido político. Resalto la expresión ‘criterio adoptado’ y en este punto me detengo. Va de suyo que las pantallas de la segunda vuelta no pudieron ser homologadas hasta hoy por el Tribunal, sino después de realizado el anterior comicio y avanzado el escrutinio, por la sencilla razón de que el tiempo es unidireccional y que fluye del pasado al presente y del presente al futuro, por lo que la integralidad de las pantallas de la segunda vuelta no pudieron aprobarse, más allá de la explicitación de las ‘pautas’ para la emisión del voto en blanco, lo que ha ocurrido con anterioridad a la primera vuelta. Ciertamente es que hubiera resultado incontrovertible la cuestión que hoy divide al Tribunal si se hubiera consignado a texto expreso en la Resolución N°126 y en su Anexo que el diseño de pantallas para la impresión electrónica del voto en blanco se mantendría inalterable en el siguiente comicio, pero tampoco se le ha asignado transitoriedad y precariedad a tal temperamento, circunscribiéndolo a una única elección, con lo cual se sobreentiende que no se afecta la certeza y la previsibilidad de mantenerse el anterior criterio. Nada pudo decidirse asertivamente entonces, ya que no podía sostenerse con infalible certeza que ningún binomio de candidatos habría de superar en el primer comicio más del 50% de los sufragios, con lo cual, sin pretender rechazar de plano el criterio sostenido por mis colegas del Tribunal, me afirmo en la convicción de que preserva mejor la seguridad jurídica y la percepción de independencia en la actuación del Tribunal mantener un temperamento que se había expresado uniformemente en las 18 pantallas aprobadas para la primera vuelta, sin alterarlo en esta ocasión”.

5. Los más importantes logros alcanzados por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en materia electoral

Si bien son numerosas las metas propuestas y alcanzadas en ejercicio de la competencia electoral por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, trataré de ceñirme a las que pueden considerarse más significativas.

5.1. La organización exitosa de las elecciones del año 2000

En el año 2000, el Tribunal Superior de Justicia –que no hacía mucho tiempo se había instalado– asumió la tarea de llevar adelante en todas sus fases la elección de Jefe y Vicejefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, bajo su exclusiva responsabilidad y con primera vuelta prevista en la convocatoria para el 7 de mayo, siendo todos los Jueces de este Estrado conscientes, desde un primer momento, del desafío y la responsabilidad que ello entrañaba.

El 21 de enero de ese año se dictó la Acordada Electoral N^o1,²³ con la que se puso en marcha el proceso que culminó con la celebración de los comicios antes referidos en el mes de mayo donde se impuso, como ya se viera, la fórmula encabezada por Aníbal Ibarra como candidato a Jefe de Gobierno y Cecilia Felgueras como candidata a Vicejefa al alcanzar el 49,31% de los sufragios, resultado que motivó el desistimiento de la segunda fórmula más votada que llevaba como candidato a Jefe de Gobierno a Domingo Cavallo y como candidato a Vicejefe a Gustavo Béliz, binomio que había obtenido el 33,2% de los votos.

El éxito con que tuvieron lugar los comicios, si bien cabe atribuirlo al esfuerzo de todos los integrantes del Tribunal –Jueces, funcionarios y empleados–, es justo personalizarlo en algunos de los que lo conformaban por haber tenido un rol protagónico y decisivo. Por un lado, la Jueza Ana María Conde, quien presidía el Tribunal y que puso lo mejor de sí para que el emprendimiento arribara a buen puerto, y el Juez Guillermo Andrés Muñoz –Vicepresidente del Tribunal–, que estaba familiarizado con este tipo de

23. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], op. cit., Tomo II, p. 821 y ss.

procesos comiciales por cuanto como Presidente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal le había tocado presidir la Junta Nacional Electoral en el año 1989, en las elecciones en que se eligieron Presidente y Vicepresidente llevadas a cabo el domingo 14 de mayo de ese año y en las cuales, a través de la intervención del Colegio Electoral, se consagró la formula integrada por los doctores Carlos Saúl Menem y Eduardo Alberto Duhalde.

A este respecto cabe recordar que el *Código Electoral Nacional*, en el Título II: “Divisiones Territoriales. Agrupación de Electores. Jueces y Juntas Electorales”, Capítulo III: “Juntas Electorales Nacionales”, regula mediante los arts. 48 a 52 a tales Juntas. Por el art. 48 se vino a disponer que: “En cada capital de provincia y territorio y en la capital de la República, funcionará una junta electoral nacional, la que se constituirá y comenzará sus tareas sesenta días antes de la elección”, Juntas a las que el art. 52 asigna importantes atribuciones. Respecto de la Junta Nacional Electoral de la Capital Federal, a tenor del art. 49 se dispone: “...estará compuesta por el presidente de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, el presidente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y el juez electoral y, hasta tanto se designe a este último, por el juez federal con competencia electoral...”.

También resultó decisiva la idoneidad del Dr. Heriberto V. Saavedra, designado para cumplir funciones en el Tribunal por Resolución N°62 del 28 de diciembre de 1999, en cuyos considerandos se hizo mérito de la experiencia del referido funcionario “quien estuvo a cargo de la Secretaría Electoral dependiente del Juzgado Federal N°1”, lo que lo calificaba para el desempeño de la función; añadiéndose en la parte resolutive que “el funcionario prestará asistencia a los Señores Jueces en tareas relativas a la planificación, organización operativa, y toda otra cuestión vinculada con los comicios electorales en cuanto resulten de competencia del Tribunal en su calidad de autoridad electoral”. En este aspecto sus aportes resultaron invaluables.

Dentro del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, en la actualidad, la responsabilidad del ejercicio de la competencia electoral sigue recayendo en la Secretaría Judicial en Asuntos Originarios, hoy a cargo de la doctora Alejandra Tadei, quien es secundada en dicho ámbito por el Secretario Letrado, doctor Alberto A. Elgassi, quienes continuaron transitando exitosamente la senda inicialmente trazada por Heriberto V. Saavedra.

5.2. *Diversas innovaciones operativas*

El Tribunal, desde las elecciones de Jefe y Vicejefe de Gobierno del año 2000, se valió de urnas de cartón –en lugar de las tradicionales confeccionadas en madera–, lo que trajo aparejadas varias ventajas. *La primera*, no depender de la disposición de la Dirección Nacional Electoral para facilitar las tradicionales urnas. *La segunda*, reducir los costos, más allá que el material de cartón una vez utilizado resultaba descartable, en la medida en que la limpieza y acondicionamiento de las urnas de madera generaba un elevado y desproporcionado costo por el pago de horas extras al personal temporario para despegar las fajas engomadas e, incluso, la remoción del lacre de uso corriente durante mucho tiempo para asegurar los precintos, y ni que hablar de la reposición de las urnas de madera cuando se producían averías como consecuencia de su prolongado uso. *La tercera*, el poder aumentar el número del padrón de electores por mesa, sobre la base de la mayor capacidad de las urnas, con lo cual se disminuía la cantidad de autoridades de comicio que resultaba necesario convocar. *La cuarta*, ante la uniformidad física de las urnas de cartón, la facilidad de estibaje en la Sección Urnas del Tribunal antes de su distribución en los locales de comicio y, luego de realizado el acto electoral y producido el repliegue, de su guarda en la Legislatura previo al escrutinio definitivo. *La quinta*, y quizás la más importante, poder contar con una cantidad igual de urnas a las utilizadas en la primera vuelta, respecto de las cuales una vez armadas pudieran ser dispuestas para el segundo turno en caso de no superar la fórmula ejecutiva más votada el 50% de los sufragios, sin necesidad de tener que esperar la terminación del escrutinio definitivo del primer comicio para recuperar vacías las que contenían los sufragios.

También se avanzó en la utilización de códigos de barras para identificar las urnas y las actas de escrutinio, lo que permitió su validación y seguimiento a través de su lectura electrónica, a partir de su despliegue desde la Sección Urnas del Tribunal hasta su repliegue y guarda en la Legislatura. También posteriormente durante el escrutinio definitivo, al transitar por los distintos salones de dicho ámbito hasta llegar las actas a la Sección Cómputos.

Por la Acordada Electoral N°6, del 31 de agosto de 2005, se resolvió que para los comicios de electores extranjeros del 23 de octubre de ese año, cuya organización competió al Tribunal –a pesar de tratarse de elec-

ciones simultaneas con las nacionales– se conformaran mesas mixtas, en consonancia con el principio contenido en el artículo 11 de la CCABA que no admite diferenciaciones fundadas en razón de género, y teniendo en vista que el artículo 41, párrafo 4º del Código Electoral Nacional –aplicable en la jurisdicción local por reenvío recepticio– admitía tal posibilidad en circunstancias especiales. Si bien adherí al voto de mis restantes colegas propuse, sin éxito, que debían adoptarse los recaudos necesarios para cumplir con la obligación de identificar los sobres femeninos introducidos en la urna que demandaba el artículo 41 *in fine* del Código Electoral, ello para poder contar, en última instancia, con información desglosada sobre el comportamiento del electorado masculino y femenino.

No puedo dejar de referirme nuevamente aquí a otras resoluciones del Tribunal de las cuales ya se ha hecho mérito a lo largo de este trabajo. Cabe destacar en tal sentido que el 17 de marzo de 2000 el Tribunal se expidió en la causa “Unión del Centro Democrático c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo”,²⁴ decidiendo la no aplicación del piso del 3% del padrón electoral en un comicio en que se llevó a cabo la renovación total de los 60 Diputados de la Legislatura. Tampoco corresponde dejar de señalar que por la Acordada Electoral N°7, del 14 de junio de 2007, por decisión unánime de todos los Jueces, el Tribunal resolvió autorizar la emisión del sufragio a los electores que se encontraban detenidos preventivamente, sin condena firme, en establecimientos carcelarios situados en la Ciudad de Buenos Aires. Por último, también es relevante la sentencia recaída en la causa “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, decisión del 6 de septiembre de 2013, en la cual se acogieron favorablemente por mayoría y con mi disidencia, los planteos de inconstitucionalidad –con pérdida de vigencia– de las exclusiones que contemplaba el Código Electoral Nacional en el artículo 3º, incisos e), f) y g), respecto de los condenados por delitos dolosos a pena privativa de la libertad con sentencia ejecutoriada, de los condenados por faltas previstas por leyes nacionales y provinciales de juegos prohibidos y de los sancionados por la infracción de deserción calificada.

24. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], op. cit., Tomo II, p. 545 y ss.

5.3. La incorporación, a partir de las elecciones del año 2007, de un nuevo actor en el proceso electoral: “los delegados judiciales”

El Tribunal, desde su primera intervención ejercitando su competencia electoral en el año 2000 y a los fines de poder superar los inconvenientes que la experiencia evidenciaba como recurrentes en cada comicio, conformó equipos de agentes con un coordinador y un sub coordinador que debían permanecer desde la apertura del acto hasta unas horas después de finalizado en Comisaría de la Policía Federal ubicadas, estratégicamente desde el punto de vista geográfico, en las veintiocho circunscripciones o parroquias en que, durante mucho tiempo, se dividió el distrito de la Capital Federal a tales fines. Los apuntados equipos debían mantener un doble contacto, primordialmente telefónico. Por un lado, con las autoridades de mesa, los fiscales partidarios –preferentemente con los generales– y los integrantes del Comando Electoral, evacuando las diversas inquietudes que se les plantearan. Por el otro, con funcionarios y agentes del Tribunal que permanecían en su sede –en la calle Cerrito 760– para decidir las situaciones más complejas y uniformar los criterios ante problemas recurrentes que se iban suscitando y de los cuales daban cuenta los integrantes de los equipos de las veintiocho Comisaría, los apoderados de los partidos y alianzas o los medios de prensa que cubrían el comicio.

Asimismo, a los equipos de las Comisaría se los había proveído de material electoral de reemplazo y de un número significativo de boletas partidarias para reponerlas en las mesas en que se produjeran faltantes. El Tribunal también dotó a los apuntados equipos de movilidad, mediante la contratación de un número suficiente de autos de alquiler para que sus integrantes pudieran desplazarse, de ser necesario y a fin de resolver problemas, hacia los distintos locales en que se realizaba el comicio dentro de cada circunscripción.

Este aspecto experimentó un cambio cualitativo y cuantitativo entre la primera y segunda vuelta de los comicios para elegir Jefe y Vicejefe de Gobierno de las elecciones celebradas los domingos 3 y 24 de junio del año 2007, momento en que por rotación me tocó actuar como Presidente *pro tempore* del Estrado.

Para la primera vuelta del domingo 3 de junio de 2007 se habían designado 220 agentes –del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Magistratura– para conformar los equipos que tuvieron como base de

operaciones el Tribunal y las Comisarías, uno por cada sección electoral o este Estrado.

A fin de garantizar el mejor desenvolvimiento del comicio en la segunda vuelta del domingo 24 de junio del mismo año se innovó sustantivamente, ya que sobre la base de la mayor colaboración prestada por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad, las distintas ramas del Ministerio Público y el Colegio de Escribanos porteño, se procedió a elegir un total de 827 delegados, contando los que se reportarían en el Tribunal, en las Comisarías y en los 663 locales de votación. A tales fines se privilegió, para ser investidos de tales funciones, a aquellos que tuvieran título de abogado.

El temperamento fue asignar *un delegado judicial* en representación del Tribunal en cada uno de los lugares de votación que tuvieran hasta 13 mesas, llevándose su número a dos en aquellos con una mayor cantidad de mesas.

A continuación se indican las secuencias que fueron marcando el derrotero desde los actos preparatorios de la primera vuelta electoral.

Por Acordada Electoral N°2 del 28 de febrero de 2007 se dispuso en su art. 1°: “Afectar a la totalidad de funcionarios y empleados del Tribunal para colaborar con las tareas electorales, de acuerdo a las instrucciones que el Señor Presidente efectúe, previa consulta con los responsables del área”.

Por resolución recaída en los autos “Elecciones 2007”, Expediente N°4.786, el día 7 de marzo se decidió: “Vista: la necesidad de comisionar personal que, en directa comunicación con el Tribunal, se constituya el día del comicio en los centros de monitoreo seccionales para evacuar consultas de las autoridades de mesa, integrantes del Comando Electoral y vecinos electores, como para resolver las distintas situaciones que puedan suscitarse en las mesas electorales de cada circunscripción. Considerando que el personal que depende del Tribunal Superior es insuficiente para atender la situación descripta. Resulta oportuno solicitar la colaboración del Consejo de la Magistratura y del Ministerio Público de la Ciudad para que seleccione –entre los funcionarios y personal judicial y administrativo asignados al Consejo, a los Juzgados, Cámaras y dependencias del Ministerio Público del Poder Judicial de la Ciudad– las personas que puedan colaborar con el Tribunal en tal función. (...) resulta conveniente que se seleccione un número de, al menos, ciento cuarenta (140) personas en total...”.

En el mismo expediente, el 15 de mayo de 2007 el Tribunal resolvió con apoyo en lo dispuesto en los arts. 43, inc. 8^o²⁵ y 14²⁶ del Código Electoral Nacional, la designación de “auxiliares ad-hoc” para llevar a cabo las tareas electorales, divididos en veintiocho equipos, uno para cada sección electoral, con un coordinador y un sub coordinador por grupo “que tendrán a su cargo organizar las tareas y centralizar los reportes de situación, consultas y pedidos de instrucciones al Tribunal”, haciendo saber a los designados al efecto que debían concurrir a la reunión de instrucción organizada por el Tribunal para el mejor ejercicio de la función asignada.

Finalmente, en lo que aquí principalmente interesa, para la segunda vuelta electoral, por resolución de Presidencia del 6 de junio, punto 2^o, se dispuso: “En los términos de los arts. 52, inc. 7^o a)²⁷ y 43, inc. 8^o del Código Electoral Nacional, a los fines de implementar la designación de un delegado del Tribunal Superior de Justicia por cada uno de los 663 locales de votación, oficiase al Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires para que remita con urgencia y antes del día 8 de junio la nómina completa de los agentes, funcionarios y magistrados del Poder Judicial de la Ciudad –incluyendo el plantel de los Ministerios Públicos– consignando apellido, nombre, DNI, cargo, dependencia, domicilio particular, teléfonos y, en su caso, los que son abogados”, a los fines de cumplir los cometidos para los cuales se les brindará las directivas pertinentes.

Según se infiere de los autos “Elecciones 2007”, Expediente N^o4.786, que se vienen citando, resulta que del total de los 663 locales de votación,

25. El aludido precepto establece dentro de los cometidos de los Jueces Electorales: “Art. 43: Tiene las siguientes atribuciones y deberes, sin perjuicio de lo establecido en la Ley N^o19.108 y Reglamento para la Justicia Nacional. [...] inc. 8^o: Designar auxiliares ad-hoc para la realización de tareas electorales, a funcionarios nacionales, provinciales o municipales. Las designaciones se considerarán carga pública”.

26. El dispositivo de marras dispone: “Art. 14: Carga Pública. – Todos las funciones que esta ley atribuye a los electores constituyen carga pública y son por lo tanto irrenunciables”.

27. El primero de los arts. referidos del Código Electoral Nacional, que hasta aquí no ha sido transcrito en las notas, dispone en lo pertinente: “Art. 52: Atribuciones. – Son atribuciones de las juntas electorales: [...] inc. 7^o Realizar las demás tareas que le asigne esta ley, para lo cual podrá: a) Requerir de cualquier autoridad judicial o administrativa, sea nacional, provincial o municipal, la colaboración que estime necesaria”.

solo 58 fueron sede de 14 o más mesas y, al mismo tiempo, que cumplieron tareas de acuerdo a la convocatoria –junto con magistrados, funcionarios y empleados del Poder Judicial– 18 Escribanos de la Ciudad.

Cabe aclarar que por sucesivas resoluciones se aprobaron las asignaciones a los delegados judiciales en compensación de gastos de comida –almuerzo y refrigerio–, viáticos y utilización del teléfono celular propio de cada uno de ellos puesto al servicio del cometido asignado.

En un “Informe del Programa de Observación Electoral de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, realizado con motivo de las elecciones locales durante el mes de julio del año 2011, se efectuó una evaluación altamente positiva de la experiencia brindada por la implementación de los “delegados judiciales” en los comicios, remontándose a los antecedentes de su institución inaugural en el año 2007. Allí se señaló que dicha institución ha ayudado “a garantizar la mayor agilidad y transparencia en la competencia electoral, legitimando los resultados de la elección y mandando mayor confianza al ciudadano”, lo que la constituye en un aporte fundamental “para garantizar la fluidez y la optimización del proceso electoral, contribuyendo a una mejor coordinación, organización y gestión del acto comicial en cada establecimiento de votación”.

En el apuntado Informe se remarca que el “delegado” le quita problemas a las autoridades de mesa, evitando que se queden muy solas; compone los conflictos que se suscitan por ausencia o deserción de las autoridades como por el retraso horario en su llegada al lugar de comicio postergando la apertura; posibilita el corrimiento de autoridades de comicio a las mesas acéfalas; facilita la confección de las actas de apertura; brinda información sobre el acondicionamiento de los cuartos oscuros; asesora sobre cuáles son los documentos que habilitan al elector para sufragar; orienta a los electores sobre el lugar de votación cuando concurren a una sede del comicio en que no está su mesa y colabora en el cierre, recuento de los votos, escrutinio y confección de actas y telegramas.

A partir de los datos obtenidos por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en las elecciones del año 2011, y como consecuencia del estudio de campo, se resalta el papel desempeñado por el “delegado judicial” como actor principal en el comicio. Allí literalmente se consigna el aporte que brinda en los siguientes términos: “En la apertura de establecimientos y constitución y apertura de las mesas, resolvieron la falta y/o ausencia de las autoridades de mesa a través del traspaso y/o corrimiento de

autoridades de otras mesas o designaron al primer elector. También instruyeron a las nuevas autoridades, brindaron confianza y unificaron criterios sobre los temas consultados (confección de actas de apertura, uso de las fajas para armar las urnas, uso de padrones, acondicionamiento del cuarto oscuro, etc.). En el desarrollo del acto comicial, respondieron las consultas de las autoridades de mesa, principalmente las vinculadas a los documentos no habilitados para sufragar y sobre electores que no figuraban en el padrón, dando un rápido y efectivo respaldo a las decisiones adoptadas como representante del TSJ-CABA. También colaboraron para facilitar el acceso al voto de personas discapacitadas y adultos mayores. Una de las contribuciones en su interacción con los electores fue, sin dudas, garantizar y resguardar la accesibilidad electoral de las personas con discapacidad (motriz, sensorial, mental o visceral), como a aquellos que presentan limitaciones que interfieren en su desplazamiento, visión, orientación y comunicación. En el cierre y escrutinio de las mesas, respondieron las dudas de las autoridades de mesa relacionadas con el recuento de votos, la confección de actas de cierres y telegramas y, finalmente, respecto del cierre de las urnas” (*sic*).²⁸

La consolidación de la figura del “delegado judicial”, inauguralmente impulsada por la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ya se hace presente en otras jurisdicciones locales con variada extensión, incluso a partir de la figura del “fiscal público electoral”.

De todos modos, lo que cobra una mayor trascendencia es que el foro judicial con competencia más específica en esta materia e incluso de mayor jerarquía, que es la Cámara Nacional Electoral, ha dictado varias acordadas al respecto,²⁹ a saber: a) por Acordada N°57 del 12 de mayo de 2009, sus tres Jueces, luego de efectuar distintas consideraciones generales en su rol rector de los procesos electorales acordaron: “Recomendar a las Juntas Electorales Nacionales, que evalúen designar ‘en locales de votación o

28. “Experiencias de los ‘Delegados Judiciales’ del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Un Aporte Cuantitativo. Elecciones Locales - Julio 2011”, Trabajo interno de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad, Tema: “Proceso Electoral”; Subtema: “Nuevos Institutos - Observación Electoral”, confeccionado por los Licenciados Daniel Ingrassia, Martín Raimundo y Hernán Ruggeri, Buenos Aires, 2011.

29. Agradezco especialmente a la Secretaria de la Cámara, doctora Alejandra M. Lazzaro, la información que se consigna en el cuerpo de este trabajo en orden a las Acordadas que sobre el tema se han dictado por dicho Estrado.

dependencias cercanas’...”; b) por la Acordada N°87 del 27 de julio de 2011, decidieron: “Encomendar a los jueces federales con competencia electoral la designación de un delegado en cada local de votación...”; c) por Acordada N°34 del 24 de abril de 2012, y teniendo en cuenta que en anteriores pronunciamientos el Tribunal recomendó la designación de “delegados en locales de votación o en dependencia cercanas”, acordó: “1º) Disponer la creación del “Registro de Delegados de la Justicia Nacional Electoral”, bajo la dependencia del señor Secretario de Actuación Electoral. 2º) Hacer saber a los señores Jueces Federales Electorales que –a los fines previstos en el considerando 6º) de la presente– deberán designar uno o más funcionarios o empleados de la Secretaría Electoral para colaborar en las tareas de capacitación aludidas, debiendo estar a cargo de uno de ellos el funcionamiento del Registro en el respectivo distrito. Este deberá cursar las comunicaciones pertinentes al señor Secretario de Actuación Electoral de este Tribunal”; y d) por Acordada N°68 del 3 de julio de 2014: “2º) Hacer saber a los señores Jueces Federales Electorales que, a los fines de la conformación del ‘Registro de Delegados de la Justicia Nacional Electoral’ (Ac. 34/12 CEN), deberán ser preseleccionados y ulteriormente designados ciudadanos que se desempeñen como: i) Directores o vicedirectores en alguna de las instituciones educativas que funcione en el establecimiento de votación seleccionado; o ii) Funcionarios o empleados del Poder Judicial nacional o provinciales. Supletoriamente, podrán ser designados delegados actuantes en elecciones anteriores (cf. cons. 5º, Ac. 34/12 CEN) y ciudadanos inscriptos en un registro de postulantes voluntarios –a cargo de cada Secretaría Electoral–, siempre que acrediten idoneidad mediante la aprobación de la capacitación dictada por la Justicia Nacional Electoral, y previa entrevista u otro medio que permita valorar la aptitud personal del postulante. 3º) Disponer que, en su oportunidad, la Secretaría Electoral respectiva instruya a los Delegados de la Justicia Nacional Electoral acerca de las funciones enunciadas en el Anexo I de la presente, y las demás que oportunamente se les encomienden, conforme las modalidades específicas que en cada caso se establezcan”.

6. Breves conclusiones

Parece más que obvia la necesidad de que la Legislatura sancione una regulación sistemática y completa que cumpla las funciones de verdadero Código Electoral de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, capitalizando la

experiencia de los comicios que se han venido llevando a cabo a lo largo de los últimos quince años en esta jurisdicción. En tal regulación, no podrá estar ausente una clara caracterización del “delegado judicial” como un protagonista central de los comicios, fijando el marco general de las condiciones que tiene que reunir para ser designado y sus atribuciones, entendidas como derechos y deberes. De tal modo, adquirirá recepción legislativa una creación que más allá de encontrar respaldo implícito en el Código Electoral Nacional, ha venido a resultar una creación pretoriana útil del Tribunal Superior de Justicia local y que se ha replicado en las prácticas de varias provincias siendo motivo, además, de una inquietud recurrente de la Cámara Nacional Electoral traducida en diversas acordadas. Todo ello, como una forma de dotar de mayor regularidad, agilidad y transparencia a los comicios y evitar algunas tristes experiencias que desalientan los valores cívicos y devalúan las prácticas democráticas, desbordes que quizás puedan verse contenidos, o al menos limitados, por conducto de tal instituto.

En otro orden, dentro de mi perspectiva, todo recomienda mantener la actual competencia electoral originaria residenciada en el Tribunal Superior de Justicia, descartando la alternativa constitucional de crear un tribunal electoral como anterior instancia. Es que si bien la actividad que debe desplegarse en cada comicio se construye también sobre aspectos instrumentales y administrativos, el cometido más importante tiene naturaleza jurisdiccional, al tener que resolverse controversias que de ordinario se suscitan entre las distintas fuerzas políticas, lo cual debe zanjarse con extrema celeridad. En ese sentido, adecuando la célebre frase del político francés Georges Clemenceau (1841-1929) cuando afirmaba que “La guerra es un asunto demasiado serio como para dejárselo a los militares”, bien podría sostenerse que “Los procesos electorales constituyen una materia demasiado política para dejarla en manos de un único juez” –situación que no se vería corregida por la existencia de una instancia revisora cuyas decisiones podría llegar demasiado tarde–. Es por ello que soy del parecer que todo aconseja mantener la competencia electoral afincada en el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, desdoblando las competencias entre el Presidente y el Pleno, como lo ha hecho este Estrado a través de distintas Acordadas. Esto lo sostengo al haber podido comprobar que el intercambio de ideas en los Acuerdos para resolver temas de marcada naturaleza política es sumamente útil, más allá de que se logren o no los consensos luego de escuchar las distintas visiones sobre la cuestión, o que se expresen disidencias, sobre todo teniendo en vista la autenticidad y honestidad

intelectual de todos mis colegas, que nunca las he sentido empañadas, a pesar de expresarme solitariamente en muchos votos.

Por otro lado, debo reconocer que la utilización de la técnica de la impresión electrónica de las boletas por la Ciudad en la primera y en la segunda vuelta de las elecciones del año 2015 resultó exitosa, además de mantener el soporte físico papel para introducirlo en la urna –como un reaseguro en una etapa de transición– evitando prácticas como el robo de boletas, pero dicho ello sin subestimar las dificultades de tal mecanismo en Elecciones Primarias, Abiertas, Simultáneas y Obligatorias, en las que se desistió de implementarlo en este año electoral en el ámbito porteño ante una presentación de la Defensoría del Pueblo.

Es que, en el caso de las PASO, el voto en las pantallas táctiles impone la visualización de un sinnúmero de secuencias sucesivas de imágenes, aun para aquellos electores que se decidan por un único partido político o alianza, lo que complejiza y dilata el tiempo de emisión del voto. Así entonces, resulta indispensable valerse de la experiencia aquilatada en la Provincia de Salta en la cual, además de una aplicación progresiva de tal mecanismo, se sentaron bases sólidas a partir de dos premisas esenciales. La primera, una amplia campaña de difusión y capacitación en la cual fueron actores protagónicos los docentes de la provincia, quienes a través de sus alumnos y valiéndose de las tabletas de computación que como material de instrucción se habían distribuido con una finalidad pedagógica general tiempo antes entre todos los estudiantes, les requirieron como una tarea a realizar un ejercicio de simulación del voto entre sus progenitores, familiares y amigos. La segunda, convirtiendo en autoridades de comicio a todos los docentes de las escuelas públicas y de las escuelas privadas con subsidio estatal.

Téngase en cuenta que en la Ciudad de Buenos Aires, según datos elaborados por la Dirección General de Estadísticas y Censos del Ministerio de Hacienda del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, en la enseñanza estatal revistaban al año 2012 39.448 agentes, a los cuales cabría sumar, dentro de los 21.763 del sector de gestión privada, un número significativo que cumple funciones en establecimientos que sufragan su presupuesto con aportes estatales.³⁰

30. Dirección General de Estadísticas y Censos del Ministerio de Hacienda del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, fuente Ministerio de Educación, Dirección

De tal forma, en las jornadas de capacitación docente que se realizan todos los años podrían introducirse algunas horas de formación en materia electoral y aprestamiento para llenar acabadamente el rol de autoridades de comicio, agregando con la carga pública un equitativo suplemento remuneratorio a un sector socialmente reconocido pero insuficientemente pago.

Por último, tomando en cuenta que las *elecciones de renovación legislativa* en la Ciudad de Buenos Aires se han llevado a cabo *dentro del régimen de la Ley N°15.262 de Elecciones Simultáneas*, correspondería impulsar por alguno de los 25 Diputados de la Ciudad y/o por alguno de sus 3 Senadores del mismo distrito la modificación del Código Electoral Nacional, para que la Junta Electoral contemple en su integración para los comicios porteños, junto con el Presidente de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal y el Juez Federal con competencia electoral, al Presidente del Tribunal Superior de Justicia local, con el fin de equiparar en este aspecto a este Estado miembro de la Federación con las veintitrés provincias argentinas. Tal rol, es claro, no lo satisface el Presidente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, magistrado propuesto al Senado por la Presidencia de la Nación sobre la base del orden de méritos que elabora el Consejo de la Magistratura Federal. Nadie duda a esta altura que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es un miembro integrante de la Federación, y no puede merecer el destrato de ser considerada una hijastra o una hermanastra, ya desde la perspectiva de la Nación, ya desde la de las restantes provincias.

Bibliografía

- Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, Tomo I.
Constitución y Justicia [Fallos del TSJ], op. cit., Tomo II.
Constitución y Justicia [Fallos del TSJ], op. cit., Tomo III.
Constitución y Justicia [Fallos del TSJ], op. cit., Tomo IV.
Constitución y Justicia [Fallos del TSJ], op. cit., Tomo VI.
Constitución y Justicia [Fallos del TSJ], op. cit., Tomo VII.

General de Evaluación de la Calidad Educativa. Gerencia Operativa de Investigaciones y Estadística sobre la base del Relevamiento Anual 2012, página: www.estadisticaciudad.gob.ar/eyc/?p=24792.

Constitución y Justicia [Fallos del TSJ], op. cit., Tomo VIII.

Constitución y Justicia [Fallos del TSJ], op. cit., Tomo X.

Constitución y Justicia [Fallos del TSJ], op. cit., Tomo XIV.

Estrada, J. M.: *Curso de Derecho Constitucional*, segunda edición, Buenos Aires, Editorial Científica y Literaria Argentina, 1927.

La Boleta Única Electrónica

*Luis Francisco Lozano**

Resumen

El presente trabajo tiene como meta describir, con realismo, la exitosa experiencia protagonizada por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al momento de adoptar, con autonomía y en pleno ejercicio de sus atribuciones constitucionales, las nuevas tecnologías para la emisión de sufragio y transmisión de datos para cargos locales en el proceso electoral celebrado en el año 2015.

Palabras clave: federalismo, boleta única electrónica, elecciones, operador jurídico.

Electronic ballot

Abstract

This paper aims to describe, in a realistic manner, the successful experience carried out by the city of Buenos Aires when implementing a new

* Abogado, profesor y publicista argentino, egresado de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 1970. Actualmente se desempeña como Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ha cumplido funciones como Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Decreto N°830/99; Conjuez para actuar ante las Cámaras de Apelaciones del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, Resolución N°187/99, Consejo de la Magistratura de la CABA, Secretario de Trabajo de la Nación mediante Decreto 1534/87 1987-1988) y Director General de Asuntos Jurídicos y Relaciones Institucionales - Resolución N°331/86 de la Secretaría de Justicia del Ministerio de Educación y Justicia. Su CV completo puede ser consultado en la siguiente página web institucional (<http://www.tsjbaires.gov.ar/images/cv/lozano2014.pdf>); llozano@tsjbaires.gov.ar.

technology to electronically cast ballots and transmit the outcome of local 2015 elections.

Keywords: federalism, electronic ballot, elections, legal practitioner.

La Boleta Única Electrónica

En menos de quince días, los porteños votaron dos veces con Boleta Única Electrónica (BUE). Los resultados están a la vista: cómputo más veloz, más preciso y más seguro.

A. Condiciones

1. La decisión de adoptar la BUE fue de los órganos políticos

Comencemos por recordar que la decisión de adoptar el sistema de Boleta Única Electrónica fue del Poder Ejecutivo ejerciendo para ello una autorización legislativa contenida en el art. 24 del Anexo II de la ley 4894, cuya constitucionalidad dio lugar a un debate zanjado en favor de la validez del acto de gobierno. La ley 5241, posterior a dicha implementación por el PE, convalidó implícitamente el sistema despejando cualquier duda respecto del alcance de la autorización contenida en aquella primera ley 4894.

Una dificultad cierta fue el escaso tiempo con que contaron tanto la autoridad electoral como las de las mesas, las agrupaciones políticas y aun los electores para compenetrarse con las novedades del sistema. ¿Cómo fue superada?

2. La experiencia de Salta

En primer término, aprovechando la experiencia de Salta, que empleó el mismo sistema. Lo hizo paulatinamente y, por cierto, en un distrito que reúne un tercio de los electores de la CABA, pero con un territorio mucho más vasto y más difícil de conectar.

La experiencia salteña fue conocida de fuente directa gracias a la generosa disposición de las autoridades de la Corte de Salta y la Secretaría Electoral.

3. La buena disposición de los contendientes y cómo favorecerla

Ya en el terreno local, ocupó un lugar destacadísimo la buena disposición de los contendientes. Más allá del frenesí connatural a cualquier actividad competitiva, muy particularmente la electoral, el ánimo de los apoderados y fiscales fue cooperativo. El TSJ buscó favorecer con una actuación que, más allá de su deber de arreglarla a derecho, buscó presentarse como un servicio facilitador de la tarea de los contendientes, unida a la cortesía y la superación de cuestiones formales, no esenciales al desarrollo del proceso. Creo que la convicción de todos fue que hubo buena voluntad de nuestra parte aun cuando ciertamente hubo errores.

4. La capacitación

Obviamente era menester que todos los protagonistas, a saber la Autoridad de Aplicación (TSJ), el Juzgado Federal Electoral, las agrupaciones políticas, las autoridades de mesa, la Dirección General Electoral, los fiscales y electores, tuviéramos una concepción compartida. Capacitarnos y capacitar fue indispensable. La capacitación tuvo distintos destinatarios. Por una parte, los propios agentes del TSJ, quienes fueron preparados como capacitadores en el Centro de Formación Judicial. En el TSJ desarrollamos herramientas audiovisuales para asegurar que la comunicación observara la mayor uniformidad, única garantía de que no surgieran inesperadas controversias interpretativas en los establecimientos donde se constituyen las mesas. Con empleo de esas herramientas, el Juzgado Federal Electoral del distrito, a cargo de la Dra. María R. Servini, asumió la capacitación de las autoridades de mesa, el grupo más numeroso si excluimos a los electores (que son muchos, pero no requieren estar al tanto de todos los contenidos que precisan conocer las autoridades de toda especie), en el marco del convenio de colaboración celebrado desde los primeros comicios de la CABA (año 2000) y sus modificatoria (año 2007). Por disposición del TSJ, obrando como Junta Electoral, el PE puso a disposición de cada agrupación política una máquina por comuna, para que los fiscales pudieran practicar con ella. Asimismo, se los invitó a utilizar los aplicativos desarrollados por el TSJ, por el PE y por la Defensoría del Pueblo, además de poner a su alcance conferencias y cursos breves dirigidos a conocer no solamente lo necesario para votar sino todos los pasos de carga, procesamiento y seguridad de las máquinas.

Tal como viene ocurriendo desde 2007, por una iniciativa del Dr. José Osvaldo Casás, luego replicada por la Justicia Federal Electoral, el TSJ designa delegados en los establecimientos de votación. Estos delegados asisten en la constitución de las mesas electorales y a las autoridades de mesa en el desempeño de su cometido. Esta vez, por razón de la novedad del sistema, su número fue ampliado, hasta aproximarlos a uno cada tres mesas, y se los jerarquizó, de modo que uno de ellos operara como autoridad del establecimiento. Su capacitación quedó a cargo de funcionarios del TSJ y se llevó a cabo en el Centro de Formación Judicial.

B. Resultados

1. Procedimiento más veloz

El proceso electoral fue cumplido con mayor velocidad en todos sus pasos.

Primeramente, en la emisión del voto. Contrariamente, a lo que algunos temían, desde luego con alguna razón, los votantes mostraron familiarización rápidamente con el sistema y la composición de su boleta en tiempo breve, más breve que el de escoger la boleta papel dentro de un conjunto muy vasto de boletas. Ciertamente es que las PASO no son estrictamente comparables con las elecciones generales, porque el número de opciones es considerablemente mayor, pero, de algún modo, la comparación la hicieron los electores. El resultado se palpó en las escuelas. La encuesta hecha por la Defensoría del Pueblo mostró la enorme satisfacción de los electores con el cambio. En los establecimientos donde se votaba, todos coincidían en que volver ahora al sistema de boleta papel sería un castigo.

No menos agradecidas las autoridades de mesa. Los tediosos cálculos manuales de boletas impresas en papel terminaban horas después del cierre de los comicios. En el caso de la elección general, en menos de dos horas y media no solamente estaban confeccionadas las actas que recogían los resultados de las mesas sino transmitidas, en su casi totalidad, al centro que consolidaba los resultados provisionales.

2. Más preciso

Quienes tienen experiencia en comicios saben bien la diferencia que existe entre práctica y teoría. La ley electoral fija con buen criterio cómo hacer los escrutinios provisorios en cada mesa y el definitivo tomando como base el escrutinio de cada mesa con las correcciones que pudieran resultar de los supuestos de impugnación. La CABA emplea el Código Nacional Electoral, como norma local, vigente al momento de su autonomía y de acuerdo a su bloque de juridicidad (reenvío formal no receptivo). Pero, desde que ese código vio la luz, la política se hizo mucho más compleja, entre otros aspectos, en el número de postulantes. El cómputo en cada mesa, después de un día de esfuerzo y con escasas comodidades, se hace tedioso y da lugar a dificultades y errores. La autoridad de mesa no siempre tiene los suplentes que prevé la ley, está frente a varios fiscales, muchas veces dueños de mayor experiencia que ella, y sufre la ansiedad de esos fiscales, de los empleados de correo y del pueblo, con interés en despejar la incertidumbre presente. Resultando de ello, hay numerosos errores que se perciben por inconsistencia de los números consignados en cada acta o por comparación entre acta y telegrama o certificado expedido a algún fiscal. Más de una vez, la obligada apertura de una urna muestra que ninguno de esos textos es el correcto. Hasta en ocasiones el cómputo se torna imposible, porque la urna no trae los elementos que debería albergar según la previsión legal.

La BUE y el sistema en el que está inserta mostraron eliminar todas estas inexactitudes. Sé que hay quienes dirán: lo que hace falta es mayor apego a la función de autoridad de mesa, fiscal, correo, etc. Mi convicción es que el voluntarismo es mal consejero. Seamos realistas, especialmente si tenemos cómo resolver el mismo problema con mejores medios.

3. Seguridad

La seguridad del sistema fue puesta en duda en muchos aspectos y con variadas actitudes. Debo decir que hubo que responder con cuidado a la difusión de pronósticos apocalípticos que sembraban una injustificada incertidumbre en algo tan vital como los resultados de una elección. Pero, al mismo tiempo, era útil aprovechar cada uno de los reparos manifestados contra el sistema de manera de brindar una seguridad efectiva a los ciudadanos y no una mera creencia tranquilizadora.

Una primera característica a tener en cuenta es que el sistema permite un control pleno a cada uno de los protagonistas de los comicios. Comencemos por el elector que puede componer su boleta, revisando los candidatos con mayor comodidad que si examina boletas en un cuarto oscuro, sabiendo que la máquina lo informa de todas las opciones, por categoría o lista completa según lo desee. Puede luego examinar la boleta que compuso en la pantalla, con lo que verifica el contenido del soporte digital de la boleta, es decir, sabe lo que puede ser transmitido por medio de él, todo antes de imprimirla, y, finalmente, puede leerla, una vez impresa o grabada, sin medio auxiliar distinto a sus lentes si los necesitare. Los electores no videntes cuentan con un sistema alternativo que encuentran satisfactorio.

La boleta se dobla de un modo predeterminado que asegura que el soporte digital quede resguardado por una jaula de Faraday incorporada a la misma boleta. Quien no recuerde física del secundario, no se espante: se trata de una malla metálica que impide penetrar la boleta y leerla por medios electrónicos. Otro resguardo, esta vez no de la fidelidad de la boleta sino de su secreto.

A la hora de abrir las urnas, autoridades de mesa y fiscales pueden comprobar el contenido digital de la boleta, leyéndolo en pantalla, y el impreso en el papel, por medio de la lectura visual. Sólo si verifican que no hay diferencias, proceden a cargarlo en el soporte digital que posibilitará la confección digital de las actas de escrutinio, de transmisión y de los certificados que retiran los fiscales. Pero, ante cualquier duda pueden proceder a hacer el cómputo manualmente, tanto antes como después de hecho por medios digitales. Es decir, pueden soslayar el cómputo digital o pueden controlarlo.

El escrutinio definitivo fue hecho, por disposición del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) y a fin de dar mayor transparencia, mediante la doble carga manual –a cargo de personal del JF electoral del distrito y del Consejo de la Magistratura de la Nación– en computadoras a través de la lectura directa de las actas de escrutinio impresas, sin uso de lectores digitales. En otras palabras, esta última etapa no empleó el medio digital, aunque aprovechó la mayor certeza lograda en las etapas anteriores. El Tribunal brindó a los fiscales de las agrupaciones políticas acceso *on line* a esa carga, poniendo a su disposición múltiples pantallas en las que podían verificar los cómputos por mesa. Una Comisión de Auditores, profesores de la Facultad de Ciencias Exactas de la UBA, llevó adelante permanentes auditorías cuyas conclusiones fueron expuestas públicamente en la página del TSJ.

En síntesis, el sistema digital no eliminó el que podríamos llamar manual sino que lo complementó y le dio un sostén del que carecía.

Estas medidas de seguridad son las que estuvieron al alcance de cada uno de los protagonistas de los comicios, pero no las únicas que tomó el TSJ. El cuerpo de auditores informáticos compuesto por profesores de la Facultad de Ciencias Exactas de la Universidad de Buenos Aires procedió a hacer sucesivas auditorías del sistema en sus diversos aspectos y los resultados fueron difundidos, en la página del Tribunal, a quien quiso conocerlos.

Siempre guiados por los conocimientos de estos expertos, con quienes trabajamos codo a codo los servidores del TSJ, y a quienes los porteños mucho tenemos que agradecer, procedimos a grabar, en audiencia pública, los discos digitales que cargan las máquinas. Vale aquí señalar que las máquinas no guardan contenidos en su memoria –en algún sentido, no la tienen– sino que los contenidos les son provistos mediante CDs que leen. El propósito de esta separación entre contenidos y máquina es de seguridad, seguridad en cuanto al secreto del voto y en cuanto a la posible manipulación de la carga. En la audiencia pública respectiva se exhibía el CD matriz, que pudo ser examinado exhaustivamente en el caso del de votación, y una vez aprobado se procedió en la misma audiencia, a la vista de todos los concurrentes y en torres de grabación también auditadas y exhibidas, a grabar todos los discos necesarios para que cada mesa contara con el suyo. En el caso de los discos de transmisión, por razones de seguridad relacionadas con la posibilidad de interferir, con medios electrónicos, en la transmisión, alterando la consolidación de resultados provisionales, la auditoría fue parcial, pero se guardaron en caja fuerte discos para servir como muestra testigo, de manera que, ante cualquier duda, la auditoría pudiera ser completada cuando ya no cupiera temer la interferencia. Conviene tener presente que el único efecto de esos discos es en la consolidación de escrutinios de mesa. Los resultados de esa consolidación satisfacen el deseo de informar a la opinión pública, pero no tienen efectos legales en los comicios. Como ya dije, el escrutinio definitivo no dependía de estos discos de transmisión. En síntesis, todos los que podían tener algún impacto en el resultado legal fueron auditados plenamente en audiencia pública y aquellos otros cuya auditoría quedó posibilitada mas no completada, no participaron en la confección de resultados definitivos.

Finalmente, a instancias de una agrupación política se agregó un dispositivo interesante. Una comitiva compuesta por un secretario del TSJ, fiscales informáticos de las agrupaciones políticas, los auditores informáticos de

la Facultad de Ciencias Exactas y funcionarios de la Defensoría del Pueblo, concurren a inspeccionar mesas, escogidas mediante sorteo efectuado, en forma pública, mientras los comicios ya se estaban desarrollando, y, previa aclaración de que la visita era una rutina, a fin de no alarmar ni a autoridades ni a votantes, procedían a retirar el disco de la máquina, auditarlo en otra, y devolverlo a la máquina. En ambos comicios, se concluyó el procedimiento cuando las agrupaciones políticas concurrentes estimaron innecesario continuar con él.

C. El futuro: menos establecimientos, intercambiabilidad de las mesas, rediseño de los cómputos

Quedó comprobado que con el sistema empleado en la elección general se pueden instalar más mesas en menos espacio y que pueden votar más personas en menos tiempo. Más aún, si una mesa tiene una concurrencia alta respecto de otra, la máquina asignada a la mesa con menor concurrencia puede ser empleada por los electores inscriptos en la saturada para emitir su voto, reduciendo así las esperas. Ya no se requiere cuarto oscuro, la máquina puede estar a la vista de todos sin que ello posibilite detectar por quién vota el elector. Todo esto posibilita reducir el número de establecimientos empleados o, lo que es mejor, elegirlos con la lógica de arrimar las mesas a los domicilios de los electores en lugar de escoger los edificios, en general escuelas, disponibles.

Todo esto es confort. Pero, la cosa no termina aquí. Con el tiempo y un mayor empleo de la informática es previsible que el padrón total pueda ser empleado al mismo tiempo en cualquier punto de votación, observando adecuada seguridad informática, de manera que cualquier mesa pueda recibir cualquier voto de un mismo distrito, pero una vez recibido en una quede cancelada la posibilidad de emitirlo en otra. Ello permitiría poner mesas en lugares tales como supermercados o centros comerciales de gran concurrencia, aeropuertos, estaciones de micros, hospitales, etc.

Estamos a las puertas de un cambio. De nosotros depende traspasar el umbral.

D. Conclusión

La ventaja del federalismo

Estas experiencias, primeramente en Salta, luego en CABA y en Chaco, pueden constituir un campo de evaluación para otras provincias y para la Nación. Esta posibilidad de implementación por distrito es una ventaja reconocida del sistema federal. Una jurisdicción más convencida que otra lo prueba y el resultado sirve a todos. En este campo, como en muchos otros, el sistema penal acusatorio o la informatización de los expedientes administrativos y judiciales, por ejemplo, las provincias llegan antes que el Gobierno Federal. Sus menores dimensiones suelen facilitar la introducción de la modernidad. Aprovechémoslo a nivel federal.

En los EE.UU., las elecciones de autoridades federales son llevadas a cabo con sistemas electorales elegidos por cada estado local, con división en distritos también decidida localmente, aunque bajo un posible control final del Congreso y, por decisión de éste, de los jueces federales.¹ Pero, el Congreso no intentó centralizar el sistema electoral. Por el contrario, mantenerlo descentralizado, aunque bajo control básicamente judicial, como dije, constituye una garantía del sistema. En esas condiciones, el desempeño de un estado local aparece como una base del desempeño de los demás, una forma del *bench-marking*, si se me permite aprovechar la expresión.

La concentración en una sola autoridad redundaría en una transparencia mucho menor, en buena medida por falta de comparabilidad, pero no solamente por ello, y tornaría muy difícil el control judicial que, en cambio, aparece como natural en el sistema estadounidense.

1. Compárese *Colegrove v. Green*, 328 USSC 549 (1946), *Wesberry v. Sanders*, 376 USSC 1 (1964) y *ABRAMS et al. v. JOHNSON et al.* (1997).

El financiamiento de la política en la República Argentina

*Alejandra Lázzaro**

Resumen

La cuestión del financiamiento de los partidos políticos es de suma importancia, acorde a las funciones que estos cumplen dentro del sistema democrático.

En la actualidad resulta impensable que las organizaciones políticas puedan cumplir sus fines sin disponer de recursos económicos y financieros toda vez que la revolución tecnológica y los cambios culturales han modificado la forma de hacer política y su comunicación de manera determinante, repercutiendo en las economías partidarias.

Si bien cada país ha regulado esta materia de manera diversa, todas presentan rasgos comunes que han permitido elaborar un esquema básico con las características más relevantes de cada uno. Se conocen así tres tipos de financiamiento: público, privado o mixto, según si los fondos provienen del estado, de aportes privados o de ambos.

La República Argentina, que evidenció durante décadas un contexto social y jurídico bastante permisivo en relación a democracias más avanzadas como Estados Unidos o el Reino Unido, ha adoptado un sistema de financiamiento mixto.

A partir de la década de 1980, y a medida que el sistema institucional se iba consolidando, la demanda de la ciudadanía por una mayor transparencia en el manejo de los fondos partidarios fue aumentando. Sin embargo,

* Argentina; Doctora en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; Profesora Regular Adjunta de Teoría Política Comparada. Carrera de Ciencia Política de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires; Profesora Regular Adjunta de Derechos Humanos, Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Luján; Secretaria de Cámara, Cámara Nacional Electoral, Poder Judicial de La Nación; alejandra.lazzaro@hotmail.com.

fue recién en el año 2001 como parte de la respuesta a la crisis de confianza alcanzada que se dictó una ley específica sobre el financiamiento partidario.

Las disposiciones contables contenidas en la ley de partidos políticos N°23.298 resultaban insuficientes a la hora de controlar sus finanzas, no solo respecto al límite de sus gastos sino también en los aportes recibidos. El objetivo era encontrar formas superadoras de fiscalización que resultaran eficaces, además de garantizar transparencia y equidad en la asignación y destino de los fondos.

De este modo, el 12 de junio de 2001 se sancionó la ley 25.600 que rigió hasta el año 2007, cuando se dictó la ley N°26.215 que fuera a su vez modificada de manera sustancial en 2009 a través de la reforma introducida por la ley 26.571.

El régimen de financiamiento argentino es completo, prevé la asignación de fondos para el desenvolvimiento institucional de los partidos y para las campañas. Establece límites de gastos, de aportes, nuevos mecanismos de control y sanciones. Un avance fue imponer a los partidos la presentación de un informe previo de campaña, propendiendo al voto informado del elector, además del informe final documentado.

No obstante, queda camino por recorrer y para ello se necesita que quienes actúan en la política asuman el compromiso de aceptar y promover las reglas de la transparencia, porque de otro modo el objetivo no se podrá alcanzar.

Palabras clave: financiamiento, transparencia, equidad, límites, mecanismos de control, compromiso.

Political Financing in Argentina

Abstract

According to the role that political parties play in the democratic system, the way they are financed becomes a matter of main relevance.

Nowadays, it is impossible to imagine political organizations that could fulfill their means without the availability of financial and economic resources. The technological revolution and the cultural changes have deeply

modified how politics are done and determined a way to communicate it, affecting political parties' economies.

Even though every country has regulated the matter in various ways, they all have common features, which allowed elaboration of a basic diagram with the main characteristics of each one of them. We know three types of financing: public, private and the mix of both; depending on the origin of the funds, if they come from the State, from private contributions or both.

Argentina, which during decades showed a social and legal context quite permissive compared to developed democracies such as the United States or the United Kingdom, adopted the mixed financing system.

Since the 80's and along with the consolidation of the institutional system, the demand of the citizens for more transparency while handling parties' funds grew. However, it wasn't until 2001 and because of the crisis and lack of trust, that a specific regulation on this matter was dictated.

The dispositions contained in the political parties Act. 23.298 were insufficient to control the parties' finances on the limits of expenses and the funds restrictions. Thus, the concern was to find new forms of auditing that were efficient, and that could ensure the transparency and equity in the distribution and use of the funds.

In this way, on June 12th of 2001, the Act 25.600 was passed and remained effective until 2007 when the Act 26.215 was enacted, which was substantially modified in 2009 by the reform introduced in the Act 26.571.

The Argentine financing regime is complete, as it foresees the assignment of funds for the institutional development of the parties and the campaigns. It establishes limits to the expenses and contributions, and it provides new control mechanisms and penalties.

An interesting improvement was the imposition to submit a pre-campaign report from the parties, tending to an informed decision of the electors, in addition to the final report with supporting documentation.

Nevertheless, there is still a long way to go and so we need that those who participate in politics assume the commitment, accepting and promoting the rules of transparency. Otherwise, the aim will not be accomplished.

Keywords: financing, transparency, limits, equality, control, commitment.

I. Introducción

La cuestión del financiamiento de los partidos políticos es de suma importancia, acorde a las funciones que estos cumplen dentro del sistema democrático. En tanto intermediarios entre la sociedad y sus representantes, las organizaciones político-partidarias viabilizan la agregación y la canalización de las preferencias y aspiraciones de los diferentes sectores de la sociedad en la búsqueda del bien común, facilitan la expresión de sus opiniones y resultan el medio para que sus afiliados y candidatos desarrollen su labor y eventualmente accedan al poder. En América Latina, además, han asumido funciones de capacitación y promoción de los valores democráticos, en parte como consecuencia de haber vivido durante largos períodos bajo gobiernos de facto.

En la actualidad, resulta impensable que las organizaciones partidarias puedan cumplir sus fines sin disponer de recursos económicos y financieros. La revolución tecnológica y los cambios culturales han modificado la forma de hacer política y su comunicación, repercutiendo estas circunstancias en las economías partidarias.

Si a ello le sumamos que desde la Antigüedad los ciudadanos a la hora de elegir optan mayoritariamente por quienes son conocidos, quienes gocen de una mayor capacidad económica para difundir sus ideas e imágenes ante los medios verán incrementadas sus posibilidades de ganar (Rodríguez Peñaranda, 2005).¹

Cada país ha regulado la materia de manera diversa, toda vez que las formas del financiamiento partidario están condicionadas por factores políticos, sociales, económicos y, como lo expresara anteriormente, hasta culturales. Sin embargo, ello no ha sido un obstáculo para encontrar algunos rasgos comunes que permiten elaborar un esquema, con las características más relevantes de cada uno. Se conocen así tres tipos básicos de financiamiento; público, privado y mixto, según los fondos provengan del estado, de aportes privados o de ambos.

1. Rodríguez Peñaranda, M. L., *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 21.

II. Situación de la República Argentina 1983-2007

Nuestro país evidenció durante décadas un contexto social y cultural bastante permisivo en torno al control de las finanzas partidarias a diferencia de otras democracias más avanzadas. La demanda por una mayor transparencia en el manejo de los fondos comenzó a vislumbrarse a partir de los años ochenta, aumentando a medida de que el sistema institucional fue consolidándose.

Pese a que la cuestión no resultaba novedosa como surge claramente del primer proyecto que encontramos en el año 1925² en adelante, el avance resultó significativo recién después de la crisis del año 2001.

En atención a las elecciones generales que se celebrarían el 30 de septiembre de 1983, el gobierno dictó el 26 de agosto de 1982 la ley de facto 22.627 que rigió hasta 1985 cuando el gobierno constitucional sancionó la ley de partidos políticos N°23.298 (Adla, XLV-D, 3635).

Esta ley, que con modificaciones aún sigue vigente, fue sancionada en septiembre del año 1985. Sus disposiciones patrimoniales se referían fundamentalmente a los libros y documentos partidarios. Establecía que los partidos a través de cada comité nacional y central de distrito debían llevar en forma regular los libros de inventario y de caja, rubricados y sellados por el juez federal con competencia electoral.

Preveía también en el Título V, Capítulo I sobre los bienes y recursos, en el Capítulo II, las disposiciones relativas al Fondo Partidario Permanente y de los subsidios y franquicias, y en el Capítulo III, el control patrimonial.

Adoptaba como forma de financiamiento el sistema mixto, con aportes privados y públicos, enumerando taxativamente las contribuciones o donaciones prohibidas, y estableciendo sanciones –multas y/o inhabilitaciones– para el caso de incumplimiento tanto para los partidos como para las personas físicas o jurídicas, debiendo conservarse la documentación que acreditara el origen de las donaciones por tres (3) años.

2. El proyecto presentado por el diputado Amuchástegui establecía que los partidos políticos debían poseer un fondo electoral propio no inferior a cinco mil pesos nacionales y en los territorios nacionales no inferior a quinientos pesos. Asimismo, en la primera quincena de junio debían rendir cuenta documentada de la inversión de sus recursos y gastos del año anterior y la junta electoral después de aprobarlos o desaprobarlos los publicaba para conocimiento de todo el electorado.

Los aportes públicos se efectuaban a través del Fondo Partidario Permanente que –aún hoy– provee a los partidos reconocidos los medios económicos para facilitarles el cumplimiento de sus funciones institucionales. Creado con tal finalidad, la afectación de los recursos quedaba determinada a través de la Ley de Presupuesto General de la Administración disponiendo el Poder Ejecutivo de los recursos.

Al inicio de las campañas, los partidos reconocidos percibían una suma de dinero en concepto de subsidio por cada voto obtenido en su última elección, pudiendo el Ejecutivo Nacional fijarles un adelanto a través de avales políticos y/o contracautelas para el caso de las alianzas, escisiones y/o partidos nuevos que no registrasen una preferencia electoral anterior (cf. art. 46 y decreto reglamentario). También se preveía un aporte para la impresión de las boletas electorales.

En el supuesto de que una agrupación política, que hubiera recibido el importe señalado aconsejara votar en blanco o por otra agrupación, debía restituir los importes recibidos, de lo contrario se les suspendía el derecho a participar del Fondo Partidario Permanente hasta la restitución total de la suma adeudada. Además, debían presentar al juez federal con competencia electoral, la cuenta detallada de los ingresos y egresos relacionados con las campañas dentro de los 60 días de celebrado el acto electoral (cf. art. 47).

Respecto a los gastos ordinarios de funcionamiento, los partidos también debían rendir cuentas, presentando al juez electoral el estado anual de su patrimonio –que se publicaba por un día en el Boletín Oficial– y la cuenta de ingresos y egresos de su ejercicio certificada por Contador Público Nacional o por los órganos de control partidarios dentro de los 60 días de finalizado cada ejercicio (cf. art. 47).

Por su parte, el Decreto 396 facultaba al Ministerio del Interior a adoptar los mecanismos de fiscalización oportunos y necesarios, a fin de controlar el correcto uso de los aportes y franquicias que se les otorgaban. El control y fiscalización de los partidos era competencia de la Justicia Electoral.

Las disposiciones contenidas en la ley 23.298, sin embargo, resultaban insuficientes a la hora de controlar las finanzas partidarias, tanto en el límite de sus gastos como en la restricción de los aportes. Por ello, la preocupación se centraba en encontrar nuevas formas de fiscalización que resultaran eficaces, no solo para verificar y controlar aspectos meramente contables, sino especialmente, para garantizar la transparencia en la asignación y utilización de los fondos.

Las herramientas desarrolladas a nivel legislativo no eran demasiadas, solo algunas disposiciones y/o prohibiciones contables de carácter general que contenía la propia ley de partidos y una serie de decretos, que preveían fondos a los que podían acceder las agrupaciones políticas.

Con la jerarquización y reconocimiento de los partidos en la Constitución Nacional a partir de 1994, aparecen dos exigencias, una para el estado como es la de sostener las actividades partidarias y la capacitación de los dirigentes y otra para las organizaciones políticas, de dar a publicidad el origen y destino de sus fondos y patrimonio.

No obstante, fue con motivo de la crisis institucional del año 2001, a través de la ley N°25.600 del 12 de junio de 2002, cuando el financiamiento partidario pasó a ser reglamentado de manera específica. La demanda social por reformar el sistema político había aumentado y a manera de respuesta a las exigencias ciudadanas, se sancionó dicha norma que rigió hasta enero de 2007.

En efecto, en diciembre de 2006 se dictó la ley N°26.215 que fuera a su vez modificada de manera sustancial en el año 2009 a través de la ley N°26.571 y por la ley 27.120 sancionada el 29 de diciembre de 2014 (B.O. 08/01/15).

Al respecto cabe resaltar lo dispuesto en el fallo N°3010/02 de la Cámara Nacional Electoral. La sentencia dictada por unanimidad marcó un punto de inflexión e influyó decisivamente en el texto de la ley 25.600.

De este modo, el máximo tribunal en materia electoral expresó que la necesidad de asegurar el principio republicano de dar a publicidad los actos de gobierno implicaba que la ciudadanía tomara debido conocimiento del origen y destino de los fondos partidarios, para así controlar el ejercicio de prácticas ilícitas de recaudación y contribución de las que hicieran uso las organizaciones políticas.

Alertó también sobre el peligro que representaba el dinero como fuente de influencias, cuando se lo utiliza en beneficio de intereses particulares, por encima del bienestar general, haciendo mención de algunas prácticas que podían utilizarse para evadir el cumplimiento de la ley.

De manera expresa sostuvo que “la publicidad de los aportes percibidos por los partidos políticos y de los gastos por ellos efectuados no solo posibilita el efectivo control del uso de los recursos públicos, sino que permite conocer a quienes contribuyen con el sostenimiento económico de cada partido, y detectar, así, con qué sectores estos –y sus candidatos– se hallan

materialmente identificados”, y continúa: “El alcance de la disposición que impone la obligación de dar publicidad de las cuentas partidarias no se agota en dar noticias de ellas, sino que deben ser sometidas a un estricto y efectivo control, por cuanto es deber de los partidos –como expresión primaria de la vida democrática– respetar y hacer respetar este principio. Por ello, destaca [que] transparentar el funcionamiento de los partidos puede resultar ser la opción más efectiva a la hora de recrear la confianza entre ellos y los ciudadanos. Si la ciudadanía contribuye con su sostenimiento por qué no han de tener la posibilidad de conocer el destino de sus fondos” (cf. Fallo, op. cit.).

La sentencia enfatizó en el control que debía realizarse sobre las finanzas partidarias, sentando las bases para un mejor sistema, al señalar algunos principios y directrices que la ley debía contener, en procura de una mejora institucional.

La norma N°25.600 tuvo un trámite particular y reglamentaba los aspectos económicos y financieros permanentes y de campaña de los partidos políticos reconocidos por la justicia electoral (art. 6° y cc.) de las confederaciones y de las alianzas.

Los ejes del debate giraron en torno a las fuentes del financiamiento, la integralidad de los mismos, y su control. Así, en la última sesión de la Cámara de Diputados, el 17 de abril de 2002, al debatirse el proyecto, el presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales manifestó que el fondo partidario permanente “es un fondo partidario, que a diferencia de lo que conocimos habitualmente como el fondo para sostener campañas electorales, busca el sostenimiento del desenvolvimiento institucional, la capacitación y la formación política en estas instituciones de la República” (H.C.D.N.: Reunión N°6, Sesión ordinaria N°2, Abr. 2002).

Sobre los límites a los aportes privados, la diputada Marcela Rodríguez indicó que las limitaciones debían ser absolutamente tajantes y solo realizadas por personas físicas, ya que de ninguna manera podían ser las empresas quienes contribuyeran al financiamiento de los partidos.

Respecto al control, la diputada Stolbizer resaltó que para que la norma fuera operativa era imprescindible garantizar los mecanismos que asegurasen la transparencia de los procedimientos y la aplicación de las sanciones cuando estos fueran vulnerados.

La discusión, que fue ardua, no se limitó en torno a la forma de controlar los recursos sino que se extendió al órgano encargado de realizarlo.

La diputada Carrió desaprobaba que este quedara en la Auditoría General de la Nación, en forma exclusiva, proponiendo que otras instituciones u otras organizaciones no gubernamentales fueran las que controlaran a los que controlan.

En sentido similar la legisladora Garré manifestó que los organismos de control debían ser eficientes señalando que “el proyecto realmente [...] parece débil, superficial e inconcluso [...] no basta con la Auditoría General de la Nación, porque la tarea que se le encomienda es muy significativa y compleja y los recursos con los que cuenta dicho organismo podrían ser insuficientes” (H.C.D.N.: Reunión N°6, Sesión ordinaria N°2, Abr. 2002).

La diputada Zuccardi consideró que el control de los recursos de los partidos en manos de la Auditoría General de la Nación en forma exclusiva no resultaba suficiente, proponiendo crear una figura nueva y cargos de síndicos para los partidos, durante las campañas electorales. Asimismo, sobre la publicación de las tarifas de publicidad televisiva sostuvo que no “se p[odían] imponer esos límites al financiamiento sin instrumentar un efectivo control y fiscalización de la emisión publicitaria” (H.C.D.N.: Reunión N°6, Sesión ordinaria N°2, Abr. 2002).

Para el diputado Alessandro “deb[ía] darse participación creciente a la sociedad a través de organizaciones no gubernamentales, sin que el Estado p[erdiera] su legítimo derecho de poder administrador” (H.C.D.N.: Reunión N°6, Sesión ordinaria N°2, Abr. 2002).

Las diputadas Rodríguez y Ocaña se manifestaron a favor de “[...] la incorporación de un consejo consultivo de organizaciones no gubernamentales que coadyuv[ará] a la tarea del organismo de control” (H.C.D.N.: Reunión N°6, Sesión ordinaria N°2, Abr. 2002).

La diputada Camaño rechazó estas propuestas con el fundamento del desconocimiento de las organizaciones no gubernamentales a las que se estaban refiriendo, ni de qué forma iban a ejercer ese control. En el mismo sentido, el diputado Esain sostenía que era “un tema político de tanta magnitud [que] no p[odía] ser sometido a organizaciones intermedias que tienen fines específicos y determinados. Además, existen muchas organizaciones intermedias que están subsidiadas y solventadas por grandes capitales internacionales” (H.C.D.N.: Reunión N°6, Sesión ordinaria N°2, Abr. 2002).

Por ello, la diputada Carrió, quien se había manifestado a favor del control consultivo de organizaciones no gubernamentales, agregó que les correspondería a aquellas que no recibieran fondos del exterior, pues las

mismas, aunque no lo estableciera la norma “controlar[ían] igual y no estar[ían] sujetos a regla institucional alguna. Es mejor establecer reglas institucionales específicas que ser sometidos a un control sin reglas, incluso por parte de un montón de organizaciones no gubernamentales con financiamiento exterior” (H.C.D.N.: Reunión N°6, Sesión ordinaria N°2, Abr. 2002).

Por otra parte, el diputado Moreau expresó que “hoy es insoslayable ligar [a la discusión] el rol de los medios de comunicación; suponer que la influencia de los grupos concentrados de la economía solamente se manifiesta a través del aporte que puedan hacer a una campaña electoral, es una verdadera ingenuidad. Si nos planteamos con honestidad, [...] que debemos evitar al máximo posible la injerencia de los grupos económicos privados en la determinación de las decisiones de la política, de sus candidatos y de la mayor o menor aceptación que estos pueden tener en la opinión pública, debemos ser precisos en este sentido” (H.C.D.N.: Reunión N°6, Sesión ordinaria N°2, Abr. 2002).

El proyecto que pasó a comisión no quedó definido en ninguno de los sentidos planteados. Las modificaciones propuestas por Diputados pasaron al Senado quedando aprobadas en la 11ª Reunión, 6ª Sesión Ordinaria del 23 de mayo de 2002.

Finalmente, la ley fue derogada habiéndose logrado un avance respecto de las normas de financiamiento anteriores.

A - Ley 26.215

La nueva reglamentación fue el resultado de un intenso trabajo de las comisiones parlamentarias, por lo que apenas fue discutida en el recinto. Con una mejor redacción y orden normativo que su antecesora, la norma logró disipar dudas y conceptos que resultaban oscuros al momento de ser aplicados. Incorporó principios que habían sido ya desarrollados por la jurisprudencia unificadora de la Cámara Nacional Electoral, así como reglas contables diseñadas por el cuerpo de peritos contadores de ese Tribunal, con motivo de la capacitación desarrollada hacia los partidos y sus responsables.

El diputado Urtubey –miembro informante de la comisión de Asuntos Constitucionales– en ocasión del debate reconoció que el objetivo era “una sistematización y un ordenamiento respecto de lo que ya está[ba] preceptuado dentro del marco de la ley 25.600, con algunas modificaciones

consensuadas [...] con los distintos bloques. [...], se planteó la necesidad de que tanto los fondos públicos como los privados tuvieran, dentro del marco normativo, un ordenamiento que acercara mucho más la legislación vigente a lo que era necesario, en términos de que se garantizase su aplicación, señalando “lo que en realidad hemos hecho todos los autores del dictamen fue tomar recomendaciones de la actuación de la Cámara Nacional Electoral y también, obviamente, de las de primera instancia” (República Argentina, H.C.D.N.: Período 124, Reunión 51, 13/12/2006 Régimen de Financiamiento de Partidos Políticos).

Se mantuvo así el mandato constitucional de que el estado subvencione a los partidos, a través del Poder Ejecutivo, esto es, del Ministerio del Interior y la Dirección Nacional Electoral asignándole al Poder Judicial –fuero electoral– el control de la distribución de los fondos.

Con nuevas y mejores herramientas para su ejecución, la normativa encomendó a la justicia la facultad excluyente de fijar los límites de los gastos de los partidos para cada campaña electoral, así como sistematizar las sanciones a aplicarse con motivo de sus incumplimientos. También controlar que el estado cumpla con la asignación de los fondos correspondientes, a fin de que todas las organizaciones cuenten con iguales posibilidades en la competencia, así como garantizar la transparencia en el manejo de sus fondos, ya sean públicos o privados.

En materia de sanciones la ley 26.215 incorporó de manera novedosa un orden específico, sucesivo y progresivo en el Título V –artículos 62 al 67–, a diferencia de la ley 25.600 que las contenía diseminadas a través de su articulado, lo que permitió a los jueces aplicar unas u otras, de acuerdo a la entidad de la infracción en que hubieren incurrido las agrupaciones políticas.

A fin de dar operatividad a sus disposiciones, previó dotar al cuerpo de auditores contadores de la Cámara Nacional Electoral de los recursos humanos, técnicos y financieros para cumplir con las funciones asignadas, en los plazos previstos. Por tal motivo se modificó el artículo 4º de la ley 19.108 de creación de la Cámara modificado por la ley 19.277 en tanto incorporó como funciones del Tribunal: las de a) organizar un cuerpo de auditores contadores para verificar el estado contable de los partidos y el cumplimiento, en lo pertinente de las disposiciones legales aplicables.

Comenzó a aplicarse al inicio del calendario electoral del año 2007, completándose a su cierre, con el control anual patrimonial.

B - Ley 26.571: reforma a la ley de financiamiento partidario

El 2 de diciembre de 2009 en el marco del proceso que se conoció como de reforma política, se sancionó la ley 26.571 denominada de la “Democratización de la representación política, la transparencia y la equidad electoral”. La nueva reglamentación, que modificó la ley de partidos N°23.298 y estableció el sistema de elecciones internas abiertas simultáneas y obligatorias –PASO– para seleccionar a los candidatos a Presidente y Vicepresidente, Diputados y Senadores, modificó de manera ostensible el régimen de financiamiento partidario.

1. Financiamiento público para campañas electorales

En primer término incluyó dentro de las contribuciones que le corresponden al estado el financiamiento de las campañas electorales de las elecciones primarias. Por lo que en la actualidad el estado contribuye con los fondos para lo que se conoce como las actividades institucionales u ordinarias desarrolladas por los partidos regularmente, para afrontar las campañas en las elecciones generales y las campañas de las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias.

También estableció que la Ley de Presupuesto General de la Administración Pública debe diferenciar las partidas presupuestarias acordadas según correspondan a la elección de Presidente y eventualmente para la segunda vuelta, Diputados y Senadores en los años de elecciones nacionales, incluyendo el monto para las elecciones primarias, que es el equivalente al cincuenta por ciento (50%) del valor de las generales, incluyendo la ley N°27.120 el monto para la elección de Parlamentarios del Mercosur.

El monto que el estado debía otorgar a los partidos o alianzas que oficializaran candidaturas que era el equivalente a una boleta por elector registrado en cada distrito,³ fue modificado por la ley 26.571 en tanto estableció

3. La importancia de esta previsión fue destacada por el diputado Adrián Pérez al momento de discutir el texto de la ley 26.215 en el sentido de que no era una cuestión menor “para los partidos políticos más pequeños o de más reciente creación y para los que se han autoimpuesto condiciones –más allá de las que dispone la norma– para financiar sus campañas. De esta forma, en la participación en los comicios para muchos partidos políticos resulta vital la posibilidad de contar con las boletas. [...] esto se vincula con la vigencia

que el Ministerio del Interior a través de la Dirección Nacional Electoral debe asignar el monto equivalente que le permita a las agrupaciones imprimir una boleta y media por elector registrado en cada distrito.

Esto es, que al igual que en las elecciones generales en las PASO⁴ los partidos reciben dinero público tanto para las campañas de manera extraordinaria como para la impresión de las boletas.

A través de las Resoluciones N°70, 71, 72 y 73,⁵ la Dirección Nacional Electoral determinó el aporte para la impresión de boletas para las categorías de Diputados Nacionales, Presidente, Senadores y Parlamentarios del Mercosur de distrito y nacional, en base al valor de referencia de pesos ciento veintiocho (\$128,00) el millar por sección de boleta o categoría de cargos (cf. Resolución DINE⁶ 168 del 22 de abril de 2015 modificada por la 37 del 2 de julio de 2015).

Ya en su oportunidad la Cámara Nacional Electoral había expresado que “el Estado tiene la responsabilidad de velar por la efectiva disponibilidad de boletas correspondientes a todas las agrupaciones políticas que hayan postulado candidatos pues –en tanto constituye el elemento mediante el cual se exterioriza la voluntad del elector– resulta indispensable para el ejercicio del sufragio activo” (cf. Fallo 5080/2013).

Con idéntica interpretación y posterior al pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el artículo 32, párrafo segundo en el sentido de que dicha norma “habilita a las agrupaciones políticas a percibir el importe correspondiente a una boleta por elector para cada lista de precandidatos que oficialicen para participar en las elecciones primarias” en concordancia con los “propósitos perseguidos por la ley 26.571 –al incorporar las primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias (PASO) para fortalecer y profundizar la participación ciudadana en la selección de los candidatos de cada agrupación política para las elecciones generales– y “asegurar la democracia interna de los partidos políticos” en los autos

y la vida de los partidos políticos, en el marco de un debate armónico y con un umbral de oportunidades garantizado por la posibilidad de que todos puedan participar”. (H.C.D.N: Reunión N°51, Sesión ordinaria N°1 de prórroga, Dic. 2006).

4. Primarias, Abiertas, Simultáneas y Obligatorias.

5. Boletín Oficial de la República Argentina del 17-07-2015.

6. Dirección Nacional Electoral.

“Alianza UNEN –CF– c/Estado Nacional Ministerio del Interior y Transporte s/promueven acción de amparo), la Cámara Electoral expresó que “asegurar un mínimo de boletas, por cada elector, para cada lista interna de cada agrupación política, constituye un requisito sustancial para asegurar el derecho de participación política bajo las actuales reglas de juego” (Expte. N° CNE 5238/2015/CA1; 5343/2015/CA; 5326/2015/CA1 todas del 30 de julio de 2015 y Expte. N° 5327/2015/CA1) del 4 de agosto de 2015.

Diferente decisión adoptó el Tribunal cuando lo perseguido fue solventar las boletas de las adhesiones de las categorías a presentar por cada una de las listas a la categoría toda vez que “ello conduciría a una interpretación ajena a la exégesis de la norma considerando a la boleta al servicio del partido y no como un instrumento que posibilita físicamente la expresión del ciudadano” (cf. Fallos, Expte. N° CNE 5342/2015/CA1 del 30 de julio de 2015M; Exptes. N° CNE 5510/5511/2015 CA1 del 1° de setiembre de 2015).

En torno a la distribución de los aportes en la ley 26.215 originaria se establecía que los fondos de la campaña electoral se distribuían entre los partidos que hubiesen oficializado candidatos para las elecciones de cargos electivos nacionales en un 30% de forma igualitaria entre las listas presentadas y el 70% restante en forma proporcional a la cantidad de votos que el partido hubiera obtenido en la última elección de diputados nacionales. Solo participaban de la distribución quienes acreditaban haber obtenido al menos un número de sufragios equivalente al 1% del padrón electoral de la elección antes mencionado en el distrito correspondiente. Con la reforma de la ley 26.571 los fondos se distribuyen tanto en las primarias como en las generales según se trate de elecciones presidenciales o legislativas. De este modo para la elección de Presidente y Vicepresidente la distribución es en un 50% del monto asignado en forma igualitaria entre todos los partidos presentados y el otro 50% se distribuye entre los 24 distritos en proporción al total de electores correspondientes a cada uno. Efectuada tal operación se distribuyen entre los partidos en forma proporcional a los votos obtenidos en la última elección general anterior para la misma categoría. A las confederaciones o alianzas se les asigna conforme a la suma de votos que hubieren obtenido todos los partidos integrantes.

Para las agrupaciones que participan de la segunda vuelta se les asigna para campaña la suma equivalente a un 30% del mayor aporte de campaña para la primera vuelta.

Para la elección de diputados nacionales, el monto total de los aportes asignado se distribuye entre los 24 distritos en proporción al total de electores de cada uno, el 50% del monto resultante se asigna por igual entre las listas presentadas y el otro 50% entre cada partido, confederación o alianza en forma proporcional a la cantidad de votos que el partido hubiera recibido en la elección general anterior para la misma categoría.

Para la elección de senadores nacionales, el monto total se distribuye entre los 8 distritos que renueven en proporción al total de los electores de cada uno, y el 50% de ese monto resultante es asignado en forma igualitaria entre las listas presentadas y el restante 50% entre cada partido conforme a los votos que cada uno hubiera obtenido en la elección anterior.

Cuando las agrupaciones no tuvieran una referencia electoral anterior se le asignará el monto íntegro de los aportes.

Asimismo, a partir de la reforma se ha previsto que para las elecciones primarias cada partido debe además distribuir los aportes asignados entre sus listas de precandidatos oficializados en partes iguales.

La ley N°27.120 incorporó las elecciones de parlamentarios del Mercosur. Así la asignación de aportes de campaña para la elección de esta categoría por distrito nacional se realiza conforme a lo establecido para el caso de la elección de Presidente y Vicepresidente, mientras que para la elección por distritos regionales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de acuerdo a lo establecido para el caso de la elección de diputados nacionales (art. 36). Igual criterio se aplica para las elecciones primarias.

Al modificarse los artículos 27 y 31 quedó eliminado el responsable político de campaña previendo ahora la ley dos responsables económico financieros en lugar de uno.

Asimismo, se eliminó el tope de cinco mil pesos (\$5.000) de las erogaciones que –por el monto– solo pueden ser realizadas en efectivo, que además deben instrumentarse a través de la constitución de un fondo fijo (art. 29). De igual modo la disposición que establecía que todo gasto que se efectuara con motivo de la campaña que superara los mil pesos (\$1.000) debía documentarse, toda vez que se creó como unidad de medida el módulo electoral.

En síntesis, los años en que se desarrollen elecciones presidenciales deben distinguirse tres partidas diferentes para financiar la elección de Presidente y la segunda vuelta, para la elección de senadores, para la de diputados y a partir de 2015 para la de parlamentarios del Mercosur.

Para las elecciones primarias también deben preverse partidas análogas por categoría de cargos a elegirse para aporte extraordinario de campaña, equivalentes al cincuenta por ciento (50%) del monto previsto para las campañas de las generales.

A los fines de una mayor transparencia en la asignación de estos recursos el Ministerio del Interior debe publicar la nómina y el monto de los aportes asignados por todo concepto.

En el artículo 40 modificado por la ley 26.571, a diferencia del anterior que preveía a través de una fórmula genérica que los remanentes de los fondos públicos otorgados en concepto de aporte extraordinario para campaña podían ser conservados por los partidos si se destinaban a la capacitación y formación política, caso contrario debían restituirlos dentro de los noventa (90) días de realizada la elección, ahora se distinguen dos supuestos, según los fondos remanentes provengan del aporte extraordinario para campaña, o del aporte de boletas.

En el primero, al poder destinarlo a capacitación se mantiene la sanción del artículo 65, esto es una multa del doble del valor no asignado a la educación y formación en la próxima distribución del fondo partidario permanente.

En el segundo, la sanción es más gravosa, toda vez que el remante de este aporte ya sea total o parcial, no puede ser destinado a capacitación, por lo que le asigna la sanción del artículo 62, que es la pérdida del derecho a recibir contribuciones, subsidios y todo recurso de financiamiento público anual, por un plazo de uno (1) a cuatro (4) años, y los fondos para financiamiento público de las campañas electorales por una (1) a dos (2) elecciones.

Un aspecto relevante que ha sido modificado es el relativo a los espacios de publicidad electoral, ya que si bien mantiene el sistema de financiamiento mixto y completo, aumenta ostensiblemente la contribución del estado de manera directa e indirecta, al asumir el financiamiento de uno de los aspectos más costosos de la actividad política, especialmente en épocas de campaña, como es el de la publicidad en radio y televisión.

El artículo 43 prohíbe de manera expresa a los partidos y a sus candidatos contratar o adquirir espacios en cualquier modalidad de radio o televisión para fines electorales, así como a las emisoras emitir publicidad electoral, que no sea la distribuida y autorizada por el Ministerio del Interior.

Es la Dirección Nacional Electoral quien distribuye los espacios de publicidad, ya sea en las emisoras de radiodifusión sonora, televisiva abierta o

por suscripción para la difusión de los mensajes de campañas de todas las agrupaciones que oficialicen candidaturas a cargos públicos electivos. En el caso de segunda vuelta debe otorgarse a cada una de las fórmulas participantes el cincuenta por ciento (50%) de los espacios asignados al que más espacios hubiera recibido en la primera vuelta.⁷

El capítulo III bis sobre la publicidad electoral en los servicios de comunicación audiovisual, incorporado íntegramente por la ley 26.571, establece que la Dirección Nacional Electoral distribuirá los espacios de publicidad de las agrupaciones que oficialicen precandidaturas para las elecciones primarias y candidaturas para las generales para sus mensajes de campaña.

A tal efecto, la dirección mencionada debe solicitar a la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA), con anterioridad al inicio de la campaña el listado de los servicios televisivos y radiales autorizados por dicho organismo y su tiempo de emisión, para la distribución de las pautas. Define como espacio de publicidad electoral la cantidad de tiempo asignado a los fines de transmitir publicidad política por parte de la agrupación.

Por su parte, la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual 26.522 establece que los servicios de comunicación están obligados a ceder el diez por ciento (10%) del tiempo total de su programación para fines electorales.

En el caso de segunda vuelta las fórmulas participantes recibirán el equivalente al cincuenta por ciento (50%) de los espacios recibidos por la agrupación política que más espacios hubiera obtenido en la primera.

Los espacios tanto en radio como en televisión se distribuyen en las primarias como en las elecciones generales en un cincuenta por ciento (50%) por igual entre todas las agrupaciones que oficialicen precandidatos y el cincuenta por ciento (50%) restante entre todas las agrupaciones que oficialicen precandidaturas, en forma proporcional a la cantidad de votos obtenidos en la elección general anterior para la categoría de diputados nacionales. No podrán transferirse bajo ningún concepto los minutos asignados a una agrupación que no los hubiera utilizado.

7. En el año 2013 la diputada por la Ciudad de Buenos Aires Laura Alonso, en el entendimiento de que debía regularse adecuadamente la contratación de la publicidad oficial que realizaran los organismos del Estado, propuso suspender la aplicación de los artículos los artículos 34º de la ley 26.571 y 43º de la ley 26.215 hasta tanto el Congreso no aprobase la ley de regulación de la publicidad oficial (1006-D-2013).

La distribución de los horarios y los medios en que se transmitirá la publicidad electoral se realiza por sorteo público y el horario de transmisión es el comprendido entre las siete (7:00) y la una (1:00) del día siguiente.

A todas las agrupaciones se les debe asegurar la rotación en los horarios y al menos dos (2) veces por semana en el horario central. Los gastos de producción de los mensajes deben ser sufragados con los propios recursos de las agrupaciones.

De conformidad con la ley cuando la cobertura de los servicios de comunicación audiovisual abarque más de un distrito, la Dirección Nacional Electoral deberá garantizarle a las agrupaciones políticas que compitan en esos distritos la distribución equitativa de los espacios.

2. Financiamiento privado en campañas electorales

La nueva ley mantiene el límite de los recursos privados e incorpora a través del artículo 44 bis que el financiamiento privado de la campaña está constituido por toda contribución en dinero o estimable en dinero, que una persona física efectúe a una agrupación política destinada al financiamiento de sus gastos electorales.

Las donaciones de las personas físicas pueden realizarse mediante transferencia bancaria, cheque, en efectivo, internet o por cualquier otro medio, siempre que permita la identificación del donante. Dichas contribuciones deben estar respaldadas con los comprobantes correspondientes.

En el informe final de campaña debe informarse la identificación de las personas que hayan realizado contribuciones o donaciones.

A través del decreto N°776/2015 se incluyó la posibilidad de realizar donaciones mediante tarjeta de crédito, las que podrán constituirse como un aporte único o periódico.

El nuevo capítulo IV bis incorporó la creación del Registro de Empresas de Encuestas y Sondeos de Opinión a cargo de la Cámara Nacional Electoral en el que deben estar inscriptas todas las empresas que deseen hacer públicas sus encuestas o prestar servicios a las agrupaciones políticas o a terceros.

También estableció como plazo límite para publicar los resultados de las encuestas o sondeos ocho (8) días antes de las elecciones.

La Cámara Electoral a través de la Acordada Extraordinaria N°117/2010 estableció pautas de inscripción exhortando a las empresas medidoras a que

den cumplimiento a las disposiciones, en virtud del exiguo número de informes presentados exhortándolas a que den cumplimiento a lo establecido por la ley en el año 2015 a través de la Acordada Extraordinaria N°89 de ese año.

Entre algunas de sus consideraciones el Tribunal señaló que las empresas no solo deben inscribirse sino que por cada estudio que realizan deben presentar la correspondiente ficha técnica que contenga un informe individualizado del trabajo efectuado, el detalle sobre la metodología utilizada, el tipo de encuesta realizada, el tamaño y característica de la muestra, el procedimiento de selección de los entrevistados, el error estadístico aplicable, la fecha del trabajo de campo y el nivel de confianza bajo el que fue realizado.

También prevé que las empresas serán sancionadas con la prohibición de inscribirse en el registro correspondiente por un período de dos (2) a cuatro (4) elecciones cuando incumplieran en dos (2) elecciones consecutivas con las previsiones del artículo 44.

La sanción prevista no parece resultar muy efectiva toda vez que el Tribunal mediante la última acordada antes mencionada se dirigió al Congreso de la Nación a fin de que evalúe dotar al régimen vigente de los medios adecuados y de los procedimientos efectivos para su correcta observancia.

3. Límites de gastos de campañas electorales

El límite de gastos para las elecciones nacionales que no podía superar la suma equivalente a un peso con cincuenta (1,50) por elector habilitado a votar, según que la elección fuera legislativa o de Presidente y Vicepresidente, fue modificado y en la actualidad no puede ser mayor a la suma resultante de multiplicar el número de electores habilitados, por un (1) módulo electoral cuyo valor debe ser establecido en la Ley de Presupuesto General de la Administración Nacional en cada elección.

No obstante, desde su creación el valor de dicha unidad de medida no fue determinado, por lo que en el entendimiento de que sería impensable que, ante la falta de aprobación de esa unidad se deba privar a los partidos del “aporte extraordinario para campañas electorales [que] importaría privar *sine die* de eficacia a todo el sistema de límites cuantitativos de aportes privados y gastos de campaña, aspecto que –habida cuenta de la inequívoca voluntad legislativa de establecer un régimen de control del financiamiento de los partidos políticos que incluye ciertos límites cualitativos y cuantitativos a los aportes que pueden recibir y a los gastos que pueden efectuar–,

debe descartarse, pues la imprevisión del legislador no puede suponerse”, la Cámara Nacional Electoral estableció su valor a través de sucesivas acordadas, solicitando en 2012 al Poder Legislativo su fijación sin suerte (cf. Ac. Ext. N°s 82/2011 y 14/2015).

En 2011 alcanzó un valor de un poco más de tres pesos (\$3,044) y en 2015 se actualizó a más de cinco pesos (\$5,392). En el caso de la segunda vuelta el límite será la mitad del establecido para la primera.

A los efectos de su aplicación se mantuvo la previsión, en el sentido de que se considera que ningún distrito tiene menos de quinientos mil electores.

También de modo expreso la ley 26.571 definió como gasto electoral toda erogación realizada por una agrupación durante el tiempo de la campaña, independientemente de la fecha del efectivo pago y aun cuando se encuentren pendientes de pago, para el financiamiento de: a) publicidad electoral dirigida a promover el voto para un partido o alianza determinada; b) las encuestas o sondeos que encarguen en la campaña ya sea los candidatos o las agrupaciones; c) arrendamientos de bienes muebles destinados al financiamiento de los equipos de campaña o a la celebración de actos de proselitismo electoral; d) el financiamiento de equipos, oficinas y servicios de las agrupaciones o candidatos; e) contratación a terceros que presten servicios a las candidaturas; f) gastos por desplazamiento de los candidatos, dirigentes o personas que presten servicios a los candidatos, como el transporte de implementación de propaganda y finalmente incluye cualquier otro gasto que no se relacione con el funcionamiento permanente del partido.

Se estableció como deber de la Cámara Nacional Electoral que al iniciarse la campaña, informe a los partidos, alianzas o frentes el límite de gastos, publicándolo en el sitio web del Poder Judicial de la Nación del fuero electoral.

En la elección general para Presidente del año 2011 el límite de gastos fue de un poco más de ochenta y siete millones (\$ 87.787.611,51) de pesos, y para las primarias de más de cuarenta y tres millones (\$ 43.893.806).

Para las primarias legislativas en el mismo año, en el distrito de Capital Federal ascendió a tres millones setecientos ochenta y dos mil novecientos cuarenta y dos pesos (\$3.782.842 y para las generales fue de un poco más de siete millones y medio (\$ 7.565.883,31).

En Buenos Aires en las elecciones primarias el límite fue de dieciséis millones cuatrocientos setenta y un mil noventa dos pesos (\$16.471.092) y

para las generales de casi treinta y tres millones (\$32.942.183,22) por referenciar solo el de algunos distritos.

En 2015, el límite de gastos de campaña para las primarias de Presidente alcanzó ochenta y seis millones cuatrocientos setenta y seis mil trescientos cincuenta y nueve pesos (\$86.476.359) y el mismo para el PARLASUR por distrito único. Para la elección general el límite fue de ciento setenta y dos millones novecientos cincuenta y dos mil setecientos diecinueve pesos (\$172.952.719) para Presidente, al igual que el de la campaña para el Parlasur –ambos por distrito único.⁸

Cuando el partido no presenta candidatos propios sino que adhiere a la candidatura de otra agrupación, los gastos que realice se computarán en conjunto dentro del límite mencionado supra ratificándose la prohibición de realizar gastos de publicidad de campaña por cuentas de terceros.

4. El control del financiamiento de las campañas

Al igual que el anterior, el régimen actual exige que diez (10) días antes de la celebración de los comicios, el Ministerio del Interior informe al juez federal con competencia electoral el monto de los aportes, subsidios y franquicias públicos de la campaña, discriminados por rubro, monto y partido, indicando las sumas ya entregadas y las pendientes de pago. En ese último caso, además, la fecha estimada de su concreción y las causas de la demora (cf. art. 53).

Cuando la ley establece las obligaciones de los partidos con relación a las presentaciones que estos deben efectuar ante la justicia electoral con el objeto de hacer efectivo el control del financiamiento partidario, diferencia claramente los estados contables de cada ejercicio; del informe previo de aportes públicos y privados, y gastos incurridos con motivo de la campaña electoral; y del informe final que deben presentar las agrupaciones noventa (90) días después de finalizada la elección. Estos configuran un balance distinto e independiente del anual, que los partidos están obligados a exhibir al cierre de cada ejercicio contable (cf. Fallo CNE 3355/04).

En el mismo plazo los partidos, a través de su presidente y tesorero y los responsables económico financieros y políticos de campaña conjun-

8. cf. www.electoral.gov.ar

tamente,⁹ deberán presentar un informe detallando los aportes públicos y privados, indicando el origen y monto, así como de los gastos incurridos con motivo de la campaña, y los ingresos y egresos que estén previstos hasta su finalización (cf. art. 54).

Su finalidad es propender al voto informado del elector, por ello es que su presentación en tiempo oportuno constituye una condición esencial para efectivizar la voluntad del legislador, toda vez que para que la información resulte efectiva el electorado debe tenerla a su disposición antes de la realización de los comicios (cf. doctrina de Fallos 3230/03; 3256/03; 3257/03; 3306/04; 3307/04; 3308/04; 3309/04; 3311/04; 3330/04; 3449/05; 3655/05; 3680/06 y 3692/06).

El juez federal con competencia electoral del distrito que correspondiere debe ordenar que se publique en el Boletín Oficial el sitio web donde podrá consultarse (cf. art. 55). Esta previsión recoge lo establecido oportunamente por la Cámara Nacional Electoral cuando dispuso a través de su Acordada N°58 del 13 de agosto del año 2002, la publicación de los informes previstos en los arts. 50 (actualmente art. 23), 54 y 58 de la ley 25.600 en el sitio de “Internet” que el Poder Judicial de la Nación provee al fuero electoral.

Asimismo, mantiene el procedimiento de que los terceros interesados puedan consultar el informe previo en el mismo juzgado donde constare, sin necesidad de expresión de causa alguna y a su costa (cf. art. 56). Del nuevo artículo 57, surge en forma clara que el informe previo debe ser presentado aun por los partidos o alianzas que no hubieren recibido –hasta el plazo que fija el artículo 54– aportes públicos ni privados, toda vez que tal situación no obsta a que el partido presupueste lo que estima que gastará al momento de la elección.

El antecedente inmediato de esta previsión se encuentra en la jurisprudencia de la Cámara Nacional Electoral, en tanto prevé que no resulta posible para tener por cumplido el informe previo, informar que el partido no cuenta con aportes, pues aun cuando el partido financie su campaña únicamente con aportes públicos y el Ministerio del Interior no le comunicara los fondos que le corresponderían, debe informar –al menos– cuánto habría de gastar la agrupación en la impresión de boletas de sufragio, o las

9. Por ser responsables solidarios de velar por el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Ley (cf. Fallos 3340/04 y 3382/04).

razones que lo eximan de solventar –o de prever– las exigencias económicas más elementales de la competencia electoral (cf. Fallos 3361/04; 3362/04 y 3364/04).

Una característica distintiva de este informe “previo” es que no se audita antes de su publicación, pues su control se realiza al momento de considerarse el informe “final” (cf. art. 58), Ello no impide que los magistrados adopten las medidas que consideren pertinentes en el supuesto de que no se presente, o sea incompleto. En este sentido, la justicia expresó que si el legislador hubiera considerado necesario controlar el informe previo antes de su publicación, habría establecido que también se pusiera a su disposición la documentación respaldatoria, tal como lo hizo con el informe final de campaña (cf. Fallo CNE 3230/03).

La obligación del artículo 54 también alcanza –aun en el marco de elecciones exclusivamente presidenciales– a los partidos de distrito que conforman una agrupación de orden nacional (cf. Fallos 3230/03; 3246/03; 3257/03; 3382/04 y 3386/04) al igual que a los miembros de una alianza transitoria (cf. Fallos CNE 3240/03; 3246/03; 3310/04; 3391/05 y 3680/06). Así como, en las elecciones de Diputados y Senadores Nacionales, los partidos nacionales deben presentar –a través de las agrupaciones de distrito– los informes previo y final de campaña (cf. Fallo 3449/05).

Por su parte, un informe final debe presentarse noventa (90) días después de finalizada la elección. En este se detallan los aportes públicos y privados, con indicación de su origen y monto, así como los gastos de campaña, a fin de permitir el control del financiamiento de la campaña desplegada por la agrupación. Las alianzas deberán indicar además la fecha de la apertura y cierre de la cuenta bancaria de campaña. A diferencia del informe previo, aquí debe ponerse a disposición de la justicia la correspondiente documentación respaldatoria.

En cuanto a establecer un plazo para su presentación, razones de seguridad jurídica que constituyen el sustento último de la perentoriedad de los plazos, es el que impone un momento final para el cumplimiento de esta obligación, pasado el cual y sin extenderlo más, se generan consecuencias. No puede dejarse librado al juez, toda vez que el mismo está determinado legalmente en noventa¹⁰ (90) días desde la celebración de los comicios.

10. En la ley 25.600 el plazo era de 60 días.

Por ello es que resulta indisponible, “admitir lo contrario generaría situaciones de desigualdad en las decisiones judiciales, con la consiguiente inseguridad que generaría la falta de límites precisos, de ahí que se computa a partir de la finalización de la elección” (Fallo CNE 3417/05).

El informe final también será publicado en el sitio web del Poder Judicial de la Nación y los partidos deberán difundir en un diario de circulación nacional el sitio web donde se encuentren publicados. Si la agrupación no contare con un sitio web hará referencia al del Poder Judicial (cf. arts. 59 y 24).

El artículo 60 establece expresamente que las consultas tramitan conforme a las reglas establecidas en el artículo 25 comentadas anteriormente.

Otra novedad incorporada por la nueva ley de financiamiento, que le da certeza y celeridad a la supervisión de la justicia electoral, es el plazo máximo de ciento ochenta (180) días con que cuentan la primera instancia y la Cámara Nacional Electoral como tribunal de alzada, para que sus peritos contadores realicen la auditoría de los informes finales de campaña, y de treinta (30) días para elaborar el dictamen respectivo y su notificación a los partidos. Vencido este último, el juez federal tiene hasta treinta (30) días para resolver, pudiendo ampliarlo si mediare algún traslado al partido a fin de que aclare o presente un nuevo informe (cf. art. 61).

Actualmente, para el caso de incumplimiento de estas obligaciones el juez puede, resultándole facultativo hacerlo, aplicar como sanción una multa por presentación extemporánea equivalente al 0,2% por cada día de demora del total de fondos públicos que le correspondieren a la agrupación política en la próxima distribución del Fondo Partidario Permanente; como también puede, transcurridos noventa (90) días del vencimiento del plazo de que se trate, disponer como medida cautelar, la suspensión de todos los aportes públicos notificando su resolución al Ministerio del Interior (art. 67).

En caso de no acreditarse debidamente el origen y/o destino de los fondos recibidos, los responsables –presidente, tesorero y responsables políticos, económicos y financieros de la campaña– serán pasibles de inhabilitación de seis (6) meses a diez (10) años para el ejercicio de sus derechos de elegir y ser elegidos a cargos públicos nacionales y en las elecciones de autoridades de los partidos políticos y para el ejercicio de cargos públicos y partidarios (arts. 63 inc. b y 64).

Con respecto a los controles, si bien se mantiene la obligación de presentar un informe final noventa días después de terminar la campaña con los aportes públicos y privados recibidos, al modificarse el artículo 58 de la ley 26.215 se eliminó como obligación del presidente del partido, aunque persiste sobre el tesorero y los responsables económico financieros de la campaña.

A través de la inclusión del nuevo artículo 58 bis se incorporaron como gastos a consignarse en el informe final los de administración; los de oficina y adquisiciones; los de publicidad electoral; por servicios de sondeos o encuestas de opinión; los producidos por servicios de transporte; los judiciales y de rendición de cuentas; los de impresión de boletas y otros debidamente fundamentados, así también las inversiones en material para el trabajo público de la agrupación, incluyendo publicaciones.

Los juzgados con competencia electoral y la Cámara Nacional Electoral a través del cuerpo de auditores contadores tendrán un máximo de ciento ochenta (180) días para la realización de la Auditoría de los Informes Finales de Campaña y treinta (30) días para la elaboración y notificación a los partidos del dictamen correspondiente.

Asimismo se incorporó la obligación del responsable económico y financiero de cada lista interna de presentar un informe final veinte (20) días después de finalizada la elección primaria, ante el responsable económico financiero de la agrupación política. Dicho informe debe detallar los aportes públicos y privados recibidos con indicación de origen, monto, nombre y número de documento del donante, así como los gastos realizados durante la campaña electoral. El informe debe contener lo dispuesto en la ley de financiamiento de los partidos para las campañas generales.

A su vez, una vez efectuada la presentación del informe final de la agrupación política que participó de la primaria, el responsable económico financiero de la lista interna deberá presentar su informe final ante el juzgado federal con competencia electoral que corresponda, para su evaluación y aprobación.

Treinta días después de finalizada la elección primaria, cada agrupación política debe realizar y presentar ante el juez con competencia electoral un informe final detallado sobre los aportes públicos recibidos y privados, discriminados por lista interna, con indicación de origen y monto, así como los gastos realizados por cada lista, durante la campaña electoral. El informe debe contener lo dispuesto para las campañas general regulados

en la ley de financiamiento y será confeccionado en base a la información rendida por las listas internas que cumplieren indicando quienes no lo hubieran presentado.

5. Sanciones

Dentro de las sanciones a las agrupaciones se mantuvieron las previstas en el artículo 62. Esto es que perderán sus derechos a recibir contribuciones subsidios y todo recurso de financiamiento público anual por un plazo de uno (1) a cuatro (4) años y los fondos para financiamiento público de las campañas electorales por una (1) a dos (2) elecciones, quienes: recibieran o depositaran fondos en cuentas distintas de las previstas en la ley,¹¹ hubieran retirado sus candidatos y no restituyeran el monto recibido en concepto de aporte de campaña, recibieran donaciones, aportes o contribuciones en violación a lo dispuesto por los artículos 15 y 16, esto es, recibir contribuciones o donaciones anónimas, o de entidades centralizadas o descentralizadas nacionales, provinciales, interestadales, binacionales o multilaterales, municipales o de la Ciudad de Buenos Aires o de empresas concesionarias de servicios u obras públicas de la Nación, de las provincias, municipios o la Ciudad de Buenos Aires, de personas físicas o jurídicas que exploten juegos de azar, de gobiernos o entidades públicas extranjeras,¹² o que no tuvieran residencia o domicilio en el país, o de personas que hubieran sido obligadas a efectuar la contribución por sus superiores jerárquicos o empleadores, o de asociaciones sindicales, patronales y profesionales.

También quienes recibieran montos por encima de los montos máximos que en el caso de las personas jurídicas no pueden superar el monto

11. El artículo 20 establece que los fondos del partido deberán depositarse en una única cuenta por distrito que se abrirá en el Banco de la Nación Argentina o bancos oficiales en las provincias que los tuvieran. Asimismo, el artículo 32 prevé que las alianzas deberán depositar sus fondos electorales en una cuenta a nombre de la misma alianza.

12. Ya en 1950 el entonces diputado nacional Arturo Frondizi presentó un proyecto de resolución a la Cámara de Diputados de la Nación para designar una comisión especial a los fines de investigar el origen e inversión con que todos los partidos políticos habían financiado su actuación y determinar si habían recibido aportes de gobiernos, entidades o empresas extranjeras de autoridades nacionales, provinciales, o municipales del país o de empresas entidades o firmas comerciales que actuaban en la República.

equivalente al 1% del total de gastos permitidos y una persona física superior al monto equivalente al 2% del total de gastos permitidos. Y quienes realizaran gastos por encima de los límites permitidos.

El límite de aportes por año calendario para las agrupaciones políticas por parte de las personas físicas fue en el año 2011 de un millón setecientos cincuenta y cinco mil setecientos cincuenta y dos pesos con veintitrés centavos (\$1.755.752,23). Para las personas jurídicas el monto máximo de aportes fue de ochocientos setenta y seis mil pesos con doce centavos (\$877.876,12), //CHEQUEAR CIFRA// mientras que en las elecciones de octubre de 2015 el límite fue de tres millones cuatrocientos cincuenta y nueve mil cincuenta y cuatro pesos (\$3.459.054) para las personas físicas y de un millón setecientos veinte nueve mil quinientos veintisiete (\$1.729.527) para las personas jurídicas.¹³

Finalmente, se agregaron dos incisos donde se prevé que también serán penadas las agrupaciones que contrataren o adquirieren por sí o por terceros espacios en radio o televisión, para promocionar con fines electorales en violación a lo previsto en el artículo 43 y a quienes dentro de los noventa (90) días de realizada la elección no restituyeren el remanente del aporte de boletas o el total, en caso que no haya acreditado el gasto en el informe final de campaña.

También se incorporó que la conducta de los directores y gerentes o representantes de medios de comunicación que aceptaren publicidad en violación a lo dispuesto en el nuevo régimen será considerada falta grave y comunicada para su tratamiento a la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual.

Ante el incumplimiento, en tiempo y forma, del informe previo de campaña se facultó al juez a aplicar una multa equivalente al cero coma cero dos por ciento (0,02%), por cada día de demora del total de fondos públicos que le correspondiera a la agrupación en la próxima distribución del fondo partidario permanente tal como era antes. Sin embargo, se fijó un límite para aplicarla de hasta un máximo de nueve (9) días antes de los comicios.

El incumplimiento del informe final que cada lista participante de la elección primaria debe presentar a la agrupación hará pasible en forma solidaria a los precandidatos y al responsable económico financiero de la lista

13. www.electoral.gob.ar

interna, de una multa equivalente al 0,2% del total de los fondos públicos recibidos por cada día de mora en la presentación.

También transcurridos noventa días del vencimiento del plazo para la presentación del informe final por el responsable económico financiero de la lista interna ante la agrupación, el juez podrá disponer la aplicación de una multa a los precandidatos y al responsable económico financiero, solidariamente de hasta el cuádruplo de los fondos públicos recibidos, y la inhabilitación de los candidatos de hasta dos elecciones.

Por otra parte, el incumplimiento de la presentación del informe final de campaña de la agrupación política en las primarias, en la fecha establecida, facultará al juez a aplicar una multa equivalente al 0,2% del total de los fondos públicos que le correspondan a la agrupación en la próxima distribución del Fondo Partidario Permanente por cada día de mora en la presentación. Transcurridos noventa días desde el vencimiento del plazo de que se trata el juez interviniente podrá disponer la suspensión cautelar de todos los aportes públicos notificando su resolución a la Dirección Nacional Electoral.

6. Conclusión

En esta breve conclusión me parece importante recordar lo que afirma Sartori en términos de que el dinero destinado a financiar a los partidos políticos no puede ni debe ser considerado como un gasto sino como una inversión. Mantener la democracia y la gobernabilidad es el reto contemporáneo y para ello debe promoverse la mejor calidad democrática y evitar las trampas del dinero.¹⁴

La política necesita de partidos sólidos y modernos para desarrollarse en plenitud y proveer sus recursos contribuye a su fortalecimiento.

Sin embargo, la relación entre el dinero y la política es muy compleja, en tanto, si los recursos son públicos, al provenir de las contribuciones que realiza la sociedad civil, su distribución es de suma sensibilidad; si los recursos son privados la posibilidad de que se desconozca el verdadero origen de sus fondos puede dar lugar a prácticas ilícitas de recaudación, lo que genera una gran desconfianza en la ciudadanía.

14. Sartori, Giovanni, *Partidos y Sistemas de Partidos*, Madrid, Alianza Editorial, 2000, p. 198.

De manera que la transparencia y la equidad en la asignación y destino de los fondos partidarios son los dos principios fundamentales en los cuales las normas de financiamiento que pretendan tutelar esta materia deben abreviar.

En este sentido, si bien a partir de la recuperación de la democracia nuestro país ha avanzado, desde mi perspectiva, queda por redefinir el sistema de financiamiento en el marco de una revisión integral del régimen electoral y de partidos, de modo de lograr una normativa, coherente, ágil y eficaz, evitando contradicciones y/o lagunas difíciles de sortear.

Pero cualquier mejora u obstáculo que se encuentre en este camino, no se resuelve o simplifica solo por la vigencia de una buena ley, aun la “mejor ley”, si ello fuera posible.

Porque la democracia y su vigencia depende fundamentalmente de comportamientos democráticos y ello implica que quienes intervienen en la política asuman el compromiso de aceptar las normas y las reglas de la transparencia. De lo contrario, siempre habrá zonas oscuras a las que no se podrá llegar.

Bibliografía

Rodríguez Peñaranda, M. L.: *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2005.

Sartori, Giovanni: *Partidos y Sistemas de Partidos*, Madrid, Alianza Editorial, 2000.

www.electoral.gob.ar

El derecho de sufragio de los extranjeros

*María Alejandra Perícola**

*Dedicado al catedrático y maestro
del Derecho Constitucional
Pablo Santolaya Machetti,
por sus enseñanzas*

Resumen

Los procesos electorales en las provincias argentinas y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires son los mecanismos que hacen posible compaginar dos elementos básicos de nuestro ordenamiento constitucional: la autonomía política y el principio democrático.

En tanto y en cuanto la materia electoral es una de las competencias que las provincias no delegaron a la Nación, el trabajo que se presenta estudia en primer lugar el alcance de los derechos políticos a la luz de los estándares interamericanos e internacionales y en el artículo 37 de la Constitución Nacional; para luego analizar el concepto de ciudadanía; y, finalmente, en el marco de lo que puede denominarse federalismo electoral, comparar el tratamiento del derecho de sufragio de los extranjeros en las normas constitucionales y las leyes electorales en cada distrito electoral.

Palabras clave: derechos políticos, ciudadanía, derecho de sufragio de los extranjeros, federalismo electoral.

* Abogada y Licenciada en Ciencia Política. Máster en Derecho Electoral. Profesora de Teoría del Estado, Derecho Constitucional y Principios Generales del Derecho Latinoamericano en la Universidad de Buenos Aires; mpericola@derecho.uba.ar.

The right of foreigners to vote

Abstract

The electoral processes in the Argentine provinces and in the Autonomous City of Buenos Aires are the mechanisms that enable the combination of two basic elements of our constitutional order: political autonomy and the democratic principle.

Insofar as the electoral subject matter is one of the competencies that the provinces have not delegated to the Nation, this paper studies, firstly, the scope of the political rights in the light of the inter-American and international standards and in the 37th article of the Constitution; secondly, it analyzes the concept of citizenship and, finally, it compares the treatment of the right of foreigners to vote in the constitutional provisions and in the electoral laws in each constituency, within the framework of what can be termed electoral federalism.

Keywords: political rights, citizenship, the right of foreigners to vote, electoral federalism.

I. El alcance de los derechos políticos a la luz de los estándares interamericanos e internacionales

Existe consenso en la doctrina sobre las condiciones que deben cumplirse para que el acceso al gobierno de un Estado pueda considerarse democrático: autoridades públicas electas, elecciones libres, periódicas y limpias, derecho a competir por los cargos públicos, libertad de expresión, libertad de asociación, la adopción de las decisiones por la mayoría numérica y, naturalmente, el respeto del derecho de las minorías, la alternancia en el poder político, con el reconocimiento del derecho al voto igual, libre y secreto que presupone el mínimo procesal¹ de la democracia.

1. Cfr. N. Bobbio, *El futuro de la democracia*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 14.

En este sentido, y con el objetivo de promover la democracia y fortalecer el Estado de derecho, una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos adoptados desde mediados del siglo XX han conferido una base jurídica a los derechos políticos y al derecho a la participación política.

En el sistema interamericano, en el artículo 23, apartado 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos² referido a los derechos políticos, se explicita en el punto b) el derecho de los ciudadanos a votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.

