





LECCIONES
Y
ENSAYOS



FACULTAD DE DERECHO

Decana
Dra. Mónica Pinto

Vicedecano
Dr. Alberto J. Bueres

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora
Mary Beloff

Subdirector
Sebastián Picasso

Secretario
Jonathan M. Brodsky



**CONSEJO DE REDACCIÓN
SEGUNDO SEMESTRE 2015**

Director

Federico Maximiliano Mantiñan

Subdirectora

Adela Goberna

Secretarias de Redacción

María de los Ángeles Ramallo

Camila Petrone

Redactor

Ignacio Javier Lepro

Tutor

Francisco Sáez Zamora

Colaboradores

María Paula Cardella

Ramiro Manuel Fihman

Todos/as los/as integrantes del Consejo de Redacción son
estudiantes de grado de la Facultad de Derecho (UBA).

Lecciones y Ensayos invita a escribir respuestas o reacciones a los artículos publicados en la Revista. Para su publicación, dichas respuestas deberán ser enviadas, junto con los datos completos del autor, a lye@derecho.uba.ar.

2015	95
------	----

FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

LECCIONES Y ENSAYOS

CONSEJO ASESOR

José Casás
María Laura Clérico
Aníbal D'Auría
Marisa Herrera
Sandra Negro
Marcelo Raffin
Mario Villar

Algunos derechos reservados
Copyright by Departamento de Publicaciones
Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires
Av. Figueroa Alcorta 2263, 1° P (C1425CKB) -
Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723
La responsabilidad por los hechos e ideas expuestos en los trabajos
está a cargo exclusivamente de los autores.

ISSN (en papel): 0024-0079.

ISSN (en línea): 2362-4620.

Los artículos de esta revista se distribuyen bajo una licencia Atribución-NoComercial-Sin-Derivadas 2.5 Argentina (CC BY-NC-ND 2.5 AR) <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/ar/>

Usted es libre para: Compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato, bajo las siguientes condiciones: atribuir correctamente la fuente, proveer un link a la licencia, e indicar cualquier cambio en el material; no puede hacer uso del material con fines comerciales, ni distribuir el material modificado, en caso de mezcla, transformación o creación de nuevo material a partir de esta obra, sin permiso previo del editor y/o los respectivos autores.

Impreso en la República Argentina

Correspondencia: Dirigirse a

Departamento de Publicaciones
Facultad de Derecho - UBA
Av. Figueroa Alcorta 2263, 1° P
(C1425CKB) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
Tel./Fax: (54-11) 4809-5668

ÍNDICE

Editorial.....	15
----------------	----

LECCIONES

Benente, Mauro, <i>Criminalización y regulación de la protesta social. El fracaso de la teoría de la democracia deliberativa</i>	19
--	----

Galella, Patricio, <i>Desaparición forzada de personas y competencia temporal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i>	45
--	----

Galiano Maritan, Grisel, Morffi Collado, Claudia Lorena y Pérez, Hanny Noa, <i>Una mirada a las instituciones de guarda y cuidado. Necesaria transformación del ordenamiento jurídico cubano</i>	67
--	----

Sancari, Sebastián, <i>Valoración de la participación política en el ámbito del Poder Judicial a través de la actividad de la Corte Suprema de Justicia de la Nación</i>	99
--	----

Scherlis, Gerardo, <i>Nuevos paradigmas en la regulación de los partidos políticos: el caso argentino en perspectiva comparada</i>	125
--	-----

ENSAYOS

Elías, Víctor Lisandro, <i>La influencia de los derechos humanos en la jurisprudencia cautelar de la CIJ: reescribiendo los límites de la protección</i>	163
--	-----

Larsen, Pablo, <i>¿Por qué debemos respetar las garantías penales? Un enfoque consecuencialista</i>	189
---	-----

XII CONCURSO DE ENSAYOS IGNACIO WINIZKY

Cannizzaro, Carla Mabel, <i>Conciliación. Problemas e incongruencias del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación</i>	215
---	-----

III CONCURSO DE ENSAYOS BREVES

Antico, Luciano Manuel, <i>Mecanismos de gestión ambiental y políticas de responsabilidad ambiental empresaria en el mercado de capitales argentino</i>	249
Silvetti, María Victoria, <i>Patógenos en movimiento</i>	259
Rubio, Ricardo Fabián, <i>La era geocéntrica, un nuevo comienzo</i>	269

TRABAJOS DE CURSOS DEL C.P.O. ORIENTADOS A LA INVESTIGACIÓN

Feler, Alan Matías, <i>Soft Law como herramienta de adecuación del Derecho Internacional a las nuevas coyunturas</i>	281
Kenny, Patricio Enrique, <i>Los límites de la legítima defensa ¿podemos matar aun cuando existe la posibilidad segura de huir?</i>	305
Levy, Iván, <i>La realidad detrás de la ficción: ¿cuál es el lugar de la doctrina del “Velo Societario” en las jurisdicciones internacionales?</i>	327

PONENCIAS DEL CONGRESO DE DERECHO PENAL

Ascani Torres, Sabrina, <i>La reforma procesal penal y plazo de duración de la investigación penal preparatoria.....</i>	347
Braccacini, Fernando, <i>Democracia y persecución penal, ¿Conceptos incompatibles? Reflexiones en torno a un Ministerio Público Popular</i>	365
Días, Leandro A., <i>División de tareas y responsabilidad por omisión del funcionario policial.....</i>	387
Venditti, Franco, <i>La cárcel como herramienta pedagógica deslegitimante</i>	401

MISCELÁNEAS

Croxatto, Guido Leonardo, <i>El último adiós a Massimo Pavarini. El encuentro en su casa en Bologna, junto a Eugenio Raúl Zaffaroni</i>	411
<i>¿Cómo publicar y participar en Lecciones y Ensayos?</i>	453



EDITORIAL

Pensar en un –nuestro– editorial, nos hace preguntarnos acerca del lugar en donde estamos.

La Universidad puede atravesarse de varias maneras. *Lecciones y Ensayos*, nuestra “LyE” nos propone una forma distinta de vivir el paso por la Facultad que elegimos.

La actitud crítica que un Consejo de Redacción requiere en su trabajo cotidiano la trasladamos a los múltiples debates e interrogantes que nos damos desde nuestro lugar de jóvenes.

Somos conscientes de que formar parte de este espacio cambió nuestra manera de estar en la Facultad. Nosotros y nosotras elegimos un *estar* diferente: cursar, estudiar, cuestionar y criticar lo “estudiado”, conocer cada rincón del edificio, estar al tanto de los programas pensados para estudiantes, leer otras revistas jurídicas, indagar sobre universidades de otras partes del mundo, averiguar qué tienen para decir del Derecho las otras disciplinas, compartir y aprovechar las charlas y las conferencias, repensar cómo se estudian nuestras materias y preguntarnos por otras formas de trabajar como futuros/as abogados/as.

Al decidir ser parte de este Consejo de Redacción también decidimos este *estar* que es una manera de ser parte de la Facultad. Somos parte porque podemos serlo, podemos serlo porque la Universidad es pública, es de todos y todas, y es por ello que existe este espacio, que abre sus puertas a cualquier estudiante que tenga interés en participar.

Sabemos que “*El estudio no se mide por el número de páginas leídas en una noche, ni por la cantidad de libros leídos en un semestre. Estudiar no es un acto de consumir ideas, sino de crearlas y recrearlas*”. Por eso, a las ideas que nos llevamos de los cursos, las creamos y recreamos en cada una de nuestras reuniones, de las que participamos estudiantes que nos encontramos en distintos momentos de la carrera, venimos de trayectorias educativas diferentes y también en esa diversidad académica nos proyectamos.

Lecciones y Ensayos es, para quienes hacemos la revista, mucho más que el ejercicio de la actividad editorial o un simple motivo de reunión. Es un espacio al que llamamos propio y desde el cual constituimos nuestro presente, porque es –precisamente– a partir del debate y del cuestionamiento de lo establecido que queremos impulsarnos hacia el futuro.

Por espacios invaluable como el que encontramos en esta pequeña oficina de este gran edificio, es que afirmamos nuestra creencia en la educación pública, y apostamos por esta Universidad Pública en la que son posibles estos lugares de aprendizaje académico y humano, y en el cual tenemos la libertad de crear algo nuestro: de las y los estudiantes.

CONSEJO DE REDACCIÓN

LECCIONES



CRIMINALIZACIÓN Y REGULACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL. EL FRACASO DE LA TEORÍA DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA *

MAURO BENENTE**

Resumen: Un importante número de académicos que han abordado aunque de modo superficial la protesta social, han empleado una visión muy restringida de la democracia y por ello han repudiado los cortes de ruta. Por su lado, desde la teoría de la democracia deliberativa se ha ensayado una defensa de los cortes de ruta contemplando en ellos un ejercicio de la libertad de expresión. Tomando como ejemplo un proyecto de ley presentado para regular la protesta social, trataré de mostrar el fracaso de la teoría de la democracia deliberativa para proteger los cortes.

Palabras clave: democracia – protesta social – libertad de expresión – violencia.

Abstract: A significant number of academics who have studied although superficially social protest, have employed a very narrow view of democracy and therefore they have repudiated the roadblocks. For its part, the theory of deliberative democracy has tested a defense of the roadblocks contemplating in them an exercise of free speech. Taking as an example a bill submitted to regulate social protest, I try to show the failure of the theory of deliberative democracy to protect the roadblocks.

Keywords: democracy – demonstration – free speech – violence.

* Recepción del original: 23/11/2015. Aceptación: 20/12/2015.

** Abogado y Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "A.L. Gioja" y becario posdoctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas. Profesor Adjunto en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, a cargo del curso "Michel Foucault, el derecho y el poder", y Profesor Titular de filosofía del derecho en la Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de José C. Paz. maurobenente@yahoo.com.

I. INTRODUCCIÓN

La problemática de la criminalización de la protesta social ha sido y es un problema notablemente sensible para el discurso jurídico. Gran parte de los trabajos, generalmente poco documentados y con una muy débil profundidad conceptual, han sido escritos con posterioridad a la crisis política, social y económica de principios de siglo. En ese contexto, el repertorio de protestas delineaba un panorama de cacerolas en manos de sectores medios, y piquetes –cortes de calles y carreteras– llevados adelante por los sectores más empobrecidos de la sociedad. Es importante tener esta situación presente, puesto que las protestas que tenían frente a sus ojos los y las juristas que abordaron la temática eran protagonizadas por los sectores más oprimidos de la sociedad, que generalmente reclamaban por puestos de trabajo, aumento en el presupuesto de salud, vivienda, y por la provisión estatal de servicios básicos de primera necesidad.

Si bien el panorama en la actualidad presenta diferencias, la cuestión de la criminalización de la protesta no ha quedado en el pasado, puesto que las manifestaciones con motivo del rechazo a proyectos de megaminería y la sanción de la ley 26.268 –conocida como “ley antiterrorista”– han reavivado la discusión sobre la protesta social. Por su parte, un informe confeccionado por diversas organizaciones sociales nucleadas en torno al *Encuentro memoria, verdad y justicia* muestra que el problema mantiene una notable actualidad. Allí se indica la existencia, en el período 2001-marzo de 2012, de alrededor de cuatro mil personas criminalizadas por protestar. Sobre cerca de dos mil doscientas hay datos sobre su pertenencia y lugar de procedencia: el 31% de esos dos mil doscientos proviene del sector sindical, otro porcentaje similar de integrantes de pueblos originarios, siendo que casi el 50% de los casos de criminalización se registra en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la provincia de Buenos Aires.¹

Siete años después de la sanción de la “ley antiterrorista”, en la apertura de sesiones del Congreso de la Nación del primero de marzo de 2014, la Presidenta Cristina Fernández de Kirchner no dudó en sostener que “todo el mundo tiene derecho a protestar, pero no cortando las calles, impidiendo

1. Encuentro memoria, verdad y justicia. Informe sobre la criminalización de la protesta. Consultado en [<http://encuentromvuj.files.wordpress.com/2012/03/informe-criminalizacion-de-la-protesta-organismos-ddhh-emvj-marzo-2012.pdf>] el 13/10/15.

que la gente vaya a trabajar. Creo que vamos a tener que legislar sobre una norma de respeto y convivencia urbana". Afortunadamente el Congreso no avanzó en nuevas regulaciones y limitaciones a la protesta, aunque varios proyectos de ley fueron discutidos en la Comisión de Seguridad Pública de la Cámara de Diputados. Uno de los proyectos resultó, en el discurso mediático, de especial relevancia puesto que llevaba la firma de Carlos Kunkel, José María Díaz Bancalari y Diana Conti, tres Diputados de notable peso al interior de la estructura del Frente Para la Victoria, el partido de la entonces Presidenta. Aunque el proyecto no fue aprobado, ha marcado el completo fracaso que tienen las teorías deliberativas de la democracia no solamente para analizar el fenómeno de las protestas sociales, sino también para justificar los piquetes. Según diré, el proyecto muestra la completa inutilidad de la teoría de la democracia deliberativa para justificar la protesta en tanto acto de fuerza y cómo se queda sin argumentos frente a proyectos tendientes a limitar los cortes.

Para avanzar en mi propuesta, en la primera parte del trabajo intentaré dar cuenta de los análisis que prestigiosos juristas argentinos plantearon sobre la temática, en particular sobre los cortes de ruta que se desarrollaron hacia fines del siglo pasado y a inicios del corriente. Allí identificaré un importante número de autores y autoras, que por acotar la noción de democracia a un simple mecanismo representativo han manifestado una notable hostilidad respecto de los cortes de ruta. Estos y estas juristas, que en general son profesores y profesoras titulares en diferentes universidades, escriben manuales y tratados, y en definitiva son quienes producen el material teórico con el que se forman los abogados y abogadas, en nombre de la democracia han indicado que la respuesta a los cortes de ruta y calle debía ser la criminalización. En la segunda parte del trabajo me detendré espacialmente en los desarrollos de Roberto Gargarella, quien muy por el contrario a los casos anteriores y casi en soledad, partiendo de una visión deliberativa de la democracia se ha esforzado por defender los cortes de ruta. Ahora bien, con los cuidados que merece reprochar una postura como ésta dentro de un ámbito tan hostil hacia los cortes de ruta, me interesará tanto problematizar el intento de encuadrar a los cortes de ruta como casos de ejercicio de la libertad de expresión cuanto sostener que el proyecto cofirmado por Kunkel, Conti y Díaz Bancalari muestra con una notable claridad que se puede proteger el derecho a la libertad de expresión y de modo simultáneo restringir la protesta social. Quisiera, pues, utilizar el

proyecto como un laboratorio conceptual para dar cuenta de los límites de la teoría de la democracia deliberativa.

Antes de iniciar con el desarrollo de mi trabajo quisiera aclarar que la extensión de algunas de las citas obedece a que deseo presentar de modo bien preciso las argumentaciones desplegadas por los autores y las autoras que analizaré críticamente. En todos los casos he intentado leer a todos y todas ellas a su mejor luz, y es por ello que aun a costa de obstaculizar la lectura me he inclinado por incorporar citas algo extensas.

II. LA HOSTILIDAD A LOS CORTES DE RUTA

Fiel a una tradición bastante conservadora que atraviesa a buena parte de la producción jurídica en Argentina, no causa sorpresa que la gran mayoría de los y las juristas se pronunciaran en reproche a las manifestaciones y reclamos que utilizaban el corte de ruta y calle como repertorio. Tampoco sorprende que muchos y muchas no hayan dudado en observar con buenos ojos las herramientas proveídas por el derecho penal. No resulta novedoso que respecto de aquellos sectores más excluidos y oprimidos, a los que solamente les quedaba la calle para presionar por sus demandas, buena parte de los y las juristas recomendaran excluirlos aún más aplicándole un castigo. Aquello que a primera vista causa algo más de estupor es que haya sido en nombre de la democracia que se haya rechazado y repudiado la protesta social. Pero cuando se realiza una segunda lectura, queda claro que el círculo conservador se cierra porque aquel repudio se asienta sobre una mirada notablemente raquítica del funcionamiento de la democracia. En lo que sigue, entonces, realizaré una breve crónica de estas miradas hostiles a los cortes de ruta.

En mayo de 1999 en una muy breve nota periodística Gregorio Badeni reflexionaba sobre los escraches y los cortes de ruta, casos en los cuales "la incultura cívica y las pasiones sectoriales suelen detentar un ejercicio patológico de ese derecho [de expresarse] mediante la violencia y al margen de las reglas de convivencia democrática".² A su modo de ver los cortes de ruta, "la petición y la protesta consisten en apropiarse de bienes del dominio público impidiendo la circulación por calles y rutas, en defensa

2. BADENI, Gregorio, "Formas de libertinaje", *Clarín*, 17 de mayo de 1999.

de un interés sectorial y en desmedro del derecho de la comunidad".³ El caso de los escraches, siempre de acuerdo con Badeni, "[n]os recuerda las leyendas infamantes que los nazis alemanes e italianos escribían en las propiedades de los judíos y los daños que les ocasionaban. Era una muestra de barbarie e intolerancia, y antesala del más horrendo holocausto producido en el siglo XX".⁴ Finalmente, y aquí aparece la incompatibilidad entre la democracia y estos actos de protesta, Badeni plantea que tanto los cortes de ruta cuanto los escraches "[s]on actos que, respondiendo a un interés político o sectorial, son incompatibles con una convivencia civilizada y democrática".⁵ Siete años más tarde, en el 2006, también en un artículo periodístico, pero esta vez refiriéndose al corte en el puente Liberador General San Martín, ubicado en el límite entre Gualaguaychú y Fray Bentos, con motivo de la instalación de dos pasteras en territorio uruguayo, Badeni –que por entonces era el presidente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas– sostenía que "ejercer la libertad de expresión y simultáneamente incurrir en un acto ilícito doloso para restringir arbitrariamente el derecho al tránsito que asiste a las restantes personas no es un acto de libertad, sino de libertinaje".⁶ Ese mismo año Badeni publicó la segunda edición –la primera data de 2004– de su voluminoso *Tratado de Derecho Constitucional*, en donde sostuvo que el derecho de petición no era un derecho absoluto, por lo que "la petición deja de ser un derecho que merece tutela legal cuando, por su intermedio, se incurre en la comisión de delitos o se lesiona el orden o la moral pública. Tal es lo que acontece cuando la petición está acompañada por la ejecución, individual o colectiva, de actos prohibidos por la ley o que lesionan arbitrariamente los derechos de las personas (art. 19 CN). En esta categoría incluimos a los «piquetes», el corte de vías de comunicación impidiendo el tránsito, la ocupación de establecimientos públicos o privados".⁷

En otro muy breve trabajo –solamente 578 palabras para un tema tan delicado–, publicado en el año 2002 en la Revista *La Ley*, de gran circula-

3. *Ibid.*

4. *Ibid.*

5. *Ibid.*

6. BADENI, Gregorio, "Los límites de la libertad de expresión" *La Nación*, 18 de julio de 2006.

7. BADENI, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional I*, Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 544.