Por su parte, la Carta Democrática Interamericana ha dispuesto que “son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos”.³

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha tenido oportunidad de referirse a los derechos políticos en el caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos* de 2008 y allí sostuvo que “Los derechos políticos son derechos humanos de importancia

2. Artículo 23. Derechos Políticos.

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; y
- c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

3. Cfr. Organización de los Estados Americanos. *Carta Democrática Interamericana*. Aprobada en la primera sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA, celebrada el 11 de septiembre de 2001 durante el Vigésimo Octavo Período de Sesiones, artículo 3.

fundamental dentro del sistema interamericano que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático”,⁴ y precisó una serie de cuestiones al respecto:

- a) Que el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención (Párrafo 147 de la sentencia).
- b) Que el párrafo 1 del artículo 23 de la Convención americana reconoce a todos los ciudadanos los derechos: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país (Párrafo 154 de la Sentencia).
- c) Que la participación política mediante el ejercicio del derecho a ser elegido supone que los ciudadanos puedan postularse como candidatos en condiciones de igualdad y que puedan ocupar los cargos públicos sujetos a elección si logran obtener la cantidad de votos necesarios para ello (Párrafo 148 de la sentencia).
- d) Que el párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana establece que la ley puede reglamentar el ejercicio y las oportunidades a tales derechos, exclusivamente en razón de la “edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal” con el propósito único de evitar la posibilidad de discriminación contra individuos en el ejercicio de sus derechos políticos. Y agrega que estas causales se refieren a las condiciones habilitantes que la ley puede imponer para ejercer los derechos políticos, y las restricciones basadas

4. Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos (Corte IDH, sentencia del 6 de agosto de 2008, párr. 140).

en esos criterios son comunes en las legislaciones electorales nacionales, que prevén el establecimiento de edades mínimas para votar y ser votado, ciertos vínculos con el distrito electoral donde se ejerce el derecho, entre otras regulaciones. Siempre que no sean desproporcionados o irrazonables, se trata de límites que legítimamente los Estados pueden establecer para regular el ejercicio y goce de los derechos políticos y que se refieren a ciertos requisitos que las personas titulares de los derechos políticos deben cumplir para poder ejercerlos (Párrafo 155 de la Sentencia).

- e) Que más allá de las características del proceso electoral (elecciones periódicas y auténticas) y de los principios del sufragio (universal, igual, secreto, que refleje la libre expresión de la voluntad popular), la Convención Americana no establece una modalidad específica o un sistema electoral particular mediante el cual los derechos a votar y ser elegido deben ser ejercidos (Párrafo 149 de la Sentencia).
- f) Que la Convención se limita a establecer determinados estándares dentro de los cuales los Estados legítimamente pueden y deben regular los derechos políticos, siempre y cuando dicha reglamentación cumpla con los requisitos de legalidad, esté dirigida a cumplir con una finalidad legítima, sea necesaria y proporcional; esto es, sea razonable de acuerdo a los principios de la democracia representativa (Párrafo 149 de la Sentencia).
- g) Que, en el ámbito de los derechos políticos la obligación de garantizar resulta especialmente relevante y se concreta, entre otros, en el establecimiento de los aspectos organizativos o institucionales de los procesos electorales, a través de la expedición de normas y la adopción de medidas de diverso carácter para implementar los derechos y oportunidades reconocidos en el artículo 23 de la Convención (Párrafo 149 de la Sentencia).
- h) Que el derecho internacional no impone un sistema electoral determinado ni una modalidad determinada de ejercer los derechos a votar y a ser elegido (Párrafo 160 de la Sentencia).

En el caso *López Mendoza vs. Venezuela* de 2011, la Corte IDH estimó pertinente reiterar que “el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos

en la Convención”⁵ y que sus titulares, es decir, los ciudadanos, no solo deben gozar de derechos, sino también de “oportunidades”.⁶

En el sistema de Naciones Unidas el derecho de participación política se contempla en el artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos;⁷ en el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,⁸ que no incluye posibles causales para la restricción o reglamentación de los derechos políticos semejante al artículo 23.2 de la Convención, aunque sí establece que los mismos no pueden ser limitados por “restricciones indebidas”; y en el artículo 5 c) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

En el sistema Europeo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos no reconoce como tal el derecho de sufragio sino la obligación de los Estados a organizar, a intervalos regulares, elecciones libres mediante sufragio secreto y en condiciones que aseguren la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo (artículo 3 del Protocolo Adicional N°1). Sin embargo, en la actualidad, esta deficiente regulación ha sido

5. Cfr. Caso Castañeda Gutman, párr. 143.

6. Caso López Mendoza vs. Venezuela de 2011(Corte IDH, sentencia del 11 de septiembre de 2011, párr. 108).

7. Artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos:

1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.

2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.

3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

8. Artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;

c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

paliada al menos en parte a partir del Protocolo Adicional N°12, adoptado por el Comité de Ministros el 26 de junio de 2000, relativo al principio de igualdad que permite conocer al Tribunal Europeo de cualquier violación de la igualdad en relación con cualquier derecho con independencia de su reconocimiento o no en el Convenio o en la ley.⁹

El Convenio Europeo sobre la Participación de los Extranjeros en la Vida Política a Nivel Local¹⁰ dispone que cada Estado parte se compromete a reconocer el derecho de los extranjeros, con residencia legal y habitual durante cinco años, a ser electores y elegibles en las elecciones locales, con los mismos requisitos exigidos a los nacionales (artículo 6.1). A esto se agrega la autorización a los Estados para declarar, en el momento de la ratificación, que el derecho se extenderá exclusivamente al sufragio activo, no a la posibilidad de ser elegido para los cargos locales (artículo 6.2).

El Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral (*Code of Good Practice in Electoral Matters*) aprobado por la Comisión de Venecia (*European Commission for Democracy Through Law – Venice Commission*) en octubre de 2002, señala que el sufragio universal implica en principio que todo ser humano tiene el derecho a emitir su voto y a presentarse como candidato. Con todo, se entiende que este derecho puede, e incluso debe, estar sujeto a cierto número de condiciones, entre ellas, la condición de nacionalidad, aunque se recomienda “que los extranjeros tengan el derecho a votar en las elecciones locales después de cierto período de residencia”.

Finalmente, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea crea una ciudadanía de Unión que será complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional (artículo 17 1.). Por ello se permite que “Todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado...” (artículo 19 1.) y que “todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro en el

9. Cfr. M. E. Rebato Peño, *Análisis comparado México-España de los derechos político-electorales* (Serie Temas Selectos de Derecho Electoral 10), México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2010, p. 22.

10. Entró en vigor el 1 de mayo de 1997.

que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado...” (artículo 19. 2), aclarando que en ambos casos estos derechos se ejercerán “sin perjuicio de las modalidades que el Consejo adopte, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo; dichas modalidades podrán establecer excepciones cuando así lo justifiquen problemas específicos de un Estado miembro”.

II. La garantía del pleno ejercicio de los derechos políticos

El artículo 3º de la Ley N°24.309¹¹ que declaró la necesidad de la reforma parcial de la Constitución de la Nación Argentina, habilitó a la Convención Constituyente para incorporar un nuevo capítulo a la primera parte de la Constitución, que finalmente se tituló “Nuevos Derechos y Garantías”. Y, entre los temas que fueron habilitados por el Congreso Nacional para su debate en la Convención, se dispuso el referido a las “Garantías de la democracia en cuanto a la regulación constitucional de los partidos políticos, sistema electoral y defensa del orden constitucional” (punto J, art. 3).

Es así como se incorporan los artículos 36 (sobre defensa del orden constitucional); 37 (referido a los derechos políticos) y el 38 (concerniente a los partidos políticos).

Y me detengo en el artículo 37¹² y, específicamente, en la garantía del pleno ejercicio de los derechos políticos.

Los derechos políticos, que si bien se consideran clásicamente de primera generación, se ubican en el nuevo capítulo, ya que no fueron considerados expresamente en la Constitución histórica, aunque la doctrina y la jurisprudencia los habían recogido a partir de la norma de habilitación del artículo 33 con un criterio amplio. El artículo 37 de la Constitución Argentina contempla así una serie de derechos, cada uno de ellos con sustantividad

11. BO 31/12/1993.

12. Artículo 37.- Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio. La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral.

propia, pero que pueden englobarse en el genérico enunciado de derechos políticos (tanto en su faz activa como pasiva) en estrecha conexión con otros derechos como podrían ser el derecho de reunión y participación o bien “derechos de participación política”.¹³

Asimismo, y conforme lo establecido en el artículo 23 apartado 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Mientras que las únicas condiciones para el ejercicio del derecho de elegir o derecho de sufragio activo en el ordenamiento jurídico argentino a nivel nacional son la edad, la ciudadanía y estar en pleno ejercicio de los derechos políticos; la capacidad electoral pasiva se encuentra sometida a una serie de requisitos distintos a los previstos para el ejercicio del derecho de sufragio activo: edad, nacionalidad, ciudadanía, residencia, causas de inelegibilidad e incompatibilidades.

En cambio, como se analizará en el apartado V, en los ámbitos provincial y municipal, donde los extranjeros también son considerados parte del cuerpo electoral, las condiciones comunes para el ejercicio del derecho de sufragio tanto en su faz activa y pasiva se refieren a la edad, saber leer y escribir en idioma nacional, cantidad de años de residencia en la provincia o municipio y la inscripción en un registro especial de extranjeros.

III. Una apostilla sobre los conceptos de pueblo, nacionalidad y ciudadanía

Respecto del concepto de pueblo, Heller ha distinguido entre el pueblo como formación natural¹⁴ (se entiende por pueblo solo lo que este tiene de natural, ya en cuanto población, ya en cuanto raza) y el pueblo como formación cultural¹⁵ que se convierte en nación cuando la conciencia de pertenecer

13. Cfr. A. R. Dalla Via, “La participación política y la reforma electoral en Argentina”, en *Revista Justicia Electoral*, Vol. 1, N°7, México, 2011, p. 89.

14. H. Heller, *Teoría del Estado*, FCE, 5ta. reimpresión, Buenos Aires, [1934] 1992, p. 164.

15. *Ibid.*, p. 177.

al conjunto llega a transformarse en una conexión de voluntad política. Cuanto más intensamente desarrolle un pueblo la conciencia de su peculiaridad y su diferencia respecto de otros pueblos, podrá, entonces, llegar a conformar una comunidad del pueblo y en el terreno político una nación.

De esta forma, Bidart Campos entiende que la “nacionalidad sociológica” alude a un vínculo que une al hombre a una nación, se adquiere espontáneamente y por tanto es insusceptible de regulación por parte del Estado.¹⁶

La ciudadanía, en cambio, consiste “en una condición según la cual un individuo pertenece al orden político de una nación y se halla en actitud de ejercer los derechos políticos inherentes a su Constitución”.¹⁷

Es decir que, la ciudadanía (que en la Constitución federal se identifica con la “nacionalidad política”) es una condición jurídica del hombre que consiste en un “status” derivado del derecho positivo, cuyo contenido está dado por el ejercicio de los derechos políticos.¹⁸

Desde el punto de vista normativo, el artículo 20 de la Constitución federal señala que “los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República”.

16. Cfr. G. J. Bidart Campos, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2000, Tomo I-A, p. 613.

17. Cfr. J. V. González, *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Ángel Estrada y Cía. [1897], decimoquinta edición, s.d., p. 216.

18. Cfr. G. J. Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, Buenos Aires, Ediar, sexta reimpression, 2009, Tomo I, p. 413.

Al respecto D. Nohlen agrega que la ciudadanía y la pertenencia legal a un Estado se obtiene por nacimiento o por la vía de la nacionalización, o sea, es adquirible. El otorgamiento de la nacionalidad por nacimiento se regula a través del principio territorial (*ius soli*), o bien mediante el principio de la ascendencia (*ius sanguinis*). Véase, *Diccionario de Ciencia Política*, México, Ed. Porrúa, 2006, Tomo II, p. 942.

Sobre este mandato, la Ley N°346 de Ciudadanía¹⁹ reconoce dos medios generales para adquirir la ciudadanía: ser argentino nativo o por opción (los hijos de argentinos nativos, que habiendo nacido en país extranjero optaren por la ciudadanía de origen) y los ciudadanos por naturalización que son los extranjeros mayores de 18 años, que residiesen en la República dos años continuos y manifestasen ante los jueces federales de sección su voluntad de hacerse ciudadano argentino (artículo 2°).

A partir de estas precisiones, y en lo que respecta al ejercicio de los derechos políticos en el ámbito nacional, el Código Electoral Nacional reserva a los ciudadanos tanto la capacidad electoral activa como la pasiva. Así, respecto de la primera, el artículo 1 dispone que son electores los argentinos nativos y por opción, desde los 16 años de edad,²⁰ y los argentinos naturalizados, desde los 18 años, que no tengan ninguna de las inhabilitaciones previstas por el Código.

Para la capacidad electoral pasiva en la elección de autoridades nacionales, la Constitución federal establece la exigencia de la ciudadanía: para ser diputado se requiere haber cumplido la edad de veinticinco años, tener cuatro años de ciudadanía en ejercicio (artículo 48); para ser elegido senador haber sido seis años ciudadano de la Nación (artículo 55); para ser elegido presidente o vicepresidente de la Nación, el artículo 89 requiere haber nacido en el territorio argentino, o ser hijo de ciudadano nativo, habiendo nacido en país extranjero; y las demás calidades exigidas para ser elegido senador.

Es decir que, además de los derechos otorgados a los extranjeros en el artículo 20 de la Constitución Nacional, si un extranjero decide naturalizarse, puede ser diputado nacional o parlamentario del Mercosur con cuatro años de ciudadanía; senador nacional con seis años de ejercicio de la ciudadanía y, siendo hijo de ciudadano nativo, aunque haya nacido en el extranjero,

19. Sancionada el 1 de octubre de 1869, modificada por la Ley N°26.774 (B.O. 02/11/2012).

20. El 31 de octubre de 2012 se sancionó la Ley 26.774, que modificó el artículo 7° de la Ley de Ciudadanía 346: “los argentinos que hubiesen cumplido la edad de 16 años, gozan de todos los derechos políticos conforme a la Constitución y a las leyes de la República” (artículo 7°).

puede ser presidente o vicepresidente de la República, llenando la opción por la patria originaria.²¹

Entonces, como corolario de lo hasta aquí expuesto, se evidencia que para elegir y ser elegido en las elecciones nacionales, se encuentran habilitados los nacionales argentinos y los extranjeros naturalizados respetando las exigencias de ciudadanía establecidas en cada caso.

Aunque, como podrá advertirse en los apartados siguientes, el escenario se presenta de manera diversa en el ámbito de las elecciones locales donde se autoriza el derecho de sufragio a los extranjeros en el marco de la autonomía que en materia electoral gozan las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) conforme el artículo 122 de la Constitución Nacional. Ya que, en el Estado Federal coexisten dos niveles de instituciones políticas, de gobierno, legislación y administración superpuestos: el nivel central y las unidades integrantes o constituyentes, distinguiéndose así entre un poder político central y otros poderes políticos particulares, lo que produce un doble orden normativo, uno general para todo el territorio y otros parciales, vigentes en los territorios respectivos y que se integran en el general.²²

Así, las Constituciones de las Provincias²³ y de la CABA reconocen y garantizan a los extranjeros todos los derechos establecidos por la Constitución Nacional y, además, “en uso de su soberanía política local, les han concedido otras prerrogativas que importan darles participación en las funciones del gobierno en determinada medida”.²⁴

No obstante, previo a introducirnos en el estudio específico de la actual situación en cada una de las provincias argentinas y en la CABA, resulta conveniente contextualizarla en el derecho comparado ya que, como sostiene Dieter Nohlen, “el contexto hace la diferencia” y la ingeniería y el funcionamiento de las instituciones ha de analizarse teniendo en cuenta su realidad inmediata.²⁵

21. Véase, J. V. González, op. cit., p. 228.

22. E. Gómez, “Federalismo y régimen electoral”, en M. A. Perícola (dir.), *Metamorfosis de la representación política*, Buenos Aires, Proyecto Editorial, 2012, p. 148.

23. Excepto la de la Provincia de Formosa.

24. Cfr. J. V. González, op. cit., p. 229.

25. Cfr. D. Nohlen, *El contexto hace la diferencia: reformas institucionales y el enfoque*

IV. El derecho de sufragio de los extranjeros en el derecho comparado

Es preciso partir de la siguiente afirmación del catedrático Santolaya Machetti: “Todavía no existe ningún país en el mundo que reconozca incondicionalmente el derecho de sufragio activo y pasivo en todo tipo de elecciones a todos los extranjeros que se encuentran en su territorio”.²⁶

Si bien en Irlanda y Gran Bretaña se autoriza el derecho de sufragio de los extranjeros tanto en la faz activa como pasiva en todas las elecciones, también es cierto que dicha autorización se refiere a “determinados extranjeros” (en el caso británico los que provienen de Irlanda y de la *Commonwealth*).²⁷

En Alemania, Austria, Bulgaria, Chipre, Francia, Italia, Grecia, Letonia, Polonia y Rumania solo se autoriza a los ciudadanos de la Unión la posibilidad de ejercer el derecho de sufragio activo y pasivo en el ámbito local.

En otros países como Estados Unidos, China, Rusia, Filipinas, India, Nigeria y Pakistán se reserva el derecho de sufragio a los nacionales.²⁸

Y, en el caso español, la Constitución reconoce el derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones municipales, pero establece dos exigencias: que se haga por medio de tratado o ley y atendiendo a criterios de reciprocidad.²⁹ Portugal y República Checa también exigen reciprocidad.

histórico-empírico, México, editado por Zilla, Claudia, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1ª reimpr., 2005.

26. P. Santolaya Machetti, “Los Acuerdos sobre voto en las elecciones municipales de la IX Legislatura”, en F. J. Matia Portilla (dir.), *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, p. 19.

27. Cfr. P. Santolaya Machetti y M. Díaz Crego, *El sufragio de los extranjeros. Un estudio comparado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 38-39.

28. Véase P. Santolaya Machetti y M. Díaz Crego, op. cit., p. 80 y sigs.

29. Para un estudio exhaustivo sobre los “criterios de reciprocidad” establecidos en el artículo 13.2 de la Constitución de España véase P. Santolaya Machetti, “El derecho de sufragio de los extranjeros”, en *El Informe del Consejo de Estado sobre la Reforma Electoral. Texto del informe y debates académicos*, Madrid, Consejo de Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 511-522.

Por su parte, en el ámbito latinoamericano, países como Ecuador (con residencia legal en el país de al menos cinco años), Chile (avecindados en el país por más de cinco años) y Uruguay (con residencia habitual de por lo menos quince años), aunque permiten que los extranjeros participen en todos los procesos electorales, dicha permisión se restringe al sufragio activo.

Colombia, Perú, Venezuela, Bolivia y Paraguay limitan el sufragio activo de los extranjeros a las elecciones municipales. Aunque en este último se permite el derecho de sufragio pasivo de los extranjeros con radicación definitiva.

La reserva a los nacionales del derecho de sufragio en todo tipo de elecciones se presenta en México, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, República Dominicana y Brasil (aunque se exceptúa a los portugueses con residencia permanente en el país).

En pocas palabras, el factor de la nacionalidad persiste como componente específico del derecho de sufragio y cuando se admite el derecho a la participación política a los extranjeros, se circunscribe a las elecciones locales y, en la mayoría de los casos, reconociéndoles únicamente el derecho de sufragio en la faz activa.

V. Federalismo electoral: el derecho de sufragio de los extranjeros en las Constituciones de Provincia y de la CABA y en el régimen municipal

Como ya se mencionó, de acuerdo con la forma federal del Estado argentino, la delimitación de las competencias de las Provincias en materia electoral que se encuentra en el artículo 122 de la Constitución Nacional establece la facultad de darse sus propias instituciones locales y elegir a sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios, sin intervención del Gobierno federal; y, en igual sentido respecto de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el artículo 129 dispone que “La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de Gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad”.

En este sentido, el artículo 122 consagra y preserva las autonomías provinciales, al prescribir que las provincias eligen a sus gobernadores, legisladores y demás funcionarios, sin intervención del gobierno federal y que cada provincia es titular del poder constituyente en el ámbito personal y

territorial que le es propio, a fin de dictar para sí una Constitución bajo el sistema representativo y republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional.³⁰

Por lo tanto, sobre la base de considerar que cada provincia establece las disposiciones funcionales que considera más adecuadas para su organización institucional, los sistemas electorales pretenden traducir la intención del cuerpo electoral, que se declara por medio del ejercicio del sufragio al ámbito del poder del Estado por aplicación de ciertas pautas genéricas o específicas de reducción de las voluntades individuales que siempre lo condicionan en alguna medida.³¹

Es así como la materia electoral constituye una competencia reservada a cada una de las provincias en la medida en que no fue expresamente delegada a la Nación. Consecuentemente, se observa una variedad de sistemas electorales y al mismo tiempo diferentes disposiciones y requisitos respecto de las posibilidades de participación política de los extranjeros y extranjeras en los veintitrés distritos electorales que se analizan a continuación.

El régimen constitucional establecido en la Provincia de Buenos Aires con relación al ejercicio de los derechos políticos establece que la atribución del sufragio popular es un derecho inherente a la condición de ciudadano argentino y del extranjero en las condiciones que determine la ley (artículo 59). La Ley N°11.700 (BO 11/12/95)³² que regula el voto de los extranjeros dispone, respecto del derecho de sufragio activo, que “Los extranjeros, de ambos sexos, mayores de edad, que sepan leer y escribir en idioma nacional, con dos años de residencia inmediata en el territorio de la Provincia de Buenos Aires, podrán ser electores en todos los comicios que se realicen para elegir Gobernador, Vicegobernador, Legisladores Provinciales, Intendentes Municipales, Concejales, Consejeros Escolares y Diputados Constituyentes, como así pronunciarse en todo tipo de consulta popular y en los plebiscitos

30. CSJN, “Electores y apoderados de los partidos Justicialista, UCR. y Democracia Cristiana s/ nulidad de elección de Gobernador y Vicegobernador”, 26/12/91.

31. CSJN, “Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe c/ Provincia de Santa Fe”, 6/10/94, voto concurrente del juez Fayt, considerando 15.

32. Texto actualizado con las modificaciones introducidas por la Ley N°12.312 (BO 23/08/99) y Ley N°14.470 (BO 13/12/2012).

contemplados en el artículo 206, inciso b) de la Constitución de la Provincia” (artículo 1).

Con relación al régimen municipal, la Constitución provincial dispone que son elegibles todos los ciudadanos mayores de veinticinco años, que sepan leer y escribir, vecinos del distrito, con un año de domicilio anterior a la elección y si son extranjeros, tengan además cinco años de residencia y estén inscriptos en el registro especial, aclarándose que los concejales extranjeros no podrán exceder de la tercera parte del número total de los miembros del Concejo Deliberante (artículo 191). Para la administración de los servicios educativos a cargo de los denominados Consejos Escolares serán electores los ciudadanos argentinos y los extranjeros en las condiciones que determine la ley inscriptos en el registro electoral del distrito, y serán condiciones para ser elegidos: ser mayor de edad, y vecino del distrito con no menos de dos años de domicilio inmediato anterior a la elección (artículo 203).

La Ley N°14.086,³³ que estableció el régimen de elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias, dispuso, además que “son electores todos los ciudadanos empadronados en la Provincia y los extranjeros que se encuentren inscriptos en el registro establecido por la Ley N°11.700” y que la emisión del sufragio será obligatoria.

La Provincia de Catamarca circunscribe el voto de los extranjeros al ámbito municipal (artículos 232 y 251 de la Constitución provincial) con el requisito de cuatro años de residencia inmediata en el municipio.³⁴

El artículo 183 1. de la Constitución de la Provincia de Córdoba establece que las Cartas Orgánicas Municipales deben asegurar el sistema representativo y republicano, con elección directa de sus autoridades, y el voto universal, igual, secreto, obligatorio y de extranjeros. Mientras que el Código Electoral Provincial³⁵ agrega que son también electores provinciales los extranjeros que teniendo una residencia permanente y continua en la Provincia de Córdoba superior a cinco (5) años, soliciten voluntariamente

33. Sancionada el 7 de diciembre de 2009 (BO 08/01/2010). Texto Actualizado con las modificaciones introducidas por las Leyes N°14.249 y 14.470.

34. Véase también la Ley electoral provincial N°4.628, del 23 de agosto de 1991 (BO 27/08/1991) y modificatorias.

35. Ley N°9.571, del 4 de diciembre de 2008 (BO 29/12/08) modificada por la Ley N°9.338, del 22 de septiembre de 2010 (BO 10/04/2010).

—ante el Juzgado Electoral— su incorporación en el fichero correspondiente (artículo 9).

A su vez, el régimen de municipios y comunas regulado por la Ley N°8.102,³⁶ dispone que en el nivel municipal el cuerpo electoral se compondrá de los argentinos y de los extranjeros que tengan dos años de residencia inmediata en el Municipio al tiempo de su inscripción y que comprueben además, alguna de las siguientes calidades: a) Estar casado con ciudadano argentino; b) Ser padre o madre de hijo argentino; c) Ejercer actividad lícita; d) Ser contribuyente por pago de tributos (artículo 129). Además, en este mismo nivel, se amplía el derecho de sufragio de los extranjeros a su faz pasiva permitiendo, respecto del gobierno municipal, que los extranjeros electores que hayan cumplido veintiún (21) años, con cinco (5) años de residencia inmediata y continua en el Municipio al tiempo de su elección podrán ser miembros del Concejo Deliberante (artículo 15).

La Provincia de Corrientes autoriza el sufragio activo y pasivo de los extranjeros y exclusivamente a nivel municipal, con dos años de residencia inmediata en el mismo, que sepan leer y escribir en idioma nacional y se hallen inscriptos en un registro especial organizado por el municipio. Asimismo, los extranjeros con cinco (5) años de ejercicio de la ciudadanía pueden ser Intendentes, Viceintendentes o Concejales, especificándose que en ningún caso pueden constituirse los Concejos Deliberantes con más de una tercera (1/3) parte de extranjeros (artículos 223 y 222 de la Constitución de Corrientes).³⁷

En la Provincia del Chaco, los ciudadanos y extranjeros en condiciones de votar en los comicios municipales tienen el derecho de asociarse libremente en partidos políticos y de participar en su organización y funcionamiento (artículo 89 de la Constitución); y, el cuerpo electoral de los municipios está formado por los electores inscriptos en los registros cívicos y por los extranjeros de ambos sexos, con dos años de residencia inmediata en el municipio, que sepan leer y escribir el idioma nacional (artículo 192 de la Constitución).³⁸

36. Córdoba, 5 de noviembre de 1991 (BO 15/11/1991).

37. Véase también la ley orgánica de las Municipalidades de la Provincia de Corrientes N°4.752, del 30 de noviembre de 1993 (BO 10/01/1994)

38. Véase también la Ley N°3.081 del Registro Municipal de Electores Extranjeros, del 29 de mayo de 1985 (BO 14/06/1985).

La Constitución de la Provincia del Chubut, en el artículo 242, autoriza el derecho de sufragio a los extranjeros tanto desde el punto de vista activo como pasivo y en el ámbito municipal, con tres años de residencia inmediata en el Municipio y acrediten, además, alguna de estas condiciones: 1. Ser contribuyente; 2. Tener cónyuge o hijos argentinos; 3. Ocupar cargo directivo en asociación reconocida. Respecto del derecho de sufragio pasivo, los extranjeros inscriptos en el registro especial y con una residencia inmediata de cinco años en el Municipio pueden ocupar cargos electivos. Asimismo, en el artículo 229 de la Constitución provincial se dispone que en los organismos colegiados los extranjeros no pueden exceder del tercio de la totalidad de sus miembros.³⁹

En la Provincia de Entre Ríos, los extranjeros con más de dos años de domicilio inmediato y continuo en el municipio al tiempo de su inscripción en el padrón, que sepan leer y escribir en idioma nacional y se hallen inscriptos en un registro especial, son electores municipales y comunales (artículo 251 de la Constitución provincial).⁴⁰

La Provincia de Formosa no admite el derecho de sufragio de los extranjeros. La Constitución establece que “El sufragio electoral es un derecho inherente a la calidad de ciudadano argentino, y un deber que desempeñará con arreglo a las prescripciones de esta Constitución y a la ley de la materia que dicte la Legislatura” (artículo 185).

La Constitución de la Provincia de Jujuy reconoce a los extranjeros el derecho de participar en las elecciones municipales, inscriptos en el padrón electoral del municipio y con dos años de residencia inmediata en él (artículos 86 y 187).⁴¹

La Ley N°1.197⁴² que otorga el derecho de votar a los extranjeros en las elecciones para autoridades municipales y de Jueces de Paz de la Provincia

39. Véase también Ley XVI - N°46 (Antes Ley N°3.098) de Constitución de Corporaciones Municipales (BO 21/09/2010), artículo 20: En el Concejo Deliberante no se admitirán parientes dentro del segundo grado, entre sí o con el Intendente, ni extranjeros en mayor número que el tercio del total, cuya selección se practicará por sorteo.

40. Véase Ley sobre el Régimen Municipal N°10027 (BO 11/05/2011), artículo 23, inc. b).

41. Véase también el Código Electoral de Jujuy aprobado por Ley N°4.164 (BO 02/09/1985), artículo 54.

42. BO 29/12/1989. Reglamentada por Decreto N°525/1991 (14-III-91).

de La Pampa solicita una antigüedad mínima de seis (6) años de residencia inmediata, efectiva y continua en la Provincia, de los cuales por lo menos tres (3) deberán ser en el Ejido Comunal en el que se desee votar.

En la Provincia de La Rioja, la Ley N°8.212 de Extranjeros (BO 08/01/2008) establece que con dos (2) años de residencia inmediata, “podrán ser electores en todos los comicios que se realicen para elegir Gobernador, Vicegobernador, Legisladores Provinciales, Intendentes y Viceintendentes, Concejales y Autoridades Constituyentes Provinciales y Municipales, como así pronunciarse en todo tipo de iniciativa, consulta popular y revocatoria popular contemplados en los artículos 81°; 82° y 83° de la Constitución de la Provincia” (artículo 1°).

La Ley Orgánica de Municipalidades de la Provincia de Mendoza⁴³ N°1.079 admite el sufragio activo de los extranjeros que tengan dos años de residencia en el municipio respectivo. Asimismo se considera obligatoria la emisión del sufragio para los inscriptos. El derecho de sufragio pasivo de los extranjeros está autorizado en los Concejos Deliberantes (artículo 39) y se agrega que en cada Concejo no podrá haber más de dos extranjeros.⁴⁴

La Constitución de la Provincia de Misiones dispone en el artículo 164 que, son electores los ciudadanos del municipio que estén inscriptos en el padrón provincial y los extranjeros,⁴⁵ de ambos sexos, que se inscriban en el registro municipal, los que deberán tener tres años de residencia permanente en el municipio y acreditar además algunas de estas condiciones: 1. ser contribuyente directo; 2. tener cónyuge o hijo argentino.

En la Constitución de la Provincia del Neuquén se dispone que los extranjeros son electores y elegibles para los cargos municipales (artículo 66). Para el caso del derecho de sufragio activo se exigen dos años de residencia inmediata en el municipio al tiempo de su inscripción (artículo 191). Para ser concejal municipal, los extranjeros deberán acreditar una residencia de cinco años como mínimo y ser contribuyentes; y además se estipula que no podrá haber más de tres extranjeros en el Concejo Deliberante (artículo

43. BO 23/01/1034. Texto ordenado BO 01/12/2008.

44. Véase también el artículo 199 de la Constitución de la Provincia de Mendoza.

45. Véase también la Ley Electoral XI - N°6 (antes Ley N°4.080-BO 09/09/2004) –BO 05/11/2012– (artículos 2 y 20).

193).⁴⁶ Por su parte, el Código Electoral puntualiza que el derecho de votar de los extranjeros solo alcanza a la elección para la cual se inscribieron y que, encontrándose inscriptos, están obligados a votar (artículo 158).

En la Provincia de Río Negro, la Ley Electoral y de Partidos Políticos N°2.431⁴⁷ otorga el derecho de elegir autoridades municipales y comunales a los extranjeros que cumplan con el requisito de antigüedad de tres (3) años de residencia inmediata e ininterrumpida en el ejido del municipio o comuna de que se trate y que soliciten su inscripción en el padrón respectivo (artículo 17).⁴⁸ Por otro lado, la legislación rionegrina autoriza la afiliación de los extranjeros a las agrupaciones municipales.

La Constitución de la Provincia de Salta dispone que los extranjeros son electores en el orden municipal, en las condiciones que determine la ley. De esta forma, el Régimen Electoral⁴⁹ establece que el padrón municipal estará compuesto por los inscriptos en el Registro Cívico Electoral de cada Municipio y los extranjeros con dos (2) de residencia inmediata en el Municipio al momento de su inscripción en el Registro Suplementario Especial (artículo 173). Y habilita a los extranjeros para intervenir como votantes en la consulta popular (artículo 120).

La Ley Orgánica de Municipalidades N°55 de la Provincia de Santa Cruz⁵⁰ prescribe que los extranjeros forman parte del cuerpo electoral del Municipio conjuntamente con los ciudadanos inscriptos en el Registro Electoral Nacional. Se requiere que los extranjeros tengan un año de residencia inmediata en el Municipio. Se dispone, asimismo, que en el Concejo Deliberante no se admitirán extranjeros en número mayor de la mitad del total de

46. El Código Electoral provincial agrega en el artículo 159 que “Los partidos políticos no podrán incluir en sus listas de candidatos para elecciones municipales más de dos extranjeros. En caso de que entre los concejales elegidos por la mayoría hubiere dos extranjeros, la minoría solo podrá incorporar uno. Si hubiere dos concejales extranjeros elegidos por la minoría se incorporará el primero de la lista”. Aprobado por la Ley N°165 (BO N°635 - 16/11/1960). Texto ordenado aprobado por resolución N°713 del 18/10/2007. Modificada por Ley N°2.860 (BO 06/09/2013).

47. Del 11 de agosto de 2011 (BO 05/09/2011).

48. Véase también la Constitución de la Provincia de Río Negro, específicamente los artículos 120 y 237.

49. Ley N°6.444 (BO 08/06/1987).

50. BO 30/10/1958. Artículo 5°.

los miembros y llegado el caso de tener que limitar el número de Concejales extranjeros, la selección de los extranjeros se practicará por sorteo (artículos 40 y 41).

La Constitución de la Provincia de Santa Fe determina que los extranjeros son electores y pueden tener acceso a los cargos electivos en el orden municipal y en las condiciones que determine la ley (artículos 6, 29 y 30). Con relación al derecho a elegir de los extranjeros, la Ley Orgánica de las Municipalidades⁵¹ requiere residencia en el municipio, anterior en dos años por lo menos al tiempo de su inscripción. Para ser concejal se requiere que los extranjeros tengan veinticinco años de edad, cuatro de residencia inmediata en el municipio y estar comprendidos dentro de las exigencias que la ley determina para ser elector (artículo 24).

En la Provincia de San Juan los extranjeros son electores municipales con más de dos años de domicilio real inmediato y continuo en el municipio al tiempo de su inscripción en el padrón municipal. Los extranjeros pueden ser concejales y el requisito es tener veintiún años de edad, estar inscripto en el padrón respectivo y tener una residencia mínima continua de cinco años en el municipio (artículos 248 y 245 de la Constitución).⁵²

La Constitución de la Provincia de San Luis autoriza para ser electores municipales también a los extranjeros con un año de residencia inmediata en el lugar, inscriptos en el padrón especial que lleva la Comuna (artículo 269). En el mismo sentido, los artículos 42 y 43 de la Ley que organiza el Régimen Municipal.⁵³

El régimen constitucional de la Provincia de Santiago del Estero determina que los extranjeros pueden ser electores en el ámbito municipal con más de dos años de residencia inmediata en el municipio al tiempo de su inscripción en el padrón municipal (artículos 39 y 214 de la Constitución).⁵⁴

Entre las competencias que la Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego reconoce a los municipios con autonomía institucional, se encuentra la que les permite considerar el otorgamiento a los extranjeros del

51. Ley N°2.756, del 12 de julio de 1985 (BO 21/05/1986).

52. Véase también el Código Electoral Provincial, Ley N°5.636 (BO 16/03/1987), artículo 146.

53. Ley N°XII-0349-2004, BO 27/10/2004.

54. Véase Ley de Municipalidades N°5590 (BO 24/3/1987), artículo 19.

derecho electoral activo en forma voluntaria y confeccionar el padrón especial a ese efecto, si correspondiere. El derecho electoral pasivo es exclusivo de los ciudadanos argentinos (artículo 175). La Carta Orgánica Municipal de la ciudad de Ushuaia⁵⁵ dispone que pueden votar los extranjeros que demuestren domicilio real mínimo de cinco (5) años e igual cantidad de tiempo como contribuyentes municipales o con diez (10) años de domicilio real para quienes no sean contribuyentes y acrediten buena conducta (artículo 215).⁵⁶ La Carta Orgánica Municipal del Municipio de Río Grande (sancionada el 30 de noviembre de 2006) establece que el Cuerpo Electoral Municipal se compone de los argentinos y extranjeros que tengan diez años de residencia continua e inmediata en el Municipio al tiempo de su inscripción y deben inscribirse voluntariamente en los padrones cívicos municipales que a tal efecto confecciona el Juez Electoral (artículo 152).⁵⁷

La Constitución de la Provincia de Tucumán garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos y establece que el sufragio popular es un derecho y un deber inherente a la condición de ciudadano argentino y un derecho del extranjero en las condiciones que determine la ley. Para el régimen electoral de la provincia⁵⁸ son electores los extranjeros, que cuenten con dos (2) años de residencia inmediata. Además, pueden afiliarse a los partidos políticos conforme a la normativa en vigencia y a sus respectivas Cartas Orgánicas (artículo 1º). Por su parte, el Régimen Orgánico de Municipalidades⁵⁹ reconoce el derecho de sufragio pasivo a los extranjeros, requiriéndose para ser miembro del Concejo Deliberante, tener veintidós años de edad, ser propietario en el municipio, con residencia de cinco años inmediata en el mismo y estar inscripto en el padrón respectivo (artículo 7º). Y, para ser Intendente Municipal, se requiere ser elector del municipio para el que se le designe;

55. Sancionada el 28 de marzo de 2002.

56. Véase también el régimen electoral de la ciudad de Ushuaia, Ordenanza Municipal N°2578 (11/6/2003).

57. Véase también el artículo 4º del Código Electoral Municipal de Río Grande, Ordenanza municipal N°2837/2010 aprobada el 25 de noviembre de 2010.

58. Ley 7876 (BO 01/03/2007).

59. Ley N°5.529 (BO 14/09/1983). Reglamentada por la Acordada Electoral del Tribunal Superior de Justicia N°1/2001 con las modificaciones introducidas por la Acordada Electoral N°1/2004 y Acordada Electoral N°1/2013.

tener veinticinco años de edad cumplidos; ser propietario en el municipio y tener cinco (5) años de residencia inmediata a su designación en el mismo (artículo 39).

Según la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los extranjeros residentes gozan el derecho de participación política, con las obligaciones correlativas, en igualdad de condiciones que los ciudadanos argentinos empadronados en este distrito, en los términos que establece la ley (artículo 62).

Por su parte, el artículo 2 de la Ley N°334 de creación del Registro de Electoras Extranjeras y Electores Extranjeros⁶⁰ prescribe que los extranjeros y las extranjeras desde los dieciséis años de edad cumplidos están habilitados para votar en los actos electorales convocados en el marco de la Constitución de la CABA, previa inscripción voluntaria en el Registro de Electoras Extranjeras y Electores Extranjeros y acreditando tres años de residencia (Conforme el texto del artículo 2 de la Ley N°4515, BOCBA N°4.162 del 28/05/2013). Asimismo, el artículo 9 de la Ley N°334 establece que todos los que se incorporen al Registro de Electoras Extranjeras y Electores Extranjeros de la Ciudad tienen el deber de votar en las elecciones locales.

VI. Hacia una representación política más incluyente

La democracia es un edificio complejo, un régimen de gobierno representativo y una institución social que pretende generar las condiciones para garantizar el ejercicio de las libertades y derechos fundamentales, dentro un marco, lo más amplio posible de igualdad de oportunidades.⁶¹

Y así, las elecciones competitivas cumplen varias funciones, entre ellas, legitimar el sistema político, representar los intereses del electorado y constituir cuerpos representativos, expresar la confianza del electorado en los candidatos electos, controlar el gobierno, establecer una oposición. Y, los

60. BOCBA N°885 del 21/02/2000.

61. S. O. Nava Gomar, "Ciudadanía, participación política y justicia electoral: la experiencia en México", en F. J. Matia Portilla (dir.), *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática*, op. cit., p. 4.

sistemas electorales son “los *mecanismos para imputar voluntades colectivas a la representación*”.⁶²

El sistema representativo establece un escenario en el que los electores avalan o no las decisiones del gobierno, y es excluyente⁶³ al no permitir el derecho de sufragio activo a los extranjeros en las elecciones nacionales. Como consecuencia de esto, y con el objetivo de ampliar la participación política de los extranjeros y tratar de desarticular el ligamen entre nacionalidad y derecho de sufragio, se han presentado diversos proyectos de ley en el Congreso Nacional.

En el año 2009, el diputado Hugo Nelson Prieto presentó un proyecto⁶⁴ (renovado en 2011) para modificar el artículo 1 del Código Electoral Nacional y considerar “electores” no solo a los ciudadanos de uno u otro sexo, por opción o naturalizados, sino también a los “extranjeros con una residencia mayor a dos años en el territorio nacional”. Los fundamentos se basaron, por un lado, en la teoría de la representación política remarcando que es inconsistente con aquella dejar de lado a los extranjeros, ya que “si el representante se considera un portavoz del representado, la exclusión de los extranjeros en este último universo implica que sus voces no sean tenidas en cuenta en los debates previos a la toma de decisiones”. Por el otro, en la relación entre derechos políticos, nacionalidad y ciudadanía, señalando que la Constitución Nacional en su redacción original no hablaba de nacionalidad sino de ciudadanía. Así, se podía encontrar la palabra ciudadanía en los artículos 8, 20, 48, 55, 67 inc. 11, 76, 108; y, en todos estos casos, la ciudadanía equivalía a nacionalidad: “...no es posible desconocer que en el lenguaje corriente, y, en general, la sinomía de ambos términos nacionalidad-ciudadanía, constituye un hecho innegable; y examinado en su conformación substancial diversas cláusulas de la Constitución Nacional y de la ley 1869 se observa que ha trascendido a ellas la acepción común que equipara en significados y equivalencias las dos expresiones referidas”.

62. CNE, Fallo 2992/2002, “Malamud, Eduardo H. y otros promueven acción de amparo –voto en blanco– elecciones 14 de octubre de 2001”, 8/2/2002.

63. Para un análisis pormenorizado de la denominada representación excluyente, remito a S. Lauhirat, “Representación vs. Representatividad”, en M. A. Perícola (dir.), *Metamorfosis de la representación política*, op.cit., pp. 53-61.

64. Exp. 2119-D-2009.

También en el año 2009, la diputada Ivana María Bianchi presentó un proyecto de ley sobre el voto de residentes extranjeros en Argentina⁶⁵ (renovado en 2011⁶⁶ y 2014)⁶⁷ donde se establece que los extranjeros tendrán derecho a voto cumpliendo con la mayoría de edad, estando radicados en forma permanente en el país y acreditando como mínimo cinco años de residencia, excepto aquellos que hayan contraído nupcias con ciudadanos argentinos y tengan hijos de nacionalidad argentina, a quienes se les reducirá la exigencia de residencia a un mínimo de dos años.

En el año 2012, el senador Aníbal Fernández presentó un proyecto de ley con el fin de extender el derecho de sufragio activo de los extranjeros para las elecciones de autoridades nacionales. Se propuso modificar el artículo 1º del Código Electoral Nacional, estableciendo que “son electores nacionales los ciudadanos desde los dieciséis años (16) años de edad” –cuestión que finalmente se aprobó a través de la sanción de la Ley 26.774– “y los extranjeros con residencia permanente en los términos de la Ley N°25.871, a partir de los veinticuatro (24) meses de obtenida tal calidad...”⁶⁸

Asimismo, la senadora María Rachid presentó un “anteproyecto de ley sobre sufragio de extranjeros residentes en el país” (renovado en 2015),⁶⁹ habilitando para votar en los actos electorales nacionales a las personas residentes extranjeras tanto con residencia permanente como con residencia temporaria. Se establece que no puede haber desigualdad de trato entre ciudadanos/as argentinos/as y residentes extranjeros/as en la implementación del sufragio (artículo 4º). Por tanto, los/as extranjeros/as empadronados/as tienen derecho a votar en las mismas mesas que los/as ciudadanos/as argentinos/as (artículo 7º) y deben figurar en los mismos padrones (artículo 8º). Se proyecta la voluntariedad del sufragio y se propone no excluir del Registro Nacional de Electores ni de los Padrones al extranjero que no vote en ocasiones anteriores (artículo 10º). En cuanto a los fundamentos, se subraya que “limitar a esta población en el ejercicio de los derechos políticos no solo significa limitar el ejercicio y defensa de sus derechos civiles y sociales,

65. Exp. 2148-D-009.

66. Exp. 0560-D-2011.

67. Exp. 8471-D-2014.

68. Exp. 2290/2012.

69. Exp. 30/15. Girado a la Comisión de Asuntos Constitucionales el 4/9/2015.

sino también establecer una asimetría entre quienes pueden ejercer el derecho a votar en la Argentina, y quienes solo pueden ser destinatarios/as de las normas establecidas *a posteriori*". Por ello, el proyecto pretende profundizar la inclusión política de la población migrante en la sociedad, como factor de integración social. Además, la propuesta de que el voto sea facultativo y no obligatorio se justifica para no contradecir el artículo 20 de la Constitución Nacional que impide obligar a los extranjeros a admitir la ciudadanía, imponiéndoles el ejercicio de los derechos políticos.

VII. Conclusiones

La autonomía provincial y de la CABA para darse sus instituciones locales, regirse por ellas y elegir a sus autoridades, se extiende hasta los sistemas de sufragio, fechas de elección y estructura de las boletas electorales, y los conflictos que de todo ello resulte deben resolverse ante los tribunales de la provincia respectiva, y tales cuestiones resultan, en principio, ajenas a la competencia extraordinaria de la Corte Federal, pues pueden implicar conflictos entre poderes públicos locales o afectar atribuciones expresamente reservadas por los estados locales.⁷⁰ Por lo tanto, el estado federal no puede imponer a los estados locales su propia manera de estructurar el sistema republicano o democrático, ni los ciudadanos de las respectivas provincias, exigir a estas una réplica exacta de los modos con que la Constitución Nacional establece el sistema de gobierno.⁷¹

De esta manera, y en correspondencia con la forma federal que adopta el Estado argentino, aparecen veintidós de las veintitrés Provincias y la CABA diferenciándose de la posición fijada en la Constitución Nacional y en la ley electoral nacional, al reconocer el derecho de sufragio a los extranjeros para las elecciones locales a través de una heterogénea normativización en el marco de lo que puede denominarse "federalismo electoral" y cuya recapitulación⁷² nos permite concluir que:

70. M. A. Gelli, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, 3ª edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 1017.

71. *Ibid.*, p. 1016.

72. Véase Apéndice I, Cuadro 1.

1. La única provincia que se reserva el derecho de sufragio, en todos los niveles, a los nacionales, es Formosa. El resto de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires admiten la participación plena de los extranjeros en las funciones electivas y deliberantes del régimen provincial y municipal, según el caso.

2. Algunas provincias habilitan a los extranjeros para votar cargos provinciales y municipales (Buenos Aires, Córdoba, La Rioja, Tucumán); y la mayoría los autoriza para los cargos municipales y comunales (Catamarca, Corrientes, Chaco, Chubut, Entre Ríos, Jujuy, La Pampa, Mendoza, Misiones, Neuquén, Río Negro, Salta, Santa Cruz, Santa Fe, San Juan, San Luis, Santiago del Estero y Tierra del Fuego). Mientras que en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se permite a los extranjeros votar los cargos de Jefe y Vicejefe de Gobierno, Legisladores y los miembros de las Juntas Comunales.

3. En todos los casos, la calidad de elector se prueba, a los fines del sufragio, exclusivamente por su inclusión voluntaria en el Registro Electoral de los Extranjeros o en el Registro Electoral de cada Municipio.

4. Las condiciones solicitadas para poder ingresar en el Registro de Electores de Extranjeros presentan diferencias en cada provincia y en la CABA, sobre todo respecto de la cantidad de años de residencia requeridos. Para el caso de elecciones provinciales: dos años de residencia en Buenos Aires, La Rioja y Tucumán y cinco en Córdoba. En las elecciones municipales: un año de residencia en Santa Cruz y San Luis. Dos años en Buenos Aires, Córdoba, Corrientes, Chaco, Entre Ríos, Jujuy, La Rioja, Mendoza, Neuquén, Salta, Santa Fe, San Juan, Santiago del Estero y Tucumán. Tres años en Chubut, Misiones y Río Negro. Cuatro años en Catamarca. Cinco años en la ciudad de Ushuaia e igual cantidad de tiempo como contribuyentes municipales o diez años de domicilio real para quienes no sean contribuyentes y acrediten buena conducta y diez años en el municipio de Río Grande. Seis años en La Pampa y para el caso de las elecciones en la CABA, se requiere que los extranjeros acrediten tres años de residencia en la Ciudad.

5. Además, en algunos ordenamientos se estipulan otros requisitos aparte de los años de residencia en el ámbito municipal y comunal, como ser estar casado con ciudadano argentino, o ser contribuyente, ejercer actividad lícita (Córdoba, Chubut, Misiones, Neuquén, Santa Cruz, Santa Fe y Tucumán).

6. En las regulaciones en que se acepta el derecho de sufragio pasivo de los extranjeros, se circunscribe únicamente al ámbito municipal. Y, al respecto, se dispone una cantidad mínima de años de residencia según el caso: un año en Santa Cruz, dos años en Mendoza, cuatro años en Santa Fe, y cinco años en Buenos Aires, Córdoba, Corrientes, Chubut, Neuquén, San Juan y Tucumán. Asimismo, suelen establecerse límites a la cantidad de concejales extranjeros; no pudiendo exceder de la tercera parte del número total de miembros en el Concejo Deliberante en Buenos Aires, Corrientes y Chubut; no más de dos extranjeros en cada Concejo Deliberante en La Rioja y Mendoza; y la no admisión de extranjeros en número mayor de la mitad del total de los miembros en Santa Cruz.

7. Respecto a la obligatoriedad del voto de los extranjeros, las regulaciones de las Provincias de Buenos Aires, Mendoza, Neuquén y la CABA establecen que si el extranjero se empadrona una vez, el voto pasa a ser obligatorio en las elecciones siguientes.

8. Río Negro y Tucumán permiten la afiliación de los extranjeros a las agrupaciones municipales, pudiendo estos acceder a cargos partidarios locales.

9. Las Constituciones Provinciales de Buenos Aires, La Rioja y Salta, además, habilitan a los extranjeros para intervenir como votantes en la consulta popular, y Buenos Aires, La Rioja y Tucumán para participar de las elecciones para Convencionales Constituyentes.

Por otra parte, considerando las disposiciones existentes en nuestro ordenamiento constitucional y legal respecto del derecho de sufragio, puede sostenerse que, en el nivel nacional, la extensión del derecho de sufragio activo a los extranjeros depende única y exclusivamente de la legislación nacional,⁷³ atento que el artículo 37 de la Constitución Nacional garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos sin observarse reserva alguna a los nacionales.

Por el contrario, la extensión del derecho de sufragio pasivo no sería plausible mediante una reforma legislativa, sino que, eventualmente, requeriría una reforma constitucional.

73. Cfr. P. Santolaya Machetti y M. Díaz Crego, op. cit., p. 109.

En definitiva, la ciudadanía no debería tener como presupuesto la homogeneidad social de origen (la nacionalidad), sino la homogeneidad jurídica del componente humano de una comunidad política (la universalidad de derechos y la igualdad de oportunidades). Todo aquel que se encuentre sometido a las decisiones colectivas debe tener derecho a participar en el proceso de formación de tales decisiones con independencia de su nacionalidad.⁷⁴

No obstante, aunque la elección de representantes en el orden nacional en nuestro país sigue estando reservada exclusivamente a los argentinos nativos o por opción y a los ciudadanos por naturalización; el sufragio de los extranjeros no atenúa el carácter político de la representación que desarrollan las provincias, los municipios y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ni la naturaleza de ejercicio del derecho de participación en los asuntos públicos que incumbe al derecho de sufragio en las elecciones locales.⁷⁵ Aunque, por supuesto, es preciso reparar en que la calidad de la democracia depende, entre otras cosas, de una representación política más inclusiva con relación a los extranjeros y las extranjeras residentes en nuestro país, para así continuar democratizando nuestra democracia.

Bibliografía

- Aláez Corral, B.: “Exclusión del sufragio municipal emigrantes y garantía democrática de expectativas legítimas”, en F. J. Matia Portilla (dir.), *Pluralidad de ciudadanía, nuevos derechos de participación democrática*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.
- Bidart Campos, G.: *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2000, Tomo I A.
- *Manual de la Constitución Reformada*, Buenos Aires, Ediar, sexta reimpresión, 2009, Tomo I.
- Bobbio, N.: *El futuro de la democracia*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1993.

74. S. O. Nava Gomar, op. cit., p. 5.

75. Véase B. Aláez Corral, “Exclusión del sufragio municipal emigrantes y garantía democrática de expectativas legítimas”, en F. J. Matia Portilla, op. cit., p. 47.

- Dalla Via, A. R.: “La participación política y la reforma electoral en Argentina”, en *Revista Justicia Electoral*, Vol. 1, N°7, México, 2011.
- “Los Derechos Políticos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en G. Capaldo, J. Sieckman y L. Clérico (dirs.), *Internacionalización del Derecho Constitucional, Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012.
- Gelli, M. A.: *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, 3ª. edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2008.
- Gómez, E.: *Federalismo y régimen electoral*, en M. A. Perícola (dir.), *Metamorfosis de la representación política*, Buenos Aires, Proyecto Editorial, 2012.
- González, J. V.: *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Ángel Estrada y Cía., [1897], decimoquinta edición, s.d.
- Heller, H.: *Teoría del Estado*, 5ta. reimpresión, Buenos Aires, FCE, [1934] 1992.
- Lauhirat, S.: “Representación vs. Representatividad”, en M. A. Perícola, (dir.), *Metamorfosis de la representación política*, Buenos Aires, Proyecto Editorial, 2012.
- Nava Gomar, : “Ciudadanía, participación política y justicia electoral: la experiencia en México”, en F. J. Matia Portilla (dir.), *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.
- Nohlen, D.: *Diccionario de Ciencia Política*, México, Editorial Porrúa, 2006, Tomo II.
- *El contexto hace la diferencia: reformas institucionales y el enfoque histórico-empírico*, México, editado por Zilla, Claudia, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1ª reimp., 2005.
- Rebato Peño, M. E.: *Análisis comparado México-España de los derechos político-electorales* (Serie Temas Selectos de Derecho Electoral 10), México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2010.
- Santolaya Machetti, P., Díaz Crego, M.: *El sufragio de los extranjeros. Un estudio comparado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- Santolaya Machetti, P., y Revenga Sánchez, M.: *Nacionalidad, Extranjería y Derecho de Sufragio*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- Santolaya Machetti, P.: “Los Acuerdos sobre voto en las elecciones municipales de la IX Legislatura”, en F. J. Matia Portilla (dir.), *Pluralidad de*

- ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.
- “El derecho de sufragio de los extranjeros”, en *El Informe del Consejo de Estado sobre la Reforma Electoral. Texto del informe y debates académicos*, Madrid, Consejo de Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

Apéndice I Cuadro 1. Derecho de sufragio de los extranjeros en Argentina

Distrito Electoral	Sufragio activo. Nivel Provincial. Años de residencia	Sufragio activo. Nivel Municipal. Años de residencia	Sufragio pasivo. Nivel Municipal. Años de residencia	Voto obligatorio a partir del empadronamiento
Buenos Aires	2	2	5	SÍ
Catamarca		4		NO
Chaco		2		NO
Chubut		3	5	NO
Córdoba	5	2	5	NO
Corrientes		2	5	NO
Entre Ríos		2		NO
Formosa	NO	NO	NO	NO
Jujuy		2		NO
La Pampa		6		NO
La Rioja	2	2		NO
Mendoza		2	2	SÍ
Misiones		3		NO
Neuquén		2	5	SÍ
Río Negro		3		NO
Salta		2		NO
San Juan		2	5	NO
San Luis		1		NO
Santa Cruz		1	1	NO
Santa Fe		2	4	NO
Sgo. del Estero		2		NO
Tierra del Fuego		5 o 10 en Ushuaia 10 en Río Grande		NO
Tucumán	2	2	5	NO
CABA	3			SÍ

Fuente: Elaboración propia en base a los datos aportados por las Constituciones de las Provincias Argentinas y de la CABA; las Leyes Electorales Provinciales y de la CABA; y Cartas Orgánicas Municipales.

Artículos recibidos por convocatoria abierta

El principio de subordinación como fundamento del Estado constitucional. Su regulación en Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador y México¹

*Raúl Gustavo Ferreyra**

Resumen

Llámase Estado constitucional al ente fundado en una Constitución, instrumento que persigue la convivencia pacífica de los ciudadanos y/o control responsable de la paz. Las reglas que lo fundamentan prescriben su subordinación al ordenamiento, la autorización para la reforma del orden, la distinción de las funciones controladas de sus poderes gubernativos y notable literatura sobre la acción de los derechos fundamentales. Peculiarmente, la regla sobre la subordinación persigue establecer la certeza, es decir, el “conocimiento seguro” por parte de la ciudadanía y los servidores públicos del campo dominado por el Derecho, que por ser general y normativo, posibilita una comunidad de ciudadanos igualmente libres, con abierta intención de excluir la arbitrariedad. Se analiza su despliegue y formulación normativa en los Estados citados en el título.²

1. Una versión de este texto fue presentada en el XXII Encuentro de Profesores de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Panel N°2: “El constitucionalismo latinoamericano”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 27-29 de agosto de 2015.

* Catedrático de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Doctor de la Universidad de Buenos Aires; rgferreyra@hotmail.com.ar.

2. El autor agradece los aportes de Carolina Machado Cyrillo Da Silva, Johanna M. Romero, Ricardo Garzón Cárdenas, Edgar Fuentes Contreras, José Eduardo Schuh, Diego Dolabjian, Fernanda Lage, Leandro A. Martínez, M. Alejandra Perícola, M. Fernanda Lombardo, Mario F. Cámpora, Gustavo Alejandro Szarangowicz, Sebastián Toledo, Ricardo Rabinovich Berkman, Leandro Vergara, Enrique Javier Morales, Leandro E. Ferreyra, Mariano Vitetta, Lucas Bettendorff, Diego Valadés y E. Raúl Zaffaroni.

Palabras clave: América Latina, Estado constitucional, reglas que fundamentan al Estado, regla sobre la subordinación y positividad del Derecho de la Constitución, normatividad de la Constitución, jerarquía del Derecho internacional de los derechos humanos.

The Rule of Subordination as Foundation of the Constitutional State. Its regulation in Argentina, Brazil, Colombia, Ecuador and Mexico

Abstract

A constitutional State is the entity based on a constitution, an instrument aimed at attaining the peaceful coexistence of citizens and/or the responsible control of peace. The rules that serve as foundation of the State prescribe the State's subordination to the legal order, the need of authorization to reform the order, the distinction between the controlled functions of the branches of Government, and distinguished provisions on the operation of basic rights.

Specifically, the subordination rule is aimed at establishing certainty, i.e. the "certain knowledge" by citizens and public servants of the field governed by the Law which, being general and normative, guarantees a community of equally-free citizens, with an open intent to exclude arbitrariness. This work goes into the deployment and normative design of the subordination rule in the nations mentioned in the title.

Keywords: Latin America, Constitutional State, rules supporting the State, rule of subordination and positive nature of the law of the constitution, normative nature of the constitution, ranking of International Human Rights Law.

I. Referencias iniciales

Siempre con el objeto de facilitar la comprensión del lector y el juicio crítico, presentaré diez argumentaciones apodícticas.

Primera. "América Latina" posee una múltiple entidad étnica. Aquí no constituye preocupación la cuestión terminológica, aunque es cierto que

unos la critican porque la consideran racista (impuesta por el sueño imperial de Napoleón III) y otros porque sostienen que no todos somos “latinos”, y dicho apelativo deja fuera a los negros, a los indios, etc. Dado que se trata de una discusión abierta, en este escrito utilizo la expresión “América Latina” sin perjuicio de que cada uno la cambie como mejor le plazca.³

Segunda. “Ser latinoamericano” no es una cuestión difícil de discernir, puesto que en su amalgama étnica reside su riqueza.¹ Hay un ser humano latinoamericano que se va abriendo paso en la historia en permanente resistencia al colonialismo, que le niega o retacea su dignidad de persona, en un territorio en que muchos millones de seres humanos interactúan y sincretizan sus cosmovisiones, que son expresión de todas las culturas sometidas y marginadas por el colonialismo en todo el planeta Tierra.²

Tercera. Su delimitación territorial, aunque pareciera relativamente sencilla, no se encuentra exenta de complejidad. Si acaso existiese acuerdo, se predicará que abarca más de veinte millones de kilómetros cuadrados de la superficie emergida en el planeta.

Cuarta. Recientemente se ha señalado que en la “distribución del PIB mundial en 2012” la participación de “América Latina” (calculada en miles de millones de euros) es del 9% (nueve por ciento), semejante al porcentaje de su población en la escala mundial.³

Quinta. La explicitación escrita de los enunciados que integran la totalidad del Derecho constitucional actualmente vigente en cada uno de los Estados de América Latina requeriría, para su correcta disposición, más de 2000 páginas. Teniendo en cuenta la extensión impuesta por el presente evento académico para este “texto crítico valorativo”, las pretensiones deberán limitarse, más allá de cualquier supuesta agudeza por parte del autor.

Sexta. Se entiende por “constitucionalismo”⁴ al ordenamiento jurídico de una comunidad política, que se concreta mediante una constitución escrita,

1. Vargas Llosa, Mario: *Diccionario de América Latina*, op. cit., p. 12.

2. Zaffaroni, E. Raúl: *El Derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*, op. cit., p. 6.

3. V. Piketty, Thomas: *El capital en el siglo XXI*, op. cit., p. 78.

4. Ver, en sentido semejante, Sánchez Viamonte, Carlos, “Constitucionalismo”, op. cit., p. 1041.

cuya supremacía significa la subordinación a sus enunciados de todos los actos producidos por los poderes que integran el gobierno del Estado.

En consecuencia, el término “constitucionalismo” puede ser reservado para definir la combinación o conglomerado normativo y no normativo; en el caso, con significado idéntico a “Derecho constitucional”. Por “constitucionalismo” (o por “Derecho constitucional”) se refiere al conjunto de disposiciones enunciadas tanto en el texto de la constitución como a las que, eventualmente, se encuentran fuera de su texto, al provenir de fuentes internacionales y gozar de jerarquía constitucional. A esto debería sumarse la interpretación judicial que se les haya asociado como significado, a condición de que el propio orden lo instaure, modele y justifique.

Séptima. La doctrina que expongo intenta distinguir la normatividad⁵ de las constituciones y, acaso, si dicha materia resulta suficiente para caracterizar un determinado “modelo de Derecho”. Se trata, desde luego, de una normatividad generada o creada, que no significa –ni mucho menos– conciliación con su propia y total realización. Todo el Derecho constitucional debería reunir y comprender la viabilidad de su propia realización, dado que la idealidad que jamás puede concretarse en la realidad no debería ser objeto de concreción normativa.

Hace una década nuestra dogmática se ha visto enriquecida con el aporte mediante el cual se señalaron diferencias entre los ámbitos del “Derecho constitucional comparado latinoamericano” y el del “Derecho constitucional latinoamericano”.⁶ Así, se dijo que el primero tiene por objeto

5. Entiéndase por “normatividad” que los principios y reglas constitucionales son, o bien directamente aplicables, o aplicables tras construir otras disposiciones jurídicas a partir de sus prescripciones; principios y reglas, pues, colman dicha definición.

6. La integración de América Latina aparece en diversos enunciados constitucionales. Así, en la Constitución Política de Colombia de 1991, se dispone en su Preámbulo “... impulsar la integración de la comunidad latinoamericana...”. Tiene cotización normativa específica en el art. 9:

De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe. Dicha orientación se refuerza en el art. 227: “El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, incluso para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano”.

conocer el universo constitucional (constituciones, leyes, jurisprudencia y costumbres constitucionales) de los Estados de la región, sus aproximaciones y sus diferencias. Por su parte, el segundo comprende las instituciones, organismos, órganos y asociaciones supraestatales que los países han creado por intermedio de tratados, convenios y acuerdos internacionales, y que se obligan a respetar. Una gran porción es Derecho comunitario con instituciones propias. En este amplio campo se encuentran esfuerzos de integración económica y también política; tribunales, cortes y parlamentos supranacionales, así como mecanismos de consulta en los más diversos aspectos y cuestiones.⁷

Octava. Esta contribución concentra su objeto en un pequeño fragmento del “Derecho constitucional comparado latinoamericano”: el “Derecho constitucional” de cinco Estados de América Latina:

- Argentina: por ser el sistema constitucional más antiguo en vigencia, si bien con rupturas y variaciones, desde 1853.
- Brasil: por ser el sistema constitucional que ordena el Estado con el territorio y la población más extensos, desde 1988.

Por su parte, la Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 también ha regulado aspectos del asunto; por ejemplo, en el art. 4, Parágrafo único: “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latinoamericana de nações”.

En la Argentina, la Constitución federal (en adelante CF) también ha seguido la línea apuntada. En efecto, a partir de 1994, se ha ordenado en el art. 75, inc. 24, emplazado dentro de las atribuciones del Congreso: “Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.

La Constitución de Ecuador la anuncia desde el Preámbulo: “Nosotras y Nosotros, el pueblo soberano del Ecuador [...] Decidimos construir [...] Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana –sueño de Bolívar y Alfaro–, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra...”. También destina el Capítulo tercero del Título VIII, en un frondoso art. 423, cuyo texto comienza con la siguiente fórmula: “La integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe, será un objetivo estratégico del Estado”.

7. V. Carpizo, Jorge: “Derecho constitucional latinoamericano y comparado”, op. cit., pp. 949-989.

- Colombia: en cuanto representa uno de los desafíos más importantes para la ordenación constitucional en la región, a partir de 1991, así como también por su integración entre Derecho constitucional y Derechos Humanos (en adelante DDHH).
- Ecuador: por su creación reciente con pretensiones de nuevo paradigma, en 2008.
- México: en cuanto inauguró un cambio de paradigma hacia el constitucionalismo social, en 1917.

Analizaré, concretamente, el modo de ordenar o subordinar impuesto por la constitución en cada uno de estos Estados. Quizá pueda achacarse insuficiencia de probabilidades en el criterio que rigió las previsiones, que a su vez provocaron las elecciones normativas; sin embargo, pese a que no pretendo axiomatizar, descreo que la selección sea azarosa.

Novena. El normal fluir de la inteligencia, su propia fisiología natural, exige la estipulación de un punto de partida para la investigación y, luego, la disertación. No pretendo ni mucho menos glorificar el ejercicio de la función narrativa al elegir los cinco Estados mencionados. Tampoco pretendo devaluar o desconocer las virtudes de los órdenes jurídicos que no pueden ser aquí descritos por las razones antedichas.

Décima. La lectura comprensiva de los textos examinados –precisamente en su sumatoria de principios y reglas– permite advertir la presencia de casi todas las piezas conceptuales o categorías básicas inventadas por el constitucionalismo, excepto el sistema de gobierno parlamentario y la posibilidad de transferencia o cesión de competencias soberanas a instituciones interestatales con nivel semejante a la constitución. Por lo tanto, en la actualidad, por primera vez desde los días de la independencia del yugo colonial europeo, la creación y ordenación constitucional, en cada uno de estos países, exhibe el momento más rico de todo su desarrollo histórico.

A continuación, trazaré un camino inicial para establecer regularidades y rupturas, semejanzas y desemejanzas, en las formas de ordenación que estipulan las constituciones elegidas, cuyo objetivo se describe en la próxima sección.

II. Estrategia argumentativa

El plan de labor es el siguiente. En la sección III introduzco la afirmación del marco teórico capital que se enlaza en este escrito. En la sección IV

discierno sobre el componente constitucional y privilegio la captación de sus posibilidades de fundamentación a partir de su enfoque externo. En la sección V expongo los fundamentos constitucionales del Estado, de acuerdo a la tesis aquí promovida. En la sección VI examino la regla de subordinación. Finalmente, en la sección VII analizo en particular la “regla sobre la subordinación” y su representación normativa en los fundamentos de los Estados escogidos. Por último, en la sección VIII realizo los comentarios finales.

III. Marco teórico

La tesis pura o afirmación capital que engloba a este “texto de la sesión” es la siguiente: se denomina “Estado constitucional”⁸ a todo ente que congrega en su composición dos elementos constituyentes naturales (territorio y población) y dos elementos constituyentes no naturales (poder y constitución); uno de estos últimos es el “artificio fundamental”, la regla suprema del orden estatal, cuya estabilidad y perdurabilidad se intenta establecer con hegemonía suficiente. En el Estado constitucional todo el Derecho del Estado debe ser Derecho genuinamente autorizado por la norma positiva fundamental de su orden coactivo.

La constitución es el fundamento (raíz) y fundamento (razón) que tiende a ordenar la vida del Estado. Estos dos fundamentos se despliegan u operan por intermedio de las cuatro reglas constitucionales “inacabadas” o principios constitucionales de “realización progresiva” que fundamentan al Estado: regla sobre la subordinación, regla sobre la variación, regla sobre la distinción y regla sobre la acción de los derechos fundamentales.

IV. La constitución, cuarto elemento del Estado

La constitución no es un ente mundano aislado. Puede aislarse para su estudio dogmático; es decir, comprender, desde una perspectiva interna, su entidad y describir sus propiedades. Sin embargo, ella desempeña su tarea, con mayor o menor eficacia, con mayores o menores logros, dentro del ente estatal. Por consiguiente, también existe un enfoque externo: el

8. Bonavides, Paulo: *Curso de Direito constitucional*, op. cit.

propio modo en que la constitución se da, se presenta, se relaciona, en fin, reglamenta y fundamenta al mundo de los elementos del Estado; o el Estado a secas. Construir constitucionalmente al Estado no es tarea sencilla. Por eso, las orientaciones conceptuales sobre “organizarlo u ordenarlo” –siempre con rol fundamental– no son una mera cuestión de fe o de vocabulario: siempre se encuentran abiertas a delimitación y discusión crítica.

Los elementos del Estado siguen siendo el territorio, la población y el poder; sin embargo, tratándose de la arquitectura del poder y el deslinde entre autoridad y ciudadanía, con semejante sustantividad, la constitución se incorpora como cuarto y nuevo elemento al sistema. La concepción de la constitución como cuarto elemento significa un programa que se presenta –en la Argentina y, eventualmente, para América Latina, en pos de un nuevo modelo de integración real– y se intenta desarrollar paso a paso, porque no pretende privar de “fuerza expresiva” a la elemental trilogía de constituyentes del Estado.⁹

En principio, no debería existir otro “Estado” que no se encuentre “constituido” por la respectiva “constitución”. No debería existir vida estatal fuera de la “constitución”, pero existe. Aunque también se yergue un derecho estatal fuera de la constitución, aquí no hay espacio para su detallado tratamiento.¹⁰

V. Las reglas constitucionales

Elegir al artificio constitucional como fundamento del Estado constituye una determinación política. Se adopta con antelación a la arquitectura estatal y se funde con sus fines. Por dicha razón, al desenvolverse la elección señalada se “opera” entre la decisión política y la propia arquitectura del sistema “una relación circular” que rige “toda la construcción” futura.¹¹

9. V. Häberle, Peter: “La constitución en el contexto”, op. cit., p. 225.

10. Para la evaluación de esta cuestión, se remite a Ferreyra, Raúl Gustavo: *La constitución vulnerable. Crisis argentina y tensión interpretativa*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003 y también al ensayo “¿Tiempo constitucional? La constitución vulnerable”, en www.infojus.gov.ar, 29/4/2014, Id Infojus: DACF140220.

11. V. Zaffaroni, E. Raúl et al.: *Derecho penal*, op. cit., pp. 104-105.

El término “fundamento” se utiliza en varios sentidos y en múltiples contextos. Por amor a la claridad conceptual, entre la variopinta gama de significados, indico, a continuación, los elegidos. Así, “fundamento” en tanto “raíz” y “fundamento” en tanto “razón” son los senderos escogidos, en coincidencia con algunas de las alternativas lexicográficas. “Fundamentos constitucionales”, en referencia a su raíz, porque toda la construcción jurídica de una comunidad, en determinado tiempo y espacio, queda o debe quedar sustentada, soportada, en fin, “fundamentada” por el propio Derecho que emana de la constitución, o cuya validación esta autoriza. “Fundamentos constitucionales”, en referencia a su razón, porque la validez jurídica de todo el Derecho de una comunidad, en determinado tiempo y espacio, queda o debe quedar explicada, justificada, en fin, “fundamentada” por el propio Derecho que emana de la constitución, o cuya validación esta autoriza.

La fundamentación constitucional del Estado se cumple o puede cumplirse por intermedio de cuatro principios o reglas: subordinación, variación, distinción y acción. Ninguna de estas reglas o principios posee una realización absoluta; por eso son reglas “inacabadas” o reglas de realización progresiva, o reglas de realización relativa. Además, asumo en este texto que no existen diferencias ontológicas o estructurales entre los principios y las reglas que emanan de las normas constitucionales; las desemejanzas entre unos y otras son más bien de estilo, pese a que desde el punto de vista de la literatura jurídica, en general, se prefiere “regla”. Bien entendido: que en toda obra literaria son esenciales el estilo y las ideas.¹²

Entonces, estos cuatro principios o reglas que emanan de la constitución pueden ser descritos como de terminación inacabada, porque por su intermedio se pretende fundamentar la regulación del Estado o la limitación de su inherente poder. En su etapa de fundamentación estatal cada uno de estos principios o reglas constitucionales se desenvuelve activamente, ya sea para configurar una raíz, o ya sea para justificar una razón. Son “materiales

12. No asumo la distinción fuerte y débil, respectivamente, entre principios y reglas. Nótese: no significa que la distinción no posea entero fundamento; solo es preciso señalar que tiene un alcance y contenido explicativo bastante más reducido del que comúnmente se le asocia, dado que la mayor parte de los principios tienden a comportarse como las reglas, porque también son “Derecho sobre Derecho”, portadores de sana normatividad. Se sigue, en general, la consistente tesis de Luigi Ferrajoli, expuesta en “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, op. cit., pp. 11-50.

estructurales”, “pilares”, o mejor, “elementos de la arquitectura del interior del Estado” emplazados de modo positivo, puestos en la constitución. Sin embargo, para mantener incólume el rigor analítico, prefiero agruparlos en dos órdenes, exactamente parejos a los “fundamentos constitucionales”. Así, la regla sobre la variación o cambio y la regla sobre la subordinación caen dentro del marco de los fundamentos constitucionales observados como raíz. En cambio, la regla sobre la distinción y la regla sobre la acción se corresponden, o mejor dicho, son la manifestación de los fundamentos constitucionales apreciados, en este caso, como razón o justificación para el ejercicio de la fuerza estatal. Estos principios o reglas que surgen constitucionalmente observan el siguiente contenido.

V.1. Primera regla: sobre la subordinación

Una de las definiciones fijadas por el Diccionario de la Real Academia Española sobre “subordinación” –“Sujeción a la orden, mando o dominio de alguien”– deja constancia semántica precisa de cuanto se discute. En efecto, en el “Estado constitucional”, la subordinación del ente a la ordenación fundamental determinada por la constitución liga con decisión intransigente el propio concepto de Estado.

La regla sobre la subordinación jurídica del Estado por intermedio de cada uno de los despliegues que la constitución dispone (supremacía normativa, relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos – en adelante DIDH– y control de constitucionalidad)¹³ persigue establecer la certeza, es decir, el “conocimiento seguro” por parte de la ciudadanía y los servidores públicos sobre la determinación del campo dominado por el Derecho y del otro campo libre, un mundo sin reglas jurídicas. Los ciudadanos y los servidores públicos deben realizar el Derecho de la constitución.

13. Este mecanismo es una de las invenciones mayores para resguardar la rigurosa juridicidad y máxima subordinación del Estado al Derecho de la constitución; en otras palabras, resguardar la supremacía constitucional. Las limitaciones propias de este texto, insinuadas en la sección I, inhiben una posible descripción del sistema y sus elementos teóricos. Semejantes razones también impiden su descripción, más adelante, en el marco apropiado contemplado en la sección VII.

V.2. Segunda regla: sobre la variación

La constitución contiene una certidumbre: que su escritura metódica solo podrá ser expandida, contraída o revisada, por el propio proceso detallado en su texto. Autoriza un solo lenguaje posible, por intermedio de un modelo autorreferente. El propio proceso de su cambio formaliza, sin temores, que la constitución puede ser reformada, con el debido respeto de sus determinaciones precisas, que nunca pueden ser entendidas como epístolas inútiles. De este modo, el artificio constitucional arraiga y afianza la estructura del Estado, al permitir el cambio de la regla suprema, que no es la copia ni imitación de ningún ente u objeto perfecto e ideal. Por eso corresponde habilitar la propia metamorfosis de la constitución. Me refiero al proceso real que cada orden jurídico regula y establece con sus propios matices, pero que en todos ellos participan los ciudadanos al elegir sus representantes y, en modo eventual, aprobar las normas elaboradas por el órgano constituyente, como también la determinación de los órganos constitucionales y constituyentes determinados, de manera respectiva, para proceder a la variación normativa. Justificadamente, pues, la reforma configura un fundamento notable que sustenta la certeza en la edificación continua del orden jurídico del Estado.

V.3. Tercera regla: sobre la distinción de funciones

Para construir un edificio es necesario que un arquitecto diseñe los planos; luego, que los obreros y los técnicos se ocupen materialmente de la edificación. Para escribir una novela o un mero relato resulta menester conocer la gramática o tener presente, acaso, que quienes lean el texto deben compartir el código escrito por el autor. Para construir y mantener jurídicamente a esa personalidad colectiva que se apoda “Estado”, unos hombres tendrán que dar órdenes, encontrarse facultados para mandar con atribuciones suficientes, y otros deberán obedecerlas, ya sea por leal convicción, o por otro motivo que influya y determine el estado de dominación. El poder es el primer elemento no natural del Estado. Poder entendido como competencia atribuida a órganos del Estado en los que reside la capacidad para mandar o la facultad para dar órdenes, generar permisos o instalar prohibiciones. El poder es una cuestión fundamental en el Derecho de la constitución que ordena al Estado, con otra orientación, desde luego, pero con igual importancia que la libertad, que es la otra cuestión o materia fundamental.

La distinción de los poderes estatales –constituyentes y constituidos– tiene por inocultable finalidad contribuir a la consecución de lo que cotidianamente parece imposible, o digno de una de las más fantásticas de las utopías: someter el poder al cumplimiento de reglas de juego jurídicas preestablecidas. Se trata de impedir la concentración de los poderes. El fraccionamiento del poder del Estado constituye un formidable escudo de protección para la libertad de los habitantes.

V.4. Cuarta regla: sobre la acción. Derechos fundamentales

Hay constituciones que, en tanto fundamento de “soporte” y de “validez” de los sistemas jurídicos, no se limitan a programar un conjunto de procedimientos dirigidos a posibilitar la planificación y despliegue de la coerción a cargo de los poderes constituidos. Además, y aceptando que ellas no son fines sino medios, reputan que los derechos fundamentales en ellas insertados realizan una reglamentación que se considera el ámbito básico de la vida comunitaria en libertad, donde se les concibe no solo como derechos subjetivos, sino también como reglas objetivas del sistema y, como tales, formal y no materialmente, líneas de acción que deben asegurar un uso correcto de la fuerza estatal. Desde luego, esta demarcación o determinación jamás puede ser completa. Resulta casi imposible que la constitución pueda determinar todas las orientaciones de su realización. En el Estado constitucional, la eliminación radical del ámbito de la discrecionalidad es insuperable; la discrecionalidad es un rasgo dominante de la especie humana.

En definitiva, los derechos fundamentales constituyen reglas o líneas significativas para la acción estatal y ciudadana.

VI. Regla sobre la subordinación

Derecho constitucional y Estado no son entidades equivalentes, pero sí inextricablemente vinculadas: el primero entraña una especial combinación de reglas; mientras que el segundo constituye una entidad de dominación y asociación de hombres asentados en un territorio determinado, con vocación de permanencia, cuya cabecera de la ordenación jurídica se encuentra ocupada, en general, por el Derecho emanado de la constitución. La relación necesaria que existe entre estos dos instrumentos o entidades debería ser,

pues, que el concepto de constitución determinase, subordinase la noción de Estado.

Aunque no hay imágenes preparatorias, arraigar al Estado no coincide ni condice con su caída de rodillas. La auténtica subordinación del Estado al Derecho constitucional significa establecer una relación de dependencia entre los dos entes. Subordinar, en esta consideración jurídica, significa precisar argumentos que hagan factible que el Estado quede bajo la sujeción, a la orden, mando o dominio del Derecho que emana del sistema constitucional.

Una de las ideas aurorales desde fines del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX ha sido la que postula la subordinación de los ciudadanos y los servidores públicos a una suma regla: la constitución.¹⁴ Sin embargo, no hay relación entre la facilidad que existe para discurrir sobre las ventajas de dicha materia y la constante dificultad expuesta en su desventajosa realización concreta en cada comunidad estatal. Muchas veces, el propio orden constitucional pareciera en gradual desintegración o descomposición, excluido o descompensado por la energía repelente que emerge del desorden impuesto en determinadas comunidades estatales.

Sea como fuere, la constitución es el único “artificio fundamental”¹⁵ inventado, hasta el momento, para lograr cierta regulación, determinada limitación y específicos controles del poder del Estado. La determinación de reglas, fundantes y fijas, reguladoras del proceso político, constituye un acuerdo sustantivo para fundar la comunidad estatal y enraizar las convicciones de los ciudadanos y ciudadanas que integran su pueblo.

Me atrevo a justificar la proposición discutida sobre la subordinación jurídica del Estado, con marcado escepticismo. Apoyado en razonamientos

14. Observa Luigi Ferrajoli que existen diversas concepciones de la constitución y del constitucionalismo jurídico. Un rasgo común a todas ellas puede encontrarse en la idea de la subordinación de los poderes públicos –incluido el Legislativo– a una serie de normas superiores, que son las que en las actuales constituciones establecen derechos fundamentales (Ferrajoli, Luigi: “Constitucionalismo garantista y constitucionalismo principialista”, op. cit., pp. 11-13). La afirmación resulta verdadera pero parcial, porque no basta con alcanzar el discurso de los poderes públicos. Tiene que contener, también, el ineludible deber de los ciudadanos de cumplir o acatar la constitución, cuyas estipulaciones normativas son el esquema para abarcar y contener las conductas alcanzadas por el Derecho.

15. Loewenstein, Karl, llama constitución al “dispositivo fundamental” para el control del proceso del poder (en *Teoría de la constitución*, op. cit., pp. 149-151).

anteriores y sin títulos excesivos, afirmo que, puesta la combinación de las reglas constitucionales en el mundo por el órgano habilitado para producir-las, o creadas por el órgano instituido para producirlas –siempre en representación de la ciudadanía–, sus “contenidos y procedimientos esenciales”¹⁶ permiten reconocer un modelo de Estado fundado en su correcta subordinación lógica al Derecho, hasta cierto punto. En este contexto, repito: todo el Estado se encuentra constituido por la constitución y todo el Derecho del Estado debe ser Derecho autorizado por la constitución. Existe una notable excepción, muchas veces gigantesca y no menos patética ni evidente: ciertos aspectos de la emergencia política, económica, social y financiera tienden a no calzar en la constitución. En dichas oportunidades se yergue un Derecho estatal fuera de la constitución, tal como ya he sugerido. Eliminar o reducir al estado policial –el tipo opuesto por antonomasia al Estado constitucional– no tiene que preocupar en la utilización de medios para lograrlo, porque la composición de este último destruye o devalúa la regla sobre la subordinación.

VI.1. Suma regla

Los hombres han dedicado y destinado largos años a aprender y disfrutar de las ventajas que puede proporcionar, en general, una ordenación jurídica determinada; calificada por la primacía de una norma que se erige como superior, con jerarquía intransigente, indubitable e indisputable por encima del resto de las normas que integran el sistema jurídico estatal y se califican como inferiores. La configuración de reglas sobre Derecho constitucional ha contenido en su escritura –casi siempre– una regla suprema, es decir, la constitución como norma que fundamenta la totalidad del orden jurídico, “...tanto por su forma de creación, cuanto por su contenido”.¹⁷

Al idearse la primacía constitucional¹⁸ y su consecuente distinción jerárquica dentro del sistema, seguramente se infirió que con la formulación

16. V. Häberle, Peter: *El Estado constitucional*, op. cit., p. 1.

17. V. Bidart Campos, Germán J.: *El Derecho de la constitución y su fuerza normativa*, op. cit., p. 92.

18. Sobre la supremacía normativa de la constitución, el texto jurídico con mayor antigüedad y aún en vigor reside en la determinación establecida en el art. VI, Sección 2 de la

de unas pocas palabras se generaba una suma regla, cualidad que merece ser comprendida en sus justos alcances: “suprema, altísima y que no tiene superior”.¹⁹

Se emplaza una norma –la constitucional– en el sistema jurídico y se la posiciona como superior, porque ninguna será más alta que ella. Podría discutirse el don o gracia especial de la ubicuidad, es decir, si el emplazamiento y ulterior posicionamiento no constituyen, en rigor, una actuación autorreferencial de la propia norma constitucional que se autodetermina. Nótese que la posición de la regla constitucional en el sistema e incluso su emplazamiento como suprema, aunque tiene el fundamento en ella misma, no implica contradicción lógica, porque manejar con cuidado los enunciados de naturaleza autorreferencial es algo bien distinto que predicar que todo enunciado de ese tipo o naturaleza carezca de significado.²⁰ No hay misterio: para fundamentar la primacía de la regla constitucional, su cotización

Constitución de EE.UU. de 1787: “...Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado...”. Basta pronunciar la fórmula normativa citada en voz alta para creer sobre la naturaleza todopoderosa de la suma regla, máxime al estimularse su judiciabilidad en el art. III, Sección 1: “Se depositará el poder judicial de los Estados Unidos en un Tribunal Supremo y en los tribunales inferiores que el Congreso instituya y establezca en lo sucesivo [...] Sección 2: El Poder Judicial entenderá en todas las controversias, tanto de derecho escrito como de equidad, que surjan como consecuencia de esta Constitución...”.

19. Según DRAE, del latín *summus*.

20. El delicado problema teórico sobre la autorreferencia en el Derecho constitucional ha sido estudiado y expuesto en Ferreyra, Raúl Gustavo: *Reforma constitucional y control de constitucionalidad. Límites a la judiciabilidad de la enmienda*, Buenos Aires, Ediar, 2007, pp. 437-450. Se remite en homenaje a la brevedad. Aquí solo se sugiere la bibliografía básica sobre la cuestión: Ross, Alf: (i) *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1994, pp. 80/82; (ii) “On Self Reference and Puzzle in Constitutional Law”, en *Mind*, vol. 78, Issue 309, Oxford University Press, January 1969, pp. 1-24; Hart, H. L. A.: “Self-referring laws”, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1985 (reprinting of the first edition 1983), pp. 170-178, publicado originariamente en obra en homenaje a Karl Olivecrona, 1964; y Guibourg, Ricardo: “La autorreferencia normativa y la continuidad constitucional”, en AA.VV.: *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983, pp. 182-195; entre otros.

normativa descansa en su propio texto y no es preciso acudir a una norma superior a la constitución misma para resolver la cuestión. La supremacía se comprende en normas puestas en la propia escritura de la constitución; no hay ningún supuesto porque se trata de derecho constituyente puesto por el propio creador de la norma.

Significativamente, una constitución será el rodeo indeterminado de todas las circunstancias que atraviere en su realización, pese a que por definición constituya la suma regla sobre la pretendida ordenación previsible de la vida ciudadana insertada en la comunidad estatal. Entonces, cotizarla como “suma regla” significa indicar su inherente “supremacía normativa”²¹ o hacer referencia a su significación más armoniosa como “teorema de la supremacía”.²² “Supremacía” tiene semejante significado que “suma”: que no tiene superior en su línea, porque nada existe por encima de la regla fundamental del Estado.

El poder constituyente, integrado por los representantes de los ciudadanos que forman el pueblo del Estado, elabora y establece la norma constitucional, cuyo paso final, en ocasiones, también se remite a la aprobación del cuerpo electoral. En el momento constituyente de la creación jurídica originaria o en el momento constituyente de su variación, también se establecen las atribuciones para generar normas de rango inferior a la constitución. Desde luego, existirán en el ordenamiento normas de diverso rango y el único modo conocido para mantener la unidad del citado ordenamiento exigirá que todas las normas que lo componen se reduzcan a la “unidad” de criterio prescrito por la constitución. Esta reducción a la unidad será entera y coherentemente posible si y solo si existe una norma de la cual deriven su normatividad, de modo directo o indirecto, todas las otras normas.²³

La unidad del sistema jurídico estatal es una tarea fundamental que cumple la constitución, al subordinar la producción y la realización jurídica a una determinada graduación de jerarquías, procesos y contenidos, hasta cierto punto. La constitución, al configurar el parámetro de validación formal y material, determina la membresía de las reglas inferiores de todo el orden estatal.

21. V. Sagüés, Néstor: *Teoría de la constitución*, op. cit., pp. 98-99.

22. V. Ekmekdjian, Miguel Á.: *Tratado de Derecho constitucional*, t. I, op. cit., p. 31.

23. V. Bobbio, Norberto: *Teoría general del Derecho*, op. cit., pp. 168-173.

El acuerdo básico de la ciudadanía significa, sin pompas, que en el escalonamiento jerárquico de las normas jurídicas, en principio, nada existe sobre la regla superior constitucional. Todo acto o norma producido o generado fuera del procedimiento o contenidos estipulados por la suma regla constitucional implica una “variación” no autorizada o cambio prohibido por el propio sistema; la transgresión genera una situación de disconformidad, un vicio o defecto: la inconstitucionalidad. La citada gradación jurídica ubica a todas las reglas en niveles diferentes; los mayores subordinan a los inferiores, y la constitución subordina a todo el orden jurídico del Estado. Así, puede postularse la unidad del ordenamiento jurídico del Estado. Sin hacer profecías, un historiador de las constituciones narraría, en el futuro siglo XXII, que la “supremacía normativa”, objetivada en la suma regla constitucional –inventada en el siglo XVIII– fundamentó la unidad de los ordenamientos jurídicos estatales durante el siglo XIX, mecanismo que se consolidó durante el siglo XX y a comienzos del XXI constituía un solvente paradigma.

VI.2. Relación con el DIDH

En nuestros Estados de América Latina, la redacción de la constitución dejó de ser una ficción o un estado de entes imaginarios a partir de la independencia de la sujeción colonial. Resulta inmensa la nómina de los modelos normativos proyectados en América Latina desde el siglo XIX.²⁴ Cientos de escritos que tuvieron diferentes senderos. Obras imperfectas, quizá tautológicas, porque el único modelo jurídico existente, por escrito y por entonces, era la Constitución de Estados Unidos, sancionada en Filadelfia en 1787. Aquí no ofreceré resumen ni comentario de estos textos. Constan en documentos reales, aunque muchas de ellas no pasaron del mero programa o tuvieron una vigencia muy breve. Sin embargo, en su lenguaje y en las derivaciones apropiadas de su lenguaje constitucional originario, precoz y parcamente, estipulaban la relación entre el “Derecho estatal” y el “Derecho internacional”.

24. V. Gargarella, Roberto: *200 años de constitucionalismo en América Latina 1810-2010*, op. cit.

Concretamente, aquí se trata de la ubicación jurídica del DIDH en el orden jurídico del Estado constitucional y en determinado tiempo,²⁵ no sus modalidades de ingreso, progreso y egreso del sistema estatal.

En el párrafo anterior se da cuenta de la primacía, revelada en el ámbito de subordinación del Estado al Derecho, al quedar ligada la validez de su orden jurídico al marco de referencia, formal y sustancial, tipificado y sostenido en la suma regla constitucional. La opción por una constitución escrita, cuya variación o cambio solo debe formalizarse por procesos distintos a la producción de la ley ordinaria, establece un paradigma en el sistema de fuentes del orden jurídico. Entre los corolarios de dicha doctrina, hay una de relevante importancia teórica: por intermedio de la primacía constitucional los Estados intentaron diseñar, desarrollar y completar el monopolio de la fuerza, concretado en la regulación de la autoridad y la centralización terminante de los ámbitos vinculados con la producción y realización del Derecho, respectivamente.

Pronto se cumplirán 70 años desde la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que, en rigor, como se ha observado²⁶ por su natural competencia para la ordenación interestatal, debería llamarse “Estados Unidos”. Uno de los datos más significativos de la ONU se objetiva en la normatividad producida a escala global, con profundos rasgos de derecho constituyente de la más alta estirpe sobre DDHH. Al leerse con seriedad, el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos –aprobada por la Asamblea General el 10/12/1948–, en tanto proclama que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”, llamará la atención que los hombres son una especie extremadamente original. Demoraron miles de años para escribir, con atisbos globales y determinada normatividad jurídica, que honrar la vida y “ayudar a vivir”²⁷

25. Bidart Campos, Germán J.: *Manual de la constitución reformada*, op. cit., p. 371.

26. V. Bunge, Mario A.: *Filosofía política...*, op. cit., p. 331. En este texto se añade que los EE.UU. deberían llamarse “Provincias Unidas”.

27. *Idem*, p. 193.

con determinado régimen de bienestar,²⁸ no hacer daño²⁹ al otro, “guiarse por el conocimiento”³⁰ y ser solidario siempre que se pueda, en un marco de profundo e inmarcesible respeto al otro, constituye el repertorio fundamental para las bases mínimas del desarrollo de la vida de nuestra especie.

Deseo exaltar tres escenas, porque compendian, con buenas razones, aspectos relevantes de la relación del DIDH con el Derecho estatal.

Escena 1. El DIDH se produce en el ámbito de encuentros, debates, eventos, cónclaves o asambleas, siempre en sede internacional; siempre, por tanto, interestatal. Cambia, radicalmente, el paradigma del monopolio estatal en la creación del Derecho, aunque no cesa ni se devalúa la primacía constitucional.

Escena 2. Singularmente, pues, corresponderá actualizar y ampliar el contenido del Derecho constitucional. Su vinculación con el DIDH resulta inevitable e impostergable. Sin embargo, en este ámbito juega un rol clave el método de inserción y ulterior posición del DIDH en el sistema estatal.

Escena 3. El DIDH genera dos cuestiones en relación con la primacía de la constitución estatal.

Para facilitar la comprensión, denominaré a la primera de ellas “consagración textual”. Limitada la observación a América Latina, sus textos constitucionales se distinguen en dos grupos: aquellos en los que existe una concreta y específica “formulación normativa” sobre la vinculación jerárquica entre el DIDH y el Derecho de la constitución, y aquellos textos constitucionales que carecen de enunciados que propicien, expresamente, la aludida

28. Ramón Ferreira escribió en 1852 que el Estado tiene como fundamento proporcionar a los hombres medios de conservación y procurar que sean más felices. “Los objetos generales de un buen gobierno son la riqueza, la ilustración, la seguridad de los ciudadanos y la moral pública”. V. Ferreira, Ramón: *Manual de Derecho Natural (Escrito en 1852 para el Colegio de Tacna en el Perú)*, op. cit., pp. 32 y 35.

Años antes, Thomas Jefferson había escrito también sobre el mismo asunto: “The care of human life and happiness, and not their destruction, is the first and only legitimate object of good government”. V. *The Writings of Thomas Jefferson, To The Republican Citizens of Washington County, Maryland, Assembled at Hagerstown On the 6th Instant [Monticello, March 31, 1809]*, vol. VIII, Taylor y Maury, Washington D.C. 1854, p. 165. Bastaría pensar en el Estado y atribuir un apropiado mundo feliz entre sus finalidades capitales. No obstante, dejo librado al lector la fe y mérito de la afirmación de Jefferson.

29. Popper, Karl R.: *La sociedad abierta y sus enemigos*, op. cit., p. 479.

30. Russell, Bertrand: “Lo que creo”, en *Por qué no soy cristiano*, op. cit., p. 86.

referencia. Toda armonía muchas veces resulta peligrosa. En un cuidadoso relato debe escribirse: casi todos los textos constitucionales poseen formulaciones; excepto, por ejemplo, el uruguayo, en el que se encuentra “ausencia de referencia expresa a la interacción entre el DIDH y el Derecho constitucional”.³¹

Una segunda distinción también es iluminativa. Ahora, específicamente, existen cuatro órdenes de escalonamiento jerárquico. En primer lugar, los textos que prescriben la “primacía o prevalencia” del DIDH sobre el Derecho interno de fuente estatal; en segundo lugar, los textos que determinan la “equivalencia” de las ordenaciones normativas, tanto la fuente externa como la estatal; en tercer lugar, las constituciones que determinan que el DIDH se “posicionaría debajo de la propia normatividad constitucional”, y, por último, el caso de Uruguay, que ante la falta de mención detallada invita al experto o al ciudadano a un “viaje” bastante ilegible y dominado, quizá, por la discreción en la realización del Derecho.

En suma, se aprecia en los Estados latinoamericanos un notorio esfuerzo de los poderes constituyentes. Tolerado o recomendado, el avance progresivo y sustantivo del DIDH configura una nueva ordenación del sistema de fuentes. Ciertamente, cada sistema constitucional posee “determinados rasgos propios de identidad”,³² aunque muchas veces la prosa desarrollada a nivel textual no alcanza una coherente realización. Los rangos en el orden jurídico son diferentes; no es indiferente la concretización de un doble sistema de fuentes: la propia del Derecho interno del Estado y la internacional. Incluso, se ha llegado a advertir que si la constitución declinase su rango superior, es decir, su específica primacía a favor del DIDH, ello no eliminaría su fuerza normativa.³³ El ADN del Derecho internacional se transmite, sin solución de continuidad, en el propio cuerpo del DIDH; así, se contiene la aspiración de prevalencia sobre el derecho interno, incluyendo el constitucional.

31. V. Machado Cyrillo Da Silva, Carolina: “La posición jerárquica del Derecho Internacional de los Derechos humanos en las constituciones sudamericanas”, op. cit., pp. 124-135.

32. V. Dolabjian, Diego A.: “Constitución y derechos humanos. 75.22. Modelo para armar”, op. cit., pp. 89-123.

33. V. Bidart Campos, Germán J.: *El Derecho de la constitución y su fuerza normativa*, op. cit., p. 456.

Sin embargo, si tuviésemos que elegir por estas horas, preferiría adoptar el mecanismo de la absorción, con un relevante e indisponible margen de apreciación estatal, con rango equivalente y posibilidad de denunciar la salida del sistema internacional. Pese a que la tesis no luzca exagerada u ortodoxamente internacionalista, por ahora prefiero observar la casa común, la república, sin pausas y con firmeza, para dar ubicuidad en el espacio, en un futuro cercano, a un Derecho de los derechos humanos para todos los latinoamericanos. Nótese que se trata de una perspectiva fundada “en la insuperable dificultad, hoy existente, de fundar la unidad del ordenamiento en la supremacía del Derecho internacional”;³⁴ que cesaría, total o parcialmente, acaso, el día que se pueda afirmar la existencia de la completa globalización o mundialización uniforme del Derecho, la existencia de un solo Estado-orden jurídico, y prescindir o devaluar el concepto de Estado que actualmente se maneja. El comentario no deja de ser optimista, porque relega la supremacía total del Derecho internacional a su entronización en la cúspide del orden jurídico, que por entonces dispondría de las instituciones necesarias para crear y realizar un orden jurídico global en el mundo entero. Mientras tanto, los ciudadanos de cada una de las comunidades deben disponer del más certero y adecuado ámbito de libertad para discernir, si acaso, en el futuro toda la aldea sudamericana³⁵ se hallaría conglobada por la primacía

34. V. Aláez Corral, Benito: “Nacionalidad y ciudadanía ante las exigencias del Estado constitucional”, op. cit., p. 130.

35. El 22 de junio de 1856, Francisco Bilbao propuso la formación de un Congreso de América del Sur, en el que cada república enviaría igual número de representantes. El Congreso, símbolo de la unión y de la iniciación, se ocuparía, especialmente, en convertir en leyes particulares de cada Estado varias iniciativas, entre las que se destacaron: “...1º) La ciudadanía universal. Todo republicano puede ser considerado como ciudadano en cualquier república que habite; 2º) Presentar un proyecto de código internacional; 3º) Un pacto de alianza federal y comercial; [...] 12º) Presentar el plan político de las reformas, en el cual se comprenderán el sistema de contribuciones, la descentralización, y las reformas de la libertad que restituyan a la universalidad de los ciudadanos las funciones que usurpan o han usurpado las constituciones oligárquicas de la América del Sur; [...] 14º) El Congreso fijará el lugar de su reunión y el tiempo, organizará su presupuesto, creará un diario americano. Es así como creemos que de iniciador se convierta un día en verdadero legislador de la América del Sur; 15º) Una vez fijadas las atribuciones unificadoras del Congreso Americano y ratificadas por la unanimidad de las Repúblicas, el Congreso podrá disponer de las fuerzas de los Estados Unidos del Sur, sea para la guerra, sea para

fundacional de determinadas piezas del DIDH, en plano, rango o nivel distinguidamente superior sobre todo el Derecho; incluido, con propiedad, el propio constitucional de fuente interna.

VII. Formulación y representación normativa de la regla sobre la subordinación

VII.1. Estado argentino

Su Constitución federal (en adelante CF) es el texto más antiguo de los vigentes en América Latina. El 25 de mayo de 1853 el director Provisorio de la Confederación Argentina, Justo José de Urquiza, decretó:

Art. 1º: Téngase por Ley Fundamental en todo el territorio de la Confederación Argentina, la Constitución federal sancionada por el Congreso Constituyente el día primero de mayo de ese año en la Ciudad de Santa Fe. Art. 2: Imprímase y circúlese a los gobiernos de provincia, para que sea promulgada y jurada auténticamente en comicios públicos.

Junto con el decreto, los Gobernadores de Provincia recibieron una nota, también con firma del Director: "...La Constitución política ha sido sancionada...". El artículo 12 del Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos imponía al Director Provisorio el deber de promulgar y hacer observar la Constitución luego que fuese sancionada.

Para que esta disposición se lleve a efecto, dispondrá V.E. que se distribuyan ejemplares impresos por los pueblos y territorios de esa

las grandes empresas que exige el porvenir de la América; 16º) Los gastos que exija la Confederación, serán determinados por el Congreso y repartidos en las Repúblicas a prorrata de sus presupuestos. 17º) Además de las elecciones federales para representantes del Congreso, puede haber elecciones unitarias de todas las Repúblicas, sea para nombrar un representante de la América, un generalísimo de sus fuerzas, o bien sea para votar las proposiciones universales del Congreso. 18º) En toda votación general sobre asuntos de la Confederación, la mayoría será la suma de los votos individuales y no la suma de los votos nacionales. Esta medida unirá más los espíritus". V. Bilbao, Francisco: "Iniciativa de la América. Idea de un Congreso Federal de las Repúblicas. Post-dictum", op. cit.

provincia, y que en un mismo día se haga en todos los puntos cabeza de partido, una lectura pública de la Constitución, en presencia de las autoridades territoriales [...] Concluida la lectura empezará el acto de juramento [...] encabezado por la fórmula siguiente: “Nosotros, ciudadanos argentinos que formamos el pueblo de la provincia de [...] juramos [...] respetar, obedecer y defender la Constitución política de la Confederación argentina, sancionada por el Congreso General Constituyente el 1º de mayo de 1853.”³⁶

La CF fue jurada el 9 de julio de 1853 en toda la Confederación, excepto por el pueblo de la provincia de Buenos Aires, que recién suscribió el pacto constitucional en 1860.³⁷ Posteriormente, el texto fue reformado en los años 1866, 1898, 1957 y 1994 –el último cambio formalizado.

Sus enunciados normativos y no normativos se encuentran repartidos en un “Preámbulo”, dos “Partes” y las “Disposiciones transitorias”. La “Primera Parte” contiene al “Capítulo primero: Declaraciones, derechos y garantías” y al “Capítulo segundo: Nuevos derechos y garantías”. La “Segunda Parte: “Autoridades de la Nación” abarca un “Título primero: Gobierno federal” y un “Título segundo: Gobiernos de provincia”. Los principios y reglas de naturaleza permanente se alojan en 129 artículos constitucionales, más el “14 bis” (derechos sociales) distribuidos en las dos primeras partes, respectivamente. Por último, las “Disposiciones transitorias” se hospedan en 17 artículos.

Corresponde decir con propiedad que la CF de la Argentina, desde 1853-60, consagra la supremacía normativa de la suma regla y el correspon-

36. Ravignani, Emilio: *Asambleas Constituyentes Argentinas*, t. sexto, 2ª parte, op. cit., pp. 837-838.

37. El poder constituyente originario observó ciclo abierto desde 1853 hasta 1860. El ingreso del pueblo de la provincia de Buenos Aires significó un aporte decisivo para la construcción del Estado argentino. Aunque el año “1853” fue un momento clave de la democracia constitucional argentina, debe ser interpretado como “1853-60” dado que, pese a que en este último año lo que hubo fue una reforma, desde el punto de vista jurídico lo que aconteció fue la consolidación del poder constituyente originario, ciclo abierto en 1853 (en igual sentido, Bidart Campos, Germán J.: *Tratado elemental de Derecho Constitucional*, t. I-A, op. cit., pp. 476 y ss.). Por eso es correcto mencionar que el texto fundacional argentino es de 1853-60, pese a que en este texto, en general, solo por razones de simplificación del lenguaje, a veces, se indique “1853”, a secas.

diente escalonamiento jerárquico de las normas inferiores a ella. Según se alumbra en el artículo 31:

Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

Por lo tanto, el Derecho de la constitución posee una peculiar forma de ordenar y organizar la vida comunitaria. La subordinación del Estado al Derecho de la CF constituye un mecanismo claro, solvente y riguroso. Además, por su antigüedad, merece ser objeto de una comprensión específica y calificada.

La CF reformada, a partir de 1994, dispone la complementariedad constitucional del DIDH en las condiciones establecidas en el artículo 75, inciso 22, para conjugar el recto entendimiento de la primacía:

Corresponde al Congreso [...] inciso 22: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y

garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

A su vez, la ley 24.820 –publicada en el Boletín Oficial (BO) del 29/5/1997– otorgó jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por la XXIV Asamblea General de la OEA, en los términos del artículo 75, inciso 22, de la CF. Por su parte, la ley 25778 –publicada en el BO el 3/9/2003– otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 26/11/1998 y aprobada por ley 24.584.

La ley 27.044 –publicada en el BO de la República el 22/12/2014– dispuso otorgar jerarquía constitucional en los términos del artículo 75, inciso 22, de la CF, a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU). En consecuencia, hoy son catorce los instrumentos del DIDH que gozan de jerarquía constitucional.

Se asume, entonces, que la racional conglobación entre el Derecho (estatal) constitucional y el DIDH (internacional) con jerarquía constitucional, tipificado en la Argentina en términos de equivalencia de las fuentes (CF y DIDH, según regulación contenida en el art. 75, inc. 22), abre un espacio interesante y de probada riqueza semántica para la “complementariedad”, cuyo único requisito reside en el propio margen de reserva estatal propiamente estipulado por la CF. Léase, por ejemplo, un cúmulo de siete argumentos:

1) Por la racionalidad dispuesta para todos los actos de los departamentos que ejercen el poder republicano, según asigna el artículo 28 y reparte a todo el texto constitucional; 2) Por hecho indisputable que “El gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de Derecho público establecidos en [la] Constitución”, según se consigna en el artículo 27; 3) por la propia relatividad de los derechos constitucionales, todos susceptibles de regulación por el legislador, siempre que no se altere su

núcleo; 4) Por la prohibición de otorgamiento de facultades extraordinarias, suma del poder público, sumisiones o supremacías, vinculada en el artículo 29; 5) Por el principio de estricta y máxima juridicidad, reglado en el artículo 19, que establece las competencias delimitadas del poder público; 6) Por la distinción horizontal del poder y la fijación de zonas de reserva a los poderes constituidos, según exigen los artículos 1, 44, 87, 108 y concordantes; 7) por el propio peso del artículo 75, inciso 22, al detallar que el DIDH jerarquizado constitucionalmente, en las “condiciones de su vigencia...”, no deroga “...artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. (Huelga destacar que los artículos aludidos por la propia CF a la “Primera parte” albergan, mínimamente, a los contenidos entre los artículos 1 a 33 del texto).

VII.2. Estado brasileño

El texto vigente fue promulgado el 5 de octubre de 1988.³⁸ Consta de un “Preámbulo” y nueve Títulos, a saber: I. “Principios fundamentales”; II. “Derechos y garantías fundamentales”; III. “Organización del Estado”; IV. “Organización de los poderes”; V. “Defensa del Estado y de las instituciones democráticas”; VI. “Tributación y presupuesto”; VII. “Orden económico y financiero”; VIII. “Orden social” y IX. “Disposiciones constitucionales generales”. La Constitución de Brasil contiene 250 artículos y un larguísimo texto con otros 100 de naturaleza “constitucional transitoria”.

En más de cinco lustros, el sistema constitucional originario y fundacional de 1988 se ha reformado en forma reiterada: 88 variaciones, hasta

38. El poder constituyente originario de 1988 estipuló, entre las “Disposiciones constitucionales transitorias (ADCT)”, un enunciado normativo sumamente original e inédito: art. 2º del ADCT “No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País”. El plebiscito establecido por el constituyente originario fue reformado por la enmienda constitucional N°2/92, mediante la cual se cambió la fecha de su realización para el 21 de abril de 1993, y se dispuso que la forma y el sistema de gobiernos definidos por el plebiscito serían vigentes desde el día 1 de enero de 1995. Como resultado del plebiscito, con 66,26% del total de votos ganó la forma de gobierno república y con 55,58% ganó el sistema presidencialista.

mayo de 2015,³⁹ por intermedio del mecanismo “Emendas”.⁴⁰ La abrumadora cantidad de “cambios normativos” puede razonablemente inclinar a pensar que la ideología instituida por el poder constituyente en 1988 sufrió modificaciones; también puede sugerir que la propia vocación jurídica del manifiesto originario se encuentre comprometida por tan radical historicidad que observa las “Emendas”. Haya virado o no haya virado desde posturas de intervención del Estado en la economía hacia posturas de fuerte signo diferente, la ley fundamental ha sido mantenida en sus directrices; mejor aún: interpreta un estado de conciencia individuado en la ciudadanía.

Esta estabilidad de los principios generales constitucionales podría reputarse como uno de los elementos que han apoyado el desarrollo y crecimiento de la economía, de las finanzas, de los avances en investigación científica y del propio desarrollo tecnológico que se aprecian en Brasil y sus implicancias en el concierto mundial de Estados. Esta reflexión puede resultar exagerada, aunque el período 1988-2015 es único en la historia del Estado brasileño desde su independencia en 1822. En este sentido, cabe destacar la vigencia ininterrumpida de un texto que, como se ordena en el artículo 1, determina que la República Federativa de Brasil constituye un Estado democrático de Derecho, que tiene como fundamentos la soberanía, la ciudadanía, la dignidad de la persona humana, los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa y el pluralismo político.

39. Última enmienda disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc88.htm.

40. “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”.

En la dogmática brasileña se discute el valor del Preámbulo. Sea o no sea venerable jurídicamente, su simple declaración constituye una manifestación señera sobre la intención de subordinar el orden estatal a los fundamentos de la Constitución:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

A mi juicio, la recta interpretación se encuentra anidada en el propio Preámbulo. Pero para evitar cualquier situación equívoca, el artículo 1 de la Constitución brasileña de 1988 contiene una fórmula normativa parca, concisa y concluyente, en tanto determina la fuente del poder del Estado y su subordinación. Concretamente, en el Parágrafo único se ordena: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

La realización de la fórmula receptada en el artículo 1 constitucional brasileño debería dejar fuera de discusión la normatividad de los desarrollos de cada uno de los despliegues de la regla sobre la subordinación del Estado al Derecho constitucional. Representar la certeza en el mundo estatal –pasado, presente y sobre todo porvenir– queda afianzada, se encuentra ligada, en fin subordinada a una regla artificial, la constitución, que no tiene nada de orden metafísico. Una certeza siempre es “...certeza de alguien respecto de algo”;⁴¹ en nuestro caso, nada más y nada menos que del hombre sobre el orden jurídico que fundamenta al Estado. Por esto, la Constitución de Brasil ordena regiamente: “...en los términos de esta Constitución”.

Decidida la subordinación al Derecho de la Constitución, restan una palabras relacionadas con el sitio o emplazamiento jurídico del Derecho

41. Bunge, Mario A.: *Diccionario de Filosofía*, op. cit., pp. 213-214.

internacional de los Derechos humanos. En la Constitución de la República Federativa del Brasil del año 1988, se dispuso, originariamente, en el art. 5, LXXCII, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Esta formulación normativa hizo que algunas orientaciones juzgasen la concreción de un sistema de equivalencia o integración de fuentes, en el propio contexto de la Constitución de 1988 y por imperativo de las claves que se pueden inferir de la regla bajo comentario. En cambio, otras orientaciones han sugerido la prevalencia del Derecho constitucional de fuente estatal.

Posteriormente, en 2004, por intermedio de la enmienda constitucional 45/2004, se introdujo el siguiente texto como artículo 5, LXXVIII, § 3º: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Indudablemente, la regla contenida en el texto originario alienta o atrae una interpretación abierta al sistema de fuentes. Sin embargo, no puede desconocerse el hecho de que un acto reformador, 16 años después, sugirió una formulación normativa. Quizá, por de pronto, y ante la escasa actividad registrada en el ámbito propiciado por la propia reforma de 2004 (me refiero al ámbito pergeñado por la nueva formulación contenida en el art. 5, LXXVIII, § 3º), corresponda activar la comprensión originaria del sistema de equivalencia o integración de las fuentes.

VII.3. Estado colombiano

La Constitución colombiana actualmente en vigencia fue promulgada y publicada en la Gaceta constitucional en julio de 1991. Desde entonces ha sido reformada en reiteradas oportunidades (han sido 38, aunque Colombia posee y padece un singular mecanismo de “declaración de inexecutable” de las enmiendas), sin desvanecer ni devaluar las prescripciones originarias de los principios y reglas que la nutren y desarrollan en las 380 piezas de su articulado permanente. En su cabecera se emplaza el “Preámbulo”. Luego, sus 13 Títulos, a saber: I. “De los principios fundamentales”; II. “De los derechos, las garantías y los deberes”; III. “De los habitantes y del territorio”; IV. “De la participación democrática y de los partidos políticos”; V. “De la organización del Estado”; VI.

“De la rama legislativa”; VII. “De la rama ejecutiva”; VIII. “De la rama judicial”; IX. “De las elecciones y de la organización electoral”; X. “De los organismos de control”; XI. “De la organización territorial”; XII. “Del régimen económico y de la hacienda pública” y XIII. “De la reforma de la Constitución”. Finalmente, las “Disposiciones transitorias” se articulan en 60 piezas no permanentes.

Es preciso destacar que la regla sobre la subordinación se concreta con claridad y concisión en la Constitución política de Colombia de 1991, una de las leyes fundamentales más modernas de la región. Veamos, entonces, los enunciados que, en su conjugación fecunda, programan constitucionalmente la armazón del Estado y su ulterior e inmediata sujeción jurídica al Derecho de la constitución. Más allá de la ductilidad cierta o incierta de la simple declaración, corresponde indicar que desde su Preámbulo se anuncia, sin presuntuosidad pero con vocación normativa, lo siguiente:

El Pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente Constitución Política de Colombia.

A su vez, las primeras palabras de las prescripciones constitucionales, precisamente en el artículo 1, se dirigen a ordenar:

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Luego, en el artículo 3 se encuentra una determinación jurídica clave: “La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus

representantes, en los términos que la Constitución establece”. Téngase presente que, más adelante, en el artículo 113, se determina taxativamente que “son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial”.

Los enunciados referidos dan suficiente cuenta de la idea de constituir un Estado, el origen del poder y el criterio para su ejercicio. La sujeción del Estado al Derecho se encuentra de modo indubitable en las referencias alegadas. Todo cuanto digo contiene, además, un coronamiento expreso en las letras constitucionales colombianas en el artículo 121: “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”.

El Estado colombiano posee, desde 1991, una de las reglas señeras sobre la cuestión examinada. Concretamente, me refiero al artículo 4 y la materialización normativa de la supremacía constitucional:

La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

Por de pronto, la originalidad del artículo 4 merece ser resaltada en dos aspectos. En primer lugar, aunque la idea de supremacía constitucional se encuentra en el ideario constitucional de América Latina desde el siglo XIX, la prescripción “La constitución es norma de normas” es novedosa en el vocabulario de los poderes constituyentes. En consecuencia, el artículo 4, al determinar que la Constitución es la norma de mayor jerarquía del sistema, provoca la ordenación jurídica del Estado, al disponer que no es lógicamente posible ir de la norma superior a la norma inferior sin atravesar la distancia jerárquica que hay entre ellas. Negar esta distancia sería contradictorio, porque no puede irse de lo superior a lo inferior sin atravesar las distancias que los separan. Este sencillo ejemplo demuestra la primacía lógica de la constitución.

El segundo aspecto prescrito por el artículo 4 que también posee suficiente originalidad –al menos en el decir propio de los enunciados constitucionales– alude a su acatamiento o deber de obediencia. Toda constitución,

como norma,⁴² forma parte del mundo real en cuanto cosa escrita, publicada, acatada. La arquitectura que propone la constitución, como toda norma, tiene un ámbito de su producción y otro ámbito para su realización. Producida la norma, previa comprensión racional, deberá sobrevenir su acatamiento, es decir, su realización tanto por los ciudadanos como por los poderes del Estado. Sin embargo, existen diferentes situaciones en que la realización del Derecho emanado de la constitución exige una interpretación que, específicamente, resultará a cargo de la jurisdicción. La realización del Derecho constitucional será siempre, pues, concreción o ejecución de Derecho creado. Bajo esta especificidad en la formulación normativa, el artículo 4 de la Constitución política de Colombia inaugura el proceso político de los ciudadanos que integran la comunidad y, en paralelo, se asume la ordenación del “deber” de acatamiento de sus enunciados.

42. En la sección VII.1, al comentarse la CF de la Argentina, se incluye en la descripción su paradigmático art. 31, creado en 1853. La normatividad del enunciado mencionado se encuentra fuera de debate, merced a su prístina estructura y cotización. En 2004 la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró en el fallo “Vizzotti” que la CF de la Argentina asume el carácter de una norma jurídica V. “Vizzotti, Carlos A. v. AMSA S.A.”, CSJN, Fallos, 327:3677, considerando 8º, suscrito por los jueces Enrique S. Petracchi, Augusto C. Belluscio, Carlos S. Fayt, Antonio Boggiano, Juan C. Maqueda, E. Raúl Zaffaroni y Elena I. Highton de Nolasco, 14/9/2004. Ciertamente, en el art. 31 constitucional se dispuso originariamente en 1853-60 y todavía se encuentra en vigencia: “Esta constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación...”; sin embargo, a lo largo de la historia fue puesta en jaque, y devaluada y derrotada, la eminente propiedad llamada prescriptividad de la ley, es decir, la determinación de la conducta humana, de ciudadanos y servidores públicos por intermedio de la CF. También, con semejante vocabulario, la fuerza normativa de la constitución es reglada, especialmente, en América Latina. Así, el “sendero colombiano” fue seguido por Venezuela, en 1999, al disponer en el art. 7 de su constitución: “La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico...”. Ecuador, en 2008, ha dispuesto en su art. 424 constitucional: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico”. Análogamente, Bolivia, en 2009, confirma la tendencia hacia la formulación escrita de la normatividad constitucional, en el art. 410, ap. II: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa”.

Dispuesta la subordinación del Estado al Derecho de la Constitución Política de 1991, solo resta indagar la cuestión del espacio jurídico del DIDH, según menciona el propio instrumento en el artículo 93:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben en su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

La aparición de esta regla positiva en el mundo jurídico constitucional de América Latina ha provocado, significativamente, nuevos deslizamientos. Porque ha cambiado el sistema de fuentes, al referirse propiamente sobre la materia la Constitución Política de 1991. De manera decidida el constituyente se inclinó por el criterio de la prevalencia en el “orden interno” del DIDH. No obstante, en el caso de los “derechos y deberes” consagrados por la propia Constitución colombiana de 1991, configura un patrón de interpretación, porque ellos deberán ser interpretados “de conformidad” con los tratados internacionales sobre DDHH ratificados por Colombia. No es objeto de estas líneas hacer una digresión sobre si la Constitución de 1991 debe ser calzada dentro del marco del ámbito referenciado como Derecho interno o no debe ser enmarcada como tal; esto es, si la prevalencia del DIDH se desenvuelve, en todo espacio y tiempo; sin embargo, nótese que la ordenación constituyente por la fórmula “de conformidad” se encuentra lejos de una mera o simplificada referencia; circunstancia que anida, cuando menos, un parámetro para la realización constitucional.

La única dificultad tangible para los ciudadanos y servidores públicos podría reposar en que sea necesaria una previa investigación de campo o determinación empírica para hallar los “tratados y convenciones” que reconocen DDHH y que han sido “distinguidos” con su “ratificación” por el Congreso colombiano. En este sentido, en comparación, el modelo de la Argentina adoptado en 1994, según se ordena en el artículo 75, inciso 22 –susceptible de ampliación por vía congresual–, se presenta como más taxativo que el modelo colombiano, pero su universo puede ser más acotado por su propia autolimitación en la descripción del DIDH que posee jerarquía

constitucional (en forma originaria fueron 11 instrumentos; ampliados a 14 por vía congresual).

VII.4. Estado ecuatoriano

Ecuador ha tenido una gran cantidad de constituciones. Un constitucionalismo agitado. Desde 1830, la entronización misma del Estado ecuatoriano y la configuración republicana independiente, se han sucedido, por lo menos, 15 instrumentos que han tenido diversa suerte.

El texto constitucional vigente en la actualidad fue aprobado en 2008. En un ejercicio comparativo, por su extensión y detallismo normativo, solo es superado por la Constitución de Brasil. No es una cuestión que carezca de significación, en la inteligencia de que la población y el territorio, respectivamente, de México, la Argentina y Colombia, resultan superiores a los del Ecuador. Con evidencia, el poder constituyente ha necesitado disponer la reglamentación y enunciar normas constitucionales que, por su configuración y emplazamiento, se encuentren fuera de los ámbitos cotidianos de deliberación política comunitaria.

En su “Preámbulo” reúne la celebración a la *Pacha Mama* y la formulación de “una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*”. Luego, los enunciados constitucionales se ordenan en 9 “Títulos”, a saber: I. “Elementos constitutivos del Estado”; II. “Derechos”; III. “Garantías constitucionales”; IV. “Participación y organización del poder”; V. “Organización territorial del Estado”; VI. “Régimen de desarrollo”; VII. “Régimen del buen vivir”; VIII. “Relaciones internacionales” y IX. “Supremacía de la Constitución”. Exactamente, 444 artículos para dar residencia a la variada gama de principios y reglas de naturaleza permanente. Posee también 30 “Disposiciones transitorias”, una “Disposición derogatoria”; un “Régimen de transición” compuesto por 30 artículos, y una “Disposición final: “Esta Constitución, aprobada en referéndum por el pueblo ecuatoriano, entrará en vigencia el día de su publicación en el Registro oficial”.⁴³

43. Concretada el 20 de octubre de 2008.

La definición sobre el modelo de Estado elegido no se hace esperar. Las primeras letras prescriptivas se orientan hacia allí; en efecto, en el artículo 1 se dispone:

El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

La génesis del poder y el sometimiento de este a los marcos constitucionales operan de modo claro y solvente, al menos según surge del artículo 1 constitucional. Desde la misma regla, en clave normativa, corresponde inferir que el poder del Estado en Ecuador nace y se sostiene en el poder individuado en cada uno de los ciudadanos que integran su pueblo. La soberanía de los ciudadanos que integran el pueblo es el fundamento del poder del Estado, porque sin ella resulta inimaginable e irrepresentable el desenvolvimiento de los diferentes círculos que contiene la vida comunitaria. La configuración del Estado constitucional queda a cargo del Derecho de la constitución. Su existencia jurídica, por ende, apropiada, única y exclusivamente puede encontrar fundamento de derivación más que en la Constitución de 2008. Pareciera atinado decir que Estado y Derecho constitucional se encuentran unidos de modo indisoluble; quizá, en forma semejante que un ser vivo y su propia ordenación y correspondiente organización.

Otro aspecto interesante, en cuanto a la regla de subordinación bajo análisis, consiste en determinar que la Constitución ecuatoriana, en el Estado constitucional, es la fuente del Derecho por antonomasia. Así se dispone en el artículo 424:

La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La subordinación al régimen imperativo de la Constitución del Ecuador de 2008 se ratifica en el artículo 426: “Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución”.

Naturalmente, la regla sobre la subordinación del Estado al Derecho de la constitución también requiere la franca explicitación del escalonamiento o gradación de los enunciados que integran el orden estatal.

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

Sobre el constitucionalismo global, esto es, el DIDH, en la segunda parte del artículo 424 se instituye lo siguiente:

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

No obstante, resulta sugestivo que la prescripción contenida en el artículo 425 no colabora, precisamente, en la tarea de determinar la “equivalencia de las fuentes”, porque allí se lee: “El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales...”; significativamente, el “punto y coma” luego de “Constitución” tendrá que ser armonizado con la inteligencia también dichosa provista por el artículo 424 de la misma estatura constituyente.

Para salvar cierta discordia normativa –que podría haber sido evitada, ante tanta profusión–, será necesario volcar la recta interpretación hacia la segunda parte del artículo 426:

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

En consecuencia, correspondería opinar que el poder constituyente ecuatoriano en 2008 optó por el sistema de equivalencia de las fuentes, en la inteligencia provista por la segunda parte del artículo 424, que se coordina con el artículo 426 recién citado.

Pareciera, pues, que la equivalencia de las fuentes operaría a condición de que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución. Ciertamente, se trata de un criterio constituyente razonable, pero del que no se puede predicar la adopción de un modelo de equivalencia liso y llano sin ninguna cortapisa.

La Constitución del Ecuador de 2008, en términos jurídicos, recién ha sido puesta en marcha. Posee interesantes novedades, algunas de ellas han sido referidas más arriba. Otras, como por ejemplo la contenida en el artículo 95,⁴⁴ revelan una manifiesta intención de construir el orden estatal desde una perspectiva más ancha y sobresaliente que la ensayada por el constitucionalismo liberal solo preocupado por la esfera de libertad del individuo. La realización concreta del modelo pondrá de manifiesto el grado

44. “Art. 95. Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad. La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria”.

de protagonismo ciudadano en la configuración del orden alentado por la Constitución ecuatoriana.

En definitiva, la Constitución de la República del Ecuador de 2008 subordina al orden estatal. La estatura de sus enunciados asegura esta afirmación; al mismo tiempo, el DIDH, en las condiciones descritas arriba, también integra el escenario de más alta estirpe jurídica.⁴⁵

VII.5. Estado mexicano

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos entró en vigor en 1917. En pocos meses celebrará sus primeros 100 años. Su antigüedad es solamente superada por los 162 años del texto fundacional del Estado argentino. Sin embargo, la Constitución mexicana ha sido reformada en 223 ocasiones, mientras que durante ese mismo período (1917-2015) la

45. El asunto no queda agotado ni clausurado; mejor aún: se encuentra abierto a debate. Ciertamente, al tratarse de una ley fundamental moderna y ambiciosa, llama la atención las dificultades que se observan en la configuración estrictamente normativa. No puedo desconocer la presencia del art. 438: “La Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en los siguientes casos, además de los que determine la ley: 1. Tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional”. Por ende, una posibilidad interpretativa sería la siguiente, en armonía con lo sustentado en el cuerpo principal de este escrito. Así, la Constitución del Ecuador y los instrumentos del DIDH “ya ratificados” (art. 424) tienen la misma jerarquía constitucional; lo cual no descartaría que el DIDH “por ratificar” (art. 438) sea considerado con una jerarquía infraconstitucional en cuanto están sujetos a control previo de constitucionalidad. Ahora bien, en rigor de verdad, solo cabría hablar de jerarquía entre normas vigentes. De tal modo, no cabría hablar de jerarquía infraconstitucional de los DIDH “por ratificar” frente a la Constitución pues, simplemente, no están vigentes todavía. En cambio, sí tiene sentido hablar de jerarquía de los instrumentos del DIDH “ya ratificados” respecto de la Constitución; la cual, en el caso, sería idéntica o semejante. Mantengo, pues, la idea de que el constituyente ecuatoriano adoptó un sistema de equivalencia jerárquica entre la Constitución y el DIDH ya ratificado. Debo repetir: no ha sido la mejor redacción de las fórmulas normativas, porque, pese a la abundancia de reglas, no es fácil compaginar la realización armónica preferida por los asambleístas reunidos en Montecristi a juzgar por la ausencia de concisión y la atomización de diversos criterios que no siempre son coincidentes. Por último, la propia denominación del Título IX: “Supremacía de la Constitución” (que comprende arts. 424 a 444), hasta podría hospedar la idea de la cotización infraconstitucional del DIDH.

CF argentina ha sido reformada apenas en tres oportunidades, y una de las reformas –1949– fue dejada sin efecto.

En México, la regla sobre la variación observa una gran utilización.⁴⁶ Cabe señalar que los cambios constitucionales han sido heterogéneos, porque mantienen diferente alcance. Quizá haya predominado la idea de que la constitución es una entidad mundana; y por tanto, no debe ser ídolo de ilustración ni ser juzgada como el producto inalcanzable de personas sabias o no sabias, que en su mayoría han muerto. No obstante, la intensidad y la profundidad de los propios cambios no autorizan a juzgar aquí si ha sucedido o no ha sucedido la pérdida del material normativo originario, o todo ha consistido en un desarrollo jurídico que ha permitido la manutención global de la arquitectura constitucional asumida en Querétaro hace casi un siglo.

El texto vigente se conforma del siguiente modo:

- Título Primero. Capítulo I: “De los Derechos Humanos y sus Garantías”. Capítulo II: “De los Mexicanos”. Capítulo III: “De los Extranjeros”. Capítulo IV: “De los Ciudadanos Mexicanos”.
- Título Segundo. Capítulo I: “De la Soberanía Nacional y de la Forma de Gobierno”. Capítulo II: “De las Partes Integrantes de la Federación y del Territorio Nacional”.
- Título Tercero. Capítulo I: “De la División de Poderes”. Capítulo II: “Del Poder Legislativo”. Capítulo III: “Del Poder Ejecutivo”. Capítulo IV: “Del Poder Judicial”.
- Título Cuarto. “De las responsabilidades de los servidores públicos y patrimonial del Estado”.
- Título Quinto. “De los Estados de la Federación y del Distrito Federal”.
- Título Sexto. “Del Trabajo y de la Previsión Social”.
- Título Séptimo. “Previsiones Generales”.
- Título Octavo. “De las Reformas a la Constitución”.
- Título Noveno. “De la Inviolabilidad de la Constitución”.

46. Brasil tiene un promedio de poco más de tres enmiendas por año; México se acerca a dicha dimensión y Colombia se mantiene cerca de dos reformas, si se intentase vincular con un promedio el sesgo del cambio constitucional; la Argentina ha aguardado, con la misma lógica, más de 32 años para cambiar reglas de su constitución.

Todo se despliega en 136 artículos, a los que corresponde añadir una variopinta colección de “Artículos transitorios”.

El constitucionalismo puede ser comprendido desde su relación o referencia a las condiciones de existencia humana. Asumido que el monopolio de la fuerza descansa en el Estado –y también la centralización jurídica–, se intenta racionalmente que las relaciones entre las personas y las de estas con el Estado se desarrollen dentro de un orden de convivencia pacífica. Dependerá entonces vislumbrar si las determinaciones normativas se enlazan con la construcción de una sociedad de ciudadanos igualmente libres o si se enfatiza la traza de una mancomunidad de ciudadanos socialmente iguales o con cierta igualdad material de oportunidades. En otras palabras, el constitucionalismo liberal ha enfatizado en dar estabilidad y no empeorar las condiciones básicas; su carta de navegación, por tanto, descansa en un Estado respetuoso de la vida, de la libertad y de la dignidad. El constitucionalismo social introduce una variante singular, porque se edifica desde la perspectiva de un Estado promotor del desarrollo o mejoría de la condición humana; aquí, el proceso constituyente se orienta hacia el fomento y protección de la función de la propiedad, la educación, la salud, el trabajo, la familia, el ambiente y las riquezas naturales, entre otras categorías.

El texto original de la Constitución mexicana de 1917 da carta de ciudadanía normativa a robustos aspectos ameritados en el párrafo anterior; así, por ejemplo, las reglas sobre educación (art. 3); la determinación de que la propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponde originariamente al Estado; así como el dominio directo de todos los minerales “...o substancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos...” (art. 27); y, en el mismo artículo, el derecho del Estado de imponer en todo tiempo a la propiedad privada “las modalidades que dicte el interés público”. Probablemente, el ícono normativo lo configure el Título Sexto: “Del Trabajo y de la Previsión Social”, porque se destinan, por primera vez en América Latina, alrededor de 2000 palabras (todo en su solo artículo, el 123) para formular con estatura constitucional un verdadero código de la cuestión social: duración de la jornada laboral; vacaciones; minoridad; trabajo de mujeres; salario; igualdad de salario a igual trabajo, “sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad”; accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales de los trabajadores, sufridas con motivo o en ejercicio de la profesión o trabajo que ejecuten; derecho de los

obreros y de los patronos para coaligarse en defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos, asociaciones profesionales; reconocimiento del derecho de los obreros y de los patronos a las huelgas y los paros; entre otras cuestiones.

En cuanto a la subordinación jurídica del Estado, se concreta del siguiente modo, según el artículo 39:

La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de este. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.

A continuación, en el artículo 40 se instauro con propiedad la determinación que obliga al Derecho de la constitución.

Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

La gradación jurídica se contempla en el artículo 113. Allí queda claro que la Constitución mexicana es el fundamento del Estado.

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

La supremacía al orden constitucional, como se leerá más abajo, asume una nueva vertiente a partir de 2011, fruto de la validación del DIDH, y no ha sido afectada. La base del orden jurídico estatal, por lo demás, se encuentra fuera de debate ante la genuina y clara disposición reguladora contenida en el artículo 113 recién referenciado.

La Constitución mexicana contiene desde 1917 una regla sumamente original para el tiempo de su redacción, puesto que luego ha sido imitada por muchos Estados. Dedicó el título Noveno a la “Inviolabilidad de la Constitución”, donde por intermedio del artículo 136 se dispuso:

Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por cualquier trastorno público, se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados, así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a esta.

Se trata de una regla semejante a una determinación de “clausura”⁴⁷ del orden instaurado; es decir, una regla que presupone la existencia de un proceso de decisión para identificar las consecuencias normativas del sistema y descalificar todas aquellas acciones que no se encuentran calificadas por el orden constitucional.

Desde 2011 se ha operado un relevante cambio en México, en el orden autorizado por su Constitución, en cuanto a una definición explícita sobre el ámbito del DIDH. Más allá del acierto o deficiencia que pueda hallarse o no hallarse en la propia formulación normativa, con seguridad se afirma que el sitio para emplazar este tipo de reglas lo constituye, sin dudas, el artículo 1 de cualquier articulación constitucional. Así lo hacen saber los mexicanos:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

47. V. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., pp. 189-196.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. ⁴⁸

Ha de ser cierto que el Estado mexicano ha optado por un sistema de equivalencia de fuentes, en materia de DIDH. Además, favorecer a las personas en todo tiempo la protección más amplia elimina la posibilidad de pensar en algún matiz depredador o limitante del criterio de equivalencia adoptado.

VIII. Comentarios finales

Primero. El Estado, el Derecho y la constitución son entes artificiales; naturalmente, también lo es la asociación que da lugar a la mancomunidad: “Estado constitucional”. El orden natural, si acaso fuese tal, no requiere procesos de control, pero puede producir, ciertamente, situaciones de encantamiento al espectador o a quien realice o intente su comprensión. Por el contrario, el orden social, inventado por el hombre, sí requiere procesos de control. Sin embargo, las ordenaciones fundamentales desarrolladas por los artificios para el control social creados por él no deberían producir encantamiento acrítico, porque al no ser objetos naturales siempre reflejan una serie de relaciones de fuerza en constante cambio. Identificar la desigualdad de los hombres reviste tarea prioritaria en el examen del origen y desarrollo del Estado constitucional.

Segundo. El artificio constitucional constituye el cuarto elemento del Estado. Se ilustra un enfoque original: la conexión de la constitución con el

48. Compárese la diferencia en la redacción con la referencia semejante contenida en el art. 93, primer párrafo, de la Constitución de Colombia. V. Sección VII.3.

ente que fundamenta, el Estado. En el Estado ordenado u organizado con fundamentos en una constitución, su constitucionalización nunca es cabal ni totalizadora.

Tercero. Las reglas constitucionales que fundamentan al mencionado Estado prescriben con bastante suficiencia la subordinación certera de su orden jurídico, la autorización detallada para su cambio formalizado, la distinción de las funciones controladas de sus poderes gubernativos y notable literatura sobre la acción de sus derechos fundamentales; baste señalar, por ahora, que la descripción constituye el resultado de una previa comprensión analítica, que guarda para cada regla un rasgo básico o manifestación preferencial de su entidad propia.

Cuarto. La Constitución, al fijar determinados procedimientos, cumpliría la función responsable de la más alta alcuña atribuible a las formas jurídicas: alentar la paz. La regla sobre la subordinación está llamada a desarrollar un rol eminentemente procesal, porque la tensión entre individuo y Estado, el conflicto entre ciudadano y autoridad, imposible de resolver con rasgos definitivos, se disuelve a favor de ciertos procedimientos específicos. Recuérdese al respecto que, al subordinar la actuación estatal al Derecho de la constitución, dichos procesos confían el arraigo de determinada certeza. La naturaleza procesal queda fijamente establecida con la regla sobre la subordinación.

En los cinco Estados cuya arquitectura fundamental aquí se evalúa, la soberanía de la vida comunitaria se dispone por intermedio de una norma constitucional escrita. La concreción de la regla sobre la subordinación, entendida desde sus formulaciones normativas, resulta una verdad indisputable. Sin temor a equivocarme, dicha tesis podría extenderse al conjunto de los Estados que integran América Latina, aunque en algunos casos con matices, porque la distancia entre idealidad constituyente y realidad político-constitucional asume tal relevancia que produce una devaluación de la regla sobre la subordinación del Estado al Derecho.

Quinto. El Estado constitucional, en especial en América Latina, quizá signifique una ideación infinitamente más potente que su apropiada concreción en la realidad política y comunitaria, ya que la distancia entre idealidad constituyente y realidad política asume un grado significativo. Hace años se ha dicho que una “constitución no hace en absoluto a un Estado, salvo en la más estricta significación literal, un auténtico Esta-

do constitucional”.⁴⁹ En ninguna de las líneas anteriores apelé al juego de palabras, porque juzgo relevante la cruda descripción, sin la complaciente veneración en que incurren ciertos intérpretes que creen posible un inexistente culto oficial a la constitución, olvidando la más genuina posibilidad entregada por la sociedad abierta: o todos realizamos el Derecho constitucional, o el Derecho constitucional es simplemente una nueva forma arbitraria e irracional de dominación. Tampoco ahora jugaré con las palabras. Bastará, por eso y para finalizar, una afirmación, con igual pureza teórica que la perseguida en la sección III: sin constitución, no hay Estado constitucional. La subordinación jurídica del Estado al Derecho de la constitución, por de pronto, fomenta la ilusión de que los ciudadanos sean efectivamente iguales en libertad y el poder constituido constituya una zona de competencias limitadas sometidas al control racional. Hasta hoy, el ideal del Estado constitucional es la mejor herramienta inventada por el hombre para vivir en comunidad y no tiene rival...

Bibliografía

- Aláez Corral, Benito: “Nacionalidad, ciudadanía y democracia en la configuración nación/pueblo”, en *Fundamentos*, Nº7, Cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2012.
- Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1998.
- Alberdi, Juan B.: *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, derivados de la lei que preside al desarrollo de la civilización en América del Sud y del Tratado Litoral del 4 de enero de 1831*, 2ª edición, corregida, aumentada de muchos párrafos y un proyecto de constitución, concebidos según las bases propuestas por el autor, Valparaíso, Chile, Imprenta del Mercurio, Santos Tornero y Cía., 1852.
- Barcesat, Eduardo: “Deber de obediencia a la supremacía de la Constitución”, en “A veinte años de la Reforma Constitucional. Examen y perspectiva”, pp. 36-38, en *Revista de Derecho Público*, Nº9, Buenos

49. Loewenstein, Karl: *Teoría de la constitución*, op. cit., p. 161.

- Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, 2015.
- Barroso, Luis Roberto: *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, San Pablo, Saraiva, 2012.
- Bidart Campos, Germán J.: *El Derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995.
- *Manual de la constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1996.
- *Tratado elemental de Derecho constitucional*, t. I-A, ed. act. y amp., Buenos Aires, Ediar, 1999-2000.
- Bilbao, Francisco: “Iniciativa de la América. Idea de un Congreso federal de las repúblicas. Post-dictum”, en *Cuadernos de Cultura Latinoamericana*, N°3, México D.F., Facultad de Filosofía y Letras, Unión de Universidades de América Latina, UNAM, 1978 [1856].
- Bobbio, Norberto: *Teoría general del Derecho*, Bogotá, Temis, 1998.
- Bogdandy, Armin von: “Ius constitutionale commune latinoamericanum. Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea”, en Luis Raúl González Pérez y Diego Valadés (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, D.F., IIJ, UNAM, 2013.
- Bolívar, Simón: *Obra política y constitucional*, Madrid, Tecnos, 2007.
- Bonavides, Paulo: *Del Estado liberal al Estado social* (trad. M. Méndez Rocasolano y supervisión académica de R. Rabinovich-Berkman), Buenos Aires, Astrea, 2014.
- *Curso de Direito constitucional*, 26ª ed., São Paulo, Malheiro Editores, 2011.
- Bourdieu, Pierre: *Sobre el Estado. Cursos en el Collège de France (1989-1992)*, trad. P. González Rodríguez, Barcelona, Anagrama, 2014.
- Bunge, Mario A.: *Filosofía política. Solidaridad, cooperación y democracia integral*, trad. R. González del Solar, Barcelona, Gedisa, 2009.
- *Diccionario de Filosofía*, México, Siglo XXI, 2001.
- Camus, Albert: *L'Étranger*, París, Gallimard, 2013.
- Carpizo, Jorge: “Derecho constitucional latinoamericano y comparado”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVIII, N°114, UNAM, septiembre-diciembre, 2005.
- Condorcet: *Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano*, introducción y traducción revisada por A. Torres del Moral, Madrid, CEPC, 2004.

- Correa, Rafael: *Ecuador: de Banana Republic a la no república*, Colombia, Debolsillo, 2014.
- Corwin, Edward S.: “The Constitution as Instrument and as Symbol”, *The American Political Science Review*, Vol. 30, N°6, American Political Science Association, pp. 1071-1085, 1936.
- De Sousa Santos, Boaventura: *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Buenos Aires, Antropofagia, 2010.
- De Vergottini, Giuseppe: *Derecho constitucional comparado*, trad. C. Herrera, Buenos Aires, Universidad, 2005.
- Dolabjian, Diego A.: “Constitución y derechos humanos. 75.22. Modelo para armar”, en *Contextos*, publicación del Seminario sobre Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, N°5, pp. 89-123, 2013.
- Ekmekdjian, Miguel Á.: *Tratado de Derecho constitucional*, T. I, Buenos Aires, Depalma, 1993.
- Ferrajoli, Luigi: “Constitucionalismo garantista y constitucionalismo principialista”, en *Un debate sobre el constitucionalismo*, pp. 11-50, trad. N. Guzmán, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- Ferreira Mendes, Gilmar: “La construcción de un Derecho común iberoamericano. Consideraciones en homenaje a la doctrina de Peter Häberle y su influencia en Brasil”, en *Revista de Derecho constitucional europeo*, N°11, pp. 65-86, trad. M. Rodrigues Canotilho, Granada, Departamento de Derecho constitucional, Universidad de Granada, 2009.
- Ferreira, Ramón: *Manual de Derecho Natural (Escrito en 1852 para el Colegio de Tacna en el Perú)*, Paraná, Imprenta Nacional, 1861.
- Fronzizi, Silvio: *El Estado moderno. Ensayo de crítica constructiva*, Buenos Aires, Losada, 1945.
- Galeano, Eduardo: *Las venas abiertas de América Latina*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1971.
- Ser como ellos y otros artículos*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2010.
- García-Herreros, Orlando: *Apuntes de Derecho constitucional colombiano*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2011.
- Gargarella, Roberto: *200 años de constitucionalismo en América Latina 1810-2010*, Buenos Aires, copia del manuscrito original gentilmente cedido por su autor y existente en mi archivo personal, 2012.

- *La sala de máquinas de la constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina 1810-2010* Buenos Aires, Katz, 2014.
- Häberle, Peter: “La constitución en el contexto”, *AIJC*, CEPC, Madrid, N°7, 2003.
- *El Estado constitucional*, estudio introductorio de Diego Valadés, trad. H. Fix-Fierro, México, D.F., IIJ, 2003.
- Halperin Donghi, Tulio: *Historia contemporánea de América Latina*, Buenos Aires, Alianza, 2010.
- Hobsbawm, Eric: *Un tiempo de rupturas. Sociedad y cultura en el siglo XX*, trad. C. Balza y G. García, Barcelona, Crítica, 2013.
- *Historia del siglo XX*, Barcelona, Crítica, 1995.
- Humboldt, Alexander von: *Cosmos. Ensayo de una descripción física del mundo*, trad. B. Giner et al., Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2011.
- Laporta, Francisco: “Gobernanza y soft law: nuevos perfiles jurídicos de la sociedad internacional”, en A. Ruíz Miguel (ed.), *Entre Estado y Cosmópolis Derecho y justicia en un mundo global*, Madrid, Trotta, 2014.
- Loewenstein: *Teoría de la constitución*, trad. A. Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1979.
- Machado Cyrillo Da Silva, Carolina: “La posición jerárquica del Derecho Internacional de los Derechos humanos en las constituciones sudamericanas”, en *Contextos*, publicación del Seminario sobre Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, N°5, 2013.
- Marquardt, Bernd: *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina (1810-2010). Historia constitucional comparada*, tomo 1 1810-1880 y tomo 2 1880-2010, Universidad Nacional de Colombia, 2011.
- Martínez Estrada, Ezequiel: *Radiografía de la pampa*, Buenos Aires, Losada, 2007.
- Nohlen, Dieter: “El presidencialismo. Análisis y diseños institucionales en su contexto”, *Revista de Derecho Público*, vol. 74, pp. 87-111, Santiago de Chile, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2011.
- O’Donnell, Guillermo: “Estado, democratización y ciudadanía”, *Nueva Sociedad*, N°128, diciembre de 1993, pp. 62-87, 1993.
- Ortega Peña, Rodolfo y Duhalde, Eduardo Luis: *Felipe Varela contra el imperio británico. Las masas de la Unión Americana enfrentan a las potencias europeas*, Buenos Aires, Sudestada, 1966.

- Popper, Karl R.: *La sociedad abierta y sus enemigos*, Buenos Aires, Paidós, 1992.
- Piketty, Thomas: *El capital en el siglo XXI*, trad. E. Cazenave - Tapie Isoard, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- Ravignani, Emilio: *Asambleas Constituyentes Argentinas*, t. sexto, 2ª parte, Buenos Aires, Peuser, 1939.
- Rosatti, Horacio Daniel: *Tratado de Derecho constitucional*, t. I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1994.
- *Tratado de Derecho constitucional*, t. II, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2011.
- Ruiz Miguel, Alfonso: “La función del Derecho en un mundo global”, en *Entre Estado y Cosmópolis. Derecho y justicia en un mundo global*, Madrid, Trotta, 2014.
- Russell, Bertrand: *El poder en los hombres y en los pueblos*, trad. L. Echávarrri, Buenos Aires, Losada, 1960.
- “Lo que creo”, en *Por qué no soy cristiano*, Barcelona, Edhasa, 2004.
- Sagüés, Néstor: *Teoría de la constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2004.
- Salazar Ugarte, Pedro: “El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)”, en Luis Raúl González Pérez y Diego Valadés (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, D F., IJ, UNAM, 2003.
- Sánchez Viamonte, Carlos: “Constitucionalismo”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. III, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica, 1967.
- Schmitt, Carl: *El valor del Estado y el significado del individuo*, trad. C. Pardo, Madrid, CEPC, 2014.
- Service, Elman R.: *Los orígenes del Estado y de la civilización*, trad. M. Carmen Ruiz de Elvira Hidalgo, Madrid, Alianza, 1984.
- Torres del Moral, Antonio: *Principios de Derecho constitucional español*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2004.
- Tushnet, Mark: “The Inevitable Globalization of Constitutional Law”, en *Virginia Journal of International Law*, Vol. 50, Issue 1, pp. 985-1006, 2009.
- Valadés, Diego: “Visión panorámica del constitucionalismo del siglo XX”, en *Revista Latinoamericana de Estudios Constitucionais*, N°12, Fortaleza, Demócrito Rocha, 2011.
- Varela, Felipe: *Manifiesto del Jeneral Felipe Varela a los pueblos americanos, sobre los acontecimientos políticos de la República Argentina, en los años 1866 y 67*, Potosí, Tipografía del Progreso, 1868.

Vargas Llosa, Mario: *Diccionario de América Latina*, Barcelona, Paidós, 2005.

Ventura, Deisy: *Las asimetrías entre el Mercosur y la Unión Europea. Los desafíos de una asociación interregional*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2005.

Zaffaroni, E. Raúl: “Ciudadanía y jurisdicción en América Latina”, en *Contextos*, N°4, Buenos Aires, Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, 2012.

—*El Derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo* (en prensa, original gentilmente cedido por el autor).

Zinn, Howard: *A People’s History of the United States*, New York, Harper Collins, 2013.

La creación de derecho por parte de los tribunales internacionales. El caso específico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

*Alan Diego Vogelfanger**

Resumen

La función tradicional de los tribunales internacionales no es crear normas sino aplicar las reglas existentes en caso de disputas; los jueces y juezas no pueden generar derecho a través la interpretación de los instrumentos que deben utilizar. Asimismo, no hay una doctrina del precedente obligatorio (*stare decisis*) en derecho internacional y las sentencias no son una fuente principal de derecho. Sin embargo, la realidad es bastante diferente y, en muchos aspectos, las decisiones judiciales tienen como efecto la creación de normas.

El propósito del presente artículo es analizar, en primer lugar, la postura tradicional que indica que los tribunales no pueden crear normas de derecho internacional y estudiar cómo funciona la interpretación en las

* Abogado argentino (Universidad de Buenos Aires). Visitante profesional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Escribiente Auxiliar en la Secretaría de Cooperación y Relaciones Internacionales de la Procuración General de la Nación, Auxiliar Administrativo en el Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N°8 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ayudante de segunda en la asignatura “Derechos Humanos y Garantías” de la UBA. Práctica profesional realizada en el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Pasante de Amnistía Internacional, la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) y la Asociación por los Derechos Civiles (AdC). Becario del Programa de Becas Universidad Autónoma de Madrid-Grupo Santander 2011/2012. Integrante de proyectos de investigación UBACyT y DECyT y representante de la UBA en el Concurso Interamericano de Derechos Humanos, en el Concurso Jean Pictet sobre Derecho Internacional Humanitario y en el Concurso de simulación en Derecho Internacional Philip C. Jessup; avogelfanger@gmail.com.

sentencias a la hora de extender un tratado. Luego, se focalizará específicamente en la Corte IDH. Este tribunal presenta dos características fundamentales: 1) Utiliza criterios de interpretación sumamente amplios; y 2) Con su doctrina del control de convencionalidad, hace que todas sus decisiones –sentencias, medidas provisionales, opiniones consultivas– sean obligatorias para todos los Estados que hayan ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El artículo concluirá que, aunque los tribunales internacionales no deberían crear derecho, en la práctica, al menos la Corte IDH lo hace y los Estados lo aceptan.

Palabras clave: Derecho Internacional, creación de normas, Tribunales Internacionales, Corte Interamericana de Derechos Humanos, comportamiento de los Estados.

When the International Tribunals create law: the specific case of the Inter-American Court of Human Rights

Abstract

International Tribunals have a main *raison d'être*: to rule in contentious cases. The purpose of these courts is not to create law but to apply it. Moreover, judgments are mandatory only for the parties to the controversy –there is no *stare decisis* or binding precedent– and these decisions are not a main source of international law. However, reality shows a different picture because the judges end up creating law through their interpretation of the rules they are applying.

This paper has two objectives: on one hand, to analyze the historical position that indicates that magistrates are not authorized to create international law and to study whether the interpretation of the law in the judgments is contradicting this rule. On the other hand, the paper will focus specifically on the IACtHR for two main reasons: 1) it has an extremely wide interpretation criteria and 2) the “control of conventionality” doctrine makes any standard established in any decision (judgements, provisional measures, advisory opinions) mandatory for all the States parties to the American Convention on Human Rights (ACHR), and not only to those who are parties to the specific case. The paper will conclude that even if international

tribunals are not supposed to create international law, in the practice, at least the IACtHR is doing it and the States accept this.

Keywords: International law, creation of law, International Tribunals, Inter-American Court of Human Rights, State behaviour

I. Introducción

Los tribunales internacionales no deben crear normas sino aplicar las reglas existentes en caso de controversias. Sea la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) o la Corte Penal Internacional, la posición formal es que los jueces no tienen la potestad de generar derecho mediante la interpretación que hagan de las fuentes que emplean. En este sentido, no existe una doctrina del precedente obligatorio (*stare decisis*) en derecho internacional:² las decisiones judiciales internacionales son obligatorias únicamente para las partes en el caso concreto. Esta postura ha sido afirmada desde la Corte Permanente de Justicia Internacional³ y se desprende de los propios tratados, ya sea el artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia o el artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, Pacto de San José de Costa Rica, Convención Americana o CADH). Sin embargo, la realidad muestra una imagen diferente y, en ciertos aspectos, las sentencias judiciales implican una creación de normas.⁴

Según la doctrina, “las llamadas fuentes auxiliares no están facultadas por sí mismas para crear normas jurídicas; por lo tanto, la norma verificada por medio de una fuente auxiliar deberá reconocer siempre por antecedente,

2. S. González Napolitano, “Fuentes y Normas del Derecho Internacional”, en S. González Napolitano (coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Erreius, 2015, p. 80.

3. CPJI, Sentencia de Fondo del 25 de mayo de 1926, *Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia*, Serie A N^o7, p. 19.

4. A. Boyle y C. Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford University Press, 2007, p. 293.

en cuanto a su proceso de creación, a una fuente principal”.⁵ Más aún, “las decisiones judiciales no son por sí mismas normas jurídicas internacionales con el alcance de fuentes creadoras de derecho, sino la prueba fehaciente y directa de la existencia de una norma jurídica preexistente”.⁶ Ahora bien, ¿qué sucede cuando, a través de esta verificación, se realiza una interpretación de la norma que inevitablemente altera el contenido de la fuente principal? ¿Se podría hablar de creación de normas? ¿Sería una simple extensión de las normas? Y al fin y al cabo, a efectos prácticos, ¿no sería lo mismo? ¿Podría tener la jurisprudencia un doble estatus jurídico al ser tanto fuente verificadora como fuente creadora? Mientras el planteo sea que la jurisprudencia siempre debe remitirse a otra fuente principal no hay ningún inconveniente, pero ¿qué pasa cuando la sentencia “estira” la fuente principal? ¿No se estaría ya al borde de una creación de derecho? ¿Y qué pasaría si encima se pretendiera que esta decisión fuera obligatoria no solo para las partes del conflicto sino que se extendiera a otros Estados?

El objetivo del presente escrito es, por un lado, estudiar la postura tradicional que sostiene que los tribunales no pueden crear normas de derecho internacional y analizar cómo opera, en general, la cuestión de la interpretación en las sentencias a la hora de extender un instrumento. Luego, se hará foco específicamente en la Corte IDH porque contiene dos características fundamentales que serán explicadas y que permitirían concluir que efectivamente produce derecho: 1) Sus criterios de interpretación son extremadamente amplios; y 2) A través de la doctrina del control de convencionalidad, hace que los estándares que utiliza en todas sus decisiones –ya sean sentencias, medidas provisionales u opiniones consultivas– resulten vinculantes para todos los Estados que sean parte de la CADH. En otras palabras, si bien podría parecer redundante que las sentencias o las medidas provisionales son obligatorias, la particularidad de la Corte IDH, como se desarrollará *infra* y a partir del control de convencionalidad, es que los parámetros que establezca en cualquiera de sus decisiones serán obligatorios no solo para el país involucrado en el proceso en cuestión sino que también serán exigibles en cualquier Estado que haya ratificado el Pacto de San José de Costa Rica.

5. G. Moncayo, R. Vinuesa y H. Gutiérrez Posse, *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Zavalia, 1999, p. 81.

6. *Ibidem*, 153.

A efectos metodológicos, entenderemos por “creación de normas” emitir enunciados de carácter general, con aspiración de universalidad, que resulten obligatorios, que fueron aceptados por los Estados y cuya violación podría acarrear responsabilidad internacional. En el caso de la Corte IDH, como adelantamos anteriormente y como se analizará a continuación, se cumplen todos estos requisitos. En relación con el concepto de “interpretación”, será necesario diferenciar cuándo un tribunal indica el significado de un término, explica su sentido o aclara o descifra algo y cuándo va más allá y, bajo el manto de la interpretación, en realidad incluye nuevos conceptos o los extiende de una manera extraordinaria.

II. La práctica general de los tribunales internacionales

La Corte Internacional de Justicia enfrentó este cuestionamiento sobre la posibilidad de crear normas de derecho internacional, por ejemplo, en su Opinión Consultiva sobre la las armas nucleares. Allí expresó que es claro que la Corte no puede legislar y explicó que el tribunal se limita simplemente a determinar el derecho vigente. Sin embargo, admitió que “al señalar y aplicar la ley, la Corte necesariamente tiene que limitar su ámbito y, en ocasiones, indicar su tendencia general”.⁷

Tal como señalan Boyle y Chinkin, la CIJ ofrece una voz autorizada acerca del significado de los instrumentos internacionales y de los principios no escritos.⁸ Lo mismo podría decirse, seguramente, sobre la Corte IDH y el TEDH. En términos de la profesora Gutiérrez Posse: “Aun cuando la jurisprudencia no sea una fuente autónoma del derecho internacional, y por ende las decisiones de un Tribunal internacional no constituyan un precedente vinculante, sus sentencias siempre gozan de la autoridad y del respeto persuasivo de la opinión de quienes lo integran por lo que merecen ser analizadas cuidadosamente para considerar, luego, a la luz de ello, la oportunidad en la especie de seguir, o apartarse, de criterios sentados”.⁹ Además,

7. CIJ, Opinión Consultiva del 8 de Julio de 1996, *Legality of the threat or use of nuclear weapons*, párr. 18.

8. A. Boyle y C. Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford University Press, 2007, p. 269.

9. H. Gutiérrez Posse, “La contribución de la jurisprudencia de los Tribunales Penales

agrega que la jurisprudencia, como fuente auxiliar de derecho internacional, “cobra particular relevancia cuando frente a un caso de especie corresponde establecer el sentido y alcance de una particular norma jurídica”.¹⁰ González Napolitano aporta que si bien los tribunales no pueden generar derecho internacional y deben limitarse a resolver las controversias de acuerdo con las normas creadas por los tratados, la costumbre o los principios generales de derecho, en ciertas ocasiones pueden tener “una fuerza persuasiva al resolverse futuros casos e influir en el mejor entendimiento del derecho”.¹¹

Más allá de la cuestión de los precedentes, lo que interesa a efectos de la presente investigación es el valor que pueda tener la interpretación de los tribunales a través de la cual le da contenido a las normas que debe aplicar y cuánto se pueden extender dichas interpretaciones de la norma original que aceptaron los Estados.

El ex Juez de la CIJ Hersch Lauterpacht ya había percibido este conflicto en 1982, cuando escribió esta cómica reflexión: “El proceso imperceptible mediante el cual una decisión judicial deja de ser una aplicación del derecho vigente y pasa a convertirse en una fuente de derecho para el futuro es casi un misterio religioso sobre el cual resulta indecoroso indagar”.¹² El profesor Pastor Ridruejo aporta que el Tribunal de La Haya “se atiene a la consideración de su jurisprudencia como auténtica fuente del Derecho, ya que no tiene el menor inconveniente en aplicar ciertas reglas por él construidas y que invoca no a título de principios generales del Derecho, costumbre o convenciones, sino como su propia jurisprudencia”;¹³ uno de los ejemplos que ofrece el autor es el de la regla sobre el valor interpretativo de los trabajos preparatorios de los tratados, a la cual la CIJ se ha referido en múltiples

Internacionales a la evolución del ámbito material del derecho internacional humanitario –los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio – la responsabilidad penal individual”. *International Review of the Red Cross*, 2001.

10. *Idem*.

11. S. González Napolitano, “Fuentes y Normas del Derecho Internacional”, en S. González Napolitano (coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Erreius, 2015, pp. 79-80.

12. H. Lauterpacht, *The development of international law by the International Court*, Cambridge University Press, 1982, p. 21.

13. J. A. Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 2003, p. 83.

ocasiones y que no ha derivado de otro lugar que no sean sus propias decisiones.¹⁴ Bastante antes que ellos, el francés Georges Scelle ya había considerado en 1948 que la jurisprudencia “es fuente autónoma del Derecho en tanto que interpreta, es decir, hace flexible y adapta la regla legislativa a las necesidades sociales evolucionadas [...] no se contenta, pues, siempre con decir el Derecho; lo completa y, en tanto que las soluciones jurisprudenciales se imponen con cierta permanencia, forma parte del órgano jurídico en vigor”.¹⁵

Vale agregar que el también ex Juez de la CIJ Alejandro Álvarez, en su opinión individual en el caso del Canal de Corfú, había sugerido que una de las funciones del tribunal era “crear y formular nuevos preceptos, tanto para los viejos problemas en los que no existían reglas como para los nuevos problemas”.¹⁶ Más aún, el Juez Lech Garlicki, del TEDH, sostuvo explícitamente que la interpretación “puede resultar en modificaciones judiciales del sentido original de la Convención”¹⁷ y que “el rol de la Corte no es solamente defender las provisiones de derechos humanos sino también desarrollarlas”.¹⁸ Un interrogante que podría surgir válidamente es: ¿qué pasa con los Estados? ¿Qué opinión tienen? ¿No son ellos los sujetos principales del derecho internacional y los encargados de determinar cuándo, quién y cómo puede crear normas de derecho internacional? Si hay un consenso casi unánime entre la doctrina y la jurisprudencia a la hora de señalar que los tribunales internacionales tienen el deber de delimitar, interpretar, expandir o llenar de contenido las normas de derecho internacional y que estas decisiones tienen un valor sumamente importante, ¿por qué no estamos listos para afirmar que efectivamente crean normas jurídicas? Boyle y Chinkin

14. *Ibidem*, pp. 83 y 84. Ver también J. A. Pastor Ridruejo, “La jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia”, en *Libro Homenaje al profesor Legaz-Lacambra*, Santiago de Compostela, Tecnos, 1960, p. 1165.

15. G. Scelle, *Cours de Droit International Public*, París, 1948, p. 596.

16. CIJ, Opinión Individual del Juez Álvarez en la Sentencia de Fondo del 9 de abril de 1949, *The Corfu Channel Case*, p. 40.

17. TEDH, Opinión en parte Concurrente y en parte Disidente del juez Garlicki en la Sentencia de Fondo del 12 de mayo de 2005, *Ocalan v. Turkey*, Application N°46221/99, párr. 4.

18. *Idem*.

sugieren una respuesta al señalar que los Estados se han mostrado dispuestos para incrementar el número y el ámbito de los tribunales internacionales pero menos preparados para reconocer su posibilidad de creación judicial de normas internacionales.¹⁹ Evidentemente, el problema está en la legitimidad. Sin embargo, consciente o inconscientemente, se hayan detenido a pensar o no en este problema, los Estados generalmente aceptan que los tribunales internacionales creen derecho por sí mismos, sin consultar y sin estar legitimados por nadie.

Sobre este aspecto resulta relevante el análisis del profesor Harold Koh sobre el concepto de “transnational legal process”, desarrollado por Philip Jessup, Abram Chayes, Tom Ehrlich, Andreas Lowenfeld y Michael Reisman, entre otros.²⁰ Según Koh, este término abarca la teoría y la práctica de cómo los actores públicos y privados (ya sean Estados, organizaciones internacionales, empresas multinacionales, ONGs o individuos) interactúan en una diversidad de foros públicos, privados, nacionales o internacionales, para crear, interpretar, aplicar e internalizar las reglas del derecho transnacional, en un proceso dinámico del cual emergen nuevas normas.²¹ En este sentido, el autor descarta que los Estados sean los únicos sujetos relevantes a la hora de crear derecho.

Por otro lado, para explicar por qué los Estados cumplen con estas normas, Koh sostiene que la obediencia se debe fundamentalmente a la reiterada interacción con otros actores estatales y no estatales, dado que las violaciones al derecho internacional generan fricciones que pueden afectar su futura participación en otros foros y mismo en este “transnational legal process”.²² En cualquier caso, también puede suceder que el Estado “violador” de la norma intente persuadir a los otros actores de que dicha norma debe ser modificada, iniciando nuevamente este proceso al que hace referencia Koh.²³ Finalmente, a la hora de enfocarse específicamente en el Derecho

19. A. Boyle y C. Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford University Press, 2007, p. 267.

20. H. Koh, “Transnational Legal Process”, Yale Law School Faculty Scholarship Series, 1996, p. 186.

21. *Ibidem*, pp. 183-184.

22. *Ibidem*, p. 203.

23. *Ibidem*, p. 205.

Internacional de los Derechos Humanos, Koh menciona que el litigio transnacional impulsado por ONGs –como podría ser el litigio ante el Sistema Interamericano– está diseñado precisamente para generar una acción judicial que provoque estas fricciones a las que hace referencia y se pueda reformar la dirección normativa de las políticas públicas.²⁴ En definitiva, en la gran mayoría de los casos, los Estados aceptan, cumplen e internalizan lo señalado por los tribunales internacionales, o al menos no hay una crítica clara, concisa y elaborada coordinadamente entre los países para mostrar una seria preocupación al respecto. La excepción a la regla sería la República Bolivariana de Venezuela, que denunció a la CADH con serios cuestionamientos hacia los órganos de protección del Sistema Interamericano. En su carta hacia el Secretario General de la OEA, el Estado adelantó que “la Corte Interamericana no puede pretender excluir, desconocer, ni sustituir el ordenamiento constitucional de los Estados Parte, pues la protección internacional que de ella se deriva es coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.²⁵ Pero más relevante aún es el apartado donde Venezuela hace referencia a un fallo de su propio Tribunal Supremo de Justicia que, en su decisión 1572/2008, aclaró que la Constitución venezolana no otorgaba a los tratados de derechos humanos jerarquía supraconstitucional y que en caso de contradicción, correspondería al Poder Judicial determina qué norma sería aplicable.²⁶ Ya en su decisión 1942/2003, esta misma Sala Constitucional había sentenciado que, en todo caso, el artículo 23 de la Constitución venezolana, que consagra a los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, “se refiere a normas que establezcan derechos, no a fallos o dictámenes de instituciones, resoluciones de organismos, etc., prescritos en los Tratados, sino solo a normas creativas de derechos humanos”.²⁷ En otras palabras, agrega que “se trata de una prevalencia de las normas que conforman los Tratados, Pactos y Convenios relativos a derechos humanos, pero no de los informes u

24. *Ibidem*, p. 207.

25. Ministro del Poder Popular para Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela, Carta de retiro de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Caracas, 6 de septiembre de 2012, pp. 3-4.

26. *Idem*, p. 29.

27. *Idem*, p. 30.

opiniones de organismos internacionales, que pretendan interpretar el alcance de las normas de los instrumentos internacionales”. Más aún, advierte que lo contrario implicaría una forma de enmienda constitucional a través de actores internacionales y sin seguir los trámites internos necesarios para ello. Es decir, se advierte aquí una crítica certera a la doctrina del control de convencionalidad que veremos más adelante.

Los cuestionamientos de Venezuela no hacen más que confirmar el punto: es indudable que los tribunales cumplen un papel fundamental a la hora de generar derecho, y esto resulta más claro en el caso de los derechos humanos y la Corte IDH. Allí, la diferencia entre interpretación y creación es más notable.

III. El caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Hay dos cuestiones fundamentales que serán explicadas en profundidad en los siguientes apartados y que hacen que la Corte IDH presente una particularidad a la hora de analizar la creación de normas por parte de tribunales internacionales: 1) La amplia interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en sus decisiones y 2) La obligatoriedad general que, a través de la doctrina del control de convencionalidad, le impone a sus sentencias, opiniones consultivas o medidas provisionales, afectando a todo Estado parte del tratado y no solo a aquel que es denunciado en el caso concreto. Esta combinación hace que no solo se modifique el tratado original, o, en otros términos, “se adapte al estado actual de la historia”, sino que implica necesariamente una creación de derecho porque este gran cambio se vuelve vinculante para los Estados que hayan manifestado su consentimiento en obligarse al Pacto de San José de Costa Rica. Ya no se trata de dilucidar el significado de un concepto sino de incluirle nuevos elementos que extienden notablemente la obligación convencional originaria.

No se pretende debatir aquí si esto está bien o mal. La discusión que se busca abordar es: ¿pueden los tribunales crear derecho internacional? Formalmente, desde la teoría clásica de fuentes del derecho, la respuesta sería no. Pero materialmente, la respuesta es sí, al menos la Corte IDH de hecho lo hace y los Estados lo aceptan. Aunque se lo trate de “maquillar” como una forma de interpretación, como se verá más adelante, el Tribunal verdaderamente emite enunciados y estándares de carácter general, con aspiración universal, que pretenden ser obligatorios, que son aceptados por los

Estados y cuya violación podría generar responsabilidad internacional. Por más que sea discutible si los tribunales interpretan o extienden un tratado y si eso implica la creación de normas, en el ámbito de los derechos humanos, y sobre todo con la Corte IDH, el grado de interpretación y obligatoriedad que emana de sus decisiones hace que sea prácticamente indiscutible que genera derecho.

Si bien es cierto que, como se mencionó anteriormente, el artículo 68.1 de la CADH señala que los Estados se comprometen a cumplir la decisión de la Corte *en todo caso en que sean parte*, disposición similar a la que se encuentra en el artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, los estándares que produce la Corte IDH se convierten en obligatorios para todos a través del control de convencionalidad, como se verá a continuación.

A. *El artículo 29, una interpretación viva de la Convención*

Algunos tratados han evolucionado a través de la interpretación, particularmente en el campo de los derechos humanos.²⁸ Tomada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,²⁹ la Corte Interamericana ha sostenido una posición que indica que la CADH debe ser interpretada de forma sumamente amplia y adecuada a los momentos históricos particulares. Así, en su Opinión Consultiva 16, y en muchos otros casos, sostuvo que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”.³⁰

28. A. Boyle y C. Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford University Press, 2007, p. 276.

29. TEDH, Sentencia de Fondo del 25 de abril de 1978, *Tyrer v. United Kingdom*, Appl. N°5856/72, párr. 31; Sentencia de Fondo del 13 de junio de 1979, *Marckx v. Belgium*, Application N°6833/74, párr. 41; Sentencia de Fondo del 7 de Julio de 1989, *Soering v. United Kingdom*, Application N°14038/88, párr. 102; Sentencia de Fondo del 28 de Julio de 1999, *Selmouni v. France*, Application N°25803/94, párr. 101.

30. CtIDH, Opinión Consultiva del 1 de octubre de 1999, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Serie A N°16, párr. 114; Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 31 de agosto de 2001, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, Serie C N°79 párr. 146; Sentencia de Fondo del 15 de septiembre de 2005, *Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia*, Serie C N°134, párr. 106; Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 24 de febrero de 2012, *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, Serie C N°239, párr. 83;

El principal fundamento de este enunciado es el principio *pro persona*, que implica que se deberá favorecer la aplicación de aquella norma y de aquella interpretación que otorgue una mayor protección a los derechos de la persona³¹ y que la Corte IDH ha sostenido desde su Opinión Consultiva 5.³² Gracias a esta postura, los jueces han podido adaptar una convención que data de 1969 a las nuevas problemáticas de un campo tan dinámico como el de los derechos humanos. O, como podrían decir los críticos, esta postura le permite a la Corte manipular el instrumento a su voluntad y extralimitarse de las funciones que le fueron conferidas, más aún cuando sus decisiones tienen la pretensión de obligar a todos los Estados parte.

La Corte sugiere que esta forma de interpretar es producto de la propia CADH y, por ende, producto de la voluntad de los Estados. Es decir, sería en virtud de sus competencias establecidas por el mismo tratado que la Corte IDH aplica e interpreta la Convención contribuyendo a una definición progresiva de los derechos humanos.³³ En cualquier caso, la aplicación del principio *pro persona* como norma de interpretación de los tratados de derechos humanos es una garantía para la protección y promoción de los derechos protegidos en estos instrumentos; sin embargo, este no puede ser usado como medio para expandir el consentimiento de los Estados.³⁴No

Sentencia de Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas del 28 de noviembre de 2012, *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*, Serie C N°257, párr. 245; Opinión Consultiva del 19 de agosto de 2014, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Serie A N°21, párr. 54.

31. G. Rodríguez, “Artículo 29. Normas de Interpretación”, en C. Steiner y P. Uribe (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentario*, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung / Eudeba, 2015, p. 711.

32. CtIDH, Opinión Consultiva del 13 de noviembre de 1985, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Serie A N°5, párr. 52; Opinión Consultiva del 19 de agosto de 2014, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Serie A N°21, párr. 54.

33. G. Rodríguez, “Artículo 29. Normas de Interpretación”, en C. Steiner y P. Uribe (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentario*, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung / Eudeba, 2015, p. 710.

34. A. F. Amaya Villarreal, “El principio pro homine: interpretación extensiva vs. el consentimiento del estado”. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, 2005, p. 375.

obstante, como se verá a continuación, los magistrados ya se exceden de su tarea interpretativa, entendida como el hecho de especificar el significado de un término. Acá se va mucho más allá, y a los términos se les agregan otros, con contenidos propios, marcando que además de simplemente interpretar, se está complementando y generando derecho.

B. Algunos ejemplos de esta interpretación amplia

Uno de los casos que se podría mencionar en el que la Corte IDH ha demostrado tener criterios de interpretación amplios es el fallo conocido como “Niños de la Calle”. Al hacer un análisis sobre el artículo 19 de la Convención (derechos del niño), los jueces señalan, en primer lugar, que este tratado no define qué se entiende como “niño”, y por ello recurre a la definición que ofrece la Convención sobre Derechos del Niño de Naciones Unidas (quien no haya cumplido los 18 años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad).

Ahora bien, a continuación, el Tribunal señala que “al dar interpretación a un tratado no solo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con este (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31)”.³⁵ Y luego, continúa diciendo: “Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”.³⁶ A continuación, menciona varios artículos de la Convención de la ONU que utilizará en el caso concreto. Esta postura se reiterará en numerosas ocasiones³⁷ y presenta un recurso tan interesante como polémico.

35. CtIDH, Sentencia de Fondo del 19 de noviembre de 1999, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*, Serie C N°63, párr. 192.

36. *Ibidem*, 194.

37. Por ejemplo, CtIDH, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 8 de julio de 2004, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*, Serie C N°110, párr. 166; Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas del 2 de septiembre de 2004, *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay*, Serie C N°112, párr.

En pocas palabras, lo que hace la Corte IDH es utilizar la Convención de los Derechos del Niño para llenar de contenido el artículo 19. Pero ¿hay alguna diferencia entre hacer este tipo de interpretación y volver obligatorias las disposiciones de un tratado ajeno? Es decir, si bien todos los Estados que aceptaron la competencia de la Corte son parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, ¿qué hubiese sucedido si este no fuera el caso? Dejémosnos llevar un momento por nuestra imaginación y supongamos un escenario hipotético en el que Estados Unidos ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos y acepta la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH; ¿podría el Tribunal sostener este recurso interpretativo cuando el Estado en cuestión no es parte de la Convención de Derechos del Niño? El método en sí lo que implica objetivamente es hacer ingresar a la Convención Americana otro tratado bajo la excusa de echar luz a una disposición en particular, lo cual extiende notablemente las obligaciones que emanan del propio Pacto de San José de Costa Rica. Y aún más, aunque los Estados fueran parte de la Convención sobre Derechos del Niño, la Corte no es la autoridad de aplicación de dicho tratado (en todo caso, por una cuestión particular de dicho instrumento se podría recurrir al Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas).

Sin embargo, el resultado final es declarar violado el artículo 19 de la Convención Americana, pero fundándose, en realidad, en violaciones a disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño. Por más que este instrumento sea de los más aceptados por la comunidad internacional, no deja de ser destacable el recurso utilizado por el Tribunal.

Otro ejemplo de interpretación amplia podría ser el propio concepto de “garantía” que surge del artículo 1.1 de la Convención Americana. Ya desde el primer caso contencioso, *Velázquez Rodríguez Vs. Honduras*, la Corte IDH interpretó que los Estados que han ratificado la Convención tienen el deber de “prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que

148; Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 27 de abril de 2012, *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*, Serie C N°242, párr. 44; Opinión Consultiva del 19 de agosto de 2014, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Serie A N°21, párr. 57; Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 14 de octubre de 2014, *Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador*, Serie C N°285, párr. 106.

se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”.³⁸ Si bien el tratado solamente indica que “los Estados partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna”, el Tribunal sostuvo a lo largo de toda su jurisprudencia, que el deber de garantía incluye el deber de prevenir, investigar, sancionar y reparar,³⁹ interpretación que los Estados hoy en día aceptan, aunque no participaron de su creación.

Precisamente el deber de sancionar, que no surge textualmente de la CADH, fue aseverado con muchísimo énfasis en casos como *Barrios Altos Vs. Perú* o *Gelman Vs. Uruguay*, que a pesar de haber recibido varias críticas, fueron aceptados por los Estados en cuestión. Asimismo, con respecto al deber de prevención, la Corte IDH ha llegado a sostener en la sentencia *Veliz Franco Vs. Guatemala* que, en casos de violencia de género, el Estado podía ser responsable por no prevenir el asesinato de una niña aun cuando habían transcurrido menos de 48 horas entre la desaparición de la persona y la aparición sin vida del cuerpo, y menos de 24 horas entre la denuncia de la desaparición y el descubrimiento del cadáver.

Por otra parte, a la Corte Interamericana se le adjudica la creación del concepto “vida digna”. En el caso *Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay*, el Tribunal señaló con respecto a la relación entre el Estado y las personas privadas de la libertad que se debe “asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una *vida digna* y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible. De

38. CtIDH, Sentencia de Fondo del 29 de julio de 1988, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Serie C N°4, párr. 174.

39. Por ejemplo, CtIDH, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas del 23 de septiembre de 2009, *Caso Garibaldi Vs. Brasil*, Serie C N°203, párr. 112; Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas del 24 de noviembre de 2010, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*, Serie C N°219, párr. 140.

no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar”.⁴⁰ Entonces, para evaluar la eventual responsabilidad de Paraguay, la Corte IDH dijo que “debe establecer si el Estado, en cumplimiento de su posición de garante, adoptó las iniciativas para garantizar a todos los internos del Instituto, adultos y niños, una *vida digna* con el objeto de fortalecer su proyecto de vida, a pesar de su encierro”.⁴¹ Otro de los apartados interesantes es el que señala que “una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal de las personas privadas de libertad, es la de procurarle a estas las *condiciones mínimas compatibles con su dignidad* mientras permanecen en los centros de detención”.⁴² El concepto de vida digna es repetido a lo largo de la sentencia incorporando nociones de salud, educación y recreación, para concluir que hubo violaciones a los artículos 4 y 5 de la CADH. En su voto razonado, el Juez Cançado Trindade aclaró que “la presente Sentencia de la Corte sostiene una concepción amplia del derecho a la vida, a abarcar lato sensu también las condiciones de una vida digna”,⁴³ como ya se había adelantado en el caso *Niños de la Calle Vs. Guatemala*.⁴⁴

40. CtIDH, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas del 2 de septiembre de 2004, *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay*, Serie C N°112, párr. 153.

41. *Ibidem*, párr. 164.

42. *Ibidem*, párr. 159.

43. CIDH, Voto razonado del Juez Cançado Trindade en la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas del 2 de septiembre de 2004, *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay*, Serie C N°112, párr. 12.

44. CtIDH, Sentencia de Fondo del 19 de noviembre de 1999, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*, Serie C N°63, párr. 144: “El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él”.

En el caso *Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, la Corte IDH reiteró que “el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una *vida digna*, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria”.⁴⁵ Nuevamente, este concepto y esta clase de obligaciones no surgen necesariamente de la CADH sino que son producto de la amplia interpretación del instrumento que hace su órgano de aplicación. Además, en este caso no se habló de salud, educación o recreación sino que se concluyó que el Estado había afectado también el derecho a una vida digna porque no había garantizado el derecho de los miembros de la Comunidad Yakye Axa a la propiedad comunitaria, “lo que los ha privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades”.⁴⁶ Es decir, el concepto de vida digna es sumamente amplio y se puede adaptar a las circunstancias temporales y situaciones propias del caso en concreto. Dentro del apartado de reparación, por ejemplo, la Corte obligó a Paraguay a: suministrar agua potable suficiente para el consumo y aseo personal de los miembros de la Comunidad; brindar atención médica y medicinas adecuadas para conservar la salud de todas las personas, entregar alimentos en cantidad, variedad y calidad suficientes para que los miembros de la Comunidad tengan las condiciones mínimas de una vida digna; facilitar letrinas o cualquier tipo de servicio sanitario adecuado a fin de que se maneje efectiva y salubrementemente los desechos biológicos de la Comunidad y dotar a la escuela ubicada en el asentamiento actual de la Comunidad con materiales bilingües suficientes para la debida educación de sus alumnos.⁴⁷

Como se ve, este concepto de vida digna ha servido para incluir obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales a la CADH, lo que demuestra el carácter amplio de la interpretación que realiza la Corte IDH y su forma de creación de normas de derecho internacional.

45. CtIDH, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 17 de junio de 2005, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, Serie C N°125, párr. 162.

46. *Ibidem*, párr. 168.

47. *Ibidem*, párr. 221.

Asimismo, y por último, al hablar del concepto de “familia” del artículo 17, la Corte IDH señaló en el fallo *Atala Vs. Chile* que la imposición de un concepto único de familia debe analizarse como una injerencia a la vida privada por el impacto que puede tener en el núcleo familiar.⁴⁸ En aquel caso, consideró que había un núcleo familiar establecido “pues existía una convivencia, un contacto frecuente, y una cercanía personal y afectiva entre la señora Atala, su pareja, su hijo mayor y las tres niñas”.⁴⁹ Es decir, se toma una noción sumamente amplia de “familia”, que no requiere necesariamente de lazos sanguíneos ni matrimonio para considerarse como tal.

Si bien a título personal podemos estar de acuerdo con estas posiciones y celebrar dichas iniciativas, lo cierto es que, jurídicamente hablando, las mismas no se desprenden necesariamente de la CADH y surgen por las propias sentencias de la Corte IDH y sin la intervención de los Estados, que podrían no estar de acuerdo con ello, pero están obligados a cumplir, como veremos a continuación.

C. El control de convencionalidad

Si bien la idea del control de convencionalidad ya había sido sugerida con anterioridad,⁵⁰ el *leading case* es *Almonacid Arellano Vs. Chile*. El párrafo 124 de esta sentencia es probablemente uno de los más reconocidos de toda la jurisprudencia de la Corte IDH. Allí, el tribunal señaló: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación

48. CtIDH, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 24 de febrero de 2012, *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, Serie C N°239, párr. 175.

49. *Ibidem*, párr. 177.

50. CtIDH, Voto razonado del juez Sergio García Ramírez en la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 26 de septiembre de 2006, *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay*, Serie C N°155, párr. 12; Voto razonado del juez Sergio García Ramírez en la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 25 de noviembre de 2013, *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*, Serie C N°101, párr. 27.

de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial *debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*.⁵¹ Este párrafo es el núcleo duro de donde se desprende el segundo punto al que hago referencia en esta investigación y que distingue a la Corte IDH de otros tribunales porque básicamente considera que todas sus interpretaciones son obligatorias para todos los Estados parte de la CADH, aspecto que, de alguna manera, se acerca a la doctrina *stare decisis* y se aparta del principio que indica que las sentencias solamente resultan obligatorias para las partes.

En el caso *Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú*, la Corte IDH agregó que este control de convencionalidad debía hacerse de oficio⁵² y esta doctrina fue reiterada en numerosas ocasiones.⁵³ En el fallo *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, la Corte sustituye las expresiones relativas al Poder Judicial y hace referencia a que todos los órganos de los Estados, incluidos sus jueces, deben velar por el efecto útil del Pacto de San José de Costa Rica y que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad.⁵⁴ Como aclara el por entonces Juez ad hoc Eduardo

51. CtIDH, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas del 26 de septiembre de 2006, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, Serie C N°154, párr. 124.

52. CtIDH, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas del 24 de noviembre de 2006, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, Serie C N°158, párr. 128.

53. CtIDH, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas del 20 de noviembre de 2007, *Caso Boyce y otros Vs. Barbados*, Serie C N°169, párr. 78; Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas del 23 de noviembre de 2009, *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, Serie C N°209, párr. 339; Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 24 de agosto de 2010, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*, Serie C N°214, párr. 311, entre muchos otros.

54. CtIDH. Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas del 26 de noviembre de 2010, *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, Serie C N°220, párr. 225.

Ferrer Mac-Gregor Poisot (actualmente es Juez del Tribunal), “la doctrina del control de convencionalidad se debe ejercer por todos los jueces, independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización”.⁵⁵ Es decir, se trata de un control de convencionalidad difuso.

Más aún, el mismo Juez señala que dentro del bloque de convencionalidad que deben aplicar los jueces, se deben considerar no solo las interpretaciones realizadas en los casos contenciosos, sino también las establecidas en las opiniones consultivas, al resolver sobre medidas provisionales, sobre supervisión de cumplimiento de sentencias o, incluso, sobre la instancia de solicitud de interpretación de la sentencia.⁵⁶

Por si quedara alguna duda sobre la opinión de Ferrer Mac-Gregor, explícitamente señala: “El resultado de la interpretación de la Convención Americana conforma la jurisprudencia de la misma; es decir, constituyen normas que derivan de la CADH, de lo cual se obtiene que gocen de la misma eficacia (directa) que tiene dicho tratado internacional”.⁵⁷ Y luego repite: “al ser la Corte IDH el órgano jurisdiccional internacional del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, cuya función esencial es la aplicación e interpretación de la Convención Americana, sus interpretaciones adquieren el mismo grado de eficacia del texto convencional. En otras palabras, la norma convencional que deben aplicar los Estados es el resultado de la interpretación de las disposiciones del Pacto de San José”.⁵⁸ Si esto no es asignarle al tribunal la capacidad de crear normas...

El ex Presidente de la Corte Interamericana, Diego García Sayán, también se ha referido a una “interacción” entre los tribunales internos y los internacionales al señalar que los jueces nacionales no solo deben garantizar los derechos asegurando la efectividad de los recursos judiciales internos, sino que, además, deben poner en práctica las decisiones vinculantes de la Corte Interamericana que interpretan y definen las normas y estándares

55. CtIDH, Voto razonado del Juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas del 26 de noviembre de 2010, *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, Serie C N°220, párr. 19.

56. *Ibidem*, párr. 49.

57. *Ibidem*, párr. 52.

58. *Ibidem*, párr. 63.

internacionales de protección de los derechos humanos.⁵⁹ Sin embargo, la postura del magistrado aquí es más cauta, sugiriendo una interacción más bien voluntaria por parte de los Estados con consecuencias positivas. Pero en realidad, tomando el control de convencionalidad en su forma más amplia y reciente, parecería que los tribunales internos no tienen mucho margen para apartarse de la “interpretación” realizada por la Corte IDH, lo que configuraría una verdadera creación de derecho internacional. Vale destacar que esta postura de alguna forma se contrapone con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se ha caracterizado por otorgar un amplio margen de apreciación a los Estados a la hora de analizar el cumplimiento del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Ahora bien, alguno podrá cuestionarse si efectivamente estos estándares se vuelven obligatorios para los Estados en todas sus relaciones internacionales. Es decir, ¿estos estándares emanados de las sentencias de la Corte IDH podrían ser invocados entre Estados? ¿Podría reclamarle, por ejemplo, Argentina a Brasil por no cumplir con un estándar que creó jurisprudencialmente el Tribunal de San José y que excede la Convención Americana? La Corte IDH seguramente respondería afirmativamente a estos interrogantes, sosteniendo la obligatoriedad de sus enunciados de carácter general. Aun así, lamentablemente, es difícil realizar este análisis hipotético desde la actitud de los Estados sin intervención de tribunales internacionales. En este sentido, debe aclararse que en el ámbito de los derechos humanos casi no existe la relación interestatal, al menos en el ámbito jurisprudencial (el Examen Periódico Universal del Consejo de Derechos Humanos de la ONU sí puede considerarse como un espacio de interacción entre Estados en esta materia). La Corte Interamericana jamás ha resuelto una controversia entre dos Estados, aunque tenga la posibilidad de hacerlo. En términos de Salvoili: “Existe una diferencia básica entre un tratado de tipo tradicional y uno de derechos humanos, que derivan de la distinta naturaleza de uno y otro: el primero se refiere a derechos y acuerdos de Estados entre sí; el segundo

59. CtIDH, Voto razonado del juez Diego García Sayán en la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas del 26 de mayo de 2010, *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*, Serie C Nº213, párr. 30; D. García Sayán, “Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 330.

también consiste en acuerdos entre Estados pero no a derechos y obligaciones recíprocas de estos entre sí, sino que regulan un mínimo de prerrogativas que les corresponden a los individuos que residen en el territorio de los Estados partes en dicho convenio”.⁶⁰

Una vez aclarado esto, no habría conflicto alguno si un individuo, o la Comisión Interamericana, deciden llevar un caso a la Corte porque el Estado en cuestión no cumplió con sus estándares. En otras palabras, no existiría ningún inconveniente en que se haga una denuncia ante la Corte IDH porque el Estado “X” no garantizó el derecho “Y” tal como lo entendió e interpretó ese tribunal en el caso “Z”. Lo que es claro es que la invocación de estos estándares se limitará al ámbito interno de los Estados y del Sistema Interamericano. Quedaría en meras proyecciones especulativas pronosticar qué sucedería si un caso se presenta entre dos Estados ante la Corte Internacional de Justicia y uno de ellos quiere alegar el incumplimiento de un estándar creado por la Corte IDH. Por más improbable que suene, uno podría aventurarse a decir que el Tribunal no diría expresamente que se ha violado el derecho por cómo lo ha entendido la Corte IDH, sino que, en cambio, probablemente interprete el alcance del derecho en términos similares a los de la Corte IDH (quizás utilizando justamente su jurisprudencia como fuente auxiliar) para considerarlo violado.

Pero dentro del ámbito de los derechos humanos y propiamente ubicándonos en Latinoamérica, no habrá temor a equivocarnos si sostenemos que si un Estado no cumple con un estándar creado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque exceda lo originariamente aceptado por los Estados, este podrá ser objeto de denuncia en su derecho interno y luego en la Comisión y la Corte, y seguramente obtenga un resultado desfavorable.

60. F. Salvioli, “Postulados emergentes de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos en relación al derecho internacional público”, disponible en http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/10076/Documento_completo.pdf?sequence=1

IV. La postura adoptada por los máximos tribunales latinoamericanos

Son numerosos los casos en los que los Estados, a través de sus jueces con mayor jerarquía, han aceptado esta doctrina del control de convencionalidad y la obligatoriedad de las interpretaciones de la Corte IDH, aun sin ser parte en el caso particular.

Comencemos por el caso argentino. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido que en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de la Corte Interamericana⁶¹ y que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya que se trata de una “insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”.⁶² Asimismo, en casos posteriores este Tribunal ha hecho referencia específicamente al párrafo 124 del caso *Almonacid Arellano* que determina que el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶³ y profundizó reconociendo que este control debe realizarse *ex officio* y teniendo en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación del mismo que haya hecho la Corte IDH.⁶⁴ El Tribunal Constitucional de Perú también ha explicado que la obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH no se agota en su parte resolutive que alcanza solo al Estado parte en el proceso, sino que se extiende a todo poder público nacional, incluso en aquellos

61. CSJN, Sentencia del 23 de diciembre de 2004, *Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa*, considerando 6.

62. CSJN, Sentencia del 13 de julio de 2007, *Mazzeo, Julio Lilo y otros, recurso de casación e inconstitucionalidad*, considerando 220.

63. *Ibidem*, considerando 21.

64. CSJN, Sentencia del 27 de noviembre de 2012, *Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/daños y perjuicios*, considerando 11.

casos en los que Perú no haya sido parte en el proceso.⁶⁵ Además, agregó que la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la Corte “hace que la interpretación de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal”.⁶⁶ En otro caso, el Tribunal Constitucional afirmó que “el ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales), para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones”.⁶⁷ Finalmente, este mismo órgano ha aclarado que este control de convencionalidad debe ser ejercido por los jueces locales para evitar que la controversia llegue a una instancia supranacional.⁶⁸ Por su parte, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha señalado que si la Corte IDH es el órgano natural para interpretar la Convención Americana, “la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá –de principio– el mismo valor de la norma interpretada”.⁶⁹ Es decir, se equipara explícitamente el valor de la jurisprudencia al valor del tratado mismo.

Asimismo, la Corte Constitucional de Colombia ha coincidido en que “la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”.⁷⁰

65. Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia del 21 de julio de 2006, Expediente N°2730-2006-PA/TC, fundamento 12.

66. *Idem*.

67. Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia del 15 de noviembre de 2007, Expediente N°01458-2007-PA/TC, fundamento 3.

68. Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia del 12 de marzo de 2014, Expediente N°04617-2012-PA/TC, fundamento 12.

69. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencia de 9 de mayo de 1995, Expediente 0421-S-90, considerando VII.

70. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia del 19 de enero de 2000, C-010/00, párr. 6.

En el caso de México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que como el Estado había ratificado la CADH “también reconoció la interpretación que de dicha convención realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de tal manera que todos los tribunales del Estado Mexicano quedan obligados a aplicar los tratados internacionales y la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros organismos, lo que conlleva a sustentar que deben realizar un control difuso de convencionalidad al resolver los asuntos sometidos a su competencia”.⁷¹ Más claramente aún, los jueces afirmaron que la “fuerza vinculante de los criterios interpretativos contenidos en sentencias interamericanas debe extenderse a aquéllas dictadas en casos en los que *el Estado mexicano no haya sido parte*”.⁷² Finalmente, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana consideró que “es de carácter vinculante para el Estado dominicano, y, por ende, para el Poder Judicial, no solo la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino sus interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales, creados como medios de protección”.⁷³

V. Algunas críticas al respecto

Boyle y Chinkin consideran que, particularmente en áreas como derechos humanos, hay una tendencia a aseverar nuevas normas de costumbre internacional a voluntad, en orden de avanzar con agendas políticas y sociales, muchas veces impulsadas por ONG.⁷⁴

Ezequiel Malarino probablemente sea uno de los más directos a la hora de acusar a la Corte Interamericana de lo que él llama “activismo judicial”. Este autor considera que la “Corte Interamericana fue reescribiendo la Convención Americana tanto en aspectos relacionados con los derechos de la

71. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Tribunal Pleno, Sentencia del 3 de septiembre de 2013, contradicción de tesis 293/201, p.12.

72. *Ibidem*, p.57.

73. Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, Sentencia del 13 de noviembre de 2003, Resolución N°1920-2003.

74. A. Boyle y C. Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford University Press, 2007, p. 285.

persona como en asuntos referidos a la competencia y la función del tribunal: ella creó nuevas reglas o nuevos derechos humanos o modificó algunos existentes, extendió su competencia sobre hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor de la Convención Americana para el Estado en cuestión, extendió la eficacia jurídica de sus decisiones contenciosas más allá del caso concreto o bien respecto a Estados que no habían intervenido en el proceso internacional, intensificó el valor de su jurisprudencia y amplió desmesuradamente aquello que puede ordenar a los Estados como reparación de una violación de la Convención Americana”.⁷⁵ Como si fuera poco, agrega que “hay varios argumentos que se oponen a que la Corte Interamericana, por vía jurisprudencial, introduzca en el sistema interamericano nuevas reglas no pactadas por los Estados o altere o deje sin efecto normas pactadas por ellos”,⁷⁶ como los propios límites que le pone la Convención Americana a su función, que solamente los Estados están autorizados a reformar la CADH y no los jueces y que los magistrados deben limitarse a aplicar y en todo caso interpretar (pero sin modificar el texto o incorporando nuevas normas jurídicas para tener en cuenta nuevas realidades).

Roberto Gargarella es otro de los que han cuestionado que “la democracia debe arrodillarse frente al Derecho Internacional, que a su vez es interpretado por una elite de personas a las que ni conocemos”,⁷⁷ crítica que formula tras el fallo *Gelman Vs. Uruguay*, y también consideró que “la Corte no reconoce (ni reflexiona sobre) las limitaciones propias de su legitimidad”.⁷⁸ Autores como Daniel Pastor⁷⁹ y Javier De Luca⁸⁰ también mostraron

75. E. Malarino, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Konrad Adenauer Stiftung, 2010, pp. 27 y 28.

76. *Ibidem*, p. 36.

77. R. Gargarella, “5 Comentarios sobre la Decisión de la Corte Interamericana en Gelman”, disponible en <http://seminariogargarella.blogspot.com.ar/2011/06/5-comentarios-sobre-la-decision-de-la.html>.

78. *Idem*.

79. D. Pastor, “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires, 2005.

80. J. De Luca, “Punitivismo y Derechos Humanos: El caso de Argentina”, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Castilla de la Mancha, 2009.

su desacuerdo frente a determinadas prácticas de la Corte IDH, aunque no específicamente sobre su “función legislativa” *per se* sino fundamentalmente por las obligaciones que impone a la hora de investigar y sancionar, que chocarían con las garantías penales de los imputados. Dado que justamente estas obligaciones surgieron jurisprudencialmente a través de la supuesta “interpretación” del artículo 1.1, este aspecto también estaría afectado por la crítica. Es decir, estos estándares sobre investigación y sanción a los que hacen referencia no aparecen explícitamente en la CADH sino que fueron contruidos por los jueces y juezas que integraron el Tribunal.

Ahora bien, por más que uno pueda coincidir con varias de las afirmaciones anteriores, lo cierto es que no dejan de tener un valor doctrinario, por más alta que sea la reputación de los autores mencionados. Indudablemente, la crítica más trascendente es la de Venezuela. Es solo a través de los Estados, tal vez haciendo eco de las voces académicas, que se podría lograr que la Corte IDH se replantea estos interrogantes acerca de su función interpretativa y los límites que tiene de crear derecho como órgano jurisdiccional.

VI. Conclusión

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de su técnica de interpretación y por la rama del derecho que tiene por objeto de estudio, seguramente extiende más que cualquier otro tribunal las obligaciones emanadas de un tratado y, en muchos casos, excede la voluntad original de los Estados. Además, y en esto también es prácticamente única, pretende que todas sus decisiones sean respetadas sí o sí por los tribunales internos de todos los Estados parte a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aun cuando no estuvieran involucrados en el caso concreto. Muchos jueces nacionales han aceptado esta posición, lo que confirma que estamos frente a una verdadera creación de derecho por parte de un tribunal internacional.

Por un lado, al leer las técnicas interpretativas en las sentencias de la Corte IDH no estamos simplemente ante aclaraciones sobre el significado de un término, sino que se va más lejos, abarcando nuevos aspectos. Por el otro lado, estos enunciados tienen carácter general, con aspiración de universalidad, resultan obligatorios, fueron aceptados por los Estados y su violación implicaría responsabilidad internacional.

Boyle y Chinkin también concluyen en que “los tribunales internacionales hacen más que aplicar la ley: son parte del proceso para crearla”.⁸¹ No obstante, como sostiene Gutiérrez Posse, la última palabra siempre la tendrán los Estados; si hay voluntad política, “una Corte internacional institucionalizada estará en condiciones de interpretar el derecho vigente, su sentido y alcance, sin que las relaciones internacionales pudiesen llegar a verse afectadas por consideraciones no siempre concordantes de las jurisdicciones internas, tanto sobre el contenido de este ámbito normativo como sobre su propia capacidad para conocer en eventuales violaciones. Obligarse voluntariamente en el ámbito internacional es expresión de la soberanía del Estado; y más aún lo es, honrar los compromisos asumidos”.⁸² Si los propios Estados asumen que la Corte IDH es la última intérprete de la Convención Americana y que sus interpretaciones son obligatorias, considerando la amplitud de las mismas, es complicado seguir sosteniendo que no hay una creación de derecho.

Aun así, debe admitirse que es difícil de imaginar que los Estados le reconozcan abiertamente a la Corte IDH la capacidad de crear derecho, sobre todo por el contexto actual. El Sistema Interamericano no atraviesa su mejor momento. La denuncia de la Convención por parte de Venezuela todavía está fresca y el proceso de “fortalecimiento”, que concluyó pocos años atrás, generó numerosas críticas que llegaron a poner en jaque a los organismos. Es cierto que, en realidad, fue la Comisión la entidad más cuestionada y que algunas de las posturas de los Estados que se encontraban a la cabeza de las críticas (Ecuador, Nicaragua, Bolivia) implicaban darle más poder a la Corte IDH, por ejemplo, traspasándole las Relatorías Especiales o dejándola como la única capacitada para dictar medidas cautelares. De todas formas, el seno del Tribunal no ha sabido disimular las tensiones internas, evidentes desde la candidatura –luego retirada– del Juez Diego García Sayán para ocupar la Secretaría General de la OEA. Asimismo, se ha pasado por fuertes votos disidentes en el primer caso en que la Corte IDH aceptó una excepción preliminar de no agotamiento de recursos internos y no analizó el fondo del

81. A. Boyle y C. Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford University Press, 2007, p. 310.

82. H. Gutiérrez Posse, “La contribución de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales a la evolución del ámbito material del derecho internacional humanitario - los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio - la responsabilidad penal individual”. *International Review of the Red Cross*, 2001.

asunto⁸³ y hasta sentencias con falta de consenso y votaciones sumamente parejas a la hora de definir cuestiones fundamentales, por ejemplo, en el primer caso sobre extradición⁸⁴ o en sentencias que involucran derechos económicos, sociales y culturales.⁸⁵ De hecho, es precisamente en materia de DESC donde algunos jueces han comenzado a advertir sobre la posibilidad de extralimitarse en sus funciones y crear derecho cuando no les corresponde.⁸⁶ Quizás la nueva composición de la Corte en 2016 contribuya a limar estas asperezas y progresar en todos estos aspectos.

Por otra parte, tampoco podría sostenerse que hay una voluntad política generalizada para dejar de cumplir con las sentencias o que cuestione seriamente la capacidad para volver obligatorios sus estándares extensivos. Al menos no hay una problematización formal al respecto por parte de los Estados. Nuevamente, el caso paradigmático es el de Venezuela.

Por más de que existan críticas doctrinarias y que la teoría tradicional de las fuentes señale inexorablemente que la jurisprudencia no puede generar normas jurídicas, es muy difícil contradecir una práctica tan clara. Efectivamente, la Corte IDH crea derecho. Esto no implica que sea fácilmente trasladable a todos los tribunales o que se pueda afirmar que todos generan normas; el caso de la Corte IDH es el más obvio. Podremos estar de acuerdo o no con lo que sucede, pero los hechos hablan por sí solos.

83. Ver voto disidente de los jueces Manuel Ventura Robles y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en CtIDH, Sentencia de Excepciones Preliminares del 26 de mayo de 2014, *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*, Serie C N°278.

84. CtIDH, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas del 30 de junio de 2015, *Caso Wong Ho Wing Vs. Perú*, Serie C N°297.

85. Ver votos razonados en CtIDH, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas del 21 de mayo de 2013, *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, Serie C N°261; Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas del 24 de junio de 2015, *Caso Canales Huapaya y otros Vs. Perú*, Serie C N°296 y Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas del 1 de septiembre de 2015, *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*, Serie C N°298.

86. Ver votos razonados de los jueces Humberto Sierra Porto y Alberto Pérez Pérez en CtIDH, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas del 1 de septiembre de 2015, *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*, Serie C N°298.

Bibliografía

- Amaya Villarreal, : “El principio pro homine: interpretación extensiva vs. el consentimiento del estado”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, 2005.
- Boyle, A. y C. Chinkin: *The Making of International Law*, Oxford University Press, 2007.
- De Luca, J.: *Punitivismo y Derechos Humanos: El caso de Argentina*, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Castilla de la Mancha, 2009.
- García Sayán, : “Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.
- Gargarella, R.: “5 Comentarios sobre la Decisión de la Corte Interamericana en Gelman”, disponible en <http://seminariogargarella.blogspot.com.ar/2011/06/5-comentarios-sobre-la-decision-de-la.html>.
- González Napolitano, : “Fuentes y Normas del Derecho Internacional”, en S. González Napolitano (coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Erreius, 2015.
- Gutiérrez Posse, : “La contribución de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales a la evolución del ámbito material del derecho internacional humanitario - los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio - la responsabilidad penal individual”. *International Review of the Red Cross*, 2001.
- Koh, : “Transnational Legal Process”, Yale Law School Faculty Scholarship Series, 1996.
- Lauterpacht, : *The development of international law by the International Court*, Cambridge University Press, 1982.
- Malarino, : “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Konrad Adenauer Stiftung, 2010.
- Moncayo, ,R. Vinuesa y H. Gutiérrez Posse: *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Zavallía, 1999.

- Ministro del Poder Popular para Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela: Carta de retiro de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Caracas, 6 de septiembre de 2012.
- Pastor, : “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desperestigio actual de los derechos humanos”, Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires, 2005.
- Pastor Ridruejo, :*Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 2003.
- Rodríguez, : “Artículo 29. Normas de Interpretación”, en C. Steiner y P. Uribe (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentario*, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung / Eudeba, 2015.
- Salvioli, : Postulados emergentes de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos en relación al derecho internacional público, disponible en http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/10076/Documento_completo.pdf?sequence=1.
- Scelle, : *Cours de Droit International Public*, París, 1948.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional de Colombia: Sentencia del 19 de enero de 2000, C-010/00.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva del 13 de noviembre de 1985, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Serie A N°5.
- Opinión Consultiva del 1 de octubre de 1999, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Serie A N°16.
- Opinión Consultiva del 19 de agosto de 2014, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Serie A N°21.
- Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 31 de agosto de 2001, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, Serie C N°79.
- Sentencia de Fondo del 15 de septiembre de 2005, *Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia*, Serie C N°134.
- Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 24 de febrero de 2012, *Caso Atala Riffó y Niñas Vs. Chile*, Serie C N°239.

- Sentencia de Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas del 28 de noviembre de 2012, *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*, Serie C N°257.
- Sentencia de Fondo del 19 de noviembre de 1999, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*, Serie C N°63.
- Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 8 de julio de 2004, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*, Serie C N°110.
- Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas del 2 de septiembre de 2004, *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay*, Serie C N°112.
- Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 27 de abril de 2012, *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*, Serie C N°242.
- Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 14 de octubre de 2014, *Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador*, Serie C N°285.
- Sentencia de Fondo del 29 de julio de 1988, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Serie C N°4.
- Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas del 23 de septiembre de 2009, *Caso Garibaldi Vs. Brasil*, Serie C N°203.
- Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas del 24 de noviembre de 2010, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*, Serie C N°219.
- Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 17 de junio de 2005, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, Serie C N°125.
- Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 24 de febrero de 2012, *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, Serie C N°239.
- Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 25 de noviembre de 2013, *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*, Serie C N°101.
- Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 26 de septiembre de 2006, *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay*, Serie C N°155.
- Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas del 26 de septiembre de 2006, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, Serie C N°154.
- Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas del 24 de noviembre de 2006, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, Serie C N°158.
- Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas del 20 de noviembre de 2007, *Caso Boyce y otros Vs. Barbados*, Serie C N°169.

- Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas del 23 de noviembre de 2009, *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, Serie C N°209.
 - Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 24 de agosto de 2010, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*, Serie C N°214.
 - Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas del 26 de noviembre de 2010, *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, Serie C N°220.
 - Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas del 26 de mayo de 2010, *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*, Serie C N°213.
 - Sentencia de Excepciones Preliminares del 26 de mayo de 2014, *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*, Serie C N°278.
 - Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas del 30 de junio de 2015, *Caso Wong Ho Wing Vs. Perú*, Serie C N°297.
 - Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas del 21 de mayo de 2013, *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, Serie C N°261.
 - Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas del 24 de junio de 2015, *Caso Canales Huapaya y otros Vs. Perú*, Serie C N°296.
 - Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas del 1 de septiembre de 2015, *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*, Serie C N°298.
- Corte Permanente de Justicia Internacional: Sentencia de Fondo del 25 de mayo de 1926, *Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia*, Serie A N°7.
- Corte Internacional de Justicia: Opinión Consultiva del 8 de Julio de 1996, *Legality of the threat or use of nuclear weapons*.
- Opinión Individual del Juez Alvarez en la Sentencia de Fondo del 9 de abril de 1949, *The Corfu Channel Case*.
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica: Sala Constitucional, Sentencia de 9 de mayo de 1995, Expediente 0421-S-90.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina: Sentencia del 23 de diciembre de 2004, *Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa*.
- Sentencia del 13 de julio de 2007, *Mazzeo, Julio Lilo y otros, recurso de casación e inconstitucionalidad*.

- Sentencia del 27 de noviembre de 2012, *Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/daños y perjuicios*.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación de México: Tribunal Pleno, Sentencia del 3 de septiembre de 2013, contradicción de tesis 293/201.
- Suprema Corte de Justicia de República Dominicana: Sentencia del 13 de noviembre de 2003, Resolución N°1920-2003.
- Tribunal Constitucional del Perú: Sentencia del 21 de julio de 2006, Expediente N°2730-2006-PA/TC.
- Sentencia del 15 de noviembre de 2007, Expediente N°01458-2007-PA/TC.
- Sentencia del 12 de marzo de 2014, Expediente N°04617-2012-PA/TC.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Opinión en parte Concurrente y en parte Disidente del juez Garlicki en la Sentencia de Fondo del 12 de mayo de 2005, *Ocalan v. Turkey*, Application N°46221/99.
- Sentencia de Fondo del 25 de abril de 1978, *Tyrrer v. United Kingdom*, Appl. N°5856/72.
- Sentencia de Fondo del 13 de junio de 1979, *Marckx v. Belgium*, Application N°6833/74.
- Sentencia de Fondo del 7 de Julio de 1989, *Soering v. United Kingdom*, Application N°14038/88.
- Sentencia de Fondo del 28 de Julio de 1999, *Selmouni v. France*, Application N°25803/94.

Debates en torno al perfil recomendable para los magistrados de un Tribunal Constitucional. El caso español y datos comparados

*Jorge O. Bercholz**

Resumen

Mucho se ha escrito, y se debate aún, sobre cuál es el perfil, la formación, la capacidad, en fin, las características técnicas y personales más adecuadas para un magistrado de un Tribunal Constitucional o de una Corte Suprema con facultades de control de constitucionalidad.

Se trata de un juez que deberá afrontar desafíos, conflictos, presiones y situaciones que están más allá de las ya, por sí, complejas circunstancias que rodean la función jurisdiccional y que deben enfrentar normalmente los

* Doctor en Derecho Político, Especialista en Sociología Jurídica y Abogado, Universidad de Buenos Aires; candidato al Doctorado Internacional en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Diploma en Estudios Avanzados (DEA), Universidad de Castilla-La Mancha, España. Posgraduado como Especialista en Constitucionalismo y Democracia, y en Justicia Constitucional, Universidad de Castilla-La Mancha, España. Diploma de posgrado, Especialista en Integración Regional y Relaciones Económicas Internacionales, Universidad de Barcelona. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Universidad de Buenos Aires. Profesor de Teoría del Estado y de Postgrado y Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular de Sociología Jurídica y de Metodología de la Investigación, Universidad Abierta Interamericana. Ganador de 16 premios y becas internacionales. Investigador y Profesor visitante y Director de proyectos de investigación en Instituciones académicas de Alemania, Argentina, Brasil, Canadá y España. Conferencista y ponente en más de 100 Congresos y Seminarios. Autor de 9 libros y editor-director de 5 libros colectivos. Autor de, aproximadamente, 100 contribuciones en capítulos de libros, artículos y reseñas en revistas especializadas; estudiobercholz@fibertel.com.ar.

jueces en ejercicio de su función de impartir justicia, resolviendo conflictos con neutralidad e imparcialidad.

El juez constitucional debe tener la capacidad y conocimiento para insertarse eficazmente en el esquema funcional estatal de control del poder y acción de gobierno del ejecutivo y del legislativo y, además, la necesidad de ponderar con previsión las consecuencias sociales de sus decisiones articulándolas con el sistema constitucional y con las leyes infraconstitucionales.

Palabras clave: Tribunal constitucional, jueces constitucionales, datos comparados.

About the advisable profile for the justices of a Constitutional Court. The Spanish case and comparative studies

Abstract

Too much has been written, and is debated yet, on which it is the profile, the training, the capacity and the technical and personal characteristics more adapted for a justice of a Constitutional Court or of a Supreme Court with power for judicial review. It is a topic for a Justice that will have to confront challenges, conflicts, pressures and situations that are beyond of the complex circumstances that surround the jurisdictional function and that the judges must solve normally with neutrality and impartiality. The constitutional justice must have the capacity and knowledge to be inserted effectively in the state scheme of executive and legislative branch of government decisions process, in addition, the need to see with forecast the social consequences of the decisions articulating them with the constitutional system and law.

Keywords: Constitutional court, constitutional justices, comparative studies.

Listado de abreviaturas

CE: Constitución española
CGPJ: Consejo General del Poder Judicial
CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina)
LOTC: Ley orgánica del Tribunal Constitucional
PP: Partido Popular
PSOE: Partido Socialista Obrero Español
TC: Tribunal Constitucional y Tribunal Constitucional de España

Introducción

Mucho se ha escrito, y se debate aún, sobre cuál es el perfil, la formación, la capacidad, en fin, las características técnicas y personales más adecuadas para un magistrado de un Tribunal Constitucional o de una Corte Suprema con facultades de control de constitucionalidad.

Se trata de un juez que deberá afrontar desafíos, conflictos, presiones y situaciones que están más allá de las ya, por sí, complejas circunstancias que rodean la función jurisdiccional y que deben enfrentar normalmente los jueces en ejercicio de su función de impartir justicia, resolviendo conflictos con neutralidad e imparcialidad.

Además de los requisitos que comúnmente se exige a los jueces ordinarios, el juez constitucional debe tener la capacidad y conocimiento para insertarse eficazmente en el esquema funcional estatal de control del poder y acción de gobierno del ejecutivo y del legislativo y, además, la necesidad de ponderar con previsión las consecuencias sociales de sus decisiones articulándolas con el sistema constitucional y con las leyes infraconstitucionales.

El enunciado, por sí mismo, ya refleja la tarea de alta complejidad que el juez constitucional debe afrontar, pues tendrá ante sí una variedad de temas complejos y diferenciados para los cuales se requieren capacidades específicas, y que resultan difíciles de encontrar en una sola persona.

Según Böckenforde:

El juez constitucional no puede ser valorado con el mismo parámetro que se emplea para medir al juez ordinario civil o penal. En primer lugar porque se ocupa de un derecho como es el derecho constitucional

que reparte posiciones de poder y de decisión, regula y estabiliza el proceso político y por tanto el objeto sometido al examen de esta jurisdicción viene afectado, particularmente, por las tensiones propias de la dinámica del poder político. En segundo lugar porque las partes procesales suelen ser órganos constitucionales o supremos titulares del poder político. Y por último, porque sus decisiones están cubiertas por el techo del ordenamiento jurídico legal existente, es decir, tiene menos apoyo en el sistema jurídico de lo que tiene la jurisdicción ordinaria, lo que termina por requerir un mayor apoyo institucional que en gran medida supone contar con un grado muy alto de consenso y legitimidad social.¹

Un juez constitucional en general y, en particular, un magistrado del TC deberá enfrentar y resolver tensiones e implicancias relacionadas a:

- a. Interceder en las relaciones de poder y de conflicto entre la justicia constitucional, el poder legislativo y el poder ejecutivo.
- b. Expandir o no, y en su caso hasta dónde, el llamado “activismo judicial” y el achicamiento del campo de las denominadas “cuestiones políticas no justiciables”.
- c. Desarrollar las tareas de hermenéutica e interpretación articulada entre la constitución y las normas infraconstitucionales.
- d. La relación con la jurisdicción judicial ordinaria en la que se plantean problemas derivados de la especial posición institucional del TC, particularmente a través de las cuestiones de inconstitucionalidad.
- e. El desarrollo e interpretación de los derechos fundamentales, que se ha transformado en la actividad jurisdiccional que ocupa la mayor parte de la actividad del TC, a través de la vía del recurso de amparo.
- f. El rol fundamental que la justicia constitucional desempeña en la construcción y consolidación de la organización y distribución territorial del poder.

1. Böckenforde, E., “Verfassungsgerichtbarkeit. Strukturfragen, Organisation, Legitimation”, en *Staat Nation Europa*, Frankfurt, Suhrkamp, 1999, p. 157.

La compleja tarea de selección de personal tan calificado e idóneo, en una serie de tareas y acciones jurisdiccionales que no resultan del todo congruentes, y que mezclan y superponen especificidades que sería recomendable desagregar, supone, previamente, una aguda definición del rol que se depara al TC en la ingeniería y diseño institucional del Estado.

“Todo sistema de selección y nominación de los candidatos para renovar las plazas vacantes de magistrados de un Tribunal Constitucional debe identificar adecuadamente el perfil del magistrado constitucional...”²

Ello, a fin de evitar procesos de selección de jueces “catch all court”,³ –una suerte de Tribunal de Justicia “atrapa-todo”– a la que arriban jueces por motivos y justificaciones muy diversas, en algunos casos contradictorios y excluyentes, que son designados como si dicha diversidad de clivajes incidiera de algún modo positivo en la producción del Tribunal.

Los motivos y justificaciones que reprocho por contradictorios y excluyentes, lo son por su escasa articulación –carente de congruencia y coherencia– con la producción y el modelo que se pretende para el Tribunal.

Dicho de otro modo, circulan ideas que proponen cierto tipo o modelo de Tribunal Constitucional, con una esperada y determinada producción del mismo –tanto cuantitativa como cualitativamente–; pero se esgrimen para ello argumentos de selección de los jueces incompatibles con esas mismas ideas.

Por supuesto que está fuera de discusión el umbral mínimo de selección, que debe responder a criterios de idoneidad, capacidad técnica, honestidad y antecedentes profesionales y académicos suficientes. Generalidades que no admiten mayor debate pero que, desagregadas para moldear un tribunal eficaz y funcional, presentan no pocas cuestiones.

2. Landa, César, “La elección del juez constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N°6, 2002, p. 245.

3. Parafraseando a Otto Kirchheimer y su “catch all party”, partido de todo el mundo o “atrapa-todo”, idea que pergeñó en su trabajo “El camino hacia el partido de todo el mundo”, en *Teoría y sociología críticas de los partidos políticos*, Lenk y Neumann, Barcelona, Anagrama, 1989. La denominación acuñada por Kirchheimer refiere a un tipo de partido político, el partido atrapado (catch all party) que no se dirige a una clase social determinada, sino que pretende llegar a la mayor cantidad de personas posibles, conformando así un auditorio heterogéneo y masivo, pretendiendo satisfacer la mayor cantidad posible de demandas.

El debate plantea varias dicotomías posibles:

- i) ¿Son recomendables magistrados de carrera judicial o académicos?
- ii) ¿Expertos en derecho público o privado? Y luego, ¿en qué materias específicas del derecho?
- iii) ¿Con ideología progresista o conservadora? ¿Identificados con los partidos políticos que los proponen o no?
- iv) ¿Con alguna identificación por estratificación social? ¿Que reflejen la composición económico-social de la población?
- v) ¿Que reflejen la composición de la sociedad considerando la cuestión de género?
- vi) ¿La procedencia regional por nacimiento o por capacitación merece alguna consideración?
- vii) ¿Qué cantidad de magistrados para responder a cuáles de estos clivajes?
- viii) ¿Algunos de estos clivajes de selección inciden en la producción del Tribunal?
- ix) ¿Hay corroboraciones empíricas de que algún criterio de selección produzca resultados diversos en algún sentido?
- x) ¿Es posible encontrar personal calificado en tan disímiles facetas?

A toda esta variedad de matices, conflictos y tareas le debe dar respuesta el magistrado del TC en España. Por ello “...un magistrado del TC requiere combinar experiencia judicial, competencia científica y sensibilidad política”.⁴

En el caso específico del TC en España, varias de estas cuestiones han sido ya resueltas por el constituyente y/o por el legislador. Por caso, los constituyentes de 1978 se decantaron, claramente, por un tribunal constitucional especializado, en vez de optar por que fuera el mismo Tribunal Supremo quien ejerciera esas funciones. Sin perjuicio de lo que ya ha sido prescripto por la CE, aun así, se sigue debatiendo sobre aquellas dicotomías, o se proponen ajustes o cambios para completar aspectos no previstos en

4. Landa, César, “La elección del juez constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N°6, 2002, p. 256.

origen, o para que, luego de más de 30 años de actividad del TC, se cambie aquello que no ha funcionado como se esperaba o que ha funcionado mal.

La CE y la LOCT desde temprano han resuelto muchos tópicos, tomando ejemplos de otros tribunales constitucionales europeos en la organización del sistema de control concentrado. Pero el contexto histórico, y particularidades propias del sistema político y judicial español, le agregan al TC un perfil particular cuyas aristas más vitales, salientes y problemáticas son:

a. La desconfianza existente en España ya durante la transición democrática abierta con el fin de la larga dictadura franquista, respecto a los jueces ordinarios. Aún pueden encontrarse resabios y recelo entre la jurisdicción judicial ordinaria y el TC que encarna a la jurisdicción constitucional por fuera de la justicia ordinaria.

La doctrina dijo entonces: “...Los constituyentes de 1978 tampoco confiaron mucho en la conciencia constitucional de los jueces entonces en activo...”;⁵ “...la regulación del recurso de inconstitucionalidad y su atribución a un Tribunal de vigilancia o control de la legislación ordinaria fue considerado por el portavoz del partido mayoritario en la izquierda como una medida de profundización de la democracia...”;⁶ “...la falta de tradición de los Tribunales ordinarios hispanos en la aplicación de la Constitución, conectada a la tolerancia de amplios sectores de la Magistratura con el régimen precedente, generó una desconfianza política no expresa hacia Jueces y Tribunales...”.⁷

b. El rol fundamental del TC en el proceso inacabado de organización territorial del poder español. Un proceso dinámico, complejo y con alta tensión política que implica completar el diseño e ingeniería del sistema político e institucional del Estado español. Y ello, en manos del TC, a través del control de constitucionalidad, vía los tres recursos e instrumentos jurídicos

5. Tomás y Valiente, Francisco, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 74.

6. Peces Barba, Gregorio, *Trabajos Parlamentarios. Constitución Española*, p. 3452 II, Servicio de Publicaciones de las Cortes Generales, 1980.

7. Pérez Tremps, Pablo, *El Régimen constitucional español*, I, p. 237, Barcelona, Labor, 1980.

que necesariamente canalizan e involucran intereses contrapuestos entre el Estado central y las CCAA, y que implican la judicialización de cuestiones netamente políticas como son la organización territorial del Estado y el desarrollo autonómico.