ción entre los abogados y académicos del derecho, Juan Carlos Cassagne se refirió a los cacerolazos y acotando la noción de democracia al ejercicio del sufragio no dudó en sostener que "el establecimiento de reglas mínimas para la convivencia en una sociedad civilizada no justifica que los ciudadanos estén obligados a consentir los malos gobiernos ya que, en una democracia representativa (art. 22, Constitución Nacional), el remedio correctivo se encuentra en el libre ejercicio del voto popular que permite la renovación periódica de los gobernantes y legisladores. Si lo que se cuestiona, básicamente, son las leyes que han creado el marco normativo que ha hecho posible la violación del derecho de usar y disponer de la propiedad sería quizás más justo que los ciudadanos canalizaran sus protestas ante el Congreso, en forma ordenada y pacífica, habida cuenta que constituye el ámbito natural de la democracia representativa en la que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes".⁸

También en el año 2002, el día tres de julio, se conoció la sentencia de la Cámara de Casación Penal en el caso "Marina Schiffrin", una docente que había participado de un corte de ruta a la salida de la terminal de ómnibus de Bariloche y había sido condenada a la pena de tres meses de prisión en suspenso, como coautora responsable del delito de impedir y entorpecer el normal funcionamiento de los medios de transporte terrestres sin crear una situación de peligro común (art. 194 del código penal). La Cámara de Casación confirmó la sentencia y, de acuerdo con lo que puede leerse en el pronunciamiento, el juez federal de primera instancia de San Carlos de Bariloche, había utilizado la obra del constitucionalista Miguel Ángel Ekmekdjian para sustentar su condena a Schiffrin. Dentro de los argumentos empleados para condenar a la docente, el juez había sostenido, citando al mencionado profesor, que "lo que afirma el art. 22 CN es que la única forma legítima y verificable de la expresión soberana del pueblo es el sufragio. Por medio de este, el pueblo rechaza o acepta las alternativas que le propone la clase política. Este artículo rechaza la anarquía del populismo y el autoritarismo de derecha o de izquierda, así como cualquier intento de quebrantamiento del sistema constitucional y de las instituciones políticas. Otros tipos de presunta expresión de la voluntad popular, distintos del sufragio (tales como reuniones multitudinarias en plazas o lugares públicos,

8. CASSAGNE, Juan C., "Reflexiones sobre los «cacerolazos»", en *Revista La Ley* c-1938, Buenos Aires, 2002.

encuestas, huelgas, lockouts u otros medios de acción directa, vayan o no acompañadas por las armas, etc.) no reflejan realmente la opinión mayoritaria del pueblo, sino a lo sumo la de un grupo sedicioso".⁹

También encuadrando los casos de protesta social dentro del artículo 22 de la Constitución Nacional,¹⁰ en la segunda edición –del año 2003– de la *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada* de María Angélica Gelli se lee que "[l]as acciones llevadas a cabo con la finalidad de llamar la atención de la opinión pública y presionar a las autoridades con cortes de rutas, caminos o calles encuadran en la prohibición constitucional, aun cuando las autoridades suelen ser complacientes con aquéllas, por motivos políticos o sociales y, en ocasiones, para evitar males mayores".¹¹ Ya sin referencias al artículo 22, pero también observando en los cortes una vulneración del sistema constitucional, en un breve artículo publicado en marzo de 2005 Walter Carnota sostenía que "[l]a protesta social, como tantas cosas en la vida, empezó siendo legítima, al manifestar una serie de agravios, más que nada en el frente socio-económico. Prontamente, empero, extravió el rumbo. Desde hace años la Ciudad de Buenos Aires se ha transformado en un caos vehicular. Derechos tan mínimos como la seguridad individual o la circulación territorial se han visto impedidos por el calendario y los cronogramas de los que «marchan». Y allí es donde los reclamos y las protestas, al interferir con otros derechos igualmente valiosos y legítimos, se convierten en «disfuncionales» y en violatorios al orden público constitucional".¹²

A modo de curiosidad, merece ser destacado un proyecto de ley presentado en el año 2006 por el entonces diputado Reinaldo Vanossi, quien fuera profesor titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad de La Plata. En el proyecto,

9. EKMEKDJIAN, Miguel Á. (1994), *Tratado de derecho constitucional* II, Buenos Aires: Depalma, pp. 599-600. este párrafo es reproducido en "Schifrin, marina", CNCasación penal, sala 1°, 03-07-2002, 2ª cuestión, voto de Bisordi y Catucci, punto a. JA 2002-IV-376.

10. El artículo dispone que "el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta constitución. toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione en nombre de este, comete delito de sedición".

11. GELLI, María A. *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 219.

12. CARNOTA, Walter f. "Reunión pacífica y sin armas", en *Revista eldial.com*, DC58e, 2005.

nunca sancionado, se establecía la responsabilidad del Estado federal por "los daños producidos por acción u omisión del ejercicio del poder de policía del Estado, en particular por adoptar o no adoptar las medidas preventivas y/o represivas adecuadas ante cortes de rutas, puentes, vías navegables o de comunicación de todo tipo, o el acceso a lugares públicos o privados, aeropuertos, empresas, representaciones diplomáticas extranjeras, paseos públicos, instituciones educativas de cualquier nivel, o cualquier lugar en el que algún individuo tenga legítimo derecho de transitar o ingresar".¹³ En sintonía, en un artículo publicado en la revista de la *Academia Nacional de Derecho*, en donde explicaba los alcances del proyecto, afirmaba que "[e]s conocido el fenómeno que se ha difundido en los últimos tiempos de la realización de los llamados «piquetes», por los que cualquier persona realiza reclamos, algunas veces legítimos y otras que no lo son tanto, con los que se interrumpe el tránsito, se impide el ingreso a aeropuertos, empresas, supermercados, casas de comidas, centros de expedición de combustibles, lugares de recreación, puentes nacionales e internacionales, etc., también se atenta contra la seguridad e incluso la integridad física de las personas, se destruye la propiedad privada y pública y, en fin, se realizan todo tipo de acciones generalmente delictivas, que ponen a la Argentina con la imagen de ser un país donde, pese a que se invocan diariamente los Derechos Humanos, no se respetan en lo más mínimo los derechos individuales más elementales y, lo más grave, todo ello se hace ante la mirada complaciente de las autoridades que están obligadas a resguardar tales derechos".¹⁴ Como se puede advertir, en lugar de presentar proyectos de ley tendientes a remediar los problemas de pobreza, el desfinanciamiento de las instituciones educativas y sanitarias, la falta de trabajo, la propuesta de Vanossi era que el Estado, por no prevenir o reprimir los cortes de ruta reparara a quienes se ven molestados por los cortes. Si bien el proyecto tiene límites muy delgados con el ámbito de lo ridículo, a modo de contraste no podemos olvidar que en la vereda opuesta existía una importante cantidad de iniciativas legislativas que proponían amnistiar a quienes habían participado de cortes de ruta, pro-

13. Expte. 6968-D-2006, art. 17.

14. VANOSI, Jorge R. "«Ley de bases» sobre responsabilidad del Estado", en *Revista Academia Nacional de Derecho*, Buenos Aires, 2007, p. 1.

yectos que en algunos casos implicaban amnistías generales y en otros aludían a cortes o manifestaciones específicas.¹⁵

Por su lado, aunque ya no estamos frente a profesoras y profesores titulares que escriben tratados y manuales, cabe referenciar un trabajo de Alberto Sánchez publicado en el "Suplemento de Derecho Constitucional" de la Revista *La Ley* de junio de 2010, donde aplaudía y brindaba por una decisión de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta que había confirmado el procesamiento de Rubén Argañarás y otros manifestantes, quienes el 9 de febrero de 2009 habían cortado la ruta nacional n° 9. Allí Sánchez sostenía, con una prosa que recuerda teoría de las ventanas rotas, que "[p] ara que hoy tengamos cortes de rutas y de puentes ha sido menester que antes tolerásemos vendedores ambulantes que ocupan las aceras con su mercadería, carteles de todo tipo y tamaño obstruyendo esas mismas aceras, automóviles colocados en bulevares con un tarrito encima para su venta, manifestaciones en las calles y muchas otras clases de invasión del espacio

15. En esta línea pueden citarse los siguientes proyectos: Expte. 0975-D-2013, firmado por María Cristina Cremer De Busti (que es una reproducción del Expte. 3316-D-2011, y que propone una amnistía para quienes participaron de los cortes en contra de las pasteras en Fray Bentos); Expte. 0980-D-2012, firmado Atilio Francisco Salvador Benedetti, Ricardo Luis Alfonsín, Juan Pedro Tunessi, Jorge Mario Álvarez, Ricardo Rodolfo Gil Lavedra (proyecto que es una reproducción del Expte. 5887-D-2010, y que propone una amnistía para quienes participaron de los cortes en contra de las pasteras en Fray Bentos); Expte. 5704-D-2008, firmado por Horacio Alberto Alcuaz, María Virginia Linares, Claudia Fernanda Gil Lozano, Fabián Francisco Peralta, Claudio Lozano, Carlos Alberto Raimundi, Ricardo Oscar Cuccovillo, Nélide Belous, Elisa Beatriz Carca, Norma Elena Morandini, María Fernanda Reyes, Eduardo Gabriel Macaluse, Elsa Siria Quiroz, Héctor Flores, Pablo Zancada (proyecto que propone una amnistía a todos aquellos que hayan participado de movilizaciones y reclamos en vistas de obtener reivindicaciones sociales, políticas y económicas); Expte. 1023-D-2005, firmado por Alicia Amalia Castro (que es una reproducción del Expte. 5545-D-2003 y que propone una amnistía a todos aquellos que hayan participado de movilizaciones y reclamos en vistas de obtener reivindicaciones sociales, políticas y económicas); Expte. 5502-D-2003, firmado por Ricardo C. Gómez, Blanca I. Osuna, Mónica Kuney, Marcela A. Bordenave, Gerardo A. Conte Grand, Dante O. Canevarolo, Pablo A. Fontdevila, Rosana A. Bertone, Saúl E. Ubaldini, Patricia C. Walsh, Margarita O. Jarque, José A. Roselli, Guillermo E. Johnson (que propone una amnistía a todos aquellos que hayan participado de movilizaciones y reclamos en vistas de obtener reivindicaciones sociales, políticas y económicas); Expte. 7609-D-2001, firmado por Juan M. Urtubey, José M. Díaz Bancalari, Jorge A. Obeid, Manuel J. Baladrón, Alfredo N. Atanasof, Carlos Alessandri (proyecto que propone una amnistía para quienes hayan participado de las acciones de protesta social de los días 19 y 20 de diciembre).

público, que es de todos, por unos pocos que se lo apropian para satisfacer intereses particulares. Los cortes de calles y rutas no hubiesen sido posible si aquellos primeros abusos no se hubiesen permitido".¹⁶ Además, con un argumento con pretensiones de corrección política, aclaraba que protestar era un derecho reconocido pero no resultaba válido protestar cortando una ruta: "[u]na cosa es admitir la justicia de los reclamos y otra justificar, en su nombre, la ilegalidad de la forma de reclamar [...] No se trata, por tanto, de «criminalizar la protesta», como falsamente se plantea, sino de entender que la protesta no puede ni debe asumir la forma de delito". Finalmente, en un trabajo también publicado en el año 2010 y nuevamente en *La Ley*, Raúl Rovira mostraba su rechazo a los piquetes en estos términos: "no podemos menos que deplorar el uso y abuso que hacen algunos sectores de la ciudadanía en la actualidad de los Derechos Humanos y de la libre expresión en el ejercicio de legítimos reclamos y demandas, cuando avasallan los derechos de otros, igualmente respetables. Prácticamente no hay día en que las calles, puentes, rutas y avenidas, no sean obstruidas por las manifestaciones piquetes y cortes que realizan sindicatos, organizaciones sociales, trabajadores cesantes, etc., para dar a conocer sus respectivos reclamos, impidiendo, arbitrariamente, la libre circulación de vehículos y peatones. Por supuesto, la implícita renuncia de los responsables oficiales a ejercer un razonable principio de autoridad para corregir evidentes excesos favorece la generación de un estado de anomia susceptible de desembocar nuevamente en situaciones lindantes con la anarquía".¹⁷

Más allá de la escandalosa y casi ridícula anécdota del proyecto de ley presentado por Vanossi, y de las más recientes publicaciones de Sánchez y de Rovira, puede advertirse que varios de los argumentos brindados por importantes juristas para reprochar los cortes de ruta se basan en una estrecha y conservadora mirada de la democracia. Es así que al decir de Badeni los piquetes y los escraches no pueden enmarcarse en una sociedad democrática, y de acuerdo con Ekmekdjian, Gelli y Cassagne –con diferentes matices– los cortes de calle, al exceder los canales de la democracia representativa, se erigen como delitos de sedición. En la concepción de

16. SÁNCHEZ, Alberto, "Derecho de petición y corte de ruta: un fallo aleccionador", en *Revista La Ley*, Buenos Aires, 2010-D, 179.

17. ROVIRA, Raúl R. "Estado de derecho o anarquía. una experiencia para tener presente", en *Revista La Ley*, Suplemento Actualidad, 28 de diciembre de 2010.

la democracia que está supuesta en estos autores, una mirada que parece reducir la democracia a un mero proceso electoral periódico, a una actitud de esconderse para introducir un papel en un sobre y luego un sobre en una urna, no hay espacio para ejercicios de violencia o actos de fuerza no estatales como los que se desarrollan en los cortes de calles y rutas. Para estas líneas teóricas hostiles a los piquetes y cortes de calle, la democracia parece no tolerar la necesaria y constitutiva manifestación de violencia y de fuerza de los piquetes y los cortes de calle.

De modo contrario, en el marco de este panorama moldeado a partir de una gran hostilidad hacia los fenómenos de protesta social, y acompañado tal vez únicamente por Eugenio Raúl Zaffaroni¹⁸ y Raúl Gustavo Ferreyra,¹⁹ Roberto Gargarella se ha esforzado por brindar argumentos en vistas a proteger jurídicamente los episodios de protesta social y en particular los cortes de calle y ruta llevados adelante por los sectores más oprimidos de la sociedad. De algún modo, así como a partir de una versión restrictiva de la democracia numerosos autores y autoras han repudiado los cortes de ruta, Gargarella los ha defendido a partir de una concepción deliberativa de la democracia. En lo que sigue, me interesará analizar lo problemático que resulta esta concepción de la democracia como grilla de análisis de los piquetes o los cortes de ruta.

III. DEMOCRACIA DELIBERATIVA Y PROTESTA SOCIAL

A escala global, entiendo que la aproximación más interesante y sofisticada sobre la democracia deliberativa es la aportada por Jürgen Habermas en *Facticidad y Validez*, y en algunos artículos y conferencias anteriores y posteriores a la publicación de 1992. De todos modos Roberto Gargarella no ha retomado la noción deliberativa de la democracia de los desarrollos

18. Cfr. ZAFFARONI, Eugenio R. "El derecho penal y la protesta social", en *Revista Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2002-iv-384; ZAFFARONI, Eugenio R., "Derecho penal y protesta social", en AA. VV. *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal. Libro homenaje al dr. Juan Bustos Ramírez*, Lima, Idemsa, 2007, pp. 1061-1077.

19. FERREYRA, Raúl G., *La constitución vulnerable. crisis argentina y tensión interpretativa*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003; FERREYRA, Raúl G., "Interpretación judicial y protesta social", Ponencia presentada en las *Jornadas científicas de la magistratura de la argentina*, Facultad de Derecho de la UBA, 2009.

del autor alemán sino de otro autor argentino, Carlos Santiago Nino. Esto quizás no sea un dato menor puesto que si bien no puedo desarrollarlo en este trabajo, leídas a contraluz, las teorías de Nino resultan notablemente más liberales que las propuestas de Habermas.

Una aproximación mínima a la concepción deliberativa de la democracia que postula Nino y que retoma Gargarella, indica que la adopción de decisiones políticas debe hacerse luego de un amplio proceso de discusión colectiva, en el cual deben participar todos los potencialmente afectados. Deben considerarse legítimas solo aquellas normas precedidas de un debate con las características descriptas y que además sean producto del consenso al que se arriba una vez atravesado ese proceso de intercambio de buenas razones. Además Gargarella agrega que las decisiones políticas deben ser imparciales, siendo que una norma cumple con el requisito de la imparcialidad cuando se adopta no para favorecer un grupo determinado, sino porque se considera que su contenido es el más justo, tomando en consideración todos los intereses involucrados.²⁰ De acuerdo con Nino, la democracia deliberativa es el sistema más propicio para alcanzar la imparcialidad de las decisiones, ya que permite el desarrollo de un debate público, que es el mejor método para acceder al conocimiento de la verdad moral, de la decisión más justa. Esto es así porque permite que todos los potencialmente afectados por una decisión opinen sobre la viabilidad de las medidas a tomar, lo que hace que los argumentos se perfeccionen, se contemplen todos los supuestos de hecho a tener en cuenta y se detecten los errores de razonamiento.

En la primera edición de *Ética y derechos humanos*, publicado en 1984 a poco de ser recuperada la democracia, Nino establecía un estrecho nexo entre la democracia y el discurso moral, temática sobre la cual avanzó en los años subsiguientes. Allí proponía que "...además de ser el régimen que mejor promueve su expansión, la democracia es un *sucedáneo* del discurso moral".²¹ Tal como queda más claro en "Constructivismo epistemológico:

20. GARGARELLA, Roberto, "*Crisis de representación y constituciones contramayoritarias*", en *Revista Isonomía*, n° 4, 1995, pp. 91-92; GARGARELLA, Roberto, "Representación plena, deliberación e imparcialidad", en ELSTER, Jon, *La Democracia Deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 324-326.

21. NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Paidós, 1984, p. 239. Recordemos que para Nino "el discurso moral es una técnica para convergir en acciones y actitudes sobre la base de la adopción libre y compartida de los mismos principios para

entre Rawls y Habermas", aparecido en *Doxa* en 1988, Nino detecta en la democracia deliberativa un mecanismo, una práctica social capaz de lograr el acceso al conocimiento moral.²² Esta tesis fue mantenida hasta sus últimos escritos, y es así que el capítulo V de la *Constitución de la democracia deliberativa* luego de establecer una interconexión entre la moral y la política, insistía en que "el valor de la democracia reside en su naturaleza epistémica con respecto a la moralidad social [...] una vez hechos ciertos reparos, se podría decir que la democracia es el procedimiento más confiable para acceder al conocimiento de los principios morales".²³ En línea con lo anterior, Nino afirma explícitamente que "la teoría epistémica de la democracia depende de ciertas hipótesis. Una es que la falta de imparcialidad no se debe a menudo a inclinaciones egoístas de los actores en el proceso social y político, sino a mera ignorancia acerca del contenido de los intereses de los demás".²⁴ En el mismo orden de ideas, Gargarella sostiene que "puede aducirse que las decisiones son a menudo «parciales» a causa de la ignorancia respecto de los intereses o preferencias reales de los otros. Se puede llegar a decisiones no neutrales no en virtud del interés propio o de la parcialidad de quienes toman las decisiones, sino porque no se ha comprendido bien de qué modo otras personas evalúan ciertas opciones".²⁵

Pareciera que la perspectiva deliberativa propone a la democracia como un procedimiento de toma de decisiones en el cual no hay intereses en juego, no hay disputas, no hay relación de fuerzas, sino simplemente diálogo e intercambio de razones. Asimismo, las innumerables y hasta infinitas decisiones parciales y defensoras de determinados intereses que sistemáticamente se adoptan en la arena política latinoamericana no se explican porque unos intereses triunfan sobre otros, ni porque determinados sectores poseen mayor capital económico y simbólico que otros, sino que

guiar esas acciones y actitudes". NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Paidós, 1984.