Por ello se ha dicho que el magistrado constitucional “...es un tipo de juez que posee experiencia política y que le preocupa la reflexión política. En este sentido se requiere más que un excelente jurista, se necesita un hombre que esté especializado en el campo del Derecho Constitucional, inclusive con las cualidades de un hombre de Estado”.⁸

Esta investigación provee insumos que permiten verificar la producción de los magistrados y las características personales y técnicas de los mismos, sus interrelaciones, tensiones e implicancias. Con las evidencias recogidas, también se pueden establecer cuáles han sido las respuestas del sistema político e institucional español a las cuestiones dicotómicas expuestas supra y las opciones escogidas para el diseño y rol a desempeñar por el TC.

Así se podrán realizar juicios axiológicos retrospectivos más consistentes sobre la producción del tribunal, y prospectivos más certeros a fin de cambiar y conservar lo que corresponda.

Dos aspectos controversiales sobre el modelo de juez constitucional propuestos por la CE y la LOTC

Hay dos aspectos más, introducidos por el diseño constitucional y legal español, en el perfil de magistrado constitucional por el que se ha optado, y que han presentado controversias y polémicas.

Se trata de normas que responden a cuestiones propias del contexto político de España, en algún grado, además, a cuestiones de cultura política y a opciones, si se quiere opinables, de ingeniería normativa. Una de las cuestiones nos enfrenta a la simplificación binaria sobre la politicidad o apoliticidad del TC, luego, la posición a adoptar respecto a la militancia,

8. Werner Billing, *Das problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht. Ein-Beitrag zum Thema “Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit”*, op. cit., p. 110 y ss.; asimismo, Domingo García Belaunde, *Una democracia en transición*, Lima, Okura, 1986, p. 46. Citados por Landa en su op. citada, p. 261.

pertenencia, o actividad política de los jueces. La otra cuestión, parecida y relacionada, pero diferente, nos remite a la opción por los magistrados de carrera judicial o magistrados reclutados desde la academia. Me refiero a las siguientes normas:

i) El artículo 127.1 de la C.E., con la cláusula de prohibición de militancia política de los jueces, reforzada en consideración a los partidos políticos, y especialmente destinadas a los magistrados del TC, por el art. 159 .4 CE y por el art. 19 LOTC, aunque con el matiz, no pacífico, de que los magistrados del TC podrían militar en un partido político o sindicato pero no ejercer cargos directivos.

ii) El otro aspecto es el regulado por el artículo 18 LOTC, y por otras normas coincidentes, que se refieren a los *juristas de reconocida competencia*.

Resulta interesante verificar que las posiciones que estiman positivamente la prohibición, en general, ven también positivamente que los magistrados en el TC sean de carrera judicial, en desmedro de los académicos a los que se designa y sustenta con base en el precepto de los “juristas de reconocida competencia”.

Según cierta doctrina esta opción reuniría una serie de ventajas: “... En primer lugar, la profesionalidad. Los magistrados formarían ya parte de una carrera y sobre todo conocerían la técnica de emitir resoluciones sobre casos litigiosos. Su experiencia sería un arma muy relevante para controlar la adecuación de normas y actuaciones a la Ley suprema. En segundo lugar, los magistrados constitucionales, al ser profesionales, no tendrían que ser elegidos por las Cortes con los inconvenientes y el estupor que ello suscita en la opinión pública. Nuestra Constitución, sin embargo, quizá por desconfiar de los jueces, optó por otro camino. Algunos de sus miembros provienen de la carrera judicial, pero otros, en cambio, son “juristas de reconocida competencia” (art. 18 de la Ley orgánica). Pero, ¿quién estima y valora la reconocida competencia? A esto se puede responder claramente diciendo que son las fuerzas políticas”.⁹ También se observa en el argumento la vertiente

9. Emilio Valiño del Río, “Jueces constitucionales, ¿de reconocida competencia?”, Universitat de València, http://www.uv.es/ajv/art_jcos/artjuridicos/art15/jueces%20constitucionales.htm.

“antipolítica” sobre la que volveré luego. Pero, al menos, esta argumentación pretende destacar algunas ventajas técnico-procedimentales a favor de los magistrados de carrera.

A contrario sensu, quienes critican a la prohibición desconfían de la valoración positiva de los jueces “profesionales” y de carrera judicial. En el capítulo pertinente veremos que este correlato también se verifica en las designaciones y en las performances de los magistrados en el TC.

En relación al 127.1, 159.4 CE y el 19 LOTC, la literatura más extendida considera que la prohibición obedece más a razones de apariencia que de sustancia. Ignacio de Otto piensa que la prohibición de militancia política, que la CE prescribe para los jueces y fiscales en activo, responde más a un problema de imagen y de legitimación pública de la judicatura, que a una necesidad lógica derivada de la exigencia de neutralidad, y ello, tendente a evitar la sospecha de parcialidad que se suscitaría entre los justiciables o en la sociedad en general, por el hecho de que tal o cual juez es militante de un partido determinado.¹⁰

El fin de esta prescripción constitucional es garantizar la apariencia de parcialidad del juzgador; obviamente ni la constitución ni nadie puede impedir que un juez tenga su correspondiente ideología política, pero sí se puede evitar la expresión pública que de esa ideología política supone la afiliación a un partido político o sindicato. Con ello se consigue que la confianza del justiciable en la imparcialidad del juzgador no pueda menoscabarse por el conocimiento de la adscripción de éste a un determinado credo...¹¹

Por supuesto existen posiciones que esgrimen razones para apoyar o rechazar la prohibición. Una posición destaca la prohibición porque sustenta en el juez la imparcialidad, la asepsia valorativa y una prudente distancia

10. Ignacio de Otto, *Estudios sobre el Poder Judicial*, p. 64.

11. García Morillo en Luis López Guerra y otros, *Derecho Constitucional*, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 225. Coinciden con este argumento otros autores como: Almagro Nosete en *Constitución y Proceso*, Barcelona, Librería Bosch, 1984, p. 82; José Luis Delgado y Mariano Marzal, *La Independencia Judicial, Terceras Jornadas de Independencia Judicial*, Tº II, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, p. 1090, y Climent González, en la misma obra, p. 1107.

de las ideologías y de las funciones de los otros poderes del Estado. Un modelo de juez alejado de cualquier contaminación proveniente del mundo de la política, un juez técnico despojado de otras preocupaciones al aplicar la ley y la constitución. Se trata de un modelo de juez identificado con la ideología conservadora.

Los argumentos a favor del 127.1 esgrimen que, i) no solo es cuestión de imagen pues, cuando se pertenece a un partido, se tiene, al menos, una cierta relación de disciplina con una estructura organizativa ajena a la función jurisdiccional y se asume un deber de respeto genérico y promoción de los ideales e intereses del partido; ii) el partido no es solo un lugar de convicciones sino un instrumento de lucha política que por definición tiene contrarios o adversarios; iii) no es del todo válido el contraargumento referido a la imposibilidad de evitar la adscripción ideológica de un juez, por cuanto no se le niega que tenga ideas o ideales políticos sino que milite en forma organizada en un partido.

La posición contraria al 127.1 CE pretende un juez comprometido con los valores y los principios de la democracia y del Estado social. Un juez activo ante la realidad y que sirva como agente de transformación social en línea con los arts. 9.2 o 53.3 CE.¹²

Se critica el art. 127.1 especialmente en dos aspectos: i) impide a los jueces el ejercicio de un derecho fundamental; ii) responde a una imagen conservadora de la judicatura que considera negativamente a la actividad política en sí misma.¹³

La idea de un juez técnico ajeno a toda consideración política, ideológica o social implica, en sus argumentos justificativos, un discurso antipolítico.

Se ha puesto en contexto temporal e histórico, a efectos de su crítica, la aprobación del art. 127.1 de la CE: ...Existía una amplia creencia en la necesidad de que los integrantes del Poder Judicial se dedicasen en forma

12. Brey Blanco, José Luis, "Los jueces y la política: ¿imparcialidad/neutralidad versus compromiso democrático?", *Foro Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Nueva época, N°00, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2004, pp. 38-39.

13. En este sentido Huerta Contreras, *El Poder Judicial en la Constitución española*, Universidad de Granada, 1995, p. 82; Andrés Ibáñez, *Justicia-Conflicto*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 97 y Álvarez Conde, *Curso de Derecho Constitucional*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 256-257.

excluyente y exclusiva al Derecho reputado como un espacio técnico, separado de la política, concebida (con ideas muy extendidas en los sistemas autoritarios) como arena a la que no se puede descender sin ensuciarse las manos, y ha de reservarse a profesionales dispuestos a asumir ese riesgo...¹⁴

Las dos posiciones existen como tendencias que representan dos modelos diferentes de juez.

Que los individuos que ostentan la calidad de juez no están obligados a ser apolíticos ni cosa semejante es algo perfectamente obvio: ni la constitución impone tal exigencia ni la circunstancia de que un juez tenga convicciones tiene por qué afectar a su independencia e imparcialidad.¹⁵

En la cita se advierte la existencia de dos criterios con los que la mayoría de la doctrina está de acuerdo. El primero observa la imposibilidad de una neutralidad absoluta, no puede pensarse en un juez –al fin y al cabo una persona– que escape a los condicionamientos ideológicos, políticos, religiosos y económicos propios de la condición humana. El segundo proclama la compatibilidad, entre las convicciones políticas y la imparcialidad, aunque sin que ello implique, al menos para la doctrina mayoritaria, que el juez tenga necesariamente actividad política.¹⁶

La mayoría de estos argumentos se esgrimieron en el debate constituyente, imponiéndose aquellos que defendían la prohibición y que sostuvieron, más enfáticamente, el argumento de la salvaguarda de la imagen pública de la justicia.

Este debate condensa, a su vez, otros dos aspectos adicionales que son más amplios que la mera prescripción de la prohibición.

14. Jueces y Política, XI Congreso de Jueces para la Democracia, Santander, caja Cantabria, noviembre 1996, pp. 26 y 77.

15. Ignacio de Otto, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989, p. 63. En el mismo sentido Juan F. López Aguilar, en *La Justicia y sus problemas en la Constitución*, Tecnos, Temas clave de la Constitución, 1996, pp. 29 y 30.

16. José Luis Brey Blanco, “Los jueces y la política: ¿imparcialidad/neutralidad versus compromiso democrático?”, *Foro Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Nueva época; N°00, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2004, pp. 37-67.

Uno de los aspectos es el del tipo de juez necesario para el TC, lo que interpela la variedad de cuestiones ya enumeradas. El otro, la conexión con la base de legitimidad política que requiere el juez constitucional puesto en la delicada tarea de controlar a los otros órganos del Estado elegidos directamente por la voluntad popular.

...la labor jurídica realizada por los tribunales constitucionales que tiene evidentes connotaciones políticas requiere de los magistrados que los integran una legitimidad doble: su preparación jurídica especializada y su nombramiento por órganos representativos del cuerpo político de la sociedad, los que les transmiten en forma indirecta la legitimidad democrática de su autoridad...¹⁷

Resulta llamativa la persistencia de argumentos, de tono excesivamente dogmático, que valoran positivamente la prohibición, cuando se ha verificado reiteradamente el alineamiento, incluso hecho público por la prensa, de los jueces del TC en casos de trascendencia institucional y de acuerdo a sus adscripciones conocidas y relacionadas con los gobiernos que los designaron.

El choque entre la disposición constitucional y la “rebelde” realidad de los hechos produce, en la opinión pública y la ciudadanía en general, el efecto contrario, descreimiento, mala reputación de instituciones y funcionarios, y ello por querer evitar lo inevitable, o esconder y disimular en lugar de establecer visibilidad y sinceramiento. Luego, sigue violar la norma, y así, perfeccionar la mala praxis institucional exponiendo a los agentes judiciales a dos problemas, en vez del que en origen era uno; i) el original, demostrar neutralidad e imparcialidad a pesar de sus simpatías y/o militancia política; ii) el derivado, explicar por qué se viola la norma que prohíbe la adscripción política.

Como ejemplo del estado público de las posiciones ideológicas y políticas de los magistrados del TC, citamos algunos párrafos de artículos periodísticos, entre los cientos disponibles al efecto:

17. Nogueira Alcalá, Humberto, “La independencia y responsabilidad del juez constitucional en el derecho constitucional comparado”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N°1, 2004, p. 67.

“LA PRESIDENTA DEL TC ACUSA A LA DERECHA DE POLITIZAR EL TRIBUNAL. Casas culpa a los jueces conservadores de cambiar la doctrina para apartar a Tremps. La mayoría alega que el recusado tenía una opinión formada a favor del Estatut. Sin pelos en la lengua. La presidenta del Tribunal Constitucional, María Emilia Casas, acusó ayer a sus colegas del sector conservador de politizar la institución. Casas formula este duro reproche en su voto particular contra la recusación del magistrado Pablo Pérez Tremps, solicitada por el PP y aprobada por los seis jueces que conforman la mayoría de derechas del tribunal.” *El Periódico de Cataluña* del 14 de febrero de 2007.

“LA PUGNA ENTRE CONSERVADORES Y PROGRESISTAS POR EL CONTROL DEL ALTO TRIBUNAL. El Constitucional vive esta semana una batalla decisiva. Los afines al PP pueden ser mayoría en el tribunal si logran echar a la presidenta. El Estatut y otras cinco leyes dependen de un frágil equilibrio entre tendencias.” *El Periódico de Cataluña* del 8 de octubre de 2007.

“EL CONSTITUCIONAL APARTA A LOS DOS MAGISTRADOS CONSERVADORES RECUSADOS POR EL GOBIERNO... Tras la exclusión de García-Calvo y Rodríguez-Zapata, la sala que resolverá el recurso contra la LOTC estará compuesta por solo ocho magistrados --tres del sector conservador y cinco del progresista--...”. *El Periódico de Cataluña* del 12 de marzo de 2008.

“INSTITUCIÓN DESPRESTIGIADA. ... los magistrados lamentan la pérdida de prestigio de esta sede judicial. ‘Hemos dejado de ser jueces para pasar a ser comisarios políticos. Se nos coloca en bloques ideológicos’, lamentan. Por ello, critican que el PP y el PSOE no sean capaces de ponerse de acuerdo para renovar los cargos. ‘La institución les importa un rábano’, sentencian. *El Periódico de Cataluña* del 25 de mayo de 2008.

En términos democratistas la cuestión puede ser perfectamente sustentable, no debe demonizarse la visibilidad y transparencia sobre la adscripción, militancia o simpatía política de los jueces y que ello, en todo caso, sirva como una vía más en la que se reflejen las líneas políticas de la sociedad articuladas a los resultados electorales; eso hace consistente la legitimidad

política de la justicia constitucional frente a los otros órganos políticos del Estado, a quienes controla, y que gozan de ella por directa elección popular. Por cierto, un tema de larga data en el debate académico y nunca definitivamente zanjado.

Como si no fuera suficiente el público y notorio conocimiento de las pertenencias político-ideológicas de los magistrados del TC, sin que ello deba, necesariamente, y al menos en una buena cantidad de los casos que resuelven, afectar su imparcialidad y neutralidad, también las adscripciones y alineamientos políticos se generan en torno a las asociaciones que agrupan a los funcionarios judiciales.

Las hay claramente identificadas, de acuerdo al “sentido mentado a la Weber”, como de ideología de izquierda o progresistas, de derecha o conservadoras, y también “centristas”. Por ello, cercanas al respectivo partido político afín a cada ideología.

Por ejemplo, el caso de la Asociación Profesional de la Magistratura (APM) de carácter conservador y de Jueces para la Democracia (JpD) de carácter progresista.

La asociación Francisco de Vitoria actúa como comodín, aunque sus miembros son de perfil moderado. Nótese que el sistema de elección de los vocales del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) admite la presentación de listas de candidatos por parte de las asociaciones judiciales claramente identificables en términos de ideología política.

Recientemente, esta cuestión renovó su interés con el caso del actual presidente del TC Francisco Pérez de los Cobos, quien ingresó al mismo en diciembre de 2010. Si bien la Constitución española en el art. 159.4 y en el art. 19 LOTC, solo prohíbe a los magistrados del TC ocupar cargos directivos o ser empleados de los partidos políticos, se ha considerado extendida la aplicación del art. 127.1 a los miembros del TC en forma análoga a la existente para los integrantes del poder judicial.¹⁸ Y en ese sentido fue el voto discrepante del magistrado Luis Ortega, aunque finalmente las recusaciones contra el actual presidente fueron rechazadas por mayoría (9 votos a 2) por el TC. Lo que aquí interesa exponer es el nuevo hecho controversial en torno

18. Pérez Royo, Javier, en *El País*, Madrid, 20 de julio de 2013, p. 12, dijo “No se puede justificar de ninguna manera la conducta del presidente del Constitucional” en 2013, aunque tal vez hubiese sido tolerado a la época de la transición.

a las normas de prohibición que se comentan. Y en este caso, también, las adscripciones de unos y otros magistrados quedaron claramente expuestas en los medios masivos de comunicación con el consabido impacto en la opinión pública y con el previsible deterioro en la legitimidad del TC. Podría interpretarse en el mismo sentido de la nota, que en su párrafo pertinente se reproduce abajo y a pesar de su ligereza típicamente periodística, que la decisión del TC abre, efectivamente, la puerta a una perspectiva más flexible y realística de la cuestión, lo que podría evitar en el futuro la repetición de hechos tan polémicos y difusos como el de De los Cobos, y el de Pérez Tremps, que se comenta más abajo, ambos, no casualmente académicos, que se han visto involucrados en hechos controversiales.

“LA INDEPENDENCIA DE COBOS DIVIDE AL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. La mayoría del pleno del Tribunal Constitucional rechazó este martes admitir las recusaciones promovidas por la Generalitat y el Parlamento de Cataluña contra el presidente del alto tribunal, Francisco Pérez de los Cobos, que compaginó su militancia en el PP con su puesto como magistrado. Con el visto bueno a la compatibilidad, a partir de ahora, todos los magistrados del Constitucional que no provengan de carrera judicial (la Constitución sí prohíbe a jueces y magistrados de otros tribunales la afiliación política) podrían militar en un partido, siempre que no ocuparan un puesto directivo, sabiendo ya que cuentan con el aval de la mayoría del pleno...”. *El País* del 17 de septiembre de 2013. http://politica.elpais.com/politica/2013/09/17/actualidad/1379407001_939768.html

En relación a lo dispuesto por el art. 18 LOTC, además de su propio enunciado sobre “...Magistrados, Fiscales, Profesores de Universidad [...] todos ellos juristas de reconocida competencia...”, existen otras normas coincidentes con ese precepto. Por ejemplo la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, art. 301. 2: “una tercera parte de las plazas que se convoquen se reservará para juristas de reconocida competencia”, y el 301.3: “ingresarán en la carrera judicial por la categoría de magistrado del T.S. o de Magistrado, juristas de reconocida competencia”.

También la Ley Orgánica 1/1980 del Consejo General del Poder judicial, art. 7, vuelve a citar la reconocida competencia. Lo propio enuncia la ley orgánica del Tribunal de Cuentas, LO 2/ 1982 art. 30. Por último, para ser juez del Tribunal de Justicia de la UE se necesita igualmente esa competencia valorada por las negociaciones entre los partidos más importantes del

sistema político y el gobierno, que es quien envía la propuesta a Luxemburgo. De hecho, los jueces españoles en el TJUE han sido mayoritariamente catedráticos.

Las opiniones críticas respecto al significado de la frase “juristas de reconocida competencia”, pauta impuesta por el art. 18 de la LOTC para la designación de los jueces del TC, prefieren una pauta técnica para la selección de los magistrados del TC y requieren que los jueces tengan formación y experiencia como tales en la carrera judicial. Es la opción de los magistrados de carrera judicial por sobre los académicos que, ya hemos visto, es articulada por sus defensores con la desconfianza hacia la política en general y a los partidos en particular, por ende, de acuerdo con la prohibición del 127.1 y del 159.4 CE.

En ese sentido se ha criticado la cuestión en la figura de los presidentes del TC:

...Todos los presidentes desde 1978 son o han sido solo profesores de Universidad, salvo Sala Sánchez y, por consiguiente, no habituados a redactar sentencias. La ley del Tribunal Constitucional permite, incluso, que los magistrados no jueces profesionales, no hayan ni siquiera leído ninguna. Sólo necesitan el acuerdo votado por los grandes partidos. Hubiera sido más sensato y hubiera dado más confianza a los ciudadanos que, de no ser el presidente, la gran mayoría de los magistrados fueran profesionales y, a ser posible, propuestos por los colegios de abogados, colectivos de magistrados, etc., que son los que saben quiénes hacen mejor las sentencias.¹⁹

En sentido contrario la doctrina sostuvo:

...la dimensión política de los fallos no puede ser desconocida por el juez constitucional, no puede desconocerse ni ignorarse la politicidad propia del derecho público con el cual opera. El juez constitucional está en una delicada posición, debe ser un jurista destacado y además un conocedor de la política debiendo actuar con prudencia

19. Emilio Valiño, Catedrático en la Universidad de Valencia, “Sobre los tribunales constitucionales”. http://www.urbeetius.org/newsletters/23/news_23_valino.pdf

en el tempestuoso mar de las disputas del poder, debiendo emplear argumentos y técnicas que desconoce el juez ordinario.²⁰

También a favor de los académicos en el TC se ha dicho que la especialización constitucional del modelo español, y europeo en general, es muy indicada para una constitución como la CE ...repleta de principios y valores cuya interpretación es una tarea sumamente compleja y delicada, la de velar mejor por el principio de igualdad [...] por controlar al legislador y ser especialmente respetuoso con la democracia parlamentaria que se resiente si todos los jueces pueden invalidar la voluntad del legislador...

Por ello se debe señalar:

...el riesgo que puede correrse (y que parece estar en el inmediato horizonte) de que en el TC la mayoría de sus miembros procedan de la carrera judicial en detrimento de la academia. Un TC donde haya jueces por supuesto, pero donde la mayoría sean profesores como ha ocurrido, sobre todo, en los primeros tiempos del TC parece más idóneo para ser el supremo intérprete de la constitución.²¹

También la *reconocida competencia* puso en confrontación a la práctica jurisdiccional de carrera con la academia, en ocasión del sonado proceso de recusación del ex magistrado Pérez Tremps para apartar su intervención en la sentencia del Estatuto catalán. Eliseo Aja planteó con perspicacia las incongruencias entre las características y actividades propias de la vida académica que dan consistencia a la “reconocida competencia” de los profesores universitarios, y los motivos de la recusación al ex magistrado. El caso es un buen ejemplo de la ambigüedad del precepto y de lo controversial de su funcionalidad, al contraponer el requerimiento de la “reconocida competencia”, según se trate de un magistrado de carrera o de un académico.

20. Nogueira Alcalá, Humberto, “La independencia y responsabilidad del juez constitucional en el derecho constitucional comparado”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. N°1, México, Porrúa, 2004, p. 89.

21. Aragón Reyes, Manuel, “25 años de justicia constitucional en España”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N°2, México, Porrúa, 2004, p. 20.

...los jueces (y fiscales y abogados en su caso) generalmente han participado en muchos pleitos y, en el primer caso, han dictado muchas sentencias, pero en general su actividad no pasa de las paredes de los tribunales [...] Los profesores, en cambio, son distintos: su tarea es enseñar Derecho en la universidad y su tiempo principal se dedica a la investigación. Ambas tareas culminan en la publicación de libros y artículos, no con el interés creativo del novelista (ojalá), sino como instrumento de la investigación y de la docencia. No puede ser buen profesor quien no sigue investigando. Pero no hay buena investigación que no culmine en una publicación, porque los resultados hay que hacerlos públicos. Es decir, un profesor tiene en la publicación de artículos y libros el instrumento y a la vez el acicate y el lucimiento de su trabajo. Para ser jurista de reconocido prestigio, si eres profesor, tienes que haber publicado muchos trabajos, y si eres un buen profesor muchos de esos trabajos tendrán relación con la actualidad. Esta explicación de manual también podemos aplicarla al profesor Pérez Tremps. En Derecho Constitucional, en los últimos años, casi todos los profesores de España han publicado algo sobre el Estatut de Catalunya o las reformas equivalentes de los demás estatutos y, naturalmente, el profesor Pérez Tremps, que es muy buen profesor, también. ¿Cómo es posible que un magistrado constitucional sea recusado por hacer justamente aquello que se le exige para ser magistrado?²²

Características técnicas y personales de los magistrados del TC

Se desagregan en este apartado diferentes tópicos que permiten conocer las características particulares, profesionales, académicas, de los magistrados del TC, y su incidencia en la performance de los mismos durante su estadía en la institución. Se vierten datos comparados de tribunales constitucionales de otros países.

22. Eliseo Aja, "Recusación sin sentido constitucional", *El Periódico de Cataluña*, 8 de febrero de 2007.

Cuadro N°1: Cantidades y porcentuales Magistrados TC desagregados por Formación profesional, Perfil técnico y Especialidad Jurídica (1980-2011)

Total de Magistrados del período: 50*		
Formación profesional	Perfil técnico	Especialidad Jurídica
Magistrados de carrera: 18 (36%) ^a *1	Publicistas: 15 (30%) ^a (83%) ^b	Contencioso administ.: 11 (22%) ^a (61%) ^b
	Privatistas: 1	D. Penal: 2; D. Civil: 1; Dcho. Trabajo: 1
	Sin definición: 2	Sin especialidad: 3
Académicos: 32 (64%) ^a	Publicistas: 28 (56%) ^a (87%) ^b	D. Constituc. y Político: 9 (18%) ^a (28%) ^b
	*2Privatistas: 4 (8%) ^a (12%) ^b	D. Administrativo: 4 (8%) ^a (13%) ^b
		Dcho. Internacional: 4(8%) ^a (13%) ^b
	Sin definición: 2	D. del Trabajo: 3 (9%) ^b , 3 Dcho. Civil (9%) ^b
Abogados 2 (4%) ^a	Sin definición: 2	

Notas: a) indica porcentajes en relación al total de magistrados.

b) indica porcentajes en relación a cada formación profesional.

* La cantidad total de magistrados del período difiere de la sumatoria nominal en algunas de las variables desagregadas, como consecuencia de que algunos detentaban más de una de las características medidas. También por ello los porcentuales exceden el 100% dada la duplicidad de origen profesional de los magistrados Delgado Barrio y Rodríguez Zapata.

*1 Los magistrados Delgado Barrio y Rodríguez Zapata tenían prestigio y reconocimiento académico y carrera como magistrados.

*2 A los magistrados Menéndez Menéndez y De los Mozos se les atribuyen ambos perfiles, publicistas por su actuación política y privatistas por su especialidad jurídica en la academia y en la magistratura respectivamente.

Este cuadro indica cantidades nominales y porcentuales de magistrados, considerando su formación profesional, en relación al total de magistrados que integraron el TC en el período in-

vestigado, y se desagregan los datos en relación al total, y en relación a cada tipo de formación profesional, a su vez considerando y cruzando las variables perfil técnico y especialidad jurídica.

Fuente de los datos estadísticos: Base estadística propia elaborada con datos extraídos de la web-page del TC.

Cuadro N°2: Cantidades y porcentuales Magistrados TC desagregados por Filiación ideológica, Formación profesional y Especialidad Jurídica (1980-2011)

Total de Magistrados del período: 50		
Filiación ideológica	Formación profesional	Especialidad Jurídica
Progresistas 25 (50%)	académicos 18 (36%) ^a (72%) ^b magistrados 6 (12%) ^a (24%) b abogado 1	Dcho. Constituc. y político 9
Conservadores 13 (26%)	* magistrados 8 (16%) ^a (62%) ^b académicos 5 (10%) ^a (38%) b	Dcho. Contencioso Adm. 7
Centro 9 (18%)	académicos 5 (10%) ^a (56%) ^b magistrados 3 (6%) ^a abogado 1	Dcho. Adm. y Cont. Adm. 4
Sin definición 3 (6%)		

Notas: a) indica porcentajes en relación al total de magistrados.

b) indica porcentajes en relación a cada filiación ideológica.

* Los magistrados Delgado Barrio y Rodríguez Zapata tienen ambas formaciones profesionales como académicos y magistrados.

Este cuadro indica cantidades nominales y porcentuales de magistrados considerando su filiación ideológica en relación al total de magistrados que integraron el TC en el período investigado, y se desagregan los datos en relación al total, y en relación a cada tipo de filiación ideológica, considerando y cruzando las variables formación profesional y perfil técnico.

Fuente de los datos estadísticos: Base estadística propia elaborada con datos extraídos de la web-page del TC.

Cuadro N°3: Cantidades y porcentuales Magistrados TC desagregados por Perfil técnico y Especialidad Jurídica sobre total (1980-2011)

Total de Magistrados del período: 50			
Perfil técnico: Publicistas: 40 (80%)	Privatistas: 5 (10%)		Sin definición detectada: 6
* (A los magistrados, Menéndez Menéndez y De los Mozos, se les atribuyen ambos perfiles)			
			Filiación ideológica
Especialidad Jurídica:	D. Administrativo y Contencioso Adm.	15 (30%)	Conservadores y Centro: 11 (73%)
	Dcho. Constitucional y Político	9 (18%)	Progresistas: 9 (100%)
	Dcho. Internacional	4 (8%)	
	Dcho. Penal	4 (8%)	
	Dcho. del Trabajo	4 (6%)	
	Dcho. Civil	3 (6%)	
	Dcho. Mercantil	2 (4%)	
Otras disciplinas: Economía política 1; Historia del derecho 1; Dcho. Romano 1; D. Tributario 1; D. Procesal 1 (10%)			
Sin especialidad detectada: 5 (10%)			

Fuente de los datos estadísticos: Base estadística propia elaborada con datos extraídos de la web-page del TC.

a. Formación profesional. Académicos y Jueces de carrera

Esta variable desagrega a los magistrados por su ejercicio profesional encontrando 3 categorías distintas de formación profesional para los magistrados del TC (cuadro N°1).

Los magistrados de carrera: jueces que se han desempeñado principalmente en esa función proviniendo de otras agencias del poder judicial ordinario sean juzgados o tribunales superiores.

Del total de magistrados designados en el TC durante el período investigado (50 magistrados entre 1980 y 2011), 18 han sido magistrados de

carrera, el 36% del total. Los 10 magistrados propuestos por el CGPJ (Consejo General del Poder Judicial) fueron jueces de carrera.

Los académicos: magistrados cuya principal actividad previa a su designación ha sido docencia e investigación. *Del total de magistrados, 32 han sido académicos, el 64% del total.*

Los abogados: magistrados que no encajan en ninguna de las categorías precedentes, por ejemplo, García Mon y Gay Montalvo. Son 2 los magistrados que se han contabilizado solo como abogados.

La cantidad total de magistrados del período difiere de la sumatoria nominal en algunas de las variables desagregadas, como consecuencia de que algunos detentan más de una de las características medidas. También por ello los porcentuales exceden el 100% en esta variable dada la duplicidad de origen profesional de los magistrados Delgado Barrio y Rodríguez Zapata. Delgado Barrio fue en 1995 propuesto por CGPJ y en 2001 por Diputados, magistrado y académico en Derecho Contencioso Administrativo. Rodríguez Zapata fue magistrado y académico en Derecho Constitucional.

Si bien los académicos siempre han sido mayoría en el TC, esa tendencia se ha debilitado en los últimos años. Entre 1980 y 1992 alrededor del 70% de los magistrados fueron académicos, e incluso hubo picos aún mayores (75% en la formación de 1986-89, la formación con mayor porcentaje de académicos). A partir de 2001 hasta diciembre de 2011, el porcentaje de académicos se redujo a un promedio de 53%.

Por supuesto, en forma inversamente proporcional, los jueces de carrera pasaron de integrar el TC en un 25%, aproximadamente, durante su primera década, a un 40% en promedio durante la última década medida en la investigación.

Dependiendo de qué variable independiente consideremos tendremos que el 72% de los magistrados de filiación ideológica progresista en el TC han sido académicos. De otro modo, el 56% de los académicos en el TC han sido de filiación progresista.

El 62% de los magistrados en el TC de filiación ideológica conservadora han sido jueces de carrera. El 44% de los magistrados de carrera han sido de filiación ideológica conservadora (cuadros N°2 y 3).

Surge entonces, a través de una medición y corroboración de doble vía, una tendencia sustentable, *los magistrados del TC provenientes del mundo académico han sido mayormente progresistas; los provenientes de la*

carrera judicial (jueces o magistrados de carrera) han sido mayormente conservadores.

Tanto entre académicos como entre magistrados de carrera, claramente, predomina el perfil técnico publicista, por encima del 80%. Respecto a especialidad jurídica, el 61% de los jueces de carrera han sido administrativistas. Más repartida es la especialidad entre los académicos, aunque predominan los constitucionalistas con el 28% (cuadro N°1).

b. Perfil técnico. “Publicistas” o “privatistas”

Esta variable desagrega a los magistrados según su perfil técnico, entendiéndose por tal cosa que su principal área de *expertise* sea en derecho público o derecho privado. Esta desagregación abarca cualquiera de las formaciones profesionales enumeradas en el apartado anterior. Así, se puede ser juez de carrera o académico tanto “publicista” como “privatista”.

Las categorías de “publicistas” y/o “privatistas/civilistas” resultan variables útiles para explicar el comportamiento y el sentido de las decisiones de los magistrados. Se considera “publicista” al que posee antecedentes de actuación en el ámbito judicial y/o universitario, en fueros o materias de la carrera de derecho público, y/o ha desempeñado funciones políticas, u ocupado cargos en la administración pública. Se considera “privatista/civilista” al juez que posee como antecedentes una formación y actuación en el ámbito judicial y/o universitario, en fueros o materias de la carrera de derecho civil o privado y que no ha desempeñado funciones políticas.

Un juez “privatista/civilista”, puede inferirse, estará naturalmente más preocupado por efectuar estrictos juicios técnicos y de legalidad, y por erigirse en un protector de derechos sustantivos subjetivos e individuales, en resguardo de los abusos de la administración y legitimado por su cercanía con los ciudadanos merced al ejercicio de la jurisdicción. Es posible que, en ese afán, descuide el matiz de previsibilidad, de anticipación, que resulta menester tengan sus decisiones, a fin de no generar con ellas consecuencias políticas y sociales peores que las se quieren evitar.²³

23. Néstor Sagüés denomina a quien llamo “privatista/civilista” el “juez legal o legalista”. “... El rótulo de ‘juez legal’ tiene algunas señas identificatorias de su conducta tribunalicia: i) plantear y resolver los casos a partir de preceptos subconstitucionales, en particular los códigos civil, comercial y penal, como piezas paradigmáticas del arsenal jurídico en vigor; ii) omitir en

Un juez “publicista”, por su formación y familiaridad con el mundo de la política y del derecho público, estará más inclinado a juicios que contengan el dato de la previsibilidad, de la anticipación sobre las consecuencias políticas, económicas y sociales de sus decisiones. Así, será un juez más proclive a proteger al sistema político, construyendo un tribunal protector de los procesos políticos democráticos observando como meta el óptimo funcionamiento del sistema y, a dicho fin, se relacionará armónica y funcionalmente con los poderes ejecutivo y legislativo. Su acción estará enfocada a la protección de derechos sociales o públicos, y permeable a los cambios que se produzcan en los procesos políticos y sociales.²⁴

Autores como Cappelletti han insistido frecuentemente en la idea de que los jueces civilistas no están preparados para el ejercicio de la jurisdicción constitucional.²⁵

También el jurista alemán Otto Bachof sostuvo, analizando la función de control de constitucionalidad, y en defensa de un tribunal especial compuesto por jueces especializados que

...La labor, llena de responsabilidad, de interpretación normativa de la Constitución y de protección de su sistema de valores, necesita una instancia especializada en estas cuestiones, requiere personas de notoria experiencia en cuestiones de Derecho y de práctica constitucionales; una experiencia que no tiene el juez ordinario, ni puede tenerla. También requiere esta función un órgano con un carácter totalmente representativo que pueda decidir por sí solo con suficiente autoridad cuestiones de tan trascendentales

las demandas y en sus respuestas, y en las sentencias, referencias a los artículos de la Constitución; iii) interpretar al derecho subconstitucional como derecho independiente del constitucional; iv) usar las normas constitucionales como recurso extremo y supletorio, o en su caso, citarlas como elemento meramente decorativo, doctrinario o teórico, siempre secundario. En algunos casos límite, el empleo de las cláusulas constitucionales para fundar una demanda o un veredicto incluso, puede ser visto como sospecha de carencia de argumentos jurídicos más contundentes y específicos para dirimir la litis”. Sagüés, Néstor Pedro, “Del Juez legal al Juez constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N°4, 2000, p. 338.

24. Sobre estas caracterizaciones puede verse Bercholz, Jorge O., *La Corte Suprema en el sistema político*, Buenos Aires, Ediar, 2006, pp. 27-29.

25. Mauro Cappelletti, *Le contrôle juridictionnel des lois*, Aix-en-Provence, 1986, p. 314.

consecuencias políticas. Se necesita pues un Tribunal Constitucional especial...²⁶

Peter Häberle coincide:

...no todo excelente jurista es el más apropiado magistrado constitucional, porque un experto civilista, penalista o procesalista requiere de una calificación especial en Derecho Constitucional, que no es sólo una construcción teórica a aprender en los libros y en las normas, sino también una fuerza social e institucional que fundamenta la vida política de un país [...] se requiere de jueces constitucionales en contacto con la sociedad y comprometidos con los problemas de su tiempo histórico [...] se busca a un magistrado constitucional instalado en el medio de la vida social, en el medio del sentimiento constitucional del pueblo y que actúe como representante jurídico de la unidad de la sociedad.²⁷

El dominio de los magistrados publicistas en el TC es manifiesto. El 80% de los magistrados del TC en el período 1980-2011 han sido publicistas, 40 sobre un total de 50. Solo 5, el 10% del total, son considerados privatistas y 6 magistrados han quedado sin definición detectada (cuadro N°3).

Dos magistrados requieren algunas aclaraciones específicas. Se trata de magistrados que presentan características publicistas no obstante su perfil académico civilista. Se trata de Menéndez Menéndez, académico en especialidad privatista, y publicista por su acción política como ministro de Educación y Ciencia durante los años 1976 y 1977; y De los Mozos, quien en 1986 presentó, por el partido Alianza Popular, su candidatura al Senado, siendo elegido Senador el 15 de julio de 1986. Por ello se le asigna el doble carácter de publicista, por su actividad política, y civilista por su especialidad académica.

Hasta 1995 existió un leve contrapeso más relevante de privatistas en el TC pero, a partir de 1995, el sesgo publicista ha sido aún mayor y el TC

26. Otto Bachof, *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, 1985, p. 55.

27. Peter Häberle, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft. Recht aus Rezensionen. Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft. Zwei Studien*, Königstein, 1980, .

estuvo integrado en un porcentaje superior al 80% por magistrados de perfil publicista, incluso con picos de más del 90% de ese perfil.

Predomina el perfil técnico publicista, por encima del 80%, tanto para magistrados de carrera como para académicos. En el campo de las disciplinas publicistas los magistrados expertos en derecho administrativo son mayoría, 15 presentan antecedentes principales en el área; luego siguen 9 magistrados expertos en Derecho Constitucional y Político (cuadro N°1).

Datos comparados. Jueces “Publicistas” y “privatistas/civilistas” en Argentina

El doctrinario argentino y, en dos épocas diferentes –1958/60 y 1990/91–, juez de la Corte Suprema argentina, Julio Oyhanarte, sostuvo al referirse al funcionamiento del tribunal que integró entre los años 1958 y 1962:

En la formulación de la jurisprudencia de esta etapa mucho tuvieron que ver los hombres, por supuesto. El hecho positivo, no casual, fue que la mayoría de ellos estuvo constituida por juristas de formación “publicística” algunos de los cuales, además, poseían una mentalidad política definida y experimentada. Baste recordar los nombres de Villegas Basavilbaso, Colombres, Aráoz de Lamadrid, Aberastury, Imaz y Mercader. Y debo incluirme yo, que fui profesor de derecho constitucional y derecho público provincial desde 1955. Mientras tanto en Orgaz, Boffi Boggero, Bidau y Zavala Rodríguez, dominaba una natural inclinación al enfoque “privatístico”, originada por los largos años que dedicaron a magistraturas o cátedras de derecho civil o comercial. De los cuatro podría decirse que llegaron a la Corte sin haber recibido esa forma irremplazable de enseñanza que se obtiene teniendo con el país, con sus problemas y con su gente, el contacto directo y vital que la actividad política permite. Gracias al tipo de integración que dejo señalado, a la Corte de esta etapa no le resultó difícil superar los inconvenientes que el “civilismo” trae aparejados, especialmente en lo que respecta al control de constitucionalidad.²⁸

28. Oyhanarte, Julio, “Historia del Poder Judicial”, revista *Todo es historia*, N°61, Buenos Aires, 1972, p. 115.

Como datos comparados, los cuadros que siguen, nos muestran el perfil técnico de los jueces que integraron la Corte Suprema en la Argentina entre 1935 y 2002, y desagregado por las categorías gobiernos constitucionales-democráticos y dictaduras militares.

Cuadro N°4

Jueces en la Corte Suprema Argentina 1935-2002			
	Total	Gobiernos democráticos	Gobiernos militares
Jueces Publicistas	62%	73%	27%
Jueces Civilistas	38%	50%	50%

De este cuadro surge que del total de jueces que se desempeñaron entre 1935 y 2002 en la Corte Suprema, un 62% tuvo características publicistas y un 38% características privatistas-civilistas.

De los jueces publicistas, el 73% integró la Corte durante gobiernos democráticos y el 27% durante gobiernos militares.

De los jueces civilistas, el 50% integró la Corte durante gobiernos democráticos y el 50% durante gobiernos militares.

Cuadro N°5

Jueces en la Corte Suprema Argentina durante Gobiernos Democráticos o Militares 1935-2002		
	Jueces publicistas	Jueces civilistas
Gobiernos democráticos	71%	29%
Gobiernos militares	42%	58%

Fuente de los datos estadísticos: base de datos propia y Jorge Bercholz, *La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad. Respecto a los otros poderes políticos del Estado (1935-1998)*, Buenos Aires, Ediar, 2004, pp. 97-100.

El segundo cuadro toma en consideración los gobiernos como variable de análisis. Durante los democráticos, la Corte estuvo integrada por un 71% de jueces publicistas, y por un 29% de jueces privatistas.

Durante los gobiernos militares, la Corte estuvo integrada por un 42% de jueces publicistas, y por un 58% de jueces civilistas.

Los gobiernos de facto se preocuparon por nombrar en la Corte jueces de carrera pretendidamente apolíticos o sin actuación política²⁹ siendo esta una de las consideraciones para el concepto de “publicista”. Esta “ingenua” pretensión por despolitizar la justicia sólo encubre una politización de ella detrás de una apariencia de judicialización de la política. En la ruptura institucional se aprecia la crisis de la jerarquía jurídica normativa³⁰ del proceso político, por lo que resulta lógicamente impropio referirse, sin más, a una pretendida judicialización o profesionalización del personal judicial.³¹

c. Especialidad jurídica. Mayoría de administrativistas y constitucionalistas

Se trata de una variable parecida pero diferente, que guarda una relación de especie a género con la variable tratada en el punto anterior. La variable de análisis *especialidad jurídica* se relaciona con la más destacada o principal área académica y científica del magistrado. Ello es verificable por su producción en investigación, sus publicaciones, su actividad docente y sus estudios de especialización de posgrado. En caso que el magistrado sea un juez de carrera, sin actividad académica relevante, su especialidad estará indicada por los antecedentes que posee en su formación y por su actuación en el fuero o materia judicial que corresponda.

Resulta una obviedad que, para tribunales del poder judicial ordinario, se designen especialistas de cada área específica. Si se trata de un tribunal en materia tributaria o fiscal se deberá designar un tributarista, en un tribunal del fuero laboral será un laboralista, y los ejemplos pueden continuar y son imaginables en las demás áreas, materias o fueros.

Pero para un tribunal constitucional, ¿cuáles serán las especialidades jurídicas recomendables para la designación de sus integrantes? Más

29. Según Oyhanarte, op. cit., p. 89, explica que en los golpes militares de 1955 y 1966, “... se produjeron dos intentos de retorno al liberalismo originados en las dos oportunidades por la decisión militar de disolver la Corte Suprema e integrarla con magistrados o profesores de mentalidad predominantemente ‘civilista’...”.

30. Tomás y Valiente, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 91.

31. Para este análisis Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución*, Tecnos, 1983, p. 57.

específicamente, ¿qué es recomendable para el Tribunal Constitucional español en relación a su producción institucional?

Vista la performance del TC, y en particular en relación a esta variable, las materias más comunes en los casos en que el tribunal debe resolver, es evidente que los publicistas en general, y más específicamente, administrativistas, constitucionalistas, y expertos en áreas afines, resultan los magistrados con las especialidades más adecuadas para integrar el TC.

Como ya se ha dicho en este trabajo, ha quedado *claramente corroborado, a través de diferentes unidades de análisis y considerando distintas variables, que las normas de materia administrativa son las más de mayor conflictividad constitucional sobre las que debe resolver el TC. El conflicto constitucional administrativo resulta de absoluta relevancia en su producción y evidencia las aristas salientes, en términos jurídicos, del conflicto político e institucional español. Más aún en jurisdicción autonómica. Los datos estadísticos analizados muestran al TC como una institución con una enorme responsabilidad en el rediseño de la ingeniería institucional estatal española, en la distribución de competencias entre el Estado central y las CCAA y en el desarrollo de las autonomías.*

Los expertos en derecho administrativo resultan mayoría por especialidad jurídica en el TC. Son 15 en total, de los cuales 11 son magistrados de carrera expertos en el fuero contencioso administrativo y 4 son académicos. Los jueces de carrera provenientes del fuero son el 61% del total de la variable jueces de carrera, una gran mayoría (cuadro N°1).

Entre los académicos son mayoría los expertos en derecho constitucional y político, que son 9. El 100% de los expertos en estas disciplinas son académicos. Luego, los 4 administrativistas del ámbito académico, ya referidos en el párrafo anterior, y 4 expertos en derecho internacional (cuadro N°1).

Articulando con la variable filiación ideológica se observa que 11 de los administrativistas son conservadores o de centro, el 73% de la especialidad. El 100% de los expertos en derecho constitucional y político, 9 magistrados, han sido de filiación progresista (cuadros N°2 y 3).

A pesar de que los especialistas en derecho administrativo (30%) y derecho constitucional y político (18%) resultan casi la mitad del total de magistrados del TC en el período, se puede observar, críticamente, cierta desproporción o incongruencia entre esos porcentajes y la producción del TC, la que podría exigir aún más expertos en esas áreas. A contrario sensu, se observa que el 52% de los magistrados del TC posee otras especialidades con poca incidencia en la

producción del tribunal. En particular hay un 10% de magistrados con especialidades muy variadas y más bien marginales en la producción del TC, y otro 10% del que no se ha podido detectar especialidad (cuadro N°3). Este 20% indica que habría aún espacio para una designación de personal más congruente, con la especialidad jurídica más frecuente en la producción del TC.

d. Filiación ideológica. Progresistas y conservadores

Es común encontrar literatura, tanto en España como, por ejemplo, en Estados Unidos o Argentina, admitiendo la existencia de tribunales influenciados en sus sentencias por las características ideológicas “conservadoras” (centroderecha) o “liberales” (en su acepción progresista o si se quiere de centroizquierda) de sus integrantes.³²

Parece aceptado que la ponderación de los bienes jurídicos tutelados en conflicto que un magistrado necesariamente debe hacer ante cada situación sobre la que debe emitir sentencia quedará sujeta, a falta de determinación constitucional, a su propia valoración de acuerdo a sus pautas prioritarias. Se ha dicho:

...La Constitución, como es obvio, no establece ningún orden jerárquico de valores, bienes o derechos y pautas para decidir que el sacrificio circunstancial de uno de ellos “merece la pena” desde la perspectiva de la satisfacción de otro entraña sin duda una valoración; valoración en la que –aunque no se quiera– pesará la importancia que cada individuo concede a los respectivos bienes en conflicto, así como su propia “cuantificación” de costes y beneficios en el caso concreto...³³

32. En este sentido se puede ver en la literatura española, Eduardo García de Enterría, *Democracia, jueces y control de la administración*, Madrid, Civitas, 2000, p. 194 y siguientes. En Argentina, Julio Oyhanarte en “Historia del Poder Judicial”, revista *Todo es historia*, 1972; Arturo Pellet Lastra, *Historia Política de la Corte* (1930-1990), Ad Hoc, 2001; Jorge Bercholz, *La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad. Respecto a los otros poderes políticos del Estado (1935-1998)*, Buenos Aires, Ediar, 2004. Para el caso en los EE.UU. véase Lawrence Baum, *The Supreme Court*, Washington, Congressional Quarterly Press, 1985.

33. Prieto Sanchís, Luis, *Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico*, p. 29, Toledo, Universidad de Castilla-La Mancha, Material de posgrado en Justicia Constitucional, 2002, Mimeo.

Aun así, la ubicación de los magistrados por la variable filiación ideológica puede prestarse a polémica, ya que implica un grado importante de subjetividad en su apreciación.

El primer escollo es la propia definición sobre qué se considera progresista y qué conservador. Si ese escollo es salvado satisfactoriamente, también puede ocurrir que un magistrado tenga posiciones progresistas en algunos temas y conservadoras en otros. A fin de evitar, en la mayor medida posible, tales cuestiones, se los ha catalogado evitando apreciaciones subjetivas del investigador, y considerando los siguientes rubros: i) el sector o partido político que impulsó sus nombramientos; ii) información recabada sobre cada magistrado, en sitios de Internet o en periódicos y publicaciones referidas a ellos, que ofrecieran datos o indicios de su posición ideológica; iii) la performance de los magistrados en orden a responder o alinearse a las líneas políticas de los principales partidos existentes en el sistema político español; iv) a dicho fin se ha considerado progresista al PSOE, conservador al PP, de centro a la UCD. Sin perjuicio de que considero suficiente la metodología prevista para una aproximación veraz a la filiación ideológica de los magistrados, tal aspecto puede profundizarse chequeando votos de los mismos en casos testigos sobre cuestiones paradigmáticas. De ese análisis se observa que los alineamientos partidarios, considerando las variables propuestas, ofrecen indicadores consistentes sobre la filiación ideológica de los magistrados.

El 50% de los magistrados han sido clasificados como progresistas, 25 sobre un total de 50. Del resto, 13 han sido conservadores, el 26%, 9 de centro, el 18%, y 3 no han sido identificados ideológicamente, se trata de Díez de Velasco, Latorre Segura y Truyol Serra (cuadro N°2).

Hay evidencia, cruzando variables, de algunas correlaciones consistentes. *Los magistrados progresistas son mayormente académicos y expertos en derecho constitucional y político.*

Los magistrados conservadores son mayormente jueces de carrera y provenientes del fuero contencioso administrativo o expertos en derecho administrativo.

Los magistrados de centro presentan datos más equilibrados, aunque puede sostenerse un sesgo hacia una mayor expertise en derecho administrativo (cuadro N°2).

El TC muestra en esta variable una conformación sinuosa. En sus primeros años estuvo conformado mayoritariamente por magistrados de

centro y otros sin definición detectada, esta franja ocupó entre un 56% y un 50% del TC. Al inicio hubo también una buena porción de magistrados del sector conservador (formaciones del TC entre 1980 y 1989). Paulatinamente fue aumentando, en la década del 90, el sector de magistrados progresistas, conviviendo con un sector minoritario conservador y debilitándose el sector de centro más alejado de los “extremos” del sistema político español. Ya en la década del 2000, el TC se polariza entre un sector progresista mayoritario y un sector conservador minoritario pero consistente y más concentrado en detrimento del centro. Ello se ha visto claramente reflejado en la jurisprudencia, en los alineamientos de votos, y en los debates y conflictos que, en especial en la década del 2000, se suscitaron en el TC en torno a temas altamente paradigmáticos y conflictivos en términos ideológicos.³⁴

A partir de 2011, muestra una conformación mayoritariamente progresista y una sólida minoría conservadora, manteniendo una conformación polarizada aunque menos confrontativa que en la formación anterior.

Se advierte alguna correlación en la primera década del TC con la importante cantidad de jueces de centro y/o sin identificación ideológica, con la perspectiva de los gobiernos militares en la Argentina que se preocuparon por nombrar en la Corte jueces de carrera pretendidamente apolíticos o sin actuación política, en la pretensión por “despolitizar la justicia”. También este análisis se puede correlacionar con otros indicadores, por caso, que *los magistrados conservadores son mayormente jueces de carrera y provenientes del fuero contencioso administrativo o expertos en derecho administrativo*. Y que los académicos tienen una especialización más enfocada en el campo político-constitucional. Estos datos y correlación de variables corroboran que, los sectores más conservadores, tienen un ideal de servicio de justicia supuestamente más técnico, juricista, legalista y de protección de derechos subjetivos e individuales en persecución de una aplicación deontológica de los principios legales. En cambio, el campo político progresista no niega la politicidad del conflicto constitucional y su control, más aún, se interpela a la administración de justicia desde una perspectiva más

34. En particular me refiero a los casos de los estatutos catalán y valenciano, la ley contra la violencia de género, la de matrimonios entre homosexuales y la ley sobre aborto.

politizada y estatalista que tiene en principal consideración la previsibilidad y anticipación de las consecuencias prácticas de las decisiones.

“El juez constitucional debe ser consciente que sus decisiones no son sólo jurídicas sino también políticas, no pudiendo sustraerse de las consecuencias de sus fallos, debiendo incorporar tales consecuencias a su razonamiento jurídico...”³⁵

Se trata de una idea consecuencialista que se preocupa por los efectos prácticos que las decisiones judiciales provocan en el mundo real. Parafraseando a Max Weber, se trataría de un conflicto entre una ética de la convicción legal y constitucional y una ética de la responsabilidad política y social. O, dicho de un modo más juricista, entre el principio de legalidad, del que resulta custodio el TC, y el principio de previsibilidad, por el cual los jueces deben prever las consecuencias de sus decisiones en resguardo de intereses superiores a los meramente técnico-jurídicos que, incluso, pueden llegar a requerir flexibilidad en el ejercicio del control de constitucionalidad a fin de no generar resultados aún peores que aquellos que se querían evitar.³⁶

Datos comparados sobre clivajes conexos. Orientación ideológica y estratificación social de los jueces de la Corte Suprema argentina. Datos de otros tribunales

Los datos comparados que se vierten en este apartado permiten chequear la performance del TC y su proceso de conformación y designación de magistrados en relación a la filiación ideológica y a su origen y estratificación social.

Según una investigación sobre la Corte argentina de Kunz,

...la elección de las categorías “conservador”, “liberal” e “independiente” responde, en gran medida, a consideraciones sobre la estratificación y la movilidad sociales, que han mostrado que los miembros de los niveles

35. Nogueira Alcalá, Humberto, “La independencia y responsabilidad del juez constitucional en el derecho constitucional comparado”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N°1, 2004, p. 89.

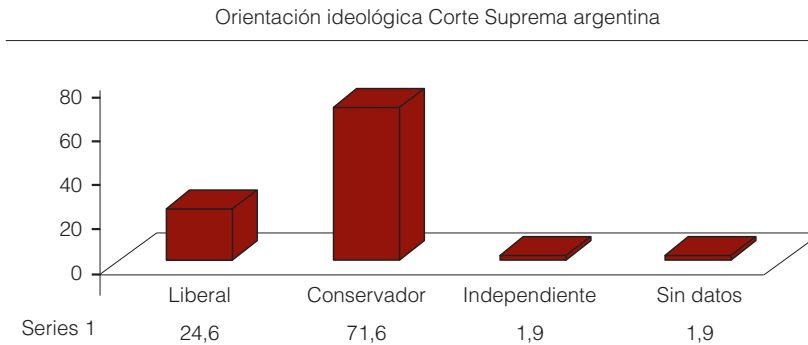
36. Cfr. Sagüés, Néstor, en *El Derecho*, T° 118, Buenos Aires, 1986, p. 909.

superiores se inclinan hacia posiciones conservadoras, aceptando y defendiendo valores de tipo tradicional.³⁷

La otra opción, liberal, “...estaría caracterizada por la aceptación positiva de nuevos valores, mostrando un interés creciente por el ‘aquí y ahora’”.³⁸

En el estudio citado de Kunz, se ha determinado para el período 1930-1983 un componente ideológico de los ministros de la Corte argentina marcadamente conservador.

Orientación ideológica de los magistrados de la Corte Suprema argentina



Fuente: Kunz Ana, “Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1930-1983)” en *Estudios de Sociología y Metodología*, Buenos Aires, Estudio, 2000.

En la investigación se aclara que se considera en términos muy generales la ideología particular de cada juez sin avanzar sobre la ideología de cada Corte como un conjunto, lo que podría llegar a definirse a partir del análisis de los fallos que ha generado cada una de ellas. El trabajo de Kunz abarca el período hasta 1983. Para el período 1983-2012, desde la restauración demo-

37. Kunz, Ana, “Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1930-1983)”, en *Estudios de Sociología y Metodología*, Buenos Aires, Estudio, 2000, pp. 42-43. Con cita de Karl Mannheim, *Ideología y Utopía*, Madrid, Aguilar, 1973.

38. Kunz, Ana, *Ibidem*.

crática en la Argentina a partir de diciembre de 1983, aparecen algunos datos que demuestran que la Corte ha tenido un giro más liberal y progresista.

Resulta interesante reproducir un párrafo de una entrevista al ex presidente de la Corte Suprema Petracchi. Preguntado sobre la performance de la Corte durante el gobierno de Alfonsín (1983/89), contesta Petracchi: ...yo creo que aquí como en todos los tribunales del mundo, lo que hay son vinculaciones a partir de filosofías de cada uno de los jueces, de unos que son más cercanos que otros y no que esas vinculaciones se dan por los partidos políticos con los que son afines o por las ideologías partidarias [...] Se dio una alianza entre los más liberales por un lado y los más conservadores por el otro...

En otra parte de la entrevista, dice Petracchi:

...Hay que reconocer que desde el punto de vista de lo que es el país, la Corte ampliada de los 90 es más representativa (*conservadora*) de lo que es la totalidad de la población, de nuestra idiosincrasia [...] ya que la Corte de los años 80 producía fallos que no se condecían con lo que es nuestro pueblo. Estos fallos liberales... [caso Bazterrica sobre la droga y caso Sejean sobre divorcio] eran menos representativos de lo que era el país, por su contenido revolucionario en comparación con muchos de los fallos de la Corte posterior...³⁹

De la semblanza de Petracchi surge que en la Corte designada por Alfonsín, de cinco miembros, que se desempeñó entre diciembre de 1983 y abril de 1990, predominó una ideología “liberal”.

Por el contrario, la Corte designada por Menem con nueve miembros, hasta los cambios sobrevenidos en 2003 luego de la crisis, fue de ideología “conservadora”.

También en los EE.UU. los análisis de la doctrina hacen clásicas y recurrentes consideraciones respecto a los jueces de la Corte alineándolos como conservadores o liberales, y coincidiendo con las nominaciones hechas por los presidentes republicanos para los conservadores y por los demócratas para los liberales. Salvo excepciones, que como tales son resaltadas, y solo

39. Pellet Lastra, Arturo, *Historia Política de la Corte (1930-1990)*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2001, p. 410.

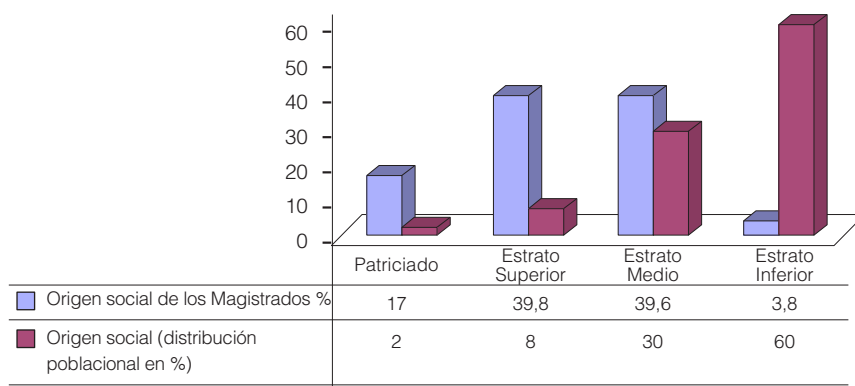
respecto a algunos cambios en algunos de sus votos, lo que hace que sean denominados como moderados de un lado y de otro.

Así en la actualidad conviven en la Corte de EE.UU., los Justices conservadores Antonin Scalia y Clarence Thomas (nombrados por Reagan), Anthony M. Kennedy (por Bush padre) y Samuel A. Alito Jr. y el Chief Justice John G. Roberts Jr. (nombrados por Bush hijo), con los jueces liberales Stephen G. Breyer y Ruth Bader Ginsburg (nombrados por Clinton) y Sonia Sotomayor y Elena Kagan (nombradas por Obama).

En el mismo estudio Kunz⁴⁰ demuestra que la extracción u origen social de los jueces que han integrado la CSJN en el período 1930-1983, resulta fuertemente elitista. Dividiendo la estratificación social posible en cuatro categorías, un 17% de los Ministros pertenecen a la clase alta (*Patriciado* según la autora) y considerando que sólo un 2% del total de la sociedad pertenece a ese estrato, habría un 750% de sobrerrepresentación del estrato en la CSJN. La segunda categoría clase media alta (denominada *Estrato Superior*) tiene un 39% de Ministros en la Corte y un 8% sobre el total social lo que implica un 395% de sobrerrepresentación; la tercera categoría, clase media (*Estrato medio*), presenta porcentajes estabilizados del 39% y 30% respectivamente; la cuarta categoría el clase baja (*Estrato bajo*) tiene un 3,8% de ministros en la CSJN y un 60% en el total social. Estos datos corroboran que se hallaban sobrerrepresentadas en el más alto Tribunal del Poder Judicial las clases más aventajadas de la sociedad argentina y subrepresentadas las clases media y baja, mayoritarias en la población. Se advierte que desde 1983 a la fecha ha cambiado esta relación de origen social en algún grado no desdeñable pero que mantiene aún hoy parte de los desequilibrios observados.

40. Ana Kunz, op. cit., pp. 21-24. Tomando una categorización de Juan Carlos Agulla en *La promesa de la Sociología*, Ed. de Belgrano 1985. Según Agulla la composición de los niveles de análisis sería la siguiente: el *Patriciado* se conforma por familias que han tenido en el pasado histórica participación en la estructura de poder en la época de la colonia, la independencia y la organización nacional; el *Estrato Superior* se conforma por familias de hombres de negocios y profesionales económica y socialmente importantes; el *Estrato Medio* lo forman hombres de negocios de capital mediano, trabajadores calificados y empleados administrativos; el *Estrato Inferior* lo integran trabajadores semicalificados, empleados poco especializados y obreros.

Relación entre el Origen Social de magistrados y sociedad en Argentina. 1930-1983



Según Kunz, este estudio sobre la CSJN argentina refleja una tendencia también observable en los Estados Unidos. Mills en 1956 investigó el origen social de la clase política y concluyó en que el 58% de los cargos políticos de alta categoría (Presidente y vice de Cámara de Representantes, Presidente de la Corte, miembro de gabinete) pertenecen a la clase alta y media alta, el 38% a la clase media y media baja, y sólo el 5% a la clase baja.

En Alemania, un estudio del juez Walter Richter de 1959, sobre una base de datos construida con información personal de 856 jueces, permitió determinar que la mayoría proviene de familias de jueces o juristas y que generalmente tienden a desempeñar su trabajo en las jurisdicciones en las que han nacido y a contraer matrimonio con personas de su misma condición social. Además, el 60% pertenece al estrato superior (profesionales libres, altos funcionarios del Estado, empresarios) y el 35% al estrato inferior (empleados, artesanos, pequeños comerciantes). También se observó que los jueces pertenecientes al estrato superior avanzan con mayor rapidez en la carrera que los del grado inferior.⁴¹

En España, otro investigador observó que más de la mitad de los jueces provienen de un ambiente constituido por personas que ejercen las

41. Walter Richter, "Die Richter der Oberlandesgerichte der Bundesrepublik. Eine berufssozialstatistische Analyse", en *Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts und Gesellschaftspolitik*, 1960, pp. 241-259. Citado por Renato Treves en *Sociología del Derecho*, Taurus, 1978, pp. 179-180.

profesiones legales o que forman parte del aparato burocrático. Casi ninguno proviene de la clase obrera o del mundo campesino.⁴²

Todas estas evidencias resultan relevantes pues:

...el magistrado constitucional, como hombre con experiencias propias, conciencia individual, relaciones sociales, cosmovisión del mundo y de los hechos, tiene una historia personal determinada que está presente inevitablemente en su pensamiento, reflexión, investigación y elaboración constitucional de sus sentencias o votos singulares...⁴³

Bibliografía

Álvarez Conde, *Curso de derecho Constitucional*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1997.

Aragón Reyes, Manuel, “25 años de justicia constitucional en España”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N°2, México, Editorial Porrúa, 2004.

Bachof, Otto, *Jueces y Constitución*, Madrid, Editorial Civitas, 1985, p. 55.

Böckenforde, E, “Verfassungsgerichtbarkeit. Strukturfragen, Organisation, Legitimation”, en *Staat Nation Europa*, Frankfurt, Suhrkamp, 1999.

Brey Blanco, José Luis, “Los jueces y la política: ¿imparcialidad/neutralidad versus compromiso democrático?”, *Foro Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Nueva época, N°00, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2004.

Cappelletti, Mauro, *Le contrôle juridictionnel des lois*, Aix-en-Provence, 1986, p. 314.

García Belaunde, Domingo, *Una democracia en transición*, Lima, Okura, 1986.

García Morillo, en Luis López Guerra y otros, *Derecho Constitucional*, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

42. José Juan Toharia, *El juez español. Un análisis sociológico*, capítulo III, Madrid, 1975.

43. Landa, César, “La elección del juez constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N°6, 2002, p. 262.

- Haberle, Peter, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft. Recht aus Rezensionen. Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft. Zwei Studien*, Königstein, 1980.
- Huerta Contreras, *El Poder Judicial en la Constitución española*, Universidad de Granada, 1995.
- Kunz, Ana, “Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1930-1983)”, en *Estudios de Sociología y Metodología*, Buenos Aires, Estudio, 2000.
- Landa, César, “La elección del juez constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N°6, Madrid, 2002 (1993), p. 245.
- López Aguilar, Juan F., *La Justicia y sus problemas en la Constitución*, Tecnos, Temas clave de la Constitución, 1996.
- Nogueira Alcalá, Humberto, “La independencia y responsabilidad del juez constitucional en el derecho constitucional comparado”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N°1, 2004.
- Oyhanarte Julio, “Historia del Poder Judicial”, *Revista Todo es historia*, N°61, Buenos Aires, 1972.
- Peces Barba, Gregorio, *Trabajos Parlamentarios. Constitución Española*, Servicio de Publicaciones de las Cortes Generales, 1980.
- Pérez Tremps Pablo, *El Régimen constitucional español*, I, Barcelona, Labor, 1980.
- Prieto Sanchís, Luis, *Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico*, Toledo, Universidad de Castilla-La Mancha, Material de postgrado en Justicia Constitucional, 2002, Mimeo.
- Sagüés, Néstor Pedro, *Del Juez legal al Juez constitucional*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, N°4, 2000.
- Tomás y Valiente, Francisco, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

El espionaje masivo como un (nuevo) Crimen de Agresión¹

*Eugenio Raúl Zaffaroni**
*Guido Leonardo Croxatto***

Resumen

El objetivo central del presente trabajo es abordar de un modo crítico un tipo penal presente en el Estatuto de Roma, que se mantuvo, sin embargo, casi una década (2002-2010) como un tipo penal abierto, hasta su definición en la Conferencia de Kampala, en Uganda, en 2010: el crimen de agresión.

Se pretende llevar adelante una lectura crítica de la definición alcanzada en Uganda, mostrando que la misma es notoriamente insuficiente, porque no alcanza de modo eficiente a cubrir las formas que la agresión cobra en el siglo XXI, con los enormes avances de la tecnología, avances que condicionan y determinan –de un modo claro y profundo– las nuevas formas que la agresión cobra en el plano internacional. Estos avances condicionan de modo profundo también la forma en que pensamos y preservamos la privacidad y sobre todo la forma en que la misma es (o debiera ser) pensada y preservada por los Estados.

1. El presente trabajo fue elaborado en conjunto durante una estancia de investigación conjunta desarrollada en el Ludwig Boltzmann Menschenrechte Institut (BIM), en la ciudad de Viena, Austria, y en el Instituto Max Planck de Derecho Penal y Derecho Penal Internacional, en Friburgo, Alemania, durante el primer semestre de 2015. Los autores agradecen fuertemente a ambos institutos la continua colaboración brindada (en especial a sus respectivos directores, Dr. Hannes Treter y Dr. Hans Georg Albrecht), tanto como a los seminarios en donde estas ideas pudieron ser discutidas. También al Dr. Kai Ambos, Director del CEDPAL, Universidad de Göttingen.

* Profesor Emérito de Derecho Penal de la UBA y Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

** Abogado (UBA), LL.M. (FU) Doctorando en Derecho Penal (UBA-Derecho/CONICET); gcroxatto@zedat.fu-berlin.de.

De este modo, se espera sostener que, bajo el formato actual, el tipo penal presente en el Estatuto de Roma sirve para concentrarse solo en las agresiones más toscas o precarias (o “tradicionales”), que son cometidas en general por Estados menos –o poco– desarrollados económicamente (como muchos países de África, sobre los cuales se concentra casi exclusivamente la actividad de la Corte Penal Internacional, como ha sido cuestionado por diversos autores, como Danilo Zolo), siendo funcional al ejercicio de la jurisdicción concentrada en países pobres (o emergentes), pero dejando de lado, en una forma de doble estándar (tan común en el derecho internacional), las formas más evolucionadas o refinadas de la “agresión”, dejando impunes (como ha sido la tendencia histórica) las agresiones de los Estados –países, economías– más poderosos.

Se espera analizar también en este trabajo las distintas formas que adoptan los mecanismos de control en las sociedades actuales.

Palabras clave: crimen de agresión, espionaje, diplomacia, soberanía, control social, Estado de Derecho.

Espionage as a (new) type of Crime of Aggression

Abstract

The aim of this paper is to address in a critical manner a penal type present in the Rome Statute, that was kept open for over a decade (2002-2010) until its definition in the Kampala Conference in Uganda in 2010: the crime of aggression.

Our objective is to dissect with a critical eye the definition reached in Uganda, showing that it is insufficient since it doesn't cover the forms of aggression of the XXI century, i. e. the technological innovations, which determine the new forms of aggression in an international level. They also determine the way in which we think and preserve privacy and how it is (or should be) protected by countries.

Under the current status, the penal type present in the Rome Statute concentrates only on the traditional forms committed by developing countries (such as Africa), being functional to the exercise of concentrated jurisdiction in poor countries, but setting aside, as a form of double standard (so

common in international law), the more refined or evolved forms of aggression, leaving unpunished the aggressions of more powerful States, countries and economies.

This paper analyzes the different ways the mechanisms of control adopt in modern societies.

Keywords: crime of aggression, espionage, diplomacy, sovereignty, social control.

Introducción

“Er könne vielmehr nur dann wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht unbeachtet bleiben, wenn in ihm ein offensichtlich grober Verstoß gegen Grundgedanken der Gerechtigkeit und Menschlichkeit zum Ausdruck komme; der Verstoß müsse so schwer wiegen, daß er die allen Völkern gemeinsamen, auf Wert und Würde des Menschen bezogenen Rechtsüberzeugungen verletze” (Tribunal Constitucional Alemán, del caso “Guardianes del Muro”).²

El avance de las tecnologías está condicionando la forma en que pensamos la esfera privada. Las tecnologías y nuevos “servicios” están cambiando lo que entendemos también por comunicación, por vida política, por participación, por debate. Estos cambios y nuevos desarrollos (nuevas tecnologías, en la llamada era de las “telecomunicaciones”) condicionan también los instrumentos de los que disponen muchos Estados para hacer la guerra o acometer agresiones. Este último aspecto es el que esperamos profundizar en este trabajo.

El Estatuto de Roma, de 1998, contiene los cuatro crímenes que persigue la Corte Penal Internacional. El crimen contra la humanidad, el genocidio, crímenes de guerra y el crimen de agresión. El crimen de agresión, por las dificultades políticas (y técnicas) para acordar una definición (que no

2. Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht), “Guardianes del Muro”; “Mauerschützen” (BVerfGE 95, 96 - Mauerschützen), Alemania. Véase Schwabe, Jürgen (comp.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Konrad Adenauer Stiftung (KAS), México, 2009. Programa Estado de Derecho.

afectara intereses de Estados poderosos), permaneció durante mucho tiempo como un tipo penal abierto, como un delito que no estaba definido y en consecuencia no se podía perseguir. No era juzgado. Esto cambió a partir de 2010, cuando el crimen de agresión fue definido y el Estatuto de Roma reformado. Esto sucedió en la Conferencia de Kampala, en Uganda, en 2010; se definió entonces, en medio de arduas discusiones técnicas y también políticas (y contra la oposición de muchos países), el crimen de agresión. Esto reabrió la discusión sobre los límites del uso de la fuerza: qué configura un uso de la fuerza “legítimo” (por ejemplo, en una intervención humanitaria, intervenciones que a menudo disimulan otros objetivos militares) y cuándo ese uso de la fuerza es ilegítimo, es decir, cuándo configura una agresión, un crimen. La frontera no es clara porque muchas guerras y agresiones se han hecho y aún se hacen en nombre de causas nobles. De intervenciones humanitarias, democráticas, que luego demostraron no ser tales. La definición del crimen de agresión (y su persecución a partir de 2017) configura así un paso adelante para el derecho penal internacional. Abre un nuevo escenario que merece ser analizado.³

3. Este ensayo, que tiene como telón de fondo político el aún abierto escándalo de espionaje masivo (desatado en 2013 tras las revelaciones del ex espía Edward Snowden, ex agente –“especialista informático”– de la CIA), es un paper crítico de la posición restrictiva en la materia (que es la posición clásica alemana), de profesores colegas como Kai Ambos, que interpretan restrictivamente figuras como el crimen de agresión, crimen aquí analizado. Buscamos interpretar aquí –frente a posiciones restrictivas “clásicas” (que han sido históricamente funcionales al doble estándar de persecución penal)– “extensivamente” el Estatuto de Roma, sobre todo su última modificación en Kampala, Uganda, en 2010, de modo de volverlo más apto para perseguir los crímenes (sobre todo el crimen de agresión) en función de la forma en que los mismos cobran en el presente y no en el pasado. De este modo se combate la selectividad penal y se legitiman los tribunales internacionales, como la CPI, cuya base –en aras de la seguridad colectiva– es la cooperación internacional, principio rector de la ONU (sistema político emergente de la posguerra, pero que hoy está en crisis). Lo que hoy está en crisis es la cooperación (más que la competencia) entre países, Naciones y Estados. En medio de esta crisis (que abarca una crisis profunda de la diplomacia, de las relaciones internacionales, pero también una crisis del concepto mismo de Estado-nación, una crisis sobre los procedimientos que emplean las democracias, una crisis sobre el concepto de Estado de Derecho como opuesto al estado de excepción, que hoy ha pasado a convertirse lentamente, en el combate al terrorismo, en la “regla”) es que debe enmarcarse fenómenos como el espionaje masivo, la doctrina de la Guerra “preventiva”, la rehabilitación judicial de la tortura, y el regreso de otros

El objetivo de este ensayo es establecer o bosquejar los cimientos para una nueva doctrina (crítica, consustanciada con los desafíos y urgencias actuales en el escenario internacional, marcados por el resurgimiento de la doctrina de seguridad nacional) en lo atinente al crimen de agresión, presente en el Estatuto de Roma. Entendemos que hay, pese a los avances de Kampala, un paso todavía pendiente y es pensar la agresión según la –o en función de la(s)– forma(s) que la misma cobra en la actualidad y no por la forma que la misma cobró en el pasado, tomando como eje 1974 (Declaración 3314, incorporada al art. 8 bis del Estatuto de Roma) y no 2017. El Derecho Penal Internacional no puede ir siempre detrás de los hechos: alguna vez puede posicionarse delante. El objetido de este ensayo es reabrir, modestamente, una discusión para repensar, en el marco del derecho (penal) internacional, lo que entendemos por “agresión” y lo que entendemos por crimen.

El control digital y los servicios secretos: ¿una regresión medieval?

1. Nos proponemos reflexionar acerca de los efectos de la Revolución Tecnológica y el cibercontrol, pero no desde la perspectiva de un especialista en el tema, sino como criminólogos y desde la óptica de los Derechos Humanos.

No es nada nuevo detectar que la tecnología digital condiciona un importante momento de cambio social, que ha dado lugar a múltiples investigaciones y trabajos en las ciencias sociales, como el famoso de Gilles Deleuze acerca de la *sociedad del control*.

No obstante, creemos que el criminólogo puede arriesgar una visión propia, dada su familiaridad con el control social, que desde los años sesenta del siglo pasado ha pasado a ser el eje central de toda criminología

fenómenos (crímenes de Estado) que se creían desterrados o “superados”. Pensar este “retroceso” (en la legalidad internacional, inescindible del restablecimiento, luego del 11 de septiembre de 2001, tras los atentados en las Torres Gemelas de EE.UU., de la doctrina de seguridad nacional en desmedro de la “seguridad colectiva”, principio de posguerra, a la luz del cual se alumbró, vale la pena recordarlo, la ONU) es fundamental para repensar en la actualidad la forma que cobran las “agresiones”. Existen muchas agresiones (en planos como el medio ambiente, no solo en lo atinente a la vulneración de la privacidad) que no estamos enmarcando debidamente como lo que son: crímenes.

sociológica no burocrática.⁴Es en este sentido que arriesgamos la hipótesis de una tendencia a una *regresión tecnológica que retoma elementos capaces de dar lugar a una suerte de edad media digital*.

Los pretendidos “avances” de la tecnología pueden configurar o esconder –detrás de nada inocentes usos comerciales– también en otros planos civiles (interacción social, espacio público, capacidad de diálogo), un grave retroceso.⁵ La principal amenaza es para la libertad civil de las personas.

Los avances (cambios) de la tecnología condicionan de modo profundo distintos aspectos de la vida en sociedad, como ser el diálogo y la participación política. El sentido de la privacidad misma (el modo en que la privacidad se entiende y se ejerce, se piensa y se defiende) es uno de ellos. Tal vez el más esencial.

2. En el mundo *desarrollado* y en las clases medias y altas del no tan desarrollado, o sea, lo que se considera el *mundo civilizado*, no puede ocultarse un fundado temor al (llamado, presentado como, pensado) *mundo salvaje* de pobres y hambrientos, que mueren de hambre y pestes en lugares no tan lejanos, algunos de los cuales golpean sus puertas o mueren en sus umbrales en el Mediterráneo o en el desierto de Arizona, e incluso a los que ocupan los fondos de sus propias sociedades, es decir, sus propias clases subalternas.

4. El control social –en los albores mismos de la sociología funcionalista norteamericana– tiene como telón de fondo el control o tratamiento de los –supuestos– “desviados” (a-normales, los que se salen de la “norma” representan siempre un “peligro” de “desviación” –alteración de un “orden” establecido–. Para la sociedad del sueño americano, todo aquel que no “encajara” en ese “sueño” autoevidente, reflejaba una “desviación” impropia y un peligro que debía “tratarse” –controlarse, medicarse, curarse–).

5. Véase Wilkens, Andre, *Analog ist das neue Bio*. Metrolit. Berlin. März 2015. El avance de la tecnología “privatiza” a las personas, que viven “encerradas” en sus celulares y pantallas, perdiendo de vista el entorno o espacio directo circundante en común donde habitan: desaparece el diálogo espontáneo en la calle con “desconocidos” (la sociedad se vuelve cada vez más impersonal), desaparece poco a poco el espacio público (la plaza, la vereda, la estación), que es reemplazado por el espacio privado en todas las esferas y formas: el celular es el ejemplo más terminante. Personas “conectadas” a miles de kilómetros de distancia, en continentes distintos (círculos cerrados, privados) pero incapaces de tomar contacto con las personas “comunes” que tienen a su lado, en su entorno más directo. Estos fenómenos condicionan la vida en sociedad y la vida política.

Ante esta amenaza *salvaje* –que irrumpió el 11S en medio de sus jardines simétricos– se torna angustiante el deseo de un supuesto *mundo ordenado de civilizados*, con puertas custodiadas, blindadas (como la fallida Operación Tritón en el Mediterráneo, cuya crisis humanitaria, derivada del drama migratorio –el llamado Mar de la Muerte– está a la vista), y donde todo esté en su lugar y nada se mueva imprevistamente ni nadie ensaye conductas nuevas, un mundo con fronteras externas aseguradas e internas que aislen a los *del fondo*.⁶

Lo cierto es que semejante mundo *civilizado*, seguro, pero repetitivo y no mutable, sería lo más cercano a un cementerio, por lo que no es arriesgado concluir que detrás de esta definición de *seguridad*⁷ se oculta una pulsión

6. Todas las conductas quedan a priori, en las estructuras y con los medios actuales masivos de vigilancia, bajo sospecha. Es en este marco que cualquier persona puede ser acusada –por salirse de ese perímetro preestablecido, por no usar Facebook, por ejemplo– de tener un comportamiento “sospechoso”, de comportarse como un eventual “terrorista” (Ambos, Kai, “Los terroristas también tienen derechos”. En *Página/12*. Buenos Aires, 14 de mayo de 2011. También Ambos, Kai, “Wer ist ein Terrorist?”, en *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, FAZ, Frankfurt, 2 de octubre 2014).

7. Castel, R., *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegido?* Buenos Aires, Manantial, 2006. Castel analiza en forma lúcida las implicancias sociales y culturales de ese aumento de “protección”. El avance del espionaje en todas las esferas es uno de los rasgos de este “aumento de medidas” para alcanzar una (pretendida, no probada) mayor “protección”. El espionaje masivo no es escindible de un proceso gradual (en aras siempre de una mayor seguridad) tecnificación de la vida. Se termina confiando más en la técnica (en apariencia “neutral y apolítica”, “práctica”) que en las personas. Así se construye una sociedad de control, no de sujetos libres/autónomos. Tecnificación, proyección gradual de la propia vida, dominación y exposición y en consecuencia anulación de casi todas las acciones privadas. Se borra –se desvanece– la personalidad con esta sobre-exposición permanente. Se pone en peligro el “hombre”, se pone en peligro lo más “humano”, aquello que a partir de la privacidad nos define como personas: la conciencia, la capacidad de pensar autónomamente no es escindible de un ámbito privado. La sobreexposición borra la conciencia, nos deja desnudos, incomunicados y (pero) sobre-expuestos. No libres, sino entregados. De este modo –borrando las condiciones en que se ejerce la personalidad, se constituye la persona– se borran también todas las condiciones de la participación política. Se borran las identidades civiles que quedan reducidas a objetos de consumo (pero no de participación). La privacidad de las comunicaciones “las acciones privadas de los hombres”, “la correspondencia privada es inviolable”, etc., terminan siendo una letra muerta de nuevas constituciones liberales. Ya no existe el orden social que les daba sentido y sustento.

tanática, un instinto de muerte freudiano.⁸ La construcción de un orden “supremo”, total, sin fisuras,⁹ no parece un orden democrático, vivo, espon-táneo, dinámico, con los “riesgos” inherentes a toda forma de vida.¹⁰

Este modelo de *seguridad sepulcral* se legitima y estimula por los medios de comunicación audiovisual, empeñados en campañas donde se explotan las *emergencias del mundo salvaje* (interior y extranjero), para legitimar el control electrónico en todas sus formas y también un creciente *neopunitivismo* populachero (*völkisch*), que reintroduce instituciones premodernas en la legislación y la práctica del sistema penal.¹¹ Se observa, en distintos aspectos, un enorme retroceso en la legislación penal. Aspectos que se creían des-terrados (como la tortura, el espionaje masivo, la violación de la privacidad por los Estados) reaparecen de la mano de la doctrina de seguridad nacional, que borra los principios de la seguridad colectiva (principio rector de la ONU) basados en la cooperación entre países.¹² El espionaje masivo es un rasgo de

8. Un sujeto desaparecido, reprimido, “disciplinado”, un sujeto sobreexpuesto y sin dimensiones. Cuerpos disciplinados (*sujetos, cuerpos sujetos*) cada uno en su “puesto”. Sin moverse de su lugar, de su “rol”. De lo que se espera que haga. Marcuse, H., *El hombre unidimensional*, Buenos Aires, Losada, 2000.

9. Del que las disciplinas del “Saber” son parte. Foucault, M., *La Hermenéutica del Sujeto*. Buenos Aires, FCE, 2007.

10. Castel, R., *La inseguridad social. ¿Que es estar protegidos?* Buenos Aires, Manantial, 2006. Qué es y qué “significa” (qué implica, qué implicancias tiene) estar protegido, esa es la pregunta detrás del restablecido discurso de la seguridad nacional.

11. Dicho de otro modo: una penosa caída del liberalismo jurídico (cuestionado también por el penalismo de Frankfurt) en lo que este tenía de más esencial: la legalidad moderna, la clara línea divisoria entre la esfera pública y la esfera privada, garante de la autonomía moral del individuo (es decir, en su conciencia y su responsabilidad personal), en la que los nuevos sistemas económicos (y criminológicos) ya no confían. Para la criminología actuarial ya no hay sujetos “libres”, hay sujetos más o menos “peligrosos”. Hay riesgos. Lo que define es el riesgo, la “amenaza”, no ya la autonomía.

12. Se observa internacionalmente, según denuncian diversos autores, como Judith Butler en Estados Unidos, una rehabilitación judicial de la tortura. No solo que se la emplea militarmente, sino que se la justifica y legitima (incluso dentro del propio Derecho) en la llamada “guerra contra el terrorismo” (algo semejante sucede con el espionaje masivo, fenómenos que se creían superados vuelven a ser parte del estado “normal” de cosas, como observa Frankenberg en Alemania). Se observa un resurgimiento de la llamada doctrina de la seguridad nacional en desmedro de la seguridad colectiva, basada en la cooperación internacional entre Estados, principio rector de la ONU. Se observa un recorte gradual,

Estados que pugnan en la esfera internacional por privilegiar sus intereses (nacionales/comerciales). Estados que espían y se espían son Estados que ya no cooperan.

Cabe observar que este *mundo ordenado de seguridad* suele imaginarse en el pasado y se alimenta de nostalgia. Unos lo imaginan en la perdida vida rural; otros, como los nazis, lo situaron entre los nórdico-germánicos. Se imagina un *paraíso perdido en el pasado*, cuyo intento de reconstrucción inevitablemente acaba en un *infierno presente*, en muerte masiva.¹³

continuo, de garantías y derechos civiles. Una crítica al “garantismo”. Hay una erosión continua de la legalidad y del Estado de Derecho, la privacidad pierde valor. Es menester visibilizar y combatir esta tendencia internacional, que pone en riesgo –en jaque– el Estado de Derecho moderno, convirtiendo el “estado de excepción” (que vulnera las democracias) en un estado normal de cosas. Los métodos de las dictaduras (torturas, vigilancia de actos privados, violación de la privacidad y la correspondencia) están siendo adoptados por las democracias, que conservan solo su forma exterior, pero no su “sustancia”. Esta “sustancia” es lo que está en peligro, lo que Ferrajoli denomina el modelo de la democracia constitucional.

13. El (mal llamado) “drama migratorio” que se observa en Europa y EE.UU. (donde millones de “ilegales” son asesinados, librados a su suerte en un mar, un campo de “acogida” o un desierto inclemente, que cruzan junto a sus hijos) no es ajeno a este “infierno presente”, es solo una de sus caras.

El control permanente no produce sociedades con mayor orden: sino que desplaza el foco de atención (político, económico) y reinventa continuamente “peligros” (chivos expiatorios, como los “sin papeles”, los “terroristas”, las armas de destrucción masiva de Irak, etc.), para combatir los cuales (reales o supuestos) se recortan continuamente garantías y derechos. Esta es la falacia de la seguridad/protección: no ataca las causas económicas del “desorden” social (injusticia, desigualdad, pobreza, marginación, exclusión), sino que se criminalizan –y de ese modo refuerzan– las consecuencias (siempre variables) de un orden injusto, que jamás se cuestiona. La vigilancia es así parte de un disciplinamiento y un control de la sociedad (preservando sus injusticias e inequidades), pero no en aras de una mayor “seguridad” de la misma, sino en todo caso para su mejor “productividad” y “eficiencia”, repartiendo mejor los “costos” sociales y las “cargas” para el Estado. La vigilancia permanente debe inscribirse en esta tendencia de aversión al riesgo/peligro no para constituir sociedades más libres, justas y democráticas, sino más “productivas” donde todos los factores de producción (recursos “humanos”) son continuamente “vigilados” para que haya “orden”. Esto no supone, pues, en consecuencia, vigilancia –o protección real– respecto de factores externos, de “amenazas” exteriores. Esta es la excusa o pantalla para imponer la vigilancia como modelo en una sociedad cuya productividad (orden) se quiere optimizar. Por eso, en muchos países se ha comenzado a discutir si la instalación de cámaras en las oficinas y espacios de trabajo no vulnera derechos elementales de los

3. En la Edad Media la población era escasa y los miedos mucho mayores que en el presente. Las pestes diezaban poblaciones, los males provenían de Satán, que en hebreo significa *enemigo*. Los agentes de Satán eran las mujeres y los judíos, pero a las personas se las individualizaba, porque en el pequeño contorno no era necesario el fichaje policial: todos se conocían o podían conocerse. Los proyectos de existencia eran limitados, la vida adulta limitada.

El fichaje y clasificación de los *peligrosos* comenzó cuando se amplió la vida adulta en la concentración urbana,¹⁴ allí surgieron las policías para controlar los proyectos criminales tanto como los disidentes (“desviados”, “vagabundos”), se vio que el crimen podía ser previsto estadísticamente (Quetelet y otros), solo faltaba saltar de la estadística a la individualización de los *peligrosos*. Para eso, se puso en marcha la técnica del fichaje humano, la fotografía y la antropometría primero, la dactiloscopia más tarde.

En definitiva, a medida que se fue superando el *fichaje natural del conocimiento directo medieval* por efecto de la urbanización que le permitía huir más de la observación, el ser humano adquirió el espacio de libertad social que le permitió ensayar proyectos existenciales propios, es decir, vida adulta

trabajadores, por ejemplo, el derecho al desarrollo de su personalidad. La vigilancia permanente conspira contra el desarrollo de la persona, y no se realiza para que la misma viva en un mundo o entorno “más seguro”. Esto último constituye una falencia discursiva, como advirtió Dilma Rousseff en la Asamblea General de la ONU en 2013 (cuando cuestionó el espionaje masivo contra empresas de petróleo de México o Brasil, o los celulares de presidentes como ella misma o la Canciller alemana Angela Merkel, todos aliados políticos y comerciales, espiados, que difícilmente puedan ser calificados como “terroristas”; el escándalo del espionaje masivo dejó al desnudo la preponderancia comercial de sus objetivos).

14. Cuando comienzan a generarse las grandes concentraciones urbanas con la consecuente despersonalización de la vida social, cuando las interacciones sociales se vuelven cada vez más impersonales: este proceso –inescindible del paso a la modernidad, del abandono de los estamentos rígidos– es inseparable del auge, en los 70 y 80, de pensamientos como el de Milton Friedman (opositor a toda forma de seguridad social, de asistencia social, de política pública) y de Friedrich Hayek. Estos autores impugnan toda intervención estatal como una forma –resabio– de vida tribal (de servidumbre política) frente a la cual el neoliberalismo económico impondría (con el individualismo) el “progreso”, un proyecto más “civilizado”, más “avanzado”, donde todos son más “independientes” y autónomos. Más individuos. Más personas.

menos observada.¹⁵ Quizá toda la historia humana pueda expresarse como una constante pugna entre vida infantil controlada y adulta menos controlada. Como una constante pugna entre tendencias a la prisionización (incapacitación de las personas “tuteladas”, “controladas”, “vigiladas”) contra

15. La privacidad es constitutiva de la modernidad. Esta construcción de la privacidad como derecho –cuestionada, en otros sentidos, por el feminismo radical (Andrea Dworkin, Catherine A. Mackinnon)– es una de las piedras basales de la modernidad. (Véase Capella, Juan, *Fruta Prohibida. La construcción jurídica de la modernidad*, Madrid, Trotta, 2005). Es lo que diferencia a un Estado moderno de un Estado absoluto o totalitario. Karl Popper, en sus críticas a Platón se centra, un poco anacrónicamente, en este punto (Popper, K., *La sociedad abierta y sus enemigos*, Madrid, Paidós, 2010). Sin privacidad no hay margen para la autonomía ni el desarrollo pleno de la personalidad. Sin esfera privada no hay persona (s). Por eso en las cárceles se provoca una despersonalización y una regresión infantil. En las instituciones totales los “tratados” no se “recuperan” nunca: siempre “empeoran” y se vuelven cada vez menos independientes y más serviles (lo cual sea acaso el objeto final de las nuevas sociedades de vigilancia, que procuran incrementar, en el capitalismo avanzado, que socavó los cimientos del Estado de Bienestar, la “eficiencia” y reducir los “costos”). La nueva “institución total” (que nos infantiliza, que anula nuestra conciencia crítica, nuestro rol de ciudadanos, nuestro diálogo político maduro y nuestra participación política conciente, la interacción pública social) puede ser, con las estructuras de espionaje masivo, sistemático, con la vigilancia de todos nuestros actos y palabras, la sociedad civil misma. Esta es la nueva “cárcel”. El espionaje (en su vertiente comercial y en su vertiente de seguridad) anula el valor de la comunicación, de la interacción civil. Mercantiliza la palabra misma, el diálogo se desdibuja, las palabras son robadas y reconvertidas en clave comercial (en una suerte de “invasión” de la palabra, de robo de la palabra; palabras como “Claro”, como “OK”, expresiones como “me gusta” ya no pueden casi pronunciarse sin ceder al trasfondo comercial que suponen, del *holding* que se las ha apropiado, para invadir, con su producto, con su publicidad, el habla cotidiana, la nueva “estrategia de marketing” es la invasión del lenguaje, el robo de palabras, quitarles su uso cultural de “habla”, para imponerles en su lugar un uso comercial, no humano) el valor de la comunicación se desdibuja. Se desvanece el valor –el poder– de la palabra. Y la palabra es constitutiva para la conciencia individual y social (Heidegger, M., *Carta sobre el humanismo*. Buenos Aires, Losada, 2003).

La vigilancia masiva anula la conciencia moral del sujeto, su capacidad de interactuar y actuar políticamente y de reconocerse a sí mismo como un individuo con autonomía moral, propia, independiente (la conciencia de su “para sí”, de su soledad, afirma Sartre). El espionaje es el camino de la servidumbre. Violenta su derecho a expresarse y a participar políticamente, pero también de reconocerse como persona. La vigilancia anula a la sociedad y al individuo. Los desdibuja. Los inhibe. Todo esto se hace para constituir un mundo “más seguro”, más “comunicado”.

tendencias a (que preservan) la autonomía moral de cada sujeto (“menor”, “loco”, “incapaz”, “desviado”, “subversivo”, “criminal”, “peligroso”): ese parece ser el dilema que enfrentan actualmente las sociedades: más control o más autonomía. Más tolerancia al “riesgo” (mucho del cual es creado por los medios masivos de comunicación, sobre cuyas nada inocentes campañas demagógicas luego actúan, con asombrosa rapidez, los operadores penales, brindando “soluciones”) o menos margen para la libertad.¹⁶

Lo cierto es que solo a unos pocos se los encerró en instituciones totales (en el sentido de Goffman), donde hasta hoy se los priva de la vida adulta y se los somete a un proceso regresivo de infantilización (que poco y nada se vincula al presupuesto objetivo de “resocializar” personas).¹⁷ El *panóptico* (cuyo cultor es a su vez el padre del utilitarismo en Inglaterra, que es una de las sociedades más vigiladas del mundo) para el resto de la sociedad era un proyecto que se intentaba a través de policías con escasa capacidad de observación. Por otra parte, las policías no tenían un discurso propio, por lo cual se lo facilitaron los médicos con su reduccionismo biológico racista, reconstruyendo una estructura de pensamiento análoga a la inquisitorial.

Hoy la *seguridad* de ese *mundo ordenado y civilizado* de las clases *incluidas centrales y periféricas* tiende en alguna medida a regresar a la infantilización medieval: la sociedad parece adoptar el modelo de la institución total y, para eso, cuenta con una tecnología digital que se vale de la cooperación indispensable de los propios controlados,¹⁸ pero que no es el

16. Siguiendo a Paul Ricœur diremos que lo que se anula, cuando se anula la privacidad de una persona, es la (su) capacidad de acción. Su *poder-hacer*. Ricœur, P., *L'aventure technique et son horizon interplanétaire*, Christianisme social, 66 (1-2), 1958.

17. De reeducar, nadie puede ser “reeducado” en condiciones degradantes de encierro. Pavarini, M., *Arte Abyecto. Ensayos sobre el gobierno de la penalidad*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.

18. Las modernas tecnologías, la creciente auto-exposición, esconde y supone un desprecio por la vida privada, privacidad que está desapareciendo. El fin de la privacidad (el disvalor que la misma supone para los mismos “controlados”, que espontáneamente renuncian a la misma, a ese derecho) tiene un impacto notorio en la vida “pública”, que también desaparece como un correlato de la desaparición de la vida privada. Donde todo es “público” ya nada lo es. Al desaparecer la frontera entre actos públicos y actos privados, esa noción moderna, esa “frontera”, desaparece también la noción misma de “acto”, de esferas donde los actos cobran sentido, dimensión, objeto. De hombres que “actúan”. La vigilancia anula la acción, anulando la conciencia, desdibujando toda interacción. Por eso decimos que la vigilancia

panóptico benthamiano, sino que explota al máximo la cooperación de los sometidos en el sometimiento, lo que tampoco es nada nuevo, pues la denunciaba Ettiene de la Boétie en *El discurso de la servidumbre voluntaria* en la mitad del siglo XVI. El “camino de la servidumbre” (para usar una expresión de Hayek) se vale de estos mecanismos de auto-exposición (frente al Estado y las corporaciones y empresas que brindan “servicios de comunicación”) en las sociedades de control. Se entregan datos para vivir (con el objeto de vivir) “más seguro”, pero también, venciendo de ese modo el miedo a la libertad, para vivir dentro de “estamentos” nuevos, virtuales: grupos. Esta servidumbre expresa en ese sentido una nueva tendencia “gregaria”, una regresión en el sentido del “individuo” (individualismo), como lo veía Hayek: se forman nuevas “tribus” urbanas. El lenguaje no es inocente. Lo que expresa no es casual. El “control” (como en la Edad Media) expresa que los estamentos –rígidos, controlados, ordenados– se están regenerando. Y esto nos libera de nuestras responsabilidades (morales, políticas).¹⁹

Esta pulsión fanática de *deseo-nostalgia* de un *mundo seguro* por la parte *civilizada* de la población mundial, procurando regresar a la infantilización,²⁰ a la reducción de la vida adulta (y mecanizada y sin riesgos),²¹ es

anula al Sujeto. Anula la subjetividad (los anula en un sentido diverso al que plantea Lévi-Strauss en sus discusiones con el humanismo de Sartre, los anula en un sentido diverso al que plantea, en el marco de las ciencias sociales, el estructuralismo francés, cuando cuestiona la noción de acto). Lévi-Strauss, C., *El Pensamiento Salvaje*, Buenos Aires, 1996.

19. No es aventurado sostener que –en este solo sentido– incluso autores como Milton Friedman –en su defensa del individuo frente a los gobiernos, corporaciones y Estados– tenga razón, cuando proclama la importancia de que cada individuo tenga una gran esfera de independencia, de autonomía (lo mismo sostuvo en los albores del liberalismo político John Locke). El control mina esa independencia: desconfía de los ciudadanos “independientes” y libres. Los prefiere tener “bajo control”. El individualismo político (casi anárquico, en el sentido de Robert Nozick) es un “peligro” para Estados que están agigantando sus estructuras de espionaje, vigilancia y control de la ciudadanía.

20. O de “discapacidad”, porque nuestro Derecho (Civil) sigue tratando a “incapaces”, “enfermos discapacitados”, personas “inválidas” como personas. Véase Croxatto, Guido L., “La Salud Mental en Argentina: dos paradigmas en pugna” en *Lecciones y Ensayos*, UBA, Buenos Aires, Vol. 90, 2012. Existe un lenguaje –deshumanizante– que debe ser erradicado de nuestro Derecho.

21. Muchos de estos “riesgos” son inherentes a la vida –humana y en sociedad (Aristóteles sostendría que esta aclaración es redundante, son dos caras de la misma moneda,

uno de los rasgos de *medievalización*. Pero hay otro, no menos importante, que es la *feudalización*, entendida como la *pérdida de poder de la política estatal*, cuyo campo de acción cada día está más limitado, sometido a los propios controles que dependen de un *entramado de intereses que ligan a fortísimas corporaciones con agencias secretas autonomizadas*. No se trata de la *crisis de la soberanía* del derecho internacional contemporáneo, sino de una pérdida del poder político real de decidir acciones. (Autónomas. La prueba más cabal y más dramática al respecto es que los propios representantes políticos electos democráticamente –depositarios últimos de la voluntad popular– son muchas veces también ellos víctimas de estas estructuras –burocracias– “autonomizadas”, que hacen un trabajo “secreto” (muchas veces “clandestino”) al interior de los propios Estados (y que tienen muchas veces intereses y objetivos propios, comerciales, autonomizados, que son incompatibles con los intereses y objetivos de una democracia). De allí que sea tan difícil de “regular” una actividad como el espionaje masivo. De ponerle “límites”.²²

4. La tecnología digital permitió acumular datos al estado providente o social, lo que facilitó su operatividad. Pero sin duda que ante esta tecnología se precipitaron a ella, ávidos de datos y fichajes, los servicios secretos, las policías tradicionales, las fuerzas armadas de los países poderosos, etc.

No obstante, la acumulación de datos e información más importante cuantitativa y cualitativamente no se desarrolló por demandas de servicios de estas agencias ni de las de los *welfare states*, sino porque los datos se convirtieron en mercancía a medida que el rudimentario *marketing* anterior descubrió el campo que para la *taylorización* del consumo le abría la

la autonomía, que destaca al ser humano sobre las bestias, sobre los bárbaros, solo es posible [solo se alcanza] en la polis)– misma, donde el hombre es autónomo. Fuera de la polis no hay autonomía. Reducir algunos “riesgos” no solo no es posible: pone en “riesgo” a la esencia de la democracia. Reducir algunos riesgos o peligros –que no siempre son tales– supone adoptar caminos que terminan produciendo aquello mismo que en principio (dicen que) combaten: ponen en jaque a la República, a la privacidad, a los “valores de Occidente”, a la libertad política y religiosa, a la participación civil.

22. El mismo es una actividad (servicio) “secreta” que se sustrae, por su naturaleza misma, a todo control, a todo límite, a toda regulación. De allí su eventual incompatibilidad con la democracia constitucional.

nueva técnica, con un fichaje que le posibilitaba una publicidad orientada y, al mismo tiempo, una orientación del propio consumo.²³

Básicamente, pues, se abrieron dos enormes bocas de deglutir datos: la comercial y la de *seguridad*. No fueron bases competitivas y desde muy temprano establecieron vínculos, que se fueron acentuando con el paso del tiempo. Las resistencias políticas fueron escasas ante el nuevo fenómeno.

Las legislaciones europeas tendieron a proteger la intimidad de las personas, lo que no sucedió en EE.UU. en igual medida. No obstante, se acaba de aprobar en Francia una ley que permite la interceptación de comunicaciones por los servicios secretos, sin intervención judicial. Algunos académicos norteamericanos del *Think tank* de derecha desprecian la privacidad, afirmando que es *cosa de viejos tontos* o de *quienes tienen algo que ocultar*, argumentos que suelen difundir los medios monopólicos de comunicación masiva.

No obstante, los parlamentarios no se despreocuparon del todo: el informe Rockefeller de 1970 (y sobre todo el informe Church de 1976) demostraron la potente intromisión de estas agencias (en especial la NSA) en la vida de extranjeros y norteamericanos, pese a lo cual hoy está probada la injerencia en la desestabilización de gobiernos democráticos extranjeros (Chile, Argentina, Uruguay, Bolivia, Paraguay y Brasil y la Operación Cóndor). Hace poco la justicia ha declarado intrusivo el programa de la NSA para interceptar comunicaciones.²⁴

23. La globalización (financiera, el “financierismo”, como lo llama French-Davis) conspira, como afirma Paul Pierson, contra el Estado de Bienestar. Pierson, Paul, *The New Politics of the Welfare State*, Oxford University Press, 2001. La globalización (el pretendido “libre mercado”) no permite mejorar la cantidad de recursos que los Estados disponen para implementar políticas públicas. Al contrario, minan esos recursos (sociales) que se destinan, cada vez más, a circuitos financieros, donde los Estados mismos (sobre todo de países emergentes, “sub-desarrollados”, hiperendeudados, pobres, condicionados a “directrices” –muchas veces vergonzantes– de las IFI’s), como afirma Hobsbawm, terminan siendo rehenes. Esta “agenda” financiera ha demostrado, en las últimas dos décadas, tener muy poco que ver con el “desarrollo” de estos países. Frente a ella es que el “desarrollo” ha sido reconocido en diversas instancias como un derecho humano esencial, precisamente. Un derecho que muchas veces “no reconoce” el Mercado “libre”.

24. Un tribunal norteamericano declaró ilegal el programa de escuchas de la NSA. La Corte de Apelaciones de la Segunda Sección, con sede en Nueva York, falló (el 6 de junio de 2015) contra el programa de espionaje de la NSA en respuesta a una demanda

El Consejo de Seguridad Nacional (NSC) norteamericano está en manos del Ejecutivo, excluyendo al Congreso, y la Agencia Nacional de Seguridad (NSA), creada en 1952, parece estar encargada del control de comunicaciones electrónicas extranjeras. La *Electronic Communications Privacy Act* de 1986 faculta a la administración a exigir a los bancos, proveedores de internet, empresas de telecomunicaciones, bibliotecas, etc., los datos personales de sus clientes, mediante una carta (*National Security Letter*) en que el FBI afirme que el dato es de interés para la lucha contra el terrorismo o contra actividades de información clandestina.²⁵ En función de lo anterior, el FBI puede acceder a los datos almacenados de *cloud computing*, que es el modo de hacerse de datos europeos violando la protección de sus leyes nacionales.

Snowden causó un escándalo al revelar las operaciones de cibervigilancia sobre Europa. Ha revelado en 2013 que la NSA y el FBI tienen acceso a comunicaciones de internet de Microsoft, Google, Facebook, YouTube y Apple, mediante maniobras secretas autorizadas por la *Patriot Act* y por la ley de 2008 sobre vigilancia de ciudadanos no norteamericanos. Mediante el programa PRISM, la NSA y sus cuatro aliados (los *five eyes*: USA, Gran Bretaña, Canadá, Australia y Nueva Zelanda) ejercían el control más grande que se

presentada por la Unión Americana de Libertades Civiles (ACLU), entendiendo que las actividades de escuchas ilegales masivas de la NSA alrededor del mundo “exceden lo que el congreso norteamericano autorizó” (al aprobar la llamada “Ley Patriota”, en especial la Sección 215 de tal Ley, que autoriza al FBI a mantener “registros” con información recopilada alrededor del mundo incluso en información relativa a “negocios”). Este fallo (que declaraba ilegal el programa de espionaje masivo llevado adelante por la NSA, que se amparaba en una ley que había sido aprobada en EE.UU. tras los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001) luego sería rectificado por otro tribunal superior, alegando que los demandantes no habían logrado probar durante el proceso “su calidad de víctimas”.

25. Casi cualquier acto puede caer dentro de esos eufemismos, casi cualquier acto (que no sea sobreexpuesto en Facebook, que pasará a ser “lo normal”, la nueva “costumbre”, la nueva “regla”) puede resultar (en tanto pretenda quedar “privado”, en “privado”, por ese solo hecho, por el mero “ejercicio” de esa posibilidad, de ese derecho) “sospechoso”. La “privacidad” misma terminará por ser ella misma “sospechosa”, por representar un potencial “peligro”, que debe ser “eliminado”, descubierto: vigilado, barrido, controlado, visto. Los individuos ya no tendrán esferas privadas: libres. No habrá margen para su conciencia, para el desarrollo de su personalidad, de su persona. Este es el camino que puede terminar haciendo de la sociedad misma una institución “total”. Una verdadera prisión de puertas (en apariencia) abiertas.

haya imaginado nunca, vulnerando –pulverizando– derechos civiles de miles de millones de personas en todo el mundo, a tal punto que los artículos sobre inviolabilidad (de la correspondencia privada, etc.) de nuestras constituciones liberales, parecen ser hoy una letra muerta y vacía.²⁶ El fin de la privacidad que el espionaje masivo y sistemático preanuncia está llamado a tener notorias consecuencias en la configuración de la sociedad y de la personalidad. *La privacidad –concepto que como tal es un anglicismo– se refiere, en concreto, a la intimidad de las personas. A su esfera más íntima y personal: allí donde se desarrolla la “persona”. Sin intimidad, no hay personalidad. No hay conciencia subjetiva. No hay sujeto. No hay identidad. No hay persona.* Lo que es claro es que la tan mentada “revolución de la comunicaciones” va en un sentido inverso diametralmente (opuesto) al mentado: produce –con los avances de la tecnología, que rompen todo intercambio público, todo espacio público– cada vez menos comunicación entre las personas, cada vez menos interacción: cada vez menos “política”, cada vez más soledad/aislamiento. Cada vez menos “politización”. Menos debate. Menos intercambio. Más “mercado”. Menos “ideología”. Menos personalidad. Menos “personas” (con rasgos propios de “carácter”, con voz propia).²⁷ Más consumismo. No debate.

26. Nosotros entendemos que el espionaje masivo, con los rasgos actuales (sistematicidad, masividad, indiscriminado, etc.), puede ser pensado como un crimen de agresión entre Estados/países. El espionaje masivo, sistemático, indiscriminado, con los medios tecnológicos actuales de que disponen muchos Estados desarrollados dista de ser homologable al espionaje tradicional; es en rigor un fenómeno nuevo, que puede configurar un crimen de agresión bajo el Estatuto de Roma, tal como el mismo fue reformado en Kampala, Uganda, en 2010 (hasta ese momento el tipo penal del crimen de agresión permanecía, por las dificultades que su definición entrañaba, como un tipo penal abierto).

27. Esto es inescindible de la creciente medicalización de casi todos los aspectos –etapas, cuadros– de la vida humana: cuadros que antes eran rasgos de carácter hoy son “síntomas”, y se medican para “estabilizar” a las personas. Se borran así diferencias, las identidades, que pasan a ser vistas (estudiadas y presentadas) como “cuadros” (clínicos, como “casos” a analizar/medicar, “contener”, “conducir”, hacer un “seguimiento”). Ya no hay particularidad, libertades, rasgos de carácter (el derecho incluso a ser un “loco” sin ser por la fuerza medicado, encerrado y discapacitado): solo “riesgos”. Esto –este proceso de sobremedicación, incluso de chicos “hiperactivos”– se vincula a esta erosión de la intimidad –privacidad de las personas (homogeneización de la sociedad), a un “seguimiento” de sus “cuadros” (otro aspecto –el seguimiento médico– de la vigilancia, no en vano los primeros criminólogos positivistas fueron médicos). Son todos tratados como “recursos” humanos que deben, ante todo, ser productivos, no convertirse en “cargas” para la sociedad. Bajo esa sola meta o

No conciencia crítica. No emancipación. Menos libertad (salvo que por libertad se entienda solo mayor “consumo”).²⁸

dimensión se anula la vida social y política: bajo ese solo prisma (productivo, ser “eficiente”) se entiende y piensa el “desarrollo” humano. El desarrollo de la persona. Todo lo que no se “ajuste” a ese parámetro (todo lo que no es productivo, todo lo que es “viejo”, ineficiente, “loco”, “demente”, improductivo, carente de “valor de mercado”) es “incapacitado” por el Derecho y medicado. Convertido en un “caso” que se debe “seguir”, medicar y analizar. La privacidad de la persona no juega ningún rol –positivo– en un mundo organizado de tal manera. Por eso la privacidad deja de ser concebida como un “derecho” de las personas, que son reducidas a “factores” de producción: “recursos” sin derecho a una genuina vida privada, que se convierten incluso espontáneamente en servidores –usuarios– de plataformas donde la privacidad es lo primero a lo que se renuncia (cuando se aceptan las “condiciones de uso”). La privacidad ha dejado de ser un derecho: ha pasado a ser un bien de uso, datos que se almacenan. “Perfiles”, una mercancía. Esto es paralelo a la despersonalización (la vida impersonal) que produce la sociedad moderna. La sobremedicación es un rasgo que preanuncia (cuando todo se medica, cuando todo lo que sale de una norma es “enfermo”) el fin de la privacidad, el fin de la vida privada, de las identidades sociales. En cierto sentido: el fin de la “cultura”, absolutamente travestida por el consumo “homogéneo” alrededor del mundo. Este es el trasfondo político de la globalización financiera. De la globalización del “consumo” (porque no se “globalizan” todos los aspectos que podrían promover mejores diálogos a nivel mundial, se globalizan muy pocos aspectos, se informan incluso muy pocas cosas, sobre todo aquellas que las grandes corporaciones, dueñas de los medios, quieren “informar” lo poco que quieren que “se sepa”) que está erosionando a las sociedades pero también al planeta. En este sentido, podría decirse que la globalización es una trampa, que la tan mentada “globalización” (fuera de la globalización de un par de marcas) no es real. La misma no ha redundando en un mejor diálogo entre pueblos y culturas. Al contrario, ha asimilado y arrasado culturas, identidades y países bajo el yugo del financierismo corporativo (Klein, N, *No Logo. El poder de las marcas*, Madrid, Paidós, 2002).

28. El carácter “unidimensional” de la sociedad industrial moderna (y del hombre moderno) que denuncia Herbert Marcuse (y detrás de él, con la teoría crítica, toda la Escuela de Frankfurt, M. Horkheimer, T. Adorno, en su *Dialéctica de la Ilustración*): produce el totalitarismo moderno y la indiferencia civil (la despersonalización). Esta “indiferencia” civil es un rasgo que luego permite o conduce a esas mismas sociedades dominadas por la “indiferencia”, indiferentes, a estragos y genocidios”. (Véase Bauman, Z., *Modernidad y Holocausto*, Madrid, Tusquets, 2008). La completa indiferencia civil –afirma Adorno– con la suerte de mi semejante, es uno de los rasgos sin los cuales la modernidad industrial no podría funcionar. Esta indiferencia civil (lo que algunos autores elogian como “individualismo”, Friedman, Hayek, etc.) no es un rasgo accidental o derivado o menor: es constitutivo de la sociedad industrial, conspira (el egoísmo “positivo” como lo llaman algunos economistas, individualismo exacerbado, consumista) contra la formación de ciudadanía, de ciudadanos autónomos comprometidos con su comunidad política, con sus semejantes,

5. Todas las compañías aéreas remiten los datos de todos los pasajeros que ingresan a los USA, los que se clasifican en un código según su *peligrosidad*. De este modo se va desplazando la vigilancia del terrorista al delincuente común, de esta al sospechoso y, finalmente, a todo el que se comporte de manera no convencional, siguiendo la regla policial de que todo lo *anormal* es peligroso y, preventivamente, por desconocido, debe ser prohibido o reprimido.

Para el *marketing* se reúnen los datos y se configura un *doble informático* de la persona, que no es la persona, sino un constructo configurado por sus datos, algo artificial, en que la persona deja de ser un individuo para pasar a ser un ente perteneciente a un colectivo de consumidores particular, o bien, a un incapaz descartado del consumo.²⁹

Pero lo cierto es que el *doble informático* es el ente que cuenta para el consumo, pero también el que puede ser considerado *peligroso* o *no peligroso* para la *seguridad*.

No es posible ignorar que la neutralización de valores que precede al genocidio siempre es la visión del *otro* como no persona, es decir, como mero *miembro del grupo enemigo*.³⁰ Lo que permite comprender por qué

como reclaman Emmanuel Levinas, J. F. Lyotard, entre otros. En ese sentido es que muchos autores (como el director del Max Planck de Bonn) han afirmado la incompatibilidad de fondo (la contradicción emergente, aún irresuelta, de la segunda guerra mundial) entre el capitalismo (generador de enormes desigualdes económicas, de dramas sociales) y la democracia (que depende de la igualdad civil y política). La democracia y el capitalismo no se condicen y no se compensan (máxime después de la caída de los Estados de Bienestar): la democracia y el capitalismo se oponen, persiguen objetivos distintos, se manejan con lógicas diferentes, el capitalismo genera (y según Hayek necesita) desigualdad; la democracia, por el contrario, parte de la igualdad formal de los ciudadanos. El espionaje masivo es compatible (como el control social) con el capitalismo avanzado (y su “optimización de recursos”, vigilados), pero no con la democracia y las garantías civiles.

29. Parte, como vimos, de una “tribu” o “grupo” o “estamento” de “usuarios” con identidad propia, que compran (pagan por) pertenecer a ese grupo. En un mundo que desdibuja las identidades sociales, culturales y políticas, la principal “identificación” parece pasar por el consumo. Por qué, cómo y cuándo se consume. Todo se “muestra”. Todo se debe “mostrar” (no es casual –por el otro lado– la etimología de la palabra persona, que remite al griego y significa *máscara*).

30. Lyotard, J. F., “Los derechos de los otros”, en Shute, Stephen y Hurley, Susan, *De los derechos Humanos*, Madrid, Trotta, 1998.

hoy alguien mata a quien convivía pacíficamente con él hasta ayer, es, justamente, que deja de verlo como persona, para pasar a considerarlo como un simple elemento de un todo enemigo, una “molestia”.

Los peligros del fichaje y del *doble informático* son conocidos desde mucho antes de la tecnología electrónica. Cabe recordar el caso de Holanda en la Segunda Guerra, que registraba en sus censos la religión de las personas.³¹ La resistencia y la *Royal Air Force* debieron destruir las oficinas de censo para evitar la identificación de mayor número de judíos.

Datos aparentemente ingenuos y razonables, como el fichaje de los niños para educación, pueden ser usados perversamente, como la recomendación hecha en 2005 en Francia, para el seguimiento de niños de primaria e incluso de guarderías, para detectar problemas de conducta y *familias de riesgo*, que permitiesen prevenir los delitos adolescentes.

6. Hoy cada persona, en los países occidentales, está registrada en medio millar de ficheros: seguridad, correos, hospitales, previsión social, telecomunicaciones, tránsito, servicios públicos, aduanas, tarjetas de crédito, suscripciones de publicaciones, etc. Todos estos ficheros valen dinero y son objeto de compra-venta para marketing, pero también lo pueden ser para seguridad. En este último caso, son útiles para establecer *riesgos y poblaciones de riesgo*.

Este fichaje actual es diferente a la observación mediante el viejo panóptico, por lo que se han propuesto dos neologismos: *synopticon* (Mathiesen), en que muchos observan a unos pocos (en la televisión) y *banopticon*, para caracterizar a la observación clasificante para excluir. Se habla de una síntesis o punto intermedio entre ambos, donde el *synopticon* llama a los clientes y el *banopticon* selecciona a los que interesan. Se lo grafica comparándolo con un conmutador que clasifica las llamadas: se atienden las que interesan, las que no interesan se postergan o se descartan por cansancio.

Lo cierto es que los servicios gratuitos no son tales, sino a cambio de datos personales que tienen valor de mercado y que son espontáneamente

31. Algunos países, como Alemania con su *Anmeldung* (obligatorio para todo residente), lo siguen haciendo aún hoy. Las estructuras de vigilancia/control no son siempre explícitas. Muchas veces son difusas y se entremezclan con “servicios” de consumo/entretenimiento donde los usuarios libremente entregan sus datos, movimientos, deseos, objetivos, valores, imágenes, vínculos.

proporcionados por los usuarios. Tarjetas de crédito, no solo bancarias, sino de tiendas, etc., como internet y los teléfonos celulares, permiten seguir la vida de un individuo paso a paso. Existen programas espías instalados en teléfonos que, sin que lo sepa el usuario, registran sus desplazamientos. Facebook recibe por mes tres mil millones de fotos y mantiene una base de datos identificatoria de las personas que aparecen en ellas (incluso más allá de su muerte). Todo esto se maneja con monopolios de hecho (Google, Facebook, Amazon, Microsoft) y con una nula conciencia o dimensión crítica de parte de los usuarios, que entregan espontáneamente –y sin grandes reparos– miles de datos personales. De este modo, puede decirse que la propia población colabora –de modo inconsciente, a instancias del temor de los “peligros” que se presentan en los medios, aunque no solamente por ello (sino también por el temor a pasar “desapercibido”, a no “aparecer”, a no ser “alguien”, todos quieren ser “conocidos”, vistos, “reconocidos”, famosos)– con la eliminación o erosión de sus propios derechos civiles. Es mayor ese temor (el temor a ser desconocido, a no aparecer en los medios, etc.) que el valor que la población le otorga, en la actualidad, a las garantías civiles sobre las que se edifica la privacidad.³² Esta tensión parece resolverse socialmente y culturalmente en desmedro de los derechos civiles. En desmedro de la privacidad. Y allí no es solo la “vigilancia” la responsable (las estructuras estatales de vigilancia), sino el uso espontáneo de plataformas (concebidas con fines comerciales) por parte de los “usuarios”. También en este aspecto el “consumo responsable” (como el de otras drogas, que generan adicción, la tecnología también genera dependencia, la técnica no es neutral nunca, sus “usos” no son nunca apolíticos, cultural o socialmente “neutrales”) de ciertos instrumentos que exponen a sus usuarios sin ser ellos, sobre todo a corta edad, conscientes de los riesgos y daños que esto puede terminar implicando en sus vidas.

32. Frankenberg, G., *Técnica estatal. Perspectivas del Estado de Derecho y el estado de excepción*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014. El autor muestra cómo se va “normalizando” lo que (como la lesión y renuncia de derechos civiles) antes era visto como algo excepcional, como un estado de “excepción” que poco a poco se ha vuelto un estado “normal” de cosas, lesionando nuestras libertades y desdibujando lo que entendemos por democracia. Con el resurgimiento de la doctrina de seguridad nacional, el estado de excepción se va convirtiendo –y se ha ido convirtiendo– lentamente en la regla.

El espionaje masivo inhibe el desarrollo del ser humano y también pone en riesgo a la democracia, en tanto (sentirse vigilado) provoca la auto-censura. Sentirse vigilado –la mera amenaza de una vigilancia continua, sea real o no– tiene o produce los mismos efectos que *estar* vigilado. La sociedad se convierte en esta cárcel con su nuevo panóptico. Internet funciona en muchos aspectos como una celosía. Se difumina la confianza en los otros, en el Estado de Derecho, en las instituciones, en la esfera pública, en la comunicación, en la representación, en la política: en las personas.³³

El espionaje masivo es un “trabajo” o es un “servicio” secreto, que por su naturaleza misma difícilmente puede ser “controlado” o “limitado”, o “regulado” por el Estado. Por eso carece de control civil y muchas veces político. En ese sentido, los servicios secretos se autonomizan y ponen en riesgo a la democracia, son burocracias que se vuelven autónomas.³⁴ Se separan de

33. El espionaje masivo también tiene efectos muy perniciosos en la diplomacia internacional que descansa (en aras de la “cooperación”) sobre la buena fe de sus actores. Sobre la capacidad de alcanzar acuerdos.

34. El propio presidente Obama admitió que muchas veces estas agencias cometen acciones (Kerry habló de un “equipo automático”, que funcionaría “solo”) que están fuera del conocimiento real del propio Presidente, es decir, del Estado de Derecho (“Que podamos hacerlo no significa que debemos hacerlo”, aclaró Obama). Es decir, existen muchas decisiones “autónomas” de estas agencias y servicios secretos. Decisiones que están fuera del marco y del control efectivo de un Estado de Derecho, decisiones que no solo son “ajenas” a la democracia, sino que condicionan y controlan aspectos medulares de la propia vida civil y democrática.

El presidente del Subcomité sobre Crimen, Terrorismo, Seguridad Interna e Investigaciones de la Cámara de Representantes estadounidense, James Sensenbrenner, ha reconocido en 2014 que la Agencia Nacional de Seguridad estadounidense (NSA) ha ejercido “una invasión total de la privacidad de muchas personas” incluido países de la UE en el marco de sus actividades de espionaje y ha dejado claro que ha “abusado” de la confianza del Congreso, que nunca le autorizó a ir “tan lejos”. Sensenbrenner sostuvo que “la NSA ha abusado de esa confianza” porque “ignoró” las restricciones previstas en la ley y asumió un poder “nunca imaginado”. “Peor, la NSA ha escondido sus operaciones detrás de una nube de secretismo tan gorda, que incluso si la NSA prometiera reformas, no tendríamos las capacidades para verificarlas”, ha admitido.

El Gobierno estadounidense, según el proyecto de ley, podría seguir obteniendo datos “cuando hay una sospecha razonable” de alguien vinculado con el terrorismo. “Pero ya no podría recoger datos colectivos indiscriminadamente en masa de personas inocentes” advirtió Sensenbrenner (Diario *El País*, Madrid, julio 2014) “Los Estados, a través de sus gobiernos, tienen la facultad indelegable de garantizar los derechos de las personas en

sus postulados, límites y misiones originales. La seguridad nacional termina siendo muchas veces (como denunció Dilma Rousseff en la Asamblea General de la ONU de 2014) una mera excusa o pantalla de otras operaciones, con otros fines.³⁵

7. El otro problema que genera esta masa de datos y su utilización por parte de los servicios secretos es que *rompe los límites entre el espionaje, la guerra y el control de la propia población*.³⁶ Desde 1995 se utilizan drones, que son fabricados solo por tres empresas norteamericanas y tres israelíes, cuyo uso puede ser tanto de observación como de agresión, abriendo el espacio para la *cyberwar*. La próxima generación de drones será del tamaño de pajaritos o de insectos, incluso invisibles, lo que genera la posibilidad de una guerra invisible, además de eliminar definitivamente toda privacidad.³⁷

cuanto a su integridad y libertad; es un principio fundacional de estos que no puede dejarse en manos del sector privado. Prioritariamente, la función que deben desempeñar los Estados es garantizar la libertad de expresión y el derecho a la intimidad de los usuarios de Internet". El problema es precisamente cuando los Estados son quienes, en nombre de la protección de esas mismas libertades civiles, las mancillan. Y paradójicamente el propio sector privado, que brinda los servicios de comunicación e información que son continuamente espiados, los que terminan defendiendo, para no perder la credibilidad en sus productos ante sus clientes, los derechos civiles de sus usuarios. En este sentido parecemos haber vuelto a una situación semejante a la del primer liberalismo político. El Estado se configura, una vez más, como una potente y peligrosa amenaza para la libertad civil.

35. Que incluyen incluso la extorsión de políticos democráticamente electos, que terminan siendo "rehenes" de estos servicios secretos.

36. Como en la célebre novela de George Orwell (1984), donde la Policía de Pensamiento y Neo-Lengua (condicionar el pensamiento es condicionar el lenguaje, apropiarlo, formatearlo como forma de condicionar –limitar– la "comunicación" entre las personas, lo que no se puede decir no se puede pensar) también va manipulando (este Gran Hermano) la información, inhibiendo –y reprimiendo– el debate político. También se re-escribe –borra– la historia. Las personas quedan así en una servidumbre absoluta: inconcientes de su presente, inconcientes de su pasado.

37. La defensa de la privacidad individual fue uno de los estandartes con los que se construyó y edificó el Estado de Derecho moderno; es –o fue– una de las banderas morales de Occidente, cuando defiende y construye su cultura y su historia en el marco bélico de la Guerra Fría, contra los estados comunistas (como la DDR) que vigilaban cada esfera de la vida civil. Sin privacidad –sin individuos con esferas de acción libres, autónomas, privadas– no es concebible el Estado Derecho. No es concebible la democracia.

Los drones usados en Pakistán han sido descalificados por académicos de Stanford (NYU), quienes desmintieron su precisión y bajo costo en daños colaterales, en razón de los gravísimos daños de esta naturaleza que se han constatado y de que posibilita ejecuciones sin proceso, negándose a formar parte de un complejo militar-industrial-académico para su reproducción.

Las ejecuciones sin proceso a distancia no pueden menos que evocar el viejo relato de Eça de Queiroz –*El Mandarín*–, solo que permite eludir la culpa que sentía el personaje del relato, mediante la segmentación burocrática: *no corresponde a mi sección*.³⁸

Además, en las últimas décadas, se ha desarrollado la tecnología de armas no letales o incapacitantes (láser, ondas acústicas, electromagnéticas, eléctricas, etc.), que pueden servir tanto para el control de la propia población –orden o seguridad interna– como para objetivos bélicos. Esta guerra con armas no letales juega a la paralización, a producir menos daños colaterales y, en particular, a destruir menos, es decir, a disminuir los costos de reconstrucción.

8. La enorme cantidad de datos reunidos por intereses comerciales, pero a disposición de los servicios secretos, más los que estos pueden recoger por su cuenta, dota a estos servicios de un poder que hace que, fundamentalmente los de los Estados Unidos, estén cada día más lejos de las agencias policiales tradicionales con sus anticuados trabajos de *inteligencia*.

El problema que plantean todas las policías es el de su *autonomización* de la autoridad política democrática, para funcionar conforme a intereses propios de la agencia. Este riesgo se potencia enormemente en los servicios

38. También Albert Camus denuncia este peligro, esta “deshumanización” en todos los campos, incluso en el dominio del “saber” referido a las ciencias sociales. La especialización de cada campo de “saber” (la pérdida de un “sentido común”) provoca este aislamiento y esta distancia (que tiene su apogeo en los campos de exterminio nazis, donde los científicos podían hacer su “trabajo” con total indiferencia de lo que sucedía allí mismo, delante de sus propios ojos, con las personas –que no eran vistas como tales, eran apenas “objetos” que se “estudiaban”– a su alrededor, a pocos metros de distancia). Esta falta de comunicación e intercambio (esta “deshumanización” del Saber especializado, de “especialistas”, no ya de “humanistas”) es lo que provoca el avance de la técnica. Véase Monsi-váis, Carlos, *Las alusiones perdidas*, Madrid, Anagrama, 2001.

secretos.³⁹ Hace muchos años observaba Wright Mills que, si bien se reafirma el control civil, son los civiles quienes se militarizan.

Esto se produce porque la *seguridad nacional* queda en manos de esas agencias y la autoridad política corre el riesgo de ser imputada de negligencia si no obedece a sus reclamos y directivas, pero también por canales menos claros y más tortuosos.

Los servicios secretos no solo fichan población, sino también a los políticos. La vida privada, íntima, sus cuentas, sus comunicaciones, sus aficiones, sus defectos, los manejos para financiar campañas electorales, sus conversaciones reservadas, etc., son conocidos por estas agencias y, por lo tanto, les resulta extremadamente fácil tomarlos como verdaderos *rehenes*.

A esto debe agregarse que entre los servicios secretos de diferentes países y sus agentes se establecen relaciones, supuestamente de cooperación, pero que con facilidad, en especial en los casos de países en vías de desarrollo, pueden convertirse en vínculos de subordinación. En definitiva, esto redundaría en que los propios agentes tienen la posibilidad de convertirse en agentes dobles o en cooperadores en maniobras de desestabilización de sus propios gobiernos democráticos.⁴⁰

La literatura sobre el tema producida en los países del llamado *primer mundo* parece pasar por alto estas circunstancias que, sin embargo, deben destacarse como una de las mayores amenazas para las democracias contemporáneas establecidas y, en especial, para las más frágiles, propias de los países en desarrollo.

9. El debilitamiento del poder político frente al enorme poder de las empresas o conglomerados (que prácticamente monopolizan los datos-mercancía y la información) vinculadas a los servicios secretos (autonomizados o en riesgo de autonomización), es lo que configura la tendencia a la *feudalización*

39. Por la calidad misma de su “trabajo” secreto, de su “servicio” al Estado. Esto nos lleva sin embargo a la difícil pregunta de hasta qué punto son estas agencias secretas (estos “servicios secretos”) compatibles con un Estado democrático, con una democracia constitucional, que se asienta sobre el respeto de las garantías constitucionales, de la privacidad irrenunciable de los ciudadanos.

40. Findaly, M. J. y otros, *International and Comparative Criminal Justice: A critical introduction*. Cap. 8. “Responding to Trans-national and Trans-border Crime. Controlling the Risk Society?”, Nueva York, Routledge, 2013, pp. 197-219.

contemporánea.⁴¹ Mientras la política sigue siendo local y tiene sus tiempos, el tráfico de datos es *supraterritorial* e instantáneo. Por otra parte, la antes señalada nostalgia de un imaginario pasado pletórico de *seguridad tanática* es la tendencia al infantilismo (o limitación de la vida adulta). Ambos constituyen los principales rasgos de la regresión histórica con tinte medieval.

El aporte de datos tiene lugar porque es crecientemente indispensable para la vida cotidiana. Pero a la par de los aportes *necesarios*, llama poderosamente la atención la disposición y el entusiasmo en facilitar otros que no son *necesarios* (pero cuya cesión reduce la privacidad, es decir, los propios derechos. Sorprende esta renuncia “voluntaria”. Renunciar espontáneamente a los derechos civiles es renunciar a ser un ciudadano responsable, conciente y activo políticamente. A ser una persona libre y autónoma).

Sobre esta tendencia se ha teorizado, observando que el temor a ser vigilado se subestima ante el miedo a ser ignorado.

La difusión en el blog no es una confesión sobre la que reflexionaba Foucault, sino una forma de publicidad. Parece buscarse la desnudez, pero no en el sentido democrático o igualitario, repudiado por las sociedades aristocráticas a las que les repugnaban los cuerpos desnudos. Por el contrario, aunque sea exagerado asemejar esa desnudez a una mercancía –como se ha sostenido–, lo cierto es que al menos es una oferta, una manera de llamar la atención, una forma muy particular de estar en el mundo.

Este afán suele vincularse con el debilitamiento del sentimiento de comunidad⁴² y la consiguiente fragmentación social, pero no se sabe si como causa o como efecto: para algunos (Bauman) es la fragmentación que lo produce, en tanto que, para otros, es esta publicidad la que aumenta la fragmentación.

Lo cierto es que consiste en una búsqueda de cercanía con personas lejanas, que a la vez provoca una lejanía de personas cercanas,⁴³ aunque

41. Regresión medieval que explica también el retroceso en términos de políticas sociales (Pierson, Paul, op. cit., 2011). La erosión del Estado de Bienestar –del Estado social de Derecho– es inescindible de estas “regresiones” (auge del espionaje masivo, Estados que nuevamente “vigilan” a sus ciudadanos, rehabilitación de la tortura, etc.) civiles y políticas.

42. Fromm, E., *El miedo a la libertad*, Madrid, Alianza, 2011.

43. Véase Rousseau, J. J., *Carta a D'Alembert, sobre los espectáculos*. Madrid, Alianza, 2011. Rousseau vincula el poder de la imagen (en los espectáculos) a la pasividad civil, a la

queda la duda acerca de si realmente se produce lo primero, pues en definitiva se trata de un acercamiento a imágenes más que a personas: cada cual

desigualdad de las fortunas, la apatía y al vacío de la representación. Este “distanciamiento” de la otredad que genera la sociedad del espectáculo (denunciado por igual por Bacon, Rousseau, De la Boetie, también por la Escuela de Frankfurt, la indiferencia humana con el destino del “otro” es un rasgo esencial de la civilización industrial moderna, solo así “funciona”: la “sociedad” industrial –y el “mercado”– se edifica sobre esa “indiferencia” con la suerte del que está al lado) puede vincularse también al vaciamiento de las comunicaciones y espacios públicos que el avance de la tecnología (de las “comunicaciones”, paradójicamente) genera en la actualidad: los espacios públicos son vaciados, la vereda, la plaza, con la consiguiente pérdida de “contacto” (comunicación) entre las personas (de diferentes estratos y sectores sociales), que quedan “encerradas” en sus celulares y computadores (en sus círculos privados, que ahora son “móviles”) generando personas incapaces de levantar la vista de estas pantallas un solo segundo y comunicarse con el mundo que está a su alrededor, con sus “riesgos” y “peligros”, con su “otra gente”, diferente, más o menos pobre, “desconocida”, de otras culturas o grupos. Esta falta o ausencia de interacción directa (esta falta de comunicación) en el espacio público tiene serias consecuencias para la sociedad civil y la deliberación democrática, para la participación política y la democracia: redefine incluso lo que entendemos por espacio público y por “comunicación”, por reconocimiento, por identidad, etc. Este “vaciamiento” de los espacios públicos no es inocente y no es escindible de los fenómenos de vigilancia y control social que venimos analizando: van de la mano, como dijimos, la anulación de la esfera privada (merced del espionaje masivo, el control permanente, etc.) de la desaparición del espacio público, en el que ya no existe interacción humana. La tecnología refuerza así la estratificación social y la negación de la política, vista como una actividad “sospechosa”, “subversiva”, peligrosa, “problemática”, riesgosa, “desordenada”. En ese sentido la tan mentada “revolución de las comunicaciones” produce cada vez menos “comunicación” entre sectores sociales, cada vez menor “intercambio”, menos diálogo, menos política, menos participación, menos espacio “público”, menos “ideología”, menos “riesgo”, menos movimiento, más espacio “privado” (pero –o precisamente por eso– más vigilado). La arquitectura misma (el urbanismo) diseña (“renueva”) los espacios urbanos (en las universidades, residencias universitarias, plazas, veredas, estaciones) para “evitar” el contacto. No para promoverlo. El contacto entre las personas se concibe en los espacios públicos en sí mismo (retomando la lógica de Le Bon) como “peligroso”, como “movilización”, como riesgo, como “masa” (“populismo”), como amenaza, como sospecha, como riesgo, como “desorden” (caos, descontrol) como “cuerpos” (sin orden, eventualmente “subversivos”) que (se exhiben, se juntan, se “hablan”) se comprometen. Una “humanidad” que sale a la luz: esto es lo que eventualmente desde la religión, la ciencia y el Derecho se reprime, se tapa. Se niega. Se olvida. Se “vigila”, se controla. Se disciplina la corporalidad. Véase Nussbaum, M., *El ocultamiento de lo humano. Vergüenza, repugnancia y ley*. Buenos Aires, , 2007.

asume un perfil bajo el que se muestra, pero lo que opera en la comunicación no es la persona, sino su perfil.

Lo cierto es que a estas alturas hay una generación para la cual el mundo no se concibe sin internet ni Facebook. Esa generación no sabe que está aportando datos capaces de poner en riesgo la democracia y no parece importarle demasiado su propia vida privada. Incluso existe una generación que no la concibe, que no la ejerce: no la conoce. No conoce la “privacidad”, no sabe lo que la misma “es”: un derecho. Puede llegar un momento en el cual ejercer la privacidad frente al Estado (no tener “perfil de Facebook”, no usar celular, no tener Whatsapp) se conciba en sí mismo ya como un gesto “sospechoso”, como una “anomalía” personal, como algo “curioso”, “raro”, “anormal”, “peligroso”. “Fuera de la norma”: contrario a derecho. Puede ser o terminar siendo sospechoso, peligroso, raro, anormal, que alguien no emplee Facebook, no entregue todos sus datos personales y movimientos a una empresa que los administra y comercializa.⁴⁴

Por otra parte, en lo que hace a la *seguridad* entendida como prevención del delito, desde la criminología no cabe olvidar que en todo tiempo, cuando ha surgido una nueva tecnología, de inmediato se depositó en ella una fe tan absoluta, que prácticamente resultaba casi blasfemo ponerla en duda. La irrupción de la biología evolucionista, de la endocrinología, de la fotografía,⁴⁵ de la biometría, de la dactiloscopia, etc., dan cuenta de ello en los últimos cien años.

10. Como en todo lo nuevo, la opinión acerca del futuro se divide entre entusiastas y catastrofistas, dando lugar al desarrollo de imaginaciones utópicas y distópicas.

44. Jürgen Habermas parece tener razón cuando afirma en este sentido que la modernidad es un proyecto aún pendiente de ser realizado (la privacidad misma, los derechos humanos civiles “universales”, que son tan poco “universales”) y no un proyecto acabado o realizado (no un proyecto que se pueda abandonar antes de tiempo): las restricciones crecientes a la privacidad (el espionaje, las torturas, las cárceles clandestinas, los dramas migratorios) lo demuestran. Las promesas de la modernidad (igualdad, libertad, fraternidad entre Naciones, derechos humanos universales) son o configuran aún una agenda para el futuro. Una promesa. Para muchos, apenas una ilusión que la realidad desmiente día a día. Minuto a minuto.

45. Axat, Julián, “Los fiscales y los álbumes de malvientes”. En *Página/12*, Buenos Aires, 16 de diciembre de 2013.

Sin caer en ninguna de ambas vertientes, lo cierto es que la concentración urbana de población tiende a ser casi total en el mundo en los próximos años y, desde sus comienzos con la Revolución Industrial, siempre que ha creado mecanismos de fichaje y observación, se han inventado también formas de eludirlos e incluso de utilizar la misma tecnología para neutralizarlos. No nos puede llamar la atención que esto suceda o esté ya sucediendo. Solo que no imaginamos los caminos que habrán de seguir. Conceptos como “jaula de hierro” (Weber), fábrica higiénica (Horkheimer), “campos” (Agamben) parecen reflejar o preanunciar este estado de encierro (en “libertad”) en que se ha ido convirtiendo poco a poco la sociedad moderna,⁴⁶ la modernidad industrial, como denunció la teoría crítica, termina siendo una “jaula”.⁴⁷ Vigilar “es” castigar, es agredir, es vulnerar derechos, intimidar, silenciar, condicionar. Es una forma de la agresión y de la presión. Es un hostigamiento y un crimen.⁴⁸

46. Bauman, Z., *Modernidad y Holocausto*, Madrid, Sequitur, 2008.

47. Adorno, T. y Horkheimer, M., *Diálectica de la ilustración*, Buenos Aires, Losada, 1995.

48. Ya no se trata, como afirma Foucault en su libro *Vigilar y castigar*, sino de concebir que en los albores del siglo XXI, con los medios actuales, las formas actuales, la vigilancia es en sí misma, ella misma, “el castigo”. La vigilancia es una forma de castigar. Una forma de hostigar, de presionar (la vigilancia permanente, con los medios actuales, es una forma de perseguir), de condicionar, humillar, degradar y negar a la(s) persona(s). La cárcel como tal ya no es una institución (separada, aislada) del presente sino del pasado: el encarcelamiento y el aprisionamiento cobran nuevas formas, la cárcel como institución de “encierro” separado (como edificio “especial”) y control se ha extendido, carece en tanto “edificio” de relevancia en las formas del control social del siglo XXI. Ya no es un edificio separado. La cárcel se ha extendido, el modelo mismo se ha “replicado” a la sociedad misma, enteramente: la sociedad es la nueva cárcel, donde todos los rincones (donde los ciudadanos son “internos”, presos sin intimidad, sin derecho a un espacio privado, privativo) son observados, vigilados, vistos (expuestos enteramente) continuamente como por un Gran Hermano al estilo de George Orwell. Nada “escapa” a la vigilancia. A esos disimulados ojos de cámaras (“Sonría, lo estamos filmando”) que lo registran todo (“por su propia seguridad”), que sobre todo hacen un “seguimiento” de cada “caso” por “precaución”. El modelo de panóptico/vigilancia de la cárcel se ha extendido (se ha “copiado”) a toda la sociedad civil. La tecnología (la “revolución de las comunicaciones”) ha provisto los recursos, los medios técnicos (por eso es tan importante cuestionar la aparente neutralidad de la técnica, de sus usos prácticos). Los muros de esta cárcel son otros (virtuales, se esconden en nada inocentes “servicios” a los usuarios, portales, “perfiles”, etc.) pero también

De todas formas, es bastante claro que, tratándose de servicios secretos estatales, bien puede considerarse que el espionaje electrónico y el control de población de otros estados son hoy verdaderos actos de agresión, de los que pronto tendrá que hacerse cargo mucho más seriamente el *derecho internacional*.

En cuanto al control de la propia población –o *seguridad interior*–, pocas dudas caben de que el fichaje y la clasificación electrónica de datos representa una seria amenaza para las democracias, que deberá ser rápidamente materia de legislación interna, al igual que el problema planteado por la autonomización de los servicios secretos, que deberá ser encarado mediante regulaciones que impongan el control parlamentario o políticamente plural. En el mediano plazo, esto deberá ser materia del *derecho constitucional*.

tienen, como los muros de la Alemania de la DDR, sus guardianes. Sus “custodios” que denuncian toda “sospecha”. Todo “peligro”. Toda alteración. Todo riesgo. Todo cambio. Todo movimiento “sospechoso” en las “redes”. La vigilancia permanente –que se inicia en las cárceles– es hoy el “modelo” que rige la organización de la sociedad entera. La sociedad misma está presa. La sociedad (en el capitalismo avanzado, que debe ser en todo momento “eficiente”) está presa/rehén de esta vigilancia continua, masiva sobre cada aspecto de la vida (de todo queda un registro: médico, civil, policial, etc.) que rebaja a las personas a meros “recursos” vigilados/controlados en todo momento, a cada paso: en cada acto, por “trivial” que parezca. No faltará, en este camino (inescindible de la biopolítica o biopoder denunciado/anticipado por Foucault) en que nos observen detenidamente también dentro de los baños, en búsqueda de cualquier “información” que pudiera resultar “relevante” (no hay límites en la búsqueda de información: las torturas durante las dictaduras demostraron la ausencia de límite moral en la búsqueda de “datos” para alcanzar la “verdad”), “gesto”, “signo”, alteración “anormal”, indicio. La tecnificación gradual de todos los aspectos de la vida (la sexualidad, las relaciones amorosas que se inician en “portales” y no ya en la interacción humana concreta, espontánea, “casual”) es inescindible de estos procesos de vigilancia, que apuntan a una mejor “regulación” (gestión) de la vida social y económica. Todo con la lógica de la administración de “recursos”. No ya con la lógica de la participación política y democrática, sino con la gestión vertical de recursos “humanos” que se “administran” del modo más “eficiente”. El auge del espionaje masivo es el auge de la vigilancia masiva, de la sociedad de control en el capitalismo avanzado, con su aversión a todo riesgo, aspecto de la criminología actuarial. Se “gestionan” pues las poblaciones. Esta era la base (totalitaria) del biopoder. (Sloterdijk, Peter, *Normas para el Parque Humano. Una respuesta a la “Carta sobre el Humanismo”*, Buenos Aires, Losada, 2012. También Žižek, Slavoj, “La máscara humanitaria de la explotación: los comunistas liberales de Porto Davos”, en *Revista Cultural* Ñ (*Clarín*, Buenos Aires, 6-5-06).

Cuando nos referimos a la tendencia a una *regresión tecnológica que retoma elementos capaces de dar lugar a una suerte de Edad Media digital*, no nos estamos refiriendo a una *fatalidad*, sino solo a una peligrosa tendencia. Señalar una tendencia es una *advertencia*, no necesariamente un *destino*. La humanidad ha superado muchos peligros y se han desmontado muchos monopolios, el control digital de población propia y extranjera es uno más. Se trata, en definitiva, y retomando la vieja fórmula del jurista alemán Ihering, de luchar por el Derecho. De retomar el proyecto ilustrado de la modernidad donde la privacidad de las personas no es (no era) concebida ni presentada como un peligro, como una amenaza latente para la “seguridad ciudadana” o nacional, la privacidad no es una amenaza para la seguridad de los Estados o en los Estados. Sobre este razonamiento esencial y primario, tan básico (que los individuos tienen una esfera de acción privada) se construyó el Estado de Derecho. Privar a los individuos de su privacidad es privarlos, en definitiva, de su carácter de tales. Es promover, con cámaras y vigilancia permanentes, la despersonalización y la ruptura de todos los vínculos y lazos y espacios sociales que se derivan de aquella. Es promover la ruptura de todo diálogo. De toda participación. De todo vínculo. Es anular el valor de la palabra y de la libertad civil.

La agresión contemporánea: repensando el Estatuto de Roma

“El espionaje masivo resulta una violación grave de los derechos humanos y de la soberanía”.

Dilma Rousseff en la Asamblea General de la ONU, 2013

“Los conceptos jurídicos siempre son funcionales, porque todos cumplen una función que afecta el ejercicio del poder punitivo”.

(Zaffaroni, Alagia, Slokar, *Tratado de Derecho Penal*)

¿Puede una violación (de derecho internacional) grave, tal como indica Dilma Rousseff, quedar sin condena? Una de las crisis más complejas que atravesó y aún atraviesan las democracias en los últimos años vino dada por la profunda crisis que representó el escándalo del espionaje masivo de la NSA (destapado en 2013 por el ex espía norteamericano Edward Snowden), que afectó no solo la legitimidad de los Estados democráticos modernos (la

base misma de lo que entendemos por Estado de Derecho, por democracia, por sociedad civil), que tiene como una de sus misiones centrales preservar las garantías civiles (siendo la privacidad de las comunicaciones –garantía de autonomía personal, libertad de expresión– una de ellas, una de las más fundamentales en una democracia), sino también habiendo afectado (el escándalo del espionaje masivo a dirigentes, políticos, embajadores, jueces, estudiantes, empresarios, etc.), la efectividad y el sentido mismo de la diplomacia, de los espacios internacionales públicos, de los foros donde se negocia –en principio– de buena fe y donde se buscan, generan y consolidan acuerdos. Pensar la agresión en el derecho penal internacional (DPI) configura un tema de enorme trascendencia para pensar la evolución de la democracia en los albores del siglo XXI, pero también para pensar los caminos sinuosos que actualmente transita el Derecho Internacional Público en general y el Derecho Penal Internacional en concreto, tomando como eje la “normalización” gradual de estados, actos y medidas discrecionales que antes (del resurgimiento de la doctrina seguridad nacional, a partir de 2001) eran considerados “de excepción”. La normalización del estado de “excepción” (que ha pasado a ser, como afirma Gunter Frankenberg, el estado regular de cosas, el estado “normal”) es inseparable del resurgimiento político de la doctrina de la seguridad nacional (que explica el uso de mecanismos de tortura,⁴⁹ de espionaje masivo, de cárceles clandestinas, etc.; todo en nombre de la defensa no de la seguridad colectiva, como predica o pretende la ONU –en aras de la cooperación entre países– sino del interés “nacional”, las potencias defienden “sus intereses”, esta defensa de sus “intereses” es inseparable muchas veces de la comisión de severas “agresiones”). Repensar la agresión en el siglo XXI (la forma que la misma cobra en función de las nuevas posibilidades de “agresión” que abren las nuevas tecnologías de que disponen los Estados, los países más desarrollados y avanzados económicamente, con avances científicos, y técnicos) parece ser la única forma de preservar la democracia de amenazas no tanto externas (“la amenaza del terrorismo”) sino internas, como el espionaje masivo tecnológico (EMT), que en nombre del combate al terror y la defensa de las libertades civiles termina socavando esas mismas garantías civiles básicas y esas mismas libertades,

49. Denominadas con el eufemismo de “técnicas de interrogatorio mejoradas”, como el submarino.

en cuyo nombre, paradójicamente, se ejerce y comete.⁵⁰ El espionaje masivo termina socavando la libertad y el Estado de Derecho, erosiona la legalidad.

En el marco de la llamada “lucha al terror” (guerra al terrorismo, *están con nosotros o contra nosotros*, afirmó Bush hijo en 2001, dando pie a la basta doctrina de la guerra preventiva, violatoria de todo ordenamiento jurídico), la pérdida de derechos civiles ha dejado de ser la “excepción” y se ha convertido lentamente (a nivel discursivo, y jurídico) en la regla.⁵¹ Se ha ido convirtiendo en el estado “normal” –permanente, no excepcional– de cosas. Lo que antes era la “excepción” hoy es poco a poco la regla. Esto traduce una crisis profunda de la legalidad internacional, de la modernidad jurídica. El principio de legalidad está siendo erosionado, como advierte Ferrajoli, y con él el Estado de Derecho.⁵² La democracia constitucional está siendo vaciada de contenido, de garantías. El espionaje masivo (incluso entre “países aliados”, como sostuvo Angela Merkel, tras el escándalo que supuso que hasta su propio teléfono personal estuviera intervenido y espiado continuamente por un servicio secreto de otro país) es la contracara necesaria de esta crisis profunda. En nombre de la lucha al terror (mayor “seguridad nacional”) muchas sociedades han renunciado gradualmente a muchas de sus garantías y derechos esenciales y también han renunciado a cooperar entre ellas (la seguridad colectiva, principio rector de la ONU, se basa en la cooperación internacional, siendo la cooperación –contra la que conspira la reestablecida doctrina de la “seguridad nacional”– la contracara de todo espionaje). El espionaje masivo lesiona la autonomía y la libertad

50. Frankenberg, G., *Técnica estatal. Perspectivas del Estado de Derecho y el estado de excepción*, Rubinzal-Culzoni, 2014. El autor muestra cómo se va “normalizando” lo que (como la lesión y renuncia de derechos civiles) antes era visto como algo excepcional, como un estado de “excepción” que poco a poco se ha vuelto un estado “normal” de cosas, lesionando nuestras libertades y desdibujando lo que entendemos por democracia. Con el resurgimiento de la doctrina de seguridad nacional, el estado de excepción se va convirtiendo –y se ha ido convirtiendo– lentamente en la “regla”.

51. Las democracias corren el riesgo –sin garantías civiles sustanciales– de convertirse, como advierte Ferrajoli, en una cáscara vacía, formal, detrás de la cual no hay una sociedad civil que ejerce plenamente sus derechos políticos. El espionaje erosiona y socava la autonomía personal. Violenta nociones elementales de lo que entendemos por Estado de Derecho y democracia constitucional. Ferrajoli, L., *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2012.

52. Ferrajoli, L., *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2014.

civil y esto perjudica a la democracia. Pero también lesiona la legitimidad (el sentido mismo, el objeto) de los espacios y foros internacionales donde los Estados acuerdan: se vulnera la diplomacia. Se desdibuja el diálogo en todos los niveles: internacional, nacional, político, se desdibuja incluso la interacción civil.⁵³ Se desdibujan los foros políticos y los espacios donde se generan acuerdos nacionales o internacionales. Se desdibuja la libertad de expresión, que es reemplazada, en un Estado que vigila –registra, supervisa, y contabiliza (hace un seguimiento de)– todas las comunicaciones privadas –todos los pasos– de sus ciudadanos, por la autocensura. Por el terror. No por la libertad civil. El espionaje masivo produce autocensura. La vigilancia permanente es una forma de la represión política.

Kant establece que “la persona moral es el sujeto racional libre, bajo el imperio de las leyes éticas”.⁵⁴ La idea central de la modernidad, inescindible

53. Se daña el sentido de lo que entendemos por *personalidad*. El espionaje, la vigilancia, como en toda institución total (en el sentido de Erving Goffman), lógica antes solo reservada a la cárcel –donde todos los encerrados son “tutelados” e infantilizados por el sistema, reducidos y conducidos– pero que hoy se ha extendido a todos los espacios y resquicios de la sociedad, empresas, calles, parques, estaciones, universidades, campos de deportes, edificios, barrios cerrados, todo (para disminuir supuestos riesgos o peligros) es vigilado, cada espacio, cada rincón cuenta con una cámara que registra todo, inhibe el desarrollo de la persona. El espionaje masivo inhibe la libertad y lo que entendemos por derecho a la personalidad, por derecho a ser persona. Todo esto se hace en nombre de la seguridad nacional. El espionaje masivo mina todo reconocimiento civil y político a la persona espía, la disminuye, y desaparece –degrada– su autonomía civil y su capacidad de participación. Le niega sus derechos. El espionaje masivo supone un Estado que desconfía de todas las (sus propias) personas, de sus propios ciudadanos, desdibujando la frontera sobre la que se edifica la sociedad civil, escindida del Estado. En una sociedad donde rige el espionaje masivo, no hay sociedad civil. No hay participación política. No hay sociedad abierta. Todos los ciudadanos pasan a ser “internados” dentro de sus propios Estados/sociedades (Goffman). El espionaje masivo produce la represión y la auto-censura del internado.

54. Si el núcleo axiológico de la persona es la eticidad (como cree Kant), el espionaje masivo, al borrar la noción de “conciencia” (al dejarla sin espacio) del sujeto, nos deja –produce– una sociedad –un mundo, una persona– inerte y sin valores. Donde el hombre es un mudo “recurso” *inconciente, inerte*. Precisamente, la falta de “conciencia” (social, moral, política, subjetiva, la falta de conciencia en el sujeto) en todos los niveles, es lo primero que puntualizan y demandan y denuncian las escuelas críticas (Frankfurt, el marxismo, el feminismo radical, etc.). Sin conciencia “crítica” (moral) en el individuo no puede haber cambio político, participación: crítica. De allí que la anulación de la conciencia que produ-

del progreso político, en la constitución de sociedades regidas por el Derecho, es la noción de autonomía del sujeto. De sujeto racional libre y autónomo. El sujeto autónomo es el sujeto racional. Donde hay espionaje no hay privacidad, y donde no hay privacidad, no hay –no puede haber– autonomía. El espionaje destituye a la Razón. El espionaje del Estado sobre los sujetos atenta, pues, contra esta estructura de la personalidad, contra estos desarrollos de las personas, contra el derecho a la personalidad: contra el derecho a ser (reconocido y respetado como) persona. El espionaje elimina la libertad. La persona ya no es libre de “pensar” por sí misma y de actuar autónomamente. Se le quitan estas posibilidades. Como en toda institución total (en una sociedad dominada por el espionaje masivo, la sociedad es la nueva “cárcel”) las personas regresan a estadios infantiles. No hace falta, como pretendía Kant, pensar, dar el salto a la madurez. Todo es dirigido-regulado. Normado. La autonomía es reemplazada por la obediencia. La sociedad termina siendo en este escenario la nueva “institución total”. Una cárcel nueva, virtual, donde todos los pasos, voces, ideas, deseos, errores, quedan marcados, anotados, registrados, “seguidos”. Vistos. El modelo de vigilancia carcelario se expande de la cárcel a la sociedad misma, a la sociedad entera, que termina siendo ella misma una gran cárcel. Esto genera autocensura, desmovilización, indiferencia, apatía. Apolítica, no libertad.

La esencia misma del Estado de Derecho, concebido por la modernidad como reacción ilustrada a la sociedad estamental, autoritaria, de vigilancia, es puesta en cuestión, en tela de juicio, en crisis, por el espionaje masivo. El espionaje (naturalizado como algo “normal” en la lucha –permanente– al “terror”) daña de modo profundo la personalidad, el desarrollo de las personas (la confianza misma en la persona, en el progreso),⁵⁵ vulnera las libertades civiles, jaquea la autonomía y la capacidad de expresarse de las personas

ce el espionaje no es inocente en términos políticos: es funcional a un tipo de sociedad –y de sistema económico– que regentea personas como si fueran “recursos”. No sujetos con dignidad y con derechos. Fines, y no medios, pretendía Kant. No sujetos libres sino vigilados. El sistema económico invierte ese postulado básico de la moral kantiana. El sistema económico (en el cual se inscribe la vigilancia masiva) trata a las personas no como fines, sino como recursos, como medios sin voz, como sujetos indignos, ya como un medio, un recurso, no tiene dignidad: está cosificado. Es una cosa. No un hombre. No es persona.

55. La vigilancia masiva de cada aspecto de la vida civil y personal tiene como presupuesto una antropología negativa.

(su derecho a expresarse) sin sentirse acosadas o vigiladas desde el Estado mismo. El EMT mina la deliberación democrática. Desdibuja la diplomacia y la actividad política. Amenaza con destruir los pilares mismos sobre los que se construye y edifica la sociedad civil: la participación ciudadana.

Dijo Dilma Rousseff, presidenta de Brasil, en la Asamblea General de la ONU, en 2013, que el espionaje masivo (de ciudadanos, empresas, presidentes, jueces, académicos en todo el mundo) es una violación del derecho internacional grave, lo cual es claro. El desafío es ir más allá. No alcanza con decir que el espionaje masivo es un fenómeno “grave” y que sus actores –proviengan del Estado que provengan– cometen una vaga pero muy clara “violación del derecho internacional grave”. Se debe establecer cómo y por qué esto es una violación “grave” del derecho internacional. Lo complejo es determinar en todo caso cómo (por qué y para qué) se juzga en concreto eso que se dice “violación del derecho internacional grave”. A través de qué figura en concreto del derecho internacional, de qué instituto. El crimen de agresión puede ser esa figura. Es la que permite juzgar de modo más directo y sin recurrir a la analogía (vedada en el derecho penal) estas violaciones masivas que lesionan de modo manifiesto y concreto –y sistemático– los valores y la letra misma de la Carta de la ONU. La diplomacia y la política internacional se ven socavadas y amenazadas por el espionaje masivo. Pero también el comercio, la libertad económica, la vida civil (máxime para quienes asocian, asumiendo el discurso de posguerra dirigido precisamente contra sociedades entre muros, como la Alemania de la DDR, la doctrina del libre mercado, donde se vinculan el capitalismo y la democracia), amén de la grave lesión de derechos civiles esenciales, se lesionan también la diplomacia, la actividad comercial, la deliberación política democrática. No alcanza con decir, como dijo Rousseff en Nueva York, que el escándalo del espionaje masivo denunciado por Snowden es una “violación del derecho internacional grave”. Lo es. Pero Rousseff no pudo decir mucho más que eso: esta violación “grave” carece por el momento de una figura concreta que le dé cauce y evite o morigere la impunidad con que se manejan los actores de este crimen. Por tal razón es que hace falta dar el siguiente paso. Y ese siguiente paso (que aún no se ha dado, que aún el derecho penal internacional no dio, que es un paso todavía pendiente) no se puede dar en el vacío: necesita de un marco teórico preciso, que brinde posibilidades efectivas y concretas de persecución y condena. Se debe determinar primero por qué el EMT, con las características y efectos globales actuales, es una violación manifiesta,

muy grave como dijo Rousseff, al derecho penal internacional (a la letra y al espíritu de la carta de la ONU, a la letra y espíritu de toda constitución liberal moderna, una violación de toda legalidad jurídica, de todo marco civil) y sobre todo cómo se puede o debe juzgar –a través del Derecho– tal violación grave. A través de qué figura, de qué instrumentos.

Angela Merkel pidió, apenas estalló el escándalo de espionaje masivo, con las revelaciones de Snowden, alcanzar un “balance” entre espionaje y democracia. Y sin embargo –como la propia Merkel terminaría por reconocer– no hay balance posible entre el espionaje y los derechos humanos. Entre el espionaje y la democracia el “balance” ya no es posible. Son caminos antagónicos, separados: el espionaje masivo es incompatible con la democracia constitucional, con las garantías civiles. El espionaje y la democracia se oponen. No pueden caminar juntos. Siempre van separados. Donde crece uno, desaparece el otro. No pueden convivir, porque el espionaje, una vez operado, no reconoce controles ni límites. Ningún “balance” (para usar la expresión de Merkel) es posible. El pretendido “balance” (entre espionaje y democracia, donde el espionaje “protege” a la democracia en tanto “combate” el terrorismo) no ha tenido lugar. El “balance” pretendido se inició absolutamente sobre uno de sus lados: el espionaje masivo. El “balance” nunca se alcanzó. Y nada hace pensar que el mismo sea realizable ni posible. El “balance” es solo un recurso retórico, discursivo, para justificar la supervivencia de las mismas prácticas que estamos cuestionando. Hablar de “balance” es, luego del escándalo desatado en 2013, asumir que el espionaje masivo debe –bajo ciertos “balances”– seguir. Esto es lo que estamos cuestionando y lo que la propia canciller alemana terminaría afirmando, luego de que se supiera, semanas más tarde, que su propio celular privado estaba siendo intervenido, espiado.

Existen, como se ve, nuevas formas de agresión, nuevas formas de invasión de países, hay nuevas formas de hacer la guerra y de agredir, nuevas armas, nuevos instrumentos, y nuevos métodos en lo que significa ser “invasivo”. Hay nuevos condicionantes, nuevos objetivos, nuevos blancos. El derecho penal internacional debe adaptarse a los mismos.⁵⁶ No puede

56. Estados Unidos tiene una tendencia política histórica a la extraterritorialidad en la aplicación de sus propias normas. Este fenómeno de aplicación extraterritorial de sus propias normas jurídicas es, en rigor, inescindible de su auto-asumido rol de policía o

permanecer impasible ni recurrir a instrumentos del siglo pasado para comprender estas realidades complejas y cambiantes.

Los avances de la tecnología condicionan también la forma en que pensamos la esfera privada de las personas: su intimidad, para evitar el anglicismo (debe hablarse de esfera íntima y no de esfera “privada”, lo que se vulnera con el espionaje es la intimidad misma de cada persona). Condicionan los modos en que la privacidad es pensada y puede ser preservada por los Estados. Sin privacidad no hay sociedad civil. No hay participación política. No hay diálogo. Sin privacidad –sin intimidad, sin espacios íntimos “excetos” de toda vigilancia– desaparece el sujeto de derecho autónomo: desaparece la (lo que entendemos por) persona. Y también por ciudadano. Por ser humano.

Sobre la vigilancia y los guardianes del Muro. El eminente jurista alemán Gustav Radbruch, que en la posguerra había cuestionado al positivismo jurídico por dejar a los juristas alemanes (a muchos, no a todos) del todo “indefensos frente a leyes injustas y crueles” (pero formalmente “válidas”) pergeñó su célebre fórmula (la llamada “fórmula Radbruch”, según la cual la injusticia extrema no es Derecho,⁵⁷ con lo cual el derecho nazi no era “derecho”, era un derecho tan “extremadamente injusto”, de una justicia tan “ostensible” y evidente⁵⁸ que se le debía negar la cualidad de jurídico, la

gendarme “mundial”; las actividades de espionaje masivo de las agencias de seguridad norteamericanas (pero también de otros países, que a su vez se benefician de los datos revelados por la primera) se inscriben dentro de este último aspecto, legitimadas por la Sección 215 de la Ley Patriota. Para confirmar la hipótesis relativa a los efectos extraterritoriales de la Ley Patriota de los Estados Unidos, basta con considerar sus efectos concretos, y no solo sus implicancias políticas y morales: se revisan mails y mensajes privados de millones de personas de todo el mundo, a diario, en todos los países, sin excepciones. Todos son considerados a priori “sospechosos”. Rige la “sospecha”. Un ejemplo elocuente es que el FBI espío (mucho antes de la Ley Patriota y durante más de 25 años) al escritor colombiano Gabriel García Márquez por sus “relaciones con la prensa cubana”.

57. Radbruch, G., “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, en *Süddeutsche Juristenzeitung*, München, Alemania, 1946.

58. Claro que esto no fue así en determinado momento (la etapa nazi) para millones de personas y tampoco para miles de juristas, profesores, jueces, abogados, que aplicaban este derecho como el único válido. Carl Schmitt no fue la excepción: fue la regla en esa etapa, profundamente antiliberal, antidemocrática, antiilustrada, y antiigualitaria, contra las “abstracciones” modernas (como la abstracción del principio de legalidad, la abstracción de los derechos universales del Hombre, etc.).

cualidad de Derecho, es decir su validez, en suma, su calidad de “derecho válido”, luego se aplicaría este razonamiento para censurar también el derecho de la DDR) cuestionando a los guardianes del Muro de Berlín, que tenían la orden de disparar contra todo aquel hombre que, desesperado por la opresión y el hostigamiento (de la DDR) quisiera escalar esas paredes grises y escapar (“violador la frontera”, ser un enemigo de la Alemania “democrática”) a otra parte, donde se sintiera más libre, menos espiado, menos controlado, menos vigilado, menos asediado en sus pasos. Más persona.

El caso de los guardianes del muro (*Mauerschützen*) es un caso emblemático resuelto por el Tribunal Constitucional alemán una vez producida la reunificación. La fórmula Radbruch (empleada en desmedro de principios esenciales como la irretroactividad de la ley penal) configura un “derecho suprallegal”. No es un secreto que la misma supone un regreso –de posguerra, ante el horror nazi– a los cómodos fundamentos del iusnaturalismo.⁵⁹ El caso de los guardianes del Muro es relevante porque muchos de quienes “violaban la frontera” (arriesgaban sus vidas para escapar de la DDR), lo hacían hartos de un Estado totalitario que los espiaba continuamente, que vigilaba y controlaba todos sus actos, hasta el mínimo de ellos, anulando primero la vida civil y política (por eso fue necesario construir un Muro), y luego la calidad de personas de los individuos. Su personalidad quedaba anulada. La injusticia de ese régimen era extrema. Que dispararan los “guardianes” sobre aquellos que querían escapar de esa sociedad hipervigilada, controlada, como afirmó Walter Linse, hasta en sus más mínimos aspectos, terminaba de cerrar un cuadro dominado por el horror, el aislamiento, la vigilancia y el totalitarismo.

Hoy el mundo parece –con la normalización del estado de excepción, con la normalización del espionaje masivo, con la normalización de las “técnicas de interrogatorio mejoradas” (torturas), con la normalización de las cárceles clandestinas e inhumanas alrededor del mundo, como Guantánamo,

59. El Tribunal Constitucional Federal de Alemania (Bundesverfassungsgericht) dictó un emblemático fallo conocido como “Los guardianes del muro de Berlín” donde se resolvieron distintos recursos de inconstitucionalidad promovidos por distintos agentes de los batallones policiales que integraban los (llamados) “Guardianes del muro”; en contra del delito de homicidio de una persona que intentó ingresar al territorio de la República Democrática Alemana (RDA). El fallo sucedió después de la reunificación alemana: después de la caída del Muro.

con los centros de “acogida” de migrantes, con la expoliación feroz de recursos naturales no renovables– estar volviendo lentamente sobre sus pasos. Por eso mismo entendemos que no es descabellado pensar (y para prevenir crímenes mayores) que el espionaje masivo pueda ser pensado como un crimen de agresión, por su dimensión y su escala, por su sistematicidad, operatividad. Ya no hablamos del espionaje con las características que el mismo tenía en 1950, 60 o 70. El espionaje masivo en celulares, computadoras, a dirigentes políticos, presidentes, jueces, embajadores, ciudadanos comunes, tiene una escala y una dimensión nueva –impensable poco tiempo atrás– que obliga a replantear la forma en que se lo piensa, define y aborda. Nos obliga a repensar la agresión.⁶⁰

El espionaje masivo, con los medios y la sistematicidad actuales, a dirigentes, cancilleres, diplomáticos, jueces, periodistas, estudiantes, empresas y empresarios en todo el mundo, violando fronteras territoriales y reglas básicas del derecho internacional público de modo sistemático, socavando la base y el valor mismo de la diplomacia, es o configura abiertamente un “acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituye una violación manifiesta de la Carta de la ONU”. Una violación de la democracia. Del principio básico del derecho internacional de que se negocia y se

60. Incluso es posible pensar que las actividades reveladas por Snowden, con los sofisticados equipos informáticos automatizados, configuran una actividad “nueva” diferente del espionaje tradicional (que a falta de un término mejor denominamos “espionaje masivo”), que quedaría, incluso, “legitimado” como práctica de excepción. Lo que no puede hacerse es tomar los argumentos que se usan para justificar el primero, el espionaje (como práctica de excepción, con sus métodos clásicos) y emplearlos para justificar (el segundo, que configura) un fenómeno nuevo, altamente invasivo (sistemático, altamente “agresivo”, masivo) de todos los aspectos de la vida (humana y social, económica y política, vulnerando y avasallando la soberanía de los países). Incluso es posible pensar que son dos fenómenos separados (y separables) y que los argumentos que se usan para justificar el primero (incluso si siguen siendo válidos para justificar el espionaje tradicional, excepcional, cuando se utiliza el espionaje para “prevenir atentados”) no pueden ser usados para justificar el segundo, el espionaje “masivo” que abarca a miles de empresas, jueces, periodistas, diplomáticos, estudiantes, activistas de todo el mundo, que en modo alguno pueden ser catalogados ni sospechados de “terroristas”. El espionaje sobre esta gama variada de personas responde a otros intereses comerciales y geopolíticos estratégicos (distintos del “combate del terrorismo”). Precisamente responde a nuevas formas de hacer la guerra (económica) y acometer agresiones (en el mundo de los negocios, etc.) Esto explica el cambio en la forma de la “agresión”.

pacta de buena fe. El espionaje amenaza con quitarle valor a la diplomacia. Al derecho internacional. A los tratados firmados. A la propia justicia internacional. El espionaje atenta contra la paz. Atenta contra las relaciones entre los países, contra su soberanía y su integridad esenciales. Por esa razón el espionaje masivo (tecnológico, sistemático, indiscriminado), lo cometa el país que lo cometa, debe ser considerado como un crimen de agresión.

La discusión sobre el crimen de agresión es una discusión determinante sobre el futuro rol del Derecho Internacional, un derecho que ve actualmente cómo muchos de sus principios e instituciones e instrumentos esenciales están, desde el retorno de la retórica de la seguridad nacional y la guerra “preventiva” (y de escándalos globales como el escándalo del espionaje masivo), en crisis. Existe un grave retroceso en materia de legalidad internacional. Muchos actos que configuraban antes (del auge, en 2001, en plena “lucha al terrorismo”, de la doctrina de seguridad nacional) un estado de “excepción” hoy se han normalizado y forman parte del cuadro cotidiano (del estado normal de cosas) de la vida civil y política. La normalización de la excepción (la normalización del espionaje, la normalización de las torturas, la normalización de las guerras “preventivas”, la normalización de Guantánamo), como advierte Gunter Frankenberg en Alemania, representa un riesgo para la democracia. La vigilancia erosiona la vida civil y política. El escándalo del espionaje masivo y sistemático a dirigentes, empresarios, jueces, periodistas, políticos, ONG’s, diplomáticos, académicos, estudiantes, revela la crisis en que se encuentra sumida la diplomacia internacional pero también el Derecho Internacional Público.

A la hora de repensar la figura del crimen de agresión, una interpretación “restrictiva” no carece de consecuencias en la práctica: su consecuencia directa es el doble estándar en la persecución penal, que redundaría en la impunidad de las agresiones (sofisticadas, “nuevas”) que cometen los Estados más poderosos. La interpretación amplia de la agresión es la única que ape- la verdaderamente a la propia utilidad –sentido mismo– de la figura de la “agresión”: que es prevenir, justamente (a tiempo), crímenes aún mayores. La interpretación restrictiva –clásica posición alemana– en el fondo descrea de la figura misma de la “agresión”. No es casual que esta sea la posición “clásica” predominante en Estados que tienen –como Alemania, un Estado avanzado tecnológica y científicamente por otro lado– una larga historia de agresiones a otros Estados. Pareciera que la interpretación “restrictiva” es a su vez la posición más compatible –para estados poderosos, colonizadores

presentes y pasados– con la defensa de propios intereses nacionales o geopolíticos, e incluso comerciales.⁶¹

61. La expoliación de los recursos naturales en países pobres (de África o América Latina) también puede ser pensada (desde el margen latinoamericano, apelando a la teoría de la dependencia, que divide centros de periferias expoliadas, que padecen a su vez las consecuencias más notables del cambio climático que la erosión de la naturaleza en los países centrales produce) como “crimen de agresión”. (Si se prueba que la erosión industrial de las potencias y la polución que se produce en países avanzados tiene sus secuelas más graves y devastadoras no en esos mismos países que contaminan, sino en aquellos más atrasados, con menos infraestructura, como los países de África o América Latina; entonces es posible encontrar nuevas formas de –concluir que existen nuevas formas de– la agresión, vinculadas a la forma de procesar y defender intereses económicos, comerciales, estratégicos, políticas públicas vinculadas no solo a “objetivos militares” sino económicos y comerciales, industriales, que pueden derivar en “agresiones” a Estados indefensos o poco desarrollados económicamente, que ven su soberanía, territorio, recursos, población, vulnerados, “agredidos” de dos maneras por los Estados poderosos: 1. Por la expoliación directa e injusta de sus recursos naturales; desde épocas de la colonización hasta la actualidad subsiste esta agresión, este crimen de agresión; la colonización cobra nuevas formas. 2. Por las consecuencias que producen, sobre todo en los países menos desarrollados, con menos infraestructura, el cambio climático, consecuencia directa de la polución que producen las potencias centrales, que tiran sus desechos industriales “en la periferia” climática, económica, social y financiera, en forma directa, comprando espacios para desechar, y en forma indirecta, por la forma en que se procesa la contaminación en los ecosistemas. En suma, el desafío que proponemos pasa por repensar el sentido de la “fuerza armada” presente en la figura del crimen de agresión, repensando, en ese camino, lo que entendemos por agresión misma en el siglo XXI. Hay lógicas nuevas que el Derecho Internacional no puede dejar de considerar y que impactan de modo profundo en nuestra forma de pensar las “agresiones” como crímenes. Hay muchas agresiones que históricamente han quedado impunes, silenciadas, no vistas. Negadas. Vistas como etapas necesarias en el “desarrollo”. El objetivo es cambiar –combatir– esta impunidad, que permite que se juzguen curiosamente todavía en la actualidad algunas agresiones (cometidas por estados poco desarrollados, colonizados, como los países de África, esto no es casual, es doblemente simbólico) dejando impunes, una vez más, las agresiones que cometen, con su sofisticación instrumental (antes como ahora), los Estados más poderosos del planeta: los colonizadores militares, económicos, culturales. (Zaffaroni, E. R., *El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*, Buenos Aires, Ed. Madres de Plaza de Mayo, 2015). En este sentido la teoría de la dependencia (Schwarz, Cardoso) aporta un marco teórico adecuado para cuestionar el lenguaje “universalista” de las responsabilidades por ejemplo medioambientales, que no son “parejas” para todos, como pretendía la primera Declaración de Estocolmo, que la Declaración de Río sobre medio ambiente, en 1974, en Brasil, terminaría cambiando, instalando esta división conceptual

entre centros y periferias del “desarrollo”). La colonización no terminó y sus “agresiones” tampoco: cambian de forma.

Así como en el plano político los “golpes” no son ya militares porque han cambiado las formas de los “golpes” políticos (armados...), porque hay ya nuevas “armas”, nuevas formas de dar los golpes, hay nuevas formas y métodos de hacer la guerra, hay nuevas formas de hacer y acometer la agresión, nuevas formas de cometer agresiones. Lo que entendemos por “armado” pudo haber cambiado pero eso no obsta a que por “meras cuestiones de nomenclatura”, como afirma Benjamin Ferencz, no veamos el fondo de la agresión en un acto violento como el espionaje masivo o la extracción de recursos naturales en países pobres y expoliados que padecen doblemente las consecuencias de una polución ambiental que ellos mismos no producen, pero padecen. La expoliación histórica de los recursos naturales en África por muchas potencias (Europa y EE.UU.) puede y debe ser vista como un crimen de agresión, tanto o más que el espionaje masivo (que esos mismos Estados producen). La agresión exige, en varios planos, como se ve, ser repensada. Cada uno de los elementos de lo que configura el crimen de agresión exige una revisión profunda, también la cualidad de lo “armado” exige ser repensada, porque todas estas conceptualizaciones están siendo profundamente alteradas por los rápidos avances y cambios de la tecnologías, que dotan a los Estados de nuevos y sofisticados instrumentos y nuevas formas de “atacar”, hostigar y de “agredir”. (Véase Ginzberg, Victoria, “Para que los delitos económicos no queden impunes”, en *Página/12*, Buenos Aires, 10 de septiembre 2015. También Naucke, W., *El concepto de delito económico-político. Una aproximación*. Madrid, Marcial Pons, 2015. El concepto de criminalidad económico, como afirma Naucke en Alemania, debe ser interpretado y repensado, al igual que proponemos con la agresión –con el crimen de agresión– en este ensayo, “extensivamente”, no en modo restrictivo, interpretación “restrictiva” de la criminalidad económica y financiera y medioambiental que es naturalmente favorable a aquellos centros de poder mundial donde estos crímenes –financieros, económicos, medioambientales, con consecuencias atroces, como el mal llamado “drama migratorio”, escudando los fenómenos y actos que producen o provocan estos “dramas” humanos– se organizan, planifican y deciden. Todo esto nos debería hacer pensar un nuevo concepto de la criminalidad económica que abarque también a la “agresión”, al crimen de agresión financiera, económica y medioambiental, en cuyo marco a su vez las prácticas de espionaje masivo, como parte de intereses estratégicos comerciales globales, deben ser inscritas, siendo fenómenos inescindibles a la luz de un Estado que defiende “posiciones” globales, invisibilizando todo acto que implique una –o pueda ser denominado como una– “agresión”). Por definición los crímenes de los Estados más poderosos no se conocen, y cuando se conocen, no se nombran, no se califican con precisión, carecen de un nombre adecuado, carecen de una tipificación: no se juzgan. La “agresión” interpretada y pensada extensivamente (del espionaje masivo a las “agresiones” económicas entre países, pero también medioambientales, financieras, etc.) puede brindar un cambio para alterar este statu quo en la doctrina y en la jurisprudencia. Las consecuencias de las agresiones (no nombradas) están presentes y son ostensibles. No se pueden seguir disimulando. En modo contrario, ni las guerras ni las “crisis migratorias”

ni las catástrofes “naturales” en países en desarrollo –sin infraestructura suficiente para afrontar tales cambios– podrán comprenderse o entenderse. Hay “agresiones” disimuladas detrás de estos fenómenos, que siempre se explican como “dramas” sin causa. La causa existe y es una agresión, una agresión que a menudo no es nombrada sino negada por el Derecho. Por eso proponemos lo básico: proponemos “nombrar” estas agresiones. Proponemos “nombrar” estos crímenes de agresión. Este es el primer paso. El sentido de esta figura, el crimen de agresión, es criminalizar conductas de modo de evitar crímenes aún mayores. Entonces, con la interpretación extensiva propuesta, abarcando nuevas “agresiones” (actuales, no solo pasadas) hacemos exactamente “lo propio” (el objeto) de esta figura: prevenir crímenes mayores. Evitar más muertes. Más crímenes. Más sufrimiento. La que falla, entonces, de cara al objeto mismo de esta figura, es la interpretación *restrictive*, que aquí impugnamos y discutimos: solo la visión *extensive* conduce a esta figura a alcanzar su propio cometido, que es evitar, condenando las agresiones (las nuevas agresiones), nuevas guerras. Nuevos dramas humanitarios. Nuevas crisis. Callar la agresión es ser funcional a la guerra. Por eso no es casual que en muchos países Estados “potencia” se proponga como en Alemania una posición “restrictive”. Pero los países emergentes, como los latinoamericanos, deben estar, en función de su propia historia (cargada de agresiones no nombradas) en contra de esta “interpretación” que tiende a mitigar la responsabilidad de los países centrales en la erosión y explotación del planeta, en la generación de desigualdades económicas-sociales, etc. En una palabra, en la propagación de la injusticia y de la erosión del medio ambiente llamada por algunos “progreso”. Nosotros entendemos que el “progreso” esconde agresiones (contra otros países que se “resisten al progreso”, que no quieren “estar en el mundo”, recibir “inversiones”, etc.: existe toda una retórica de la agresión, destinada a negarla). Niega sus crímenes. La interpretación *restrictiva* está en contra en el fondo de la figura misma de la agresión, como el profesor Ambos reconoce. Nosotros proponemos una interpretación amplia, extensiva, precisamente porque estamos de acuerdo, a diferencia de Ambos, con emplear cada vez más esta figura para denunciar y hacer ver las muchas agresiones –los muchos crímenes– que se reproducen en el planeta sin que el Derecho las nombre. Y no las nombra porque muchas de estas agresiones, muchos de estos crímenes (que muchos quieren interpretar “restrictivamente”) son funcionales a un determinado sistema económico, a unos determinados “intereses” nacionales (de países centrales, que manejan a su vez las finanzas globales), a un determinado reparto del poder mundial, del uso y abuso de recursos naturales “estratégicos”, etc. El reparto del poder financiero, la organización del poder económico, es inescindible de la forma en que pensamos (extensiva o restrictivamente) la agresión. El statu quo propondrá siempre una definición *restrictive*, funcional al sistema económico imperante. La visión *extensive* aquí propuesta pone precisamente este sistema económico (sus intereses y parámetros) en tensión: los cuestiona, los discute, los impugna. Esto es lo que la visión restrictiva de la agresión no quiere. Cuestionar un sistema económico (financiero y medioambiental mundial) que se beneficia (y se maneja con) “agresiones” (con crímenes) que no se pueden nombrar. Con el uso y abuso de recursos “estratégicos”, con la violación de la soberanía de muchos países/Estados, con la violación de la

privacidad de cancilleres, empresarios, políticos, jueces, del mundo entero: esta estructura de espionaje masivo (vigilancia masiva) no busca como afirma Rouseff combatir al terrorismo, sino generar un sistema de “control” permanente sobre recursos naturales y comerciales “estratégicos” distribuidos alrededor del mundo. El espionaje masivo revela pues una pugna comercial y geopolítica (una carrera de intereses) entre Estados: los ciudadanos, privados de su privacidad, de su intimidad, son las primeras víctimas de esta “guerra”, de esta nueva “carrera”. Pero la lucha no parece ser “contra el terrorismo” (esa es apenas la excusa para justificar el estado de excepción impuesto como nueva “regla”) sino para consolidar “intereses” nacionales, recursos estratégicos, etc. Es en este Nuevo marco (de combate por recursos estratégicos) que se están multiplicando las agresiones, que han cambiado, a su vez, de forma, de apariencia, de sentido, de objeto. Por eso la aplicación o inclusión de la Declaración 3314 en el art. 8 bis, en pleno siglo XXI configura un error político y jurídico nada inocente: su inclusión es funcional a la visión restrictiva de la agresión que estamos aquí cuestionando. Por eso muchos países emergentes (africanos) se opusieron a la definición alcanzada en Uganda. Por entender que la misma no era “adecuada”. Que solo era funcional para criminalizar las agresiones toscas (que se cometen en África), pero no las nuevas formas de la agresión, de la que esos mismos países han sido históricamente (y siguen siendo aún hoy) las primeras víctimas. No victimarios. Por eso es tan importante cómo pensamos la agresión. La visión restrictiva que aquí cuestionamos (posición clásica alemana) es funcional al reparto del poder económico mundial actual, al actual sistema económico, cuyas agresiones (injusticias, y crímenes, “secuelas”, y daños) se ocultan. La interpretación extensiva aquí propuesta, por el contrario (que cuestiona las deficiencias de la definición de la agresión alcanzada en Uganda en 2010), pone de resalto precisamente lo que la visión restrictiva de la agresión disimula: las injusticias actuales del sistema económico imperante (no separa, en el siglo XXI, los intereses económicos de los “objetivos” militares, del accionar bélico), no solo pasadas: las agresiones que se cometen a diario a nivel internacional para mantener en “pie” un sistema económico mundial, financiero, medioambiental rapaz, inhumano, con múltiples consecuencias sociales (no asumidas, ya que al negar la agresión se niega su causa eficiente, se niegan las causas de muchos “dramas”, siendo que casi siempre son desatados por “agresiones” no nombradas, agresiones históricas negadas que han dado forma a un nuevo “sistema”, la acumulación de agresiones –disimuladas, vistas como algo “normal”, como parte del “progreso”, de la “civilización”, de Occidente– puede dar lugar a un “sistema” económico. El genocidio de indios es un claro ejemplo de “conquista” que no se interpreta como crimen, como agresiones a comunidades, a su historia, su identidad, sus tierras, sus recursos, su vida, su habla, su cultura, etc.) basado en el dominio y la explotación voraz de recursos naturales “estratégicos”, etc. Por eso entendemos que hay muchas agresiones que aún necesitan –demandan– ser nombradas. Este “grito silencioso” (de las agresiones acalladas, no dichas) no es inocente ni neutral: puede derivar directamente en el cuestionamiento de todo un sistema económico de reparto de poder mundial, cuyo cuestionamiento por punto es inescindible del cuestionamiento en abstracto de las “agresiones” (de las que el sistema económico forma inescindible “parte”). Las agresiones no se

cometen solas. Persiguen un objeto. Tienen un “sentido” comercial “estratégico” financiero mundial, basado en el reparto del poder y de recursos. De allí que las estructuras de espionaje masivo “cooperen”; muchas veces las agencias de estos países “trabajen juntas”. Por eso Obama dijo en Berlín, luego del escándalo de espionaje masivo, como si fuera una buena excusa, “no espiamos ciudadanos europeos”, léase: no espiamos “aliados” colonizadores, los que están con “nosotros”, los que comparten nuestros “intereses estratégicos” alrededor del mundo. Por eso el espionaje masivo (como agresión) no puede ser interpretado en modo “aislado”, separado de una macroestructura comercial y económica (financiera, medioambiental) con intereses precisos. Repensar la agresión es repensar la economía. El reparto del poder económico en el mundo: los “intereses” (agresiones) del sistema financiero. Por eso la visión restrictiva de la agresión (posición alemana) no es inocente. Es funcional o favorable al statu quo del que se benefician esos mismos países o potencias centrales, que “regulan” el sistema económico-financiero, como Alemania o EE.UU. Por eso es lógico, del todo “entendible”, que estos países defiendan una visión “restrictiva” de la agresión. defienden de ese modo sus posiciones “estratégicas”, sus “intereses”: y para hacerlo no se deben juzgar (nombrar, no se deben ver) sus agresiones, sus crímenes. Sus agresiones –ciertos crímenes de agresión– no son la excepción, sino la “norma” en el funcionamiento de un sistema económico mundial basado en la explotación y expoliación de recursos “estratégicos” y de personas. Nosotros proponemos –con Wolfgang Naucke– empezar a pensar esto como “agresión”. Como crímenes (de agresión) que no admiten seguir siendo acallados en aras del “progreso”, como en tiempos de la conquista (que padecen nuestros países de la “periferia”, pueblos, al decir de Hegel, “sin Historia”) agresiones que se silencian en aras de la tan mentada “civilización”. Estos crímenes del pasado son también del presente. La conquista no terminó. La expoliación de recursos perdura. Sigue en pie. La visión restrictiva no es solo funcional al statu quo del que se benefician quienes (negando sus agresiones, sus crímenes) dominan el sistema económico actual (que se sostiene, vale la pena repetirlo, sobre la “agresión” permanente entre países): produce a su vez, como segunda consecuencia, inescindible de la primera, el doble estándar de persecución, condenando las “agresiones” de los países más pobres y emergentes, negando, de este modo, como afirma Zolo, su calidad de víctimas. Es que esta es la primera cualidad que se debe “tapar” para negar o disimular las agresiones cometidas a diario por las potencias económicas centrales. Por eso es tan importante “condenar” (juzgar) países de África. Para borrar rápido su verdadera cualidad de víctimas de la agresión (víctimas del sistema económico de reparto, basado en la expoliación/robo de recursos). El doble estándar (producto de la visión restrictiva) no es, pues, inocente. Persigue un objeto deliberado, preciso. Es otra manera justamente de “ocultar” las agresiones más fuertes, más potentes: menos visibles (condenando las formas más atrasadas de la agresión, las más primitivas, las menos relevantes, más toscas, pero que no juegan ningún rol en la consolidación del sistema económico actual: eso es lo único que se “juzga” como agresión: lo que no “pone en juego” al sistema económico, las agresiones toscas cometidas en las costas de África no ponen en juego el “progreso”, la selectividad es funcional al sistema económico imperante, también a nivel mundial las cárceles están simbólicamente “llenas de

pobres”) porque son ya parte inherente (estructuran, son, las agresiones sofisticadas, invisibles) del sistema económico mundial imperante, que al ser imperante, por definición, no define y no ve a sus propias (graves) agresiones como tales, sino que las disimula con eufemismos legales, como actos para el “progreso”, la civilización, el “desarrollo”, “inversiones”, “seguridad jurídica”, estar en el mundo, “generar empleo”, traer “trabajo”, etc. Se borra la agresión con un eufemismo. Repensar la criminalidad económica y financiera es un camino paralelo (inclusivo) al camino aquí propuesto, de repensar e interpretar el crimen de agresión en los instrumentos internacionales de un modo no restrictivo (como proponen los países o potencias centrales) sino extensivo, haciendo visibles las agresiones históricas que aún no han sido nombradas. No pueden ser nombradas por falta de instrumentos jurídicos (críticos, no funcionales al poder económico) eficaces para pensar de modo más refinado la agresión, en función de su rol estructurador de un sistema económico desigualitario, excluyente, con intereses disímiles, antagónicos muchas veces. No es casual que esta figura haya permanecido tanto tiempo como un tipo penal abierto: la dificultad política para alcanzar una definición de “consenso” (entre colonizadores y colonizados es muy distinto lo que se interpreta y vive como “agresión”, como crimen, etc.) en una materia tan sensible y determinante era y es muy marcada. Nosotros aplicamos aquí el marco teórico de la teoría de la dependencia para pensar el desarrollo y para pensar las agresiones y las formas de la criminalidad (Cardoso, etc. Véase Schwarz, Roberto, “Las ideas fuera de lugar”, en *Meridional, Revista Chilena de Estudios Latinoamericanos* Número 3, Octubre 2014, pp. 183-199). Estar en contra de la visión restrictiva (alemana) es estar en contra del doble estándar en el ejercicio de la jurisdicción. Esto a su vez sirve –denunciar el sentido de esta selectividad– para poner en tela de juicio el “marco” (económico, financiero) en que las múltiples agresiones (que no se denuncian, que no se juzgan, no se nombran) se inscriben y se cometen. Para poder “nombrarlas” hace falta salir de la interpretación restrictiva (que califica una vaga enumeración de actos de 1974 en pleno siglo XXI como una lista “exhaustiva” y “excluyente”, cuando su anacronismo y atraso nos obliga, lejos de lo que piensa Kai Ambos, a ir en un sentido directamente y estrictamente contrario, opuesto), ir hacia una visión mucho más amplia de lo que es o configura una “agresión”, adaptada también a los tiempos actuales, no solo pasados (sin descuidar, tampoco, como latinoamericanos, las múltiples agresiones cometidas en la región). A las tecnologías –instrumentos, servicios– actuales, atendiendo su “evolución” y su impacto –notorio– en la forma de “agredir” países. Lo que afirmamos es que salir de esta visión restrictiva de la agresión (no casualmente visión imperante en los Estados y países más poderosos, que se benefician del actual sistema económico mundial, sistema económico que se sostiene en pie precisamente agrediendo países, recursos, intereses, que se sostiene acometiendo “agresiones”) nos conduce indirectamente (una vez que salimos de la abstracción jurídica de pensar las agresiones en términos meramente doctrinarios) a pensar el sistema económico vigente, la regulación financiera, el uso y abuso de los recursos “estratégicos”, el cuidado del medioambiente, la dependencia, la explotación y el subdesarrollo de muchos países, etc. Todos estos fenómenos (económicos, financieros, medioambientales, políticos) no son ajenos al fenómeno amplio (al crimen) de la “agresión”.

El Artículo 8 bis del Estatuto de Roma, que define el crimen de agresión (después de la reforma de 2010 en Uganda), establece que “una persona comete un ‘crimen de agresión’ cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas”. En el inciso segundo se establece que “por *acto de agresión* se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas”. Si bien la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en función de crímenes de agresión podrá recién ejercerse después del año 2017, como se dijo, es tiempo de pensar, ya en el siglo XXI, qué formas tiene o adopta la agresión en la actualidad, no en el pasado; y qué entendemos por uso de la fuerza armada, qué entendemos por arma y por agresión, qué entendemos

Para conectar (para advertir) esto es que hace falta dejar de lado la visión restrictiva, uno de cuyos cometidos es precisamente dejar al sistema económico y político (financiero, medioambiental) a salvo de todo cuestionamiento, de toda crítica, de toda responsabilidad en las sucesivas “crisis” y agresiones. De este modo se “desconecta” (con la visión restrictiva de la agresión) al sistema económico actual de toda forma de criminalidad, sin las cuales el sistema económico actual es, sin embargo, impensable. Las agresiones no se cometen en el vacío. Persiguen intereses (recursos) muy específicos. Por eso es tan importante repensar el crimen de agresión desde una interpretación extensiva, amplia, aportando una perspectiva política crítica (que abarca al espionaje, la diplomacia internacional, la erosión del medio ambiente, las nuevas formas de invasión de países, la apropiación y expoliación de recursos naturales, etc.). Salir del doble estándar (adoptando la perspectiva amplia del crimen de agresión) supone necesariamente poner en cuestionamiento un determinado sistema económico-financiero y político imperante (colonizador, generador de subdesarrollo), que se beneficia con la selectividad sobre ciertos crímenes, negando muchos otros (negando los que son funcionales al sistema económico y sus agresiones-“intereses” propios, “funcionales” al “progreso”: esta es la “agresión” que la nueva perspectiva –amplia– quiere hacer visible, los crímenes que permanecen aún hoy sin ser nombrados, las agresiones –crímenes– que todavía se callan, porque están en la base de la persecución de intereses “estratégicos”, funcionales a la economía, al sistema económico, a cuyo servicio opera siempre el Derecho Penal) Esto supone ir más allá de la demanda clásica de condenar la criminalidad de “cuello blanco”. Supone comprender que mucho de lo que denominamos y entendemos por “progreso” esconde o es, abiertamente, en sí mismo, un crimen. Un crimen de agresión. Una agresión abierta, una herida llamada “civilización”, una “conquista del desierto”.

por crimen, por invasión. Hay prácticas “invasivas” nuevas, más sofisticadas, más sutiles, más difusas. Hay nuevas formas de la invasión. Hay nuevas formas de invadir (agredir) países y Estados. Más puntualmente, si el espionaje masivo tecnológico, con las características y escalas (y medios, rasgos, sistemáticos, indiscriminados, totalitarios) actuales, no configura abiertamente, en este siglo, un auténtico crimen de agresión contra las personas y contra los países/Estados, violando su soberanía y su integridad territorial de un modo manifiesto, de un modo “manifiestamente incompatible con la Carta de las Naciones Unidas”. Nosotros entendemos que el espionaje masivo, sistemático, tecnológico, indiscriminado, automatizado, global (a empresarios, políticos, jueces, diplomáticos, periodistas, estudiantes, legisladores, activistas, profesores, escritores, artistas, etc.), como fue denunciado por Edward Snowden, configura estrictamente (mediante una interpretación extensiva de la figura, que no es, como pide Arthur Kaufmann, una integración analógica) un crimen de agresión. Este “espionaje” masivo se diferencia del espionaje tradicional, excepcional, cuyo cometido supuesto era o es la prevención de atentados “terroristas”, como dijo Rousseff en la Asamblea de la ONU. El nuevo espionaje persigue otros objetivos. Tiene otras metas (comerciales), otros métodos, otros procesos. Es menester del derecho internacional público (y del penal internacional) probar esta tesis, precisar las nuevas formas que, en el siglo XXI, adquiere la agresión, en caso contrario los tribunales internacionales seguirán persiguiendo crímenes y agresiones que, como afirma Danilo Zolo (reinterpretando la colonización financiera, económica, pero también medio ambiental, con sus agresiones disimuladas, no dichas, no alcanzadas por el Derecho), se cometen solo en los países más pobres, pero nunca en los países más poderosos, que son los primeros en “agredir”, en invadir (y luego en juzgar a los otros países dominados, expoliados o vencidos). El derecho penal internacional seguirá con un doble estándar que le quita toda legitimidad, todo valor, a las tareas de la justicia penal. Así se socava y se vicia la legitimidad de los tribunales como la ICC. Por eso cuestionamos la interpretación restrictiva alemana. Porque la misma (en lo atinente al crimen de agresión, como la defiende el prof. Kai Ambos) conduce al doble estándar. A la selectividad.

Un error de la conferencia de Kampala, en 2010, donde el crimen de agresión fue definido, fue haber incorporado, como aclaración en el artículo 8 bis, una resolución de hace más de medio siglo, como si las formas de la agresión de 1974 (bloqueo de puertos, etc.) fueran las formas actuales.

Ese anacronismo no es inocente ni casual (y así fue denunciado por algunas ONG's): perjudica a los países más atrasados tecnológicamente y más pobres (reforzando el argumento de que la Corte Penal Internacional se ha convertido en los hechos en un tribunal que solo persigue crímenes cometidos en África, como afirma, entre otros, Danilo Zolo, contra argumentos de autores alemanes como Kai Ambos, que defienden al tribunal de esta crítica, mientras defienden, paralelamente, la posición restrictiva de la agresión, la posición clásica alemana en la materia). El desafío es pensar la agresión en función de la forma que la agresión tiene en la actualidad. No de la forma que la agresión tuvo en el pasado. En caso contrario, los países con menos recursos tecnológicos serán –los países más atrasados tecnológicamente, usualmente países pobres, colonizados, sin tecnologías avanzadas a su alcance, pero que padecen muchas agresiones (erosión de sus recursos naturales de parte de las potencias) que en general permanecen impunes, porque las cometen, a diferencia de las agresiones toscas, Estados poderosos– los únicos criminalizados por su accionar y sus agresiones (que tampoco deben quedar impunes). En tanto aquellos que detentan las tecnologías más avanzadas están, en función de esa tecnología (que les sirve para apropiarse de recursos), dando forma a agresiones “nuevas” que quedarán impunes porque el Derecho no está aún preparado para conceptualizarlas y juzgarlas. Porque el Derecho Internacional no quiere verlas. El espionaje masivo tecnológico, con los medios y la sistematicidad actuales, a dirigentes, cancilleres, diplomáticos, jueces, periodistas, estudiantes, empresas y empresarios en todo el mundo, violando fronteras territoriales y reglas básicas del derecho internacional público de modo sistemático, socavando la base y el valor mismo de la diplomacia, el orden de posguerra (basado en la seguridad colectiva, esto es: en la cooperación entre países) es o configura abiertamente un “acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituye una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas”. Es decir, un crimen de agresión. Una violación de la democracia constitucional. Del principio básico del derecho internacional de que se negocia y se pacta de buena fe. El espionaje amenaza con quitarle valor a la diplomacia (pero también socava la vida civil y política, las garantías sobre las que descansa toda democracia: las libertades); al derecho internacional, a los tratados firmados, a la propia justicia internacional. El espionaje masivo tecnológico “automático” (desconocido por el Congreso que lo autorizó, hecho de espaldas al propio Presidente, de espaldas al Estado de Derecho, mostrando la peligrosa autonomía global que alcanzan estas “burocracias” y

“servicios” secretos) atenta contra la paz. Atenta contra las relaciones estables y “seguras” entre los países, contra su soberanía y su integridad esenciales. Por esa razón el espionaje masivo, lo cometa el país que lo cometa, debe ser considerado como un crimen de agresión. Como un crimen que juzgan –no como un crimen que evaden– los tribunales internacionales en el siglo XXI. Defender esta tesis (esbozar esta nueva doctrina, los cimientos de la misma) fue el objetivo esencial del presente trabajo. Para ello se cuestiona la doctrina clásica alemana, representada actualmente por el profesor Kai Ambos en Göttingen, que es una tesis “restrictiva” en materia de agresión (que es la posición clásica alemana en la materia, como se dijo), por entender que la misma (la visión restrictiva de la agresión, entender que la Declaración 3314 adjunta al art. 8 bis es “exhaustiva” y no meramente, como creemos nosotros, ejemplificativa, enumerativa, ilustrativa pero en modo alguno excluyente, máxime teniendo en cuenta su antigüedad) conduce en la actualidad no a una justicia internacional más ecuánime (y en consecuencia más legítima, más justa, más creíble, más representativa), sino a una forma de doble estándar en la persecución penal, lo cual socava la legitimidad de todo el Derecho.

Por otro lado, es importante remarcar que 2017 no es (no será nunca) 1974. Existe un abismo entre ambos momentos históricos. Son dos épocas separadas, dos mundos diferentes, dos posibilidades (geopolíticas, tecnológicas, civiles, comerciales, internacionales), muy diferentes y el derecho penal internacional no puede permanecer impasible o ajeno ante esto. Hacerlo significaría avalar las consecuencias de este desfasaje entre las conceptualizaciones jurídicas (de 1974, en la posguerra) y las posibilidades que brinda la tecnología en el siglo XXI, que son notoriamente diferentes, muy distintas: ese “desfase” o anacronismo conceptual no es inocente ni neutral, provoca el doble estándar jurídico-político de persecución criminal en los hechos, donde las agresiones más sofisticadas permanecen, como ha sido históricamente (con el derecho eurocéntrico, etnocéntrico), impunes y las más toscas, cometidas (como en 1974 en 2017) por estados/países menos desarrollados económicamente, con menos tecnologías a su disposición, son criminalizadas y condenadas con toda la fuerza, porque son las únicas que “comprenden” (y en consecuencia las únicas que juzga) el Derecho.⁶² Lo mismo sucede en el plano local: las cárceles

62. Coté, Luc, “International Criminal Justice: tightening up the rules of the game”. En *International Review of the Red Cross*. Volume 88, Number 861, March 2006.

no las pueblan criminales de cuello blanco, crímenes sofisticados, la criminalidad financiera-económica permanece impune, siendo que la misma es la más grave de todas, porque es la que mayormente afecta y violenta el orden social, es la que produce, aunque no se vea así, la mayor “inseguridad”. Inversamente, las cárceles estan llenas de pobres (considerados los más “peligrosos”), cuando en rigor tienen un bajo poder –con sus actos “criminales” toscos– de configurar a la sociedad. El derecho penal criminaliza las consecuencias: no ataca nunca las causas de un “orden” social injusto, que permanecen, como la criminalidad económica (con sus agresiones financieras, medioambientales, etc.) del todo impunes, pese a que son la principal causa generadora de injusticia, desigualdad y “violencia”⁶³ en la sociedad. Esto configura un factor –y una falla– estructural del derecho. Esto no significa pedir que los crímenes que se cometen (en los países menos desarrollados) no se juzguen o queden impunes, como sugiere Ambos. Al contrario, significa pedir más, no menos. Significa que la ecuanimidad (base de la legitimidad política) en el plano internacional demanda que la persecución jurisdiccional –que concita la atención y el interés de todo el mundo– no sea solo en determinados escenarios o países (pobres), sino en todos donde un crimen (por sofisticado que pueda ser) se cometa. Pero la primera aclaración es esta: 1974 no es 2017. Son dos épocas –dos mundos, dos posibilidades tecnológicas, técnicas– abiertamente diferentes. Son dos mundos separados, que requieren un derecho penal internacional pensado para el siglo XXI. No para el siglo pasado. El espionaje no es igual en 2017 que en 1974. En 1974 el mismo (con los medios de que se disponía) podía no configurar de hecho –incluso cuando no fuera “excepcional”, como pretende la doctrina liberal (que lo avala)– una agresión, un crimen. En 2017 las circunstancias y medios cambiaron y mucho. Lo que antes no configuraba una agresión puede comenzar a serlo por diferentes razones. Puede empezar a ser visto como un crimen. Como un atentado a la soberanía, a las poblaciones, a los Estados, como un atentado muy grave en un mundo regido casi absolutamente por las telecomunicaciones, como una “violación grave del derecho internacional”, como dijo Dilma Rousseff ante la Asamblea General de la ONU. El derecho debe juzgar esa “violación grave”. No la debe dejar impune. La misma no afecta solo a la diplomacia internacional, afecta la cooperación entre países, pero también la vida comercial (su sentido final

63. Wacquant, Loïc, *Las cárceles de la miseria*, Buenos Aires, Manantial, 2000.

es controlar “intereses”, hacer un seguimiento, como afirma la Ley Patriota, en especial la Sección 215, de aplicación extraterritorial, de los “negocios” que afectaran a EE.UU., sin importar en qué rincón del planeta –en qué rincón del mundo– esos “negocios” tienen lugar), la vida civil, la vida política. Esta es la pantalla jurídica (emergente de los atentados del 11 de septiembre, cuando se restablece la doctrina penosa de la “seguridad nacional”, que socava la doctrina de la seguridad colectiva) para acometer nuevamente agresiones. Nuevos crímenes. Los estados más vulnerables y vulnerados (en África) no pueden ser los únicos estados cuyos “crímenes” (inescindibles de los otros crímenes, de las otras agresiones económicas, financieras, medioambientales, silenciadas) se juzgan.⁶⁴ La evolución del Derecho (Penal) tiene como norte la concreción de nuevas figuras que alcancen a visibilizar los crímenes más graves, que en general son los crímenes y agresiones menos vistos, jamás nombrados. El concepto de “crimen de agresión”, el concepto mismo de “agresión” en el derecho penal internacional es una figura que contiene un potencial crítico enorme que debe ser aprovechado por el doctrinario. Qué es lo que configura una “agresión” en el siglo XXI, en un mundo marcado por la desigualdad (que mina a la democracia), por injusticias (y agresiones, disfrazadas con nombres como “drama migratorio”, etc.) y crímenes atroces: este es el desafío planteado. No ver solo las “consecuencias” sociales (dramas migratorios, etc.) sino las causas de esta “violencia” social y económica. Ver las “agresiones” financieras, medioambientales, económicas, políticas, que aún subsisten en un mundo colonizado por pocos países poderosos, que le imponen al resto su lenguaje (y el Derecho a veces es parte de este fenómeno de colonización cultural) y sus intereses nacionales. El desafío es, en este marco eurocéntrico, descubrir y hacer ver nuevas formas de la “agresión” que escapen al marco “tradicional” (eurocéntrico, “restrictivo”, como quiere Ambos desde Alemania) de pensar las agresiones entre los países. El camino de visibilizar la “agresión” allí donde la misma no ha sido –no es– vista por el Derecho. Tampoco por la sociedad.

64. El concepto de “culpabilidad por vulnerabilidad” puede servir para juzgar estas agresiones en el Derecho Internacional. A mayor vulnerabilidad, menor es el juicio de reproche del Derecho Penal, e inversamente. Este concepto combate el otro factor estructural del derecho penal y de la justicia, que es la selectividad. Un derecho selectivo se combate con un derecho que apela a la vulnerabilidad para medir la culpabilidad, para medir el juicio de (la capacidad de) reproche. Zaffaroni, E. R.; Alagia, A.; Slokar, A.; *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2000.

Hay agresiones –crímenes de agresión– que han sido negados, olvidados, disimulados por la doctrina y la justicia penal, tapados con eufemismos sobre la necesidad “del progreso”, el daño “colateral”, etc. Disimulados y negados por la Historia (que a menudo juzga estas revisiones como “revancha”, como “anacronismos”).⁶⁵ Esas agresiones están en la base (son la causa) de la otra violencia (tosca) que en todos los planos (nacionales, internacionales) luego se criminaliza y se juzga. En el medio queda un margen de violencia estructural no nombrada. Los conceptos jurídicos “siempre son funcionales, porque todos cumplen una función que afecta el ejercicio del poder punitivo”.⁶⁶ Ningun concepto jurídico que afecta al poder punitivo –o sirve para legitimarlo– es neutral, todos los conceptos jurídicos son siempre funcionales. Por tal razón es que proponemos, en términos de refuncionalizar un concepto crítico, complejo– en este marco histórico, en esta etapa histórica mundial, precisa, de crítica a los diferentes colonialismos que han erosionado el planeta, sus recursos, generando también por esta guerra de recursos, movimientos humanos, migatorios, críticos, que producen para millones dolor y muerte, desesperación y aislamiento, exilios forzados, cambios de localidad, pobreza, privación de la propia historia, de la propia tierra, de la propia identidad, de la propia familia, del propio lenguaje, del propio espacio vital, repensar lo que entendemos (hoy pero también respecto del pasado de nuestro desarrollo) como agresión. Como crimen de agresión. Hay una larga historia de agresiones que no han sido vistas. Que exigen que se las nombre.

La agresión contemporánea dista de ser, como dijimos, por otro lado, la agresión (en forma, métodos, y objetivos) que tenía lugar hace medio siglo (y por ende no puede ser juzgada con los mismos marcos o parámetros), la

65. La “pacificación” de la Araucanía, la “Conquista del desierto”, por señalar solo dos ejemplos “civilizatorios” en el camino del “progreso” histórico de nuestros países, son abiertamente genocidios (guerras de agresión) contra comunidades concretas (“desiertas”) no vistas como tales. La historia –pero también el Derecho– emplea eufemismos (pacificación, reconciliación) para disimular responsabilidades en “agresiones” que no llegan a ser vistas (dado que las comete el colonizador) como crímenes, como agresiones, como agresión contra “alguien” (vencido). La regla para estas agresiones (de conquista) ha sido históricamente la impunidad. El silencio (cuando no la celebración, la gesta). La falta de un nombre. (Jaspers, Karl, *Die Schuldfrage: Von der politischen Hoffnung Deutschlands*. Berlín, , 2010; también Viñas, David, *Indios, ejército y frontera*, México, Siglo XXI Editores, 1982).

66. Zaffaroni, E. R; Alagia, A; Slokar, A., op. cit., 2000.

agresión cambió o “evolució”, se refinó, se volvió en muchos aspectos mucho menos visible, más sutil, menos evidente, más disimulada, aunque más crítica, más sostenida, producto de la evolución tecnológica permanente;⁶⁷ el Derecho Penal Internacional no puede mantenerse ajeno a estos cambios determinantes, fundamentales, a veces sutiles, si quiere ser eficiente (y ecuánime y “actual”) en sus cometidos, si la jurisdicción –penal internacional– pretende ser ecuánime, sin lo cual pierde toda legitimidad.

En concreto, el espionaje masivo de la NSA, con las características actuales (sistemático, masivo, global, cotidiano, tecnológico, automático, indiscriminado, fuera del conocimiento de autoridades civiles, a espaldas del Estado de Derecho, a espaldas del congreso norteamericano, etc.) puede configurar un crimen de agresión bajo el Estatuto de Roma, siempre y cuando se esté dispuesto a repensar la “agresión” de forma acorde a los cambios/avances que la tecnología supone en un mundo globalizado y cada vez más interconectado y “comunicado”. El espionaje masivo, con las características con que acaba de ser denunciado (a jueces, dirigentes, empresarios, estudiantes, activistas, etc.), puede configurar, y de hecho configura, un acto (de agresión) “que por sus características, gravedad y escala” constituye una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas. Y si bien no constituye (el EMT) un uso clásico de “fuerza armada” (dependiendo de qué máquinas se comprendan como “armas”, ya que se emplean máquinas –“armas”– muy complejas y sofisticadas, como reconoció el mismo John Kerry, para organizar el espionaje masivo, vulnerando la soberanía de los estados y la intimidad de las personas, etc.), es claro que el espionaje masivo y sistemático-tecnológico cotidiano y global, indiscriminado, en cada rincón del globo donde se afecte un “negocio”

67. Véase “Cortocircuito entre EE.UU. y China por un masivo ciberataque”, en diario *La Nación*, Buenos Aires, 06/06/2015. En este caso una periodista (que no es abogada) lo dice desde el sentido común. Y lo que dice, sin conocer la convención de Roma, es correcto. El espionaje es en los albores del siglo XXI una nueva forma de ofensiva –es decir de agresión– entre países. Y el derecho penal internacional no puede permanecer impasible ante esto. Ante estos cambios notorios en las formas que cobran las agresiones. (Como bien sostiene Amnistía Internacional el espionaje masivo en realidad es –y debe ser nombrado y pensado como– una forma de la “vigilancia masiva”. Véase también Informe de Amnistía Internacional: <http://amnistia.org.ar/noticias-y-documentos/archivo-de-noticias/vigilancia-masiva-6>)

(como pide la Sección 215 de la Patriot Act)⁶⁸ es –no puede dejar de ser visto como– un acto manifiesto de un Estado “contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado”, cometido “en una forma abiertamente incompatible con la Carta de las Naciones Unidas”. Tal como exige, punto por punto, el crimen de agresión.⁶⁹

Huir de la pesadilla

“Solo en su fase última y completamente totalitaria quedaban abandonados los conceptos del enemigo objetivo y del delito lógicamente posible, elegidas las víctimas completamente al azar y, sin llegar a ser acusadas, declaradas incapaces de vivir. [...] La libertad de opinión no queda abolida en aquellos que son suficientemente valientes como para arriesgar sus cuellos. Teóricamente, la elección de la oposición existe también en los regímenes totalitarios; pero semejante libertad queda casi invalidada si la realización de un acto voluntario solo asegura un ‘castigo’ que cualquiera puede tener que soportar de cualquier forma. En este sistema, la libertad no solo ha menguado hasta su última y aparentemente todavía indestructible garantía la posibilidad del suicidio, sino que ha perdido su sello distintivo porque las consecuencias

68. La extraterritorialidad (la aplicación extraterritorial –histórica– de ciertas normas de un Estado como EE.UU.) en este aspecto es evidente y colisiona con la genuina aplicación de las normas internacionales, que terminan perdiendo peso/eficacia concreta pero también valor simbólico. No se impugna aquí un servicio secreto en concreto (como la NSA) sino una estructura (de vigilancia masiva) en la que todos los servicios secretos del mundo terminan formando parte, compartiendo “información”. Es esta “estructura” secreta (mundial) la que representa un verdadero peligro para las democracias y el Estado de Derecho. Estas burocracias sin nombre, sin rostro, con prácticas (y muchas veces con intereses) que la democracia desconoce, ignora. Por eso proponemos repensar, en medio de esta crisis internacional (de la diplomacia, pero también de todos los equilibrios económicos, comerciales, políticos, medioambientales) el crimen de agresión, la agresión misma. Esto significa repensar también lo que entendemos por seguridad “jurídica”. (Seguridad jurídica es la de los bienes jurídicos de todos los habitantes; son bienes jurídicos de los habitantes los que posibilitan al ser humano su realización como persona). La intimidad es un bien: no puede dejar de serlo. Sin intimidad no hay persona: no hay ciudadano, no hay democracia, no hay libertad, no hay sujeto, no hay participación política.

69. Proponemos, en el sentido de Arthur Kaufmann, una interpretación extensiva (indispensable para que la doctrina avance) y no una integración analógica.

de su ejercicio son compartidas por personas completamente inocentes. El cambio en el concepto del delito y de los delincuentes determina los nuevos métodos de la Policía Secreta totalitaria. Los delincuentes son castigados; los indeseables desaparecen de la faz de la Tierra; el único rastro que dejan tras de sí es el recuerdo de aquellos que les conocieron y les amaron, y una de las tareas más difíciles de la Policía Secreta consiste en asegurarse de que desaparecerán incluso semejantes rastros junto con el hombre condenado.

Se dice que la Ojrana, predecesora zarista de la GPU, inventó un sistema de archivo en el que cada sospechoso era anotado en una gran tarjeta en el centro de la cual aparecía su nombre dentro de un gran círculo rojo; sus amigos políticos eran designados dentro de círculos rojos menores, y sus amistades no políticas, por círculos verdes; los círculos pardos señalaban a personas en contacto con amigos del sospechoso, pero no conocidas personalmente por este; las interrelaciones entre los amigos del sospechoso, políticos y no políticos, y los amigos de sus amigos, quedaban señaladas por líneas entre los círculos respectivos impuestas solo por el tamaño de las tarjetas, y, teóricamente, una gigantesca y única tarjeta podría mostrar las relaciones e interrelaciones de toda la población. Y este es el objetivo utópico de la Policía Secreta totalitaria. Ha renunciado al anhelo de la Policía, que se supone que hace realidad el detector de mentiras, y ya no trata de averiguar quién es quién o qué piensa quién. (El detector de mentiras es quizás el ejemplo más gráfico de la fascinación que este sueño ejerce aparentemente sobre la mentalidad de todos los policías; porque, obviamente, el complicado mecanismo de detección difícilmente podrá demostrar nada más que la sangre fría o el temperamento nervioso de sus víctimas. Realmente, el razonamiento simplista que subyace en el empleo de este mecanismo puede ser solo explicado por el deseo irracional de que al fin y al cabo sea posible alguna forma de lectura de pensamiento). Este antiguo sueño resultaba bastante terrible y desde tiempo inmemorial ha conducido a la tortura y a las más abominables crueldades. Contaba solo con una cosa en su favor: pedía lo imposible. El sueño moderno de la Policía totalitaria, con sus técnicas modernas, es incomparablemente más terrible. Ahora, la Policía sueña con que una mirada al gigantesco mapa en la pared de un despacho baste en cualquier momento dado para determinar quién está relacionado con quién y en qué grado de intimidad, y, teóricamente, este sueño no es irrealizable aunque su ejecución técnica esté llamada a ser algo difícil. Si este mapa existiera realmente, ningún recuerdo se alzaría en el camino de la reivindicación

totalitaria a la dominación. Semejante mapa podría hacer posible borrar a las personas sin dejar rastros, como si nunca hubieran existido”.⁷⁰

Los orígenes del totalitarismo, tal como los describe Hannah Arendt, se vinculan menos al movimiento de una sociedad bajo la égida de un líder carismático (como suelen describir al Estado totalitario las visiones tradicionales, que comienzan por cuestionar el “populismo” y la demagogia de su líder), que a la continua erosión de los lazos intersubjetivos y civiles: la gradual separación entre las personas es la base sobre la que se construye un régimen de terror y desconfianza recíproca, y es sobre esta desconfianza recíproca (sobre este aislamiento) que el “líder” trabaja y “sube”, es a esta masa de seres desarticulados y solos a quienes “representa”. La vigilancia masiva es a la vez causa y consecuencia de esta erosión de la vida civil. Los individuos, bajo un régimen de terror, se sienten cada vez más aislados y solos. La soledad impuesta al sujeto es la primera regla para vencer su autonomía.

La sociedad puede ser pensada, en este marco de vigilancia masiva, como una suerte de institución total, como la pensó Erving Goffman. “Goffman analizó con este esquema (teatral, de roles asumidos, cuando un rol no se cumple, sea positivo o negativo, se cae en la disrupción, que altera todo el orden social; para algunos como Marcuse la disrupción es positiva en tanto, como la criminalidad, sobre todo si es tosca, urbana, socava un orden injusto, que cosifica a los sujetos) las instituciones totales, que son aquellas en que la persona desarrolla toda su actividad vital, desde que se levanta hasta que se acuesta, trátese de manicomios, prisiones, internados, asilos, etc. Los círculos separados de trabajo, diversión y descanso se unifican y reglamentan, no hay esferas separadas de la vida, la persona se desculturaliza, la separación entre el personal y el internado es tajante. El internado debe acostumbrarse a pedir por favor lo que en la vida libre es obvio, se sufre el efecto de ceremonias de degradación, la persona queda librada a profanaciones verbales por parte del personal y además pierde toda reserva, incluso en los actos más íntimos es invadida y controlada. La persona sufre ataques al yo, o sea, que pierde autonomía, queda a merced del personal y de sus humores, incluso los jefes pueden darse el lujo de ser más bondadosos que los subalternos, asumiendo la función del rey bueno y gracioso de los cuentos infantiles.

70. Arendt, H., *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, Taurus, 1998, pp. 347-348.

Imaginemos por un momento algo muy loco: que usted vive en una casa de departamentos y un buen día es ocupada por invasores que demuestran todas las paredes divisorias, incluso las de los baños, y lo obligan a convivir con todos los otros ocupantes del edificio con los que mantenía relaciones no siempre cordiales, bajo el control de los invasores, que los vigilan constantemente y los igualan en lo posible porque necesitan mantener el orden. Esta es una imagen alucinante, una pesadilla. Pues bien, más o menos eso es una institución total, con mayor o menor intensidad controladora.

Es obvio que en el caso de la pesadilla usted no aprendería a socializarse, que sus hábitos de vida cambiarían totalmente, que sufriría una pérdida de autoestima brutal y su objetivo dominante sería ver cómo hace para salir de allí, para irse lo más lejos posible, huir de la pesadilla. (Zaffaroni, E. R., *La cuestión criminal*, Buenos Aires, Planeta, 2011) Esta escena de “internados” que sufren la despersonalización gradual, la pérdida de su lenguaje, hasta que dejan de ser (reconocidos como) “sujetos” autónomos, es la escena que el mundo hipervigilado (donde la tortura se rehabilita) parece querer regenerar.