22. NINO, Carlos S., "Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas", en *Revista Doxa*, n° 5, 1988, p. 87.

23. NINO, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, p. 154.

24. *ob. cit.*, p. 168.

25. GARGARELLA, Roberto, "Representación plena, deliberación e imparcialidad", en ELSTER, Jon, *La democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2001, p. 324.

se explican, ingenuamente, por un mero desconocimiento de determinadas razones, de ciertos puntos de vista. El registro de la política parece no ser el de las fuerzas, el de los intereses en juego y las disputas de poder, sino que se juega en la dimensión celestial de los buenos y malos argumentos.

Bien podría sostenerse que la teoría deliberativa de la democracia no está contaminada por el juego de intereses ni de las correlaciones de fuerzas porque es una teoría estrictamente normativa. En tanto teoría normativa, no hace más que establecer un ideal regulativo que cuanto mucho resulta útil para realizar un contraste con el juego político realmente existente y a partir de ello enunciar un juicio crítico. Uno podría problematizar la utilidad de una teoría normativa que suponga la igualdad y el consenso, no por ser criterios reprochables sino porque se trata de valores que cualquiera adoptaría, y porque cualquiera sabe que la historia política –no la historia de la filosofía política– poco tienen que ver con la igualdad total y el consenso absoluto. De todos modos no me interesa detenerme en este asunto, puesto que el mayor problema se encuentra no cuando discutimos la democracia en términos normativos, ni cuando en nombre de ese ideal regulativo realizamos un ejercicio crítico de la democracia contemporánea, sino cuando sin ninguna traducción ni adaptación pretendemos emplear el esquema normativo de la democracia deliberativa para analizar un aspecto de la realidad argentina de fines del siglo pasado como son los cortes de calle y rutas para reclamar por necesidades básicas insatisfechas.

Los piquetes se caracterizan no solamente por los cortes de ruta o calles sino también por los bombos, la pirotecnia, la quema de neumáticos –de hecho, los manifestantes que cortaban rutas, antes de ser etiquetados como *piqueteros* recibieron el nombre de *fogoneros*–. De lo que se trata, pues, es de violencia, de cierta demostración de fuerzas, de generación de daños, tal como de otra manera se produce en la huelga. La protesta es la creación de un espacio violento, de una producción de daños a terceros, por fuera de la violencia instituida y tolerada jurídicamente. No obstante, en su defensa de los piquetes, cayendo en el error de analizarlos a través de un criterio estrictamente normativo, Gargarella sustituye el fuego de las gomas, la demostración de fuerzas, la producción de daño, por algo mucho más paradisíaco, más próximo y menos hostil al discurso del derecho y al funcionamiento de la democracia liberal: la libertad de expresión. En sus numerosas publicaciones, el fundamento para brindar un paraguas jurídico a los cortes de ruta y de calle ha sido la protección de la libertad de expresión.

En varios de sus trabajos Gargarella asume que en los cortes de calle y ruta se generan conflictos de derechos, pero esto de ningún modo implica optar por la criminalización de los piquetes sino que aquello que hay que hacer es, justamente, ponderar los derechos en juego.²⁶ En primer lugar, y antes de avanzar en el resultado de esta ponderación, es importante tener presente que si el derecho afectado es el de transitar en automóvil o en transporte público, el derecho ejercido es la libertad de expresión. Gargarella no tiene dudas en catalogar a las protestas como un acto que hace uso del derecho de libertad de expresión, y es así que en un muy didáctico trabajo en el cual realiza un diálogo imaginario alrededor de los debates sobre la protesta, él mismo se pregunta "¿*Qué derecho es, entonces, más importante (el derecho al libre tránsito o el derecho a la libertad de expresión)*?"²⁷ Antes de avanzar en la respuesta, reitero que para la perspectiva de la democracia deliberativa el corte de ruta o de calle es un ejercicio de la libertad de expresión, y es por ello que parece fácil advertir la inclinación por su protección: "[e]ste tipo de derechos o «superderechos» resultan merecedores de la máxima protección judicial, fundamentalmente dada su proximidad con el nervio democrático".²⁸ Además esta protección a la libertad de expresión se intensifica todavía más cuando estamos frente a críticas al poder de turno. Es por ello que dice Gargarella: "creo que el consejo puede ser más preciso, para señalarle al magistrado su deber más importante, que es el de proteger al que habla, sobre todo si se trata de

26. GARGARELLA, Roberto, "Cómo argumentar (y sobre todo cómo no hacerlo) frente a situaciones de conflicto social. La doctrina argentina frente a la protesta", en *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, pp. 72-74; GARGARELLA, Roberto, *Carta abierta sobre la intolerancia: apuntes sobre derecho y protesta*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2006, p. 22.

27. GARGARELLA, Roberto, "Un diálogo sobre la ley y la protesta social", en *Revista Derecho pucp*, n° 61, 2008, p. 27.

28. GARGARELLA, Roberto, "Cómo argumentar (y sobre todo cómo no hacerlo) frente a situaciones de conflicto social. La doctrina argentina frente a la protesta", en *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, p. 74. Ante cortes de rutas o calles es menester tomar en serio la densidad que tiene el derecho a la libertad de expresión ya que "en casos como los que examinamos, la libertad de expresión no solo merece ser tomada en cuenta como cualquier otro derecho afectado, sino que —mucho más— requiere de una atención privilegiada: el socavamiento de la libertad de expresión afecta directamente el nervio principal del sistema democrático". GARGARELLA, Roberto, "Ruta 1: expresión cívica y «cortes de ruta»", en *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, p. 26.

una voz que pretende presentar una crítica contra quienes ejercen el poder. Esa voz es la que más necesita ser protegida".²⁹ Más allá de coincidir con la especial protección al crítico, aquí lo que está en juego es otra cosa: la reducción de una protesta a una simple "voz", que incluso se enuncia en singular, como si los piquetes no tuvieran por detrás organizaciones políticas y sociales.

A mi modo de ver, es claro que en las protestas y cortes de calle se expresan consignas e ideas, se pronuncian discursos, pero en las protestas aquello que centralmente se expresa no es otra cosa que una demostración de fuerza. Asimismo, el logro de los objetivos de la protesta depende mucho menos del contenido de lo expresado, de las buenas razones, que del daño y la molestia causada. No es correcto situar al diálogo en el centro de la escena porque si este existe es por el trasfondo de la manifestación de fuerzas, de un ejercicio de poder que se ubica en la misma trama del diálogo. Hasta tanto la generación de violencia no se produzca, hasta tanto el corte de rutas o calles no cause molestias, no hay diálogo entre funcionarios y manifestantes. Cuanto mucho, al menos en estos casos límites del sistema institucional, el diálogo es la continuación de la fuerza por otros medios.

Al analizar los fenómenos de protesta social en Argentina durante los últimos años del siglo XX y los primeros del siglo XXI, Gargarella propone como diagnóstico que "en muchas zonas y círculos sociales de nuestro país, los individuos encuentran graves dificultades para tornar audibles sus voces y llamar la atención del poder político [...] es preocupante que un sistema democrático conviva con situaciones de miseria, pero es catastrófico que tales situaciones no puedan traducirse en demandas directas sobre el poder político".³⁰ Según entiendo, y más allá de las excelentes intenciones de Gargarella –que no dejo de reivindicar– y la importancia y frescura que han traído sus sólidos análisis a la comunidad académica del derecho,

29. GARGARELLA, Roberto, *Carta abierta sobre la intolerancia: apuntes sobre derecho y protesta*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2006, pp. 22-23. del mismo modo, en otro de sus trabajos, insiste en que los jueces "deben hacer un esfuerzo por resguardar el crítico, muy especialmente cuando lo que está en juego es una crítica al poder público y más todavía si el crítico tiene dificultades para expresarse por otros medios". GARGARELLA, Roberto, "El derecho a la protesta social", en *Derecho y humanidades*, n° 12, 2006, p. 145.

30. GARGARELLA, Roberto, "Ruta 1: expresión cívica y «cortes de ruta»", en *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, p. 30.

lo cierto es que este es un modo de disminuir la potencia de los actos de protesta. La protesta, el piquete, es una manera de desbordar los canales institucionales, y es una intervención en el espacio público empleada para presionar a las instituciones para resolver reclamos que seguramente ya fracasaron en su tramitación formal dentro de las instituciones. Cuando las demandas por la creación de puestos de trabajo, las exigencias de mejoras en la educación, la salud y en los salarios, o los reclamos por otra o ninguna utilización de los bienes comunes –generalmente denominados recursos naturales– no son tratados satisfactoriamente por los canales institucionales –instituciones que en muchos casos causan el problema contra el que se lucha–, se vuelve necesario cortar una calle o una ruta. La protesta no el síntoma de una mala traducción de las demandas, es un mecanismo de presión para ellas sean atendidas.

Cuando Gargarella esboza una poderosa y muy interesante crítica al pronunciamiento dictado el 23 de abril de 2004 por la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa "Alais",³¹ refiriéndose a los argumentos y la decisión de los jueces Tragant y Riggi sostiene que "[I]os jueces del caso, en lugar de orientarse a satisfacer las demandas básicas de los grupos más desaventajados, decidieron dificultar la expresión de tales demandas. Actuando de este modo, dichos magistrados se mostraron más preocupados por preservar la «paz social» que la vitalidad del sistema democrático".³² Lo que resulta por demás curioso es que quien insiste sistemáticamente en el ejercicio de la libertad de expresión que supone el corte de ruta, o en el caso "Alais" el corte de vías del ferrocarril en localidad de Villa Lynch, no dedique ningún párrafo al contenido de la expresión, al contenido del reclamo que llevaban quienes cortaban las vías. En lugar de dar cuenta de la manifestación de potencia, de fuerza, lejos de mostrar la producción de daño que supone cortar las vías del ferrocarril, Gargarella busca, sin éxito, la solemnidad del ejercicio de un valor liberal como la libertad de expresión y, al hacerlo no hace más que trasladar elementos ideales de una teoría normativa de la democracia a contingencias históricas que poco tienen que ver con ella. De allí que una vez conocida la sentencia del Tri-

31. Cámara Nacional de Casación Penal, sala 3ª, "Alais, julio a. y otros s/recurso de casación", JA 2004-III-274, sentencia del 23 de abril de 2004.

32. GARGARELLA, Roberto, "Por qué el fallo «Alais» es (jurídicamente) inaceptable", en *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005, p. 57.

bunal de la Haya respecto del diferendo entre Argentina y Uruguay sobre la pastera Botnia, Gargarella sugiera que "quienes protestan en Gualeguaychú se equivocan, políticamente, al insistir con medios de protesta que se han rutinizado y vaciado de potencia expresiva".³³ Ahora bien, el fracaso del corte del puente General San Martín –que separa la ciudad argentina de Gualeguaychú con la ciudad uruguaya de Fray Bentos– no se debió, creo, a un problema de potencia expresiva. El contenido de la expresión fue siempre el mismo: "no a las papeleras". Lo que ocurrió fue que el corte del puente no logró reunir las fuerzas necesarias, materiales y simbólicas, para lograr el objetivo. Si adoptamos el ejemplo de los paros docentes en reclamo de aumentos salariales, la capacidad de lograr el cometido, no depende solamente del potencial expresivo, sino también de su potencial dañino. No es casual, pues, que los reclamos docentes, los paros y manifestaciones, se desarrollen durante el ciclo lectivo –cuando es posible generar daño a padres y estudiantes– y no en período de receso. El potencial de la expresión es el mismo en cualquier época del año, pero el daño que generan es muy diferente. Expresarse durante el receso o al inicio de clases exigiendo mejoras salariales o mejores condiciones de trabajo tiene el mismo potencial expresivo, y el contenido racional que se vuelca en el foro público es exactamente el mismo. Lo que cambia es la magnitud del daño producido. Del mismo modo, puede advertirse que los cortes de calle y ruta se realizan los días laborales y rara vez los sábados y domingos y feriados, días en los cuales se podría expresar exactamente lo mismo, pero con menos generación de daño porque molestaría mucho menos a trabajadores del transporte, pasajeros, y automovilistas.

En este punto recordemos que la definición mínima de democracia deliberativa estipulaba que las decisiones políticas debían adoptarse luego de un amplio proceso de discusión colectiva, en el cual debían participar todos los posibles afectados. Tengamos también presente que la parcialidad de las decisiones políticas se explica no por la imposición de unos intereses sobre otros, sino por un mero desconocimiento sobre la situación de determinados actores sociales. Es a partir de este marco teórico que Gargarella afirma que "[a]nte todo, vale la pena que pensemos sobre las dificultades expresivas que tienen muchísimos grupos, en nuestro país, y

33. GARGARELLA, Roberto, "Elstund/Gualeguaychú". consultado en [<http://www.seminario-gargarella.blogspot.com.ar/2010/04/estlundgaleguaychu.html>] el 25/10/15.

que les impiden hacer conocer a los demás aquellas cuestiones que más les preocupan. Se trata de las cuestiones relacionadas con un problema muy serio: el de las necesidades básicas insatisfechas [...] Lo que importa es que todos los grupos con necesidades básicas insatisfechas, en cualquier provincia o localidad, cuenten con la posibilidad adecuada de hacer conocer sus reclamos al poder público, y de ser atendidos debidamente".³⁴ Creo que uno puede estar de acuerdo con estas líneas, pero es problemático acordar con ellas cuando se escriben como argumentos para proteger las protestas sociales. El hacer conocer el reclamo a las autoridades públicas es lo menos importante y se puede hacer de numerosas maneras. Además quienes gobiernan están en conocimiento del contenido de los reclamos, pero lo radical de la protesta es que pone a todas luces que las decisiones políticas poco tienen que ver con la razón y mucho con la astucia, poco con el diálogo y mucho con la fuerza. Lo central de la protesta es generar una molestia necesaria para que el poder público y también privado, que ya conoce las demandas, las atienda.

Es cierto que en algunos de sus trabajos, Gargarella enuncia que la teoría de la democracia deliberativa está abierta "a reconocer el valor e incluso la importancia de las expresiones disruptivas".³⁵ En varios de sus artículos se hace cargo de la existencia del ejercicio de la violencia y de la fuerza en los cortes de calles y rutas, mencionando amenazas y agresiones verbales y físicas a automovilistas, destrucción de edificios públicos, etc.³⁶ Sin embargo, es justamente en estos casos en los cuales se advierte con mayor notoriedad la incomprensión de aquello que representan los cortes de ruta. El paralelismo escogido para tratar este asunto es el de la huelga, sobre la que indica que si un trabajador apedrea a un patrón mientras se realiza el cese de actividades, se debería reprochar y condenar la acción individual pero de ningún modo anular o prohibir el derecho de huelga.³⁷ De este modo "si en un corte de ruta una persona se levanta y realiza un acto

34. GARGARELLA, Roberto, "El derecho frente a la protesta social", en GARGARELLA, Roberto (Comp.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos aires, Abeledo Perrot, 2008, pp. 826-827.

35. GARGARELLA, Roberto, "Un diálogo sobre la ley y la protesta social", en *Revista Derecho pucp*, n° 61, 2008, p. 50.

36. *ob. cit.*, p. 32.

37. GARGARELLA, Roberto, *Carta abierta sobre la intolerancia: apuntes sobre derecho y protesta*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2006, p. 35.

de violencia, dicho acto no tiene por qué ejercer derechos sobre los otros legítimos derechos que puedan estar allí presente".³⁸ El grave problema que se encuentra en esta argumentación no está en asimilar los posibles daños y actos violentos que se pueden cometer durante una huelga o un piquete, sino en la incapacidad para advertir que la huelga y el piquete son constitutivamente actos de violencia o de fuerza.³⁹ Por definición provocan un daño: al patrón que se ve afectado en sus márgenes de producción y ganancia, a los automovilistas y pasajeros que no pueden transitar. El ejercicio de fuerza y violencia, y la producción de daños, no son fenómenos contingentes o accesorios a la huelga o al piquete como formula Gargarella. No es que durante un corte de ruta "una persona se levanta y realiza un acto de violencia", sino que la violencia y la producción de daño es constitutivo e irremediamente forma del corte. Detectar y marcar el grosero error de suponer que lo constitutivo del piquete es el ejercicio de la libertad de expresión y que la violencia es solamente accesoria, no es una simple sutileza conceptual. El mayor problema es que este tipo de aproximaciones permiten de modo muy consistente regular y limitar la protesta social, preservando su faz expresiva y anulando su dimensión violenta.

IV. LA REGULACIÓN DE LA PROTESTA Y EL FRACASO DE LA TEORÍA DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Tal como mencioné en la introducción, en la Apertura de Sesiones Ordinarias del Congreso de la Nación del primero de marzo del 2014 la entonces Presidenta Cristina Fernández de Kirchner postuló la necesidad de regular los piquetes. Bajo ese paraguas fue que sobre la base de numerosos

38. *ob. cit.*, p. 35. Asimilando los eventuales actos violentos que se puedan llegar a producir durante un corte o una huelga es posible concluir entonces que "en caso de que alguien lleve adelante un comportamiento violento, ese individuo particularmente podrá ser merecedor de un reproche, pero dicho reproche no agrega ni quita absolutamente nada a la discusión en juego, sobre el valor o la protección que merecen el derecho a la huelga o el derecho a la protesta". GARGARELLA, Roberto, "El derecho a la protesta social", en *Derecho y humanidades*, n° 12, 2006, p.150.

39. Para una aproximación a la huelga como acto de violencia ver BENJAMIN, Walter, "Para una crítica de la violencia", en *Para una crítica de la violencia y otros ensayos. Iluminaciones IV*, Madrid, Taurus, 1998; DERRIDA, Jacques, *Force de loi. Le «fondement mastique de l'autorité»*, París, Galilée, 1994.

proyectos presentados, la Comisión de Seguridad Pública de la Cámara de Diputados de la Nación avanzó en un borrador de dictamen.⁴⁰ De todas las iniciativas legislativas, la que se situó en el centro de la escena mediática fue la presentado por el Diputado Juan Manuel Pedrini, que tenía entre sus co-firmantes a tres legisladores de gran importancia al interior de la estructura del Frente Para la Victoria, el partido de gobierno: Carlos Kunkel, Diana Conti y José María Díaz Bancalari. El objeto del proyecto, titulado "Ley de convivencia en manifestaciones públicas", era garantizar el derecho a la libertad de expresión, reunión y petición, y la libre circulación e integridad física durante las manifestaciones públicas. La pregunta crucial que uno debiera realizarse es ¿Cómo es posible, de modo simultáneo, garantizar el derecho al corte de ruta y el derecho a la libre circulación? La operación que permite realizar esta doble protección es hija de la teoría deliberativa de la democracia: conceptualizar el piquete como un ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Bajo este paradigma, el concepto clave sobre el que gira el proyecto de ley es el de *manifestación legítima*, que se define por estar notificada en los términos que contempla el proyecto, no impida el normal funcionamiento de servicios públicos (en especial los vinculados a la educación, la seguridad y la salud públicas), los manifestantes no cometan delitos contemplados en el Código Penal, permita "la libre circulación, en todos los casos, de grupos especialmente vulnerables, como niños, adultos mayores, discapacitados y enfermos"⁴¹ y no impida "totalmente la

40. La lista de muy distintos proyectos presentados, no todos tendientes a limitar los cortes y manifestaciones, era la siguiente: Expte. 5552-d-2013 Asseff, Alberto Emilio; Expte. 1493-d-2014 Giustozzi, Rubén Darío, Schwindt, María Liliana, Sciutto, Rubén Darío, Martínez, Oscar Ariel, Cremer de Busti, María Cristina, Tundis, Mirta, Fabiani, Eduardo Alberto y Das Neves, Mario; Expte. 1753-d-2014 Sturzenegger, Federico Adolfo y Bullrich, Patricia; Expte. 2544-d-2014 Pedrini, Juan Manuel, Kunkel, Carlos Miguel, Díaz Bancalari, José María, Conti, Diana Beatriz, García, María Teresa, Martínez Campos, Gustavo José y Mendoza, Sandra Marcela; Expte.2907-d-2014 Conti, Diana Beatriz y Comelli, Alicia Marcela; Expte. 2963-d-2014 Linares, María Virginia, Alfonsín, Ricardo Luis, Pitrola, Néstor Antonio, López, Pablo Sebastián, Javkin, Pablo Lautaro, Argumedo, Alcira Susana, Stolbizer, Margarita Rosa, Lozano, Claudio Raúl, Del Caño, Nicolás, Moyano, Juan Facundo, Martínez, Oscar Anselmo, De Gennaro, Víctor Norberto, Peralta, Fabián Francisco, Ciciliani, Alicia Mabel y Donda Pérez, Victoria Analía; Expte. 3001-d-2014 Pucheta, Ramona; Expte. 3698-d-2014 Ferreyra, Araceli; Tonelli, Pablo Gabriel y Alonso, Laura; Expte. 4417-d-2014 Carlotto, Remo Gerardo y Segarra, Adela Rosa; Expte. 4596-d-2014 Arenas, Berta Hortensia.

41. Expte. 2544-d-2014 Pedrini, Juan Manuel, Kunkel, Carlos Miguel, Díaz Bancalari, José

circulación de personas y vehículos en una dirección determinada”.⁴² Por su lado, como resulta previsible, “cuando estos elementos no se encuentren reunidos, se considera que la manifestación es ilegítima”.⁴³

El proyecto incluye un mecanismo de mediación y regula la intervención de las fuerzas represivas del Estado —que en el proyecto son mencionadas como fuerzas de “seguridad—”. Sin embargo, en vistas de testear el potencial o las debilidades de la teoría deliberativa de la democracia, aquí quisiera detenerme en una de las características de la *manifestación legítima*, aquella que supone no impedir *totalmente* la circulación de vehículos y transportes. De acuerdo con el proyecto, el corte total de una calle o una ruta transforma a la manifestación en *ilegítima*. Tomemos como ejemplo un corte de la Avenida Entre Ríos frente al Congreso de la Nación en la que desocupados exigen financiamiento para proyectos cooperativos: ¿Podemos sostener que hay menos ejercicio de la libertad de expresión si en lugar de realizar un corte total se realiza un corte parcial? Obviamente no. Los desocupados pueden expresar todo su repudio por su situación de desamparo, pueden enunciar los peores agravios contra las autoridades públicas cortando la mitad de la avenida. Siguiendo los pasos de la teoría deliberativa de la democracia, el proyecto protege a rajatabla la libertad de expresión de los grupos desaventajados, y permite que sus reclamos sean conocidos por la autoridad pública tal como exige este criterio normativo de la democracia.

Al igual que en los desarrollos de Gargarella, en los fundamentos del proyecto se enuncia la existencia de un conflicto de derechos entre la libertad de expresión y la libre circulación, aunque se aclara que “*de lo que se trata es que ambos derechos sean garantizados: por un lado el de circular o transitar libremente, y por el otro, el derecho a manifestarse públicamente mediante la protesta social*”.⁴⁴ De todos modos, el problema de raíz que se encuentra tanto en el proyecto cuanto en los desarrollos de la teoría deliberativa de la democracia es reducir la protesta y el corte de rutas al ejercicio de la libertad de expresión. El proyecto de ley protege la libertad de expresión, pero al prohibir que se corte de modo total una avenida o una

María, Conti, Diana Beatriz, García, María Teresa, Martínez Campos, Gustavo José y Mendoza, Sandra Marcela, art. 5 inc. d.

42. *ob. cit.*, art. 5 inc. c. Las itálicas me pertenecen.

43. *ob. cit.*, art. 5

44. *ob. cit.*, Fundamentos. Itálicas en el original.

ruta, impide que la protesta se transforme en un acto de fuerza, en un acto que cause daño. Impide, en definitiva, que se ejerza presión para que los reclamos sean atendidos por las autoridades públicas o privadas. Como la teoría deliberativa de la democracia no ha logrado comprender esta dimensión violenta que es constitutiva de la protesta, y la ha catalogado como un ejercicio de la libertad de expresión, se queda sin argumentos frente a proyectos que protegen la expresión de ideas y descontentos, pero limitan su potencial de ejercicio de fuerza. Esto no implica sostener que quienes sean partidarios de la teoría de la democracia deliberativa deban acordar con el siniestro proyecto de ley. Aquí no se trata de analizar posicionamientos personales frente al proyecto, sino que lo que se encuentra en juego es el análisis del potencial, o en este caso las fuertes limitaciones, de la teoría para hacer frente a proyectos de ley conservadores y reaccionarios.

V. NOTAS FINALES

Los trabajos de Badeni, Gelli, Cassagne y Ekmekdjian, en nombre de una idea de democracia reducida a la representación electoral repudian el ejercicio de fuerza y la violación de derechos que se produce en un corte de ruta, y por ello de modo más o menos explícito recomiendan su regulación y represión. Por su lado, la teoría de la democracia deliberativa intenta proteger los cortes de ruta y calles pero al costo de transformar el ejercicio de la fuerza y la violencia en un ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Dentro del espectro teórico hostil a la protesta social, parece claro que la democracia, una versión por cierto muy estrecha de la democracia, no puede convivir con este tipo de actos violentos no estatales. Como contrapartida, los desarrollos de la democracia deliberativa no hacen explícitos los márgenes de violencia aceptados porque no logran advertir las dimensiones violentas que son constitutivas de todo corte de ruta o calle. Si bien último tiene un costado estrictamente conceptual, también tiene una faceta más concreta puesto que en la medida en que no se recepta a la protesta en tanto acto de fuerza, la teoría se vuelve completamente inútil al momento de poner frenos a proyectos legislativos conservadores que, respetuosos de la libertad de expresión, punzan de la protesta todo ejercicio de fuerza y presión.

Sin dudas los aportes de la democracia deliberativa han sido especialmente importantes para mostrarnos que, a contrapelo de las lecturas hostiles hacia la protesta y conservadoras respecto de la democracia, era

posible desde el derecho proteger los cortes de ruta y calle. Sin embargo los proyectos legislativos han mostrado los límites de tal aproximación teórica, por lo que una vez sepultados estos bienintencionados argumentos la terea no puede ser otra que justificar a la protesta social en sus propios términos. De lo que se trata ahora es de avanzar en conceptualizaciones que no escondan debajo de la alfombra la puesta en escena de las fuerzas populares, sino que las sitúen en el corazón del funcionamiento democrático. Afortunadamente los proyectos discutidos en la comisión de Seguridad Pública de la Cámara de Diputados se encuentran dormidos. Esperemos que nunca despierten, pero si eso sucede debemos estar armados con otras formulaciones teóricas para hacerles frente.

BIBLIOGRAFÍA

- BADENI, Gregorio, "Formas de libertinaje", *Clarín*, 17 de mayo de 1999.
- , "Los límites de la libertad de expresión" *La Nación*, 18 de julio de 2006.
- , Tratado de derecho constitucional I. Buenos Aires, La Ley, 2006.
- BENJAMIN, Walter, "Para una crítica de la violencia", en *Para una crítica de la violencia y otros ensayos. Iluminaciones IV*, Madrid, Taurus, 1998
- CARNOTA, Walter F. "Reunión pacífica y sin armas", en *Revista elDial.com*, DC58E, 2005.
- CASSAGNE, Juan C., "Reflexiones sobre los «cacerolazos»", en *Revista La Ley C-1938*, Buenos Aires, 2002.
- DERRIDA, Jacques, Force de loi. Le «Fondement Mastique de l'autorité», Paris, Galilée, 1994.
- EKMEKDJIAN, Miguel Á. (1994). *Tratado de derecho constitucional II*. Buenos Aires: Depalma.
- Encuentro Memoria, Verdad y Justicia. *Informe sobre la criminalización de la protesta*. Consultado en [<http://encuentromvuj.files.wordpress.com/2012/03/informe-criminalizacion-de-la-protesta-organismos-dd-hh-emvj-marzo-2012.pdf>] el 13/10/15.
- FERREYRA, Raúl G., La constitución vulnerable. Crisis argentina y tensión interpretativa, Buenos Aires, Hammurabi, 2003
- , "Interpretación judicial y protesta social" Ponencia presentada en las *Jornadas científicas de la magistratura de la argentina*, Facultad de Derecho de la UBA, 2009.

- GARGARELLA, Roberto, "Crisis de representación y constituciones contra-mayoritarias", en *Revista Isonomía*. n° 4, 1995, pp. 89-108.
- , "Representación Plena, deliberación e imparcialidad", en Elster, Jon, *La Democracia Deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 323-345.
- , "Ruta 1: Expresión cívica y «cortes de ruta»", en *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, pp. 23-31.
- , "Por qué el fallo «Alais» es (jurídicamente) inaceptable", en *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005, pp. 47-57.
- , "Cómo argumentar (y sobre todo cómo no hacerlo) frente a situaciones de conflicto social. La doctrina argentina frente a la protesta", en *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, pp. 59-85.
- , Carta abierta sobre la intolerancia: apuntes sobre derecho y protesta, Buenos Aires, Siglo XXI, 2006.
- , "El derecho a la protesta social", en *Derecho y humanidades*, n° 12, 2006, pp. 141-151.
- , "Un diálogo sobre la ley y la protesta social", en *Revista derecho pucp*, n° 61, 2008, pp. 19-50.
- , "El derecho frente a la protesta social", en Gargarella, Roberto (Comp.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, pp. 821-837.
- , "Elstund/Gualeguaychú". Consultado en [<http://www.seminario-gargarella.blogspot.com.ar/2010/04/estlundgualaguaychu.html>] el 25/10/15.
- GELLI, María A. Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada, Buenos Aires, La Ley, 2003.
- NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Paidós, 1984.
- , *Constructivismo epistemológico: Entre Rawls y Habermas*, en *Revista Doxa*, n° 5, 1988, pp. 87-105.
- , La constitución de la democracia deliberativa, Barcelona, Gedisa.
- ROVIRA, Raúl R. "Estado de derecho o anarquía. Una experiencia para tener presente", en *Revista La Ley*, Suplemento actualidad, 28 de diciembre de 2010.
- SÁNCHEZ, Alberto, "Derecho de petición y corte de ruta: Un fallo aleccionador," en *Revista La Ley*, Buenos Aires, 2010-D, 179.
- VANOSI, Jorge R. "Ley de bases' sobre responsabilidad del Estado", en *Revista Academia Nacional de Derecho*, Buenos Aires, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio R. "El derecho penal y la protesta social", en *Revista Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2002-IV-384.

—, "Derecho penal y protesta social", en AA. VV. *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal. Libro homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez*, Lima: Idemsa, 2007, pp. 1061-1077.

DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS Y COMPETENCIA TEMPORAL DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*

PATRICIO GALELLA**

Resumen: Un principio bien establecido en el derecho internacional reconoce que los tratados se aplican a actos, hechos o situaciones producidos con posterioridad a su entrada en vigor. La justificación que subyace a este principio es el de seguridad jurídica porque la irretroactividad sobre la aplicación temporal de un tratado evita la incertidumbre. La desaparición forzada de personas, en tanto que delito de naturaleza continuada o permanente mientras no se esclarezca la suerte y el paradero de la persona desaparecida, afecta dicho principio y ha conducido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a habilitar su competencia temporal respecto de hechos originados antes de la entrada en vigor de un tratado e incluso a reconocer la eventual responsabilidad internacional del Estado de ellos derivada. Este artículo sostiene que se trata de una interpretación correcta de la Corte basada en la especial naturaleza del delito y respetuosa del *pact sunt servanda* porque no estamos en presencia de una aplicación retroactiva del tratado sino de una aplicación inmediata del mismo.

Palabras clave: desaparición forzada – delitos continuados o permanentes – irretroactividad de los tratados – competencia *ratione temporis*

Abstract: A well-established principle in international law recognizes that treaties apply to acts, facts or situations produced after their entry into force.

* Recepción del original: 30/09/2015. Aceptación: 11/02/2016

** Abogado por la Universidad de Mar del Plata, Argentina, Master en Carrières Internationales por el Instituto de Estudios Políticos de Paris, Francia, y Doctor en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales por la Universidad Complutense de Madrid, España. Ha trabajado en proyectos de investigación sobre justicia transicional y derechos humanos en España y Argentina, ha publicado en revistas jurídicas en español e inglés. Recientemente ha terminado su estancia de investigación en el Moritz College of Law de la Ohio State University, en Columbus, Ohio, Estados Unidos.

The justification behind this principle is legal certainty because the non-retroactivity of treaties prevents uncertainty. Enforced disappearance of persons, as a permanent or continuous crime as long as the fate and whereabouts of the disappeared are known, affects that principle and has led the Inter-American Court of Human Rights to habilitate its temporal competence even in cases where the facts were originated before the entry into force of a treaty. Based on this development, it has also recognized the international responsibility of the State. This article maintains that this is a right interpretation of the Court and it is based in the particular nature of the crime, respectful of the *pacta sunt servanda* because this is not a retroactive application of the treaty but an immediate application of it.

Keywords: enforced disappearances – permanent or continuous crimes – non-retroactivity of treaties – *ratione temporis* competence

I. INTRODUCCIÓN

Como principio general, los tratados obligan a los Estados que los han ratificado para hechos, actos o situaciones producidos con posterioridad a su entrada en vigor. La justificación que subyace este principio es el de la certeza o seguridad jurídica¹ porque la irretroactividad sobre la aplicación temporal de un tratado evita la incertidumbre o al menos la reduce.² En casos de desaparición forzada de personas, que se caracteriza por el secretismo, la ausencia de información y la incertidumbre, el delito solo termina cuando se conoce la suerte y el paradero de la persona desaparecida. La naturaleza permanente o continuada de la desaparición forzada puede producir efectos sobre la aplicación del principio de la irretroactividad de los tratados³ y sobre la competencia temporal de los tribunales internacionales. Esto es especialmente relevante cuando los hechos originarios de

1. ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza, *Los tratados internacionales y su aplicación en el tiempo*, Madrid, Dykinson S.L. Libros, 2006, p. 22.

2. WEYLER, E., "Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite", en *Revue générale de droit international public*. n. 95, 2001, p. 896.

3. Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances. General Comment on Enforced Disappearances as Continuous Crime, disponible en <http://www2.ohchr.org/english/issues/disappear/docs/GC-EDCC.pdf>, consulta 27 de octubre de 2014.

la desaparición comenzaron antes de la entrada en vigor de un tratado e incluso antes de la aceptación de la competencia del órgano jurisdiccional internacional pero cuyos efectos continúan con posterioridad a la fecha crítica debido por ejemplo a la ausencia de información sobre la suerte y el paradero de la persona desaparecida. Frente a esta situación, este artículo analiza la postura adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en aquellos casos de desapariciones forzadas originados antes de la aceptación de la competencia de la Corte pero cuyos efectos permanecen luego de la fecha crítica. En estos casos, ¿puede o no la Corte asumir su competencia sin violar el principio de irretroactividad de los tratados? Por otra parte, ¿es posible separar los elementos que componen la desaparición forzada de personas sin afectar su significado o por el contrario es necesario considerar al delito en su integralidad? Para responder a estos interrogantes, este artículo estudia en primer lugar la naturaleza del delito de desaparición forzada de personas en la doctrina y jurisprudencia internacional para luego discutir los efectos de dicha naturaleza sobre la aplicación de los tratados en el tiempo, la competencia *ratione temporis* y si se estaría o no en presencia de una violación del principio de irretroactividad de los tratados. En tercer lugar, pone a prueba estos desarrollos sobre la base de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el reciente caso Osorio Rivera y familiares vs Perú.

II. LA NATURALEZA DEL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA

Existen hechos delictivos de naturaleza instantánea y otros de naturaleza continuada o permanente. Mientras que en los primeros el hecho se extingue con la realización del acto en sí, por ejemplo, en un homicidio con la muerte de la víctima, en los segundos el hecho continúa durante un período de tiempo que se extiende más allá del inicio del hecho ilícito. Algunos autores definen al delito permanente en función del bien jurídico afectado⁴ y otros en función de la acción ejecutada,⁵ pero to-

4. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho Penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1987, p. 443.

5. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., Barcelona, Ed. Reppetor, 2004, p. 227.

dos ellos tienen como denominador común la duración en el tiempo.⁶ La desaparición forzada de personas es considerada un delito de ejecución permanente⁷ que se inicia con la privación de la libertad, continúa con la incomunicación y solo termina cuando se da cuenta del paradero y suerte de la persona desaparecida y se entregan los restos a sus familiares, en caso de muerte.⁸ Es decir, el conocimiento de que la persona desaparecida ha fallecido no es suficiente para afirmar que la desaparición ha cesado sino que es necesario que se recuperen los restos para dar digna sepultura y poder hacer el duelo.

La permanencia de la incertidumbre acerca de la suerte y paradero de la persona desaparecida forma parte de la propia figura.⁹ Meini sostiene que la desaparición forzada no significa desconocimiento del destino del sujeto sino de su localización "*en tanto sujeto a quien se protege jurídicamente la personalidad*"¹⁰. Esta idea ha sido confirmada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la que la desaparición forzada viola el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica porque se deja a la víctima en una situación de indeterminación jurídica que obstaculiza o anula la posibilidad de la persona de ser titular o ejercer en forma efectiva sus derechos.¹¹ La situación continúa o perdura todo el período de tiempo durante el cual el crimen no se ha completado y si bien la desaparición forzada vulnera otros derechos, por ejemplo, el derecho a la vida, la libertad, la seguridad, se trata de un acto único y consolidado y no una combinación

6. LLORIA GARCÍA, Paz, *Aproximación al estudio del delito permanente*, Granada, Editorial Comares, Estudios de Derecho Penal y Criminología, 2006, p. 14.