Ferrajoli vincula inextricablemente democracia y garantismo, porque la democracia es “garantías”.⁷¹ Cuando se ataca o se estigmatiza (en los medios que apoyaron dictaduras) al “garantismo”, lo que se ataca es, detrás de esta crítica al exceso de “garantías” civiles (de los “delincuentes”)⁷² la democracia constitucional: la legalidad jurídica, límite de todo Estado de Derecho. Sin garantías no hay democracia y no hay Estado de Derecho. En el marco del avance (normalización, dirá Gunter Frankenberg) del estado de “excepción” no sorprenden las continuas críticas mediáticas al “garantismo”, es decir, a la sola idea de que el ciudadano (“delincuente”) debe contar con “garantías” y derechos básicos (como el debido proceso, igualdad ante la ley, etc.). La crítica al garantismo –en este marco internacional, de auge de la doctrina de seguridad nacional– no es casual, tampoco inocente.⁷³ Tiene un objetivo deliberado (en el marco del crecimiento de los “riesgos”, los “peligros”, las “amenazas”: erosionar la legalidad en el derecho. Erosionar la confianza en la legalidad,

71. Ferrajoli, L., *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2014.

72. Que debieran carecer de “derechos humanos”, ya que no serían personas.

73. Ferrajoli, L. y otros, *Not in My Name. Guerra e diritto*, Roma, Editori Riuniti, 2003.

desdibujando el sentido y el fin de sus basamentos: las garantías civiles).⁷⁴
Imponer gradualmente la excepción como regla.⁷⁵

74. No es casual tampoco que en las facultades de abogacía gradualmente la filosofía del derecho y la teoría legal (donde se discuten fundamentos, valores y objetivos) pasen a un muy discreto segundo plano, tengan (como toda teorización “poco práctica”, “ideologizada”, “política”) un lugar marginal y marginado, pierdan cada vez más espacio (se resigne en las facultades las grandes discusiones de las que emerge el Derecho, se “olvide” el fundamento de la disciplina social) mientras su lugar es ocupado por el nada inocente análisis económico del Derecho (*Law and Economics*), que se impone y se enseña como un dogma en las facultades en la era del capitalismo financiero. La imposición de un discurso único en las ciencias sociales (el discurso de la economía, de la economización de “recursos”) contraviene postulados elementales del Derecho mismo, que se maneja con parámetros y valores –recursos, discursos, objetivos– diferentes a los de la economía, que también es una ciencia social y política. Uno preserva la eficiencia, el otro la dignidad. Son parámetros distintos. El uno trata medios (recursos), el otro “fines”: personas con dignidad. Son en ese sentido dos disciplinas con lógicas separadas y hasta cierto punto, incompatibles entre sí. Antagónicas. La economía y el Derecho no caminan un mismo camino. (La dictadura borró de la carrera de Economía el nombre de la carrera misma que era “economía política”, dejando “economía” a secas, olvidando o matizando el hecho de que esta más que una “ciencia dura” es una disciplina social, no matemática, una ciencia “blanda”, en la cual no reina una sola verdad, sino una deliberación política continua con posiciones encontradas, en muchos de cuyos temas fundamentales tampoco hay acuerdo, hay debate). La “política” como mala palabra (siendo que la política remite a la polis, a la cosa pública, a lo público, a la res publica, a la república, a la participación política, a la militancia de los jóvenes, al debate, al cambio, a la emancipación social de los lazos fijos de la “economía” del libre “mercado”, al movimiento político, a la crítica, a una historia que “sigue” y que no tiene “fin” ni “final”) supone una sociedad de individuos que no interactúan: solo consumen y son “recursos” pasivos, sin libertad. Este denuesto continuo de la política (“el muro ya cayó”) no es inocente ni casual: expresa un tipo de sociedad desmovilizada y sin críticas, consumista y en cierto sentido, anómica. Donde todo está “en orden”, donde todo está vigilado, donde cada uno cumple, como quiere Jakobs, con su “rol” preestablecido, sin moverse un ápice del guión preestablecido, conservando “su lugar”: también en ese aspecto se ve mermar la autonomía (espontaneidad crítica) personal como capacidad de crítica al orden imperante en que se vive o bajo el cual se nació. La autonomía como capacidad de cambio. Como capacidad de crítica, de emancipación, como capacidad política: eso es lo que se está desvaneciendo en las sociedades de vigilancia.

75. Ferrajoli, L., “Constitutionalismo principalista y constitucionalismo garantista”. En *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34 (2011) pp. 15-33.

El espionaje masivo, sistemático, indiscriminado, sin “objetivos”, general, genérico, continuo, automático⁷⁶ (es decir, el espionaje con los rasgos que el mismo cobra en la actualidad, en pleno siglo XXI, y no con los rasgos que tenía hace medio siglo)⁷⁷ violenta la privacidad que es la base sobre la que se edificó, con la modernidad,⁷⁸ el concepto de la dignidad humana y de la autonomía personal, bases de la participación política. El espionaje violenta así el principio de la legalidad. Impone como “norma” el estado de excepción. Genera un Estado sin garantías, donde los hombres son tratados como medios, como “recursos humanos”, como objetos (como medios, no como fines con dignidad y una esfera privada de acción, “exenta” de toda vigilancia o autoridad: es esta esfera la base del concepto de individuo autó-

76. Desarrollado en forma automática por máquinas muy avanzadas, como renació John Kerry (Secretario de Estado) en EE.UU.

77. Por eso sostendremos que la Declaración 3314 incorporada al flamante inciso segundo del art. 8 bis del Estatuto de Roma incorporado en la conferencia de Kampala, Uganda, en 2010, está (pese a su novedad) desactualizado, es anacrónico y no es apto (no es funcional) para criminalizar las agresiones teniendo en cuenta la forma que las mismas cobran en la actualidad y no en 1974, cuando aquella declaración –que se retoma para 2017, más de medio siglo después– tuvo lugar. Son épocas diferentes y es mucho lo que la tecnología ha cambiado en más de medio siglo. En consecuencia, el derecho penal internacional no puede pensar (conceptualizar, criminalizar) la agresión con un instrumento de 1970, salvo que quiera negar (más que perseguir, invisibilizar, disimular) las agresiones actuales. La consecuencia de este desfase es que el instrumento termina siendo útil al solo efecto de criminalizar las agresiones más toscas, que tienen lugar en los países menos avanzados o desarrollados (África) dejando impunes, en una forma de doble estándar, las agresiones más “sofisticadas” que se cometen en la actualidad, por parte de los Estados más desarrollados económicamente, más poderosos, con los instrumentos de agresión más sutiles y más “avanzados”, que aún no logra conceptualizar (ni criminalizar) el Derecho. Luchar contra el doble estándar es una de las grandes tareas de todo derecho penal (todo derecho penal es selectivo, el derecho penal internacional no está exento de este defecto estructural). Se criminalizan históricamente las “agresiones” más toscas, más rudimentarias, más ostensibles, más fáciles de advertir y de “probar” (a los ojos de una comunidad internacional dominada, también financiera y mediáticamente e institucionalmente, en casi todas las burocracias, por los Estados más poderosos), aquellas que replican en 2017 la forma de la agresión de 1974 (siendo que las agresiones son lideradas por los Estados más poderosos, colonizadores, en una multiplicidad de campos), dejando impunes las agresiones contemporáneas, por carecer de un instrumento jurídico apto al efecto.

78. Capella, Juan, *Fruta prohibida. La construcción jurídica de la modernidad*, Madrid, Trotta, 2004.

nomo,⁷⁹ sobre el que Kant edifica la base misma del “derecho a la personalidad”.⁸⁰ El derecho “a ser persona”, esto lesiona el espionaje masivo.⁸¹ Esto es lo que produce y lo que provoca la vigilancia: la despersonalización. Una sociedad de personas despersonalizadas. Vacías. Viciadas. Solas. Incomunicadas. Que no participan. Que no dicen lo que piensan por temor. Reniega del carácter de “personas” de los individuos, que sin privacidad, sin libertad ni autonomía en sus comunicaciones, dejan de ser considerados como tales: como “sujetos” de derecho (con derecho). Dejan de ser poco a poco “conscientes” y se convierten en recursos autómatas. Pasan a ser objetos en una estructura de producción-vigilancia-disciplina y consumo. No personas. La vigilancia inhibe la personalidad: despersonaliza. Una persona vigilada es una persona sin libertad para ejercer en forma autónoma sus derechos: es una persona que tampoco tiene la libertad de infringir una norma. De transgredir. De participar. Y la frontera donde el cambio (político) y la “transgresión” legal se encuentran no es –nunca fue– clara. Por eso el Derecho es dinámico. Nunca es estático: es un fenómeno en continuo cambio. Está, como diría Savigny en sus discusiones con Thibaut en Alemania, vivo. La vigilancia, detrás de la despersonalización, produce una sociedad dócil de individuos obedientes. Personas que no piensan: obedecen.⁸² Mucho de lo

79. La idea de autonomía moral es la base sobre la que se edifica la filosofía moderna y la noción de sujeto (cartesiano) de derechos.

80. Que también estaba presente en Paul Anselm von Feuerbach, jurista y filósofo alemán artífice del principio de legalidad moderno. (El principio de legalidad es, como reconoce Thomas Duve, una consecuencia directa –y necesaria– de la teoría de la pena que tenía Feuerbach, alejada del retribucionismo kantiano).

81. Kant, I., *La metafísica de las costumbres*, Buenos Aires, Losada, 1998.

82. Marcuse, H., *El hombre unidimensional*, Buenos Aires, Losada, 1998. Cuando Herbert Marcuse en su trabajo cuestiona el “totalitarismo” de la sociedad industrial avanzada (las fábricas higiénicas, las “jaulas de hierro”, dirá Weber) está cuestionando el “totalitarismo” moderno de una sociedad donde todo se regula y se vigila, donde todo tiene preestablecido su “lugar”, y todo movimiento crítico es de antemano sospechoso, “político”, cuando no vigilado por su potencial “terrorista” (Günter Jakobs, penalista alemán, con sus roles “fijos” estaría de acuerdo, y cualquiera que abandonara su “rol” pasa automáticamente a la despersonalización: deja de ser “persona”; deja de estar “protegido” por el Derecho y pasa a ser visto como un “enemigo” potencial de la sociedad, sin garantías civiles). Donde la libertad (el individuo mismo, con su capacidad de crítica, de desobediencia) desaparece porque cuestiona el lugar que se le tiene asignado. Allí impera la “vigilancia”, no la conciencia del

que el derecho en determinadas épocas denomina “delito” (transgresión a una “norma”) esconde en realidad formas del cambio y la emancipación social y política, formas de la crítica a la injusticia imperante (ya que hay derecho “injusto”, como recuerda Radbruch en la Alemania de la posguerra): en cierta época la esclavitud era “derecho”, hasta que dejó de serlo y empezó a ser visto como la negación de un derecho: como violencia. La Alemania nazi tuvo sus normas, tuvo sus jueces, tuvo sus códigos, tuvo su Ley “válida”. El “cambio” muchas veces sucede, pues, confrontando también con las propias estructuras jurídicas. Cambiando –y confrontando con– el Derecho. Cambiando las normas jurídicas que en determinada época son consideradas como “justas”, que son consideradas la Ley. Por eso es importante el margen de “privacidad” de las personas, y no que todo acto sea potencialmente “sospechoso” para una sociedad hipervigilada (donde todo lo que no es posible de ser vigilado pasa a ser per se “un peligro”, “terrorismo”, etc.). La frontera del cambio político, la crítica al orden imperante, y la acusación de “criminales” que ejercen la “subversión” y el “terrorismo” nunca ha sido clara. Por eso son conceptos que se deben emplear con sumo cuidado, más cuando de por medio están en juego las libertades civiles esenciales, pilar de toda democracia deliberativa. Para que el Derecho tenga un margen de cambio (evolución, humanización) la sociedad civil debe permanecer escindida del Estado y sus controles. Y la única manera de mantener viva esa escisión (la única manera de mantener viva a la sociedad civil) es manteniendo las acciones privadas de los hombres como tales: “exentas de la autoridad de los magistrados” y de toda otra forma posible de vigilancia, presión, persecución u hostigamiento. Es decir, conservando privado un margen de intimidad de toda forma de “control”. La contracara es una sociedad vigilada, donde los individuos se despersonalizan y la participación política, consecuencia de un diálogo robusto con objetivos políticos, desaparece. Esa es una sociedad donde desaparece, como afirma Aristóteles en su *Política*, la “polis”, la res pública, la cosa pública, la participación. Es decir: la autonomía de las personas, su

sujeto sino el “Gran Hermano”. Para Marcuse, la modernidad supone que el consumismo contribuye a una mercantilización de la cultura (a una cosificación de la vida) y a una tecnificación cosificadora de la conciencia del sujeto. El control supone que la conciencia moral (hipervigilada, y asediada) se desdibuja: la autonomía se pierde. El individualismo apunta solo al consumo, pero no al ejercicio crítico de la propia libertad.

“separación” del Estado o de toda otra estructura.⁸³ Solo en la polis se puede ser autónomo pensaba Aristóteles. Eso diferencia al hombre de las bestias: que puede expresar con palabras una visión de la Justicia. En una sociedad despersonalizada los hombres ya no expresan visiones ni ideales. Ya no tienen ni sienten esa libertad política. Ya no tienen esa autonomía moral, esencial para su iniciativa (y su emancipación). La vigilancia de todos sus actos, de todos sus pasos, de todas sus palabras, los inhibe de ella. Se las quita: la vuelve inútil, insignificante, estéril. Los reduce y retrotrae a un estado primario, primitivo, “irresponsable” (la falta de control justamente en Alemania se asociaba y asocia –aún hoy– a la idea de un sujeto “responsable” de sí mismo, ante su conciencia privada más que ante una autoridad externa que lo “controla”, como sucede, según Weber, en los países católicos, menos desarrollados),⁸⁴ como toda institución total: infantiliza con su “tutela”.⁸⁵ La vigilancia es la contracara de la autonomía y de la persona “responsable” de sí misma. Expresa la “tutela” continua de un sujeto (peligroso, preso, loco en el manicomio, etc.) que se convierte(n) lentamente en un “objeto” sin voz (irresponsable incluso de sí mismo, “tutelado”), como todos los presos, que terminan cediendo su autonomía (ceden su conciencia privada, autónoma, personal, al “control” externo –autoridad y vigilancia externa– que es –pasa a ser, y quiere ser– responsable por ellos) pero terminan “presos” (tratados como “menores”) de una estructura, de la cual luego no pueden separarse ni escindirse: no pueden volver a ser libres, volver a ser personas, son sujetos

83. Sartre responde a Lévi-Strauss (padre del estructuralismo) en pleno Mayo Francés “las estructuras no salen a la calle, salen las personas”. (Sartre, J. P.) Lo que destruye la vigilancia permanente es precisamente esa posibilidad crítica: que las personas “salgan” –se sientan libres de salir– a la calle. Aparezcan. Se manifiesten críticamente. Cambien la sociedad en la que viven, la pongan en cuestión.

84. Weber, M., *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Madrid, Alianza, 1998. La paradoja (no tanto si se piensa en la DDR) es que en este marco la “vigilancia” conspiraría contra la libertad de tal modo que viciaría los fundamentos mismos del sistema económico capitalista con su prédica acerca del libre mercado y la iniciativa privada como basamento de todo progreso material.

85. Zaffaroni, E. R., *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 2009. Las instituciones totales (neuropsiquiátricos, cárceles “comunes”, etc.) tratan a sus “internos” como a (los reducen a una tutela de) “chicos”, no de plenas personas. Son tratados como “menores” que no han alcanzado la edad de la “razón”, es decir: carecen de plena autonomía, de derechos. No son sujetos: son objetos que deben ser tutelados.

dependientes, y así terminan siendo “recursos” humanos, objetos, cifras que se manipulan, que incluso cuando son librados, “vuelven” a la cárcel, porque no pueden vivir “afuera”.⁸⁶ El espionaje masivo destruye el derecho a la personalidad, el derecho a la independencia, a la autodeterminación, el derecho mismo a ser persona, la iniciativa. La capacidad de intercambio y acción autónoma, de acción libre. Convierte la sociedad (de las “comunicaciones”) en una enorme cárcel.⁸⁷ En una sociedad de “control” de riesgos y de “tutelas”, de “peligros” que deben ser enfrentados, de “amenazas” que pueblan los medios masivos a diario. En este tipo de sociedad ya no hay espacio, margen alguno, para la libertad.⁸⁸

Considerar al espionaje masivo, con sus rasgos y características actuales (sistemático, masivo, tecnológico, autonomizado, tecnológico, independiente del poder político, en burocracias que se separan de los mandatos constitucionales, y actúan de espaldas a los órganos de representación popular, por ejemplo en EE.UU.; aunque no solamente en ese país) como un crimen de agresión.⁸⁹ Bajo el Estatuto de Roma, con las reformas que recibió el mismo en la conferencia en Kampala, Uganda, en 2010.

El artículo puede ser cuestionado por imperfecto, por insuficiente, por anacrónico. La definición alcanzada es insuficiente y es anacrónica porque en medio siglo es mucho lo que cambió la tecnología (otros dirían que la

86. La novedad es que estaríamos todos presos (actuaríamos como “internos”) en la misma “sociedad”. La sociedad sería la cárcel. Por eso harían falta, como en la Alemania de la DDR, guardianes del muro, que disparen sobre aquellos que quieran escalarlo y escapar a una sociedad más libre, donde la comunicación aún sea posible. Donde sea posible – todavía– ser persona: ejercer plenamente “el derecho a la personalidad”. El espionaje masivo destruye ese derecho básico, que está en la base del concepto mismo de derechos subjetivos.

87. Desaparece el contacto público –como tal, el intercambio– entre las personas.

88. De allí el auge –la moda– de la criminología actuarial y de la criminología cautelares. Véase Young, Jock; Taylor, Ian y Walton, Paul, *The New Criminology: For a Social Theory of Deviance*, London, Boston, 1974.

89. Pensar, como dijimos al comienzo del trabajo, una idea nueva no es simple. Impone un desafío en la doctrina. Lo contrario sin embargo son los manuales de derecho (penal internacional): libros que repiten todos lo mismo, incapaces de moverse un solo centímetro del discurso preestablecido dominante en la materia. Libros y manuales incapaces de hacer pensar a los estudiantes de abogacía. Libros incapaces de generar eso que predicamos: pensamiento.

misma “evoluciona”) y en consecuencia es mucho lo que cambió la forma que adoptan las agresiones y muchos otros crímenes. La misma es en la actualidad, en pleno 2016, totalmente distinta de lo que era en 1974. La tecnología cambió: la (forma de la) agresión también. No adaptar el derecho (internacional penal) a los tiempos que corren, es una forma indirecta de mantener vivo el doble estándar de persecución, como denuncia Zolo, que debate contra los “restrictivistas” (que ven una lista “exhaustiva” donde apenas hay una enumeración anacrónica y anticuada de hechos o agresiones) como Ambos.⁹⁰

Primero se inventa el problema (se presenta un peligro), luego se propone una “solución”. La solución casi siempre redundante en tener menos libertades y menos derechos. Esta pérdida continua de libertades (que se acepta con curiosa facilidad) se hace en nombre de la democracia (como las “técnicas de interrogatorio mejoradas”, eufemismos que se emplean para ocultar que nuestras democracias “avanzadas” matan y también torturan,⁹¹ no somos “mejores”, nuestras democracias son, como afirma Chomsky, no solo víctimas de la “agresión”, son muchas veces las primeras que “agreden”). En esta contradicción, el estado de “excepción” es (se impone lentamente como) la “regla”. Esta inversión (donde se normaliza el estado de

90. Zolo, Danilo, “The double-track approach to international criminal justice”, en *Journal of International Criminal Justice* 2007 5(4), pp. 799-807.

Kai Ambos defiende a la CPI (mientras defiende, paralelamente, una visión restrictiva de ciertos crímenes como la agresión) de esta crítica. No significa pedir que los delitos que se cometen en África queden impunes mientras otros no se juzguen. Significa pedir que se juzguen todas las agresiones, no solo algunas; esto es pedir ecuanimidad en el ejercicio de la jurisdicción penal. Significa pedir que todos los crímenes se juzguen, no solo algunos (en general de países con menos poder y menos desarrollo). Véase Ambos, Kai, “The crime of aggression after Kampala”, en *German Yearbook of International Law*, GYIL 53, 2010. Nosotros entendemos que no se trata de pensar el crimen de agresión “after” Kampala (después de Kampala) sino abiertamente “más allá” de Kampala, más allá de las conceptualizaciones políticas y jurídicas que se intercambiaron allí. Las limitaciones de las mismas quedaron en evidencia en las deficiencias de la propia definición alcanzada en Uganda (el art. 8 bis, incorporado al Estatuto de Roma).

91. Como denuncia Judith Butler en Estados Unidos, nos enfrentamos en la actualidad a una riesgósima (anti-democrática, anti-republicana, anti-igualitaria, totalitaria) “rehabilitación judicial” de la tortura. Butler, J., *Violencia de Estado, guerra, resistencia. Por una nueva política de la izquierda*, Buenos Aires, Katz, 2011.

excepción) erosiona la legalidad y el Estado de Derecho, pilares de la modernidad jurídica. Vivimos continuamente “amenazados”, se nos asegura que nuestras sociedades están continuamente asediadas y en “peligro”. Y de este modo se coartan derechos y garantías elementales, básicos, esenciales, sin los cuales la democracia –la sociedad civil– se desvanece, no puede vivir. En nombre de este “peligro” tremendo inminente se toleran las torturas, las invasiones, las guerras.

Estos nuevos peligros, nuevos riesgos, se quieren combatir recortando libertades. Amedrentando a la sociedad. Y no es menor que el copamiento (la invasión continua) de la privacidad se hace y se realiza en nombre de la lucha contra el terrorismo, que amenaza esas mismas esferas: la libertad, la privacidad, la autonomía, reemplazándolas por el temor a la libertad, a la participación, y a la privacidad misma. El llamado “terrorismo” genera temor a la libertad, pero el Estado con el espionaje masivo no lo combate de modo diferente, lo “combate” aplicando el mismo “temor” (la misma amenaza, el mismo método) como estrategia, el mismo camino, el mismo desprecio a la libertad.

Thomas Jefferson (como vicepresidente de John Adams) afirmaba “ciertamente, este proyecto de ley (de sedición) y el otro (vinculado al espionaje) son tan evidentemente opuestos a la constitución que demuestran (los federalistas) que no piensan respetarla”.⁹² Los federalistas habían presentado un proyecto de ley de sedición que en visión de Jefferson iba en contra del Estado de Derecho. Luego Jefferson, tiempo después, ya como presidente de Estados Unidos, declara como inconstitucional, deroga la ley de sedición y la ley de espionaje, y otras leyes semejantes: es en este momento preciso, con Thomas Jefferson en la presidencia, en abierta oposición a este tipo de leyes (de sedición, espionaje, etc.) que se desarrolla en serio en EE.UU. la libertad de expresión. En este momento nace, con un marco ilustrado, anti-imperialista (en contra del imperialismo británico), esa libertad (presente

92. Desde tiempos de Jefferson el espionaje es pensando como contrapuesto a toda forma de democracia basada en la libertad civil de los ciudadanos, con su pleno derecho a expresarse con libertad. El espionaje socava la autonomía de la persona, su libertad. Jefferson, que se enamoró de una esclava de su hermanastra, con quien tuvo varios hijos, lo cual para la época no dejaba de ser en sí mismo un acto revolucionario y democrático y civil. Generador de una nueva sociedad, como la que se estaba gestando en los Estados Unidos.

en la primera enmienda) como tal. Eso es lo que está hoy en juego. Eso es lo que no debe perderse: esa libertad civil.

Jefferson (no en vano considerado en EE.UU. como uno de los padres fundadores, tercer presidente de ese país, redactor de la declaración de la independencia) luchó por abolir las actas de espionaje. Estas actas volvieron, sin embargo, después de la Primera Guerra Mundial (1918-1919). Jefferson se oponía al espionaje por su defensa acérrima, casi un dogma del Estado de Derecho, de la libertad de expresión. No había para él “balance” posible entre una cosa y la otra, pero tampoco ese balance es posible hoy. El “balance” entre el espionaje y la democracia (entre el espionaje y la libertad de expresión, entre el espionaje y los derechos humanos, entre el espionaje y los derechos civiles) no es posible. El espionaje masivo es un crimen que atenta contra la libertad de las personas y de los Estados de un modo abierto y frontal, cosa que ya Jefferson sabía: donde hay espionaje no hay democracia. No puede haber democracia. Donde hay espionaje no hay derechos civiles, no hay libertad, no hay ciudadanos, no hay participación, no hay política. Hay solo “recursos humanos” sin voz, sujetos sin la mínima libertad, sin el mínimo derecho a expresarse.

Los avances de la tecnología se suceden al mismo tiempo que avanzan los márgenes de la llamada “sociedad de riesgo”⁹³ y se anulan (con los nuevos “problemas” surgen –con la tecnología– las nuevas “soluciones”) los espacios de libertad. Se descubren continuamente nuevos “peligros”, situaciones que antes eran parte simplemente de la vida en democracia, de repente representan y se presentan como graves “amenazas”, riesgos, para la “seguridad” ciudadana. Por eso estamos siempre obligados a volver a hacernos la pregunta que se hizo Castel: qué es, qué significa (qué riesgos se corren también, paradójicamente, para) estar mejor protegidos. Para estar “seguros”, qué resignamos, qué “cedemos”. Supone estar siempre vigilados, renunciando a todo espacio privado, a la propia autonomía, base de la personalidad y el diálogo.⁹⁴ ¿Significa estar seguros renunciar a todo derecho?

93. Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 1994. La tecnología no amplía muchas veces nuestras posibilidades de comunicación. Al contrario, las pone en peligro. Las recorta.

94. Castel, R., *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegidos?*, Buenos Aires, Manantial, 2006.

¿A toda garantía? ¿A todo espacio de intimidad o privacidad personal? ¿A toda comunicación libre? ¿No vigilada? ¿No es más importante lo que perdemos (la libertad) que lo que “ganamos” (supuestamente mayor seguridad, aunque muchos –como la presidenta de Brasil– desmienten que el verdadero fin, el verdadero objeto de estas estructuras de vigilancia masiva sea combatir al terrorismo) con la sociedad de vigilancia?

La noción de “riesgo” lleva implícita la noción de control. Donde crece uno, crece el otro: a más “riesgos” (reales o supuestos), más “controles”. El espionaje masivo supone una forma de vigilancia y en consecuencia, una forma de control, y en consecuencia, de amedrentamiento: de limitación de las libertades. El libre desenvolvimiento de la personalidad se ve amenazado y socavado por estas enormes estructuras de vigilancia: se desdibuja la persona. Cuando se dan –estos procesos, actos– entre Estados, son (hablamos de) agresiones, no solo de violaciones al libre desarrollo y desenvolvimiento de la persona, sino también a la soberanía de los Estados. Una cosa es desdibujar la intimidad (individual del sujeto), otra, violentar la soberanía de un Estado. Ninguna es menos grave, son dos consecuencias de un mismo crimen. En un sentido (respecto de la vulneración de la intimidad individual, de la privacidad del sujeto “vigilado”) usamos el término “agresión” en sentido amplio, en el segundo sentido (en tanto violación grave de la soberanía de un Estado, de sus mecanismos, de sus espacios e instituciones, relaciones, decisiones, intereses, empresas, ciudadanos, población, territorio) empleamos el término en sentido jurídico, de acuerdo a la figura presente en el Estatuto de Roma: el crimen de agresión como tipo penal. Son dos formas de agresión (dentro de otras muchas formas de agresión que existen y aún deben ser visibilizadas por el Derecho), una de las cuales ya está, desde Kampala 2010, tipificada por el Derecho Penal Internacional.

Como en el panóptico ideado por Bentham (padre del utilitarismo inglés, que impugna la universalidad “abstracta”, como Burke, de derechos), no se trata de si hay alguien “observando” (o no) desde la torre ubicada en el centro: se trata de la mera posibilidad (sentir esa posibilidad, sentir esa “mirada”) de que se está siendo observado-vigilado o de que alguien puede en cualquier momento observar nuestros actos más íntimos, más personales, y “seguir” nuestras comunicaciones personales: esa “observación” (la sombra de una vigilancia permanente, y continua, todopoderosa, la “conciencia” reemplazada, un nuevo Dios “testigo” de nuestros actos) termina por socavar y anular la libertad, bloquea nuestra capacidad de acción o participación civil.

Por anular a las personas en su derecho esencial a expresarse. Esta libertad es fundante para la democracia: sin ella, como en la Alemania oriental (la Stasi en épocas de la DDR) la democracia no sobrevive, no perdura. Las personas terminan por callar, por autolimitarse, por autocensurarse, por ejercer la autocensura (en nombre de la “libertad” y la democracia y la lucha al “terrorismo”, se consolida, paradójicamente, de este modo, en Occidente, un Estado totalitario, sin libertades básicas, donde la privacidad –base de la autonomía personal y de la participación política– pasa a ser una letra muerta de nuestras constituciones liberales).⁹⁵ Lo que el espionaje masivo pone en juego y en jaque no es una libertad en concreto, sino la libertad – como concepto– en sí misma. La vigilancia anula todas las libertades. Anula la personalidad. La iniciativa: la autonomía. Anula al ciudadano, lo borra, lo desaparece.⁹⁶ Anula los espacios públicos. Anula la discusión y la deliberación política, anula la participación, anula a la sociedad. La diferencia entre sociedad civil y Estado –con el espionaje masivo– desaparece. Termina por difuminarse. Por eso estas sociedades necesitan (como la Alemania de la

95. No en vano se ha dicho que lo que se está poniendo en juego (con la normalización de los estados de “excepción”) son los logros esenciales de la modernidad: la legalidad misma. Lo que significa vivir en un Estado de Derecho: una democracia constitucional, el tan denostado “garantismo”. Las garantías civiles mismas, inherentes a toda Constitución. Los ataques al “garantismo” (a la idea de “delinquentes” con “derechos humanos”, tratados como personas, con garantías como el debido proceso) son ataques abiertos –insistentes y nada inocentes– al Estado de Derecho. La legalidad está puesta, a nivel global (como demuestra el escándalo de espionaje masivo) en tela de juicio.

96. La Stasi en Alemania fue un penoso ejemplo de los extremos a los que la vigilancia permanente conduce a una sociedad: desaparece la “sociedad” misma. Esto es lo que logra (y probablemente lo que busca) el estado totalitario, que desaparezca la sociedad civil. Arendt, H., *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, Taurus, 1998. El totalitarismo no es, como suele pensarse, afirma esta autora alemana, la unión de toda la sociedad (colectivismo) bajo el mando de –detrás de de la figura de– una sola persona, sino la separación de los individuos (la separación intersubjetiva, entre nosotros, el “no te metás”) porque el terror los separa: en el totalitarismo el individuo queda “segregado” (desaparece la sociedad civil), cada individuo se siente solo, en tanto cualquier otro (con el que establecer una relación, un vínculo, un lazo) puede ser considerado un potencial “enemigo”. La teoría sobre el totalitarismo de Hannah Arendt es fundamental para cuestionar y pensar el impacto del espionaje masivo en la sociedad moderna. Surgen preguntas: cómo se le puede poner límites a algo que se hace en secreto, cómo se puede “regular” (controlar o limitar) una actividad semejante. ¿Es compatible una actividad semejante con la democracia?

DDR), para sostenerse, de la construcción de muros. Para que los ciudadanos, impedidos de hablar, de pensar, de participar, de decir lo que piensan, de pensar en modo libre y autónomo (crítico), de oponerse, no lo hagan, pero tampoco escapen. Vivan encerrados, controlados, vigilados a toda hora.⁹⁷ El espionaje masivo y sistemático no construye un muro de hierro, pero construye un muro virtual, invisible, pero presente. Y este nuevo muro condiciona la vida en democracia. La pone en peligro. Por eso, ningún “balance” entre espionaje masivo y democracia, como pidió Merkel, es posible. Porque el espionaje se opone a todo lo que significa e implica vivir en democracia. El espionaje “desconfía” de todo lo que la democracia “valora” y presupone: autonomía, intimidad, libertad, crítica, iniciativa, pluralismo: pensamiento.

Pensar el espionaje masivo, con una interpretación extensiva (crítica de la definición alcanzada en Kampala en 2010, marcando las deficiencias del art. 8 bis del Estatuto de Roma, sobre todo de su inciso segundo) como un genuino Crimen de Agresión significa sentar los cimientos para repensar una sociedad que se conduce, acaso sin saberlo, mediante el empleo pretendidamente “neutro” e inocente (“comercial”) de ciertas técnicas nuevas y plataformas de “servicios” de “comunicación”, hacia un tipo totalitario de sociedad, marcado por el aislamiento y la autocensura, no por la libertad del sujeto, no por las garantías civiles, no por la democracia constitucional, no por la soberanía de los Estados, no por la cooperación entre países, no por la legalidad, no por la seguridad colectiva, sino por la seguridad nacional. Cuestionar el espionaje masivo como un crimen de agresión sirve (como cuestionar la rehabilitación judicial de la tortura o la novedosa doctrina de las guerras “preventivas”) también para cuestionar (y para visibilizar) el renovado (penoso) auge de esta doctrina (de seguridad “nacional”), que erosiona todos los cimientos y objetivos del derecho y la diplomacia. Por todo lo expuesto el espionaje masivo, con los rasgos actuales, sistemático, masivo, automático, indiscriminado y global, debe ser considerado un crimen de agresión. Lo contrario (como pretende la visión restrictiva de la agresión, la tesis alemana) conduce al doble estándar de persecución. Esto agrava la falta de cooperación entre países y socava la legitimidad de los tribunales. Los conceptos jurídicos (como el de Agresión) no son nunca neutrales. Tienen

97. Sorensen, Ted, *Decision-making in the White House. The olive branch or the arrows*, Nueva York, Columbia Classics, 2005.

una historia y son siempre funcionales (por lo que dicen pero sobre todo por lo que callan, por lo que disimulan, por lo que niegan, y han negado, por lo que omiten poner sobre la mesa) a una determinada forma de ejercer el poder punitivo. Pensar el crimen de la agresión (y repensar la agresión como un crimen) en los albores del siglo XXI –desde una perspectiva mucho más crítica y mucho más amplia, mucho menos funcional a determinados intereses económicos puntuales– es de fundamental importancia para repensar el Derecho. Las agresiones impunes –los crímenes de agresión callados (históricamente, pero también o sobre todo en la actualidad, cuando las agresiones se han vuelto más sutiles)– son la base de toda injusticia consolidada como “sistema”, como “Progreso”, como “civilización”, como conquista. Por eso, repensar la agresión es repensar el Derecho, la sociedad y el mundo en que vivimos y queremos vivir. La definición (cuestionada aquí en sus deficiencias y limitaciones) del crimen de agresión alcanzada en Uganda, en 2010, no fue el último paso, fue el primero. El proceso y la discusión sobre el crimen de agresión está recién comenzando, está en sus albores. En esa discusión se cifra el futuro –el sentido mismo– del Derecho Penal Internacional, de la Justicia Penal Internacional. El sentido de la “civilización” y el “desarrollo”, de la “cooperación” entre países, el restablecimiento urgente de la seguridad colectiva (principio rector de la ONU) en desmedro de la hoy imperante doctrina de seguridad nacional, sin cuyo auge ni el escándalo del espionaje masivo, ni la rehabilitación judicial de la tortura, ni las cárceles clandestinas alrededor del mundo, ni las guerras “preventivas”, entre otros fenómenos (que evidencian un enorme y peligroso retroceso en la legalidad internacional) pueden acabadamente comprenderse. Hay una sola manera de evitar o combatir este retroceso (evidente en la legalidad internacional, en el auge del estado de excepción, normalizado, como el recorte a las garantías civiles, y convertido poco a poco en la “regla”) y es repensar la agresión –el crimen de agresión– desde una perspectiva (mucho) más amplia. No hay otro camino. Solo uno. Solo ese. Repensar la legalidad y restablecer el imperio del Derecho supone repensar las agresiones y los crímenes que aún hoy el Derecho Penal Internacional se resiste a nombrar. No quiere decir. No nombra.

Bibliografía

- Ambos, Kai: “Los terroristas también tienen derechos”, en *Página/12*, Buenos Aires, 14 de mayo de 2011.
- “The crime of aggression after Kampala”, en *German Yearbook of International Law*, GYIL 53, 2010.
- “Wer ist ein Terrorist?”, en *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, FAZ, Frankfurt, 2 de octubre 2014.
- Arendt, H.: *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, , 1998.
- Axat, Julián: “Los fiscales y los álbumes de malvivientes”, en *Página/12*, , 16 de diciembre de 2013.
- Bauman, Z.: *Modernidad y Holocausto*, Madrid, Tusquets, 2008.
- Beck, Ulrich: *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 1994.
- Butler, J.: *Violencia de Estado, guerra, resistencia. Por una nueva política de la izquierda*, Buenos Aires, , 2011.
- Capella, Juan: *Fruta Prohibida. La construcción jurídica de la modernidad*, , Trotta, 2005.
- Castel, R.: *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegido?* Buenos Aires, , 2006.
- Coté, Luc: “International Criminal Justice: tightening up the rules of the game”, en *International Review of the Red Cross*, Volume 88, Number 861, March 2006.
- Croxatto, Guido L.: “La Salud Mental en Argentina: dos paradigmas en pugna”, en revista *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, UBA, Vol. 90, 2012.
- Ferrajoli, L.: “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 2011, pp. 15-33.
- *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2014.
- Ferrajoli, L. y otros: *Not in My Name. Guerra e diritto*, Roma, Editori Riuniti, 2003.
- Findaly, M. J. y otros: *International and Comparative Criminal Justice: A critical introduction*. Cap. 8. “Responding to Trans-national and Trans-border Crime. Controlling the Risk Society?”. Nueva York, , 2013, pp. 197-219.
- Foucault, M.: *La Hermenéutica del Sujeto*, Buenos Aires, FCE, 2007.

- Frankenberg, G.: *Técnica estatal. Perspectivas del Estado de Derecho y el estado de excepción*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2014.
- Fromm, E.: *El miedo a la libertad*, Madrid, Alianza, 2011.
- Ginzberg, Victoria: “Para que los delitos económicos no queden impunes”, en *Página/12*, Buenos Aires, 10 de septiembre 2015.
- Heidegger, M.: *Carta sobre el humanismo*, Buenos Aires, ,2003.
- Jaspers, Karl: *Die Schuldfrage: Von der politischen Hoffnung Deutschlands*, Berlín, , 2010.
- Kant, I.: *La metafísica de las costumbres*, Buenos Aires, Losada, 1998.
- Klein, N.: *No Logo. El poder de las marcas*, Madrid, Paidós, 2002.
- Lévi-Strauss, C.: *El Pensamiento Salvaje*, Buenos Aires, Sudamericana, 1996.
- Liotard, J.-F.: “Los derechos de los otros”, en Shute, Stephen y Hurley, Susan, *De los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 1998.
- Marcuse, H.: *El hombre unidimensional*, Buenos Aires, Losada, 2000.
- Monsiváis, Carlos: *Las alusiones perdidas*, Madrid, Anagrama, 2001.
- Naucke, W.: *El concepto de delito económico-político. Una aproximación*, Madrid, Marcial Pons, 2015.
- Nussbaum, M.: *El ocultamiento de lo humano. Vergüenza, Repugnancia y Ley*, , Katz, 2007.
- Pavarini, M.: *Arte Abyecto. Ensayos sobre el gobierno de la penalidad*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.
- Pierson, Paul: *The New Politics of the Welfare State*, Oxford University Press, 2001.
- Popper, K.: *La sociedad abierta y sus enemigos*, Madrid, Paidós, 2010.
- Radbruch, G.: “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, en *Süd-deutsche Juristenzeitung*, München, Alemania, 1946.
- Ricœur, P.: *L’aventure technique et son horizon interplanétaire*. *Christianisme Social*, 66, 1958.
- Rousseau, J. J.: *Carta a D’Alembert, sobre los espectáculos*, Madrid, Alianza, 2011.
- Sloterdijk, Peter: *Normas para el Parque Humano. Una respuesta a la “Carta sobre el Humanismo”*, Buenos Aires, Losada, 2012.
- Sorensen, Ted: *Decision-making in the White House. The olive branch or the arrows*. Nueva York, , 2005.
- Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht): “Guardianes del Muro”; “Mauerschützen” (BVerfGE 95, 96 - Mauerschützen), Alemania. Véase Schwabe, Jürgen (comp.), *Jurisprudencia del Tribunal*

- Constitucional Federal Alemán*, Konrad Adenauer Stiftung (KAS), México, 2009.
- Viñas, David: *Indios, ejército y frontera*. México, Siglo XXI Editores, 1982.
- Weber, M.: *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Madrid, Alianza, 1998.
- Wilkens, Andre: *Analog ist das neue Bio*, Berlin, Metrolit, März 2015.
- Zaffaroni, E. R.: *El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*, Buenos Aires, Ed. Madres de Plaza de Mayo, 2015.
- *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 2009.
- Zaffaroni, E. R.; Alagia, A.; y Slokar, A.; *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires, Ediar, 2000.
- Žižek, Slavoj: “La máscara humanitaria de la explotación: los comunistas liberales de Porto Davos”, en *Revista Cultural* Ñ (*Clarín*, Buenos Aires, 6-5-06).
- Zolo, Danilo: “The double-track approach to international criminal justice”, en *Journal of International Criminal Justice*, 2007 5(4), pp. 799-807.

La legítima defensa y el funcionario policial: ¿uso necesario o proporcional de la fuerza?¹

Pablo D. Colmegna y Juan Nascimbene***

Resumen

Los policías recurren a la fuerza para protegerse a sí mismos y a terceros constantemente. Pero lo que no queda tan claro es si esa fuerza utilizada debe cumplir con los requisitos de la legítima defensa del derecho penal, a saber, utilizar un medio necesario o racional para repeler el ataque antijurídico, o si en realidad debe utilizar proporcionalmente la fuerza a la luz de los estándares requeridos por el derecho público. Este artículo propone que a raíz de las obligaciones de derechos humanos a las que el Estado argentino se ha sometido, el funcionario policial debe utilizar proporcionalmente la fuerza. Consecuentemente, éste deberá ser el criterio prevalente al analizar el actuar policial.

Palabras clave: funcionario policial, legítima defensa, uso proporcional de la fuerza.

1. Los autores agradecen las sugerencias de un árbitro anónimo. Por supuesto que los errores sólo nos caben a nosotros.

* Abogado (UBA), ayudante de segunda en la materia Derechos Humanos cátedra Pinto; pablo.colmegna@gmail.com.

** Abogado (UBA), profesor adjunto de Derecho Penal en el Instituto Superior de Seguridad Pública, ayudante Derecho Internacional cátedra Pinto (UBA), ayudante Derecho Penal cátedra Sancinetti (UBA), investigador del Proyecto UBACYT: “La posición de garante del funcionario policial”; jnascimbene@gmail.com.

Self-defense and policemen: ¿rational or proportional use of force?

Abstract

Policemen constantly recur to the use of force in order to protect themselves and third parties. However, it is unclear whether policemen can claim to be acting under the requirements of self-defense under criminal law, namely to use a rational means to neutralize an unlawful attack or whether proportionality is required. It is our contention that due to Argentine international human rights commitment and the special role of police officers, they must be constrained by the requirement of proportionality.

Keywords: policemen, self-defense, proportional use of force.

1. Introducción

Desde el retorno a la democracia en la Argentina en el año 1983, el accionar de las fuerzas de seguridad fue cada vez con mayor frecuencia objeto de monitoreo por parte de actores de la sociedad civil. Así fue como no solo se colocó en cuestión la actuación de las fuerzas armadas durante la última dictadura militar (1976-1983) sino que se comenzaron a plantear reclamos en torno a los denominados casos de violencia institucional, principalmente los casos de gatillo fácil, cuya existencia no hacía más que reflejar los resabios de una lógica de actuación de los integrantes de las fuerzas que con tanta frecuencia se había llevado adelante al amparo de la impunidad reinante durante el terrorismo de estado.

Con el correr de los años se fueron sucediendo las condenas a aquellos policías encontrados responsables de una utilización de la fuerza por fuera de los estándares regulados de manera penal e internacional. Sin embargo, no es sino hasta años recientes que el enfoque de derechos humanos ha cobrado su parte en el encuadre jurídico de este tipo de casos. De esa manera, se pasó a brindarle un mayor protagonismo a los derechos de los familiares de las víctimas, quienes cada vez con mayor fuerza logran visibilizar y poner en marcha la obligación que tiene el Estado de investigar y sancionar a los responsables de las fuerzas de seguridad.

En el presente trabajo se examinarán las normas que regulan el uso de la fuerza desde un enfoque de derechos humanos, al tiempo que se analizará el impacto que tiene en la sanción penal de aquellos responsables. Para ellos se tendrá en cuenta la regulación penal y aquella desarrollada en el derecho internacional de los derechos humanos.

En el presente trabajo, la exposición del tema se dividirá en cuatro secciones. En primer lugar se analizarán las normas de derecho penal relacionadas con la legítima defensa. En segundo lugar explicaremos por qué, desde nuestro punto de vista, el ejercicio de la legítima defensa por parte de los funcionarios policiales debe ser más estricto. En tercer lugar, analizaremos las normas del derecho internacional de los derechos humanos que deben ser aplicadas al momento de evaluar el accionar de las fuerzas policiales. En cuarto y último lugar, analizaremos cierta doctrina y jurisprudencia asociada a la legítima defensa ejercida por funcionarios policiales. Finalmente, se expondrán las conclusiones a las que se ha arribado en el desarrollo del presente trabajo.

2. Marco normativo nacional

Las normas que regulan la legítima defensa se encuentran en el Código Penal de la Nación. En el artículo 34 se dispone:

ARTÍCULO 34.- No son punibles:

6º. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias:

- a) Agresión ilegítima;
- b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla;
- c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor.

Igualmente respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia.

2.1. La legítima defensa. Nociones generales

La legítima defensa es una de las causales de justificación que se analizan dentro de la antijuricidad en la estructura de la teoría del delito. En este sentido, una acción típica puede estar justificada en tanto y en cuanto se haya realizado en legítima defensa. Diversos autores han aportado su definición de lo que debe entenderse por legítima defensa. Fontán Balestra sostiene que la legítima defensa puede definirse como “la reacción necesaria para evitar la lesión ilegítima, no provocada, de un bien jurídico, actual o inminentemente amenazado por la acción de un ser humano”.² Por su parte, D’Alessio sostiene que puede ser ejercida “por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla”.³ El autor sostiene que el fundamento de la legítima defensa es doble dado que confirma el derecho al mismo tiempo que se facilita la autodefensa de un individuo frente a un ataque antijurídico.⁴

Pero como lo señala Donna, debe quedar en claro que la legítima defensa no es instituto que sirva para llevar adelante justicia por mano propia.⁵ Es por ello que, para que se configure la legítima defensa como tal, deben darse ciertos requisitos de manera estricta.

2.2. Requisitos de la legítima defensa

a) Agresión ilegítima

Respecto del requisito de la agresión ilegítima, Zaffaroni sostiene que la misma se configura cuando se está ante una conducta humana, agresiva y antijurídica. Ello implica que no puede existir legítima defensa contra lo

2. Carlos Fontán Balestra, *Derecho Penal. Introducción y Parte General*, Abeledo-Perrot, 1998, p. 280.

3. Andrés J. D’Alessio, *Código penal, comentado y anotado*, Buenos Aires, La Ley, 2007, pp. 379-380.

4. *Ibíd.*, p. 380. En el mismo sentido, C. Roxin, *Derecho Penal. Parte General*, p. 608.

5. Edgardo Donna, *Teoría del delito y de la pena*, T. II, Buenos Aires, 1995, p. 143.

que no sea una conducta humana, incluyendo niños e inimputables, aunque en estos casos la interpretación es necesariamente restringida en razón de la existencia de la racionalidad como límite a la necesidad.⁶ Asimismo, el autor entiende que la conducta debe ser agresiva, esto es, debe existir una voluntad lesiva, excluyendo aquellos supuestos de conductas imprudentes.⁷ En una aclaración que resulta importante para lo que refiere al accionar policial, Zaffaroni sostiene que si el sujeto es consciente del peligro que causa con su acción imprudente y se le ha advertido que deponga su actitud y, no obstante, continúa con su conducta, ésta deviene agresiva.⁸ Ello resulta especialmente relevante dado que, como se verá en un apartado posterior, el funcionario policial se encuentra obligado a dar la voz de alto antes de hacer uso de su arma de fuego. Teniendo en cuenta la opinión de este doctrinario, solo en aquellos casos en los que el sujeto continúa con su agresión luego de que se le advirtiera que depusiese su actitud el funcionario policial estaría actuando dentro de los límites de la legítima defensa.

Con conducta antijurídica Zaffaroni refiere a aquella que afecta bienes jurídicos sin derecho. De esta manera, no se podría ejercer legítima defensa contra una persona que actúe justificadamente, por ejemplo en legítima defensa o en estado de necesidad justificante.⁹

Además, “cuando se corre el riesgo de herir o matar a terceros, el derecho de defensa se limita, especialmente si existe la posibilidad de huir o de producir afectaciones de menor importancia”.

La legítima defensa puede ejercerse mientras exista la situación de defensa y puede ir desde el surgimiento de la amenaza inmediata a un bien jurídico hasta que “termina la actividad lesiva o la posibilidad de retrotraer o neutralizar sus efectos”.

En cuanto al concepto de inminencia de la agresión, requerido por la ley, Zaffaroni proporciona un ejemplo que debe tenerse presente al momento de evaluar el accionar policial ante un enfrentamiento armado. Este autor sostiene que “la agresión es inminente cuando es susceptible de percibirse

6. Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 619.

7. Ídem, pp. 619-620.

8. *Ibid.*

9. Ídem, p. 621.

como amenaza manifiesta, dependiendo su realización sólo de la voluntad del agresor: cuando un sujeto extrae un arma, poco importa que demore dos segundos o una hora en disparar”.¹⁰

Otro doctrinario, D’Alessio sostiene que la agresión es “la amenaza de lesión o puesta en peligro de derechos jurídicamente protegidos. El ataque o amenaza debe provenir de una acción humana, no necesariamente violenta, pero sí agresiva”.¹¹

b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla

El código penal requiere que el sujeto que actúa en legítima defensa concurra con una necesidad racional del medio empleado. Alguna parte de la doctrina ha entendido este requisito como proporcionalidad. Por ejemplo, Righi establece: “Debe considerarse que el medio empleado por el agredido, ha sido racional siempre que haya sido proporcional a la potencialidad defensiva desplegada por el agresor”.¹² Pero como bien explica Beguelin, en realidad la doctrina argentina ha recurrido a casos a casos de grosera desproporción entre el medio empleado y la conducta repelida. Por ello, concluye, “la legítima defensa no conoce límites de proporcionalidad, más allá de la grosera desproporción”.¹³ En efecto, dice el profesor Frister: “una grosera desproporción exige más que una mera falta de proporcionalidad. Sólo existe cuando la relación entre el interés menoscabado por la defensa y el protegido por ella puede ser valorada como ‘intolerable’ [...] Recién un homicidio cometido para proteger valores materiales insignificantes ya no estará justificado”.¹⁴

10. *Ibíd*, p. 624.

11. D’Alessio, *supra* nota nota 6, p. 383.

12. Esteban Righi, *Derecho Penal. Parte General*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 278; también Fontán Balestra, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 1970, p. 154 y siguientes.

13. José R. Beguelin, “¿Puede un funcionario de policía ejercer el derecho de legítima defensa del Código Penal?”, en Ziffer, Patricia S. (dirección), *Jurisprudencia de Casación Penal, Análisis de Fallos* (5): Ed. Hammurabi, 2012, p. 19.

14. Frister, H., *Derecho Penal Parte General*, 4^a ed. Trad. Sancinetti, M.A.; Galli, M. de las M., Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2011, p. 331.

La jurisprudencia refiere a que este requisito implica, en primer lugar, que se actúe contra el agresor. Asimismo, se sostiene que “sin el requisito de ser necesaria no puede hablarse de defensa, ni completa ni excesiva”.¹⁵ Interpreta que la ley requiere que el medio con que se repele una agresión debe ser racionalmente necesario, para lo cual deben tomarse en consideración la totalidad de las circunstancias que rodean a un hecho.¹⁶ Sin embargo, proporcionalidad no solo se exige en relación con la agresión y la defensa sino que también se mide en la relación entre el medio utilizado para defenderse y el bien defendido.¹⁷

Cuando no se cumple con el requisito de la necesidad racional del medio empleado se configura lo que se conoce como exceso en la legítima defensa.¹⁸ Si hubiera exceso de la legítima defensa, se podrá recurrir al artículo 35 del Código Penal para imputar el delito a título de imprudencia. Así es como en un caso donde se concluyó en que había existido un exceso en la legítima defensa, el tribunal sostuvo: “La desproporción resulta evidente cuando se considera que el acusado asestó una puñalada dirigida a una zona muy riesgosa para la vida con una cuchilla muy puntiaguda y con una hoja de 15 cm de largo, produciendo la muerte inmediata de la víctima. El arma fue empleada en ese sentido únicamente: otras alternativas menos graves (blandirla, dirigirla a otras áreas menos vitales) no fueron utilizadas y ante un riesgo no letal, reaccionó igual que ante un peligro de esa entidad”.¹⁹

15. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I - R., Aníbal O. y otros. 28/04/2008.

16. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I - R., Aníbal O. y otros. 28/04/2008.

17. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I - R., Aníbal O. y otros. 28/04/2008.

18. Causa “Manzo”, sentencia N° 24, 8/3/12; doctores Requena, Ferrero y Comes, Sec. N° 1; Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, T. I, 4ª ed., Ed. Tea, Buenos Aires, 1983, pp. 371-377.

19. Causa “Manzo”, sentencia N° 24, 8/3/12; doctores Requena, Ferrero y Comes, Sec. N°1.

c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende

Según la jurisprudencia, este requisito implica que para que actúe dentro de los límites de la legítima defensa, quien se defiende no debe haber provocado la agresión.²⁰

En relación a lo antedicho, cabe destacar un caso en el que un tribunal sostuvo que no constituía provocación suficiente el hecho de que los policías hubieran descendido de un auto no identificado, esgrimiendo sus armas, pero de manera tranquila con uno de los efectivos portando su identificación.²¹ Por ello es que entendió que los efectivos policiales habían actuado dentro de los límites de la legítima defensa al repeler la agresión del individuo que se encontraba dentro del auto al cual querían identificar.²²

3. El funcionario policial y el artículo 34.6 del Código Penal: controversias en cuanto al principio de proporcionalidad

Como ya hemos descripto, la legítima defensa *per se* no exige el requisito de proporcionalidad sino más bien la utilización de un medio necesario o racional. Es decir, entre dos medios, se deberá optar por el menos lesivo pero no tiene que ser un medio proporcional al ataque que está siendo repelido. Es cierto que cuando es manifiestamente desproporcional, no se podrá alegar esta causal de justificación. No obstante, la actuación en el marco de la legítima defensa no conoce una cota de proporcionalidad entre el ataque sufrido y la reacción al mismo ni tampoco respecto del medio utilizado. Por tanto, si se permitiera que el funcionario policial pueda actuar en el marco de la legítima defensa, sólo debería guiarse por la utilización de un medio racional o necesario.

20. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I - R., Aníbal O. y otros. 28/04/2008; Eugenio R. Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, 1997, pp. 492-493.

21. Aunque sostuvo que podría ser una actitud merecedora de sanciones administrativas, lo cual es cierto tomando en consideración lo dispuesto en la reglamentación de la ley 21.965 de la PFA.

22. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I - R., Aníbal O. y otros. 28/04/2008.

Empero, cabe aclarar que tanto la legislación nacional como la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires remiten a las normas de la Organización de las Naciones Unidas que requieren el uso proporcional de la fuerza por parte de los funcionarios de la seguridad.²³ Consecuentemente, mientras que en la actuación en legítima defensa no es necesaria la proporcionalidad, el uso de la fuerza por los funcionarios de seguridad debe encontrar su límite en las normas internacionales de derecho público interno e internacional. Y está asociado, como explica Jakobs, al hecho de que el funcionario policial no actúa espontáneamente al momento de recurrir a la fuerza, sino más bien que realiza una tarea que ha sido previamente ensayada y además en tanto funcionario policial debe sujetar su actuar a las normas estatales.²⁴ Otro autor alemán, Seelmann, también destaca el hecho de que el funcionario policial responde a una actuación reglada y a instrucciones precisas, lo cual se contrapone con el derecho a la legítima defensa cuya fundamentación está mayormente asociada a una reacción no premeditada ni ordenada.²⁵ De allí que la legítima defensa del ciudadano común no requiera de la proporcionalidad pues ante el repentino ataque, el ciudadano no tiene la oportunidad de sopesar la proporcionalidad del medio en cuestión.

En este sentido, creemos indispensable recurrir a los estándares internacionales de derecho internacional de los derechos humanos para limitar y constreñir el uso de la fuerza por parte de los agentes policiales.

4. Los estándares derivados de los principios sobre uso racional de la fuerza y empleo de armas de fuego y el derecho internacional de los derechos humanos

23. A nivel nacional: Artículo 22 de la Ley de Seguridad Interior (número 24.059), decreto 637/03; Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ley de Seguridad Pública (número 2894), artículos 26, 27, 28 con referencia al “Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley” (adoptado por la resolución 34/169 de la Asamblea General de la ONU).

24. Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2ª edición, 1991, p. 397, N°41 y siguientes, citado en Béguelin, op. cit., p. 34.

25. Seelmann, “Grezen privater Nothilfe”, en *ZStW* 89 (1977), p. 36 y siguientes, citado en Béguelin, op. cit., p. 35.

El funcionario policial se vale del uso de la fuerza constantemente para protegerse a sí mismo y a terceros. En muchos de estos casos nos encontramos con que el efectivo policial repele una supuesta agresión física y/o armada actual, finalizando con la vida del atacante.

No debe perderse de vista que se trata de funcionarios que se encuentran especialmente capacitados para el empleo de armas de fuego, razón por la cual el análisis para constatar la existencia de un supuesto de legítima defensa debe realizarse de manera estricta. En ese sentido, los tribunales regionales de protección de los derechos humanos entienden que “una vez que se tenga conocimiento de que sus agentes de seguridad han hecho uso de armas de fuego con consecuencias letales, el Estado debe iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva”.²⁶

En el mismo sentido se pronunció el Comité de Derechos Humanos,²⁷ el cual señaló que

[...] La privación de la vida por las autoridades del Estado es una cuestión de suma gravedad. Por consiguiente, *la ley debe controlar y limitar estrictamente las circunstancias en que dichas autoridades pueden privar de la vida a una persona*.²⁸

Es dentro de este marco que creemos que resulta necesario interpretar el instituto de la legítima defensa del funcionario policial. En tal sentido, no

26. Corte IDH, *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C. N°150, párrs. 79 y 80; Corte IDH, *Caso Zambrano Vélez y otros c. Ecuador*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 4 de julio de 2007, Serie C. N°166, párr. 88; Corte IDH, *Nadege Dorzema vs. República Dominicana*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de octubre de 2012, Serie C. N°251, párr. 101; ECHR, *Case of Erdogan and Others v. Turkey*. Judgment of 25 April 2006. Application N°19807/92, párrs. 88-89; ECHR, *Case of Kakoulli v. Turkey*. Judgment of 22 November 2005. Application N°38595/97, párrs. 122-123; ECHR, *Case of Nachova and others v. Bulgaria* [GC]. Judgment of 6 July 2005. Application Nos. 43577/98 and 43579/98, párrs. 111-112.

27. Encargado del monitoreo del cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tratado que cuenta con jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto en el art. 75 inc. 22.

28. CDH, Observación General N°6, Derecho a la vida (artículo 6), 16° período de sesiones (1982), párr. 3.

debe perderse de vista lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), la que remarcó que la

[...] lucha de los Estados contra el crimen debe desarrollarse dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permitan preservar tanto la seguridad pública como el pleno respeto a los derechos humanos de quienes se hallen sometidos a su jurisdicción.²⁹

Asimismo, Argentina ha incorporado a su derecho interno el *Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley* (aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979).³⁰ A través del decreto 637/03 se dispone que se difunda e implemente el “Código de conducta” en la Policía Federal, en la Gendarmería Nacional, en la Prefectura Naval y en el Servicio Penitenciario Federal.³¹ Además, insta a los gobernadores a hacer lo mismo con las fuerzas de seguridad provincial.³²

Por su parte, la Ciudad de Buenos Aires a través de la Ley de Seguridad Pública 2.984 en su artículo 27 establece que los funcionarios policiales deberán actuar conforme al código de conducta y a los *Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*³³ que exigen la proporcionalidad en el uso de la fuerza.³⁴

29. Corte IDH, Caso Zambrano Vélez y otros, supra nota 1, párr. 96.

30. El artículo 22º de la Ley 24.059 de Seguridad Interior dispuso su incorporación a los reglamentos internos de los Cuerpos Policiales y Fuerzas de Seguridad.

31. Decreto Nacional 637/2003, 19 de marzo de 2003, Boletín Oficial, 20 de marzo de 2003. Artículo 1.

32. Ídem. Artículo 2.

33. Adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

34. Ley de Seguridad Pública, sancionada el 28 de octubre de 2008. Publicación BOCBA N°3063 del 24/11/2008.

i) El derecho internacional de los derechos humanos

En el análisis del uso de la fuerza por parte de los funcionarios de las fuerzas de seguridad deben tomarse en consideración tanto el texto de los instrumentos internacionales de derechos humanos, que gozan de jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional,³⁵ como las interpretaciones realizadas por los órganos encargados de monitorear su cumplimiento, en especial la jurisprudencia de la Corte IDH.³⁶ Asimismo, no debe olvidarse que el poder judicial se encuentra obligado a ejercer un examen respecto de la conformidad del derecho local con el de la Convención Americana de Derechos Humanos a través del denominado Control de Convencionalidad.³⁷

Así es como consideramos que en la regulación del uso de la fuerza se encuentran en juego derechos tales como la vida, la integridad persona, libertad y seguridad de la persona, libertad de expresión y de asociación y reconocimiento de la personalidad jurídica, todos ellos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de

35. Cuentan con jerarquía constitucional los siguientes instrumentos internacionales: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño. Posteriormente, se le dio esa misma jerarquía a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

36. CSJN, *Arancibia Clavel s/ Homicidio Calificado y Asociación Ilícita y otros*, 24 de agosto de 2004, consid. 60; Mónica Pinto, “El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, en Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. 149.

37. Ver Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C. N°154, párr. 124.

Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. También son derechos que se encuentran consagrados en otros tratados de derechos humanos ratificados por el estado argentino que no cuentan con jerarquía constitucional, tales como la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra la Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

ii) Los principios sobre uso de la fuerza

El *Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*³⁸ dispone en su Artículo 3º que “podrá usarse la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiere el desempeño de sus tareas”. Este Código restringe el uso de la fuerza a “cuando sea estrictamente necesario y en la medida en que lo requiera el desempeño de sus tareas”.³⁹ Y además, dice el comentario al artículo 3: “En ningún caso debe interpretarse que esta disposición autoriza el uso de un grado de fuerza desproporcionado al objeto legítimo que se ha de lograr”.⁴⁰ Además, establece en el principio 22º que los gobiernos y autoridades responsables de hacer cumplir la ley “asegurarán que se establezca un procedimiento de revisión eficaz y que autoridades administrativas o judiciales independientes estén dotadas de competencia en circunstancias apropiadas. En caso de muerte y lesiones graves u otras consecuencias de importancia, se enviará rápidamente un informe detallado a las autoridades competentes para la revisión administrativa y la supervisión judicial”.

Por su parte, en la novena disposición especial de los *Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios*

38. El artículo 22º de la Ley 24.059 de Seguridad Interior dispuso su incorporación a los reglamentos internos de los Cuerpos Policiales y Fuerzas de Seguridad.

39. Artículo 3 del *Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*, Adoptado por la Asamblea General en su Resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979.

40. Comentario b) del artículo 3 del Código de conducta, op. cit.

encargados de hacer cumplir la ley (en adelante, los Principios) se señala que: “Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que representare ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida”.

Asimismo, la disposición quinta de los Principios establece: “Cuando el empleo de las armas de fuego sea inevitable, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley:

a) Ejercerán moderación y actuarán en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga;

b) Reducirán al mínimo los daños y lesiones y respetarán y protegerán la vida humana;

c) Procederán de modo que se presenten lo antes posible asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas;

d) Procurarán notificar lo sucedido, a la menor brevedad posible, a los parientes o amigos íntimos de las personas heridas o afectada”.

iii) La interrelación entre las normas de derechos humanos y los principios sobre uso de la fuerza: los estándares fijados por la CIDH y por la Corte IDH En cuanto a la interpretación de estos principios, se debe tomar en cuenta lo señalado por los órganos de control de tratados que han esclarecido el alcance de las normas que regulan el uso racional de la fuerza y de las armas de fuego.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

El 31 de diciembre de 2009 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) publicó el informe *Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*, considerado referencia obligada al momento de contrastar el accionar de las fuerzas de seguridad con las normas del derecho internacional de los derechos humanos. En dicho informe señaló que “el

uso de armas de fuego es una medida extrema, y que las mismas no deben utilizarse excepto en aquellas oportunidades en que las fuerzas policiales no puedan reducir o detener a quienes amenazan la vida o la integridad personal de terceras personas o de efectivos policiales utilizando medios no letales”.⁴¹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos

Por su parte, la Corte IDH a lo largo de su jurisprudencia ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el alcance de los estándares sobre uso de la fuerza, aunque no ha hecho una clara diferenciación entre aquellos supuestos en que está en juego la actuación de fuerzas de seguridad y aquellos otros en que intervienen las fuerzas armadas.⁴² Así, en el caso *Retén de Catia vs. Venezuela* vinculado con el accionar de las fuerzas de seguridad y fuerzas del ejército que ingresaron a un penal de Venezuela y abrieron fuego contra los internos, terminando con la vida de 37 personas, el tribunal se pronunció sobre los alcances del derecho a la vida y a la integridad física en relación con el uso de la fuerza por parte de las fuerzas policiales. Destacó que “en el desarrollo de un evento de despliegue de la autoridad, los agentes estatales, en la medida de lo posible, deben realizar una evaluación de la situación y un plan de acción previo a su intervención”.⁴³

En este sentido dijo que el derecho a la vida comprende “el deber de los Estados de impedir que sus agentes, o particulares, atenten contra el mismo”.⁴⁴ En tanto que el artículo 4 en relación con el artículo 1.1 “presupone

41. CIDH, *Informe sobre Seguridad Ciudadana*. 31 de diciembre de 2009. Párr. 118.

42. Esta distinción resulta relevante para la República Argentina dado que se encuentra prevista la distinción de la seguridad interior (destinada a la prevención del delito) y la seguridad exterior (prevista para supuestos de ataque externo). Así es como deberá efectuarse un análisis caso por caso para verificar la aplicabilidad de los estándares establecidos por la Corte IDH de manera genérica.

43. Corte IDH, *Retén de Catia vs. Venezuela*, Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C N°150, párr. 67.

44. Corte IDH, *Retén de Catia vs. Venezuela*, Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C N°150, párr. 64.

que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente”.⁴⁵ Concretamente refiriéndose a la labor policial la Corte sostuvo que:

De manera especial los Estados deben vigilar que sus cuerpos de seguridad, a quienes les está atribuido el uso de la fuerza legítima, respeten el derecho a la vida de quienes se encuentren bajo su jurisdicción.⁴⁶

Asimismo la Corte IDH entiende que:

El uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad estatales debe estar definido por la *excepcionalidad*, y debe ser planeado y *limitado proporcionalmente* por las autoridades. En este sentido, el Tribunal ha estimado que *sólo podrá hacerse uso de la fuerza o de instrumentos de coerción cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control*⁴⁷ (énfasis añadido).

En relación al uso de la fuerza letal y de armas de fuego, la Corte IDH expresa que:

[...] debe estar prohibido como regla general. Su uso excepcional deberá estar formulado por ley, y ser interpretado restrictivamente de manera que sea minimizado en toda circunstancia, no siendo más que el “absolutamente necesario” en relación con la fuerza o amenaza que se pretende repeler. Cuando se usa fuerza excesiva toda privación de la vida resultante es arbitraria.⁴⁸

En lo que no deja de ser una decisión que refuerza los estándares internacionales sobre uso de la fuerza, la Corte IDH incorpora lo dispuesto por

45. Corte IDH, Retén de Catia vs. Venezuela, Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C N°150, párr. 65.

46. Corte IDH, Retén de Catia vs. Venezuela, Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C N°150, párr. 66.

47. Corte IDH, Retén de Catia vs. Venezuela, Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C N°150, párr. 67.

48. Corte IDH, Retén de Catia vs. Venezuela, Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C N°150, párr. 68.

los *Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*, en especial mencionando el principio N°9 que refiere al carácter restrictivo del uso de armas de fuego, al que cita textualmente.⁴⁹

En base a este marco normativo es que la Corte IDH concluye en que el Estado había violado el derecho a la vida de las 37 personas que resultaron víctimas del accionar de las fuerzas policiales de Venezuela que no actuaron de manera proporcional a la amenaza sufrida ni fue estrictamente necesaria para mantener el orden en el centro penitenciario.⁵⁰ Otro de los casos de la Corte IDH sobre uso de la fuerza es *Zambrano Vélez y Otros c. Ecuador*. Allí el Tribunal tuvo que pronunciarse respecto de la ejecución extrajudicial de tres personas en el marco de un operativo llevado adelante por las fuerzas militares y de seguridad de Ecuador. Los jueces sostuvieron que los principios que deben regir el uso de la fuerza son la excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad y humanidad, remitiéndose a lo expresado en el caso *Retén de Catia* y a lo dispuesto en los principios y en el código.⁵¹

Uno de los pasajes que deben ser destacados es el siguiente:

[...] En situaciones de paz, los agentes del Estado deben distinguir entre las personas que, por sus acciones, constituyen una *amenaza inminente de muerte o lesión grave* y aquellas personas que no presentan esa amenaza, y usar la fuerza sólo contra las primeras⁵² (énfasis añadido).

49. Corte IDH, *Retén de Catia vs. Venezuela*, Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C N°150, párr. 68. El principio N°9 establece que las armas de fuego podrán usarse excepcionalmente en caso de “defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida”.

50. Corte IDH, *Retén de Catia vs. Venezuela*, Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C N°150, párr. 74.

51. Corte IDH, *Caso Zambrano Vélez y otros c. Ecuador*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 4 de julio de 2007, Serie C. N°166, párr. 83.

52. *Ibíd.*, párr. 85.

En el caso *Nadege Dorzema c. República Dominicana* se analizó la presunta violación del derecho a la vida de las personas asesinadas por fuerzas policiales. La Corte IDH innovó en el análisis de este tipo de casos y diferenció las acciones que le son requeridas al Estado en preventivas, concomitantes y posteriores.

Así, en relación con el primer conjunto de acciones requeridas momento en el uso de la fuerza, la Corte IDH las divide en tres: 1) una legislación que regule el uso de la fuerza y que incorpore lo dispuesto en los Principios sobre uso de la Fuerza y el Código de Conducta; 2) adoptar las medidas necesarias para dotar a su personal de seguridad de “distintos tipos de armas, municiones y equipos de protección que le permitan adecuar materialmente su reacción de forma proporcional a los hechos en que deban intervenir, restringiendo en la mayor medida el uso de armas letales que puedan ocasionar lesión o muerte”;⁵³ 3) capacitar a su personal sobre las normas que regulan el uso de armas de fuego para que tengan elementos que le brinden elementos de juicio sobre su uso.⁵⁴

En relación con el momento concomitante la Corte IDH condensó los principios que deben guiar el uso de la fuerza por parte de los agentes estatales: legalidad, absoluta necesidad y proporcionalidad.⁵⁵ Luego de referir que la “legalidad” implica que el uso de la fuerza esté regulado por ley, continúa con el principio “absoluta necesidad”; la Corte refiere a que se debe “verificar si existen otros medios disponibles para tutelar la vida e integridad de la persona o situación que pretende proteger, de conformidad con las circunstancias del caso”.⁵⁶ Con “proporcionalidad” la Corte refiere a que “*el nivel de fuerza utilizado debe ser acorde con el nivel de resistencia ofrecido*”. Así, los agentes deben aplicar un criterio de uso diferenciado y progresivo de la fuerza, determinando el grado de cooperación, resistencia o agresión de

53. Corte IDH, *Nadege Dorzema vs. República Dominicana*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de octubre de 2012, Serie C. N°251, párr. 80.

54. Corte IDH, *Nadege Dorzema vs. República Dominicana*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de octubre de 2012, Serie C. N°251, párr. 81.

55. Corte IDH, *Nadege Dorzema vs. República Dominicana*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de octubre de 2012, Serie C. N°251, párr. 85.

56. *Ibíd.*, párr. 85.

parte del sujeto al cual se pretende intervenir y con ello, emplear tácticas de negociación, control o uso de fuerza, según corresponda”.⁵⁷

En cuanto al momento posterior en el que se efectúa el uso de la fuerza, los Estados tienen el deber de investigar casos en los que están involucrados efectivos de las fuerzas de seguridad que hacen un uso letal de sus armas de fuego.⁵⁸ Ello ha sido establecido por la Corte IDH, y se deriva de los artículos 4 y 5 en relación con los artículos 8, 25 y 1.1 de la CADH. Posteriormente se examinará en detalle esta situación.

Otro de los casos de la Corte que nutren la jurisprudencia sobre el tema en análisis, es *Hermanos Landaeta Mejía y otros c. Venezuela*. El caso es acerca de la ejecución extrajudicial de dos niños de 17 y 18 años a manos del Cuerpo de Seguridad y Orden Público del estado de Aragua. Uno de ellos fue ejecutado de dos disparos por personal vestido de civil que realizaba tareas de inteligencia. La Corte IDH vuelve a mencionar los tres tipos de acciones referidas al accionar policial, destacando que las medidas preventivas también resultan aplicables a las actividades de inteligencia.⁵⁹ También explicita el alcance del principio de proporcionalidad de una manera más detallada, al establecer que “debe evaluarse la gravedad de la situación que enfrenta el funcionario. Para ello, se debe considerar, entre otras circunstancias: la intensidad y peligrosidad de la amenaza; la forma de proceder del individuo; las condiciones del entorno, y los medios de los que disponga el funcionario para abordar una situación específica. Además, este principio exige que el funcionario encargado de hacer cumplir la ley busque en toda circunstancia reducir al mínimo los daños y lesiones que pudieran causarse a cualquier persona, así como utilizar el nivel de fuerza más bajo necesario para alcanzar el objetivo legal buscado”.⁶⁰

Lo interesante del caso es que la Corte tiene por dado que existió un enfrentamiento armado entre las fuerzas de seguridad y el sospechoso, pero considera que, en virtud del resultado de la autopsia que determinó que una de las víctimas había recibido disparos en la espalda baja y en el puente nasal de la frente, la actuación de los funcionarios no se adecuó a los principios

57. *Ibíd*, párr. 85.

58. *Ibíd*, párr. 100.

59. Corte IDH, *Landaeta Mejía c. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 126.

60. Corte IDH, *Landaeta Mejía c. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 136.

sobre uso de la fuerza.⁶¹ No fue óbice para llegar a esa consideración el hecho de que se hubieran dado la voz de alto y se hubieran efectuado disparos al aire.⁶²

Finalmente, en el caso *Tarazona Arrieta y otros c. Perú* la Corte IDH se pronunció en un caso en que un miembro de las fuerzas armadas disparó accidentalmente contra dos civiles en el marco de un control de tránsito, finalizando con la vida de aquellos. En esta oportunidad, la Corte se pronunció sobre el deber del estado de adoptar medidas para regular el uso de la fuerza, destacando que, al momento de los hechos, en Perú “la normatividad interna sobre el uso de la fuerza por agentes estatales no contaba con disposiciones sobre precaución y prevención, ni tampoco sobre asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas”.⁶³ Para finalizar, en el informe de “Entender la labor policial” de Amnesty International se dan ciertas pautas para evaluar cuándo el uso de la fuerza por parte de funcionarios policiales es acorde a estándares de derechos humanos y para ello hace especial hincapié en cómo instrumentarlos en relación con la capacitación policial. En primer lugar, debe ser proporcional al objetivo que se pretende conseguir y a la gravedad del delito⁶⁴. En este sentido, se debe priorizar y hacer especial énfasis en la solución pacífica de controversias y en medios técnicos que no sean letales como primera aproximación al conflicto.

En segundo lugar, dicho informe contempla como requisito la legitimidad del uso de la fuerza en tanto y en cuanto el funcionario se atiene a la legislación nacional y a las reglamentaciones policiales, que a su vez deben contener directrices claras que “especifiquen las circunstancias en que los agentes de policía estarían autorizados a portar armas de fuego y prescriban los tipos de armas de fuego o municiones autorizados; aseguren que las armas de fuego se utilizan solamente en circunstancias apropiadas y de manera tal que disminuya el riesgo de daños innecesarios; prohíban el empleo de armas de fuego y municiones que puedan provocar lesiones no deseadas o signifiquen un riesgo injustificado; reglamenten el control, almacenamiento

61. Corte IDH, *Landaeta Mejía c. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 137.

62. Corte IDH, *Landaeta Mejía c. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 138.

63. Corte IDH, *Tarazona Arrieta y otros c. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 167.

64. Osse, Anneke, *Entender la labor policial. Recursos para activistas de derechos humanos*, Madrid, Editorial Amnistía Internacional, 2006, p. 126.

y despliegue de armas de fuego, así como los procedimientos para asegurar que los agentes responden de las armas de fuego o municiones que se les hayan entregado; señalen los avisos de advertencia que deberán darse, siempre que proceda, cuando se vaya a hacer uso de un arma de fuego; establezcan un sistema de presentación de informes siempre que los funcionarios policiales recurran al empleo de armas de fuego en el desempeño de sus funciones.”⁶⁵

En tercer lugar, el funcionario debe rendir cuentas, es decir se deberán instaurar mecanismos y procedimientos adecuados para la presentación de informes y revisión de cualquier incidente que involucre el uso de armas de fuego.⁶⁶

Por último, debe primar un requisito de necesidad, es decir que el uso de la fuerza debe ser una medida excepcional y de *ultima ratio*.⁶⁷

5. Legítima defensa de las fuerzas de seguridad: análisis de la doctrina dominante y de la jurisprudencia

Mientras que en Alemania no es tan claro que la proporcionalidad sea un requisito en el uso de la fuerza del funcionario policial,⁶⁸ los autores y la jurisprudencia argentina son más receptivos a diferenciar los requisitos de la legítima defensa por parte de un civil y de un policía. Por ejemplo, Zaffaroni realiza una distinción entre la legítima defensa ejercida por un ciudadano o por un efectivo policial. Así es como remarca que la primera corresponde al ejercicio de un derecho y la segunda al deber de un policía de defender a terceros. En este sentido, el curso de acción que surge de ese deber debe interpretarse de manera estricta, considerando que se trata de un funcionario que se encuentra autorizado por la ley para portar armas de fuego. Así es como Zaffaroni indica que “dada su profesionalidad, se le exige una más ajustada valoración ex ante de la necesidad de la defensa, pues se supone que dispone de los conocimientos, entrenamiento y medios técnicos

65. *Entender la labor policial...*, p. 127.

66. Ídem.

67. *Entender la labor policial...*, p. 128.

68. Ver por ejemplo el trabajo de Beguelin, op. cit.

para hacer una aplicación más fina y precisa de la violencia: no se trata de un ámbito menor de intervención sino de una más estricta economía de la violencia”.⁶⁹ Por su parte, Omar Palermo, en su análisis exegético sobre la legítima defensa, dice que la actuación de la autoridad policial no se encontraría abarcada por el permiso de la legítima defensa pues tiene sus propias reglas y aboga por la utilización proporcional de la fuerza.⁷⁰

En cuanto a la jurisprudencia, la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal debió pronunciarse sobre la existencia de la legítima defensa alegada por un efectivo de la Policía Federal Argentina.⁷¹ Según las constancias de la causa Lezcano, éste había disparado ocho veces, matando a un joven de apellido Carballo de 5 impactos (4 le ingresan por la espalda) el cual intentaba robarle junto a otro sujeto. En la causa se debatió si el accionar de Lezcano estaba amparado por el art. 34.6 del CPN en base a la prueba producida (una declaración testimonial, un plano del lugar, informes médicos de autopsia e histopatológico). La Cámara consideró que la decisión del a quo, que sostuvo que “se encuentra plenamente acreditado que Diego Lezcano con conocimiento y voluntad disparó su arma reglamentaria en ocho oportunidades contra quien en vida fuera Hernán Humberto Carballo, provocando su muerte al impactar cinco proyectiles –cuatro de ellos por la espalda–, cuando éste, luego de desapoderarlo de su teléfono celular, había emprendido su huida al sospechar que era un policía”, había sido razonable y suficientemente motivada.

Respecto a la discusión sobre la legítima defensa, el Tribunal en lo Criminal N°1 de La Matanza resolvió que: “Existe falta de proporción en el medio empleado requerido para configurar legítima defensa, en la conducta del policía imputado que disparó contra un delincuente provocándole la muerte, luego de que quedara reducido en el patio de una casa, ya que de haber empleado una acción menos letal, tal como disparar al aire y tener en

69. Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 616. En una aclaración no menor, el autor resalta que “el dato cierto del homicidio policial en toda la región exige el acento en esta exigencia de valoración profesional de la violencia necesaria” (p. 616).

70. Omar Palermo, *La legítima defensa, una revisión normativista*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, pp. 415-420.

71. Causa N° 16.079 –Sala IV– C.F.C.P - “Lezcano, Diego Hernán s/ recurso de casación”.

cuenta la calidad de tirador inexperto y neófito de la víctima, el resultado mortal, tal vez no se hubiese producido”.

Esta postura se puede tomar como una muestra del desconocimiento de la normativa que rige el accionar policial. En efecto, el medio menos lesivo que el Tribunal menciona –efectuar disparos al aire– constituye lo que técnicamente se denomina “disparos intimidatorios” los que reglamentariamente se encuentran prohibidos según el Reglamento General de Armas y Tiro de la PFA (R.G.P.F.A. N°8).

Debe tenerse en cuenta que la calidad de funcionario policial se tiene en cuenta al momento de graduar la pena. Así es como recientemente se sostuvo que en la determinación de la pena contra un policía que había dado muerte a una persona se debía tomar en cuenta que este no había ejercido la debida diligencia para determinar si se encontraba en una situación de peligro inminente que lo autorizara a utilizar su arma reglamentaria así como también había procedido a disparar sin apuntar.⁷² Otros elementos que se toman en cuenta como agravantes son “la nocturnidad en el momento del hecho, el empleo por parte del oficial de un arma particular y no la provista por la repartición en el evento, su condición de tirador experto y la superioridad numérica de oficiales en el lugar del hecho”.⁷³

El Tribunal en lo Criminal N°1 de La Matanza decidió que un Sargento ayudante de la policía bonaerense no había actuado dentro de los límites de la legítima defensa.⁷⁴ El caso se relacionaba con el robo a un comercio efectuado por tres asaltantes, uno de los cuales, de apellido Osuna, emprendió la fuga y finalizó prácticamente encerrado en un patio de escasas dimensiones y con pocas posibilidades de huida, encontrándose rodeado por 4 funcionarios policiales, que portaban sus armas reglamentarias de alto calibre, en la ubicación privilegiada que les brindaba la terraza de una de las casas lindantes, y siendo superado en número. El joven recibió disparos de los efectivos pero solo se identificaron los disparos realizados por uno de los efectivos

72. Causa N° 12.156 – Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal “Gómez, Miguel Ángel s/recurso de casación”, 30/09/2013.

73. Tribunal en lo Criminal N°1 de La Matanza, Azame, Gerardo Rodolfo; Lencina, Gabriel Ángel; Cereijo, Néstor Álvaro y Díaz, Fabio Marcelo s/ delito de homicidio calificado por el número de intervinientes (art. 80 inciso 6° del C.P.), 30 de septiembre de 2011.

74. *Ibíd.*

que impactaron en cuello, cabeza y mentón del joven. Por la dinámica de los proyectiles concluyeron que el cuerpo de Osuna no se encontraba de frente al de su tirador. En vista de los hechos el Tribunal concluyó: “La conducta del oficial que luego de perseguir a un delincuente le disparó provocándole la muerte, no encuadra en el supuesto de legítima defensa, ya que no se acreditó que este último intentara agredir al acusado dado que quedó encerrado en el patio de una casa en el que no poseía ángulo idóneo que permitiera establecer una relación de perpendicularidad entre su posición y el encarado que se encontraba en la terraza de la vivienda, y por el contrario éste siempre ocupó una mejor ubicación y cualquiera que fuera el arma que portara el occiso no resultó eficaz para configurar una agresión legítima”.⁷⁵ Al considerar que la conducta del efectivo no encuadraba dentro de la legítima defensa el Tribunal de La Matanza concluyó que “el oficial de policía que disparó a un delincuente provocándole la muerte debe responder por el delito de homicidio simple a título de dolo eventual por cuanto, al colocarse deliberadamente en una posición de tiro privilegiada de arriba hacia abajo, en su condición de eximio percutor y al amparo de un corte de luz ordenado por las fuerzas de seguridad, efectuó disparos en torno de la víctima, pudo representarse como posible y actual que el destinatario de aquellos podía perder la vida”.⁷⁶

En otro caso se analizó la alegación del efectivo policial que adujo haber actuado en legítima defensa al terminar con la vida de una persona que huiera de su domicilio al ser allanado.⁷⁷ El fallo sobresale porque realiza un

75. *Ibíd.*

76. Tribunal en lo Criminal N°1 de La Matanza, Azame, Gerardo Rodolfo; Lencina, Gabriel Ángel; Cereijo, Néstor Álvaro y Díaz, Fabio Marcelo s/ delito de homicidio calificado por el número de intervinientes (art. 80 inciso 6° del C.P.), 30 de septiembre de 2011.

77. Se tuvo por acreditado que: “El 24 de junio de 2011, siendo las 17.30 horas, sobre calle 9 casi Avenida Chávez de la ciudad de Balcarce, W. B. A. C., Oficial de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, quien circulaba en la parte trasera derecha del vehículo policial no identificable Volkswagen Gol, dominio HPF-770, junto a otros tres funcionarios policiales, utilizando su arma reglamentaria, una pistola calibre 9 mm., marca Bersa Thunder, N° 13-735737, que portaba legítimamente con 17 cartuchos del mismo calibre, uno en recámara, participando de un procedimiento carente de rigor operativo y técnico y tras dar alcance al menor F. T., de 17 años de edad, quien conducía un Peugeot 505, color blanco, dominio WET-538, junto al Chevrolet Corsa no identificable, propiedad del Teniente Cristian F. (quien también circulaba con otros tres efectivos policiales), con el

análisis pormenorizado del operativo policial que terminó con una víctima fatal. El Tribunal sostuvo que al damnificado “no había por qué pararlo vehicularmente; ninguno, absolutamente ninguno de los policías esbozó siquiera algún riesgo que emergiera de la acción de [el damnificado], ni siquiera en lo referente al tránsito. Definitivamente, [el damnificado] no representó ningún peligro en ningún sentido posible”. [...] Por último, como ha quedado totalmente demostrado durante el debate, tampoco fue respetado el criterio de una advertencia (“voz de alto”) que otorgara a [el damnificado] “tiempo suficiente como para que se tome en cuenta” dicho requerimiento, tal lo exigido por el art. 13 inc. “g” de la ley 13.482, toda vez que la implementación de tal medida precautoria no habría puesto “indebidamente en peligro al funcionario policial”, ni creado “un riesgo cierto para la vida de otras personas”, ni resultado “evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso”. Por este motivo es que concluyó en que el operativo policial que finalizó con la muerte de la víctima no se había adecuado a las prescripciones legales de una legítima defensa.⁷⁸

Se ha sostenido que la legítima defensa también procede contra el acompañante del agresor, aun cuando aquel no efectúe agresión alguna. Así se entendió que “[...] Quien por la fuerza de los hechos queda en la situación de ‘acompañante del agresor ilegítimo’ –como alega la actora–, tiene, al menos en un caso como el presente, en que ello resultaba factible, la carga de hacer conocer su calidad de tercero frente a la víctima. Caso contrario, los daños que resulten del acto de defensa caen bajo la esfera de su propio ámbito de responsabilidad, y tiene el deber de soportarlos cuando no se ha

fin de ejecutar un ‘corte’ por la presunta compra o adquisición de material estupefaciente, pretendió intimidarlo exhibiéndole su arma de fuego tipo pistola, a la vez que, ya sin ningún tipo de vía de escape posible, dado que la calle 9 se hallaba obstaculizada por un camión que aguardaba para cruzar la Avenida Chávez, ambos vehículos rodearon a la víctima, sin que ésta tuviera oportunidad ni tiempo de reconocer la advertencia policial, previo colisionar con el Volkswagen Gol que se interpuso levemente en su camino, continuó su marcha unos pocos metros, momento en el cual C. le efectuó un disparo con el arma de fuego referida por la espalda, con finalidad homicida, ingresando el proyectil de izquierda a derecha, ligeramente hacia arriba, penetrando en la axila derecha e impactando en el tercio superior del húmero, lado derecho”.

78. Tribunal Oral en lo Criminal N°1 de Mar del Plata, W. B. A. C. s/ Homicidio simple (CP 79), 14 de junio de 2013.

comprobado que dicho acto haya sido llevado a cabo en forma imprudente o negligente ni, muchos menos, dolosa”.⁷⁹

5. Conclusión

El policía es un funcionario estatal y dado su rol específico y su entrenamiento previo, no puede ser considerado como cualquier ciudadano al momento de analizar su actuación en legítima defensa. En este sentido, debe cumplir con las exigencias de los compromisos del Estado argentino en materia de derechos humanos. Sin duda ello contribuirá a determinar con mayor precisión las responsabilidades de las fuerzas de seguridad al momento de emplear un arma de fuego, lo que redundará en un accionar más diligente por parte de aquellas, evitará que se consagre la impunidad de los efectivos que no emplean su armas de acuerdo a los estándares vigentes y asegurará que los familiares de las víctimas de estos hechos puedan obtener justicia.

En este sentido, avalar el estándar del uso proporcional de la fuerza por parte del funcionario policial implica una doble tarea. Por un lado, los magistrados deben compatibilizar las normas propias del derecho penal con las del derecho internacional de los derechos humanos al momento de analizar la actuación de las fuerzas de seguridad. Pero por otro, es menester que durante la etapa de capacitación y formación de los funcionarios policiales se haga especial hincapié en el requisito de la proporcionalidad. Algo no menor si queremos funcionarios comprometidos con un uso no abusivo de la fuerza que se enmarque dentro de las exigencias de derechos humanos.

Bibliografía

- Anneke, Osse: *Entender la labor policial. Recursos para activistas de derechos humanos*, Madrid, Editorial Amnistía Internacional, 2006.
- Beguelin, José R.: “¿Puede un funcionario de policía ejercer el derecho de legítima defensa del Código Penal?”, en Ziffer, Patricia S. (dirección),

79. CSJN, “Scheffer, Ana T. c. Estado nacional y otro”, 24/08/2000, La Ley, 2001-A, 449 - DJ, 2001-2, 229, Cita Online: AR/JUR/2341/2000, consid. 11.

- Jurisprudencia de Casación Penal, Análisis de Fallos* (5), Ed. Hammurabi, 2012.
- D'Alessio, Andrés J.: *Código penal, comentado y anotado*, Buenos Aires, La Ley, 2007.
- Donna, Edgardo: *Teoría del delito y de la pena*, T. II, Buenos Aires, 1995.
- Fontán Balestra, Carlos: *Derecho Penal. Introducción y Parte General*, Abeledo-Perrot, 1998.
- Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 1970.
- Frister, H.: *Derecho Penal. Parte General*, 4^a ed. (Trad. Sancinetti, M. A.; Galli, M. de las M.), Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2011.
- Jakobs, Strafrecht: *Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2^a edición, 1991.
- Palermo, Omar: *La legítima defensa, una revisión normativista*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.
- Righi, Esteban: *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, p. 278.
- Zaffaroni, Eugenio R.: *Manual de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, 1997.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro: *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2002.

Los privilegios e inmunidades de la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas

*Alberto E. Dojas**

Resumen

Este artículo describe el marco legal de los privilegios e inmunidades de la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas. Este encuadre jurídico exhibe una cierta complejidad derivada de su peculiar carácter de institución dedicada al desarme y la verificación, cuya intrusividad plantea diversos desafíos a los Estados Parte, particularmente sobre los privilegios e inmunidades de los equipos de inspección y la protección de información confidencial. La OPAQ ha sido capaz de proteger adecuadamente sus P&I, sin conflictos legales tanto a nivel nacional como internacional. Los mecanismos de solución de controversias juegan un rol importante al proveer medios para evitar las controversias legales.

Palabras clave: derecho internacional, privilegios e inmunidades, organizaciones internacionales, OPAQ, solución de controversias, verificación, inspección, Naciones Unidas.

* Abogado (Universidad de Buenos Aires - UBA), Master in International Affairs (Columbia University), Doctor en Derecho Internacional (Summa Cum Laude, UBA). Ex Asesor Legal de la OPAQ; argentino. Más información disponible en: www.aedojas.com.ar; aedojas@gmail.com.

Las opiniones vertidas en este artículo son estrictamente personales y, por lo tanto, no deben ser consideradas como un reflejo de una opinión oficial de la OPAQ ni de ninguna otra institución a la que el autor pueda estar vinculado. Estoy particularmente agradecido a Evangelia Linaki, que hurgó en los archivos de la OPAQ para encontrar su práctica en materia de privilegios e inmunidades, y a Kanae Kanki y Karim Hammoud, que revisaron una versión anterior. Este texto ha sido publicado en inglés en *International Organizations Law Review*, 2015, Volume 12, Issue 1.

The privileges and immunities of the Organization for the Prohibition of Chemical Weapons

Abstract

This article describes the privileges and immunities legal framework of the Organisation for the Prohibition of Chemical Weapons. This legal regime shows a certain complexity derived for the peculiar character of a disarmament and verification institution, whose intrusiveness poses many challenges to State Parties, particularly on the privileges and immunities of inspection teams and the protection of confidential information. The OPCW managed to protect its P&Is adequately, without almost no legal conflicts both at the domestic and international level. The disputes settlement mechanisms play an important role in providing ways to avoid legal controversies.

Keywords: international law, privileges and immunities, international organisations, OPCW, settlement of disputes, verification, inspection, United Nations.

1. La convención sobre la prohibición de las armas químicas

1.1. Introducción

Las sustancias químicas han sido utilizadas como un instrumento de guerra desde la Antigüedad, en diferentes formas y para una diversidad de propósitos. A pesar de que a lo largo de la historia de la Humanidad han existido ciertas prohibiciones religiosas y políticas para el uso de ciertas armas químicas,¹ fue solo luego del fin de la Primera Guerra Mundial, en la que las armas químicas se produjeron a escala industrial y se utilizaron ampliamente, que se adoptó un instrumento legal prohibiendo su uso: el

1. Julian Perry Robinson, "The negotiations on the Chemical Weapons Convention: a historical overview" en M. Bothe, N. Ronzitti and A. Rosas (eds.), *The New Chemical Weapons Convention - Implementation and Prospects*, Kluwer Law International, 1998.

Protocolo relativo a la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos, firmado en Ginebra el 17 de junio de 1925. El uso de las armas químicas fue prohibido por el Protocolo, pero su desarrollo, producción y almacenamiento no eran ilegales. Varios Estados Parte formularon reservas sobre su derecho a la represalia con esas armas si eran atacados previamente con ellas.² Luego de la Segunda Guerra Mundial, las armas químicas fueron utilizadas en varias ocasiones en diferentes países.³ A pesar de la creciente preocupación en la opinión pública mundial por sus consecuencias inhumanas, y de que se habían realizado varios intentos previos para prohibirlas completamente en el marco de las Naciones Unidas, las negociaciones concretas sobre un tratado de amplia cobertura recién comenzaron en 1982,⁴ en la Conferencia de Desarme en Ginebra.⁵

1.2. *Negociación y adopción de la Convención*

Las negociaciones continuaron hasta el 3 de septiembre de 1992, cuando la Conferencia de Desarme adoptó el texto de un proyecto de Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción [CAQ] y lo transmitió en su Informe a la Asamblea General de las Naciones Unidas [AGNU].⁶ El texto de la Convención fue encomiado por la Asamblea General en diciembre de 1992, con la solicitud al Secretario General, como depositario de la

2. Francia es el depositario de este Protocolo. Las reservas pueden consultarse en: <http://basedoc.diplomatie.gouv.fr/>

3. Véase Robinson, *op. cit.*, nota 2, p. 33.

4. El 9 de diciembre de 1981, la Asamblea General adoptó la resolución 36/96 A, que solicitó al Comité de Desarme reestablecer su Grupo de Trabajo *ad-hoc* sobre las armas químicas “con un mandato debidamente revisado que permita al Comité consolidar los puntos de convergencia y resolver las divergencias de opinión que haya identificado el Grupo durante sus períodos de sesiones de 1980 y 1981, a fin de llegar a un acuerdo respecto de una convención sobre las armas químicas a la mayor brevedad posible”.

5. El Comité de Desarme cambió su denominación por “Conferencia de Desarme” en su sesión anual de 1984.

6. Informe de la Conferencia de Desarme. Doc. A/47/27.

Convención, de que fuera abierta a la firma en París el 13 de enero de 1993.⁷ Ciento treinta países la firmaron en los dos primeros días. Para preparar la entrada en vigor del tratado y la implementación del régimen de verificación, se estableció también en 1993⁸ una Comisión Preparatoria.

1.3. *Entrada en vigor de la Convención*

El art. XXI previó que la CAQ entrara en vigor 180 días después de la fecha del depósito del sexagésimo quinto instrumento de ratificación, pero, en ningún caso, antes de transcurridos dos años del momento que hubiera quedado abierta a la firma. El 31 de octubre de 1996, Hungría fue el sexagésimo quinto estado en ratificar la Convención, por lo que entró en vigor el 29 de abril de 1997. Hasta agosto de 2015, ciento noventa y un países eran parte de la Convención. Solo cinco estados aún permanecen fuera de ella, impidiendo que se alcance la universalidad: uno de ellos aún la tiene que ratificar⁹ y cuatro no han firmado ni accedido a ella.¹⁰

El art. XXI también prevé que para los Estados que depositen sus instrumentos de ratificación o adhesión con posterioridad a la entrada en vigor, la Convención entrará en vigor el trigésimo día siguiente a la fecha de depósito de sus instrumentos de ratificación o de adhesión.

7. Res. 47/39.

8. Resolución estableciendo la Comisión Preparatoria de la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas, adoptada en París durante la Ceremonia de Firma de la CAQ, del 13 al 15 de enero de 1993. Legal Series PC-OPAQ 1, 1994. La Resolución contiene los privilegios e inmunidades de la Comisión Preparatoria reconocidos por el Reino de los Países Bajos y la Ciudad de La Haya. (Anexos 1, 2 y 3). Véase también: Félix Calderón, "The Preparatory Commission for the Organization for the Prohibition of Chemical Weapons", en Hague Academy of International Law, *The Convention on the Prohibition and Elimination of Chemical Weapons: A Breakthrough in multilateral disarmament*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

9. Israel (firmó el 13 de enero de 1993).

10. Angola, Corea del Norte, Egipto y Sudán del Sur.

2. Disposiciones de la CAQ en materia de privilegios e inmunidades

2.1. Fuentes de los privilegios e inmunidades de la OPAQ

a) Las disposiciones de la CAQ

Las bases de los privilegios e inmunidades de la Organización están contenidas en las disposiciones de la Convención.¹¹ El art. VIII, Sección E, establece que la OPAQ disfruta en el territorio y en cualquier otro lugar bajo la jurisdicción o control de un Estado Parte los privilegios e inmunidades que sean necesarios para el ejercicio de sus funciones. Los privilegios e inmunidades se extienden a los delegados de los Estados Partes, sus suplentes y asesores, los representantes nombrados por el Consejo Ejecutivo junto con sus suplentes y asesores, el Director General y el personal de la Organización, en la medida en que sean necesarios para el ejercicio independiente de sus funciones en relación con la Organización. El párrafo 50 de este mismo artículo establece una obligación para los Estados Parte, incluyendo el Estado anfitrión, de definir estos privilegios y las inmunidades en acuerdos concertados entre cada uno de ellos y la Organización.

Por otra parte, los privilegios e inmunidades de los inspectores y los ayudantes de inspección están específicamente definidos en la sección B de la Parte II del Anexo sobre verificación.

b) El Anexo sobre verificación¹²

Los privilegios e inmunidades que los grupos de inspección necesitan para la realización de sus actividades de verificación¹³ prevalecen sobre

11. Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción, 1974 UNTS 45.

12. Anexo sobre la Aplicación y la Verificación [Anexo sobre verificación]. De acuerdo con el art. XVII, el Anexo sobre verificación forma Parte integral de la CAQ.

13. Véase más abajo: 5.4. *Privilegios e inmunidades de los miembros del Grupo de Inspección.*

toda otra disposición contenida en el MAPI¹⁴ o el AS,¹⁵ porque estos últimos acuerdos no pueden ofrecer una ventaja o excepción *vis-à-vis* a las obligaciones asumidas por los Estados Parte de acuerdo con el Anexo sobre verificación de la CAQ.

A modo de ejemplo, el art. 11.2 del MAPI lo reconoce expresamente:

Las disposiciones del presente Acuerdo no limitarán ni menoscabarán en forma alguna los privilegios e inmunidades otorgados a los miembros del grupo de inspección en la Parte II de la Sección B del Anexo sobre verificación de la Convención, ni los privilegios e inmunidades otorgados al Director General y a los funcionarios de la Secretaría de la OPAQ en el párrafo 51 del artículo VIII de la Convención. Las disposiciones del presente Acuerdo en sí mismas no se aplicarán en el sentido de que se revoque o derogue cualquiera de las disposiciones de la Convención o cualquiera de los derechos u obligaciones que, de otro modo, la OPAQ podría tener, adquirir o asumir.

c) Otras fuentes

Otra fuente importante en materia de privilegios e inmunidades, en adición a la CAQ, es la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas [CVRD], a la que se hace referencia en diversas oportunidades en la Sección B de la Parte II del Anexo sobre verificación. Como resultado de ello, a los miembros del grupo de inspección les deben ser reconocidos varios privilegios e inmunidades que están definidos en la CVRD.¹⁶

Los privilegios e inmunidades de la OPAQ pueden también ser reconocidos por los Estados, a través de otras fuentes como las legislativas, los reglamentos administrativos y las decisiones judiciales.¹⁷ De hecho, algunos

14. Véase más abajo: 2.1.e) *Acuerdos entre la OPAQ y un Estado Parte*.

15. Véase más abajo: 2.1.d) *El Acuerdo relativo a la Sede de la OPAQ*.

16. Véase más abajo: 5.4. *Privilegios e inmunidades de los miembros del grupo de inspección*.

17. Las decisiones de los Tribunales de los Países Bajos en material de privilegios e inmunidades pueden también afectar potencialmente la interpretación de las disposiciones contenidas en el AS. Véase, por ejemplo, la decisión de la Corte de Apelaciones de La Haya

Estados Parte han adoptado una legislación nacional que otorga privilegios e inmunidades a las organizaciones internacionales¹⁸ que, en ciertos casos, pueden ser utilizadas como un sustituto de la conclusión de acuerdos bilaterales en la materia con las organizaciones internacionales.

Normas consuetudinarias y los principios generales del derecho internacional pueden, eventualmente, resultar fuentes jurídicas de los privilegios

del 21 de junio de 2011, contra la Oficina Europea de Patentes sobre la licitación de los servicios de su cafetería.

18. Por ejemplo, la United States International Organizations Immunities Act, del 9 de diciembre de 1945. Public Law 291 - 79th Congress. La OPAQ fue designada una Organización Internacional a los efectos de esta ley, por la Orden Ejecutiva 13049 del 11 de junio de 1997: “By the authority vested in me as President by the Constitution and the laws of the United States of America, including section 1 of the International Organizations Immunities Act (22 U.S.C. 288), and having found that the Organization for the Prohibition of Chemical Weapons is a public International organization in which the United States Participates within the meaning of the International Organization Immunities Act, I hereby designate the Organization for the Prohibition of Chemical Weapons as a public international organization entitled to enjoy the privileges, exemptions, and immunities conferred by the International Organizations Immunities Act. This designation is not intended to abridge in any respect privileges, exemptions, or immunities that such organization may have acquired or may acquire by international agreements, including the Chemical Weapons Convention, or by congressional action”. En consecuencia, la OPAQ es reconocida como titular de esos privilegios e inmunidades. Sin embargo, el presidente de los Estados Unidos está autorizado, “[i]n the light of the functions performed by any such international organization, by appropriate Executive order to withhold or withdraw from any such organization or its officers or employees any of the privileges, exemptions, and immunities provided for in this subchapter (including the amendments made by this subchapter) or to condition or limit the enjoyment by any such organization or its officers or employees of any such privilege, exemption, or immunity”. El Presidente también está autorizado, “[i]f in his judgment such action should be justified by reason of the abuse by an international organization or its officers and employees of the privileges, exemptions, and immunities provided in this subchapter or for any other reason, at any time to revoke the designation of any international organization under this section, whereupon the international organization in question shall cease to be classed as an international organization”, para estos propósitos. Dec. 29, 1945, ch. 652, title I, § 1, 59 Stat. 669. 22 U.S.C. 288. El Reino Unido tiene un texto similar en su International Organisations Act 1968 (IOA). Para una discusión sobre la evolución de los privilegios e inmunidades de las organizaciones Internacionales en los Estados Unidos, véase: Aaron I. Young, “Deconstructing International Organization Immunity”, 44 *Georgetown Journal of International Law*, 2012.

e inmunidades de la Organización para el ejercicio de sus funciones en diversos aspectos de sus operaciones.

Los privilegios e inmunidades de la OPAQ pueden también ser reconocidos por Organizaciones Internacionales y Tribunales Internacionales como la Corte Internacional de Justicia¹⁹ e, incluso, pueden ser impuestos por resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas [CS-NU].²⁰

d) El Acuerdo relativo a la Sede de la OPAQ

El Acuerdo entre el Reino de los Países Bajos y la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas relativo a la Sede de la OPAQ [AS], firmado el 22 de mayo de 1997, entró en vigor el 7 de junio de 1997. Este

19. La CIJ puede ser requerida para emitir una Opinión Consultiva en la solución de diferencias entre dos o más Estados Partes o entre uno o varios Estados Parte y la Organización, en materias relacionadas con la interpretación o aplicación de la CAQ, que pueden involucrar diferencias sobre privilegios e inmunidades. Hasta el presente, no se ha presentado ningún caso.

20. Por ejemplo, la Resolución 2118 del CSNU (2013), adoptada por el Consejo en su reunión 7038, del 27 de septiembre de 2013. Esta resolución decidió que la República Árabe Siria debía cumplir con todos los aspectos de la decisión del Consejo Ejecutivo [CE] de la OPAQ del 27 de septiembre de 2013 (Doc. EC-M-33/DEC.1.) y debía reconocer los privilegios e inmunidades de su personal:

“Párr. 7. Decide que la República Árabe Siria debe cooperar plenamente con la OPAQ y las Naciones Unidas, entre otras cosas cumpliendo sus recomendaciones pertinentes, aceptando el personal designado por la OPAQ o las Naciones Unidas, disponiendo y garantizando la seguridad de las actividades que realice ese personal, proporcionando a ese personal acceso inmediato y sin trabas a todos los sitios y reconociendo su derecho de inspeccionarlos en el desempeño de sus funciones, y permitiendo el acceso inmediato y sin trabas a las personas que la OPAQ tenga motivos fundados para considerar de importancia a los efectos de su mandato, y decide que todas las Partes en Siria deben cooperar plenamente en ese sentido; [...]

Párr. 9. Observa que la República Árabe Siria es Parte en la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas, decide que el personal designado por la OPAQ que lleve a cabo actividades de conformidad con la presente resolución o la decisión adoptada por el Consejo Ejecutivo de la OPAQ de 27 de septiembre de 2013 gozarán de los privilegios y las inmunidades que se enuncian en el Anexo sobre Verificación, Parte II B), de la Convención sobre las Armas Químicas, y exhorta a la República Árabe Siria a concertar acuerdos sobre modalidades con las Naciones Unidas y la OPAQ”.

Acuerdo incluye un Convenio Separado que contiene detalles adicionales sobre la manera en la que deben ser interpretados e implementados los privilegios e inmunidades reconocidos en el AS²¹ [AS-CS]. El Acuerdo puede ser complementado por medio de Memorandos de Entendimiento [MdE], como es el caso del MdE sobre el Economato de la OPAQ, firmado el 1 de diciembre de 2008.²²

Un Comité para las Relaciones con el País Anfitrión [CRPA] fue establecido por la Conferencia de Estados Partes [CEP] en 2006.²³ Su propósito es resolver de modo constructivo y puntual los asuntos que puedan plantearse respecto de la interpretación y el cumplimiento del AS. El Comité fue instruido por la CEP para que aborde las cuestiones relacionadas con los privilegios e inmunidades y procure encontrar, junto con la Secretaría y el País Anfitrión, soluciones mutuamente satisfactorias para las cuestiones pendientes en relación con la plena aplicación del Acuerdo relativo a la Sede. El Comité informa anualmente a los Estados Parte sobre sus actividades.²⁴

21. Doc. C-I/DEC.59, del 14 de mayo de 1997. El AS está también publicado en la *Gaceta Legal de los Países Bajos* (véase *Tractatenblad van het Koninkrijk der Nederlanden 1997*, N°114). Asimismo: 2311 UNTS 91.

22. Organization for the Prohibition of Chemical Weapons, *OPCW: The Legal Texts*, Second Edition, Compiled and Edited by Lisa Woollomes Tabassi, TMC Asser Press, 2009, p. 416.

23. Doc. C-11/DEC.9, 7 de diciembre de 2006.

24. Véase: Informe del Comité para las Relaciones con el País Anfitrión sobre el desempeño de sus actividades entre Septiembre 2012 y Enero 2013 (EC-71/HCC/1 C-18/HCC/1) y para el período de Febrero a Septiembre 2013 (EC-74/HCC/1 C-18/HCC/2); Informe del Comité para las Relaciones con el País Anfitrión sobre el desempeño de sus actividades entre Septiembre 2011 - Enero 2012 (C-17/HCC/1, EC-67/HCC/1); Informe del Comité para las Relaciones con el País Anfitrión sobre el desempeño de sus actividades entre Noviembre 2009 - Septiembre 2010 (C-15/HCC/1, EC-62/HCC/10); Informe del Comité para las Relaciones con el País Anfitrión sobre el desempeño de sus actividades entre Diciembre 2008 - Octubre 2009 (C-14/HCC/1, EC-58/HCC/1); Informe del Comité para las Relaciones con el País Anfitrión sobre el desempeño de sus actividades en 2008 (C-13/HCC/1); Informe del Comité para las Relaciones con el País Anfitrión sobre el desempeño de sus actividades desde su establecimiento (C-12/HCC.1).

e) Acuerdos entre la OPAQ y un Estado Parte

En los Estados Partes, con la excepción del País Anfitrión, la capacidad legal de la Organización y los privilegios e inmunidades establecidos en el párrafo 50 del Art. VIII son definidos por separado en acuerdos individuales concertados entre la Organización y los Estados Partes.²⁵ Sin embargo, no se requiere un acuerdo por separado para establecer los privilegios e inmunidades necesarios para la realización de las actividades de verificación, porque estos están ya establecidos en el Anexo sobre verificación de la CAQ.

Estos acuerdos individuales son un instrumento importante para proteger los intereses de la Organización y para facilitar la implementación de la CAQ, dado que una parte significativa de las actividades de la OPAQ relacionadas con los Estados Partes no están cubiertas por los privilegios e inmunidades reconocidos directamente en la Convención.

Los Acuerdos sobre Privilegios e Inmunidades son negociados por la Secretaría Técnica [ST],²⁶ luego aprobados por el CE²⁷ y subsecuentemente firmados por el DG en nombre de la Organización²⁸ y el representante autorizado del Estado Parte. Al negociar estos acuerdos bilaterales a nombre de la Organización, la Secretaría procura mantener una posición coherente, teniendo presente el principio de imparcialidad y trato equivalente en la implementación de la Convención. La coherencia y el tratamiento equivalente brinda a la OPAQ ventajas prácticas al asegurar la independencia de su ac-

25. A pesar de que la posibilidad de adoptar un único acuerdo multilateral sobre los privilegios e inmunidades de la Organización fue explorada por la CEP en su Primera Sesión, no pudo alcanzarse un consenso al respecto. En consecuencia, la OPAQ necesita llegar a acuerdos individuales con cada uno de los Estados Partes. Véase doc. RC-2/S/1(2008), párr. 3.310.