7. PARAYRE, Sonia, "La desaparición forzada de personas como violación continuada de los derechos humanos y su incidencia en la determinación de la competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos", en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n. 29, 1999; NISSEL, Alan, "Continuing Crimes in the Rome Statue", en *Michigan Journal of International Law*, 2003-2004, p. 668.

8. Proyecto de responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos, texto del proyecto de artículos con sus comentarios, aprobado por la Comisión en su 53° período de sesiones. 2001, p. 134. En el mismo sentido el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre desaparición forzada, véase nota 3.

9. NISSEL, Alan, *op. cit.*

10. MEINI, Iván, "Perú", en AMBOS, Kai (coord.), *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Bogotá, Temis, 2009, p. 18

11. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso "Gelman vs Uruguay". Fondo y Reparaciones. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de febrero de 2011, para. 92. Serie C. No 221.

de ellos.¹² El reconocimiento de un derecho autónomo en el artículo 1 de la Convención Internacional de 2006 confirma esta noción. Ambos y Kohm afirman que la Corte Interamericana, al reconocer como víctimas no solo a la persona desaparecida sino también a sus familiares cercanos, ha dejado sentado las consecuencias de la permanencia del delito porque el cese de la ejecución del mismo no se cumpliría, por ejemplo, con la determinación de la muerte de la persona desaparecida sino con el esclarecimiento de las circunstancias de su desaparición.¹³ Así, el delito solo termina cuando se provea información, se determine la suerte y el paradero de la persona desaparecida y se entregue el cuerpo a sus familiares.¹⁴ Esta particularidad de la desaparición forzada de personas permite diferenciarla de otros tipos de delitos con efectos permanentes, como por ejemplo el delito de lesiones, cuyas consecuencias continúan hasta que las mismas sanen.¹⁵

El artículo 2 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra la desaparición forzada de personas la como "*el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley*".

De esta definición se deriva que toda desaparición forzada contiene al menos tres elementos constitutivos y una consecuencia directa. En primer lugar, la privación de la libertad; en segundo lugar, la participación del Estado; en tercer lugar, el ocultamiento de la víctima o la negativa a dar información sobre la suerte de la persona. La consecuencia directa es la sustracción de la persona a la protección de la ley. En cuanto al primer elemento, la privación

12. Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances. General Comment on Enforced Disappearances as Continuous Crime, disponible en <http://www2.ohchr.org/english/issues/disappear/docs/GC-EDCC.pdf>, consulta 27 de octubre de 2014.

13. AMBOS, Kai y BOHM, María Laura, "La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo", en AMBOS, Kai (coord.), *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Bogotá, Temis, 2009, p. 236

14. Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances. General Comment on Enforced Disappearance as a Continuous Crime, disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GC-EDCC.pdf>

15. LLORIA GARCÍA, Paz, *Aproximación al estudio del delito permanente*, Editorial Comares, Estudios de Derecho Penal y Criminología, Granada, 2006, p. 21 y nota 46.

de la libertad, cualquiera sea la forma que adopte es el elemento indispensable para el inicio de la figura. Si bien en la mayoría de los casos la privación de la libertad se produce sin seguir los procedimientos legales, puede suceder también que la detención se produzca siguiendo una orden judicial y, por lo tanto, bajo un velo de legalidad, y que recién después de esto las autoridades conduzcan a los detenidos a lugares clandestinos de detención, rechacen proveer información o poner la persona a disposición de las autoridades judiciales. Por lo tanto, la privación de la libertad puede ser en cualquiera de sus formas y la detención originaria ser legal (siguiendo los procedimientos autorizados y con garantías para luego devenir en clandestina) o ilegal. El segundo elemento característico es la participación del Estado, ya sea en forma directa, a través de sus agentes o por medio de la aquiescencia de esta práctica en su territorio por parte de personas ajenas a las instituciones estatales. La necesaria participación del Estado, en cualquiera de las formas mencionadas, es el elemento definitorio y característico y así ha sido sostenido por organizaciones de la sociedad de civil que no contemplan la existencia de una desaparición forzada sin la participación del Estado. En estos casos no podríamos hablar de desaparición forzada sino más bien de la figura de privación ilegítima de la libertad que debe ser enfrentada por el Estado. La negativa de las autoridades a informar sobre el paradero o la suerte de la persona desaparecida es el tercer elemento constitutivo de la desaparición y también es esencial porque al ser el Estado quien puede realizar las detenciones es él el responsable de la información y además el encargado de llevar registros detallados; y resulta clave porque la negativa no solo afecta al desaparecido sino también a sus familiares, generando angustia y desesperación. La negativa incluye la propia existencia de la detención pero se extiende también al otorgamiento de información sobre el paradero de la persona desaparecida y conlleva la imposibilidad para la víctima y sus familiares de cuestionar su detención ante un juez competente o, de hacerlo, no obtener respuesta efectiva y ni tener acceso a las garantías del debido proceso propias del Estado de Derecho.

Los tres instrumentos internacionales específicos en materia de protección contra las desapariciones forzadas, esto es la Declaración de Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas,¹⁶ la Convención Interamericana sobre desapa-

16. Artículo 13. Adoptada el 18 de diciembre de 1992.

rición forzada¹⁷ y Convención Internacional para la protección de todas las personas contra la desaparición forzada de personas,¹⁸ reconocen la naturaleza permanente o continuada de la desaparición forzada de personas mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte o el paradero de la persona desaparecida. Esto conlleva la obligación del Estado de investigarlas durante todo el tiempo que permanezca la incertidumbre. De acuerdo con el párrafo 6 del artículo 13 de la Declaración de 1992 y el 24 (6) de la Convención Internacional de 2006, la obligación del Estado de investigar las desapariciones deberá poder realizarse mientras persista la incertidumbre sobre la suerte de la persona desaparecida. Por lo tanto, la obligación de investigar mientras no se haya esclarecido la suerte y el paradero de la persona desaparecida está estrechamente ligada con el carácter continuado de las desapariciones forzadas.¹⁹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, en los casos Velásquez Rodríguez,²⁰ Blake,²¹ Radilla Pacheco²² ha afirmado la naturaleza permanente de la desaparición. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha expresado de un modo similar en el caso Varnava vs Turquía, en el que la Gran Sala del Tribunal afirmó que la desaparición forzada es un fenómeno que se caracteriza por una situación continuada de incertidumbre e irresponsabilidad en la que existe una falta de información o incluso una intención deliberada de ocultar lo que ha ocurrido. Es una situación que continúa en el tiempo prolongando el sufrimiento de los familiares del desaparecido.²³ En opinión de la Gran Sala, la obligación

17. Artículo III. Adoptada el 9 de junio de 1994.

18. Artículo 24 (6). Adoptada el 20 de diciembre de 2006.

19. Grupo de Trabajo sobre Desapariciones forzadas o involuntarias, Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas, en *Compilación de Comentarios Generales sobre la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GeneralComments/Disappearances_sp.pdf.

20. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988, para. 181. Serie C. No 4.

21. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake vs Guatemala. Excepciones Preliminares. Sentencia de 2 de julio de 1996, para. 39. Serie C. No 27.

22. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, para. 23. Serie C. No 209.

23. European Court of Human Rights (ECHR). [Grand Chamber]. Varnava and others v.

procesal de investigar persiste, potencialmente, tanto tiempo como siga sin saberse la suerte y el paradero del desaparecido, y el fracaso continuo de llevar adelante una investigación será considerado como una violación continuada, aun cuando la muerte del desaparecido pueda presumirse.²⁴

Los más altos tribunales nacionales han reconocido también la permanencia de la desaparición forzada. La Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia C-580/02, de 31 de julio de 2002, al analizar la constitucionalidad de la Convención Interamericana sobre desapariciones forzadas dijo: "(...) *este delito debe considerarse como de ejecución continuada o permanente hasta que no se conozca el paradero de la víctima. Esta obligación resulta razonable si se tiene en cuenta que la falta de información acerca de la persona desaparecida impide a la víctima y a sus familiares el ejercicio de las garantías judiciales necesarias para la protección de sus derechos y para el esclarecimiento de la verdad: la persona sigue desaparecida. Esta situación implica que la lesión de los bienes protegidos se prolonga en el tiempo, y, por tanto, la conducta sigue siendo típica y anti-jurídica hasta que el conocimiento que se tenga acerca del paradero de la persona permita el ejercicio de tales garantías judiciales*".²⁵

Por lo tanto, existe consenso en afirmar que la desaparición forzada de personas es un delito de naturaleza continuada mientras no se sepa la suerte y el paradero de la persona desaparecida. Antes de analizar los efectos de esta continuidad en la competencia temporal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reflexionaremos sobre el principio de irretroactividad de los tratados y su relación con los actos, hechos o situaciones de naturaleza permanente o continuada.

III. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LOS TRATADOS

Los tratados obligan a los Estados que los han ratificado para hechos, actos o situaciones producidos con posterioridad a su entrada en vigor.

Turkey. Judgment of 18 September 2009. Application No16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, para. 148.

24. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, Caso Varnava and others vs Turkey, Sentencia de 18 de septiembre de 2009.

25. Disponible en http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-580-02.htm#_ftnref19.

La justificación que subyace este principio es el de la certeza o seguridad jurídica²⁶ porque la irretroactividad sobre la aplicación temporal de un tratado evita la incertidumbre o al menos la reduce.²⁷ Si bien, como principio general, los tratados no pueden aplicarse retroactivamente, es posible distinguir tres excepciones: a) el efecto retroactivo puede estar expresado por las partes o implicado en el tratado; b) el derecho consuetudinario, es decir, el tratado puede aplicarse retroactivamente si la disposición es una codificación del derecho internacional consuetudinario; y c) los actos, hechos o situaciones continuas.²⁸ Estos últimos pueden generar dudas sobre la aplicación de un tratado en el tiempo. Cuando los actos, hechos o situaciones son de carácter instantáneo, la aplicación de un tratado es relativamente sencilla porque no existe obligación derivada del tratado cuando el hecho, acto o situación ha dejado de existir antes de su entrada en vigor.²⁹ Sin embargo, cuando dichos actos, hechos o situaciones producen efectos jurídicos continuados o permanentes con posterioridad a la entrada en vigor de la norma, su aplicación deja de ser tan evidente.

En el año 1968, Sorensen estudió el problema de la aplicación intertemporal del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales y analizó la evolución de la jurisprudencia de la Comisión. En particular, se detuvo en dos situaciones diferentes que fueron planteadas ante la Comisión; por un lado, el acto instantáneo con efectos duraderos y la violación continuada de los derechos reconocidos en el Convenio. Para ello, recurrió a un ejemplo basado en la jurisprudencia de la Comisión en relación con el derecho a la libertad de la persona, reconocido en el artículo 5 y que resumimos a continuación por su claridad y relevancia. Si una persona fue detenida legalmente, luego de haber sido condenada por un tribunal, estaríamos en presencia de una conducta no reprochable del Estado. Si la condena fue pronunciada antes de la entrada en vigor del Convenio Europeo y si el denunciante se queja de esta condena, la Comisión no podrá examinar

26. ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza, *Los tratados internacionales y su aplicación en el tiempo*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 22.

27. WEYLER, E., "Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite", en *Revue générale de droit international public*, n. 95, p. 896.

28. BUYSE, Antoine, "A Lifeline in Time - Non-retroactivity and Continuing Violations under the ECHR", en *Nordic Journal of International Law*, n. 75, 2006, pp. 70 y 71.

29. VILLIGER, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Brill, febrero 28, 2009, p. 383.

el caso si el proceso ha sido justo. Este sería el ejemplo de un acto instantáneo con efectos duraderos. Si, por el contrario, el denunciante fue detenido por medio de un decreto administrativo a causa de sus opiniones políticas, estamos en presencia de una situación que el Convenio no autoriza (se vulnera el derecho a la libertad de expresión), aún si el decreto fue aprobado antes de la entrada en vigor del Convenio. Por lo tanto, la Comisión sería competente para examinar la detención en la medida en que la misma se ha mantenido en el tiempo luego de la entrada en vigor. En este caso, estaríamos en presencia de una violación continuada.³⁰

En opinión de Sorensen y en alusión al Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales, si los efectos de un determinado acto producido antes de la entrada en vigor de un tratado pero que perduran en el tiempo una vez que dicho tratado ha entrado en vigor, dichos efectos no podrán escapar del alcance del tratado. Se tiene en cuenta aquí no al acto sino a la situación y si ésta se prolonga más allá de la entrada en vigor del Convenio, cae bajo su égida.³¹ Es más, cuando un tratado entra en vigor, se aplica inmediatamente y no retroactivamente a la situación continuada.³²

Paralelamente, es importante recordar que en cumplimiento del principio *pacta sunt servanda*, todos los órganos del Estado están obligados a cumplir con todas las obligaciones en vigor,³³ y de buena fe, lo que significa que el propósito del tratado y las intenciones de las partes deben ser tenidas en cuenta y eventualmente prevalecer por sobre su interpretación literal, de modo de hacer posible el cumplimiento de sus propósitos.³⁴ Así, la aplicación de buena fe conlleva la presunción de que los términos del

30. SORENSEN, MAX, "Le problème inter-temporel dans l'application de la Convention Européenne des droits de l'homme", en *Mélanges offerts à Polys Modinos: problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, París, Pedone, 1968, pp. 315 y 316.

31. SORENSEN, MAX, *op. cit.*, p. 313; En el mismo sentido ODENDAHL, artículo 28. "Non-retroactivity of treaties", en DÖRR, Oliver y SCHMALENBACH, Kirsten (autores, editores), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Springer, 1 edition, enero 28, 2012, p. 485.

32. *Yearbook of International Law Commission*. 25 de mayo de 1964. Vol. 1, p. 41.

33. VILLIGER, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Brill, febrero 28, 2009, p. 365.

34. International Court of Justice. *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*. Judgment of 25 September 1997, para. 142.

tratado han sido incluidos con un sentido³⁵ y deben tener los efectos apropiados.³⁶

IV. LOS EFECTOS DE LA CONTINUIDAD SOBRE LA COMPETENCIA *RATIONE TEMPORIS* DE LA CORTE IDH

Ahora bien, ¿cómo ha interpretado su competencia temporal la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos de desaparición forzada iniciados antes de la aceptación de su competencia pero cuya incertidumbre sobre el paradero y la suerte de la persona desaparecida sigue sin saberse luego de dicha fecha? Antes de entrar a analizar esta cuestión, es pertinente recordar que el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre desaparición forzada ha afirmado que cuando una desaparición ha comenzado antes de la entrada en vigor de un tratado internacional o antes de que el Estado hubiese aceptado la jurisdicción de la autoridad competente, el hecho de que la desaparición continúe luego de haber entrado en vigor o aceptado la jurisdicción habilita su competencia para considerar el acto de desaparición forzada como un todo. Y que cuando un Estado es reconocido como responsable de haber cometido desapariciones forzadas que comenzaron antes de la entrada en vigor del instrumento legal pertinente y cuya perpetración continúa luego de su entrada en vigor, el Estado debe ser considerado responsable por todas las violaciones que resultan de la desaparición y no solo por aquellas que ocurrieron luego de la entrada en vigor del instrumento.³⁷ Similares argumentaciones emitió el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas en materia penal, al señalar que una de las consecuencias del carácter continuado de la desaparición es que sería posible condenar penalmente a los responsables del delito basándose en un instrumento que haya entrado en vigor aún luego de que la desaparición haya comenzado, sin tener en cuenta el principio de irretroactividad.³⁸ No estaríamos aquí en presencia de una aplicación

35. VILLIGER, Mark E., "The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties - 40 Years after", en *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Tomo 344, 2010, pp. 116 y 117.

36. Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol II, p. 219.

37. *Ibid.*

38. Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, General Comment on En-

retroactiva del tratado sino de una aplicación inmediata del mismo. Por su parte, el artículo 14 (2) del proyecto de responsabilidad internacional por hechos internacionalmente ilícitos se refiere a las obligaciones del Estado frente a violaciones que tienen carácter continuado. El artículo afirma que, en estos casos, la violación de la obligación se extiende "*durante todo el período en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional*". La Comisión afirma que, en materia de desaparición forzada de personas, el hecho ilícito continuado cesa cuando el cadáver de la persona es entregado a sus familiares.³⁹ Sin embargo, la cuestión no es tan pacífica entre los Estados, quienes, al ser denunciados por la Comisión respecto de casos de desaparición forzada ocurridos antes de la aceptación de la competencia de la Corte pero no esclarecidos con posterioridad a dicha fecha, suelen interponer sistemáticamente excepciones *ratione temporis* ante la Corte Interamericana. ¿Qué ha dicho la Corte en estos casos? Por cuestiones de espacio, solo desarrollaré en este trabajo algunos casos que considero más representativos y que reflejan la complejidad del tema. La primera aproximación la encontramos en el caso Blake vs Guatemala. El caso tuvo su origen en la desaparición y posterior muerte de dos ciudadanos estadounidenses residentes en Guatemala, Nicholas Blake (periodista) y Griffith Davis (fotógrafo), a manos de patrullas civiles en zonas rurales de ese país el 28 o 29 de marzo de 1985. Los restos de las víctimas fueron descubiertos en 1992, es decir, 7 años más tarde. El objetivo del viaje de los ciudadanos estadounidenses era recabar información para un artículo sobre la guerrilla guatemalteca.

El 18 de noviembre de 1993 ingresó la denuncia a la Comisión Interamericana que sometió el caso a consideración de la Corte el 3 de agosto de 1995 con la intención de que esta determinara la violación de los derechos a la libertad personal, a la vida, a la protección judicial por parte del Estado de Guatemala en perjuicio del Sr. Blake. Guatemala había interpuesto la excepción preliminar de incompetencia de la Corte para conocer el caso en virtud de que el reconocimiento de la competen-

forced Disappearances as Continuous Crime, disponible en <http://www2.ohchr.org/english/issues/disappear/docs/GC-EDCC.pdf>.

39. Proyecto de responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos, texto del proyecto de artículos con sus comentarios, aprobado por la Comisión en su 53º período de sesiones, 2001, p. 134.

cia obligatoria se había hecho exclusivamente para los casos acaecidos con posterioridad a la fecha en que dicha declaración fue depositada en la Secretaría de la Organización de los Estados Americanos, que ocurrió el 9 de marzo de 1987. Como la desaparición y muerte de la víctima se habían producido en 1985, es decir, dos años antes de la aceptación de la competencia de la Corte, Guatemala consideró que la Corte era incompetente. La Comisión Interamericana solicitó rechazar esta excepción porque la demanda se refería a hechos que sucedieron con posterioridad a esa fecha, que la falta de competencia *ratione temporis* no se aplica a los delitos de naturaleza continuada y afirmó que desde su detención por la Patrulla de Autodefensa Civil de El Llano el 28 de marzo de 1985, el señor Blake había tenido la calidad de desaparecido hasta el 14 de junio de 1992, fecha en que sus restos fueron encontrados. Para la Comisión, el efecto continuo de la desaparición se ilustra en el caso por "*el ocultamiento de los restos del señor Blake, el encubrimiento de los autores y cómplices, la total indiferencia y falta de información sobre lo sucedido por parte de las autoridades, y las consecuencias permanentes que esa trágica situación ha producido en los familiares del señor Blake*".⁴⁰

La Corte sostuvo que si bien Guatemala no había aceptado su competencia contenciosa al momento de producirse la desaparición de Nicholas Blake, los efectos de ese hecho se habían prolongado de manera permanente hasta el momento en que fue establecido su fallecimiento, fecha para la cual Guatemala ya había reconocido la jurisdicción de la Corte. Si bien la Corte no se consideró competente para analizar la detención y defunción del Sr. Blake por tratarse de un acto instantáneo, sí lo hizo en relación con los efectos de su desaparición y sostuvo que el Estado era responsable porque habían existido por parte del Gobierno conductas posteriores a la fecha crítica que implicaban complicidad y ocultamiento de la detención y muerte del señor Blake, e inclusive intentos para desaparecer los restos. La Corte señaló que: "*(...) por tratarse de una presunta desaparición forzada, las consecuencias de los mismos hechos se prolongaron hasta el 14 de junio de 1992, pues, según lo expresado por la Comisión en su demanda, existieron por parte de autoridades o agentes del Gobierno conductas posteriores, que en su concepto implican complicidad y ocultamiento de la de-*

40. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake Vs. Guatemala, Sentencia de 2 de julio de 1996, Excepciones Preliminares, para. 24.

tención y la muerte del señor Blake, ya que el fallecimiento de la víctima, no obstante que se conocía por parte de dichas autoridades o agentes, no se dio a conocer a sus familiares a pesar de sus gestiones constantes para descubrir su paradero e inclusive se produjeron intentos para desaparecer los restos".⁴¹ Sobre esta base, la Corte consideró infundada la excepción preliminar de incompetencia.

En su voto razonado, el juez Cançado Trindade apoyó la decisión pero señaló que esperaba que en el futuro la Corte no realizase separaciones artificiales entre los elementos que componen la desaparición forzada.⁴² Esta fue la postura adoptada en el caso Trujillo Oroza vs Bolivia, en el que la Corte, teniendo en cuenta la naturaleza continuada de la desaparición forzada y la ausencia de objeción del Estado, analizó los hechos del caso como un todo, aún si algunos de ellos eran anteriores a la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).⁴³

Años más tarde, la Corte se enfrentó nuevamente con un caso de desaparición (Serrano Cruz vs El Salvador) iniciado antes de que el Estado reconociera su competencia pero se apartó de lo resuelto en Trujillo Oroza. El caso Hermanas Serrano Cruz vs El Salvador tenía su origen en la desaparición de Ernestina y Erlinda Serrano en el marco del conflicto armado interno que había azotado a El Salvador entre 1980 y 1991, caracterizado por un patrón sistemático de desaparición forzada de niños. En el año 1999, la Asociación Pro Búsqueda de Niños y Niñas Desaparecidos emitió un informe en el que aseguraba que muchos de los niños secuestrados durante el conflicto armado habían sido dados en adopción a familias de militares de El Salvador así como también por familias en el extranjero. Otros habían fallecido. Ante la ausencia de avance de las investigaciones oficiales en relación con la suerte de Ernestina y Erlinda, los demandantes presentaron una demanda contra El Salvador por no haber respetado el derecho a la tutela judicial efectiva, porque las investigaciones realizadas habían eran incompletas, parciales lentas y además

41. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake vs Guatemala. Sentencia de 2 de julio de 1996, Excepciones Preliminares, para. 34.

42. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake vs. Guatemala, Excepciones Preliminares. Voto razonado del Juez CançadoTrinidad, para. 15. Sentencia de 2 de julio de 1996. Serie C No 27.

43. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Trujillo Oroza vs Bolivia. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, para. 72.

porque no se habían realizado diligencias tendientes al esclarecimiento de la suerte de las niñas.⁴⁴

La Corte tuvo que lidiar con una declaración de El Salvador limitando la competencia de la Corte para los hechos o actos jurídicos posteriores o hechos o actos jurídicos cuyo principio de ejecución sean posteriores a la fecha del depósito de la declaración. Frente a la excepción *ratione temporis* basada en esta declaración, la Corte resolvió por mayoría que tal limitación temporal era válida y compatible con el artículo 62 de la CADH. Por lo tanto, la Corte admitió la excepción y rechazó pronunciarse sobre la desaparición forzada de las hermanas Serrano Cruz⁴⁵, aunque sí lo hizo sobre las violaciones a otros derechos ocurridas con posterioridad a dicha fecha. En su voto disidente, el juez Cançado Trindade criticó la postura de la mayoría de la Corte porque era un retroceso en su jurisprudencia, porque se capitulaba frente al voluntarismo estatal y porque no consideraba a la desaparición forzada en su integralidad y como un delito continuado.⁴⁶

Transcurridos cinco años desde la sentencia Serrano Cruz, la Corte tuvo que decidir un caso similar en Radilla Pacheco vs México, aunque esta vez lo haría de manera diferente. El gobierno mexicano había firmado su instrumento de adhesión el 2 de marzo de 1981 y aceptado la competencia contenciosa de la Corte el 16 de diciembre de 1998. Por lo tanto, al momento en el que había tenido lugar la desaparición del Sr. Radilla Pacheco (25 de agosto de 1974) no existía obligación internacional sobre la que la Corte pudiera conocer. El Estado sostuvo que "*si el inicio de un acto estatal no tiene relevancia jurídica, al no existir obligación al momento en que se efectúa, tampoco lo puede tener la continuación del mismo*". Por lo tanto, sostuvo el gobierno, no se le podía imputar responsabilidad internacional. La Corte sostuvo que el caso tenía carácter permanente y que a la fecha de la sentencia no se conocía el paradero de la persona desaparecida; en consecuencia, los hechos alegados permanecían vigentes con posteriori-

44. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Hermanas Serrano Cruz vs El Salvador, Sentencia de 1 de marzo de 2005 (Fondo y reparaciones), para. 48.

45. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Hermanas Serrano Cruz vs El Salvador. Excepciones Preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118, paras. 78 y 79.

46. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Hermanas Serrano Cruz vs El Salvador. Voto disidente Juez Antonio Cançado Trindade, paras. 21 y 24.

ridad a la entrada en vigor del tratado para México⁴⁷. Sobre esta base, la Corte se consideró competente de manera unánime.

En el caso *Radilla Pacheco vs México*, la Corte volvió a reconocer la validez del principio de irretroactividad de los tratados pero afirmó que del mismo principio y del de *pacta sunt servanda* se desprendía también que desde que un tratado entra en vigor, es exigible a los Estados Partes el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo respecto de todo acto posterior a esa fecha⁴⁸. En opinión de la Corte, aquellos actos continuos o permanentes que persisten luego de la entrada en vigor del tratado respectivo, por sus características pueden generar obligaciones internacionales respecto del Estado parte, sin que ello implique una vulneración del principio de irretroactividad de los tratados. A su vez, la Corte afirmó que el "*el acto de desaparición y su ejecución se inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece hasta tanto no se conozca el paradero de la persona desaparecida y los hechos no se hayan esclarecido*".⁴⁹ La Corte concluyó que las obligaciones de México solo producían efectos a partir de la fecha en que se había obligado por el tratado, pero que el tratado era aplicable a aquellos hechos que constituían violaciones continuas, es decir, incluso cuando habían tenido lugar antes de la entrada en vigor del tratado pero que persistían aún después de esa fecha, puesto que se seguían cometiendo. En su opinión, una interpretación diferente privaría del efecto útil al tratado lo que traería aparejado consecuencias negativas para las víctimas.⁵⁰

La Corte también analizó la aplicación de las disposiciones de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada (CIDF), como había sido solicitado por los demandantes. Al momento de ratificar dicha Convención (9 de abril de 2002), el gobierno mexicano había emitido una declaración interpretativa en la que sostenía que sus disposiciones se aplicarían a hechos de desaparición forzada que se ordenasen, ejecutasen o

47. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C N° 209, paras. 17 y 18.

48. *Ibid.*, para. 20.

49. *Ibid.*, para. 23.

50. "Sostener lo contrario equivaldría a privar de su efecto útil al tratado mismo y a la garantía de protección que establece, con consecuencias negativas para las presuntas víctimas en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia". *Ibid.*, para. 24.

cometiesen con posterioridad a la entrada en vigor de la CIDF. Como los hechos del caso habían ocurrido antes de esa fecha, México interpuso la excepción preliminar de incompetencia. La Corte recordó que los tratados debían ser interpretados dentro de su contexto y, en especial, dentro del objeto y fin del tratado⁵¹ y con la caracterización que la propia CIDF realiza de la desaparición forzada, que en su artículo III la define como delito continuado o permanente. Por lo tanto, en opinión de la Corte, las disposiciones del tratado eran aplicables para México en relación con los actos de desaparición forzada de personas que continuasen o permaneciesen más allá de la entrada en vigor para México hasta que no se establezca el destino o paradero de la víctima.⁵² Como la desaparición forzada del Sr. Radilla Pacheco seguía ejecutándose al no tener información sobre su suerte, la Corte estimó que la aplicación de la CIDF caía dentro de la competencia temporal de la Corte.⁵³

Esta línea de argumentación ha sido confirmada recientemente en el caso *Osorio Rivera y familiares vs Perú*, resuelto el 26 de noviembre de 2013. El caso tiene su origen en abril de 1991, cuando el señor Osorio Rivera fue detenido por una patrulla militar y posteriormente trasladado a un centro de detención. Luego de su detención, los familiares no volvieron a verlo y presentaron posteriormente una denuncia contra el Teniente Tello Delgado, como autor de la desaparición. Sin embargo, el Juzgado decidió archivar el caso y no abrir instrucción por ausencia de pruebas. Frente a esta situación acudieron al sistema interamericano de derechos humanos y solicitaron la aplicación de las disposiciones de la CIDF. El Estado demandado, por su parte, interpuso la excepción *ratione temporis* y sostuvo que la Corte no podía ejercer su competencia contenciosa para declarar una violación a las normas de ese tratado porque se trataba de hechos anteriores a la entrada en vigor para ese Estado. La Corte, sin embargo, reafirmó la naturaleza continuada o permanente de la desaparición forzada y sostuvo de manera clara que lo que hace cesar el delito es la determinación del paradero y la identificación de los restos desaparecido y no su presunción de su fallecimiento.⁵⁴ Así, afirmó que los hechos que constituyen violaciones

51. *Ibid.*, para. 30.

52. *Ibid.*, paras. 30 y 31.

53. *Ibid.*, para. 32.

54. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Osorio Rivera y familiares vs Perú*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre

de carácter continuado o permanente cuyo origen es anterior a la fecha crítica pero que persisten después de dicha fecha pueden generar obligaciones respecto del Estado sin vulnerar el principio de irretroactividad y que esto era aplicable tanto a la Convención Americana de Derechos Humanos como a la CIDF.⁵⁵ En caso contrario, se privaría del efecto útil al tratado e impediría el acceso a un recurso efectivo para las víctimas.⁵⁶ Sobre esta base, la Corte se consideró competente de manera unánime.

V. CONCLUSIÓN

El carácter permanente de la desaparición forzada de personas ha llevado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a habilitar su competencia temporal aún en los casos en los que los hechos se originan antes de la entrada en vigor del tratado pero que continúan luego de dicha fecha. No estamos en presencia de una aplicación retroactiva del tratado sino de una aplicación inmediata del mismo porque el delito se sigue cometiendo hasta que se establezca el destino o paradero de la víctima. La clave en estos casos reside en la especial naturaleza y gravedad del delito así como la consideración de la desaparición forzada como un acto único, complejo e integral. En estos casos, la excepción *ratione temporis* en relación con la competencia de la Corte no puede ser un escudo protector infalible si el Estado no toma todas las medidas necesarias para esclarecer los hechos e investigarlos una vez que el tratado ha entrado en vigencia para dicho país.

de 2013. Serie C No 274, para. 31. Similares razonamientos hizo en Corte Interamericana de Derechos Humanos en Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, para. 59; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253, para. 195.

55. Caso Osorio Rivera vs Perú, paras. 32 y 33.

56. Caso Osorio Rivera vs Perú, para. 33.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, Kai y BOHM, María Laura, "La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo", en Ambos, Kai (coord.), *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Bogotá, Editorial Temis, 2009, pp. 151-291.
- BUYSE, Antoine. A Lifeline in Time - Non-retroactivity and Continuing Violations under the ECHR, *Nordic Journal of International Law*, (75), 63-88, 2006.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *El delito continuado*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997.
- COBO DEL ROSAL Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho Penal. Parte general*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1987.
- LORIA GARCÍA, Paz, *Aproximación al estudio del delito permanente*, Granada, Editorial Comares, Estudios de Derecho Penal y Criminología, 2006.
- MEINI, Iván, "Perú", en AMBOS, Kai (coord.), *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Bogotá, Editorial Temis. 2009.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., Barcelona, Ed Reppetor, 2004.
- NISSEL, Alan, "Continuing Crimes in the Rome Statue", en *Michigan Journal of International Law*, 2003-2004, pp. 653-690.
- ODENDAHL, "Article 28. Non-retroactivity of treaties", en DÖRR, Oliver y SCHMALENBACH, Kirsten (autores y editores), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, primavera, enero 28, 2012, pp. 1423.
- ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza, *Los tratados internacionales y su aplicación en el tiempo*, Madrid, Dykinson, 2006.
- PARAYRE, Sonia, "La desaparición forzada de personas como violación continuada de los derechos humanos y su incidencia en la determinación de la competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, (29), 1999, pp. 25-68.
- PAUWELYN, Joost, "The concept of a "continuing violation" of an international obligation: selected problems", en *British Yearbook of International Law*, 1995, pp. 415-450
- Proyecto de responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos, texto del proyecto de artículos con sus comentarios, aprobado por la Comisión en su 53º período de sesiones. 2001.

- REMIRO BROTONS, Antonio; RIQUELME CORTADO, Rosa; DíEZ-HOCHLEITNER, Javier; ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza; y PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis, *Derecho Internacional*, Curso General, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- SORENSEN, Max, "Le problème inter-temporel dans l'application de la Convention Européenne des droits de l'homme", en *Mélanges offerts à Polys Modinos: problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, París, Pedone, 1968, pp. 304-319.
- VILLIGER, Mark E., Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Brill, febrero 28, 2009.
- VILLIGER, Mark E., "The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties - 40 Years after", en *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Tome 344, 2010, pp. 544
- WEYLER, E., "Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite", en *Revue générale de droit international public*, (95), pp. 881-914, 2001.
- Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances. General Comment on Enforced Disappearances as Continuous Crime, disponible en <http://www2.ohchr.org/english/issues/disappear/docs/GC-EDCC.pdf>

Sentencias de tribunales internacionales

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman vs Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de febrero de 2011. Serie C. No 221
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C. No 4.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Blake vs Guatemala. Excepciones Preliminares. Sentencia de 2 de julio de 1996. Serie C. No 27.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C. No 209.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake Vs. Guatemala, Sentencia de 2 de julio de 1996, Excepciones Preliminares
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trujillo Oroza vs Bolivia. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Hermanas Serrano Cruz vs El Salvador. Excepciones Preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Osorio Rivera y familiares vs Perú, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No 274.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253

European Court of Human Rights (ECHR). [Grand Chamber]. Varnava and others v. Turkey. Judgment of 18 September 2009. Application No 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90.

International Court of Justice. Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia). Judgment of 25 September 1997



UNA MIRADA A LAS INSTITUCIONES DE GUARDA Y CUIDADO. NECESARIA TRANSFORMACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO*

GRISEL GALIANO MARITAN**, CLAUDIA LORENA MORFFI COLLADO***
Y HANNY NOA PÉREZ****

Resumen: La incapacidad afecta la capacidad de obrar de las personas, colocándolas en una situación especial de sujeción a ciertos mecanismos de guarda, y solo puede declararse en los casos legalmente establecidos en la ley requiriendo de un proceso previo y sentencia para tal efecto. El Código de Familia regula como instituciones tutelares la patria potestad y la tutela, sin embargo, obvia otras que son de gran importancia como la autotutela, la curatela, la patria potestad prorrogada y rehabilitada, el defensor judicial, la guarda de hecho, guarda administrativa y el acogimiento familiar. El reconocimiento de estas instituciones de guarda y cuidado en el ordenamiento familiar cubano propiciarían las vías adecuadas para la asistencia y protección de las personas incapaces, discapaces y con capacidad restringida, constituyendo un mecanismo idóneo para su participación en el mundo jurídico.

Palabras claves: guarda – protección – capacidad – incapacidad – discapacidad

* Recepción del original: 30/09/2015. Aceptación: 11/02/2016.

** Licenciada en Derecho por la Universidad de Camagüey en el año 2008. Máster en Ciencias de la Educación Superior por la Universidad de Ciego de Ávila y Máster en Derecho Civil por la Universidad de la Habana. Profesora de Derecho Civil y Derecho de Familia. Docente de la Carrera de Derecho. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y políticas de la Universidad de Guayaquil. Ecuador.

*** Licenciada en Derecho por la Universidad de Ciego de Ávila. Profesora de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanística, carrera de Derecho de la Universidad Máximo Gómez Báez. Notaria en ejercicio.

**** Licenciada en Derecho por la Universidad de Ciego de Ávila, Profesora de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas, carrera de Derecho de la Universidad Máximo Gómez Báez.

Abstract: The inability affects the legal capacity of people, placing them in a special situation of subjection to legal guard mechanisms, and it can only be declared in the previously established cases in the law, requiring of a previous process and sentences for such an effect. The Family Code regulates as legal guardian institutions the "native imperium" and it guides her. However, it ignores others institutions that are of great importance like the *autotutela*, the guardianship, the native continued imperium and rehabilitated, the judicial defender, the *de facto* guard, administrative keeps and the family *acogimiento*. The recognition of legal guard institutions and care in the Cuban family classification would provide the appropriate roads for the attendance and unable people's protection, discapaces and with restricted capacity, constituting a suitable mechanism for their participation in the juridical world.

Key words: guard – protection – capacity – inability – disability

I. BREVES CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

La protección de las personas que por su edad o por razón de incapacidad no puedan actuar de forma prudente ni manifestar su voluntad inequívocamente en el mundo jurídico, se ha convertido en un tema esencial para todas las sociedades y en particular para la nuestra, donde es prioridad del Estado garantizar la salvaguarda de estas personas como centro de atención y estudio del Derecho Civil.

La legislación familiar cubana, consecuentemente con las transformaciones de la Revolución en el ámbito familiar, ha evolucionado en las actuales concepciones de las instituciones tutelares, ya sea en su reformulación, o en la aparición de nuevos mecanismos de protección jurídica, en aras de ampliar el abanico de posibilidades que el Derecho ofrece a estas personas como manifestación de la autonomía de la voluntad, pero siempre teniendo en cuenta las limitaciones que padecen para realizar con eficacia todo tipo de acto jurídico, dígase civil o familiar.

Precisamente al estudio de las instituciones tutelares se dedicará la presente investigación en la que se analizarán aquellas que son reguladas en nuestro Código de Familia y otras que no se prevén, pero que constituyen un aspecto importante aún sin resolver en nuestro ordenamiento jurídico familiar para brindar una efectiva protección y tutela jurídica a los que la necesiten.