26. La Oficina del Asesor Jurídico conduce las negociaciones con la aprobación final del Director General [DG].

27. El párrafo 34(a) del Art. VIII de la Convención establece que el CE concertará acuerdos o arreglos con los Estados y organizaciones internacionales en nombre de la Organización, con la previa aprobación de la Conferencia. El 23 de octubre de 2003, la CEP adoptó la decisión C-8/DEC.12 por la que otorgó el acuerdo previo al Consejo para concluir acuerdos sobre privilegios e inmunidades entre la OPAQ y los Estados Partes.

28. El CE le solicita habitualmente al DG obligarse por el acuerdo concluido a nombre de la OPAQ.

cionar y la rentabilidad de sus operaciones, particularmente al permitirle trabajar fluidamente en jurisdicciones nacionales diferentes. Las inmunidades sirven primariamente a este objetivo, al facilitarle a la Organización trabajar mejor y más eficientemente.

La ST tiene un modelo de acuerdo que le propone a los Estados Partes interesados en iniciar negociaciones encaminadas a concluir un acuerdo sobre privilegios e inmunidades [MAPI],²⁹ que sigue las líneas de la Convención sobre los privilegios e inmunidades de los organismos especializados [COE]. Estos acuerdos bilaterales confirman la capacidad legal de la Organización y de aquellas personas a las que se les otorgan estos beneficios, en la medida en que son necesarios para el ejercicio independiente de sus funciones en el territorio y en cualquier otro lugar sometido a la jurisdicción o control del Estado Parte.

Desde la entrada en vigor de la CAQ,³⁰ se han firmado cincuenta y un acuerdos bilaterales sobre privilegios e inmunidades y treinta y cinco entre ellos ya han entrado en vigor.

Los privilegios e inmunidades de la OPAQ son también reconocidos en los Acuerdos de Instalación [AI] sobre instalaciones sometidas a verificación *in situ*.³¹ Los AI desarrollan con mayores detalles los privilegios e inmunidades contenidos en el Anexo sobre verificación.

f) Acuerdos entre la OPAQ y la Organización de las Naciones Unidas

La OPAQ ha firmado un Acuerdo sobre la relación entre las Naciones Unidas y la OPAQ³² [AR-NU-OPAQ].

29. El modelo de acuerdo en inglés puede encontrarse en: Organization for the Prohibition of Chemical Weapons, *OPCW: The Legal Texts*, Third Edition, Asser Press, 2014, p. 421. Versiones en los seis idiomas oficiales de la Organización están también disponibles en su sitio web: www.opcw.org.

30. Hasta el 31 de agosto de 2015.

31. Anexo sobre verificación, Parte I, 7: “Por ‘acuerdo de instalación’ se entiende un acuerdo o arreglo entre un Estado Parte y la Organización acerca de una instalación concreta sometida a verificación in situ de conformidad con los artículos IV, V y VI”.

32. Adoptado por el CE el 1 de septiembre de 2000. Véase: EC-MXI/DEC.1. El Acuerdo sobre la relación con las Naciones Unidas fue aprobado por la CEP de la OPAQ por medio de la decisión C-VI/DEC.5, del 17 de mayo de 2001 y por la Asamblea General

Laissez-passer de las Naciones Unidas

El AR-NU-OPAQ establece, en su Art. IX, que los funcionarios de la Organización tienen derecho a utilizar el *laissez-passer* de las Naciones Unidas [LPNU] como documento válido de viaje en los casos en que los Estados Partes reconozcan su utilización en virtud de los instrumentos aplicables en que se definan las prerrogativas e inmunidades de la Organización y sus funcionarios.³³ Los LPNU utilizados por los funcionarios de la OPAQ tienen agregado un suplemento que hace referencia a los privilegios e inmunidades contenidos en la CAQ.

Los Estados Partes deben reconocer y aceptar como documentos válidos los LPNU expedidos a funcionarios de la OPAQ, para el desempeño de las tareas relacionadas con la Convención.³⁴

Cada Estado Parte debe facilitar, en un plazo de treinta días luego del acuse de recibo de la lista de inspectores y ayudantes de inspección o de las modificaciones a dicha lista, visados para múltiples entradas-salidas y/o tránsito y los demás documentos que cada inspector o ayudante de inspección necesite para entrar y permanecer en el territorio de ese Estado Parte con el objeto de realizar actividades de inspección. Dichos documentos tendrán una validez de dos años, por lo menos, a contar de la fecha de su entrega a la Secretaría Técnica.³⁵

g) Acuerdos entre la OPAQ, las Naciones Unidas y un Estado Parte

Cierto tipo de actividades pueden requerir que la OPAQ concluya acuerdos adicionales para asegurar los privilegios e inmunidades que son necesarios para el desarrollo de cierto tipo de actividades que no fueron originariamente contempladas en la CAQ o en los acuerdos bilaterales celebrados con Estados Partes. Por ejemplo, en 2013 y 2014 se concluyeron

de las Naciones Unidas por la resolución A/RES/55/283, del 7 de septiembre de 2001. Fue aplicado provisionalmente desde el 17 de octubre de 2000 y entró en vigor el 26 de septiembre de 2001.

33. AR-NU-OPAQ, Art. IX.

34. MAPI, Art. 9, 1.

35. Anexo sobre Verificación, Parte II, B, 10.

acuerdos para cumplir con el mandato otorgado a las Naciones Unidas y la OPAQ relativo a la eliminación del programa de armas químicas sirias:

- Acuerdo tripartito relativo al estatuto de la Misión Conjunta, entre las Naciones Unidas, la OPAQ y el Gobierno de la República Árabe Siria.³⁶
- Intercambio tripartito de cartas entre las Naciones Unidas, la OPAQ y el Gobierno de Chipre en relación con la zona de concentración y la base de apoyo de la Misión Conjunta.³⁷ En base a este acuerdo se estableció una oficina en Chipre para las actividades en Siria.
- Acuerdos con el Líbano para facilitar el tránsito de personal y equipo de la Misión Conjunta.³⁸

2.2. Efectos retroactivos de la Convención

La CAQ no contiene disposiciones expresas de aplicación retroactiva.³⁹ En particular, el régimen de privilegios e inmunidades contenido en el CAQ no tiene ningún efecto retroactivo para los Estados Partes u otro organismo internacional.

2.3. La personalidad legal “funcional” y la inmunidad

Este enfoque tradicional de los privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales está contenido en el Art. VIII, Sección E, Párrafo 48, que dice que la Organización disfrutará en el territorio de cada Estado

36. Véase: S/2013/629, del 28 de octubre de 2013. El Acuerdo fue firmado el 5 de febrero de 2014. Véase: S/2014/133, del 27 de febrero de 2014. El texto no está disponible públicamente.

37. Véase: S/2013/629, del 28 de octubre de 2013. El texto no está disponible públicamente.

38. Véase: S/2013/629, del 28 de octubre de 2013. El texto no está disponible públicamente.

39. Existen referencias a situaciones pasadas en las definiciones y obligaciones relacionadas con las armas químicas antiguas (Art. II.5), abandonadas (Art. II.6), enterradas y vertidas al mar (Art. III.2). El paso del tiempo también afecta las declaraciones que deben realizar los Estados Partes sobre sus armas químicas (Art. III).

Parte y en cualquier otro lugar bajo la jurisdicción o control de este, de la capacidad jurídica y los privilegios e inmunidades que sean necesarios para el ejercicio de sus funciones. La misma noción constituye la base para los privilegios e inmunidades de los delegados de los Estados Partes, junto con sus suplentes y asesores, los representantes nombrados por el Consejo Ejecutivo junto con sus suplentes y asesores, el Director General y el personal de la Organización. Estas personas gozarán, según el Art. VIII, Sección E, Párrafo 49, de los privilegios e inmunidades que sean necesarios para el ejercicio independiente de sus funciones en relación con la Organización.

Siguiendo el mismo criterio, los privilegios e inmunidades del Anexo sobre verificación son acordados a los inspectores y ayudantes de inspección “en consideración a la presente Convención y no para el provecho particular de las personas”.⁴⁰ A pesar de que esta expresión puede ser interpretada como limitando la inmunidad de los miembros del grupo de inspección a la inmunidad funcional, el Anexo sobre verificación⁴¹ explícitamente otorga a los miembros del grupo de inspección las inmunidades acordadas a los agentes diplomáticos de acuerdo con la CVRD, Art. 31, párrafos 1, 2 y 3.

El Art. VIII, Sección E, Párrafo 50 establece que la capacidad legal y los privilegios e inmunidades de la OPAQ serán definidos en acuerdos concertados entre la Organización y los Estados Partes, con la excepción de aquellos contenidos en el Anexo sobre verificación, que son directamente aplicables. Tanto el AS como el MAPI establecen en su Art. 2 que:

La OPAQ tendrá plena personalidad jurídica. En particular, tendrá capacidad para:

- a) contratar;
- b) adquirir bienes muebles e inmuebles y disponer de ellos;
- c) entablar acciones judiciales y actuar en las mismas.

Al comparar estos instrumentos relativos a la OPAQ con la COE aparecen dos diferencias:

- a) Donde los instrumentos de la OPAQ se refieren a plena personalidad jurídica, la COE utiliza la expresión “personalidad jurídica”. Ambas expresiones pueden considerarse equivalentes en su

40. Anexo sobre verificación, Parte II, B. 10.

41. Anexo sobre verificación, Parte II, B. 11. (e).

alcance.⁴² La OPAQ tiene una personalidad legal autónoma que surge directamente de la CAQ como un tratado independiente. La OPAQ tiene la capacidad legal necesaria para la realización de sus funciones y el cumplimiento de sus obligaciones,⁴³ incluyendo los poderes y funciones de la CEP, el CE y la ST.⁴⁴

- b) Los textos de la OPAQ incluyen la expresión “y actuar” en acciones judiciales, que le permite a la Organización participar en acciones judiciales que no han sido iniciadas por ella.

El Art. 3, párrafo 1 del MAPI establece que la OPAQ y sus bienes, cualquiera que sea el lugar en que se encuentren y quienquiera que los tenga en su poder, disfrutará de inmunidad “de toda jurisdicción”, excepto que la OPAQ haya renunciado expresamente a esa inmunidad.

El AS también contiene una disposición similar en el Art. 4, párrafo 1, pero con dos salvedades:

42. “‘Personality’ is normally regarded as the capability of an entity to possess rights and obligations under a specific legal system, [w]hereas ‘capacity’ is more often regarded as a qualification of personality indicating specific legal powers possessed by an entity having personality”. August Reinisch, *International Organizations before National Courts*, Cambridge University Press, 2000, p. 12. Véase también: August Reinisch (ed.), *The Privileges and Immunities of International Organizations in Domestic Courts*, Oxford University Press, 2013, p. 5. Anthony Miller, “The privileges and Immunities of the United Nations”, *International Organizations Law Review* 6, 2009, 7-115, afirma que el Proyecto de Convención sobre los Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas preparado por la Comisión Preparatoria sugirió la expresión “full juridical personality” antes que “juridical personality”, y que esta fue finalmente adoptada. Véase UN Doc. A/C.6/20, del 30 de enero de 1946.

43. CIJ, *Reparations Case* (n.3) 179. Este criterio es también utilizado como fundamento de la interpretación tanto del AS (Art. 27.1: El presente acuerdo se interpretará teniendo en cuenta su principal propósito, que es permitir que la OPAQ desempeñe sus responsabilidades y logre sus objetivos plena y eficientemente en su sede situada en el Reino de los Países Bajos), como del MAPI (Art. 11: Las disposiciones del presente Acuerdo deben ser interpretadas tomando en consideración las funciones asignadas a la OPAQ por la Convención).

44. Por ejemplo, para negociar y concluir tratados internacionales. En TAOIT 2256 (2003) se reconoció que el DG “tiene la autoridad, de acuerdo con la Cláusula 3.3, de concluir acuerdos para el reembolso de impuestos con los Estados Partes”. Ese es el caso del Acuerdo entre los Estados Unidos de América y la OPAQ sobre el reembolso de impuestos, firmado en La Haya el 25 de febrero de 1999.

- a) La inmunidad de todo tipo de jurisdicción es reconocida “dentro del ámbito de sus actividades oficiales”;
- b) La inmunidad no es reconocida en caso de:
- La acción civil de un tercero por los daños resultantes de un accidente causado por un vehículo perteneciente a la OPAQ o conducido en su nombre cuando estos daños no sean recuperables con cargo a un seguro;
 - La acción civil por muerte o lesiones personales causadas por un acto u omisión de la OPAQ o de funcionarios de la OPAQ en el Reino de los Países Bajos.

Por lo tanto, los tres textos legales (CAQ, AS y MAPI) pueden ser interpretados como adoptando el criterio funcional⁴⁵ como la base para la inmunidad de la OPAQ ante los tribunales nacionales. Como se ha señalado correctamente,⁴⁶ la definición funcional de la inmunidad no impone ninguna restricción sustantiva a los privilegios e inmunidades; por el contrario, las fuentes convencionales reconocen una inmunidad prácticamente ilimitada, en tanto la Organización y sus miembros no se desvíen de los mandatos convencionales originarios, sus objetivos y funciones.⁴⁷

2.4. La capacidad para contratar

La capacidad para contratar comprende todas las actividades necesarias para adquirir, mediante compra o alquiler, bienes, incluidos productos

45. Art. VIII, Partes B, C, D de la CAQ. Este enfoque atribuye a las organizaciones internacionales las inmunidades que les permitan ejercer sus funciones o realizar sus objetivos. Sin embargo, “It appears that, in practice, the concept of functional immunity frequently leads to de facto absolute immunity”. Véase August Reinisch (ed.), *The Privileges and Immunities of International Organizations in Domestic Courts*, Oxford University Press, 2013.

46. August Reinisch and Ulf Andreas Weber, “In the shadow of Waite and Kennedy. The jurisdictional immunity of international organizations, the individual’s right of access to the courts and administrative tribunals as alternative means of dispute settlement”, *International Organizations Law Review* 1: 59-110, 2004, p. 59.

47. August Reinisch (ed.), *The Privileges and Immunities of International Organizations in Domestic Courts*, Oxford University Press, 2013, p. 8.

y bienes raíces, y servicios, incluidas obras.⁴⁸ La capacidad para contratar también incluye los contratos con el personal de la Organización y de servicios profesionales de consultores⁴⁹ y contratos con bancos e instituciones financieras para la custodia e inversión de fondos.⁵⁰

2.5. La capacidad para adquirir bienes muebles e inmuebles y disponer de ellos

La capacidad para contratar incluye la capacidad para adquirir y disponer de la propiedad de bienes muebles e inmuebles. Esta capacidad también está reconocida en el AS, Art. 1 (r) y en el MAPI, Art. 1 (j):

El término “bienes” designa a todos los bienes, fondos y otros haberes, pertenecientes a la OPAQ o que se hallen en su poder, o que la OPAQ administre en desempeño de sus funciones con arreglo a la Convención, así como todos los ingresos de la OPAQ.

2.6. La capacidad para entablar acciones judiciales y actuar en las mismas

Como se ha mencionado, una de las características de gozar de plena capacidad legal es la posibilidad de iniciar y participar en procesos legales. En particular, el poder para presentar demandas legales, actuar ante tribunales nacionales e internacionales y participar en procedimientos legales y arbitrales es, tradicionalmente, un atributo de la personalidad legal de las organizaciones internacionales.

Como en otras organizaciones internacionales, la CAQ y otras fuentes convencionales contienen un conjunto de disposiciones que establecen diversos procedimientos para la solución de controversias, encaminadas a evitar que la OPAQ tenga la necesidad de tener que recurrir *per se* ante tribunales nacionales para proteger sus intereses o realizar sus objetivos, porque ello podría implicar una renuncia, aunque sea limitada, a ciertos privilegios e inmunidades.

48. Reglamento Financiero y Reglamentación Financiera de la OPAQ, 10.6.

49. Reglamento Financiero y Reglamentación Financiera de la OPAQ, 10.6.01.

50. Reglamento Financiero y Reglamentación Financiera de la OPAQ, 8 and 9.

3. Privilegios e inmunidades de la OPAQ

3.1. Inviolabilidad de la sede de la OPAQ, sus archivos y bienes

El AS reconoce la inviolabilidad en todo momento de la sede de la OPAQ⁵¹ bajo su control y autoridad.⁵² El AS también establece que los bienes de la Organización, sea cual fuere el lugar en que se encuentren y sea quien fuere el que los tenga en su poder, disfrutarán de inmunidad de registro, requisición, embargo de bienes hipotecados, incautación, confiscación, expropiación, toda forma de secuestro, interdicto u otro proceso judicial y cualquier forma de intervención salvo en la medida en que, en cualquier caso concreto, la OPAQ haya renunciado expresamente a su inmunidad. Se entiende, no obstante, que ninguna renuncia de inmunidad se hará extensiva a cualquier medida ejecutiva.⁵³

Los atractivos y la utilización de la sede no deben ser menoscabados por el uso que pueda hacerse de los terrenos o edificios circundantes.⁵⁴ La seguridad y tranquilidad de los locales de la OPAQ no pueden ser tampoco

51. AS, Art. 1, (f), define a la “sede” como la zona y cualquier edificio, incluso cualquier laboratorio, almacén de equipo, instalación de conferencias, partes de edificios, terreno o sus instalaciones auxiliares de la OPAQ, sea quien fuere su propietario, que la OPAQ utilice temporal o permanentemente, para el desempeño de sus funciones oficiales.

52. AS, Art. 7, 1.

53. AS, Arts. 4, 2 and 5, 1. En una decisión de la Corte de Apelaciones de La Haya (LJN: BA 2778; 15 de marzo de 2007 [Caso Resodikromo]), la Corte reconoció que la inmunidad de ejecución es, en principio, diferente de cualquier inmunidad de jurisdicción; la inmunidad de ejecución con relación a la propiedad (bienes y derechos patrimoniales) está dirigida a asegurar que ella permanece disponible para el objeto para el que se la tiene, en particular el desarrollo de las actividades oficiales de la respectiva organización internacional; que de acuerdo con el Art. 4, 2 del AS, la OPAQ goza de esa inmunidad de ejecución con respecto a todas sus propiedades y posesiones y que los intereses del Estado en poder cumplir con esta obligación de acuerdo con el derecho internacional son tan grandes que tienen precedencia sobre los intereses de X en que se pueda ejecutar la sentencia recibida en su favor. La Corte de Apelaciones ratificó una decisión tomada por el juez de distrito quien, sin embargo, había considerado que “[t]he OPAQ has not made clear –or not made sufficiently clear– why it claims immunity in this dispute, which specifically concerns Dutch employment law and in which no diplomatic or similar interests are involved”. UNJY 2007, pp. 505-507.

54. AS, Art. 8, 3.

menoscabadas por personas o grupos de personas que traten de entrar en la sede sin autorización o que provoquen disturbios en las inmediaciones. Para ello, las autoridades del país anfitrión proporcionarán la protección policial adecuada en los límites e inmediaciones de la sede.⁵⁵ La sede debe ser provista de los servicios necesarios en condiciones equitativas.⁵⁶

Dentro de la sede, la OPAQ tiene la facultad de dictar y aplicar los reglamentos que sean necesarios para el pleno desarrollo de sus funciones. Ninguna ley del país anfitrión incompatible con alguno de estos reglamentos internos de Organización es aplicable dentro de la sede.⁵⁷

Cualquier persona autorizada para ingresar en la sede en virtud de una disposición jurídica se abstendrá de hacerlo sin el consentimiento expreso del Director General o en su nombre. Toda persona que haya accedido a la sede con el consentimiento del Director General puede ser requerida a abandonar la inmediateamente.⁵⁸ Sin embargo, se debe permitir la prudente aplicación de la normativa local en materia de protección contra incendios.⁵⁹

El Art. 2 del MAPI, concordantemente con el Art. III, 5 de la COE, establece que:

Los locales de la OPAQ serán inviolables. Los bienes de la OPAQ, cualquiera que sea el lugar en que se encuentren y quienquiera que los tenga en su poder, estarán exentos de registro, requisición, confiscación, expropiación y de cualquier otra forma de injerencia, sea por acción ejecutiva, administrativa, judicial o legislativa.

De acuerdo con el AS,⁶⁰ los archivos,⁶¹ las muestras, el equipo y todo otro material necesario para las actividades de la OPAQ, sea cual fuere el

55. AS, Art. 8, 1 and 2.

56. AS, Art. 9, 1.

57. AS, Art. 7, 2.

58. AS, Art. 7, 4.

59. AS, Art. 9.

60. AS, Art. 5.

61. AS, Art. 1, (t), define como "archivos" totalidad a las actas, la correspondencia, los documentos, los manuscritos, los datos informáticos y de medios de difusión, las fotografías, las películas, las grabaciones en video y las grabaciones sonoras pertenecientes a la

lugar en que se encuentren y sea quien fuere el que los tenga en su poder, son inviolables en todo momento. El MAPI, por su parte, contiene solo una referencia a los archivos, donde quiera que se encuentren.⁶² Esta fórmula restringida puede explicarse por el hecho de que la CAQ y el Anexo sobre verificación ya contienen otras disposiciones relacionadas con la inviolabilidad de los archivos, muestras, equipo y todo otro material necesario para las actividades de la OPAQ, en particular cuando ellos son utilizados por los equipos de inspección, proveyendo, de este modo, las mínimas garantías esenciales en todos los Estados Partes, aun en ausencia de un acuerdo bilateral concluido según el MAPI.

El MAPI, Art. 3.1, sigue el modelo de la COE, Art. III, Sección 4:

La OPAQ y sus bienes, cualquiera que sea el lugar en que se encuentren y quienquiera que los tenga en su poder, disfrutarán de inmunidad de toda jurisdicción, salvo en la medida en que en algún caso en particular la OPAQ haya renunciado expresamente a esta inmunidad. Se entiende, sin embargo, que ninguna renuncia de inmunidad se extenderá a ninguna medida ejecutoria.

La única diferencia con la COE es que los haberes⁶³ no están expresamente incluidos junto con los bienes. La misma diferencia está presente en el MAPI, Art. 3.2, que es similar a la COE, Art. III, Sección 5: los haberes no están incluidos como tales en este texto. Sin embargo, la expresión “bienes” debe ser interpretada como incluyendo los haberes, como lo está en el AS⁶⁴ y el MAPI,⁶⁵ donde puede encontrarse la siguiente definición de “bienes”:

El término “bienes” designa a todos los bienes, fondos y otros haberes, pertenecientes a la OPAQ o que se hallen en su poder, o que la OPAQ ad-

OPAQ o que se hallen en su poder o en el de cualquiera de los miembros de su personal en el desempeño de sus funciones oficiales, así como cualquier otro material que el Director General y el Gobierno puedan acordar formará parte de los archivos de la OPAQ.

62. MAPI, Art. 3, 3.

63. “Assets” en la versión inglesa.

64. AS, Art. 1, (r).

65. MAPI, Art. 1, (j).

ministro en el desempeño de sus funciones con arreglo a la Convención, así como todos los ingresos de la OPAQ.

3.2. Facilidades financieras. Tenencia y transferencia de fondos, mantenimiento de cuentas y conversión de monedas

El Art. 12 del AS reconoce que los haberes y transacciones financieras de la OPAQ están libres de todo control o reglamento financiero, de la obligación de notificarlas y de moratoria de ninguna clase. Además, la OPAQ puede libremente:

- a) comprar todo tipo de monedas por las vías autorizadas, poseerlas y disponer de ellas;
- b) disponer de cuentas en cualquier moneda; comprar fondos, valores y oro por las vías autorizadas, poseerlos y disponer de ellos;
- c) transferir sus fondos, valores, oro y monedas del Reino de los Países Bajos o al mismo, de cualquier otro país o al mismo, o en el interior del Reino de los Países Bajos y efectuar cambios en cualquier moneda que posea a cualquier otra; y
- d) obtener fondos por cualquier medio que estime conveniente: no obstante, la OPAQ obtendrá la conformidad del Gobierno respecto de la obtención de fondos dentro del Reino de los Países Bajos.

El MAPI también establece que la OPAQ no puede ser sometida a fiscalizaciones, reglamentos o moratorias de ninguna clase; que podrá tener fondos, oro o divisas de toda clase y llevar cuentas en cualquier moneda; podrá transferir libremente sus fondos, valores, oro y divisas al Estado Parte o fuera del mismo, a cualquier otro país o fuera del mismo, o dentro del Estado Parte, y convertir a cualquier otra moneda las divisas que tenga en su poder.⁶⁶

3.3. Exención de impuestos y gravámenes

El AS contiene disposiciones relacionadas con la exención de impuestos y gravámenes de los bienes de la OPAQ,⁶⁷ dentro del ámbito de sus

66. MAPI, Art. 3, 4.

67. AS, Art. 11.

actividades oficiales. Los artículos importados o exportados por la OPAQ con fines oficiales están exentos de toda clase de prohibiciones o restricciones de importación o exportación.⁶⁸ Sus haberes, ingresos y otros bienes están exentos de todos los impuestos directos, ya sean gravados por autoridades nacionales, provinciales o municipales y, en particular, de los:

- a) impuestos sobre vehículos, motocicletas y automóviles de pasajeros;
- b) impuestos sobre el valor añadido pagados sobre todos los bienes y servicios suministrados periódicamente o que conlleven un gasto considerable;⁶⁹
- c) impuestos sobre el consumo incorporados a los precios de bebidas e hidrocarburos;
- d) impuestos y gravámenes sobre la importación y exportación;
- e) impuestos sobre los seguros;
- f) impuestos sobre las transmisiones de la propiedad inmobiliaria;
- g) otros impuestos y gravámenes de naturaleza sustancialmente similar.

Las exenciones mencionadas en b), c), e) y f) se conceden por medio de un reembolso. Los bienes adquiridos o importados bajo estas condiciones no pueden ser vendidos, cedidos o enajenados excepto de acuerdo con las condiciones que se hayan acordado con el gobierno del país anfitrión.⁷⁰ La OPAQ ha establecido un economato para la venta de limitadas cantidades de artículos para uso o consumo personal, que no pueden ser destinados a regalos o a la venta, que está abierto a los funcionarios de la OPAQ que no son ciudadanos o residentes en los Países Bajos, a los Jefes de Delegación, sus suplentes y asesores, los Representantes Permanentes y los miembros de las Misiones Permanentes y Delegados de los Estados Partes que tengan categoría diplomática.⁷¹

68. AS, Art. 13.

69. De acuerdo con el AS-CS, párr. 1, “gasto considerable” significa un monto superior al umbral de Dfl. 500 por factura (aproximadamente 227 euros).

70. Establecidos en el AS-CS.

71. AS, Art. 11. Las modalidades fueron acordadas entre la OPAQ y el País Anfitrión por medio de un MdE sobre el Economato de la OPAQ, firmado el 1 de diciembre de 2008.

El MAPI⁷² reconoce que la OPAQ y sus bienes están exentos de:

- a) todo impuesto directo excepto que constituyan sino una remuneración por servicios de utilidad pública;
- b) derechos de aduana y de prohibiciones y restricciones de importación y de exportación de artículos para su uso oficial;⁷³
- c) derechos de aduana y de prohibiciones y restricciones respecto a la importación y exportación de sus publicaciones.

El MAPI⁷⁴ también establece que si bien la OPAQ no reclamará, en principio, la exención de derechos de consumo, ni de impuestos sobre la venta de bienes muebles e inmuebles incluidos en el precio que se haya de pagar, cuando la OPAQ efectúe, para su uso oficial, compras importantes de bienes gravados o gravables con tales derechos o impuestos, el Estado Parte adoptará, siempre que así le sea posible, las disposiciones administrativas pertinentes para la remisión o reembolso de la cantidad correspondiente a tales derechos o impuestos.

3.4. Facilidades con respecto a las comunicaciones. Cláusula de nación más favorecida. Prohibición de la censura. Uso de códigos

El Art. VIII, Sección D, Párrafo 38, (d) de la CAQ autoriza a la ST a recibir y enviar comunicaciones en nombre de la Organización, de y hacia los Estados Partes, sobre cuestiones relativas a la aplicación de la Convención.

El AS establece que las autoridades del Estado Anfitrión, en la medida de su competencia y a petición del DG, harán uso de sus atribuciones para asegurar el suministro a la sede, en condiciones equitativas, de los servicios postales, telefónicos y telegráficos, así como de cualquier medio de comunicación⁷⁵ necesario para el cumplimiento de las funciones de la OPAQ. El Estado Anfitrión está también obligado a permitir que la OPAQ se comunique libremente y sin la necesidad de un permiso especial, a todos los efectos

72. MAPI, Art. 3, 6.

73. Los artículos importados amparados en esta exención no pueden ser vendidos en el país que otorgó esa exención excepto bajo las condiciones que hayan sido acordadas con su gobierno.

74. MAPI, Art. 3, 7.

75. AS Art. 9, 1.

oficiales, y a proteger a la Organización para que pueda actuar de esa manera. El AS también reconoce que la OPAQ gozará de un trato no menos favorable que el otorgado por el país anfitrión a cualquier otra organización o gobierno.⁷⁶

La OPAQ tiene el derecho de publicar y efectuar transmisiones radiofónicas libremente dentro del territorio del Estado Anfitrión para los fines especificados en la Convención y puede instalar y explotar un transmisor inalámbrico con el consentimiento de su Gobierno.⁷⁷ Todas las comunicaciones oficiales dirigidas a la OPAQ y procedentes de ella, y sus publicaciones, imágenes fijas y animadas, videos, películas, grabaciones sonoras y programas informáticos, sea cual fuere el medio o la forma de su transmisión, son inviolables.⁷⁸ Las leyes y convenciones sobre propiedad intelectual deben ser respetadas por la Organización.⁷⁹

La Organización tiene el derecho de utilizar claves y de despachar y recibir su correspondencia y demás comunicaciones oficiales por medio de correos o en valijas selladas, con los mismos privilegios e inmunidades que se reconocen a los correos y a las valijas diplomáticos.⁸⁰

El MAPI establece que ninguna censura previa será aplicada a la correspondencia y otras comunicaciones oficiales de la OPAQ, y reconoce su derecho a utilizar claves y a despachar y recibir su correspondencia y otras comunicaciones oficiales ya sea por correos o en valijas selladas, que gozarán de las mismas inmunidades y los mismos privilegios que se conceden a los correos y valijas diplomáticos,⁸¹ y a publicar y efectuar transmisiones

76. AS Art. 10, 2. Esta cláusula cubre las prioridades y tarifas de correos, cablegramas, telegramas, télex, radiogramas, transmisiones por televisión, comunicaciones telefónicas, telefacsímiles y otras comunicaciones, así como en materia de tarifas de prensa para las informaciones destinadas a la prensa y a la radiodifusión.

77. AS Art. 10, 4. La instalación requiere el consentimiento del Gobierno, que no será retenido sin motivo razonable una vez que se haya llegado a un acuerdo sobre la banda de frecuencia.

78. AS Art. 10, 3.

79. AS Art. 10, 5.

80. AS Art. 10, 1.

81. MAPI, Art. 4, 2. Sin embargo, estas disposiciones no pueden ser interpretadas como prohibiendo la adopción de medidas de seguridad adecuadas, que se determinan mediante acuerdo del Estado Parte con la OPAQ.

radiofónicas libremente dentro del territorio del Estado Parte para los fines especificados en la Convención.⁸² Todas las comunicaciones oficiales dirigidas a la OPAQ o procedentes de ella, publicaciones, imágenes fijas y animadas, videos, películas, grabaciones sonoras y programas informáticos son inviolables.⁸³

El MAPI también otorga a la OPAQ un trato no menos favorable que el otorgado por el Gobierno del Estado Parte a cualquier otro gobierno, inclusive sus misiones diplomáticas, en lo que respecta a las prioridades, tarifas e impuestos aplicables a la correspondencia postal y a las telecomunicaciones, como también a las tarifas de prensa para las informaciones destinadas a los medios de comunicación social.⁸⁴

3.5. Renuncia a la inmunidad

La sede de la OPAQ es inviolable en todo momento. Sin embargo, el DG puede consentir la notificación de diligencias judiciales dentro de la sede.⁸⁵

En el país anfitrión, la renuncia expresa a la inmunidad puede extenderse al registro, embargo de bienes hipotecados, incautación, toda forma de secuestro, interdicto u otro proceso judicial, pero la renuncia no se hará extensiva a cualquier medida ejecutiva.⁸⁶ El país anfitrión adoptará todas las medidas necesarias para asegurar que la OPAQ no sea desposeída de la totalidad o parte de su sede.⁸⁷

El MAPI establece un rango más amplio de inmunidades, como lo hace la COE, porque establece que:

La OPAQ y sus bienes, cualquiera que sea el lugar en que se encuentren y quienquiera que los tenga en su poder, disfrutarán de inmunidad de toda jurisdicción, salvo en la medida en que en algún caso en particular la OPAQ haya renunciado expresamente a esta inmunidad. Se entiende,

82. MAPI, Art. 4, 1.

83. MAPI, Art. 4, 4.

84. MAPI, Art. 4, 1.

85. AS, Art. 7.1 y 6.

86. AS, Art. 4.

87. AS, Art. 6.

sin embargo, que ninguna renuncia de inmunidad se extenderá a ninguna medida ejecutoria.⁸⁸

La Organización otorga un gran énfasis a la preservación de sus privilegios e inmunidades; como resultado, la inmunidad reconocida por diferentes instrumentos no será objeto de renuncia excepto en los casos que lo considere necesario a la luz de una circunstancia específica.

4. Privilegios e inmunidades de los representantes y asesores de los Estados Partes

Los delegados de los Estados Partes, junto con sus suplentes y asesores, así como los representantes nombrados por el Consejo Ejecutivo junto con sus suplentes y asesores, gozan de los privilegios e inmunidades necesarios para el ejercicio independiente de sus funciones en relación con la Organización,⁸⁹ como están definidos en los acuerdos concertados entre la Organización, los Estados Partes y el país anfitrión.⁹⁰

El AS otorga a las Misiones Permanentes de los Estados Partes de la OPAQ,⁹¹ Jefes de Delegación⁹² y Representantes Permanentes⁹³ las mismas inmunidades acordadas a los jefes de misiones diplomáticas acreditados en el país anfitrión, de acuerdo con la CVRD. Un criterio similar se aplica para otorgar inmunidades al personal de las Misiones Permanentes de los Estados Partes, sus cónyuges, hijos y los miembros de las unidades familiares, que disfrutaban de las mismas inmunidades que aquellos de las misiones

88. MAPI, Art. 3, 1.

89. CAQ, Art. VIII, E, 49.

90. CAQ, Art. VIII, E, 50.

91. AS, Art. 15. Los locales de las Misiones Permanentes (tal como están definidos en la CVRD) también gozan de las mismas inmunidades.

92. “Jefe de Delegación” es definido como el jefe acreditado de la delegación de un Estado Parte ante la CEP o ante el CE. AS, Art. 1, (i).

93. AS, Art. 16, 1. “Representante Permanente” es definido como el representante principal de un Estado Parte acreditado ante la OPAQ. AS, Art. 1, (k).

diplomáticas acreditadas en el país anfitrión de rango comparable según la CVRD.⁹⁴

Los Delegados de los Estados Partes,⁹⁵ sus suplentes y asesores adscritos a ellos, los Jefes de Delegación y expertos,⁹⁶ durante el ejercicio de sus funciones y durante sus viajes hacia la sede y de regreso de ella,⁹⁷ gozan de inmunidad de detención y de prisión, de jurisdicción respecto de sus manifestaciones verbales o escritas y de todos los actos por ellos realizados en el desempeño de sus funciones oficiales. Esta inmunidad subsiste aun cuando los interesados hayan cesado en el desempeño de sus funciones.⁹⁸ También son inviolables todos sus escritos, documentos y otros documentos oficiales, y gozan del derecho a utilizar claves y de recibir y despachar escritos, correspondencia u otra documentación oficial por medio de correos o en valijas diplomáticas.⁹⁹

Estos delegados, suplentes, asesores y expertos, si no son ciudadanos del país anfitrión ni residen permanentemente en él,¹⁰⁰ también están exentos, al

94. AS, Art. 16, 2 ay 3.

95. “Delegados de los Estados Partes” son definidos como los representantes acreditados por los Estados Partes y a los miembros de sus delegaciones en cualquier reunión de la OPAQ que no sea la CEP o una reunión del CE. AS, Art. 1, (m).

96. AS, Art. 19. De acuerdo con el AS, Art. 1, (n), “Expertos” son las personas que no figuran entre los funcionarios de la OPAQ ni están adscritos a Representantes Permanentes, que desempeñan misiones por cuenta de la OPAQ, forman parte de sus órganos auxiliares o actúan de cualquier manera como consejeros a petición de la OPAQ.

97. El País Anfitrión está obligado a facilitar y permitir en su territorio el ingreso, tránsito, estancia y partida de estas personas, sea cual fuere su nacionalidad y a otorgarles la protección que resulte necesaria. AS, Art. 14.

98. AS, Art. 17, 1. En el caso de los expertos, la inmunidad no se extiende, en cualquier caso, a las acciones civiles de terceros por daños resultantes de un accidente causado por un vehículo automóvil perteneciente a un experto, conducido por él mismo u operado en su nombre o respecto de una infracción de tráfico en la que dicho vehículo participe. AS, Art. 19, 1 (b).

99. En el caso de los expertos, esta inmunidad solo se extiende a los fines de cualquier comunicación con la OPAQ. AS, Art. 19, 1 (c).

100. Los períodos en los que se encuentran en el país anfitrión para el desempeño de sus funciones no se consideran como períodos de residencia. En particular, están exentos de impuestos los sueldos y emolumentos que reciban de la OPAQ durante los períodos de servicio (AS, Arts. 17, 3 and 19). A pesar de que el art. 17, 2 y 3 solo menciona a los

igual que sus cónyuges e hijos a cargo, de restricciones en materia de inmigración, de formalidades respecto del registro de extranjeros y de obligaciones de servicio nacional, así como de las mismas facilidades de protección y repatriación que se conceden en períodos de crisis internacional al personal de categoría similar de las misiones diplomáticas establecidas en el país anfitrión,¹⁰¹ y las mismas inmunidades y facilidades con respecto a su equipaje personal y oficial que el país anfitrión reconoce a los miembros de categoría similar del personal de las misiones diplomáticas establecidas en el Reino de los Países Bajos.¹⁰² Tienen también el derecho de utilizar claves y despachar o recibir escritos, correspondencia u otra documentación oficial por medio de correos o en valijas selladas, que son inviolables.¹⁰³

Las inmunidades de los representantes y funcionarios de los Estados no Partes de la CAQ que tengan tratos oficiales con la OPAQ son determinados en los acuerdos o arreglos que se concluyen de acuerdo con la CAQ.¹⁰⁴

El Art. 5 del MAPI otorga a los representantes de los Estados Partes, suplentes, asesores, expertos técnicos¹⁰⁵ y secretarios de sus delegaciones, mientras ejerzan sus funciones y durante sus viajes al lugar de las reuniones convocadas por la OPAQ y de regreso de ellas,¹⁰⁶ inmunidad de detención o arresto personal de toda jurisdicción respecto de todos sus actos ejecutados mientras ejerzan sus funciones oficiales, inclusive respecto de sus palabras y escritos. Esta inmunidad subsistirá aun cuando los interesados hayan

“Delegados”, los suplentes y asesores adscritos a los Jefes de Delegación deben ser considerados como incluidos en estas disposiciones.

101. Este privilegio no está expresamente otorgado a los expertos. Véase: AS, Art. 19, 1.

102. AS, Art. 17, 1 (e - h), 2 y 3.

103. AS Art. 17, 1, (c) and (d). Los privilegios de los expertos están contenidos en el AS Art. 19, 1, (c) y (d).

104. AS, Art. 20.

105. MAPI, Art. 1, (h), defines a los “expertos” como las personas que, a título personal, desempeñen misiones por cuenta de la OPAQ, formen parte de sus órganos, o actúen de cualquier manera como consejeros a petición de la OPAQ.

106. MAPI, Art. 5, 3 recuerda que estos privilegios e inmunidades no se otorgan para beneficio personal, sino a fin de garantizar la independencia de esas personas en el ejercicio de sus funciones relacionadas con la OPAQ. Todas las personas que gocen de esos privilegios e inmunidades están obligadas al cumplimiento, a todos los demás efectos, de las leyes y reglamentos del Estado Parte. MAPI, Art. 5, 4.

cesado en el desempeño de sus funciones. Además, son inviolables todos los papeles, documentos y otros materiales oficiales y se reconoce el derecho de hacer uso de claves y de despachar o recibir documentos, correspondencia u otro material oficial por correos o en valijas selladas. Están también exentos, al igual que cónyuges, de toda medida restrictiva en materia de inmigración, de las formalidades de registro de extranjeros y de las obligaciones de servicio nacional mientras visiten el Estado Parte o transiten por el mismo en el ejercicio de sus funciones, y gozan de las mismas franquicias, en materia de restricciones monetarias y de cambio, que se otorgan a los representantes de gobiernos extranjeros en misión oficial temporal y de las mismas inmunidades y franquicias, respecto a los equipajes personales, que se otorgan a los miembros de misiones diplomáticas de rango similar.

Tanto el AS como el MAPI otorgan a estas personas las mismas franquicias, en materia de restricciones monetarias y de cambio, que se otorgan a los representantes de gobiernos extranjeros en misión oficial temporal.¹⁰⁷

Los miembros de la Comisión de Confidencialidad, que ocasionalmente pueden ser también representantes de un Estado Parte ante la OPAQ,¹⁰⁸ tienen que firmar un Acuerdo de Secreto Profesional¹⁰⁹ con la CSP, por medio del cual reconocen ser conscientes de que la infracción de las disposiciones y compromisos asumidos en ese carácter podría dar lugar a un encausamiento penal o actuación civil bajo la jurisdicción de un Estado Parte en la Convención, de lo que podrían seguirse penas graves o imputaciones de responsabilidad por daños y perjuicios.¹¹⁰

107. AS, Art. 17, 1, (g); MAPI, Art. 5, 1, (f).

108. Sus miembros, excepto que estén ya acreditados ante la OPAQ como representantes de los Estados Partes, son considerados como expertos por el AS.

109. Doc. C-III/DEC.10/Rev.1. Organisation for the Prohibition of Chemical Weapons, *OPCW: The Legal Texts*, Third Edition, Asser Press, 2014, p. 701.

110. Esta disposición puede ser vista como una renuncia implícita a los privilegios e inmunidades de los expertos. A pesar de que aún no ha existido una disputa que obligara a la Comisión de Confidencialidad a considerar un caso, la cuestión de quién está autorizado a renunciar a los privilegios e inmunidades de los miembros podría surgir si el miembro no ha sido expresamente autorizado por el Estado Parte a firmar ese Acuerdo de Secreto o si el miembro tiene inmunidad diplomática también de otra fuente que la OPAQ. Es, por lo tanto, una cuestión abierta si puede considerarse que ha existido una renuncia implícita del Estado Parte al presentar un candidato para integrar esta Comisión.

5. Privilegios e inmunidades de los funcionarios de la OPAQ

5.1. Disposiciones generales

El DG y el resto del personal de la OPAQ¹¹¹ gozan de los privilegios e inmunidades que son necesarios para el ejercicio independiente de sus funciones en relación con la Organización¹¹² y de acuerdo con lo prescrito en los acuerdos entre la Organización, los Estados Partes y el País Anfitrión.¹¹³ Los privilegios e inmunidades, conferidos en el interés de la Organización, no los exceptúan de cumplir sus obligaciones privadas ni de observar las leyes y reglamentos.¹¹⁴

111. Los miembros del personal de la Secretaría son los funcionarios civiles internacionales designados por el DG con ese carácter. (Estatuto del Personal y Reglamento Provisional del Personal [EPRPP], Regla 4.1.01). Sus responsabilidades no son de orden nacional sino exclusivamente de orden internacional. (EPRPP Cláusula 1.1). Dentro de esta categoría están también comprendidas las personas con un Contrato de Corta Duración (CCD), que son designadas por un período no mayor de cuatro meses, y las personas con un Contrato de Asistencia Temporal (CAT), que son designadas por un período de entre cuatro meses y un día y doce meses menos un día. Las personas designadas bajo un Acuerdo de Prestación de Servicios Especiales (ASE), una categoría que incluye a los consultores y los contratistas individuales, no son “miembros del personal” ni “funcionarios”: tienen el estatus de “expertos” a los fines del AS (Administrative Directive AD/Per/26/Rev.2). El mismo régimen es aplicable a los Inspectores de las Instalaciones de Destrucción de Armas Químicas (IDAQ). Information Circular OPAQ-S/IC/76/Rev.1. En TAOIT 2232 (2003), el Tribunal estableció que el DG “debe ser considerado como un miembro del personal tanto a los fines de la sumisión de la Organización a la jurisdicción del Tribunal como a la Regla de Personal 11.3.01(a)”. En el *Caso Resodikromo* (Véase [54]), la OPAQ sostuvo que los contratos de empleo están regulados exclusivamente por el Estatuto del Personal y Reglamento Provisional del Personal de la OPAQ y no por las leyes laborales holandesas.

112. CAQ, Art. VIII, E, 49.

113. CAQ, Art. VIII, E, 50.

114. Los privilegios e inmunidades de los miembros del personal son reconocidos en el AS en interés de la OPAQ y no en beneficio personal de los interesados. Ellos están obligados a cumplir las leyes y reglamentos del País Anfitrión. AS, Art. 24. MAPI, Art. 6, 5. Los privilegios e inmunidades reconocidos por el País Anfitrión en el AS no forman parte de los términos y condiciones de empleo. EPRPP, Cláusula 1.9.

El DG y todos los miembros del personal de la ST son definidos como “funcionarios de la OPAQ” en el MAPI.¹¹⁵ El AS utiliza la misma expresión para designar al DG y todos los miembros de la ST, con excepción de los contratados localmente y pagados por horas.¹¹⁶

Los siguientes privilegios e inmunidades son otorgados a los miembros del personal:¹¹⁷

- a) inmunidad de detención o de prisión y de inspección o embargo de su equipaje oficial;¹¹⁸
- b) inmunidad de jurisdicción respecto de sus manifestaciones verbales o escritas y de actos por ellos realizados, en el desempeño de sus funciones oficiales.¹¹⁹ Esta inmunidad subsistirá aun cuando los interesados ya no sean funcionarios de la OPAQ. Esta inmunidad, no se hará extensiva a las acciones civiles de terceros por daño resultantes de un accidente causado por un vehículo automóvil perteneciente a un funcionario de la OPAQ, conducido por el mismo u operado en su nombre o respecto de una infracción de tráfico en que dicho vehículo participe;¹²⁰
- c) exención de impuestos respecto de los sueldos, emolumentos, haberes o indemnizaciones a ellos abonados, directa o indirectamente, respecto de su empleo por la OPAQ.¹²¹ Están también exentos de

115. MAPI, Art. 1, (d).

116. AS, Art. 1, (o).

117. Algunas restricciones se aplican a los miembros del personal que son ciudadanos o residentes permanentes del Reino de los Países Bajos. AS, Art. 18, 3.

118. AS, Art. 18,1, (a). MAPI, Art. 6,2, (a).

119. MAPI, Art. 6,3, (b).

120. AS, Art. 18,1, (b). Los funcionarios que sean propietarios de vehículos de motor o los conduzcan están obligados por el EPRPP, Regla 12.0.04, a contratar un seguro de responsabilidad civil y daños materiales por un importe suficiente para hacer frente a las reclamaciones que pudieran resultar de lesiones o muerte de otras personas o de daños a la propiedad de terceros causados por dichos vehículos de motor.

121. El país anfitrión no tiene en cuenta los ingresos así eximidos al evaluar el tipo impositivo que se ha de aplicar a los ingresos de otras fuentes. AS, Art. 18,1, (c). Véase, en adición, AS-CS, Art. 3, (a). MAPI, Art. 6,2, (d), reconoce las mismas exenciones de impuestos con relación a los salarios y emolumentos que les abone la OPAQ y las mismas condiciones de las que gozan los funcionarios de las Naciones Unidas. En el caso TAOIT

toda contribución obligatoria a los sistemas de seguridad social del País Anfitrión.¹²² El Fondo de Previsión establecido bajo la autoridad de la OPAQ goza de capacidad jurídica y de las mismas exenciones, privilegios e inmunidades que la propia OPAQ.¹²³

- d) exención, con respecto a ellos, sus cónyuges, familiares a su cargo y otros miembros de sus unidades familiares, de restricciones en materia de inmigración,¹²⁴ registro de extranjeros y obligaciones de servicio nacional.¹²⁵ También tienen derecho a las mismas facilidades de protección y repatriación que se conceden en períodos de crisis internacionales a los miembros de categoría similar del personal de las misiones diplomáticas establecidas en el país anfitrión.¹²⁶

2256 (2003), el Tribunal reiteró que “el principio de exención impositiva es fundamental” y que “es finalmente responsabilidad de la Organización asegurar que los funcionarios son plenamente reembolsados por cualquier impuesto a los ingresos pagados sobre sus ingresos provenientes de la OPAQ”. En el caso TAOIT 2032 (2001), el Tribunal ya había establecido que “la exención de los impuestos nacionales es una condición esencial del empleo en el servicio civil internacional y es una importante garantía de independencia y objetividad. Esto no puede depender del capricho de las autoridades impositivas nacionales que son naturalmente reacias a admitir cualquier excepción a sus demandas”.

122. AS, Art. 22,1. Esto es también aplicable a los cónyuges y familiares a cargo que forman parte de su unidad familiar, excepto que estén empleadas en el país anfitrión por un empleador ajeno a la OPAQ (o una Organización Internacional que goza de los mismos privilegios e inmunidades) o reciban beneficios de la seguridad social del país anfitrión. AS, Art. 22,3.

123. AS, Art. 22,2. En el caso TAOIT 2256 (2003) el Tribunal dijo que era claro que los impuestos sobre el Fondo de Previsión debían ser reembolsados, y que “no aceptaba que el problema de los estados que se niegan a reconocer sus obligaciones pueda ser tratado por las organizaciones a expensas de sus propios funcionarios y en violación de la ley”.

124. MAPI, Art. 6,2, (e). El país anfitrión está obligado a facilitar y permitir en su territorio el ingreso, tránsito, estadía y partida de estas personas, cualquiera sea su nacionalidad, otorgándoles la necesaria protección. AS, Art. 14.

125. Si la persona es un ciudadano del país anfitrión, este privilegio puede ser reconocido o solamente postergado. Véase AS, Art. 18,1, (e). Lo mismo en MAPI, Art. 6,3.

126. AS, Art. 18,1, (g). MAPI, Art. 6,2, (f).

- e) libertad de adquisición y posesión de valores extranjeros, cuentas en divisas y otros bienes muebles¹²⁷ e inmuebles.¹²⁸ Al terminar su empleo por la OPAQ, tienen derecho a sacar sus fondos del Reino de los Países Bajos por las vías autorizadas, sin prohibición ni restricción alguna.¹²⁹
- f) los cónyuges y miembros de la familia de los funcionarios de la OPAQ que formen parte de su unidad familiar tienen derecho a obtener permisos de trabajo temporales durante el tiempo que dure su empleo por la OPAQ en el Reino de los Países Bajos.¹³⁰

En adición a estos privilegios e inmunidades,

- a) el DG y el Director General Adjunto gozan de los mismos privilegios e inmunidades, exenciones y facilidades reconocidos a los jefes de misión diplomática acreditados ante el Gobierno con arreglo a la CVRD.¹³¹
- b) los funcionarios con las categorías profesionales de P-5 y superiores gozarán de los mismos privilegios e inmunidades, exenciones y facilidades que los agentes diplomáticos de categorías similares de las misiones diplomáticas establecidas en el país anfitrión, de conformidad con la CVRD.¹³²

127. También tienen el derecho a importar sus efectos personales y exportarlos al terminar su servicio, junto con los automóviles que hayan prestado servicio dentro de la unidad familiar que tengan más de seis meses, exentos de derechos de importación e impuestos, salvo pagos en concepto de servicios. AS-CS, Art. 2, c) y 3 e).

128. Al respecto, MAPI Art. 6,2, (g) solo acuerda privilegios en materia de facilidades de cambio equivalentes a los funcionarios de las misiones diplomáticas de rango similar.

129. AS, Art. 18,1, (f).

130. AS, Art. 23.

131. AS, Art. 18,2, (a and b). También se les otorga exención del IVA, los impuestos municipales y el componente correspondiente al usuario del impuesto sobre la propiedad. AS-CS, 3, (b and d). MAPI, Art. 6, 4, otorga al DG y su cónyuge los privilegios, inmunidades, exenciones y facilidades reconocidos a los agentes diplomáticos de acuerdo con el derecho internacional.

132. AS, Art. 18,2, (c). También se les otorga exención del IVA, los impuestos municipales y el componente correspondiente al usuario del impuesto sobre la propiedad. AS-SA, 3, (b and d).

c) los funcionarios con las categorías profesionales de P-4 e inferiores gozarán de los mismos privilegios e inmunidades, exenciones y facilidades que los miembros del personal administrativo y técnico de las misiones diplomáticas establecidas en el país anfitrión, de conformidad con la CVRD, con la salvedad de que la inmunidad de la jurisdicción penal e inviolabilidad personal no se harán extensivas a los actos realizados al margen del desempeño de sus funciones.¹³³

Estos privilegios e inmunidades se extenderán a los términos y condiciones más favorables que el País Anfitrión pueda concertar en el futuro por medio de un acuerdo con cualquier organización intergubernamental.¹³⁴

5.2. Renuncia a la inmunidad de los funcionarios

Los privilegios e inmunidades son acordados a los funcionarios de la OPAQ para garantizar su independencia en el ejercicio de sus funciones relacionadas con la OPAQ y no en su beneficio personal, lo que constituiría un abuso de derechos. Están obligados al cumplimiento, a todos los demás efectos, de las leyes y reglamentos del Estado Parte.¹³⁵

La OPAQ tiene el derecho y el deber de renunciar a la inmunidad de cualquier funcionario en todo caso en el que, en su opinión, la inmunidad impediría el curso de la justicia y en que se pueda renunciar a ella sin que se perjudiquen los intereses de la Organización.¹³⁶ La OPAQ está obligada a cooperar en todo momento con las autoridades competentes del Estado Parte para facilitar la adecuada administración de justicia, asegurar el cumplimiento de los reglamentos de policía y evitar todo abuso en relación con los privilegios, inmunidades y facilidades que se otorgan a sus funcionarios.¹³⁷

133. AS, Art. 18,2, (d). También se les otorga exención del IVA, los impuestos municipales y el componente correspondiente al usuario del impuesto sobre la propiedad. AS-SA, 3, (b and d).

134. AS-SA, Art. 4, (a).

135. MAPI, Art. 5.3; Art. 6, 5. AS, Art. 24, 1.

136. MAPI, Art. 6, 5. AS, Art. 24,3.

137. MAPI, Art. 6, 6. AS, Art. 24, 4.

El DG tiene no solo el derecho sino también la obligación de renunciar a la inmunidad de cualquier funcionario o experto de la OPAQ.¹³⁸ Si persistiera un desacuerdo entre el DG y las autoridades del país anfitrión sobre si se ha producido un abuso de los privilegios e inmunidades, la cuestión será resuelta por medio del procedimiento de arbitraje.¹³⁹ Las controversias sobre el mismo asunto entre la OPAQ y un Estado Parte se solucionarán siguiendo un procedimiento similar.¹⁴⁰ Si el DG es el sujeto de la disputa, la cuestión será considerada por el Consejo Ejecutivo.¹⁴¹

5.3. Renuncia a la inmunidad como consecuencia de una violación del régimen de confidencialidad

De acuerdo con el Anexo sobre Confidencialidad [Anexo C], Sección B, Párrafo 9, los funcionarios deben concertar con la ST un acuerdo sobre el mantenimiento del secreto que abarcará su período de empleo y un período de cinco años posteriores a su conclusión.¹⁴²

El Acuerdo de Secreto Profesional,¹⁴³ que establece reglas de conducta y prohibiciones en el manejo de información confidencial a la que los

138. AS, Art. 24.6. De acuerdo con el EPRPP, Cláusula 1.9, los privilegios e inmunidades de que gozan los funcionarios no los eximen del cumplimiento de sus obligaciones privadas, ni de la observancia de las leyes y reglamentos. En todos los casos en que se invoquen esos privilegios e inmunidades, como cuando un funcionario es arrestado, acusado de algún delito que no sea una infracción de tráfico leve, o convocado ante un tribunal como acusado en una causa penal, o convicto, multado o encarcelado por algún tipo de delito que no sea una infracción de tráfico leve, el funcionario deberá informar inmediatamente al respecto al DG, que es el único que puede decidir, en consulta con el CE, cuando corresponda, si procede renunciar a ellas (EPRPP, Regla 1.9.01). Los privilegios e inmunidades acordados por el País Anfitrión en el AS no forman parte de los términos y condiciones de empleo. (EPRPP, Cláusula 1.9).

139. AS, Arts. 24.5. y 26.2.

140. MAPI, Art. 8, 1.

141. AS, Art. 24.6.

142. Esta obligación también está contenida en EPRPP, Regla 1.6.02. De acuerdo con la Regla 1.6.01 (a), el DG promulgará una Directiva administrativa que incluya los procedimientos para la recepción, tramitación, reproducción, expedición, almacenamiento, destrucción y/o publicación de información confidencial.

143. El texto está disponible en: Organization for the Prohibition of Chemical Weapons, *OPCW: The Legal Texts*, Third Edition, Asser Press, 2014, p. 597.

funcionarios pudieran tener acceso en ocasión de la realización de sus tareas profesionales, también contiene una disposición por la que el funcionario firmante confirma ser consciente de que una violación a sus obligaciones de secreto puede resultar en una renuncia a su inmunidad y el consiguiente proceso penal o acción civil bajo la jurisdicción de un Estado Parte de la Convención, que puede conllevar severas penas o responsabilidad por daños.¹⁴⁴

El Anexo C, Sección D, Párrafo 20, obliga al DG a imponer las medidas punitivas y disciplinarias que procedan a los miembros del personal que hayan infringido sus obligaciones de proteger la información confidencial y, en casos de infracciones graves,¹⁴⁵ puede también derogar la inmunidad de encausamiento si, luego de una investigación interna, llega a la conclusión de que una infracción grave o violación de la confidencialidad ha sido cometida por miembros del personal.¹⁴⁶ La renuncia puede extenderse a antiguos miembros del personal que retengan su inmunidad respecto a los actos realizados durante su período de servicio en la ST.¹⁴⁷

144. Acuerdo de Secreto Profesional, Art. 5.

145. Casos de infracción al régimen de confidencialidad que pueden ser considerados suficientemente graves por el DG pueden ser, entre otros:

a). Revelar, aun después de haber cesado en sus funciones, a una persona no autorizada información confidencial de que hayan tenido conocimiento en el desempeño de sus funciones oficiales (Anexo C, B, 7).

b). La comunicación a un Estado, organización o persona ajena a la Secretaría Técnica información a la que hayan tenido acceso en relación con sus actividades respecto de cualquier Estado Parte (Anexo C, B, 7).

c). Llevar registros de la información recibida de forma incidental y que no guarde relación con la verificación del cumplimiento de la CAQ (Anexo C, B, 8).

d) Como miembro de los grupos de inspección no acatar estrictamente las disposiciones acerca de la realización de las inspecciones o no respetar plenamente los procedimientos destinados a proteger las instalaciones sensitivas y a impedir la revelación de datos confidenciales (Anexo C. C, 15).

146. Al decidir sobre la derogación de la inmunidad, el DG debiera tener en cuenta si la infracción es grave, se ha determinado la responsabilidad individual correspondiente y si de esa conducta se han derivado perjuicios (OPAQ-PC, Parte IX.1, 9.1). Toda decisión de derogación de inmunidad será revisable o apelable de conformidad con los procedimientos establecidos en el Estatuto del Personal y la Normativa de Personal de la OPAQ (OPAQ-PC, Parte IX.1, 9.2).

147. OPAQ-PC, Parte IX.1, 9.1.

El levantamiento de la inmunidad judicial requiere la necesidad de aplicar la jurisdicción nacional de un Estado Parte¹⁴⁸ e instituir procedimientos judiciales bajo esa jurisdicción contra el miembro del personal.¹⁴⁹ Sin embargo, corresponde a los Estados Partes la responsabilidad primordial de determinar la aplicabilidad de la jurisdicción nacional atendiendo a un criterio casuístico.¹⁵⁰

Cuando un funcionario o exfuncionario que haya sido encontrado responsable de una infracción residiera o estuviera por otro concepto sujeto a la jurisdicción de un Estado no Parte en la Convención, el DG podrá acudir a la autoridad del CE o de la CEP para entablar consultas, con el objeto de alentar a dicho Estado a emprender o facilitar las actuaciones apropiadas en apoyo de los procesos judiciales que se sigan de la infracción.¹⁵¹

5.4. Privilegios e inmunidades de los miembros del grupo de inspección

Un “grupo de inspección” es un grupo de inspectores¹⁵² y ayudantes de inspección¹⁵³ asignados por el Director General para realizar una determinada inspección de acuerdo con la CAQ.¹⁵⁴ Los privilegios e inmunidades se otorgan a los miembros del grupo de inspección para ejercer sus funciones de acuerdo con la CAQ y no para el provecho particular de esas personas. Son otorgados para la totalidad del período que transcurre entre la llegada al territorio del Estado Parte inspeccionado o del Estado huésped y la salida de él y, posteriormente, respecto de los actos realizados con anterioridad en

148. OPAQ-PC, Parte IX.3, 1.2.

149. OPAQ-PC, Parte IX.3, 4.1.

150. OPAQ-PC, Parte IX.3, 4.2.

151. OPAQ-PC, Parte IX.1, 9.3.

152. Un “inspector” es toda persona nombrada por la ST para realizar una inspección o visita de conformidad con la presente Convención. Anexo sobre verificación, Parte I, 18. El AS, Art. 1, (p) define “inspectores en misión” como los miembros de un grupo de inspección a que se refiere la CAQ que estén en posesión de un mandato de inspección expedido por el DG para la realización de una inspección con arreglo a la Convención.

153. Un “ayudante de inspección” es toda persona nombrada por la ST para ayudar a los inspectores en una inspección o visita como, por ejemplo, personal médico, de seguridad y administrativo e intérpretes. Anexo sobre verificación, Parte I, 13.

154. Anexo sobre verificación, Parte I, 17.

el ejercicio de sus funciones oficiales.¹⁵⁵ Cuando transitan el territorio de Estados Partes no inspeccionados, se les otorgan los privilegios e inmunidades de que gozan los agentes diplomáticos.¹⁵⁶ Los inspectores en misión tienen permitido entrar y salir del territorio del país anfitrión por cualquier medio de transporte, con sus equipos y muestras.¹⁵⁷

Los miembros del grupo de inspección gozan de los siguientes privilegios e inmunidades:¹⁵⁸

- a) La inviolabilidad de que gozan los agentes diplomáticos en virtud del artículo 29 de la CVRD.¹⁵⁹
- b) Las inmunidades de que gozan los agentes diplomáticos en virtud de los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 31 de la CVRD.¹⁶⁰
- c) Sus viviendas y locales de oficina gozan de la inviolabilidad y la protección de los locales de los agentes diplomáticos en virtud del párrafo 1 del artículo 30 de la CVRD.¹⁶¹
- d) Inviolabilidad de sus documentos y correspondencia, incluidos los archivos similares a los documentos y correspondencia de los

155. Anexo sobre verificación, Parte II, B, 11.

156. En virtud del párrafo 1 del artículo 40 de la CVRD. Anexo sobre verificación, Parte II, B, 12.

157. AS, Art. 18,2, (e). Las autoridades del país anfitrión les facilitarán un trato prioritario así como prioridad en la tramitación del equipaje con respecto a los controles aduaneros y de seguridad. El transporte de sustancias químicas tóxicas, sin embargo, debe cumplir con las normas y la reglamentación del país anfitrión en materia de manipulación de dichos artículos. AS, Art. 18, 2, (e).

158. Asimismo, gozan de los privilegios e inmunidades otorgados en su carácter de miembros del personal de la OPAQ.

159. Anexo sobre verificación, Parte II, B, 11, (a).

160. Anexo sobre verificación, Parte II, B, 11, (e). Su inviolabilidad en virtud de la CVRD, Art. 31, (a, b y c) prevalece sobre las dos excepciones del AS, Art. 4 (véase: 5.1. *Disposiciones Generales, b*) cuando desarrollan sus tareas de inspección en el territorio del país anfitrión. El país anfitrión está obligado a facilitar y permitir la entrada, tránsito, estancia y salida de su territorio de estas personas, sea cual fuere su nacionalidad, prestándoles la protección que sea necesaria. AS, Art. 14,1.

161. Anexo sobre verificación, Parte II, B, 11, (b).

- agentes diplomáticos en virtud del párrafo 2 del artículo 30 de la CVRD.¹⁶²
- e) Inviolabilidad y exención de todo derecho arancelario sobre las muestras y el equipo aprobado que lleven consigo.¹⁶³
 - f) Derecho a comunicarse con la Sede de la ST utilizando su propio equipo aprobado, debidamente homologado,¹⁶⁴ y a utilizar códigos para sus comunicaciones.¹⁶⁵ Tienen derecho a utilizar su propio sistema de comunicación por radio en doble sentido entre el personal que patrulle el perímetro¹⁶⁶ y los demás miembros del grupo de inspección. El grupo puede solicitar al Estado Parte huésped que le facilite acceso a otras telecomunicaciones¹⁶⁷ y las facilidades que le sean necesarias para el desarrollo de sus tareas.¹⁶⁸
 - g) Las facilidades en materia de moneda extranjera y cambio de que gozan los representantes de los gobiernos extranjeros en misiones oficiales temporales.¹⁶⁹
 - h) Exención de derechos e impuestos similares a los que gozan los agentes diplomáticos en virtud del artículo 34 de la CVRD, y el derecho a introducir en el territorio del Estado Parte inspeccionado o del Estado Parte huésped, libres de derechos arancelarios o gravámenes semejantes, artículos de uso personal, con excepción de aquellos artículos cuya importación o exportación esté prohibida por la ley o sujeta a cuarentena.¹⁷⁰

162. Anexo sobre verificación, Parte II, B, 11, (c).

163. Anexo sobre verificación, Parte II, B, 11, (d).

164. Anexo sobre verificación, Parte II, E, 44. Por “equipo aprobado” se entiende los dispositivos e instrumentos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones del grupo de inspección que hayan sido homologados por la ST y aprobados por la CSP, incluyendo los equipos de grabación. Anexo sobre verificación, I,1 y II,C,27.

165. Anexo sobre verificación, Parte II, B, 11, (c).

166. El perímetro es el límite externo del polígono de inspección. Véase: Anexo sobre verificación, I, 21.

167. Anexo sobre verificación, Parte II, E, 44.

168. Anexo sobre verificación, Parte II, C, 26.

169. Anexo sobre verificación, Parte II, B, 11, (h).

170. Anexo sobre verificación, Parte II, B, 11, (g).

Los miembros del grupo de inspección están obligados a respetar las leyes y reglamentos del Estado Parte inspeccionado o del Estado huésped y, en la medida que sea compatible con el mandato de inspección, están obligados a no injerir en los asuntos internos de ese Estado.¹⁷¹ No pueden realizar ninguna actividad profesional o comercial en beneficio propio en el territorio del Estado Parte inspeccionado o en el del Estado huésped.¹⁷²

Los observadores¹⁷³ gozan de los mismos privilegios e inmunidades que los inspectores.¹⁷⁴ Tienen derecho a estar en comunicación con la embajada del Estado Parte solicitante en el Estado Parte inspeccionado o en el Estado Huésped o, de no haber tal embajada, con el propio Estado Parte solicitante. El Estado Parte inspeccionado está obligado a proporcionarles los medios de comunicación, pero los gastos incurridos deben ser sufragados por el Estado Parte solicitante.¹⁷⁵

5.5. Renuncia a la inmunidad de los miembros del grupo de inspección

El DG puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción de los miembros del grupo de inspección cuando, a su juicio, dicha inmunidad dificulta la acción de la justicia y puede hacerlo sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de la CAQ. Esta renuncia debe ser siempre expresa.¹⁷⁶

Los casos que pueden ser considerados por el DG suficientemente graves como para justificar la renuncia a la inmunidad de un miembro del grupo de inspección son:

- a) El uso de los privilegios e inmunidades para su beneficio personal.¹⁷⁷

171. Anexo sobre verificación, Parte II, B, 13.

172. Anexo sobre verificación, Parte II, B, 11, (i).

173. Anexo sobre verificación, I, 20: "Observador" es un representante de un Estado parte solicitante o de un tercer Estado Parte para observar una inspección por denuncia.

174. Anexo sobre verificación, Parte II, B, 15. Sin embargo, no se les reconocen la inviolabilidad de las muestras y no llevan equipo aprobado.

175. Anexo sobre verificación, Parte X, 54 and 56.

176. Anexo sobre verificación, Parte II, B, 14.

177. Anexo sobre verificación, Parte II, B, 11.

- b) Realizar actividades profesionales o comerciales en beneficio propio en el territorio del Estado Parte inspeccionado o en el del Estado huésped.¹⁷⁸
- c) Falta de respeto o violación de las leyes y reglamentos del Estado Parte inspeccionado o en el del Estado huésped.¹⁷⁹
- d) Injerencia en los asuntos internos del Estado Parte inspeccionado o en el del Estado huésped de manera incompatible con el mandato de inspección.¹⁸⁰
- e) La importación o exportación de artículos que están prohibidos por la ley o sujetos a cuarentena.¹⁸¹

Si el Estado Parte inspeccionado o el Estado huésped considera que ha existido un abuso de los privilegios e inmunidades, se celebrarán consultas entre ese Estado Parte y el DG para determinar si se ha producido un abuso y, de haber existido, impedir su repetición.¹⁸²

6. Solución de controversias

6.1. Disposiciones generales

La OPAQ tiene plena personalidad jurídica y, por lo tanto, tiene capacidad para entablar acciones judiciales y actuar en las mismas como demandante, demandado o en cualquier otra capacidad que requiera la protección de sus intereses y los de los Estados Partes relacionados con el ejercicio de sus funciones de acuerdo con la CAQ.¹⁸³

A pesar de que la OPAQ goza de inmunidad de jurisdicción, no obstante, mantiene su responsabilidad y puede ser obligada a otorgar compensaciones

178. Anexo sobre verificación, Parte II, B, 11, (i).

179. Anexo sobre verificación, Parte II, B, 13.

180. Anexo sobre verificación, Parte II, B, 13.

181. Anexo sobre verificación, Parte II, B, 11, (g).

182. Anexo sobre verificación, Parte II, B, 13.

183. Véase más arriba: 2.6. *La capacidad para entablar acciones judiciales y actuar en las mismas.*

por daños incurridos como resultado de actos realizados por ella o por sus agentes actuando en sus funciones oficiales. Como las demandas entabladas contra la OPAQ pueden no ser recibidas por los tribunales nacionales en razón de los privilegios e inmunidades que les son reconocidos, esas demandas deben ser solucionadas mediante métodos alternativos apropiados.¹⁸⁴ El demandante puede verse confrontado posteriormente con la inmunidad de ejecución contenida en el AS, Art. 4. 2 y el MAPI, Art. 3. 1:¹⁸⁵ la renuncia a la inmunidad de jurisdicción no debe ser implícitamente interpretada como extendida a la inmunidad de ejecución.

6.2. Equilibrando la inmunidad con el derecho de acceder a los tribunales

El Art. 10 del MAPI y el Art. 26 del AS obligan a la OPAQ a prever procedimientos apropiados para la solución de:

- a) las controversias a que den lugar los contratos, u otras controversias de derecho privado en que sea parte la OPAQ;
- b) las controversias en que esté implicado un funcionario de la OPAQ o un experto que, por razón de su posición oficial, goce de inmunidad, si la OPAQ no ha renunciado a dicha inmunidad.

Estos medios alternativos¹⁸⁶ ya existen en materias relacionadas con los miembros del personal (TAOIT), contratistas privados (arbitraje, como

184. Corte Internacional de Justicia, *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, Opinión Consultiva del 29 de abril de 1999. Véase también: August Reinisch and Ulf Andreas Weber, “In the shadow of Waite and Kennedy. The jurisdictional immunity of international organizations, the individual’s right of access to the courts and administrative tribunals as alternative means of dispute settlement”, *International Organizations Law Review* 1: 59-110, 2004.

185. “Se entiende, sin embargo, que ninguna renuncia de inmunidad se extenderá a ninguna medida ejecutoria”. Los tribunales belgas y suizos han permitido medidas ejecutorias cuando el demandante no tiene otro medio razonable de aplicación. August Reinisch (ed.), *The Privileges and Immunities of International Organizations in Domestic Courts*, Oxford University Press, 2013. Véase también: August Reinisch, “European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures”, *EJIL* 17, 2006, 803-836.

186. Particularmente en Europa luego del caso Waite and Kennedy. Otros tribunales en países no europeos han llegado a las mismas conclusiones. The “[c]ase is particularly remarkable as it demonstrates that national courts may be willing to deny immunity when

está previsto en TCG-BS), Estados Partes y Organizaciones Internacionales (varios medios incluyendo el arbitraje y la CIJ) y Estados no Partes (recurso a la ONU).¹⁸⁷

6.3. *Renuncia a la inmunidad*

El AS¹⁸⁸ y el MAPI¹⁸⁹ establecen que los privilegios e inmunidades son otorgados a los miembros del personal de la OPAQ, los Representantes de los Estados Partes, suplentes, asesores, expertos técnicos y secretarios de sus delegaciones a las reuniones convocadas por la OPAQ, para garantizar su independencia en el ejercicio de sus funciones relacionadas con la OPAQ y no en su beneficio personal, lo que constituiría un abuso de derecho. Estas personas están obligadas al cumplimiento, a todos los demás efectos, de las leyes y reglamentos del Estado Parte.

Otras disposiciones relacionadas con la OPAQ en materia de renuncia de inmunidades en diversos contextos están contenidas en diferentes instrumentos:

- a) La renuncia a la inmunidad, contenida en el Anexo sobre verificación, de los miembros del grupo de inspección.¹⁹⁰

they consider that adequate alternative means of dispute settlement are not available". Véase August Reinisch (ed.), *The Privileges and Immunities of International Organizations in Domestic Courts*, Oxford University Press, 2013.

187. Teniendo en consideración los desarrollos recientes en la jurisprudencia nacional, podría suceder, aunque es poco probable, que la inmunidad de la OPAQ fuera restringida por un tribunal nacional si la OPAQ no tiene medios alternativos razonables para solucionar la controversia con el demandante. Sin embargo, tanto la reciente decisión de la CIJ en el caso *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, del 3 de febrero de 2012, y la sentencia de la Corte Suprema de los Países Bajos en *Mothers of Srebrenica Association et al against the State of the Netherlands (Ministry of General Affairs) and the United Nations*, del 13 de abril de 2012, no pueden considerarse como favorables a una interpretación restrictiva de la inmunidad de los Estados y las Organizaciones Internacionales. Véase: Otto Spijkers, "The Immunity of the United Nations before the Dutch Courts (Case Note)", *Military Law and the Law of War Review* 51/2, 2012.

188. AS, Art. 24, 1.

189. MAPI, Art. 5.3; Art. 6, 5.

190. Véase más arriba: 5.5. *Renuncia a la inmunidad de los miembros del grupo de inspección.*

- b) La renuncia como consecuencia de una infracción al régimen de confidencialidad, tal como está especificado en el Anexo C y la OPAQ-PC.¹⁹¹
- c) La renuncia como consecuencia de un ejercicio abusivo de derechos o la inobservancia de las disposiciones contenidas en el MAPI, el AS y el EPRPP.¹⁹²

6.4. Medios para la solución de una controversia

La OPAQ puede verse enfrentada a situaciones que pueden requerir la solución de controversias que pueden haber surgido con diferentes actores sobre una diversidad de materias. De acuerdo con la CAQ y otras fuentes legales, se pueden utilizar varios mecanismos para solucionar la controversia.

a) Controversias entre Estados Partes o entre la OPAQ y Estados Partes

El Art. XIV de la CAQ establece el criterio general de que las controversias que puedan suscitarse respecto de su aplicación o interpretación deben solucionarse de conformidad con sus disposiciones y las de la Carta de las Naciones Unidas. Si la controversia acerca de la interpretación o aplicación de la CAQ surge entre dos o más Estados Partes o entre uno o varios Estados Partes y la Organización, se resolverá mediante consultas recíprocas, negociación o por otro medio pacífico que las partes elijan, incluido el recurso a los órganos competentes de la organización. El CE puede contribuir a la solución de la controversia por los medios que considere adecuados, incluidos el ofrecimiento de sus buenos oficios, el llamamiento a los Estados Partes en una controversia para que inicien el proceso de solución que elijan y la recomendación de un plazo para cualquier procedimiento convenido. La CEP puede establecer o encargar a órganos la tarea de encontrar una solución a la diferencia. Ambos están facultados separadamente, a reserva de la autorización de la AGNU, a solicitar a la CIJ una opinión consultiva sobre cual-

191. Véase más arriba: 5.3. *Renuncia a la inmunidad como consecuencia de una violación del régimen de confidencialidad.*

192. Véase más arriba: 5.2. *Renuncia a la inmunidad de los funcionarios.*

quier cuestión jurídica que se plantee dentro del ámbito de las actividades de la Organización. Los Estados Parte pueden, por consentimiento mutuo, acordar la remisión de la cuestión a la CIJ, de conformidad con su Estatuto.

Cuando la diferencia se trate de cualquier cuestión relacionada con el objeto, propósito o aplicación de la CAQ, los Estados Partes podrán consultarse mutuamente, ponerse de acuerdo en los medios para aclarar y resolver la cuestión,¹⁹³ solicitar al CE su clarificación¹⁹⁴ y, cuando lo consideren apropiado, solicitar una inspección por denuncia bajo la conducción de la ST.¹⁹⁵

Si se presenta una situación en la que se debe asegurar el cumplimiento de la CAQ y remediar y subsanar cualquier situación que contraviene sus disposiciones, la CEP tiene la autoridad¹⁹⁶ para:

- a) restringir o dejar en suspenso los derechos y privilegios que la CAQ reconoce al Estado Parte hasta que adopte las medidas necesarias para cumplir las obligaciones que haya contraído en virtud de la Convención.
- b) recomendar medidas colectivas a los Estados Partes de conformidad con el derecho internacional.
- c) someter la cuestión a la atención de la AGNU y el CSNU.

193. CAQ, Art. IX, 1 y 2.

194. CAQ, Art. VIII, C, 36: El Consejo Ejecutivo consultará a los Estados Partes interesados y, cuando proceda, pedirá al Estado Parte al que corresponda que adopte medidas para subsanar la situación en un plazo determinado. De considerarlo necesario, adoptará, entre otras, una o más de las medidas siguientes:

- a) Informará a todos los Estados Partes sobre la cuestión o materia;
- b) Señalará la cuestión o materia a la atención de la Conferencia;
- c) Formulará recomendaciones a la Conferencia respecto de las medidas para subsanar la situación y asegurar el cumplimiento.

En casos de especial gravedad y urgencia, el Consejo Ejecutivo someterá directamente la cuestión o materia, incluidas la información y conclusiones pertinentes, a la atención de la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Al mismo tiempo, informará sobre esa medida a todos los Estados Partes.

195. CAQ, Art. IX. Los procedimientos para las inspecciones por denuncia e investigaciones en casos de presunto empleo de armas químicas están contenidos en las Partes X y XI del Anexo sobre verificación.

196. CAQ, Art. XII.

El Art. 26 del AS establece el procedimiento para la solución de controversias que puedan originarse respecto de la interpretación o aplicación de ese acuerdo: si una solución amistosa no es posible, la cuestión será sometida a un tribunal compuesto de tres árbitros. Este tribunal llevará a cabo sus procedimientos de conformidad con el Reglamento del Tribunal Permanente de Arbitraje para uso facultativo en el arbitraje para las organizaciones internacionales y los estados. La decisión del tribunal será definitiva y vinculante para las partes. Disposiciones similares están contenidas en el MAPI, Art. 10.

El DG tiene el derecho de comparecer o de estar representado en los procedimientos de expulsión entablados por el país anfitrión, en nombre de los representantes y funcionarios de las organizaciones internacionales con las que la OPAQ haya concertado acuerdos o arreglos en virtud de la Convención y que se hallen en misión oficial en la OPAQ, los expertos y sus cónyuges e hijos a su cargo, excepto que estén cubiertos por convenios especiales en los que el país anfitrión es Parte.¹⁹⁷ Disposiciones similares están contenidas en el MAPI.¹⁹⁸

Cuando un Estado Parte puede ser responsable de haber cometido una infracción a la obligación de proteger la confidencialidad,¹⁹⁹ la cuestión puede quedar sujeta a los procedimientos²⁰⁰ de la Comisión de confidencialidad

197. AS, Art. 14, 5.

198. MAPI, Art. 8, 2.

199. Anexo C, A.1. “La infracción de la obligación de proteger la confidencialidad (“infracción de la confidencialidad”) incluye toda revelación no autorizada de información de la OPAQ a cualquier individuo, gobierno o entidad privada, con independencia de la intención o de las consecuencias que tenga la revelación de esa información. La infracción de la confidencialidad puede también estar vinculada a la utilización indebida de información con el fin de obtener alguna ventaja personal o de beneficiar o perjudicar los intereses de terceros. Se considerará que ha habido violación de las obligaciones relativas a la protección de información confidencial cuando los procedimientos especificados con respecto a la manipulación, la protección, la comunicación y la difusión de información confidencial se hayan incumplido de tal manera que exista un riesgo evidente de revelación no autorizada, independientemente de que esta ocurra o no. En la práctica, existe una amplia coincidencia entre la infracción de confidencialidad y la violación de las obligaciones de protección correspondientes a la información confidencial.”. OPAQ-PC, Parte IX, 1.2.

200. Si una investigación emprendida por el DG determina que el Estado Parte aparece como responsable de una infracción, el Estado Parte prestará asistencia al DG para

y los medios de solución de controversias de la CAQ. Si la infracción involucra una diferencia entre dos o más Estados Partes, pueden solicitar la intervención de la Comisión de confidencialidad para resolverla²⁰¹ o requerir al CE o la CEP que se ocupen de ella.²⁰²

La Comisión de confidencialidad está habilitada para buscar una solución mutuamente aceptable. En principio, sus recomendaciones no son vinculantes para las partes de la controversia.²⁰³ Sin embargo, si las partes en la controversia así lo acuerdan, la comisión puede, con el consentimiento explícito de las partes, tomar una solución arbitrada que sea vinculante. En ausencia de una solución mutuamente aceptable, la comisión puede recomendar medidas adicionales que pudieran tomarse para su solución, ya sea por las propias partes de la controversia o por los órganos normativos de la Organización, abriendo así las puertas para los procedimientos generales de solución de controversias previstos en la CAQ.

b) Controversias entre la OPAQ y un Estado no Parte

La CAQ no contiene ninguna disposición explícita respecto de la manera en que debiera solucionarse una controversia entre la Organización y un Estado no Parte. Ante la ausencia de un acuerdo separado o un arreglo entre la OPAQ y el Estado no Parte, una posible avenida para su solución, dependiendo de las circunstancias, podría ser referir el caso a las Naciones Unidas.

En el caso de un presunto empleo de armas químicas que involucre a un Estado no Parte o en un territorio no controlado por un Estado Parte, el

resolver el asunto. El DG puede también someter la cuestión al CE y solicitar que se emprendan actuaciones ulteriores en repuesta al informe de la investigación. El CE y la CEP pueden encomendar a la Comisión de Confidencialidad que considere una controversia. OPAQ-PC, Parte IX, 11.1 and Parte IX, 2.2.

201. OPAQ-PC, Parte IX, 2.2.

202. Ambos órganos normativos están habilitados para hacerlo de acuerdo con la CAQ, Art. XIV.

203. El informe y las recomendaciones de la Comisión de confidencialidad pueden proporcionar las bases o el fundamento para la adopción de medidas ulteriores a cargo de las partes de la controversia o de los órganos competentes de la Organización. OPAQ-PC, Parte IX.2.3.

párrafo 27 de la Parte XI, Sección E del Anexo sobre verificación establece que la Organización debe colaborar estrechamente con el Secretario General de las Naciones Unidas y, si así este lo requiriera, poner sus recursos a disposición del Secretario General. Esta cooperación está reafirmada por el AR-NU-OPAQ, Art. 2 (c).²⁰⁴

c) Controversias entre la OPAQ y Organizaciones Internacionales

Las relaciones entre la OPAQ y otras Organizaciones Internacionales están habitualmente reguladas por Acuerdos o MdE que contienen disposiciones para la solución de controversias. Las Organizaciones Internacionales no pueden, como tales, ser partes en ningún caso sometido a la CIJ, de acuerdo con su Estatuto.²⁰⁵ La CCIJ ha establecido un procedimiento especial, el proceso consultivo, disponible para las organizaciones internacionales para permitirles solicitar opiniones consultivas de la Corte. El AR-NU-OPAQ establece que una solicitud de opinión consultiva debe ser primero sometida a la AGNU, que decidirá sobre la solicitud de acuerdo con el Art. 96 de la Carta.²⁰⁶

d) Controversias entre la OPAQ y una persona física o jurídica

Nada en la CAQ impide que la OPAQ demande a cualquier persona con la que tiene una controversia ante los tribunales donde esa persona tiene su nacionalidad o domicilio, si no existe ninguna otra disposición vigente relativa a la solución de la controversia.

204. Acuerdo de Relación entre las Naciones Unidas y la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas, Art. II, (c): “La Organización, de conformidad con el párrafo 27 de la Parte XI del Anexo de Verificación, cooperará estrechamente con el Secretario General en los casos en que se denuncie que un Estado no parte en la Convención utilice armas químicas o se utilicen esas armas en un territorio que no esté bajo el control de un Estado Parte en la Convención y, previa solicitud, pondrá en esos casos sus recursos a disposición del Secretario General”.

205. Estatuto de la Corte, Art. 34, 1.

206. AR-NU-OPAQ, Art. VII, 2.

El modelo TCG-BS²⁰⁷ contiene un conjunto de disposiciones relativas a la solución de controversias:²⁰⁸ sin embargo, la OPAQ puede establecer términos y condiciones específicos en ciertos casos, dado que las cláusulas de los contratos son habitualmente modificadas en función de la naturaleza y características de las actividades y los riesgos involucrados en ellos.

Cuando una persona que se encuentra bajo la jurisdicción de un Estado Parte aparece como responsable de una infracción de confidencialidad, hubiese obtenido determinadas ventajas de esa infracción o estuviese involucrada por otro concepto en ella, ese Estado Parte puede ser requerido a iniciar acciones judiciales apropiadas contra ella.²⁰⁹ A pesar de que los Estados Partes tienen la obligación de cooperar con el DG y la OPAQ en relación con una investigación relativa a una infracción de confidencialidad,²¹⁰ continúa siendo la responsabilidad primaria de los Estados Parte determinar la aplicabilidad de la jurisdicción nacional atendiendo a un criterio casuístico.²¹¹

207. Este modelo evoluciona de acuerdo con la experiencia de la Organización y está habitualmente disponible en su sitio web. Las citas corresponden a la última versión disponible al redactar este trabajo.

208. “(a) Without prejudice to the privileges and immunities of the Organization, any legal dispute relating to this contract shall be settled amicably by negotiation and in cooperation with the Host Country.

(b) Any dispute which cannot be settled by negotiation shall, without prejudice to the relevant privileges and immunities of the Organization, at the request of either Party, be submitted at the seat of the Organization to an Arbitration Board composed of: (i) two arbitrators, one being appointed by each of the Parties; and (ii) a referee chosen by the two arbitrators.

(c) In the event of a disagreement as to the nomination of the referee or a Party’s failure to appoint an arbitrator, these appointments shall be made by the Secretary-General of the Permanent Court of Arbitration in The Hague. The Arbitration Board shall have its seat in The Hague and shall establish its own procedure.

(d) In the absence of contractual provisions, the arbitrators shall apply the UNCITRAL Arbitration Rules as in force on the day both Parties have signed the contract”.

209. OPAQ-PC, Parte IX.1.10.1. En el caso de que una compañía privada fuera encontrada responsable de una infracción a un obligación de proteger información confidencial, el TCB-BS establece que “The Contractor shall be liable for any breach of confidentiality or any indirect disclosure which could vitiate the interests of the Organisation. The extent of any such liability shall be directly proportional to the extent of the damage caused”.

210. CAQ, Art. VII, para7.; OPAQ-PC, Parte IX 3.1.a).

211. OPAQ-PC, Parte IX 3.4.2.

Si la persona física o jurídica reside o se halla por otro concepto sujeta a la jurisdicción de un Estado no Parte, el DG puede recurrir a la autoridad del CE o la CEP para emprender consultas, con el objeto de alentar a ese Estado a emprender o facilitar las actuaciones apropiadas en apoyo a los procesos judiciales que se sigan de la infracción.²¹²

e) Controversias entre la OPAQ y los miembros del personal

Los miembros del personal tienen el derecho de apelar contra las decisiones administrativas de la ST en cuestiones relacionadas con sus contratos²¹³ y la OPAQ para actuar como demandado. Luego de que el procedimiento interno establecido en los Artículos X y XI del EPRPP haya sido completado, la Regla 11.3.01 establece que los funcionarios tienen derecho a apelar al TAOIT.²¹⁴ Sin embargo, nada en la CAQ impide que la OPAQ no

212. OPAQ-PC, Parte IX.1.10.2.

213. El derecho de los miembros del personal de apelar ante un tribunal independiente toda decisión administrativa de una organización internacional es un principio de derecho internacional claramente reconocido. La CIJ ha dicho que “[T]he Charter contains no provision which authorizes any of the principal organs of the United Nations to adjudicate upon these disputes, and Art. 105 secures for the United Nations jurisdictional immunities in national courts. It would, in the opinion of the Court, hardly be consistent with the expressed aim of the Charter to promote freedom and justice for individuals and with the constant preoccupation of the United Nations Organization to promote this aim that it should afford no judicial or arbitral remedy to its own staff for the settlement of any disputes which may arise between it and them”. Corte Internacional de Justicia, *Effect of Awards of Compensation made by the United Nations Administrative Tribunal*, Opinión Consultiva del 13 de Julio de 1954. En TAOIT 2232 (2003) el Tribunal reconoció que, para cumplir plenamente con el principio del debido proceso, los miembros del personal debieran poder seguir un procedimiento que le permita a la persona involucrada defender su caso adecuadamente ante una instancia independiente e imparcial, y, además, que el funcionario civil internacional tiene el derecho a que su demanda sea examinada por una instancia judicial. En el caso *Resodikromo* (Véase [75]), la OPAQ adujo que cualquier controversia respecto de los contratos de empleo debe primero agotar las instancias administrativas internas previstos en el EPRPP y la jurisdicción exclusiva del TAOIT.

214. OPAQ EPRPP, Regla 11.3.01 “(a) Los funcionarios tendrán derecho a apelar al Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo, de conformidad con las disposiciones del Estatuto de dicho Tribunal, contra decisiones administrativas y medidas disciplinarias adoptadas tras remisión al Consejo de Apelaciones. (b) Un funcionario

pueda demandar a un miembro del personal en los tribunales de su nacionalidad o domicilio en ciertos casos como, por ejemplo, cuando existe la necesidad de recobrar fondos apropiados indebidamente.²¹⁵

En caso de una seria infracción a las obligaciones de los miembros del personal en materia de confidencialidades y si se ha causado un daño, el DG puede decidir renunciar a la inmunidad de ese funcionario, si existe la posibilidad de aplicar la jurisdicción nacional correspondiente,²¹⁶ y luego de haber agotado los procedimientos de revisión y apelación interna.²¹⁷ Los Estados Partes adoptarán las medidas judiciales apropiadas para, en la medida de lo posible, dar una respuesta adecuada a la derogación de inmunidad,²¹⁸ atendiendo a la solicitud del DG o de un Estado Parte afectado por la infracción grave.²¹⁹ Sin embargo corresponde a los Estados Partes la responsabilidad primordial de determinar la aplicabilidad de la jurisdicción nacional atendiendo a un criterio casuístico.²²⁰

7. Conclusiones

La OPAQ se aproxima a sus primeros veinte años de existencia habiendo cumplido, en gran medida, sus objetivos principales, particularmente la destrucción de los arsenales químicos en poder de los Estados miembros. Al mismo tiempo, el sistema de inspecciones de la industria química mundial

podrá, de conformidad con el Director General, renunciar a la jurisdicción del Consejo de Apelaciones y apelar directamente al Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo, de conformidad con las disposiciones del Estatuto de dicho Tribunal”.

215. OPAQ EPRPP, Regla 12.o.01 sobre responsabilidad financiera: “Podrá requerirse a todo funcionario el reembolso parcial o íntegro a la Organización de las pérdidas financieras sufridas por la Organización como consecuencia de negligencia del funcionario o de su infracción de algún estatuto, reglamento, o directiva administrativa”. Si la Organización no tiene a su alcance fondos suficientes del miembro del personal para recuperar el monto del daño, nada le impide demandar al funcionario en los tribunales nacionales.

216. OPAQ-PC, Parte IX.9.1.

217. OPAQ-PC, Parte IX.9.2.

218. OPAQ-PC, Parte IX.1.9.3.

219. OPAQ-PC, Parte IX.3.4.1.

220. OPAQ-PC, Parte IX.3.4.2.

ha funcionado adecuadamente, sin que se produjeran conflictos o disputas de naturaleza jurídica.

La Organización también ha iniciado una nueva etapa en su rol internacional al participar en misiones de esclarecimiento sobre la eventual utilización de sustancias químicas prohibidas en conflictos internacionales, lo que le exigió la negociación de privilegios e inmunidades adaptados a esos complejos escenarios.

En cada una de esas circunstancias, el régimen de privilegios e inmunidades ha sido clave para asegurar la adecuada prestación de los servicios a cargo de sus funcionarios en todos los rincones del mundo. Los Estados parte han reconocido sin controversias estos derechos. El régimen legal también ha probado su eficacia tanto en la relación con proveedores y particulares como en las relaciones con el Estado huésped. El marco legal, por lo tanto, resulta adecuado, no previéndose por el momento cambios sustanciales.

8. Bibliografía

- Bochenski, S.: “In the Shadow of Syria: Review of the Chemical Weapons Convention”, *The Polish Institute of International Affairs*, Policy Paper No. 22 (70), July 2013.
- Corten, O. and Klein, P.: *The Vienna Conventions on the law of Treaties*, Oxford University Press, 2011.
- Calderón, F.: “The Preparatory Commission for the Organization for the Prohibition of Chemical Weapons”, in Hague Academy of International Law, *The Convention on the Prohibition and Elimination of Chemical Weapons: A Breakthrough in multilateral disarmament*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- Chandan, T. and Thakur, R.: “The Chemical Weapons Convention: Implementation, Challenges and Opportunities”, *United Nations University, Policy Brief*, Number 8, 2006.
- Duxbury, A.: “Privileges and Immunities of United Nations’ Experts: The Cumaraswamy Case”, *1 Asia-Pacific Journal on Human Rights & the Law* 88, 2000.
- Hague Academy of International Law: *The Convention on the Prohibition and Elimination of Chemical Weapons: A Breakthrough in multilateral disarmament*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

- Kaiser, K.: "Treaties, Direct Applicability", in *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2013.
- Kenyon, I. and Feakes, D.: *The Creation of the Organisation for the Prohibition of Chemical Weapons. A Case Study in the Birth of an Intergovernmental Organisation*, TMC Asser Press, 2007.
- Klabbers, J.: "The Bustani Case before the TAOIT: Constitutionalism in Disguise?", 53 *ICLQ* (2004) 455.
- Krutzsch, W. and Trapp, R.: *A Commentary on the Chemical Weapons Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, 1994.
- Miller, A.: "The Privileges and Immunities of the United Nations", *International Organizations Law Review* 6, 7-115, 2009.
- Murphy, S.: "U.S. Initiative to Oust OPCW Director-General", 96 *AJIL* 706, 710.
- Organization for the Prohibition of Chemical Weapons: *OPCW: The Legal Texts*, 3rd Edition, TMC Asser Press, 2014.
- Reinisch, A.: *European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures*, *EJIL* 17, 803-836, 2006.
- (ed.), *The Privileges and Immunities of International Organizations in Domestic Courts*, Oxford University Press, 2013.
- Reinisch, A. and Weber, U.: "In the shadow of Waite and Kennedy. The jurisdictional immunity of international organizations, the individual's right of access to the courts and administrative tribunals as alternative means of dispute settlement", *International Organizations Law Review* 1: 59-110, 2004.
- Robinson, J.: "The negotiations on the Chemical Weapons Convention: a historical overview", in M. Bothe, N. Ronzitti and A. Rosas (eds.), *The New Chemical Weapons Conventions - Implementation and Prospects*, Kluwer Law International, 1998.
- Ronzitti, N.: "Relations between the Chemical Weapons Convention and other relevant international norms", in The Hague Academy of International Law, *The Convention on the Prohibition and Elimination of Chemical Weapons: A Breakthrough in multilateral disarmament*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- Spijkers, O.: "The Immunity of the United Nations before the Dutch Courts (Case Note)", *Military Law and the Law of War Review* 51/2, 2012.
- Thakur, R. and Haru, E.: *The Chemical Weapons Convention. Implementation, Challenges and Opportunities*, United Nations University Press, 2006.

- Van Alebeek, R. and Nollkaemper, A.: “Privileges and Immunities of International Organizations in the Case Law of Dutch Courts”, *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper* N°2012-81.
- Verhoeven, J.: “La mise en oeuvre de la Convention sur l’Interdiction et l’Elimination des Armes Chimiques: problèmes et prospectives”, in The Hague Academy of International Law, *The Convention on the Prohibition and Elimination of Chemical Weapons: A Breakthrough in multilateral disarmament*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- Wickremasinghe, Ch.: “Casenote: The Bustani Case before the ILOAT”, *International Organizations Law Review* 1: 197-207, 2004.
- Young, A.: “Deconstructing International Organization Immunity”, 44 *Georgetown Journal of International Law*, 2012.

9. Abreviaturas

AGNU	Asamblea General de las Naciones Unidas
AI	Acuerdo de Instalación
Anexo C	Anexo sobre la protección de la información confidencialidad, CAQ
Anexo sobre verificación	Anexo sobre la aplicación y la verificación de la CAQ
AR-NU-OPAQ	Acuerdo sobre la relación entre las Naciones Unidas y la OPAQ
AS	Acuerdo entre el Reino de los Países Bajos y la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas relativo a la Sede de la OPAQ
AS-CS	AS - Convenio Separado
CAQ	Convención para la Prohibición de las Armas Químicas
CE	Consejo Ejecutivo
CEP	Conferencia de Estados Partes
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CRPA	Comité para las Relaciones con el País Anfitrión

CSNU	Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas
CVRD	Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas
DG	Director General
EPRPP	Estatuto del Personal y Reglamento Provisional del Personal, OPAQ
LPNU	Laissez-passer de las Naciones Unidas
MAPI	Modelo de Acuerdo entre la OPAQ y un Estado Parte sobre los privilegios e inmunidades de la OPAQ
MdE	Memorando de Entendimiento
OPAQ	Organización para la Prohibición de las Armas Químicas
OPAQ-PC	Política de Confidencialidad de la OPAQ
ST	Secretaría Técnica, OPAQ
TAOIT	Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo
TCG-BS	Términos y condiciones generales para la adquisición de bienes y servicios

Análisis funcional de los elementos esenciales de los contratos

Conocer la realidad implica construir sistemas en continua transformación que se corresponden, más o menos, a la realidad

Jean Piaget

*Andrés Nicolás Beltramo**, *Maximiliano Boned***,
*Tamara Escudero**** y *Emiliano Estevarena*****
Revisión y corrección: Dra. Lidia María Rosa Garrido
*Cordobera******

Resumen

Como bien indica el título de la obra, este es un análisis de cómo “funcionan” los elementos esenciales de los contratos. Este trabajo es uno de los

* Abogado (UBA). Auxiliar graduado en Contratos Civiles y Comerciales, cátedra Ameal-Barocelli, Miembro del Instituto de Derecho Informático del C.P.A.C.F. Se encuentra realizando la Carrera de Especialización en Derecho Informático en la Facultad de Derecho (UBA), anbeltramo@gmail.com.

** Estudiante de Abogacía (UBA). Ayudante en Contratos Civiles y Comerciales, cátedra Ameal-Barocelli. Miembro del grupo de trabajo del Proyecto de Interés Institucional 2015 sobre el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (FD-UBA), coordinado por el Prof. Dr. Sergio Sebastián, maxiboned@gmail.com.

*** Estudiante de Abogacía (UBA). Ayudante en Contratos Civiles y Comerciales, cátedra Ameal-Barocelli, Miembro del grupo de trabajo del Proyecto de Interés Institucional 2015 sobre el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (FD-UBA), coordinado por el Prof. Dr. Sergio Sebastián Barocelli, escudero509@est.derecho.uba.ar.

**** Traductor Público (Eng-Spa) (UBA). Miembro del grupo de trabajo del Proyecto de Interés Institucional 2015 sobre el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (FD-UBA), coordinado por el Prof. Dr. Sergio Sebastián Barocelli, emiliano.estevarena@yahoo.com.ar.

***** Doctora en Derecho (UBA). Profesora adjunta en Contratos Civiles y Comerciales, cátedra Ameal-Garrido, lgarrido@derecho.uba.ar.

primeros pasos en el desarrollo de un método de enseñanza que equilibre conocimientos teóricos y prácticos en materia contractual, cuya necesidad surgió ante el déficit que hemos notado en los estudiantes a la hora de aplicar sus conocimientos teóricos. Esta obra es eminentemente dogmática, sin embargo, su foco no radica en la conceptualización de la teoría contractual sino en explicar el funcionamiento de estos elementos esenciales y su interrelación con los institutos de derecho civil aplicables en materia contractual. Con esto en mente, desarrollaremos sobre los elementos esenciales de los contratos (sujeto, objeto y causa), sus componentes y cómo aplican los institutos del derecho de los contratos a dichos elementos, y abordaremos cuestiones de actualidad como los contratos informáticos y el sobreendeudamiento.

Palabras clave: contratos, consentimiento, capacidad, oferta y aceptación, autonomía de la voluntad, objeto, licitud, causa fin, frustración del fin del contrato, fraude, contratos conexos, teoría de la imprevisión, interpretación, teoría de la equivalencia de las prestaciones, responsabilidad.

Abstract

As hinted in the title, this is an analysis of how the elements of a contract work in Argentina, where the Civil-Law legal system of construction of contracts is in force. These elements are agreement, subject matter and causa. For us, this article is an initial step in developing a hybrid teaching system that balances theory and practice, as a response to our noticing that many students have difficulties when applying theoretical knowledge. Being an initial step, this article is mainly theoretical. The difference with other theoretical articles in this topic, which are mainly focused on definitions, is that we dwell on how these elements work and how they relate with the different institutes of contract law. From that standpoint, we will explain the elements of contracts, its constituents, and how do institutes of contract law to these elements. We will also address current issues like e-contracts and over indebtedness.

Keywords: contracts, agreement, capacity, offer and acceptance, freedom of contract, subject matter, legality of subject matter, causa, frustration

of purpose, fraud, linked contracts, hardship, interpretation of contracts, adequacy of Contracts, liability.

Glosario de abreviaturas:

CN	Constitución de la Nación Argentina
Principios UNIDROIT	Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010
CCyCN	Código Civil y Comercial de la Nación (2014)
CCiv.	Código Civil [Ley 340 t.o.]
LDC	Ley de Defensa del Consumidor [Ley 24.240 t.o.]
LCyQ	Ley de Concursos y Quiebras [Ley 24.522]

Introducción

Como se ha indicado en el resumen/abstract, el propósito de este trabajo es analizar el funcionamiento de los elementos esenciales generales de los contratos. En nuestra experiencia docente, hemos encontrado que los estudiantes tienen dificultades a la hora de interrelacionar lo estudiado en materia de contratos y el funcionamiento global del derecho en este rubro. Esto nos motivó a crear un trabajo en el que se considere el aspecto funcional de los contratos por sobre el aspecto conceptual y la comparación y contrastación de opiniones doctrinarias, sin desmerecer la validez de estos últimos dos enfoques, los cuales están reducidos a un mínimo residual en esta obra.

Dado que no hemos encontrado en la doctrina un trabajo encarado de este modo, creemos firmemente que la originalidad de este trabajo está en su enfoque, ya que estos temas están en su mayoría ampliamente discutidos. Lo que en realidad nos proponemos es desarrollar un enfoque que nos permita enseñar contratos desde otro punto de vista para complementar las falencias que notamos en el método tradicional de enseñanza del derecho.

Ahora bien, en este trabajo también haremos referencia a algunas cuestiones actuales, a saber:

- El derecho de los contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación, a entrar en vigencia.

- Algunas particularidades de los contratos informáticos en el marco de los institutos tradicionales del derecho de los contratos.
- Los desafíos que presentan las nuevas tecnologías al esquema clásico de la oferta y aceptación y jurisdicción aplicable.
- La posibilidad de que la predisposición contractual derive en daño colectivo, en particular con relación al derecho a la privacidad en Internet.
- La ausencia de un régimen jurídico en el derecho argentino para combatir el fenómeno del sobreendeudamiento.

En cuanto a la estructura del trabajo, analizaremos los tres elementos esenciales de los contratos: consentimiento, objeto y causa fin. Esto lo haremos explicando cómo funciona cada elemento y relacionando cada elemento con los distintos institutos, previa provisión de una breve definición de cada elemento para poner al lector en tema, ya que nos proponemos escribir no solo para profesionales sino también para estudiantes de derecho.

Dentro del *consentimiento* (Capítulo I), nos centraremos en el análisis de la capacidad (Cap. I.A), la teoría de la oferta y de la aceptación (Cap. I.B), y la autonomía de la voluntad (Cap. I.C). En materia de *objeto* (Capítulo II), estudiaremos sus requisitos: posibilidad (Cap. II.A), determinación (Cap. II.B), patrimonialidad (Cap. II.C) y licitud (Cap. II.D). En cambio, en materia de *causa fin* (Capítulo III) en vez de analizar sus variantes (objetiva, subjetiva y función social del contrato), nos centraremos en analizar los institutos y fenómenos pertinentes a este elemento, como la frustración del fin del contrato (Cap. III.A), el fraude (Cap. III.B) y la conexidad contractual (Cap. III.C).

I. Consentimiento

Entendemos al consentimiento como aquél elemento esencial del contrato que consiste en la creación del acuerdo de voluntades, lo que incluye a las partes y la forma en la que estas crean un contrato.

Para analizar el consentimiento como elemento del contrato hay que tener en cuenta:

- La capacidad de las partes para celebrar contratos como presupuesto legal;
- las presunciones del derecho de cómo y cuándo las partes crean un contrato;

- la autonomía de la voluntad y la negociación contractual, en función de sus límites legales, impuestos por las normas de orden público y los límites económicos.

I.A - Capacidad - Evolución Histórica: la capacidad para contratar concierne el hecho de en qué condiciones el derecho considera que una persona puede celebrar válidamente un contrato. En este punto analizaremos, en primer lugar, el esquema de Vélez y su evolución, luego, el sistema vigente y, por último, los institutos oponibles.

I.A.1 Sistema de Vélez y su evolución

Vélez Sarsfield construyó un sistema de capacidad basado en tres ejes:

- La edad de la persona;
- la salud mental de la persona;
- el rol que ocupa esa persona.

Sin embargo, la capacidad no solo puede analizarse desde esos tres ejes, sino también en otras dos perspectivas. La primera, la más importante, es si el acto puede ser atacado por la vía de la lesión o la sanción de nulidad. La segunda, más cercana a los tres ejes propuestos por Vélez, es si esa persona está facultada a ejercer actos de administración y de disposición. Por cuestiones didácticas, desarrollaremos la evolución del concepto de capacidad partiendo desde el esquema de Vélez.

El primer eje de la capacidad es la edad. En el año 2009, se redujo la mayoría de edad a los 18 años (art. 126 CCiv.), lo que resultó en la derogación del sistema de emancipaciones.¹ La mayoría de edad otorga plena capacidad, por lo cual, el problema de la capacidad no radica en la mayoría de edad, sino en la minoría de edad.

La pregunta, entonces, es si son los menores capaces para contratar. La respuesta es sí y no. Los menores de edad han celebrado contratos desde su nacimiento, sea por sí mismos o a través de la representación legal de sus padres, curadores o tutores, y la gran mayoría de estos contratos siempre

1. Hubo un desfasaje entre las normas de mayoría de edad y la de emancipación por matrimonio, ya que para obtener la dispensa judicial se continuó exigiendo el requisito de ser mayor de dieciocho años.

han sido válidos. Basta con pensar en unas vacaciones, comprar en un almacén o en un quiosco, ir a clases particulares, ir al cine, o viajar en tren o en colectivo, todos estos representan una variedad de contratos: turismo, locación, servicios, compraventa, transporte.

Empero, los menores no tienen capacidad plena para contratar. El “orden público” ha considerado que los menores deben ser tutelados en cuanto a su capacidad de contratar. En este punto entran a jugar los institutos mencionados párrafos atrás. Pero, antes de desarrollar qué es lo que indica el derecho a este respecto analizaremos la siguiente categoría de personas objeto de incapacidad.

La salud mental de una persona es óbice para restringir la capacidad para contratar de ella. En este punto, el derecho crea dos categorías de incapaces: los declarados insanos en juicio (art. 140 CCiv.) y los inhabilitados (art. 152 bis CCiv.). A ambos se le asigna un curador, a los fines de suplir su incapacidad de contratar. Aun así, a la hora de contratar, estamos de vuelta con la misma incógnita: ¿por qué una persona incapaz como un menor, una persona que padece una patología mental o un inhabilitado pueden celebrar la gran mayoría de los contratos que celebran en su vida diaria de forma válida?

Esto se puede ver desde una perspectiva positivista al analizar la diferencia entre acto de administración y acto de disposición. Un acto de administración es aquel tendente a la circulación económica del patrimonio. Esto incluye un sinnúmero de operaciones económicas, las cuales el derecho considera más válidas que anulables si son celebradas por un incapaz. En cambio, un acto de disposición es aquel que altera sustancialmente el patrimonio (como una serie de enajenaciones de cosas inmuebles) o el estado jurídico de un bien (como la constitución de derechos reales). El acto de disposición hecho por un incapaz es considerado nulo (cfr. art. 141 CCiv. y cc.).

Asimismo, la problemática de la capacidad puede analizarse desde un punto de vista axiológico y jurídico. El derecho argentino ha considerado incapaz a aquel que no tiene las aptitudes suficientes para dirigir su persona y administrar su patrimonio. Esta definición genera un binomio dialéctico: o se es capaz, o se es incapaz.

Ahora bien, esta es una ficción jurídica construida desde una perspectiva patrimonialista. Los incapaces son objeto de derecho desde el punto de vista del CCiv. porque no pueden administrar su patrimonio y merecen especial protección para evitar que se generen situaciones dañosas para con

ellos y a terceros. Este enfoque suele resultar en el desplazamiento del incapaz como sujeto de derecho a través de un curador, lo que degrada los derechos de los incapaces.

En la actualidad, el marco axiológico y jurídico es distinto. A partir de la promulgación de leyes especiales con derechos de segunda y tercera generación, y en especial de la reforma de la CN de 1994 que incorpora un plexo de derechos constitucionales vía el artículo 75 inciso 22 (incorporación de tratados internacionales), se cambia el marco de protección objetivo-patrimonialista para empezar a considerar al incapaz como un sujeto de derecho que necesita asistencia en la realización de su persona. Se deja atrás la ficción de “capaz-incapaz”, para albergar un esquema de capacidad gradual.

Un ejemplo de esto último puede evidenciarse, por ejemplo, en el artículo 152 ter del CCiv., introducido por la Ley 26.657 de salud mental, el cual prescribe que toda declaración de inhabilitación o de incapacidad debe fundarse en evaluaciones interdisciplinarias, tiene un plazo máximo de tres años y debe especificar para qué actos el inhábil o insano no tiene capacidad procurándose la menor afectación a la autonomía personal de este.

Queda entonces, indicar la tercera categoría de sujetos incapaces. Hasta ahora, se discutió la incapacidad de ejercicio. La tercera categoría de incapacidad, la “incapacidad de derecho” (art. 1160 CCiv. y cc.), consiste en una serie de prohibiciones de contratar impuestas por el orden público y expresamente numeradas en el CCiv. La mayoría de ellas tiene que ver con el rol que cumple la persona y la moralidad del acto: por ejemplo, comprarse y venderse cosas entre cónyuges supone un desacato a las reglas de la sociedad conyugal y al sistema ganancial de bienes del matrimonio del CCiv.