II. LA PATRIA POTESTAD Y LA TUTELA COMO ÚNICAS INSTITUCIONES DE GUARDA RECONOCIDAS EN CUBA

Una vez que se declara la incapacidad, ya sea total o parcial de un individuo mediante sentencia judicial, posteriormente se debe nombrar a la persona que lo va a representar o, en su caso, asistir en aquellos actos del ámbito jurídico, los cuales por razón de su incapacidad no puedan realizar por sí solo.

Nuestra ley sustantiva familiar solo regula como instituciones tuitivas la patria potestad para el caso de los menores de edad y en su defecto, la tutela como institución de guarda y cuidado para los mayores de edad declarados judicialmente incapaces.

II.1. La patria potestad

En la actualidad, los poderes de la patria potestad no son tan absolutos ni tan arcaicos como en la antigüedad, existiendo una evolución que ha determinado la modificación de su naturaleza jurídica en el ordenamiento jurídico actual, pues ha pasado de ser un derecho absoluto del padre, tal y como se concebía en el Derecho Romano primitivo y en la redacción de nuestro Código de Familia, a configurarse como un conjunto de poderes dirigidos a cumplir los deberes y obligaciones que la ley les impone a ambos padres.

El Código de Familia cubano al regular la patria potestad establece el interés del estado socialista de que ambos padres, cualquiera que sea su estado conyugal, cumplan los deberes que tienen respecto a sus hijos menores y los enseñen, teniendo en cuenta los valores y normas de convivencia de la moralidad socialista.¹ De su propia naturaleza se deriva su carácter de situación de deber, la cual no puede ser declinada voluntariamente o admitir renuncia o sustitución.

1. Los derechos y deberes de los padres están contenidos en el Artículo 85 del Código de Familia, que relaciona una serie de obligaciones de los padres, no solo en el orden de cuidado, protección y alimentación de los hijos, sino en cuanto a su educación política ideológica, a la administración de sus bienes y la representación legal del menor, dichos deberes y derechos no son simples postulados morales, quien los incumple puede dar lugar a sanciones penales. *Vid.* Artículo 85 del Código de Familia.

En el ejercicio de la patria potestad intervienen como sujetos especiales los padres y los hijos, siendo la titularidad compartida para ambos. Visto así, Zayas Rodríguez² alega que la patria potestad no se encuentra vinculada al padre con menosprecio de la madre, a *contrariis* se ejerce conjuntamente por uno y otro.

En el contenido de la patria potestad se consideran dos aspectos esenciales, el personal y el patrimonial. La esfera personal comprende los deberes y facultades de los progenitores en relación al cuidado y protección de la persona del hijo, mientras que en el ámbito patrimonial se encuentran los actos de administración y disposición de sus bienes.

Los tribunales, atendiendo a las circunstancias del caso, podrán privar a ambos padres,³ o a uno de ellos, de la patria potestad además de suspenderlos el ejercicio de la misma mediante sentencia dictada, en proceso promovido a instancia del otro o del fiscal, siempre que uno o ambos padres realicen un incumplimiento según lo regulado en el artículo 95 del Código de Familia.⁴

Respecto a la naturaleza jurídica de la patria potestad, podemos decir que para nuestro Código de Familia está basada en consideraciones ideológicas, políticas y éticas, donde se vinculan las relaciones personales y patrimoniales que, en cualquier supuesto, se intentan subordinar al interés y beneficio de los hijos, por lo que esta materia es eminentemente social.

Si atendemos el criterio de Lacruz Berdejo sobre los caracteres distintivos del ordenamiento público y privado, no caben dudas que la patria potestad tiene un relevante interés público. La legislación española consi-

2. ZAYAS RODRÍGUEZ, R., *Derechos de la mujer casada, legislación y jurisprudencia*, Trinidad, Editorial Tipografía Venus, p. 44.

3. La Sentencia N° 5 de marzo de 1998 del Tribunal Supremo de España, considera que es motivo determinante de la privación de la patria potestad: "*el hecho de que el padre jamás se haya preocupado o velado por la situación de su hija y desde su nacimiento en 1988 hasta 1991 no haya satisfecho cantidad alguna para su sustento, y cuando lo hizo fue obligado por Sentencias de Tribunales*".

4. El artículo 95 del Código de Familia regula que se le suspende o se le priva de la patria potestad a uno o ambos padres cuando: "a) incumplan gravemente los deberes previstos en el artículo 85; b) cuando induzca al hijo a ejecutar algún acto delictivo; c) abandone el territorio nacional y, por tanto a sus hijos, d) cuando observen una conducta viciosa, corruptora, delictiva, o peligrosa, que resulte incompatible con el debido ejercicio de la patria potestad; e) cometan delito contra la persona del hijo".

dera que la naturaleza jurídica de la patria potestad constituye un derecho social, imprescriptible e indisponible.⁵

Por lo antes expuesto podemos afirmar que la patria potestad es una institución natural del Derecho de Familia, como el poder global que la ley otorga a los padres sobre sus hijos; su nacimiento no se debe al matrimonio, sino a la filiación que provoca automáticamente en los progenitores asumir un cúmulo de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos.

La patria potestad concluye por arribar el hijo a la mayoría de edad,⁶ no haciéndose una adecuada distinción con respecto a la capacidad de que puede disponer la persona para continuar su vida, despojando una institución de tanta importancia para la familia y a su vez para la sociedad.

Si analizamos su regulación en el Derecho comparado nos percatamos que es una institución universal que se regula en todos los Códigos Civiles, para solo citar algunos ejemplos encontramos el Código Civil de Nicaragua, Francia y España, el primero establece en su artículo 244 que a los padres le compete dirigir las personas de sus hijos menores protegerlos y administrar sus bienes. El segundo regula en el artículo 389 que si la patria potestad fuera ejercida conjuntamente por los padres, estos serán los administradores legales y en su posterior articulado preceptúa que la administración legal es pura y simple cuando los dos padres ejercen conjuntamente la patria potestad. El Código Civil Español por su parte conceptualiza a la patria potestad en el artículo 154 estableciendo los deberes y las facultades que les corresponden a ambos padres.

II.2. La tutela. Análisis conceptual

El concepto de tutela aparece en el Derecho Romano⁷ y fue definido

5. VELAZCO MUGARRRA, M., *La guarda y cuidado de los menores sujetos a la patria potestad*, La Habana, Ediciones ONBJ, 2006, p. 24. El Código Civil Español en sus artículos del 154 al 163 regula lo concerniente a las relaciones paternas filiales.

6. El artículo 92 del Código de Familia regula que la patria potestad se extingue por la muerte de los padres o del hijo; por el matrimonio del hijo que no ha alcanzado la mayoría de edad, por arribar el hijo a la mayoría de edad o por la adopción del hijo.

7. En el Derecho Romano existía la tutela de los impúberes y tutela perpetua de la mujer. En el caso de la tutela de los impúberes se designaba por un testador, por la ley o un por el magistrado, por razón de lo cual la tutela se consideraba testamentaria, legítima en el segundo caso y dativa el tercero. En el caso de la mujer la tutela se ejercía para completar su capacidad cuando efectuaba actos fundamentalmente económicos, pero incluso, esto fue

por el jurisconsulto Servio Sulpicio Rufo, conceptualizando la tutela como aquel poder sobre una cabeza libre, dado y permitido por el Derecho Civil para proteger al que por motivo de edad no pudiera defenderse por sí mismo. La tutela supone la existencia de un incapaz que, a su vez, es *sui iuris*, pues de serlo *alieni* estaba completada su incapacidad.

La palabra tutela se deriva del vocablo latino *tueor* que significa defender o proteger, acepción etimológica que a nuestro entender no se encuentra distanciada de su equivalente jurídico pues la tutela resultaría ser una potestad otorgada por la ley a personas jurídicamente capaces para la protección y defensa de los menores de edad no sujetos a patria potestad y los incapacitados de obrar.

Para Lacruz Berdejo⁸ es la institución jurídica que se confiere a un ciudadano en la plenitud de sus derechos para que ejerza a favor del menor de edad no sujeto a patria potestad, o del mayor de edad declarado judicialmente incapacitado, el cuidado, protección, representación y administración de sus bienes. Mediante ella se establece una relación cuasi familiar (similar a las parentales) entre tutor y tutelado.

En nuestra opinión, la tutela es la potestad que por mandato legal se le otorga a una persona capaz, en beneficio de otra declarada judicialmente incapaz, o de un menor de edad, para dirigir, educar, cuidar su integridad física, moral, además de representarlo en los actos civiles y administrar sus bienes como remedio de la incapacidad que presentan. Su regulación está prevista en los artículos del 137 al 166 del Código de Familia cubano.

II.3. De las clases de tutela

La doctrina reconoce varias clases de tutela, sin embargo, el Código de Familia cubano al definir dicha institución, estableció un solo tipo de tutela.⁹ No obstante, resulta necesario un estudio pormenorizado de cada una de ellas desde el punto de vista doctrinal por su trascendental importancia

limitado con el tiempo. Vid. FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *et. al*, *Manual de Derecho Romano*, La Habana, Editorial Pueblo y Educación, 1982, pp. 83 y ss.

8. LACRUZ BERDEJO, J. L., *et. al.*, *Derecho de Familia*, Barcelona, José María Bosch Ed., 1997, p. 487.

9. Según expresa PERAL COLLADO se reconoce la tutela de la autoridad, pues el Tribunal es el encargado de designar el tutor. Cfr: PERAL COLLADO, D., *Derecho de Familia*, La Habana, Editorial Pueblo y Educación, 1980, p.123.

a fin de lograr su posterior inclusión en nuestra normativa familiar vigente. En ese sentido se reconoce la tutela testamentaria, la tutela legal, la tutela dativa, la tutela general y la tutela especial, todas las cuales trataremos *a posteriori*:

I. La Tutela testamentaria es la que viene instituida por testamento, es decir, en ella la delación¹⁰ ocurre por la existencia de un testamento en el que los padres del menor incapacitado o las personas que han dejado al pupilo herencia o legado de importancia les nombran tutor, y en la misma se admiten también las disposiciones sobre el órgano que fiscalizará la tutela y las personas que lo integrarán.

En el anteproyecto del Código de Familia se incluye este tipo de tutela, cumpliendo ciertos requisitos, tales como que el tribunal verifique que la persona señalada reúna los requisitos necesarios para ser tutor. Se considera importante que el Tribunal tome en cuenta la posición de la persona y que resuelva lo que proceda de acuerdo con el resultado de su verificación.

II. La tutela legal: En este caso si los padres no hubiesen elegido tutor, o el designado no fuera confirmado por el juez, o posteriormente falleciera o fuera removido del cargo, el juez deberá nombrar a alguno de los parientes, o sea, los abuelos, tíos, hermanos o medio hermanos del menor, sin distinción de sexo.

El artículo 216 del mencionado anteproyecto del Código de familia reconoce la tutela legal como la que ejercen los directores de los centros asistenciales de educación frente a los internos en dichos centros y el alcance que esta tiene.

III. La Tutela dativa aparece cuando no existe tutor nombrado por testamento o vía notarial, ni de los designados por ley; en consecuencia, la necesidad de amparar y proteger al menor o incapacitado hace que determinado órgano (judicial, administrativo o familiar en dependencia del sistema tutelar imperante) sea el encargado de designar a la persona que ha de ocupar el cargo. Son rasgos de esta clase de tutela que es subsidiaria de la testamentaria y de la legítima, que puede recaer en cualquier persona idónea, aun cuando al pupilo no la una lazo de parentesco alguno.

10. Cuando hablamos de delación, no lo hacemos en el sentido del llamamiento efectivo que hace el órgano encargado de la constitución de la tutela, ya sea el tribunal, el consejo de familia u otro, sino en el sentido de vocación o llamamiento en potencia.

IV. La tutela general es aquella que se ejerce sobre la persona de los menores de edad no sujetos a la patria potestad de sus padres y sobre los mayores de edad incapacitados y los bienes de ambos. Puede tener su origen en una disposición paterna de última voluntad, en la ley o en la decisión del juez.

V. La tutela especial se confiere en situaciones excepcionales y resulta similar en algunas funciones al conocido cargo de protutor, no se encarga el tutor especial del cuidado de la persona del pupilo, sino que interviene para la representación del mismo en determinados juicios o procesos. Además, cuando existen intereses contrapuestos entre el tutor y el tutelado, o cuando se prive al representante legal de la administración de determinados bienes de su pupilo, por ello puede coincidir con el ejercicio de una tutela general o de la propia patria potestad.¹¹

II.3.1. Sobre la regulación de la tutela en el Código de Familia cubano

Al establecerse el régimen de tutela al incapaz, se le designa un tutor encargado de conducir, guiar, atender y regir los bienes que integran el patrimonio, incluso responder de los actos cometidos por el incapaz,¹² por lo que se establece entre el incapaz y el tutor una relación jurídica familiar.

La tutela de los menores de edad, es regulada en el artículo 145 del Código de Familia,¹³ el cual refiere que: "El tribunal citará a los parientes

11. DÍAZ MAGRANS, M. M., *La Tutela. Posibilidad de una mayor intervención notarial*, tesis presentada para optar por el título de Especialista en Derecho Notarial, bajo la tutoría de CORZO GONZÁLEZ, L., Universidad de la Habana, 2007, p. 10.

12. El Código de Familia regula en su artículo 153 que el tutor está obligado una vez que se le designe el cargo de cuidar de los alimentos del tutelado y de su educación si es menor de edad, en el caso del tutelado incapaz, procurar que el incapacitado adquiera o recupere su capacidad, hacer el inventario de los bienes del menor o del incapacitado y presentarlo al Tribunal en el término que este fije y de forma diligente administrar el patrimonio que corresponda al menor de edad o al incapacitado, además de solicitar oportunamente la autorización del Tribunal para los actos necesarios que se pueda realizar sin ella. *Vid.* Artículo 153 del Código de Familia cubano.

13. En caso de no poder designar tutor el Tribunal decidirá guiándose por lo que resulte más beneficioso para el niño. *Vid.* Artículo 145 apartado 2, Código de Familia cubano. Los requerimientos para ser designado tutor de un menor de edad se encuentran regulados en el

de este hasta el tercer grado, que residan dentro su demarcación o en la de otro de la misma ciudad o población en que tenga sede, a fin de celebrar una comparecencia en la que oirá a los parientes que asistan y al menor si tuviera más de siete años. Se tendrá en cuenta la preferencia manifestada por el menor y la opinión de sus parientes. La tutela de un mayor le otorga al tutor la autoridad y responsabilidad legal de tomar decisiones en nombre de su tutelado".¹⁴

El Código de Familia cubano regula en su artículo 137 que la tutela se constituye judicialmente y tiene por objetivo:

I. La guarda y cuidado, la educación, la defensa de los derechos y la protección de los intereses patrimoniales de los menores de edad que no estén bajo patria potestad.

II. La defensa de los derechos, la protección de la persona e intereses patrimoniales y el cumplimiento de las obligaciones civiles de los mayores de edad que hayan sido declarados judicialmente incapaces.

El tutor representa al menor de edad o al mayor de edad incapacitado en todos los actos civiles o administrativos, excepto en aquellos que por disposición expresa de la ley el tutelado puede ejecutar por sí mismo. Los artículos 146 y 149 del citado Código establecen los requisitos para ser designado tutor de un menor de edad o de un incapacitado respectivamente.¹⁵

Nuestra ley sustantiva familiar establece, sin dudas, un sistema tutelar de autoridad judicial, significa que tanto la tutela de los menores de edad

artículo 146 del Código de Familia citado.

14. Según lo que establece el artículo 148 del Código de Familia cubano, la tutela del mayor declarado incapacitado "corresponderá por su orden: al cónyuge; a uno de los padres; a uno de los hijos; a uno de los abuelos y a uno de los hermanos".

15. El Código de Familia cubano en su artículo 146 regula que para ser designado tutor de un menor de edad, "se requerirá: ser mayor de edad y estar en el pleno goce de los derechos civiles y políticos; tener ingresos suficientes para sufragar los gastos del menor en cuanto sea necesario; no tener antecedentes penales por delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales, la familia, la infancia y la juventud, ni por otros que a juicio del Tribunal inhabiliten para ser tutor; gozar de buen concepto público y ser ciudadano cubano". El artículo 149 del Código de Familia preceptúa que para ser designado tutor de un incapacitado "se requerirá: ser mayor de edad y estar en el pleno goce de los derechos civiles y políticos; no tener antecedentes penales por delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales, la familia, la infancia y la juventud, ni por otros que a juicio del Tribunal inhabiliten para ser tutor; gozar de buen concepto público; ser ciudadano cubano y no tener intereses antagónicos con el incapacitado".

como de los mayores declarados judicialmente incapaces se constituye por el Tribunal competente, en este caso el Tribunal Municipal del lugar en que reside el tutelando.¹⁶

El tutor está obligado cada año a informarle al tribunal competente la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta de su administración. Los preceptos de nuestra normativa familiar no imponen a los padres la obligación de rendir cuenta como administradores de los bienes de los hijos. Sin embargo, en nuestro país, cualquier control que se realice sobre la actuación de los padres solo tiene como punto de referencia el interés superior del menor, tal y como se regula en la Convención de los Derechos del Niño, específicamente en su artículo 3.¹⁷

Es plausible señalar que el objeto de la tutela en el ordenamiento jurídico familiar es la protección de la persona, en este caso, de aquella judicialmente declarada incapacitada. Por ello, uno de los deberes que el propio legislador le impone al tutor es el de procurar que el incapacitado adquiera o recupere su capacidad,¹⁸ en la medida en que ello sea posible,

16. GALIANO MARITÁN, G., "La autotutela como mecanismo de autoprotección ante una eventual incapacidad. Breves razones para su admisibilidad en nuestro texto sustantivo familiar", en *Revista Ambiente Jurídico*, nro. 14, Caldas, Universidad de Manizales, 2012, p. 5.

17. La niñez y la adolescencia constituyen un sector muy importante para el Estado cubano, es por ello que nuestro país defendió desde muy temprano los principios y postulados de la Convención de los Derechos del Niño, firmando este Convenio Jurídico el 26 de enero de 1990 y ratificándola el 21 de agosto de 1991. La protección a la infancia y la adolescencia en Cuba se rige por el principio "No hay nada más importante que un niño o niña". Tesis defendida por GALIANO MARITAN, G., "La Convención de los derechos del niño como cuerpo jurídico protector de la infancia. Sentido y Alcance", en *Revista Jurídica del Ministerio de Justicia, Tercera época*, año 2, nro. 4, julio-diciembre, La Habana, 2009, p. 35. Según la Sentencia No. 55 de 31 de enero de 2006 de la Sala de lo Civil y Administrativo del Tribunal Supremo de Cuba, en su Segundo Considerando, siendo Ponente ACOSTA RICART establece que: "los derechos también refrendados en la Convención de los Derechos del Niño, constituyen muestra de consenso internacional que reprueba conductas abusivas, y constituye una fuente jurídica fundamental dirigida a promover las normas y mecanismos indispensables para asegurar y defender los derechos de la infancia, así vemos como en efecto en nuestro caso tiene rango constitucional la obligación de los padres en la formación y educación de sus hijos, lo cual debe comprender la formación de valores, dentro de los que ha de encontrarse en lugar cimero el amor a la familia, pues la familia es la célula fundamental y natural de la sociedad, a la que se le atribuyen responsabilidades y funciones esenciales en la educación y formación de las nuevas generaciones".