I.A.2. Sistema actual

El sistema de capacidad del CCyCN distingue entre las categorías de capacidad de derecho (art. 22), que es limitable solo respecto de algunos actos jurídicos, y la capacidad de ejercicio (art. 23), la cual recae sobre personas por nacer, personas que no cuentan con la edad y madurez para ejercer sus derechos y las personas declaradas incapaces en juicio, en la extensión determinada por la sentencia (art. 24).

De conformidad con los fundamentos del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, para la comisión redactora del anteproyecto era necesaria una adecuación del derecho positivo a la Convención Internacional

de los Derechos del Niño y a la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad.² Todo ello, hace que el CCyCN aborde la cuestión de la capacidad con una mayor flexibilidad. En este sentido, la comisión que se encargó de redactar el anteproyecto estimó conveniente la adopción de la noción de la autonomía progresiva y de conceptos jurídicos indeterminados como la “madurez” del menor, así como imponer a los jueces la obligación de oír al menor cada vez que se encuentre involucrado en un proceso.

El artículo 26 del CCyCN regula el ejercicio de los derechos por parte de los menores (personas que tienen menos de 18 años de edad) y los adolescentes (quienes tienen entre 13 y 18 años de edad). En principio, los menores ejercen sus derechos a través de sus representantes o a través de un asistente letrado ante un conflicto de intereses entre el menor y sus representantes. Pero, el menor que cuenta con la edad y madurez suficiente puede ejercer los actos jurídicos que el ordenamiento jurídico le permite, como tomar decisiones acerca de sus tratamientos médicos o ejercer su profesión habiendo obtenido título habilitante. Asimismo, se permite la emancipación del menor que contrae matrimonio (art. 27 CCyCN).

En materia de personas afectadas por la salud mental, el CCyCN adopta el paradigma impuesto por la ley 26.657 de salud mental. La comisión consideró que el nuevo código debería hacer referencia solo a las cuestiones generales de la capacidad en esta materia y dejar el resto de las cuestiones reguladas de forma especial. Este sistema de normas también es aplicable con respecto de quien puede ser inhabilitado judicialmente por dirigir su persona con prodigalidad (art. 48 CCyCN).

El artículo 31 del CCyCN enumera los principios por los que deben velarse al momento de restringir la capacidad de las personas. En este nuevo sistema, las restricciones al ejercicio de la capacidad son excepcionales y en beneficio de la persona. Asimismo, se impone una obligación de información a favor de las personas cuya capacidad se ve o se puede llegar a ver restringida, y, sobre todo, se hace un especial énfasis en el tratamiento interdisciplinario de las personas que padecen patologías mentales.

2. De todos modos, tal como lo aclaramos en este párrafo y en el párrafo de autonomía de la voluntad, las normas constitucionales son plenamente operativas, forman parte del derecho positivo y prevalecen por sobre las normas de derecho privado común. Por ello, lo necesario era adecuar las normas de derecho privado común a las nuevas normas de fuente constitucional vigentes e incorporadas vía la reforma de la CN en el año 1994.

En este sentido, la declaración de incapacidad y la designación de un curador por el juez es un último recurso (art. 32 CCyCN). Asimismo, como medida alternativa se admite la imposición de sistemas de apoyo judiciales y extrajudiciales para facilitarle a quien lo necesite la toma de decisiones, dirección de su persona, administración del patrimonio y manifestación de la voluntad en el ejercicio de sus derechos.

En cuanto a la validez de los actos, cabe destacar que, una vez dictada la sentencia que restringe la capacidad de una persona e inscrita en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, todo acto que contraríe a dicha sentencia será nulo (art. 44 CCyCN). En cambio, si el acto que se pretende declarar nulo es anterior a la sentencia que restringe la capacidad de una persona, dicha pretensión será viable si: a) la enfermedad mental era ostensible al momento de celebrarse el acto, b) hubo mala fe de la contraparte, o c) el acto fue a título gratuito.

I.A.3. Institutos oponibles

Ahora queda ver qué puede pasar si se celebra un contrato con una persona incapaz. Según el tipo de incapacidad, el contrato será nulo de pleno derecho o anulable. Será nulo si la incapacidad es de derecho o si la complejidad del negocio jurídico excede la capacidad del menor, inhabilitado o de la persona que padece una patología mental. En cambio, será anulable todo contrato en el que la capacidad gradual del menor, inhabilitado o de la persona que padece una patología mental recaiga en una “zona gris”, esto es, si hay dudas acerca de la aptitud del incapaz para comprender y ejecutar esa operación. De todas formas, la nulidad es una sanción que se impone en sede judicial, por lo que, la gran mayoría de estos contratos serán válidos hasta tanto la sanción de nulidad sea impuesta.

En sentido contrario, un incapaz puede hacer valer un contrato que recae dentro de la “zona gris” de su capacidad gradual e incluso ajustarlo de forma equitativa si fuera necesario. El instituto de la lesión provee este mecanismo, dado que el incapaz por su estado configura uno de los tres presupuestos de la lesión: la impericia o la inexperiencia. Esta protección está ligada al discernimiento como presupuesto de validez de un acto jurídico. Entonces, habiéndose celebrado un contrato con prestaciones desproporcionadas y habiendo un aprovechamiento de la contraparte, si el incapaz en

su carácter de imperito o inexperto opta por la validez del contrato, podrá ampararse en el instituto de la lesión.

I.B. Oferta y aceptación: en este punto, relacionaremos la teoría de la oferta y de la aceptación local e internacional, como también desarrollaremos la incidencia del derecho del consumidor en esta materia. Finalmente, concluiremos indicando la pertinencia de la responsabilidad precontractual en esta materia.

I.B.1. Teoría de la oferta y de la aceptación a nivel local

La teoría de la oferta y la aceptación vigente en el derecho argentino indica que el consentimiento se manifiesta a través de una oferta recepticia (dirigida a persona o personas determinadas o determinables) y completa (es decir, debe tener todos los antecedentes constitutivos del contrato que se pretende celebrar) según el art. 972 del CCyCN, sobre un contrato, por una parte, y una aceptación de dicha oferta por el todo,³ por la otra parte. En este esquema la aceptación parcial de una oferta constituiría una cadena de contraofertas hasta llegar a una aceptación total y final (art. 978 del CCyCN). Por excepción, el derecho puede imponer como requisito adicional para el perfeccionamiento la tradición o la entrega de una cosa, según corresponda.

La oferta y la aceptación puede darse entre presentes, en donde se requiere la inmediatez de la aceptación para que el contrato se encuentre formado (arts. 974 y 980 a) del CCyCN), o entre ausentes. En el caso de aceptación entre ausentes, el CCyCN en su art. 980 b) establece que el contrato entre ausentes se perfecciona con la *recepción* de la aceptación por parte del oferente durante el plazo de vigencia de su oferta. Este plazo de vigencia responde a lo establecido por el tercer y cuarto párrafo del art. 974 del CCyCN, a saber: cuando no sea fijado un plazo para la vigencia (o caducidad) de la oferta, el oferente se encuentra obligado hasta el momento en que puede razonablemente esperarse la recepción de la respuesta, expedida por los medios usuales de comunicación, a su vez, los plazos de vigencia de la oferta comienzan a correr desde la fecha de su recepción, excepto que se haya previsto algo diferente.

3. Lo que se conoce como principio de congruencia o *mirror image rule*.

Nuestro derecho positivo contiene una serie de excepciones a la concreción del contrato entre ausentes al momento de la *recepción* de la aceptación. La aceptación podrá ser retractada antes de que llegue a conocimiento del oferente o conjuntamente con la aceptación (art. 981 del CCyCN), y caducará en caso de fallecimiento o incapacidad de alguna de las partes antes de la recepción de la aceptación (art. 976 CCyCN).

Si bien un porcentaje importante de los avances tecnológicos no cuenta con una regulación específica en nuestro ordenamiento, suele ser bastante simple la transposición de normas generales a este ámbito. Así, por ejemplo, una compraventa realizada por medios informáticos estará sujeta mayormente a la regulación clásica de este contrato que establece el CCyCN.

En este orden de ideas, en la temática de la formación del consentimiento en los contratos, utilizaremos el esquema de contratos entre presentes y ausentes en la contratación a través de medios electrónicos según estemos frente a contratos *online* u *offline*, esto no porque los contratantes cuenten o no con una conexión a internet al momento de la formación del contrato, sino con respecto a si están utilizando esa conexión a internet (o a una red compartida) para la formación del negocio (contrato), lo que permitiría una interacción y respuesta inmediata, y por lo tanto la formación de un contrato entre presentes. Por lo tanto, serían contratos entre presentes aquellos realizados a través de llamadas (sean a través de un teléfono convencional o internet), y más aún los realizados a través de *videoconferencia*, e incluso los realizados a través de mensajes de texto o programas de mensajería instantánea como *WhatsApp* o de redes sociales, todos estos últimos siempre que medie esta inmediatez o respuestas “en directo”.

I.B.2. Teoría de la oferta y de la aceptación a nivel internacional

Dicho lo precedente y dadas las nuevas tecnologías en materia de comunicación, debe extenderse la distinción entre presentes y ausentes elaborada por nuestro CCiv. no solo a la perspectiva temporal, sino también a la espacial. En el marco decimonónico en que se redactó el CCiv. no se pensó en medios que permitiesen que, a la distancia pero en el mismo momento temporal, dos partes puedan negociar de manera directa y con respuestas inmediatas.

Esto genera el problema de encuadrar los contratos celebrados en tiempo real, con inmediatez (y por lo tanto, temporalmente entre presentes),

pero ubicados físicamente en distintas jurisdicciones (o *foros*). En estos casos, con respecto al momento de la celebración del contrato estaremos efectivamente ante un contrato entre presentes, pero se considerará como celebrado entre ausentes con respecto a dónde se formó el consentimiento, lo que influye en la forma del contrato, que en principio será juzgada por las leyes que sean más favorables a la validez del contrato y sus efectos, dado que las disposiciones del CCyCN en esta materia siguen en su mayoría la teoría clásica del CCiv. y no prevén esta contingencia explícitamente.

En cambio, el CCyCN regula la aplicación de normas de derecho privado internacional de forma genérica. Los artículos 2594 y 2598 indican que prima la aplicación de tratados internacionales. En materia de oferta y aceptación son aplicables los artículos 36 a 42 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940.

De todos modos, en materia de contratación internacional siempre es útil prevenir el riesgo de que ocurra una disputa judicial y acordar de antemano cuál será el Estado del foro, esto es, en qué jurisdicción se resolverá la disputa. Acordar esto por ejercicio de la autonomía de la voluntad es posible, en tanto y en cuanto no se vulnere una disposición de orden público o se busque defraudar a la ley (art. 2598 y 2600 CCyCN), como puede ser las disposiciones en materia de jurisdicción indicadas en la LDC (ver art. 37).

En este sentido, una regla útil para definir el Estado del foro es la regla 2 de las reglas del proceso civil transnacional, redactadas por UNIDROIT. La regla aconseja fijar la jurisdicción en el domicilio de una de las partes o el lugar en donde se hallen los bienes litigiosos (en especial si son inmuebles o intangibles).

Asimismo, UNIDROIT indica que estas reglas pueden aplicarse a un proceso arbitral, si las partes prefieren un método alternativo de resolución de conflictos. También prevé la división de acciones colectivas en caso de que las reglas de UNIDROIT no sean aplicables a la totalidad del caso. Aun así, las reglas aconsejan utilizar las reglas procesales del Estado del foro en caso de acciones colectivas.

En resumen, las reglas UNIDROIT están diseñadas para resolver litigios en materia de contratos comerciales internacionales, ya que aquellas cuestiones de orden público encuentran una resolución más eficiente y justa dentro de la jurisdicción en la que una determinada norma o conjunto de normas son de orden público. Debe entenderse, asimismo, que el concepto de litigio en el *common law*, de transacción o evento, es más amplio que la

concepción del litigio en el derecho continental, que se limita a la pretensión de un demandante.

En materia de derecho aplicable, el juez puede aplicar derecho extranjero o armonizarlo con el derecho local (art. 2595 CCyCN), siempre y cuando el derecho extranjero tenga una conexión relevante con la causa (art. 2597 CCyCN), el derecho extranjero no haga un reenvío al derecho argentino (art. 2596 CCyCN), no se busque defraudar a la ley o no se vulnere una ley de orden público.

I.B.3. Incidencia del derecho del consumidor

Los contratos de consumo presentan una serie de reglas particulares que operan durante el periodo de las negociaciones. Así el artículo 7º de la LDC obliga al que haga oferta a consumidores potenciales indeterminados a respetar en el contrato las condiciones de contratación ofrecidas, durante el tiempo contenido en el soporte en que se plasme esta oferta y en los términos que consten allí, y solo se considerará revocada cuando esta revocación se haga pública por medios similares a los empleados para hacerla conocer. En igual sentido, el artículo 8º de la LDC establece la obligatoriedad de la publicidad para el oferente.

Por otro lado, en el marco del derecho del consumidor la oferta tendrá un efecto vinculante mucho mayor que en el derecho clásico, en donde al no estarse todavía frente a un contrato se deberá reclamar por los daños precontractuales ocasionados. Conforme con el artículo 10 bis, ante el incumplimiento de la oferta por parte del proveedor, el consumidor podrá además de reclamar los daños y perjuicios ocasionados, exigir el cumplimiento forzado de la oferta o aceptar otro producto o servicio equivalente.

Además de lo mencionado en los párrafos anteriores, la LDC contiene un instituto particular en sus artículos 32 a 34, el derecho de arrepentimiento, mal llamado “revocación de la aceptación”. Este derecho significa la potestad de extinguir dentro de determinado plazo un contrato, que debe ser instrumentado por escrito y con ciertas precisiones, que la ley le confiere al consumidor al darse una serie de situaciones fácticas en las que se ve expuesto a una especial vulnerabilidad.

Así, si bien el contrato (clásico) es ley para las partes, y la aceptación es irrevocable en contratos entre presentes, y solo puede ser retractada o caduca excepcionalmente, aquí, en el marco de los artículos mencionados, la

aceptación podrá ser “revocada” ya operando el contrato. Por supuesto que en el orden de ideas que venimos desarrollando en esta sección, incluso si se trata de un contrato entre ausentes (de ser entre presentes la formación del contrato sería instantánea), enviada la aceptación al oferente, queda perfeccionado el contrato, por lo que la voluntad revocatoria del consumidor siempre se dirige a un negocio ya configurado y no a su mera aceptación. Lo que en realidad se deja sin efecto (*extingue*) cuando se ejerce el derecho de arrepentimiento es el contrato propiamente dicho.

Asimismo, dentro del Título III del CCyCN, que trata los contratos de consumo, en el Capítulo 3, denominado “Modalidades Especiales”, se encuentra la temática de las contrataciones fuera de los establecimientos y del derecho de arrepentimiento. Aquí, se pretende dar mayor definición a las limitadas pautas que establece la LDC en esta materia, sin afectar drásticamente el panorama, y pudiéndose dejar de lado estas nuevas previsiones cuando en un caso concreto su aplicación resulte más gravosa para el consumidor, en atención a que el CCyCN no ha sustituido expresamente los artículos pertinentes de la LDC.

Por lo tanto, los artículos introducidos en materia de contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y derecho de arrepentimiento solo se aplicarán cuando favorezcan a la situación del consumidor con respecto al esquema de la LDC. Y es que además así lo establece expresamente el CCyCN en su artículo 1094, in fine: “En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor”.

I.B.4. Responsabilidad precontractual

En materia de oferta, contraoferta y aceptación, el análisis de la formación del consentimiento se puede realizar desde dos puntos de vista: *contenido* y *temporalidad*. En cuanto al contenido de la oferta o de una contraoferta, lo importante es de qué manera ejercen las partes la autonomía de la voluntad, tema que se desarrollará en el párrafo siguiente. En cuanto a la temporalidad, lo importante es entender cuándo el derecho considera que ha comenzado la etapa precontractual y cuándo se efectiviza el consentimiento, lo que generalmente se da con la aceptación de la oferta.

La teoría de la oferta y de la aceptación implica que la formación del consentimiento se desarrolla en un período de tiempo, esto es, la etapa de

las llamadas tratativas o negociaciones previas, que incluso anteceden a la oferta. Durante este tiempo, las partes realizan tratativas precontractuales (porque preceden a la oferta y, por ende, al contrato) y se involucran en actividades tendientes a la formación de un contrato.

La etapa precontractual de los contratos informáticos (aquellos procesos negociales que tienen por objeto la prestación de bienes y servicios vinculados a la información automatizada) es particularmente importante para que el futuro contrato resulte satisfactorio para las partes, especialmente cuando se trata de contratos de mediana o gran envergadura. Aquí es conveniente moderar la práctica generalizada de redactar cláusulas utilizando el vocabulario construido sobre la base de neologismos y plagado de novedades que caracteriza al ámbito tecnológico-informático, para respetar apropiadamente el deber de información para con el usuario que exige el principio de buena fe. Es así que en la medida que esta información y consejo por parte del proveedor sean prestados de manera clara y entendible para el usuario, corresponderá a este último hacer una descripción correcta y detallada de sus necesidades, que se suelen plasmar en un *cuadro de necesidades*.

En cualquier relación precontractual, y especialmente en aquella relativa a la contratación informática, es muy conveniente la correcta documentación de todos los elementos que componen el intercambio negocial-contractual, para que quede un registro de este intercambio que pueda servir a un mejor entendimiento del contrato por las partes o el juez en caso de controversias. Así, en grandes contratos lo aconsejable es que las partes fijen reglas sobre qué se va a documentar y de qué manera (o en qué formato) durante la etapa precontractual.

La importancia de tener presente el período precontractual no es menor en tanto aquí puede surgir la obligación de reparar los daños ocasionados por los actos que vulneren el principio de buena fe (entendida como lealtad, confianza, y expectativas de una de las partes) cuando la celebración del contrato se vea frustrada, o cuando, a pesar de no impedir la celebración, estos actos de todas formas causan daños a la contraparte. En otras palabras, no solo las partes negocian las cláusulas y condiciones de un contrato, sino que también hacen actos preparativos con miras a ejecutar el contrato que está por ser celebrado y, si en este período se transgrede el principio de buena fe, entonces corresponderá la reparación.

En cambio, el derecho argentino indica que recién habrá contrato cuando un acto jurídico bilateral de contenido patrimonial con causa en un negocio jurídico reúne tres elementos: consentimiento, objeto y causa fin.

El hecho de saber cuándo hay contrato permite determinar la esfera y los supuestos de responsabilidad así como los remedios legales que corresponden ante un hecho dañoso. No es lo mismo la responsabilidad contractual que la responsabilidad precontractual. Por ejemplo, si no hay contrato, no hay obligaciones, por lo que no se puede solicitar la ejecución forzada de un contrato, salvo contadas excepciones, pero sí se puede accionar para lograr la reposición en términos patrimoniales de la situación que existiría de no haberse embarcado las partes en la negociación.

I.C. Autonomía de la voluntad: Este apartado busca echar luz al contexto actual que rodea el fenómeno de la autonomía de la voluntad en los contratos haciendo foco principalmente en tres aristas. Primero, aquella distorsión progresiva de la concepción de autonomía de la voluntad (o la manera en que esta se ha ido desdibujando) desde su inclusión como principio rector en la creación de los contratos en el Código Civil decimonónico. En segundo lugar, la diferencia entre los contratos llamados “paritarios”, que más se acercan al paradigma contractual del siglo XIX, y los “predispuestos”, que materializan y acentúan aquellas diferencias en el poder negocial y capacidades técnicas de las partes. Por último se abordarán una serie de temas que también rodean al fenómeno del consentimiento en los contratos y permiten entenderlo, como la buena fe y la cooperación entre las partes que deriva de ella, el riesgo, y algunas nociones adicionales sobre el ya mencionado período precontractual.

I.C.1. Bases constitucionales del derecho contractual

Uno de los principales aspectos prácticos a considerar en relación a la autonomía de la voluntad es que no puede limitarse al esquema del CCiv. (en donde sin mayores limitaciones se libra a las partes para que acuerden lo que les plazca). En este sentido, nuestro paradigma de Estado constitucional de derecho (que nuestro máximo tribunal ha ido –y sigue– construyendo pretorianamente) significa que la Constitución de la Nación Argentina tiene fuerza normativa vinculante e irradia sus contenidos sustanciales al resto de nuestro ordenamiento, así como a todas las relaciones verticales (entre las

personas y el Estado) y horizontales (entre las personas entre sí). Por lo que consecuentemente no se puede pensar a la autonomía de la voluntad como abstraída del resto del sistema, sino que debe ajustarse a lo que exige el paradigma descrito, que nulifica todo vínculo que lo vulnere. Esto así también para aquellas relaciones nacidas bajo las normas del Nuevo CCyCN, que aun habiendo sido ideado y presentado como una constitucionalización y adecuación del derecho civil a la jurisprudencia y doctrina imperante, no se encuentra exento de transgredir este paradigma en casos concretos.

Un claro ejemplo de los efectos invalidatorios que tiene nuestro paradigma de Estado constitucional de derecho sobre aquellas relaciones que lo transgreden es el caso “Hertzriken Luciano y otro c/ Sanfuentes Fernández”.⁴ Allí, una pareja judía que se vio imposibilitada de alquilar un departamento inició una demanda por daños y perjuicios contra la propietaria del inmueble, que se rehusó a tener inquilinos de determinada creencia religiosa u origen racial. El tribunal resolvió favorablemente para la pareja, utilizando como uno de sus fundamentos el paradigma constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos imperante que, como señaló el tribunal, orquesta parámetros jurídicos obligatorios para nuestro país. También en esta sentencia se dijo que “la intimidad del ámbito donde se expresaron las ideas no puede servir de válido eximente para dejar inmune una violación a la CN, ni tampoco para tomar decisiones arbitrarias”.

Al ser el contrato principalmente un instrumento de cambio, aunque en nuestro sistema jurídico se puede instrumentar también una liberalidad, la autonomía de la voluntad, que encuentra su sustento constitucional en el juego armónico de los artículos 14, 19, 28 y 33 de la CN, se erige como un pilar del sistema capitalista en tanto y en cuanto permite la realización del derecho a comerciar libremente y a obtener réditos de la explotación de la propiedad privada, con arreglo a los límites que se imponen a través del orden público, es decir, aquellas cuestiones que nuestro derecho positivo remueve de la esfera de negociación de las partes. Esta injerencia del orden público sobre las facultades decisorias de las partes en la modernidad tiende a un “orden público protectorio”, que resguarda a la parte más débil o vulnerable de determinada relación jurídica. Es así que si bien el contrato reúne

4. CNCIV - Sala J - sentencia del 30/10/2006, *Hertzriken, Luciano y otro c/ Sanfuentes Fernández, Magdalena s/ daños y perjuicios* - ED 220-266.

las características mencionadas al principio de este párrafo, además tiene una dimensión o fin adicional: la realización del progreso no solo económico, sino también ético y social de las comunidades.

En principio, siempre que se respete las normas constitucionales, las partes pueden efectuar operaciones económicas instrumentadas en contratos y contar con la protección del derecho, en especial de los institutos protectorios en materia contractual. En otras palabras, si bien hay libertad de contratar, ese derecho no es absoluto. Esto entra en evidencia, como analizaremos a continuación, cuando el Estado se ve obligado a intervenir en las políticas económicas y jurídicas para garantizar el bienestar de los ciudadanos.

El Estado argentino en sus tres poderes (o mejor dicho funciones) tiene políticas criminales, sociales, económicas, ambientales, de seguridad y de salud, entre tantas otras. Estas políticas se manifiestan a través de regulación administrativa, legislación y jurisprudencia, y se efectivizan a través del ejercicio de las facultades estatales por parte de los tres poderes. Si bien puede ser que los tres poderes no estén en consonancia, comparten un mismo objetivo: velar por la protección del orden público y el bien común para garantizar la vida en sociedad.

En este sentido, por ejemplo, se sanciona con nulidad y se penaliza todo contrato que tenga por objeto o fin cometer un delito penal. Así también, en épocas de crisis sociales y económicas, se ha restringido la autonomía de la voluntad de los locadores habiendo crisis habitacional (“Ercolano”), como también se ha impuesto la pesificación de montos en dólares estadounidenses y la prohibición de actualizar precios a través de índices habiendo el Estado entrado en estado de cesación de pagos (art. 4 Ley 25.561). Con los mismos fundamentos, el Estado también regula la competencia en los distintos mercados de forma general y particular (piénsese en el mercado de servicios de comunicación audiovisual, por ejemplo). Todos estos ejemplos suponen algún tipo de intervención por parte del Estado en la celebración de distintos contratos.

I.C.2. Negociación y predisposición contractual

No obstante, el meollo de la autonomía de la voluntad está en cómo se lleva a cabo la negociación de las cláusulas y condiciones de contratación en las distintas operaciones económicas que se instrumentan a través de

un contrato, y cómo reacciona el derecho frente a este hecho en términos reales. Entonces, lo importante es lo que ocurre durante las tratativas pre-contractuales.

De la capacidad de negociación depende en gran parte la posibilidad de una o de ambas partes de obtener y maximizar réditos en una determinada operación económica. Es decir, quien negocia mejor, obtiene mejores beneficios. En este orden de ideas, si bien todos son libres para contratar, no todas las personas son iguales, por lo que se puede afirmar que entre las partes, por lo general, existen “desigualdades negociales”.

No todas las personas negocian de la misma forma. Los límites a los que las partes están sujetos a la hora de negociar pueden resumirse en dos: los recursos (económicos o técnicos) que estas poseen y la naturaleza de la operación económica. Si por alguna de estas dos aristas una parte tiene más ventajas por sobre la otra, lo más probable es que la parte que posea la ventaja aproveche esa situación para imponer condiciones de contratación más ventajosas a su favor. Esto en sí, no es ilícito, pero cuando esta ventaja se ejerce al extremo de poner en detrimento los derechos de la contraparte, el derecho se ve obligado a dar una respuesta.

Dicha respuesta yace principalmente en una de las reglas más básicas del derecho argentino en materia contractual: la teoría de la equivalencia de las prestaciones. Para que un contrato sea lícito y válido conforme con el derecho argentino debe haber un equilibrio entre los derechos y obligaciones de cada una de las partes. En caso contrario, se presumirá que hubo un vicio en el consentimiento, y como principal remedio se otorgará el reajuste equitativo de las prestaciones. Esta es la lógica de institutos como la lesión y las cláusulas abusivas.

Ahora bien, la realidad que queremos exponer es compleja. Como bien se dijo los límites de la capacidad de la negociación tienen que ver con los recursos con los que cuentan las partes y la naturaleza de las actividades económicas. Nuestro sistema económico prima a quien genera valor agregado, es decir, riquezas, y le otorga mayores posibilidades de obtener recursos, que de ser invertidos adecuadamente pueden generar aún más riquezas. La acumulación de riquezas, por un lado, es una arista importante.

Por el otro, también son importantes las necesidades de las personas y, sobre todo, teniendo en cuenta la magnitud de la población mundial, es igual de importante el modo en que estas necesidades son satisfechas. Hoy en día, los bienes y servicios se producen, prestan y comercializan en masa y

en serie. Esto genera un escenario paradójico: por una parte, las empresas, quienes se encargan de satisfacer estas necesidades, ven necesario contratar en masa y de forma uniforme para poder llevar a cabo su actividad de manera normal y, por la otra, tienen una ventaja económica –debido a su rol de generadores de riqueza– que les permite imponer las condiciones de contratación. Este fenómeno se conoce en el derecho como predisposición contractual.

Es importante remarcar que la predisposición implica además de la ventaja económica del predisponente, muchas veces una ventaja técnica también. Así, por ejemplo en el marco de los contratos informáticos es prevalente el desequilibrio técnico entre proveedor y contratante o usuario, y no así necesariamente el desequilibrio económico (el Estado es uno de los principales adquirentes de servicios informáticos).

En muchas ocasiones, es el mismo Estado que por razones de orden público impone las condiciones de contratación. Un ejemplo de esto es el Derecho del Transporte, cuyas condiciones generales de contratación están plasmadas en leyes, decretos y resoluciones de los distintos Ministerios (por ejemplo, la resolución 1532/98), a pesar de ser una actividad netamente comercial. En otras tantas, en pos de garantizar el bienestar general de sus ciudadanos, el Estado se ve obligado a tomar medidas para garantizar la protección de aquellas personas que se ven vulneradas y marginalizadas por el aprovechamiento abusivo del poder de predisposición de las empresas, siendo los dos casos más paradigmáticos el Derecho de la Competencia y el Derecho del Consumidor.

A todo esto, se suma otro caso incluso más paradigmático, en el cual el Estado por razones de orden público impone la obligación de contratar, como es el caso de la contratación seguros de responsabilidad civil ante la obtención de la titularidad de un automóvil.

Un riesgo inherente al fenómeno de la predisposición contractual es que al redactarse este contrato en serie y estipular lo mismo para un amplio número de personas, una modificación en las cláusulas y condiciones de contratación puede generar un daño a un grupo indeterminado de contratantes que, por lo general, son consumidores. En otras palabras, debido al volumen de operaciones celebradas por una determinada persona a través de la predisposición contractual, esta persona puede llegar a generar un daño colectivo.

Esto es lo que ha ocurrido en el caso IN RE: Gmail Litigation,⁵ iniciado ante el Tribunal Federal de Primera Instancia para el Distrito Norte de California. Una modificación de las condiciones del servicio de Gmail, entre otros servicios de la compañía Google, le permitió a la empresa valerse de la “lectura” automatizada de correos electrónicos enviados desde una cuenta de Gmail o recibidos por ella, para vender información con fines de colocar publicidad localizada.

Ahora bien, esta acción de clase consolidada fue desestimada⁶ por el Tribunal en tanto y en cuanto en la demanda colectiva se alegó que los miembros de las distintas clases demandantes no habían prestado su consentimiento a dichas modificaciones en las condiciones del servicio de Gmail. En la resolución que desestimó la causa, el Tribunal aclaró que para que una acción colectiva o una acción de clase prosperen se debe aducir y probar un hecho y un daño colectivo. En este sentido, probar que cada demandado no ha prestado su consentimiento a las modificaciones de las condiciones del servicio de Gmail sería imposible y hartamente costoso en una acción de clase. De todos modos, más allá del fracaso de la acción, el conocimiento público de la causa llevó a que Google revisara sus programas de forma tal que no se afecte la privacidad de sus usuarios.

En Argentina, el daño colectivo está reconocido en el artículo 1737 del CCyCN, en tanto y en cuanto los artículos 14 y 240 del CCyCN reconocen los derechos de incidencia colectiva, y prohíbe todo ejercicio abusivo de los derechos individuales que afecten al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general. La legitimación activa (art. 43 CN) en materia de acciones colectivas corresponde al Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado.

5. United States District Court Northern District of California San Jose Division, In re Google Inc. Gmail Litigation, “Consolidated First Amended Class Action Complaint”, California, EE.UU., 07/03/2013, consultado el 30/09/2013 en: <http://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1341&context=historical>

6. United States District Court Northern District of California San Jose Division, In re Google Inc. Gmail Litigation, “Order Denying Plaintiffs’ Motion For Class Certification”, California, EE.UU. 18/03/2014, consultado el 10/04/2015 en: https://privacyassociation.org/media/pdf/publications/Order_denying_Class_gmail.pdf

Los fundamentos del proyecto motivan la inclusión de estas provisiones en el precedente Halabi.⁷ En el fallo CSJN indicó en materia de acciones colectivas, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando este pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Asimismo, los fundamentos del proyecto indican que a través de la acción colectiva y el daño colectivo también se protegen los derechos individuales homogéneos, esto es, casos en los que una causa común afecta a una pluralidad de derechos.

I.C.3. Ejercicio positivo de la autonomía de la voluntad

De todas formas, no todo es límite en materia de la autonomía de la voluntad. También hay bases objetivas para el ejercicio positivo y razonable de la autonomía de la voluntad, como lo es el principio de buena fe. El ejercicio de la autonomía de la voluntad no solo es importante por motivos de intercambio, sino también por otros motivos que exceden el mero intercambio: en primer lugar, el contrato puede construirse como un instrumento de previsión de riesgo, en segundo lugar, el contrato también puede construirse como un instrumento de coordinación de esfuerzos conjuntos.

El contrato como instrumento de coordinación y de previsión de riesgos, junto con el ejercicio de la buena fe en la contratación, se efectiviza a través del ejercicio de los deberes de colaboración e información durante la etapa precontractual. Al saber que toda operación económica tiene un riesgo inherente, es útil para las partes contar con toda la información posible a la hora de negociar a los fines de disminuir el riesgo y, de no ser posible, distribuirlo conforme con bases equitativas y razonables entre las partes. Asimismo, las partes deben colaborar entre sí durante la etapa precontractual: no solo deben actuar conforme con el estándar de la buena fe, sino que tienen que hacer todos los actos preparatorios necesarios como para que la ejecución del contrato sea lo más perfecta posible. El cumplimiento de estos dos deberes hace que la negociación sea óptima y, en consecuencia,

7. CSJN “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986” 24/02/2009, consultado el 05/06/2015 en: <http://www.iprofesional.com/notas/78867-Fallo-Halabi-Ernesto-c-PEN---ley-25873---dto-156304-s-amparo-ley-16986>

se genere entre las partes la posibilidad de obtener mayores beneficios en la ejecución de un contrato.

Como ejemplos claros de esto se puede citar: los contratos de colaboración empresaria, el transporte de mercaderías, en especial cuando la mercadería es peligrosa, el fideicomiso con fines de inversión, el mandato irrevocable fundado en un interés conjunto de mandante y mandatario, y los contratos de prestación de servicios de salud, en especial a nivel profesional.

En este sentido, debe notarse, a modo de conclusión, que la autonomía de la voluntad no es una mera formalidad jurídica limitada por el orden público en tanto y en cuanto: 1) la autonomía de la voluntad es esencial para la realización de las actividades de intercambio sobre las cuales está sostenido el sistema económico capitalista, y 2) la autonomía de la voluntad supone un esfuerzo de las partes, conforme con el principio de la buena fe, para lograr una negociación óptima que genere beneficios para ambas partes.

II. Objeto: En términos prácticos, el objeto de un contrato está conformado por la operación económica de un contrato, a la cual el derecho le inviste los caracteres de acto jurídico, obligaciones, prestación e interés, que, mediando consentimiento válido entre las partes y no habiendo ningún límite de naturaleza legal, obliga legalmente a ambas partes al cumplimiento de esa operación económica.

En el derecho, el contrato es un acto jurídico (bilateral y patrimonial) conformado por obligaciones, las que a su vez están conformadas por prestaciones, que según el derecho pueden consistir en dar un bien, hacer algo o no hacerlo, pero que en la práctica contractual consisten en la ejecución de una operación económica. A los fines de este trabajo, operación económica hará referencia al intercambio de bienes y servicios, y a las liberalidades de una parte hacia la otra.

Asimismo, el derecho (art. 1003 CCyCN y cc.) determina los requisitos que el objeto de un contrato debe reunir para ser legalmente válido. Estos son: posibilidad, determinación, patrimonialidad, y licitud. Analizaremos cada uno de ellos pormenorizadamente.

II.A. Posibilidad: Este requisito en su faz negativa implica que una operación jurídica o económica imposible de ejecutar no puede ser objeto de un contrato. Esta construcción es dogmática y tiene por efecto la sanción

de nulidad. Sin embargo, resulta extraño que las partes estén dispuestas a celebrar un contrato cuyo objeto es imposible.

En su faz positiva, este requisito implica mantener la validez del contrato mientras sea posible de ejecutar, y en la medida que ello le siga generando provecho a las partes. En torno a esto, es importante analizar institutos jurídicos tales como los principios de interpretación, las garantías contractuales, la teoría de la imprevisión, y la imposibilidad de cumplimiento.

II.A.1. Interpretación

La interpretación involucra el reconocimiento y la recreación del significado de una norma jurídica existente sobre la cual hay un problema con respecto a su claridad o su precisión. Desarrollamos esta temática de acuerdo con los siguientes puntos: 1) posibilidad e imposibilidad, 2) análisis sistémico y 3) texto y contexto.

II.A.1.a) Interpretación y validez

El artículo 1066 del CCyCN regula bajo el nombre de “principio de conservación” la regla por la cual en una cláusula ambigua que dé a entender un significado que torna la cláusula nula y otra interpretación que la torne válida, se primará la validez de la cláusula en la medida que esa opción sea adecuada al objeto del contrato.

Explicaremos esto a través de un ejemplo un tanto burdo:

“La garantía del automóvil durará por 6 meses a partir de la entrega del auto o hasta los 100.000 kilómetros de uso”.

Supongamos para este ejemplo que la compraventa se hizo en el marco de una relación de consumo. Supongamos, asimismo, que el automóvil es o km. Con estos supuestos, tenemos que tener en cuenta que la garantía legal es de 6 meses. Por lo tanto, si el consumidor hace 100.000 km, ¿persiste la garantía legal?

- 1) Si la respuesta es no, el resultado es que la cláusula es nula e inoponible al consumidor, en virtud del instituto de las cláusulas abusivas, y el juez impondrá la garantía legal.
- 2) Si la respuesta es sí, quiere decir que el juez ha interpretado que la cláusula es válida en tanto y en cuanto los 6 meses son la garantía legal, aun válida, y los 100.000 km una garantía convencional extinta.

En similar sentido, el CCyCN regula cómo se interpreta una cláusula ambigua que provee dos significados jurídicamente válidos a través del principio *favor debitoris* el cual opera de distinto modo según se trate de un contrato oneroso o uno gratuito:

“Cuando [...] persisten las dudas, si el contrato es a título gratuito se debe interpretar en el sentido menos gravoso para el obligado, y, si es a título oneroso, en el sentido que produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes” (artículo 1068, CCyCN).

En este sentido, se puede decir que esta regla está estrechamente relacionada a institutos como la lesión, el abuso del derecho o las cláusulas abusivas.

II.A.1.b) Interpretación sistémica

Otros principios de interpretación, en cambio, se centran sobre la reconstrucción del contrato para que sea funcional a la intención de las partes (Arts. 1061 y 1065, CCyCN). El derecho argentino crea institutos para determinar esta intención, en especial, al tener en cuenta la conducta de las partes y al estudiar al contrato como un sistema.

En este orden de ideas, la doctrina de los actos propios es de gran relevancia, en tanto y en cuanto las conductas de las partes son una de las mejores pruebas de la voluntad de las partes (art. 1065 CCyCN). Hay un fallo un tanto controversial⁸ que puede resultar didáctico a la hora de explicar esta doctrina. Resulta que un matrimonio decide contratar un servicio de fertilización asistida. De esa fertilización se crean varios embriones, uno se implanta con éxito y de ahí nace el primogénito de la pareja. Un par de meses después, la pareja se divorcia. En pleno trámite del juicio de separación, la mujer decide implantarse un nuevo embrión, a lo que el varón se niega y entabla la demanda que llevó al fallo de cámara en cuestión. El tribunal falló a favor de la mujer mediante la aplicación de la doctrina de los actos propios con respecto a la conducta del varón. Básicamente, el tribunal entendió que contratar con el Instituto de Ginecología y Fertilidad (IFER) para tener

8. CNCIV - Sala J - sentencia del 13/09/2011, *P. A. c/ S. A. C. s/ Medidas Precautorias* - Accedido en [<http://revista.cpacf.org.ar/Revista003/Jurisprudencia%20Rev%2003/Implante.pdf>] el 29/06/2014.

hijos, indica la voluntad de tener hijos, por lo tanto, por aplicación de la doctrina de los actos propios, la parte no puede alegar que no quiere tener hijos con su futura ex cónyuge. En síntesis, lo que esta doctrina impone es una prohibición a las partes de contradecir su conducta anterior jurídicamente relevante, en especial en el marco de un juicio. En este respecto, el CCyCN en su artículo 1067 indica que la prohibición que se le impone a las partes de contradecir sus conductas jurídicas relevantes hace a la protección de la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente.

Asimismo, un contrato puede analizarse desde un punto de vista sistémico. A nuestro entender, este enfoque, el cual desarrollaremos a continuación, está acogido en parte por el artículo 1065 del CCyCN el cual dispone que las fuentes de interpretación del contrato, en caso de fallar la interpretación de los términos en forma particular o la reconstrucción del sentido global del texto por el contexto, son: a) las circunstancias por las cuales se celebró el contrato y las tratativas precontractuales, b) las conductas de las partes, incluso las posteriores, y, c) la naturaleza y la finalidad del contrato.⁹

Para analizar el punto de vista sistémico, hay que tener en cuenta que detrás de todo contrato hay un negocio jurídico que contiene un sistema de operaciones económicas que deberían funcionar como una. Para desarrollar esta idea nos centraremos en 1) la naturaleza de la operación, 2) los usos y costumbres, y 3) el texto y la situación comunicativa del contrato.

En primer lugar, la naturaleza de la operación es útil para la interpretación sistémica del contrato en cuanto traza la línea divisoria entre lo posible y lo imposible. También determina en gran parte el contenido del contrato al ser el objeto del contrato.

En segundo lugar, los usos y costumbres (art. 1063, CCyCN)¹⁰ funcionan como una especie de estandarización de cómo debería realizarse esta operación. Para entender esto, es necesario explicar la lógica del derecho contractual. El razonamiento deductivo es el que se utiliza por defecto para la resolución de conflictos en el Derecho argentino, en el cual la ley es princi-

9. Nótese a lo largo de este texto la inclusión de normativa en el Código Civil y Comercial de la Nación (2014) con miras a reforzar la importancia de la causa fin de los contratos, la cual antes se fundaba en el “estiramiento” de los artículos 503 y 504 del Código Civil [Ley 340 t.o.] por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

10. En el CCyCN, los usos y costumbres más que como principio se plantean como excepción a la regla general.

pal fuente de derecho, por lo tanto, se falla con la estructura *regla general*><*caso particular*>*resolución*. En cambio, la creación de los tipos contractuales parte de una lógica inductiva *caso particular*>*regla general*>*resolución*. Lo que sucede es lo siguiente: la gente contrata porque tiene que satisfacer necesidades económicas, no porque a un legislador se le ocurrió que sería una gran idea que la gente celebrara los contratos que él saca de su galera. Ahora bien, estas necesidades y las formas de satisfacerlas a través de contratos pueden ser y han sido homogéneas. Esto ha permitido la creación, vía usos y costumbres, de contratos con tipicidad social, es decir aquellos que se encuentran instalados en la conciencia social, y a través de su cotidianidad social y jurídica tienen un tratamiento casi uniforme en la práctica. Luego, cuando los legisladores lo han estimado conveniente y necesario, han estandarizado esos tipos de contratos y le han otorgado tipicidad legal. En otras palabras, las reglas generales de los contratos nacen a partir de las necesidades particulares de las partes, por ello, puede concluirse que la lógica del derecho contractual es inductiva, y que los usos y costumbres, dentro de lo posible del objeto, delimitan lo usual o lo estandarizado del objeto en materia de interpretación de los contratos.

II.A.1.c) Interpretación del texto y situación comunicativa del contrato

Por último, queda analizar el texto y la situación comunicativa del contrato. Para poder entender este último punto hay que partir de un análisis lingüístico del contrato. Sin embargo, primero citaremos los principios jurídicos relevantes:

- Ante la existencia de leyes o convenciones particulares que impongan la interpretación restrictiva de un término, ese término se interpretará con el alcance restrictivo que la ley o las partes le dieron, salvo que el contrato haya sido predispuerto o tenga finalidad de consumo (art. 1062 CCyCN).
- En principio, los términos de un contrato se interpretan por su significado general, salvo que otro surja de una interpretación restrictiva lícita o de los usos y costumbres (art. 1063 CCyCN).
- Las cláusulas de los contratos se interpretan las unas por medio de las otras, y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto del acto (art. 1064 CCyCN).

- Asimismo, son aplicables a la interpretación de los contratos las fuentes de interpretación legal mencionadas en los artículos 1 y 2 CCyCN, a saber: la CN, los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, la finalidad de las leyes en particular y sus leyes análogas, los principios y valores jurídicos, y los usos, prácticas y costumbres.

Estos principios son de por sí claros, pero cómo el juez los aplica depende de cómo se haya construido el contrato y de cuál sea la corriente jus-filosófica del juez en esta materia. Para explicar nuestra posición, analizaremos esta cuestión a partir de la noción de texto y situación comunicativa.

El contrato, como *texto* en forma escrita, posee a grandes rasgos las siguientes características:

- Es un texto expositivo-instructivo cuya función pragmática es indicar cómo debe llevarse a cabo una operación económica, y enumerar los derechos y obligaciones de las partes.
- Contiene todos los elementos esenciales a un contrato: consentimiento, objeto y causa fin.
- El consentimiento se expresa, por lo general, a través de la definición de las partes y las firmas de ellas.
- El objeto está determinado principalmente por la operación económica y la situación comunicativa en la que se da.
- Es un texto formal, cuyo estilo de redacción y terminología se decide en torno a dos estándares: la naturaleza y la complejidad de la operación económica, por un lado, y la capacidad de las partes de comprender todo lo relativo al contrato, por el otro.
- Está escrito en tercera persona impersonal, se refiere a las partes en tercera persona.
- Los hechos, manifestaciones y garantías se redactan en presente histórico, mientras que, las obligaciones se expresan a través de alguno de estos patrones: 1) “se obliga a” + infinitivo, 2) debe/deberá + infinitivo, o 3) verbo en futuro, y, los derechos y facultades se expresan a través de patrones como: 1) “tiene derecho a” + infinitivo, y 2) puede/podrá + infinitivo.

Ahora bien, ¿cuál es la *situación comunicativa* de un contrato? Para dilucidarlo, haremos análisis sobre las partes, quienes vienen a ocupar los roles de emisor y receptor del texto del contrato.

Como se ha explicado en el párrafo anterior, las condiciones de las partes no siempre son equitativas y su capacidad de negociación depende principalmente de dos factores: la posesión de los recursos y medios de producción necesarios para ejecutar la operación económica, y el conocimiento de las vicisitudes de la operación económica. Esto traza la línea entre si el contrato será paritario o predispuesto.

Paralelamente, el contexto actual que aporta el ordenamiento jurídico nos lleva a diferenciar a grandes rasgos dos tipos de contratos: los contratos entre empresas o entre particulares con fines comerciales, y los contratos de consumo. Esto se debe principalmente a que los contratos de consumo, a diferencia de los contratos con fines comerciales, estarán protegidos por el plexo normativo del Sistema de Defensa del Consumidor con institutos tales como la interpretación pro consumidor (art. 3 LDC, art. 1095 CCyCN), los controles de inclusión y contenido (art. 10 LDC, art. 985 CCyCN) y las cláusulas abusivas (art. 37 LDC, art. 988 CCyCN), entre otros.

Todo esto, nos lleva a razonar que el contrato está construido en torno a las necesidades, recursos e información de las partes. El artículo 42 de la CN adopta los derechos del consumidor como clase socio-jurídica, entre ellos, el derecho a la información. Ahora bien, la información es tan central a la construcción de un contrato, que ella es incluso un derecho fundamental para los que contratan con fines comerciales.

Conforme con el artículo 42 de la CN el derecho a la información se efectiviza al otorgar información “veraz y adecuada”. La importancia de la veracidad de la información está en la transparencia y en la buena fe (art. 1061 CCyCN). Asimismo, la información es adecuada cuando es clara y precisa. Claro es aquel enunciado que no produce dudas respecto de su significado, mientras que, preciso es el enunciado que logra el efecto pretendido por sus enunciantes.

En otras palabras, el artículo 42 de la CN provee una serie de principios que impregnan los principios de interpretación que reconstruyen el contrato como texto, y que cambian el paradigma de interpretación, en donde se prioriza la intención de las partes y la protección de las partes por sobre el significado particular que deba tener una palabra.

II.A.2. Garantías contractuales

Las *garantías contractuales* son importantes dado que generan una obligación de sanear todo vicio que pueda impedir el cumplimiento del contrato o la satisfacción del interés del acreedor una vez cumplido el contrato. Si bien las garantías son cláusulas naturales y por la autonomía de la voluntad pueden variar en su contenido, hay dos garantías que son de especial importancia para el legislador: la garantía de evicción y la garantía de vicios redhibitorios.

La garantía de evicción (art. 1044 y ss. CCyCN) genera tres obligaciones, de las cuales las primeras dos garantizan el cumplimiento, y en última instancia se provee un resarcimiento. La primera obligación en la garantía de evicción es mantener la indemnidad de la contraparte contra turbaciones de hecho y de derecho por parte de terceros y del enajenante, y la segunda, en caso de corresponder, asistir en la defensa técnica en juicio o arbitraje cuando se cuestiona el título del garantido. Esta garantía cobra especial importancia en operaciones como compraventas de inmuebles, alquileres (locación de inmuebles) y licencias de uso de software, entre otras.

La garantía de vicios redhibitorios obliga al garante a indemnizar al garantido ante un vicio oculto que impide el uso del bien garantido (aunque puede incluir también los vicios evidentes, en especial, en el marco de una relación de consumo), de dos modos: 1) resolver el contrato con devolución de lo dado en concepto del contrato, y 2) reducir el precio del contrato (lo que se conoce como acción *quantum minoris*). El CCyCN en su artículo 1037 el da al adquirente tres posibilidades de sanear el vicio: 1) subsanación del vicio, 2) sustitución del bien, y 3) resolución. Siempre queda a salvo, sin embargo, el derecho a peticionar daños (art. 1040 CCyCN).

El garante puede ofrecer la reparación de la cosa (art. 1057 CCyCN). En este caso, el adquirente no podrá resolver el contrato. Sin embargo, ante la pérdida total o parcial del objeto, el riesgo debería ser soportado por el garante (art. 1058 CCyCN).

Ahora bien, en materia de defensa del consumidor la garantía de vicios redhibitorios se aplica en paralelo a la garantía legal, cuyo plazo mínimo es de 6 meses para los bienes nuevos, y de 3 para los usados. Esta garantía legal se aplica a cosas muebles no consumibles (art. 11 LDC), opera de pleno derecho y otorga los siguientes derechos:

- indemnización por vicios de cualquier índole (Arts. 11 y 17, Ley 24240 t.o.),
- servicio técnico, reparación y provisión de repuestos (art. 12, Ley 24240 t.o.),
- sustitución del bien por otro idéntico (Arts.10 bis y 17, Ley 24240 t.o.), e,
- indemnización por vicios redhibitorios (art. 18, Ley 24240 t.o.).

II.A.3. *Teoría de la imprevisión*

Otro instituto de especial relevancia es la *teoría de la imprevisión*.¹¹ Este es otro instituto que como segundo remedio otorga el ajuste equitativo de las prestaciones (el remedio principal es la extinción). En este sentido, una de las miras de la teoría de la imprevisión es remediar una situación que podría generar la imposibilidad de cumplimiento. El instituto se aplica ante todo contrato oneroso y en curso de ejecución que por factores imprevisibles y externos al alea y riesgo normal del contrato se vuelve excesivamente oneroso para una de las partes.

Un instituto con similar construcción es la *excesiva onerosidad* el cual se aplica en materia de contratos internacionales y está regulado dentro de los Principios UNIDROIT. Según esta norma, el principio es cumplir el contrato aunque se torne oneroso para una de las partes, excepcionalmente, operan las disposiciones sobre “excesiva onerosidad” (artículo 6.2.1).

Este instituto opera cuando el equilibrio de un contrato se altera fundamentalmente, bien porque incrementa el costo o disminuye el valor de una de las contraprestaciones, por el acontecimiento de eventos imprevisibles

11. Hay discusiones doctrinarias acerca de si en este artículo se habla de “teoría de la imprevisión” o de “excesiva onerosidad”. Este instituto es idéntico, salvo ciertos matices, a la “excesiva onerosidad” postulada en los principios UNIDROIT sobre los contratos civiles y comerciales, que tiene como fuentes a la “excesiva onerosidad” italiana, la “imprevisión” francesa y la “hardship” anglo-estadounidense, entre otras. Puede afirmarse que, más allá del nombre o de su fuente moderna, este instituto tiene fundamento en el principio del derecho de los contratos “*rebus sic stantibus*” por el cual los contratos tienen fuerza vinculante en tanto y en cuanto las circunstancias que motivaron las condiciones de contratación se mantengan en el mismo estado que al momento de la celebración del contrato.

para las partes, cuyo riesgo no asumieron y que son conocidos por las partes con posterioridad a la celebración del contrato (artículo 6.2.2).

La norma exige la alteración fundamental del equilibrio del contrato, la cual depende de cada caso en particular y no debe impedir el cumplimiento. En cuanto a la disminución del valor de una de las prestaciones, se incluyen tanto aquellas que derivan de un cambio drástico de las condiciones del mercado como las que derivan de la frustración del fin del contrato por circunstancias ajenas a las partes en tanto y en cuanto esta finalidad sea conocida por ambas partes. La norma también admite que los eventos sobrevinientes que generan la excesiva onerosidad se den de forma abrupta o gradual.

Este remedio aplica solo para las prestaciones en curso de ejecución o de ejecución diferida. Para esta norma, la excesiva onerosidad puede concurrir con la “fuerza mayor” (artículo 7.1.7). En ese caso, la parte afectada puede elegir qué remedio prefiere: si el reajuste (“excesiva onerosidad”) o la extinción (“fuerza mayor”).

Dados estos presupuestos, en primer lugar, se requiere que la parte afectada inicie negociaciones con la contraparte para reajustar el contrato previo a recurrir a la sede judicial (artículo 6.2.3). Esto no suele darse en contratos con montos actualizables, especialmente si el reajuste está previsto por la indexación. Durante la negociación, la suspensión del cumplimiento solo puede ser concedida en casos muy excepcionales. Además, la parte afectada debe observar el principio de buena fe (artículo 1.7) y el deber de cooperación (artículo 5.1.3) a la hora de alegar y renegociar casos de “excesiva onerosidad”.

La falta negligente de la celeridad en la renegociación del contrato puede resultar en una presunción judicial en contra de la parte afectada sobre la inexistencia de la “excesiva onerosidad”. Por ello, es importante que la renegociación se dé apenas surja o se detecte la “excesiva onerosidad”.

Asimismo, el pedido de reajuste debe ser completo, a los fines de que la contraparte pueda evaluar si el pedido de reajuste es justo y viable. El incumplimiento de esto también genera una presunción judicial en contra de la parte afectada.

Ante la negativa o la inacción de reajustar por parte de la contraparte, la parte afectada puede acudir a la sede judicial. En este caso, el tribunal puede optar entre dictar las condiciones de la extinción o reajustar las prestaciones. Esta elección se hace en base a la conveniencia de los remedios.

Si ninguno es conveniente, el tribunal puede ordenar el cumplimiento del contrato de conformidad con las condiciones originalmente pactadas.

II.A.4. Imposibilidad de cumplimiento

Queda, por último, desarrollar acerca de dos institutos relacionados a la imposibilidad de cumplimiento. Al discutir acerca de *caso fortuito* y *fuerza mayor*, se habla de dos institutos que constituyen causales de exención de responsabilidad ante el incumplimiento contractual en cuanto se genera la ruptura del nexo causal a causa de un hecho ajeno a las partes, el cual no les es imputable, y que impide el cumplimiento del contrato.

El CCyCN engloba en su artículo 955 al caso fortuito y a la fuerza mayor,¹² bajo la rótula de “imposibilidad de incumplimiento”. Asimismo, se agrega en el artículo 956 de la mencionada norma el supuesto de imposibilidad de cumplimiento temporaria, el cual permite extinguir el contrato cuando una obligación principal está sujeta a plazo esencial, o se frustra el interés perseguido por las partes de modo irreversible.

En cuanto al hecho ajeno en la imposibilidad de cumplimiento, es importante remarcar que para ser tal, el hecho debe haber ocurrido fuera de la esfera de la actividad y la responsabilidad de las partes, esto es, sin que medie culpa o dolo. En caso contrario, el hecho le será imputable a las partes. Lo mismo aplica si una de las partes hubiere cometido un acto ilícito o incurriere en mala fe. Asimismo, la imposibilidad de cumplimiento se juzga a partir de un criterio subjetivo: se tiene en cuenta las circunstancias particulares de las partes, y se decide, conforme con la buena fe, si a la parte le es posible jurídica y económicamente ejecutar la operación económica habiendo ocurrido este hecho ajeno a ella.

Ahora bien, se puede garantizar el cumplimiento de un contrato aun mediante caso fortuito o fuerza mayor a través de cláusulas naturales tales como la garantía de indemnidad. Este es un pacto en principio válido pero de interpretación restrictiva, en tanto y en cuanto la garantía de indemnidad constituye un traslado de riesgo del caso fortuito o fuerza mayor hacia el garante. Empero, en materia de defensa del consumidor esta cláusula puede

12. E incluso los trata como sinónimos (ver art. 1730 CCyCN).

ser considerada abusiva, anulada e integrada en los términos del artículo 37 de la Ley 24240 t.o.

II.B. Determinación: Este requisito implica que las vicisitudes principales de la operación económica sean determinadas con anterioridad a la celebración del contrato o determinables al momento de su ejecución. Este punto está relacionado a la concepción del contrato como una técnica para prevenir riesgos o asignar su carga a alguna de las partes. A su vez, la determinación del objeto permite analizar la equivalencia de las prestaciones, esto es, la base objetiva para oponer institutos como la lesión y las cláusulas abusivas. Por último, este punto tiene su relevancia en determinar cuándo hay incumplimiento en un contrato.

El CCyCN describe cómo deberá ser la determinación del objeto al momento de la contratación, admitiendo la posibilidad de que esté determinado o sea determinable.

En la primera parte del artículo 1005, se establece que al tratarse el objeto de bienes, estos deben estar determinados en género y especie, no siendo necesario especificar la cantidad. En su segunda parte establece que el objeto será determinable cuando se den los criterios necesarios para su especificación.

Por otra parte el artículo 1006 contempla la posibilidad de que un tercero determine el objeto, siempre que este vele por el respeto de los artículos precedentes (1003 y 1004), los cuales determinan qué objetos serán avalados y cuáles prohibidos. En caso de que la determinación del objeto determinable no tenga lugar ya sea por su imposibilidad, porque no se han tenido en cuentas los criterios establecidos por las partes, o porque no se respetaron los usos y costumbres, las partes podrán recurrir a la determinación judicial. Esta acción tramitará por la vía procesal más breve prevista por la jurisdicción donde se solicite.

II.B.1. Determinación y riesgo

Como ya se ha ido discutiendo, el contrato funciona, en parte, como instrumento de prevención y asignación de riesgos. También se ha hecho referencia al contrato como el ropaje jurídico de una determinada operación económica. En igual sentido, habría que discutir el negocio jurídico, las

cláusulas naturales o de salvaguarda, el derecho a la información y la teoría de la equivalencia de las prestaciones.

El deber de cooperación, en especial el deber de información, que las contrapartes se deben entre sí tanto en la etapa precontractual, como en la contractual y la poscontractual tiene su fundamento en diversos motivos.

El primero se relaciona con la disminución del riesgo: a mayor información, mayor posibilidad de prever riesgos y disminuir el margen de pérdidas inherente a todo negocio. Esta elección, sin embargo, conlleva un costo en la medida que la información tiene un costo que se suma al de la operación económica objeto del contrato, por lo tanto, la información debe ser útil y recabada de forma eficiente a los fines de que se puedan maximizar las utilidades de dicha operación económica a favor de ambas partes.

En segundo lugar, el deber de información está relacionado a la distribución de riesgos, a la teoría de la equivalencia de las prestaciones y al poder de negociación entre las partes. La información es útil para dilucidar no solo cómo disminuir los riesgos, sino que parte está en mejores condiciones de asumir un determinado riesgo en caso de que ocurra.

Ahora bien, conforme a la teoría de la equivalencia de las prestaciones, si una parte asume un riesgo, debe haber una disminución en el valor de la prestación debida a la otra parte, en el sentido de que conforme con el derecho argentino las contraprestaciones en los contratos deben ser equitativas. En otras palabras, a mayor riesgo asumido, menor precio. Ese es el principio general, pero, para que esto se dé en la realidad, la información dada entre las partes debe generar una simetría en la información, y el poder de negociación de las partes debe ser equivalente.

No obstante, debido a la especificidad y el volumen de las operaciones económicas que se dan en la actualidad, lograr una simetría de la información entre partes puede ser costoso e incluso imposible. A esto debe sumarse el hecho de que quien posee los medios de producción tiene ventajas en la negociación por sobre quien necesita del producto. Como resultado, se genera la posibilidad a favor de quien posea mayor información y poder de negociación de trasladar los riesgos a la contraparte sin que esta última pueda reajustar equitativamente las contraprestaciones.

Frente a esta situación de traslado de riesgos que generan una ventaja desproporcionada hacia una parte, la parte afectada, según su posición jurídica puede pedir el reajuste equitativo de las prestaciones a través de institutos tales como la lesión, las cláusulas abusivas y el principio

de interpretación contra el estipulante en materia de contratación internacional (Principios UNIDROIT, artículo 4.6).

Relacionada a la idea del contrato como instrumento previsor de riesgo están las cláusulas naturales o de salvaguarda. Además de negociar cómo llevar a cabo la operación económica objeto del contrato, las partes también negocian acerca de cuestiones técnicamente jurídicas y contractuales destinadas a disminuir el riesgo de la operación económica, a saber: resolución de conflictos, extinción, incumplimiento, imposibilidad de cumplimiento, distribución de riesgos, interpretación, derecho aplicable, jurisdicción, etc. Todas estas cuestiones, si bien secundarias, junto con la operación principal conforman el negocio jurídico que da origen a un determinado contrato.

La importancia de las cláusulas naturales, conocidas por ser comunes a todos los contratos cuando las partes nada digan en contrario, reside en dos aspectos: el traslado de riesgos, como fue anteriormente discutido, y la negociación conforme al principio de la buena fe. Como ya se ha dicho, negociar de buena fe, esto es, cooperar entre partes para optimizar los beneficios de una determinada operación económica, trae aparejado no solo beneficios patrimoniales, sino que también permite la creación de una relación de confianza entre las partes. La creación de una relación de confianza sumada a la actitud previsor de las partes y del derecho asimismo otorga seguridad jurídica, lo que permite reducir costos de contratación y mantener relaciones a largo plazo, lo que redundará, dentro de este sistema económico, en la generación de mayores riquezas.

II.B.2. Teoría de la equivalencia de las prestaciones

Seguiremos por el abordaje la determinación y la teoría de la equivalencia de las prestaciones. Tal como hemos dicho, acorde con esta teoría, y con el derecho argentino, las contraprestaciones de un contrato (lo que una parte debe a cambio de la otra) deben ser equitativas, esto es, generar un plexo de derechos y obligaciones de similar valor y carga en cada parte. Ciertas alteraciones en el balance de las contraprestaciones pueden generar un vicio en el contrato, lo que se remedia a través de institutos tales como la lesión, la teoría de la imprevisión y las cláusulas abusivas.

Regulada en el artículo 332 del CCyCN, la lesión es el instituto por el cual se ajustan equitativamente las prestaciones que han sido desproporcionadas al momento de originarse el contrato. Como hecho ilícito, la lesión se

considera un vicio del consentimiento en el cual: 1) una parte se aprovecha de 2) la inexperiencia, ligereza (debilidad síquica) o estado de necesidad de la otra parte 3) para imponer condiciones de contratación inequitativas a su favor. Habiéndose encontrado estos presupuestos, se configura la lesión, ante la cual como remedio se otorga la nulidad de la cláusula o contrato viciado, o el reajuste equitativo de las prestaciones, prefiriéndose el último remedio por sobre el primero.

En Argentina, las cláusulas abusivas (art. 37, LDC y art. 988 CCyCN) son un instituto particular del Sistema de Defensa del Consumidor, cuya aplicación ahora se extiende a todo tipo de contratos predispuestos. En materia de defensa del consumidor, el primer presupuesto para que opere este instituto es la existencia de una relación de consumo (art. 3, LDC), esto es, un vínculo jurídico entre consumidor y proveedor. Se consideran "...cláusulas abusivas las que afectan inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes" (Decreto Ley 1798/94). El artículo 37 de la LDC prescribe los siguientes estándares: 1) la desnaturalización de las obligaciones, 2) la renuncia o restricción de los derechos del consumidor, y 3) la ampliación de los derechos del proveedor. La configuración de cualquiera de estos presupuestos significa la abusividad de una cláusula. Asimismo, el artículo enumera dos tipos de cláusulas que son ineficaces de pleno derecho: 1) las que limitan la responsabilidad del daño, y 2) las que impongan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. También puede ser una cláusula abusiva, aquella que por su contenido, redacción o presentación no es razonablemente previsible (art. 988 inc. c) CCyCN). El remedio que se otorga ante una cláusula abusiva es, por un lado, su interpretación o, por el otro, su nulidad y, consecuentemente, su integración por el juez. En el artículo 964 del CCyCN se dispone el siguiente orden de prelación a la hora de integrar un contrato: 1) normas indisponibles (de orden público), 2) normas supletorias, y 3) los usos y costumbres del lugar de celebración.

Si bien la teoría de la equivalencia de las prestaciones es una construcción eficaz para garantizar la legalidad de los créditos considerados de forma individual, en ella no se incluyen institutos que den alguna especie de respuesta frente al fenómeno de los préstamos múltiples. En este sentido, un préstamo en sí puede ser equitativo conforme a la teoría de la equivalencia de las prestaciones y, no obstante, resultar gravoso para el deudor si se tiene en cuenta la totalidad de los créditos asumidos por el deudor.

A nuestro entender, esta situación está insuficientemente resuelta por el derecho argentino, en tanto y en cuanto no se penaliza a una persona que otorga créditos a sabiendas de que se está sobreendeudando a un deudor y el único remedio disponible para el deudor es el proceso concursal, con la gravedad que ello implica para su situación patrimonial. En este sentido, las herramientas de prevención están provistas en el artículo 42 CN, el derecho a la información y la protección del interés económico del consumidor, pero ello por sí solo es insuficiente.

II.B.3. Incumplimiento: responsabilidad y otros institutos aplicables

Finalmente, queda discutir el último punto esencial en determinación. La determinación del objeto cumple la función de trazar la línea entre el cumplimiento y el incumplimiento de las obligaciones durante la etapa contractual y postcontractual. Esto permite asignar dos cosas: la responsabilidad ante el incumplimiento y cómo proceder ante el incumplimiento.

II.B.3.a) Responsabilidad

En primer lugar, desarrollaremos acerca de la responsabilidad contractual. Para ello hay que definir una serie de cuestiones. Primero, hay que analizar cuándo hay cumplimiento y cuándo incumplimiento. Más adelante, se analizará qué respuestas da el derecho de los contratos ante el incumplimiento, como los tipos de reparación viables, las defensas oponibles entre partes y las cláusulas contractuales que estipulan cómo proceder ante el incumplimiento.

Al analizar el incumplimiento, se parte del hecho de que la fuente de la responsabilidad civil contractual es el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Una diferenciación inicial en los contratos es distinguir entre las obligaciones principales y accesorias. Las obligaciones principales de un contrato son aquellas que están relacionadas a la ejecución de la operación principal del contrato. El resto de las obligaciones contractuales son accesorias a las obligaciones principales. En el artículo 857 del CCyCN, se regula que las obligaciones accesorias siguen la suerte de las obligaciones principales. De acuerdo con esta lógica, si se extinguen las obligaciones principales también lo harán las accesorias. Aunque excepcionalmente puede ser que haya

obligaciones accesorias sujetas a la condición suspensiva de que se extingan de modo normal las obligaciones principales, como la obligación de garantía que tiene el vendedor ante el comprador con respecto a la cosa vendida.

Otra diferenciación que puede resultar útil es si ciertas estipulaciones son manifestaciones o garantías. Las manifestaciones contractuales son meras declaraciones de hechos de la realidad. Por ello, no suelen generar responsabilidad. En cambio, una garantía es una declaración de obligarse a asegurar la indemnidad de la contraparte con respecto a una vicisitud del contrato. Al ser una obligación civil en cabeza del garante, la garantía es fuente de responsabilidad civil contractual. Por ejemplo, si en una cláusula de un contrato de locación con destino a vivienda urbana nos encontramos con una estipulación como “El Locador manifiesta que el inmueble se halla en buen estado y garantiza el inmueble por vicios redhibitorios”, la primera parte de la estipulación es una mera descripción de un hecho que no genera responsabilidad salvo que medie dolo, mientras que en la segunda parte de la estipulación el locador se obliga –de forma accesoria– a reparar todo vicio oculto que impida el uso de vivienda por el cual el locatario decide celebrar el contrato.

El principal remedio legal en materia de incumplimiento contractual es la ejecución forzada de las obligaciones (art. 777 CCyCN), que consiste en el pago de lo debido y, excepcionalmente, el pago de una indemnización monetaria (daños compensatorios).

En este sentido, pueden surgir las distintas variantes:

- Primero, el incumplimiento absoluto, esto es, la imposibilidad absoluta de cumplir con el objeto del contrato, cuando es imputable a una de las partes, de lo contrario, habría caso fortuito o fuerza mayor. En este caso corresponde la indemnización pecuniaria. En este supuesto puede encuadrarse el incumplimiento de obligaciones con plazos esenciales.
- Segundo, el incumplimiento tardío, esto es, un cumplimiento total pero fuera de término en un contrato cuyo plazo no es esencial. Ante ello, en principio opera la mora automática, de lo contrario, se debe constituir al deudor en mora (art. 886 CCyCN). En este caso corresponde una indemnización monetaria.
- Tercero, el incumplimiento defectuoso, esto es, un cumplimiento parcial, ante el cual la parte inocente puede optar entre el pago de lo debido y la indemnización monetaria.

Asimismo, la reparación del incumplimiento está sujeta al tipo de responsabilidad que opere. En el caso de la responsabilidad subjetiva, hay que probar el nexo de causalidad (art. 1726 y cc. CCyCN), y el dolo o la culpa (art. 1724 CCyCN), como es en el caso de las obligaciones de medios, mientras que, ante una responsabilidad objetiva (art. 1722 CCyCN) basta con probar el nexo de causalidad, como en las obligaciones de resultado.

Paralelamente, junto con la ejecución forzada, en aquellos supuestos en donde haya una violación grave a una ley y esa ley prescriba una sanción de índole civil, esta será aplicable de forma accesorio a la reparación. Un ejemplo de ello son los daños punitivos (art. 52bis, LDC), que proceden ante el incumplimiento grave de las disposiciones de la LDC.

Definidos los parámetros de la responsabilidad contractual, queda definir el alcance de la responsabilidad postcontractual. Cumplidas las obligaciones principales, el contrato se extingue. De todas formas, puede suceder que nuevas obligaciones surjan o que haya obligaciones pendientes de cumplimiento. Estas obligaciones están fundadas básicamente en el deber de buena fe y de no dañar (art. 1710 CCyCN), aunque también pueden surgir de leyes especiales o formar parte de un pacto especial dentro de un contrato. El incumplimiento de estas obligaciones genera responsabilidad civil en la etapa poscontractual.

Las obligaciones en la etapa poscontractual son, entre otras, los pactos de no concurrencia (como en la venta de fondos de comercio), las garantías contractuales (como la evicción), y el deber de confidencialidad. Desarrollaremos brevemente sobre ellas.

El pacto de no concurrencia es una cláusula accidental que es común en materia de venta de fondos de comercio (Ley 11.867). Esta cláusula consiste básicamente en un pacto por el cual una vez transferido el fondo de comercio y por un plazo razonable, el vendedor se obliga a no competir contra el comprador del fondo de comercio en el mismo rubro dentro de una determinada zona geográfica. Esta cláusula está fundamentada en la conservación del valor de llave del fondo de comercio. La jurisprudencia ha dicho que un plazo razonable de esta cláusula es aquel que no exceda el de la prescripción liberatoria.¹³

13. CNCom., Sala A, sentencia del 12-06-1998, *Farmacia Onix S.C.S. c. Blanco de Turro, Dolores y otro*, la ley, 1999-A, 108.

A esta altura ya hemos desarrollado acerca de las garantías contractuales, así como hemos explicado que ellas tienen validez especialmente después de la ejecución del contrato, como las garantías de servicio técnico, evicción y vicios redhibitorios en compraventa de cosas muebles e inmuebles, así como en contratos de ventas de licencias de uso. En este sentido, la garantía legal de seis meses para cosas nuevas en materia de defensa del consumidor se erige como un claro ejemplo de una obligación legal y contractual exigible una vez cumplida la ejecución principal, la venta de la cosa nueva (art. 11 Ley 24240 t.o.).

El deber de confidencialidad es otro de los deberes que trasvasa las tres etapas contractuales. Este deber está presente y estipulado en especial en los contratos de servicios, donde la relación de confianza entre el cliente y el prestador del servicio es central al contrato, y el secreto que el prestador de servicios se obliga a guardar tiene un valor comercial o un valor relacionado al derecho a la privacidad y a la intimidad. Este deber también está acogido por el derecho a través de la ley 24.766, la cual le otorga protección legal a la confidencialidad. Un ejemplo en particular de este deber surge también del artículo 85 de la Ley 20.744 t.o. Esta norma impone el deber de no divulgar secretos a los ingenieros de planta con posterioridad al cese de sus funciones.

Asimismo, como las partes deben obrar de buena fe entre sí aun después de la ejecución del contrato, todo acto que en relación a un contrato ya extinto genere un daño puede llegar a ser resarcido. En este sentido, se ha admitido en sede judicial el daño moral que un empleador (demandado) le ha causado a su ex empleado (actor) en el marco de una causa de estafa, de la cual el actor ha sido sobreseído. La decisión está fundada básicamente en el deber de no dañar (art. 1109 CCiv.). En este sentido, se ha encontrado que entre el daño y la relación laboral extinta hay una relación suficiente como para configurar un ilícito postcontractual.¹⁴

Cuando estas cláusulas están pactadas en un contrato el remedio que se utiliza para hacer valer dichas obligaciones es la ejecución forzada, de la forma ya explicada. Sin embargo, la responsabilidad poscontractual tiene fundamento en obligaciones legales, en la buena fe y en el principio de no

14. CNTRAB - Sala II - sentencia del 21/03/2006 - *Sebastiani Omar Horacio c/ Domenichelli Atilio Luis y otro s/despido* - S. 94114 Expte. 24190/03 -, elDial.com - AA33CB.

dañar, por lo que la esfera de responsabilidad es, en principio, extracontractual, y lo que se repara es el daño causado por la comisión de ilícitos poscontractuales.

II.B.3.a) Otros institutos ante el incumplimiento

Queda, por último, desarrollar a partir de lo ya expuesto algunos de los institutos oponibles en materia de incumplimiento, como la excepción de incumplimiento y la extinción de los contratos.

El CCyCN regula en su art. 1031 la “suspensión de cumplimiento”, conocida en el CCiv. como “excepción de incumplimiento”. En el supuesto de que una de las partes reclame judicial o extrajudicialmente a la otra el cumplimiento, esta última podrá oponer este instituto para retardar el cumplimiento de su obligación (*incumplir*), siempre que la parte que demanda el cumplimiento sea ella misma incumplidora, sin necesidad de estar constituida en mora. Así, en el ámbito judicial, este instituto permite al demandado oponer su derecho a postergar el cumplimiento del contrato cuando la parte actora no haya cumplido las obligaciones a su cargo.

A su vez, el art. 1032 del CCyCN habilita a una de las partes suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia.

Una particularidad de este instituto es que invierte la carga de la prueba, y es la parte (actora) a la que se ha opuesto la excepción la que deberá probar haber cumplido, ofrecido cumplir, o que su obligación era a plazo y por lo tanto aún no exigible. Pretorianamente¹⁵ y en la doctrina, se ha admitido la suspensión de cumplimiento en el supuesto de incumplimiento parcial por la parte actora, con la salvedad de que en este supuesto no se invierte la carga de la prueba, por lo tanto quien opone esta defensa deberá probar el incumplimiento parcial.

Otra cláusula *natural* en los contratos bilaterales relacionada al incumplimiento es la cláusula resolutoria implícita (art. 1088 CCyCN), que permite a una de las partes extinguir (extrajudicialmente o por acción judicial) el

15. Suprema Corte de Mendoza - sentencia del 30/05/1995, *Cuyo Pack S.R.L. c. Cuyo Placas S.A.* - LL 1995 - D - 668.

contrato frente al incumplimiento obligacional de la otra. Ante un incumplimiento categórico, en donde la prestación por tardía o insuficiente sea irrelevante para satisfacer el interés del acreedor, constituido el deudor en mora y requerido a cumplir su obligación contractual bajo apercibimiento de dar por resuelto el contrato, otorgándole un plazo no menor a 15 días, la parte cumplidora podrá dar por resuelto el contrato.

Si la parte requerida (incumplidora) cumple con la prestación a su cargo dentro del plazo, no se podrá ya resolver el contrato pero sí exigir el pago de daños y perjuicios derivados del cumplimiento tardío. Alternativamente, podrá demandarse (en el sentido procesal del término) judicialmente el cumplimiento o la resolución (si se demanda el cumplimiento podrá requerirse la resolución mientras no se haya cumplido, pero no el cumplimiento habiendo primero demandado la resolución). Al pretender extinguir el contrato necesariamente juegan cuestiones de interpretación (tal vez las dos partes no están de acuerdo en si cumplieron o no), así como los principios de buena fe y conservación de los contratos, y el instituto del abuso de derecho.

El artículo 1086 del CCyCN habilita a las partes a pactar expresamente esta facultad extintiva (cláusula resolutoria expresa), que no estará sujeta a lo dispuesto por imperio de la ley para el pacto comisorio tácito (por ejemplo, no será necesario otorgar un plazo de 15 días para cumplir, o que el incumplimiento sea grave o de la obligación principal).

En similar orden de ideas al pacto comisorio, los Principios UNIDROIT contienen el instituto del Incumplimiento Anticipado (artículo 7.3.3), que permite resolver el contrato cuando ya antes de la fecha de cumplimiento sea patente que la otra parte no cumplirá. Alternativamente conforme al artículo 7.3.4, dado este manifiesto futuro incumplimiento, la parte acreedora podrá reclamar una garantía adecuada de cumplimiento y al mismo tiempo suspender su propia prestación, relacionándose este instituto en este punto con la excepción de incumplimiento y especialmente con la denominada tutela anticipada del art. 1032 del CCyCN. Lógicamente, de no otorgarse la garantía en un plazo razonable podrá el acreedor resolver el contrato.

El contrato se celebra para cumplirse y es ley para las partes (en los términos que hemos venido delineando), y es así como la manera en que generalmente termina un contrato es cuando ha finalizado la operación económica –el objeto– que instrumenta, encauza u ordena (*arropa* jurídicamente). Por otro lado, además de las distintas situaciones abordadas en este trabajo que tienden a la finalización del contrato (como la imposibilidad de

pago, la frustración del fin, etcétera), el CCyCN contiene modos específicos de extinción anticipada (*anormal*) del contrato que podrá darse por acuerdo de las partes (rescisión), por la facultad de una de ellas (revocación) o por el incumplimiento de una de ellas (resolución).

Es importante puntualizar que desde un enfoque funcional, en su empleo común o diario los términos *rescisión*, *revocación* y *resolución* se utilizan casi indistintamente. El único propósito de no permitir la intercambiabilidad de estos términos en el CCyCN es a los fines de ordenar y categorizar las distintas formas de extinción de los contratos en atención a sus características y efectos, y no tener un arco tan dispar de causales de extinción sin una matriz lógica que las contenga. Por ello, el foco tiene que estar en las distintas situaciones fácticas que abarca cada término (en nuestra opinión), y no si en realidad tal o cual situación deben situarse bajo otro supuesto por razones históricas o etimológicas. A su vez, no debe confundirse a estos términos, que extinguen un contrato existente y válido, con la nulidad, que impide la existencia y los efectos del contrato.

II.C. Patrimonialidad: Este requisito implica que la operación económica objeto del contrato debe repercutir directamente en la situación patrimonial de las partes, en otras palabras, debe generar un cambio en el patrimonio de las partes, por más minúsculo que sea.

La principal consecuencia de la patrimonialidad de un acto jurídico bilateral es la aplicación de las normas de derecho contractual. En este sentido, cabe diferenciar técnicamente, por ejemplo, entre un contrato y un matrimonio: si bien ambos son actos jurídicos bilaterales, el primero es patrimonial y el segundo extrapatrimonial.

Ahora bien, ¿por qué un acto jurídico es patrimonial? En primer lugar, hay que tener en cuenta que los contratos tienen en su objeto el cumplimiento de obligaciones civiles, cuyo interés está conformado por un bien susceptible de apreciación pecuniaria y dentro del comercio, esto es, cosas, bienes intangibles y fuerzas naturales susceptibles de apropiación (art. 225 del CCyCN y ss.). También puede ser objeto de un contrato el cumplimiento de un hecho positivo o negativo en tanto y en cuanto sea susceptible de apreciación pecuniaria (art. 1003 y cc. CCyCN). En segundo lugar, hay que tener en cuenta, que dada la posibilidad de apreciar pecuniariamente esas obligaciones, su cumplimiento es exigible vía el instituto de la ejecución forzada (art. 777 CCyCN).

II.D. Licitud: Este requisito establece que los actos jurídicos no deben ser contrarios a las normas establecidas, por estas, se entiende a las leyes, el orden público y la moral y buenas costumbres. Como requisito adicional deben ser posibles y no deben lesionar ni restringir los derechos de un tercero. El incumplimiento de estas normas acarrea la ilicitud del objeto del contrato. Dicha situación viene aparejada de dos consecuencias: en primer lugar, la sanción de nulidad sobre el contrato y, en segundo lugar, la aplicación de una sanción, sea de índole civil, administrativa o penal, sobre los autores del hecho ilícito, por ejemplo: daños, daño directo y multa o pena privativa de la libertad respectivamente.

Como expresamos en el párrafo anterior, el objeto de los contratos debe respetar tres grupos fundamentales de normas: las leyes, el orden público y la moral y las buenas costumbres. Por la primera de estas entendemos que el objeto debe adecuarse a las leyes de todo tipo, decretos y resoluciones vigentes al momento de la redacción del contrato. El orden público a su vez, nos da un conjunto de principios e instituciones fundamentales a seguir y respetar a fin de preservar un equilibrio entre lo pretendido y lo que lícitamente puede plasmarse en el contrato. Finalmente la norma establece la conformidad del objeto con “la moral y las buenas costumbres”. Estas últimas dos construcciones son, a nuestro entender, conceptos jurídicos indeterminados como el “bien común” y otros tantos que, en la mayoría de los casos, han sido utilizados históricamente para desconocer derechos fundamentales y derechos humanos –especialmente aquellos titularizados por las minorías– sin mayor justificación, por lo que impugnado un contrato por objeto contrario a la moral y las buenas costumbres corresponde especialmente el análisis del objeto (en el caso concreto) a la luz de las normas constitucionales, y no su supeditación a conceptos abstractos.

Un buen ejemplo jurisprudencial en cuanto a licitud del objeto es el fallo de la CSJN del año 2006 en el que se otorgó la autorización para funcionar a la “Asociación de Lucha por la Identidad Travesti Transexual”¹⁶ (ALITT) tras haber sido denegada la solicitud tanto por la IGJ como por la Cámara de Apelaciones por considerar que su objeto era “inmoral”; este fallo resulta ilustrativo y ejemplificador en cuanto a la confirmación de los

16. CSJN, sentencia del 22/11/2006, *Asociación Lucha por la identidad Travesti Transexual c. Inspección General de Justicia*, Fallos 329:5266, LA LEY 04/12/2006.

principios constitucionales que son los que determinan la moralidad del objeto de un contrato y de los cuales es recomendable no apartarse, para evitar arbitrariedades.

Veremos que, en muchos casos, lo ilícito coincide con lo inmoral; así se da en algunos casos en los que el legislador ha impuesto la sanción de nulidad para ciertos actos, basándose en razones de índole moral, por ejemplo: los contratos que tienen por objeto oponerse a la libertad de conciencia o a la dignidad humana, así como aquellos que imponer el deber de casarse con determinada persona, o con aprobación de un tercero, o de no casarse con determinada persona o divorciarse. Estos son solo algunos ejemplos en los que se conjugan razones de índole tanto moral como de ilicitud para determinar la nulidad del objeto.

Ante estas reglas generales sobre la licitud del objeto, el CCyCN plantea algunos casos especiales en los cuales se aplica la sanción de nulidad:

- la venta de la cosa ajena como propia (art. 1008 CCyCN),
- vender cosas litigiosas, embargadas, gravadas sin informar tal estado de las cosas (art. 1009 CCyCN),
- contratar sobre cosas futuras sin sujetar la contratación a condición suspensiva (art. 1007 CCyCN), y
- contratar sobre herencia futura (art. 1010 CCyCN).

III. Causa Fin: Este elemento controversial a nivel teórico es multifacético y generalmente suele confundirse con elementos del objeto o del consentimiento. La causa fin puede ser analizada desde la mirada inter partes o desde la utilidad social del contrato. En este sentido, la causa fin incluye: a) las circunstancias particulares tácitas y expresas (causa motivo) por las cuales las partes deciden contratar, b) la finalidad práctica perseguida por las partes al ejecutar esa operación económica, lo que puede relacionarse al concepto de tipicidad, y c) las implicancias sociales de la existencia de esa operación económica.

En materia de derecho comparado, este elemento del contrato suele compararse con el elemento característico de los contratos en el *common-law*, *consideration*, que es un elemento de cambio. En el *common law*, los contratos no están fundados en una causa como en el derecho continental, sino en el intercambio de las contraprestaciones. Una de las principales consecuencias de ello es que las liberalidades no se consideran contrato en el *common law*.

A continuación se analizarán ciertos institutos jurídicos relacionados con la causa fin, a saber:

- La frustración del fin del contrato
- El fraude
- La conexidad contractual

III.A. Frustración del fin del contrato

La frustración del fin del contrato, cuya consecuencia es la extinción del contrato, opera cuando se afecta la causa fin que motivó la celebración del contrato por causas ajenas a la voluntad de las partes. El ejercicio del instituto requiere la expresión de la causa fin en el contrato, en especial, de la causa fin subjetiva o causa motivo, de las razones particulares por las cuales las partes contrataron.

Una forma usual de exteriorizar la finalidad o motivación de un contrato, o por lo menos las circunstancias particulares por las cuales las partes celebran un contrato, es a través del uso de considerandos contractuales (“*recitals*” según el derecho anglo-estadounidense). Estas manifestaciones suelen expresar los motivos o “considerandos” por los cuales se celebra un contrato a través de la fórmula “por cuanto x1, por cuanto x2, por todo ello y teniendo en cuenta los considerandos previamente mencionados las partes celebran el presente contrato de...”¹⁷ luego del encabezamiento y antes de las cláusulas contractuales.

Otra forma de expresar el motivo por el cual se contrata es indicar el destino que se le pretende dar a la cosa, algo usual en los contratos que involucran la transmisión de la propiedad o del uso y goce de la cosa. Un ejemplo de esto sería manifestar en un contrato de locación de cosa el destino que se pretende dar a la cosa, como el destino a vivienda. Si dentro de este ejemplo, la vivienda se torna inhabitable, entonces, se puede pedir la extinción del contrato vía el instituto de la frustración del fin del contrato.

En este orden de ideas, en *Turay S.R.L. c. Nahuel S.A.*¹⁸ se resolvió a favor del demandado quien planteó como defensa ante la extinción

17. Ver: <http://www.inti.gob.ar/pdf/convenios2011/Tandilo1-12-2011.pdf> [Accedido el 18/09/2014, p.2]

18. CNCiv, Sala F, sentencia del 25/04/1996, *Turay S.R.L. c. Nahuel S.A.*, La Ley 1997-D, 342.

intempestiva y unilateral del contrato de arrendamiento que motivó la demanda, el hecho de que la actividad ganadera que se pretendía llevar a cabo en el predio arrendado se tornó imposible debido a la falta de agua. Conforme al fallo, la frustración del fin del contrato es aplicable ante una situación que se produce cuando la prestación es aún factible y la finalidad del contrato ya no puede cumplirse, lo que torna al contrato inútil y carente de interés.

El CCyCN regula la frustración del fin del contrato en su artículo 1090. Por medio de esta norma, se permite la resolución del contrato motivada por la frustración definitiva de su finalidad. Previo a ello, debe haber una alteración esencial de las circunstancias por las cuales las partes contrataron que exceda su esfera de responsabilidad y al alea y riesgo que las partes asumieron. Una alteración temporaria de dichas circunstancias solo da derecho a resolver, dice la norma, a los contratos sujetos a plazo esencial.

Asimismo y para profundizar la ejemplificación del tema, puede resultar de interés estudiar el precedente del derecho británico “Krell v. Henry”¹⁹ en 1903, conocido como uno de los “Coronation Cases”. Paul Krell demandó a C.S. Henry por el incumplimiento del pago del alquiler de un departamento que era hartamente sabido por el cual pasaría la procesión de la coronación. El tema es que al no hacerse la procesión en la fecha pactada, C.S. Henry se negó a pagar el alquiler.

En este fallo, se aplica la regla de imposibilidad de cumplimiento del precedente “Taylor v. Caldwell”,²⁰ por la cual todos los contratos se celebran con la condición tácita de que si al tiempo de cumplir con el contrato el objeto aún existe, el contrato debe cumplirse e interpretarse de forma positiva, y, en caso contrario, se debe permitir la extinción del contrato sin culpa de ambas partes. Esto se debe a que los contratos deben interpretarse de forma tal que se satisfagan la intención de las partes. En este sentido, el departamento tenía un valor especial para el demandado, que era conocido por la contraparte, y que se perdió al no suceder la procesión de la coronación en la fecha esperada, el motivo por el cual se celebró este contrato en primer lugar.

A la regla de imposibilidad de “Taylor v. Caldwell”, también deberían incluirse los supuestos por los cuales a) el estado en el que se encuentre el

19. *Krell v. Henry* [1903] 2 KB 740

20. *Taylor v. Caldwell* [1863] EWHC QB J1 (6 de mayo 1863)

objeto del contrato o b) las condiciones del contrato sean esenciales al cumplimiento del contrato. Sobre estos supuestos también debería haber una condición implícita de que si no existen al momento de cumplir el contrato, se permita la extinción del contrato sin culpa de las partes. Si bien en el contrato esta condición suspensiva de que suceda la procesión de la coronación no estaba expresa en el contrato, el tribunal encontró que la regla de derecho de “Taylor v. Caldwell” era aplicable en este caso.

Lo importante es lograr comprender las diferencias elementales entre estos institutos que resuelven por vía anormal el contrato. Tengamos en cuenta que en este caso en particular, el contrato se resuelve porque cae la *causa fin*, entonces al ser un elemento esencial como previamente hemos aclarado, cualquier modificación o nuevo acuerdo, constituiría un nuevo contrato.

III.B. Fraude: En este párrafo nos limitaremos a desarrollar dos cuestiones que suelen estar relacionadas al fraude: el fraude a los acreedores y la acción de colación.

III.B.1. Fraude a los acreedores

Ante el fraude a los acreedores existen los siguientes remedios: la acción revocatoria y la acción revocatoria concursal (Arts. 129 y 130, LCyQ). Los actos atacados a través de estos institutos son válidos en principio, aunque pueden resultar inoponibles a los acreedores si se comprueba que estos actos afectan o se hicieron con la intención de afectar la integridad de los créditos de los acreedores.

La acción revocatoria (art. 338 CCyCN y ss.) procede ante la afectación de un crédito de un acreedor quirografario producto de actos celebrados por el deudor. Los presupuestos de esta acción son: 1) la insolvencia del deudor, 2) el perjuicio al derecho del acreedor, y 3) la existencia de un crédito con fecha anterior al acto a revocar. Los actos del deudor son revocables hasta el importe de los créditos exigidos y solo a favor de los actores. El acto será revocable cuando sea a título gratuito y cuando sea a título oneroso solo habiendo mediado fraude del tercero, esté el objeto del acto a revocar bajo la posesión del tercero o lo haya re-transmitido. De esta manera, el acreedor logra proteger su crédito al prevenir el vaciamiento del patrimonio del deudor.

Un instituto similar puede encontrarse en el marco de un proceso concursal: la acción revocatoria concursal (artículos 129 y 130, LCyQ.) Es usual que en el marco de un proceso concursal el deudor concursado tienda a desprenderse de sus activos. Ante ello, se erige esta acción, por la cual se puede atacar actos ineficaces –para el concurso– que se hicieron con conocimiento de la cesación de pagos del deudor, y que por tanto son inoponibles a los acreedores del deudor concursado. Los bienes atacados por esta acción entran a subasta, aunque no a la masa concursal, y el producido de ellos se distribuye entre los acreedores mas no al deudor.

La acción revocatoria comprende a aquellas transferencias (compraventas y donaciones, principalmente) hechas durante el período de sospecha²¹ (Arts. 115 y 116, LCyQ). La acción tramita, por lo general, por vía ordinaria, y dentro de la jurisdicción del juez del concurso cuya competencia se funda en el fuero de atracción inherente a este proceso universal (art. 132, LCyQ). La legitimación activa es del síndico, salvo negativa o inacción de este, en cuyo caso, tendrán legitimación activa los acreedores. La sentencia a favor de la procedencia de la acción revocatoria concursal suele venir de la mano de un embargo (bienes inmuebles) o secuestro (bienes muebles) sobre los bienes objeto del acto declarado inoponible a los acreedores, y es un título ejecutable por el procedimiento de ejecución de sentencias. Ante esta sentencia, el tercero deberá restituir el bien o, de no ser posible, su valor en dinero. Si el tercero es de mala fe, asimismo, responde por la pérdida o destrucción del bien y también deberá restituir los productos y frutos que haya obtenido del bien.

III.B.2. Acción de colación

Queda, por último, discutir un instituto del derecho sucesorio diseñado para remediar el fraude a la legítima, la acción de colación.

La acción de colación (art. 2385 CCyCN y ss.) es un proceso incidental a la sucesión cuya finalidad es proteger la legítima de los herederos forzosos (aquellos que tienen derecho a heredar, como mínimo, una fracción

21. El período de sospecha, cuyo comienzo no puede extenderse más de dos años previo a la declaración de la quiebra y es fijado por el síndico en el informe general (art. 39 LCyQ), es aquel período en el cual el derecho concursal presume que el deudor ha estado en estado de cesación de pagos (art. 1 LCyQ).

determinada por ley del patrimonio del causante). Los herederos forzosos tienen legitimación activa para revocar toda donación que el causante haya hecho en vida, en la medida que la donación hecha afecte su legítima y que dicha donación no haya sido consentida por los herederos forzosos. Las donaciones son revocables vía acción de colación dado que el legislador dispuso que las donaciones hechas en vida por el causante formen parte del acervo hereditario a los fines de preservar la legítima de los herederos forzosos, la cual el legislador considera de orden público.

III.C. Conexidad Contractual

La conexidad contractual implica una serie de negocios entrelazados entre sí funcionando como un sistema de contratos. Cada uno de estos contratos está coligado al otro, generalmente, de forma explícita. Dada la complejidad de las necesidades humanas en la actualidad y la complejidad de los modos de satisfacerlas, es normal que una operación económica esté respaldada por otra serie de operaciones económicas. Estas operaciones están relacionadas entre sí a distintos niveles, por lo que, en ciertos casos, una falla en una de esas operaciones puede frustrar el fin común perseguido por una o más de las operaciones coligadas.

El artículo 1073 del CCyCN indica que la conexidad contractual surge de la vinculación de dos o más contratos autónomos por una finalidad común y previamente establecida, de modo tal que un contrato al otro sean determinantes para el logro de dicha finalidad común. También sugiere que la fuente de la conexidad puede ser legal o contractual, sea esta última explícita o pueda inferirse de la interpretación de los contratos.

Para analizar este tema es necesario tener en cuenta las siguientes aristas: 1) los sistemas contractuales, 2) los contratos principales y accesorios, y 3) las cadenas de comercialización.

Primero, cuando dos o más contratos son conexos, entre ellos se forma un sistema de contratos. Todo esto supone operaciones que son, en principio, interdependientes y organizadas en distintos contratos, estén redactados o no en un mismo instrumento, a los fines de cumplir una serie de metas o fines comunes, sin perjuicio de los fines particulares que se persigan en cada contrato. Dado que estos contratos funcionan como un negocio complejo común, la interpretación de uno de los contratos parte del sistema debe hacerse contrastándolo con los otros contratos del sistema, y

debe atribuírseles el sentido apropiado que surge del sistema contractual, su función económica y el resultado perseguido (art. 1074 CCyCN).

El próximo punto, entonces, es diferenciar entre los contratos principales y los accesorios dentro de un sistema de contratos. Un contrato es accesorio cuando la razón de su existencia es el otro contrato. Ahora bien, esta definición es un tanto acotada, pues si se analizan sistemas contractuales puede encontrarse una serie de contratos principales interdependientes entre sí, motivados el uno por el otro. La diferencia está más bien en otra regla: lo accesorio sigue la suerte de lo principal y no viceversa. En este sentido, se puede indicar que la función que cumple un contrato accesorio es la de complementar un contrato principal, así como de proveer los medios para optimizar su cumplimiento.

Diferenciar entre contratos principales y accesorios en un sistema de contratos conexos es importante a los fines de establecer cuáles son las consecuencias jurídicas de la extinción de alguno de esos contratos, sea por incumplimiento, nulidad o cualquier otra extinción anormal. En principio, como se adelantó en el párrafo anterior, la extinción de un contrato accesorio no afecta la validez del contrato principal salvo pacto en contrario. El problema reside, entonces, en cuando hay más de un contrato principal en un sistema de contratos conexos. Estos contratos principales son interdependientes entre sí: forman parte del sistema, pero existen como contratos claramente diferenciados el uno del otro.

Lo que entra en juego es cómo está organizado el sistema de negocios jurídicos que es fuente de un determinado sistema contractual. En este esquema es usual que una parte cumpla el rol de “organizador del sistema”, por lo que es probable que las vicisitudes de esa parte con respecto al sistema de negocios jurídicos afecten a su integridad. Asimismo, también entra en juego cómo las partes se relacionan entre sí, puesto que las vicisitudes de una de las partes pueden afectar indirectamente a la integridad del sistema y provocar la extinción de uno o más contratos principales o accesorios.

Para poder dilucidar estas cuestiones hay que estar atentos al contenido de los instrumentos de los contratos, en los cuales suele detallarse directa o indirectamente la interrelación de los contratos conexos. En el afán de prevenir riesgos, las partes pueden anticipar qué vicisitudes pueden provocar la extinción de cada uno de los contratos parte del sistema, entre ellas, las extinciones provocadas por vicisitudes de los demás contratos del sistema.

En este sentido, hay dos institutos que pueden ejercerse respecto del negocio jurídico que es fuente del sistema de contratos conexos: la frustración del fin del contrato y la nulidad. Estos institutos, a grandes rasgos, operan dentro de un determinado sistema contractual con el alcance hasta aquí desarrollado. La nulidad puede recaer básicamente sobre un contrato o sobre el negocio jurídico común. Ante ello, las partes de los contratos que se ven indirectamente afectados por este hecho pueden pedir la extinción de dichos contratos vía la frustración del fin del contrato, si es que este hecho no está previsto como causal de extinción del contrato en particular.

De conformidad con las reglas del artículo 1075 del CCyCN se puede oponer la excepción de incumplimiento total, parcial o defectuoso, aun frente a la inejecución de obligaciones ajenas al contrato y relacionadas a un contrato conexo previamente probado. La excepción de incumplimiento también es oponible, velando el principio de la conservación de los contratos, si como consecuencia la extinción de uno de los contratos conexos se frustra la finalidad económica común del sistema contractual.

En este orden de ideas, armar un sistema de contratos conlleva sus riesgos: 1) que el sistema falle, o 2) que uno de los contratos conexos de carácter principal no cumpla con sus metas particulares. Estos riesgos pueden cubrirse de varias formas, una de ellas, es la ejecución de operaciones económicas de carácter secundario, esto es, la celebración de contratos conexos, pero accesorios a los principales.

Finalmente queda discutir la responsabilidad de los proveedores de una misma cadena de comercialización frente al consumidor. Esta regla se desprende del artículo 40 de la LDC, la cual imputa al proveedor responsabilidad objetiva y contractual al proveedor, y responsabilidad objetiva, concurrente y extracontractual a las personas que hayan intervenido en la cadena de comercialización de un bien o servicio, por el daño que este produjere a un consumidor. Para determinar si un proveedor forma parte de la cadena de comercialización de un bien o servicio, hay dos estándares que pueden resultar útiles: 1) el hecho de que el proveedor le haya agregado valor a ese producto, o 2) el hecho de que lo haya promocionado a través de su marca.

Conclusiones

En primer lugar, quisiéramos expresar lo gratificante que es la experiencia de la enseñanza y la reflexión sobre su ejercicio en búsqueda de

mejorarse constantemente como profesionales, lo seamos actualmente o no, y en la preparación de futuros profesionales. En este sentido, consideramos que nuestro análisis es bastante comprensivo y a la vez compacto dada la extensión del trabajo. Las cuestiones de claridad irán por parte del lector, y son cuestiones que siempre debemos mejorar. Como profesionales, es importante saber hacerse entender por el prójimo.

Asimismo, consideramos importante explicar que esta es la primera etapa de una obra que tenemos planeado a largo plazo, ya que en una segunda instancia nos interesaría ahondar este enfoque y hacer un análisis funcional respecto de las cláusulas contractuales en miras de formar profesionales capaces de generar contenido, en consonancia con las enseñanzas del maestro Lawrence Lessig en materia de cultura *read-write* (generadores de contenidos) en contraposición a la cultura *read-only* (consumidores de contenidos). Este análisis debería hacer foco en tres cuestiones: el análisis del caso traído por el cliente, la redacción de textos jurídicos y las estrategias posibles en torno a la tipificación. Esto, quizás junto a un breve compendio de jurisprudencia.

A continuación, desarrollaremos nuestras conclusiones sobre las cuestiones actuales que mencionamos en las consideraciones preliminares.

Las telecomunicaciones presentan un desafío a la interpretación de la teoría de la aceptación entre presentes y ausentes, así como a las cuestiones de jurisdicción, salvo que cuestiones de orden público como la defensa del consumidor estén involucradas en la contratación. En este sentido, lo importante es conocer y prevenir estas contingencias de modo tal que la resolución de conflictos sea lo menos costosa y lo más expedita posible.

En cuanto al daño colectivo, consideramos que el riesgo de que un contrato predispuerto genere daño a un grupo indeterminado de personas es cada vez más evidente. En este orden de ideas, nos parece útil la inserción en el CCyCN de normativa específica en materia de derechos de incidencia colectiva y derechos individuales homogéneos. Lo ideal es que estos casos se promuevan a través de los sujetos legitimados, vía el artículo 43 CN, para iniciar acciones colectivas y que los casos se funden de manera tal que no se tenga que probar un daño individual.

En cuanto al sobreendeudamiento, se necesita normativa jurídica específicamente destinada a lidiar con este fenómeno, más allá del proceso concursal, ya que el art. 42 CN es por sí solo insuficiente para lidiar con esta cuestión. En este sentido, consideramos interesante como punto de partida

que la legislación que se desarrolle a futuro sobre el tema aborde el fenómeno de los préstamos múltiples y trate a estos como contratos conexos. En el estado actual de las cosas, hay que conformarse con el derecho a la información y las disposiciones sobre contratación financiera, tan vapuleadas por los prestamistas informales, ya sea por falta de información crediticia sobre el deudor o en un acto de usura que no se penaliza.

Finalmente, notaremos otras conclusiones que se pueden inferir del trabajo:

- 1) El sistema de capacidad es gradual y orientado hacia la realización de la persona, lo que permite al incapaz valerse de institutos como la lesión, la nulidad y los sistemas de apoyo para ejercer sus derechos contractuales del modo que le parezca más conveniente.
- 2) En este sentido, lo que prima en materia de capacidad es el interés superior del niño y la capacidad de la persona que padece una patología mental, en favor de quien se promueven sistemas de apoyo.
- 3) El aspecto temporal del contrato sirve para saber frente a qué tipo de responsabilidad nos encontramos y qué institutos son aplicables.
- 4) La CN tiene fuerza normativa vinculante e irradia sus contenidos a las relaciones entre las personas entre sí. No se puede pensar a la autonomía de la voluntad como abstraída del resto del sistema legal.
- 5) La autonomía de la voluntad, aunque limitada por factores económicos y jurídicos, se puede ejercer a través de la colaboración durante la etapa precontractual, con arreglo al principio de buena fe.
- 6) El derecho a la información cumple un rol esencial en la interpretación de los contratos y en la asignación de riesgos.
- 7) Más allá de los nombres oficiales de los institutos y su origen, que son relevantes para la traducción, o de las sub-clasificaciones de institutos que se expresen como norma jurídica, para un abogado es más importante entender el modo en que estos institutos se aplican. En este sentido, remitimos a nuestro análisis sobre la teoría de la imprevisión en Argentina y a la excesiva onerosidad propuesta por UNIDROIT.
- 8) Es importante expresar de forma explícita la causa fin en el contrato, con el propósito de facilitar la interpretación del contrato y el ejercicio del instituto de la frustración del fin del contrato.

- 9) Es necesario prestar atención al rol del organizador y a la causa fin en conjunto en materia de conexidad contractual, para tener una idea más acabada del funcionamiento de un sistema de contratos en particular.

Bibliografía

- Álvarez, A.: “La garantía legal en la ley de defensa del consumidor”, *elDial.com* - CC1198, 2009.
- Altmark, D. R., Molina Quiroga, E.: “Contratos informáticos. La etapa pre-contractual”, Departamento de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
- Aparicio, J. M., “Comentario y Observaciones al Proyecto de Código Civil. Parte General del Contrato (Arts. 957 a 983)”, *Nuestra Joven Revista Jurídica*, Vol. I, N°1, Serie I, en: <http://www.derecho.unc.edu.ar/njrj/revista-no-1/congresos-jornadas-y-seminarios/comentario-y-observaciones-al-proyecto-de-codigo-civil.-parte-general-del-contrato-arts.-957-a-983/view> [Accedido el 23/11/2014].
- Barocelli, S. S.: “¿Existe obligación de contratar? Análisis de supuestos particulares”, *DJ27/09/2006*, 227.
- Beltramo, A. N.: “El derecho de arrepentimiento del consumidor frente a los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales”, *Revista Jurídica de Daños*, año 2014, IJ-LXXIV-441.
- “Las ‘pourparlers’ en el derecho contemporáneo: Un acercamiento integral a la responsabilidad precontractual”, *Revista Jurídica de Daños*, año 2012, IJ-LXVI-649.
- Bietto, P. A., Colombo, M. C., y Gómez Segura, J. C.: “El sobreendeudamiento del consumidor en el derecho argentino, ¿es adecuada la respuesta del legislador?”, consultado en [<http://www.jndc.com.ar/00%2008/08%2004.htm>] el 19/02/2014.
- Brebbia, R. H.: “La frustración del fin del contrato”, *La Ley* 1991-B, 876.
- Borda, G. A.: *Manual de Derecho Civil*, Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, 2004.
- Center for Microfinance, University of Zurich, Kappel, V., Krauss, A., Lontzek, L.: *Over-Indebtedness and Microfinance – Constructing an Early Warning Index*, consultado en [<http://www.accion.org/Document.Doc?id=899>] el 04/07/2013. Resumen en español, en [<http://www.accion.org/Document.Doc?id=899>]

- responsability.com/domains/responsability_ch/data/free_docs/Microfinance_and_OID_Executive_Summary_ES.pdf*].
- Chamatropulos, D. A.: *Los daños punitivos en la Argentina*, 1ª edición, Buenos Aires, Errepar, 2009.
- Clarkson, K. W. et al.: *West's Business Law: Text and Cases*, 11va edición, Cengage Learning, 2009. ISBN-10: 0324655223
- Compagnucci de Caso, R. H., Trigo Represas, F. A.: *Código Civil Comentado, doctrina, jurisprudencia, bibliografía, obligaciones, artículos 495 a 651*, Tomo I, 1ª edición, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005.
- Crespín, M.: “La acción revocatoria concursal”, 2006, IJ-XXXIX-918.
- Crespo, M.: “Pacto comisorio tácito. Puntos a tener en cuenta y breve síntesis de las disidencias entorno al mismo”, *Foro de Práctica Profesional Digital*, año IV, N°11, abril de 2011, en: <http://www.forodeabogados.org.ar/edicion11/tema05.html> [Accedido el 15/09/2014].
- Fama, M. V.: “Salud mental y derechos humanos. Hacia un sistema de gradualidad de capacidades”, en *Derecho de Familia*, N°31, julio-agosto de 2005, pp. 59-87.
- Garrido Cordobera, L. M. R.: *La negociación contractual y el análisis económico del Derecho, Análisis Económico*, 1ª edición, Buenos Aires, Ed. Heliasta, 2006.
- “Bases constitucionales del derecho de los contratos. Alcances del principio de la autonomía de la voluntad”, *La Ley* 12/09/2011, 1.
 - “Las desigualdades negociales y la trascendencia del poder en la negociación contractual”, en *Vniversitas*, Bogotá, N°115, enero-junio de 2008, pp. 213-246.
- Garrido, R. F., Zago, J. A.: *Contratos Civiles y Comerciales*, Tomo 1, 2ª Edición, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2006.
- Gil Domínguez, A.: *Estado constitucional de derecho, psicoanálisis y sexualidad*, Buenos Aires, Ediar, 2011.
- “¿Ley antiterrorismo o antigarantismo?”, en <http://underconstitucional.blogspot.com.ar/2014/08/ley-antiterrorismo-o-antigarantismo.html> [Accedido el 25/11/2014]
- Gordillo, A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 2, 9ª edición, Buenos Aires, F.D.A, 2009.
- Hernández, C. A., Trivisonno, J.: “Suspensión del contrato en el Proyecto de Código”, *La Ley*, 18/09/2012, 1 - *La Ley*, 2012-E, 1067.
- Krieger, W.: “Parecido no es lo mismo: diferencias entre la teoría de la im-

- previsión, la excesiva onerosidad sobreviniente, la imposibilidad del cumplimiento y la frustración del fin del contrato”, DJ27/01/2010, 129.
- Leiva Fernández, L. F. P.: “La responsabilidad postcontractual”, La Ley, 2002-D, 1336.
- López Mesa, M. J.: “La responsabilidad postcontractual”, 2006, elDial.com - DC8A8.
- Lorenzetti, R. L. y otros: “Fundamentos del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación”, [Accedido el 05/10/2014 en <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf>].
- *Tratado de los Contratos, parte general*, 1ª edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004.
- “Presentación del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Sitio de consulta y debate sobre el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, mayo de 2012, en: <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Presentacion-de-Dr-Ricardo-Lorenzetti.pdf> [Accedido el 08/11/2014].
- Marín, M.: *Lingüística y enseñanza de la lengua*, 2ª edición, Buenos Aires, Aique Grupo Editor, 2008, pp. 28-30, 77-108, 133-167.
- Mosset Iturraspe, J., Piedecabras, M. A.: *Contratos, aspectos generales*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005, pp. 149-160, 163, 178.
- Nicolau, N. L.: *Fundamentos de Derecho Contractual*, 1ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2009, Tomo I.
- Novelli, M. H.: “El perfeccionamiento de los contratos celebrados por medios electrónicos en el derecho argentino y comparado”, *Cognitio Juris*, João Pessoa, Año III, Número 8, diciembre de 2013.
- Porcelli, L. A.: “Acción revocatoria pauliana en la ley 24.522 y su prescripción liberatoria”, LL 1998 - C, p. 1001 y ss.
- Schwartz, L.: “El consentimiento en el derecho del consumidor”, elDial.com - DC412, junio de 2004.
- Soligo Schuler, N. A.: “Los principios de redacción contractual”, en *Revista del Notariado*, año 106, N°873, Buenos Aires, julio-septiembre, 2003, pp. 33-57.
- Spota, A. G.: *Instituciones del derecho civil. Contratos*, Buenos Aires, La Ley, 2009.
- UNIDROIT: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional de México, “Reglas del proceso civil transnacional (con comentario)”, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2878/13.pdf> [Accedido el 27/11/2014].

- “UNIDROIT principles of international commercial contracts 2010” (integral version), Roma, 2010, ISBN: 88-86449-19-4. Versión oficial en español en <http://www.unidroit.org/unidroit-principles-2010-official-languages/spanish-black-letter> [Accedido el 03/09/2014].