18. Un caso interesante en que la tutora se oponía a promover ante el tribunal el proceso

teniendo en cuenta las circunstancias particulares de la persona sometida a tutela.

El cargo de tutor es obligatorio para la persona designada por la ley, pero el Código de Familia establece causas específicas que pueden ser justificantes para la dispensa inicial del cargo o para la renuncia posterior. El cargo de tutor no es conferido a cualquier persona que lo desee, pero luego de asumido no puede renunciarse a él con la excepción de que surja alguna causa legítima debidamente justificada a juicio del tribunal que conozca del asunto.¹⁹

Al detectarse la impericia del tutor con independencia de la causa, aunque sea por imposibilidad, debe ser comunicada tal situación al Ministerio Fiscal con el objetivo de que este valore la situación y promueva, en su caso, un procedimiento para el cambio de tutor. Puede finalizar el mencionado cargo por causas de inhabilidad surgidas luego de su nombra-

dirigido al restablecimiento de la capacidad de su pupilo, fue conocido por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, en vía casacional y fallado por Sentencia N° 546 de 17 de mayo del 2001, Único Considerando, ponente ARREDONDO SUÁREZ, ante lo cual, dispuso que frente a la negativa del tutor, con lo cual incumplía los deberes que el ejercicio de la tutela le impone, tal función le compete entonces al fiscal, en tanto "es terminante el texto del artículo sesenta del Código Civil vigente al conferir al Fiscal la representación de aquella persona cuyo representante legal tenga un interés opuesto al suyo propio, como en el presente asunto acontece en que la recurrente se opone a que se declare la recuperación de la capacidad de su tutelada, y, si bien es cierto que el artículo ciento cincuenta y nueve del Código de Familia estipula la forma en que se ha de proceder en el caso de que el tutor designado incumpliese las obligaciones que le impone el artículo ciento cincuenta y tres del propio cuerpo legal, no lo es menos que ello no impide ni contradice el ejercicio de la antes expresada facultad de representación que legitima al Fiscal para instar le sea restituida la capacidad jurídica a la declarada incapacitada, máxime si se tiene en cuenta que es este el objeto del proceso y no la remoción de la tutora que ha incumplido sus deberes..." en PÉREZ GALLARDO, L., "La designación voluntaria de tutora por la propia incapacitada: ¿luz verde en el Derecho cubano? (A propósito de la Sentencia N° 120 de 30 de septiembre del 2008 de la Sala Segunda de lo Civil y Administrativo del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana)", en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, año 1, nro. 2, Rosario, 2009, p. 5.

19. Una vez que se establece la tutela, esta tiene función personalísima e inexcusable, por ser la tutela un cargo personal, que no pasa a los herederos, y del cual nadie puede excusarse sin causa suficiente. De todos modos, el juez puede analizar la excusa que presente el designado tutor, y admitirla si encuentra que sería inconveniente para el menor esa designación. Es una función que debe ser ejercida personalmente. *Cfr.* BOSSERT, G. A., y ZANNONI, E. A., *Manual de Derecho de Familia*, 6ta. ed. actualizada, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 594.

miento o por remoción de la tutela.²⁰

La tutela concluye por arribar el menor a la mayoría de edad, contraer matrimonio o por ser adoptado, por haber cesado la causa que la motivó o cuando se trate de incapacitado y por fallecimiento del tutelado.²¹

III. BREVE ACERCAMIENTO A OTRAS INSTITUCIONES DE GUARDA Y CUIDADO

Uno de los retos de nuestro ordenamiento jurídico consiste en prever los cauces adecuados para la protección y asistencia de los incapaces, discapaces y personas dependientes.²² Por ese motivo, y ante la ausencia en nuestra legislación familiar de figuras tradicionales de asistencia y protección, se hace necesario la inclusión de instituciones tutelares como la curatela, la patria potestad prorrogada, la rehabilitación de la patria potestad, el acogimiento familiar o el defensor *ad litem*, además de la autotutela y la autocuratela.

En ese sentido, será necesario realizar un estudio sobre el objeto y naturaleza de cada una de estas instituciones de guarda y protección en aras de lograr su adecuada aplicación atendiendo a las características específicas de cada caso en particular.

III.1. La curatela. Análisis de su contenido

La curatela es una institución jurídica que ha sido objeto de estudio por diversos estudios e investigadores del Derecho Civil y de Familia, por lo que es difícil acotarla en una definición que incluya todos los matices. Para Pérez Gallardo²³ consiste en la asistencia tutelar que se distingue de la tutela por la delimitación de su cometido o porque el sujeto a curatela no carece de capacidad. Su fin es la asistencia de las personas para actos que

20. El Código de Familia cubano en su artículo 159 preceptúa que si durante el ejercicio de la tutela, el tutor "hubiera dejado de reunir los requisitos exigidos por este Código para su designación, o cuando incumpliere las obligaciones que le vienen impuestas, el tribunal de oficio o a instancia del fiscal, dispondrá su remoción".

21. *Vid.* Artículo 160 del Código de Familia cubano.

22. PEREÑA VICENTE, M., "La autotutela: ¿Desjudicialización de la tutela?", en *La Ley*, año XXVIII, nro. 6665, 6 de marzo de 2007, pp. 1-6.

23. PÉREZ GALLARDO, L., *ob. cit.*, p. 34.

puede realizar *per se*, pero con el complemento del curador.

Álvarez Tabio²⁴ la define como la institución de guarda en el ámbito del Derecho de Familia que ampara situaciones pasajeras, accidentales, más o menos temporales y circunstanciales; destinada a actos singulares para los que se requiere un complemento de capacidad a quienes la poseen, pero con carácter limitado o insuficiente.

El régimen jurídico que la caracteriza será de asistencia o vigilancia, de protección a cada caso concreto, atendiendo a la intensidad de la deficiencia que afecta la capacidad de obrar, y que por consiguiente necesita de ser completada, predominantemente en el ámbito patrimonial, pero no necesariamente restringido a él. En este sentido, Guilarte Martín²⁵ alega que es una institución tutelar de carácter estable que se constituye para integrar la capacidad de quienes pueden actuar por sí mismos, pero no por sí solos, proveyéndoles, a tal efecto, de un curador que completará su capacidad deficiente en la esfera patrimonial determinada en la ley o en la sentencia.

En sede de incapacitación, la curatela presenta grandes ventajas en la protección de aquellas personas que padecen enfermedades mentales de carácter cíclico, retraso mental simple, alguna debilidad mental o limitación física como consecuencia de la avanzada edad, trastornos cerebrales y medulares provocados por cualquier tipo de accidentes, el Alzheimer, depresiones graves, esquizofrenias, trastornos bipolares, consumo de alcohol, trastornos obsesivos compulsivos, o alguna minusvalía de carácter persistente que, en todo caso, impida a la persona gobernarse plenamente por sí misma. La curatela como institución tuitiva no ha sido regulada en nuestro Derecho familiar, pero la propuesta de su inclusión está contenida en el Proyecto de Modificación del Código de Familia debido a la necesidad de restablecer la misma como institución de guarda a las personas discapacitadas en situación de capacidad restringida, además de otros sujetos como los menores contemplados en el inciso a) del propio artículo 30 del Código Civil.²⁶

24. ÁLVAREZ TABÍO, A. M., "La Curatela y Discapacidad", en *IV Conferencia de Derecho de Familia*, 2006. p. 4.

25. GUILARTE MARTÍN, C., *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 113.

26. Según la Sentencia Nº 23 de diciembre de 1997 del Tribunal Supremo de España establece: "el pródigo queda sujeto a la curatela y no es un incapacitado total sino que queda restringida su capacidad, como incapacitado parcial, en el sentido en que precisa el com-

Al igual que la tutela, la curatela está dirigida a salvaguardar los intereses de personas que tienen limitada su capacidad de obrar por alguna circunstancia; se diferencia de la tutela porque su ámbito de aplicación es mucho más restringido, persiguiendo integrar, completar la capacidad de quienes, aun siendo capaces, necesitan ser vigilados, controlados, aconsejados o asistidos para concluir determinados actos jurídicos patrimoniales.

En el Derecho comparado la mencionada institución es regulada en varios Códigos Civiles, por ejemplo, en el Código Civil de España, Argentina, Chile, entre otros. El primero establece en el artículo 286 que están sujetos a la curatela los emancipados cuyos padres fallecieron o quedaron impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley, los que obtuvieron el beneficio de la mayoría de edad y los declarados pródigos. El Código Civil de Argentina en su artículo 43 regula que se da curador al mayor de edad que lo necesite para que se le facilite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general y el Código Civil de Chile preceptúa en su artículo 342 que están sujetos a curaduría general los menores adultos; los que por prodigalidad o demencia han sido puestos en entredicho de administrar sus bienes; y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.

A pesar de la importancia que en sede de discapacidad adquiere la curatela, nuestra ley sustantiva familiar no la preceptúa, lo que trae como consecuencia que las personas afectadas con estas limitaciones carezcan de los mecanismos necesarios para completar su deficiente capacidad, o de tener quienes de hecho asuman las funciones propias de un curador, por ello, resulta ineludible la introducción de preceptos que regulen la curatela para complementar la capacidad de aquellos que la tienen disminuida por razón de su capacidad restringida o discapacidad, sustentadas por la edad o enfermedad.

Resulta necesario cambiar el tratamiento y la concepción jurídica de dicha institución, adecuándola a los acaecimientos que impone el progreso de la vida social, familiar y personal, con el propósito de obtener su inserción en el Código de Familia, en *pos* de suplantar ciertas deficiencias en

plemento de capacidad ("asistencia", "intervención", "consentimiento" según terminología del código) que le otorga el curador: la curatela no tendrá otro objeto que la intervención del curador en los actos que los pródigos no puedan realizar por sí solos, y tales actos son los que haya determinado la Sentencia".

la capacidad de una persona para la realización de determinados actos o desenvolver ciertas relaciones de su vida jurídico-civil.

III.2. La tutela y la curatela. Principales diferencias

La tutela y la curatela al ser instituciones jurídicas de guarda y protección familiar guardan estrecha similitud, pero de su contenido se desprenden marcadas diferencias que no podemos desdeñar en esta investigación, las que marcan patrones distintos a la hora de determinar su aplicación en uno u otro supuesto de la vida jurídica y familiar.

En primer lugar, en la tutela está implícita la cooperación del tutor en la celebración de actos jurídicos, a la cual podría ir unido la *gestio*, pero sin que ella fuera necesaria; mientras que en la curatela, la *gestio* o administración de los bienes y celebración de actos jurídicos en nombre y sin intervención del pupilo es esencial.²⁷ La curatela es una institución complementaria de la tutela, no tiene por finalidad la guarda de la persona, ni siquiera de los bienes, sino tan solo la función de complemento de la capacidad de obrar de quienes carecen de ella y no están sometidos al régimen de patria potestad.

En la curatela no es necesario suplir la capacidad del cuartelado como en la tutela, sino complementarla transitoriamente y para los actos legales que se requiera por ley. Su aplicación es mucho más restringida que la de la tutela, pues no se utiliza a los fines de ejercer vigilancia y cuidado general sobre el necesitado.

En la tutela existe infalible representación legal, cuyas facultades están previstas en la ley, sin embargo en la curatela no existe ni se precisa representación legal, al estar limitada su esfera de actuación en sentido general por la ley, y específicamente, por el juez en su sentencia, su función es esencialmente de control y asistencia de las personas para actos que puede realizar por sí, pero con el complemento del curador.²⁸

27. GALIANO MARITAN, G., "La tutela y la curatela. Propositiones de *lege referenda* en el ámbito civil y familiar cubano", en *Derecho y Cambio Social*, nro. 29, Lima, 2012, pp. 4 y 5. Consultado en: http://www.derechoycambiosocial.com/revista029/tutela_y_curatela.pdf.

28. GALIANO MARITAN, G., "La tutela. Valoraciones sobre su regulación jurídica y aplicación en el ordenamiento familiar cubano", en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, nro. abril de 2012, revista digital disponible en: <http://www.eumed.net/rev/cccss/20/ggm.pdf>.

III.3. Guarda administrativa y guarda de hecho

La guarda administrativa o mera guarda, como también se la denomina,²⁹ es una institución de protección que tiene a su cargo el cuidado y la protección de los incapaces, es un recurso inminente y breve, exclusivo de la administración. Su objetivo fundamental es reinsertar al incapaz, esencialmente a los menores dentro de la propia familia o en otra distinta mediante el amparo o la adopción.

Esta forma de guarda legal deberá comprender tanto la custodia, como la alimentación, vestido, instrucción mínima y en sentido general todo el cuidado que precise el incapaz, el contenido básico de la mera guarda será el correspondiente al contenido personal de la patria potestad y la tutela.

En nuestro país se incluye dentro de la tutela la guarda administrativa,³⁰ no regulada en el derecho positivo cubano, donde la entidad pública asume el cuidado del menor como ocurre en nuestros círculos infantiles mixtos y hogares de niños sin amparo filial para dar solución de urgencia y con carácter temporal a aquellos menores en situación de desamparo.

Los círculos mixtos son instituciones que atienden a niños externos y también a aquellos que requieren régimen de internado por incapacidad de los padres física o mental, con el objetivo de educarlos y garantizar su normal desarrollo. Los hogares de niños sin amparo filial son centros de asistencia social donde se les proporciona a los niños, adolescentes y

29. Esta institución se recoge en el artículo 147 del Código de Familia cubano preceptuando que "los directores de los establecimientos asistenciales o de los centros de educación o reeducación, y los jefes de las unidades militares o paramilitares, serán los tutores de los menores que vivan en dichos establecimientos, o que pertenezcan a dichas unidades y no estén sujetos a patria potestad o tutela, con las mismas atribuciones que ofrece el artículo 85 con respecto a la patria potestad".

30. La Ley española sí reconoce la guarda administrativa como institución de protección y cuidado a los incapacitados en el artículo 172, Código Civil español, estableciendo que: "la entidad pública a la que, en el respectivo territorio esté encomendada a la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, y notificando de forma legal a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas. [...] en el momento de la notificación, siempre que sea posible, se les informará de forma presencial, de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada".

jóvenes condiciones de vida semejantes a las de un hogar. Las causas fundamentales del ingreso a estos centros es por ser huérfanos o abandonados. El gobierno cubano prioriza la atención a niños, adolescentes y jóvenes sin amparo filial, proporcionándoles educación, alimentación, atención médica e incorporándolos posteriormente a la sociedad una vez que arriban a la mayoría edad.

El Proyecto del Código de Familia cubano instituye otra figura de protección para el discapacitado: la guarda de hecho,³¹ la que servirá para normalizar la situación de personas que atienden a los discapacitados sin que se les haya concedido la tutela, interponiendo en su interés, aunque no en su nombre, los actos jurídicos que les favorezcan.

Para Jiménez Muñoz³² la guarda de hecho es aquella situación en que una persona se ocupa voluntariamente y sin formalidades legales de los asuntos de un menor o incapacitado en situación de desamparo, o de una persona que por sus circunstancias personales puede ser sometido a incapacitación. Se caracteriza por ser una institución fáctica, sobrevenida y transitoria. Es fáctica porque su finalidad es el cuidado y protección de la persona del guardado, lo que persigue no es el interés de quien ejerce la guarda, sino de la persona que está sometido a ella, generando consecuencias jurídicas. Es sobrevenida porque el estado de la guarda disciplina situaciones ya existentes, realidades que se desarrollan previamente y sobre las cuales recaerán las normas correspondientes. La transitoriedad consiste en que la guarda opera mientras no se constituyan los cargos tutelares.

En la guarda de hecho se pueden presentar diferentes supuestos, el primero cuando alguien careciendo de potestad legal sobre un menor, persona incapacitada o susceptible de serlo, ejerciera respecto a ellos, algunas

31. La guarda de hecho tiene su antecedente en la Ley de Seguridad Social, Ley No. 24 de 28 de agosto de 1979, la cual regula todo lo relacionado con la atención y cuidados básicos de carácter personal, doméstico y social en su propio domicilio a aquellas personas cuya discapacidad le impide un desempeño normal en las actividades de su vida diaria. El Código Civil de Cataluña en su artículo 225.1 define al guardador de hecho como "la persona física o jurídica que cuida de un menor o de una persona en quien se da una causa de incapacitación, si no está en potestad parental o tutela o, aunque lo esté, si los titulares de estas funciones no las ejercen".

32. JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., "Breves observaciones acerca de la guarda de hecho, en el derecho común y los derechos catalán y aragonés", en SALAS MURILLO, S. (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2010, pp. 623-650, p. 624.

de las instituciones tutelares o se hubiere encargado de su custodia y de la administración de su patrimonio y gestión de intereses. El segundo supuesto cuanto estuviese ejerciendo el cargo de tutor una persona afectada por inhabilidad legal, el tercero cuando el tutor designado hubiese comenzado a desempeñar sus funciones sin dar cumplimiento a los requisitos legales y por último, cuando el tutor hubiese prolongado indebidamente el ejercicio del cargo después de haber debido cesar en él.³³

La mencionada institución en algunos actos es bilateral, y en otros unilateral. Es bilateral cuando los padres biológicos dan su consentimiento extrajudicial para que un tercero tenga a su hijo en guarda de hecho, sin embargo, resulta unilateral cuando ante un menor abandonado, una persona lo acoge en guarda de hecho y ejercita respecto de él alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares, o se encarga de su custodia y protección de su patrimonio.

En nuestra opinión, la guarda de hecho es una institución jurídica, en la cual una persona voluntariamente y sin formalidades legales tiene a su cargo el cuidado y la protección de personas que aun siendo incapaces no han sido declaradas judicialmente, sin embargo, necesitan del cuidado y la representación de otro que no es su tutor legal, pero cumple funciones tuitivas.

III.4. El defensor judicial

El defensor judicial es un instituto de guarda que se caracteriza por su actuación provisional y transitoria. Su cometido es representar, o en su caso, asistir al incapaz en situaciones que no pueden hacerlo sus progenitores, el tutor o el curador, o cuando estos no existen. La persona que va desempeñar dicho cargo es elegida por un juez para realizar las funciones de amparo y representación de quienes lo necesitan.³⁴

33. ROGEL VIDE, C., "Sobre la guarda de hecho", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año 2003, nro. 4, Editorial Reus, p. 579.

34. El Código Civil español en su artículo 299 regula la figura del defensor judicial. *Vid* Artículo 299 del Código Civil Español. La sentencia 10 de marzo de 1994 del Tribunal Supremo de España establece: "el defensor judicial es un cargo de nombramiento judicial para un determinado asunto, con las atribuciones que le haya conferido el Juez al designarlo, no es un representante legal del menor para la defensa y administración de su patrimonio, y por ello, cuando actúa, debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le

Los supuestos en los cuales se puede nombrar defensor judicial son los siguientes:

En primer lugar cuando exista conflicto de intereses entre el incapacitado y sus representantes legales o el curador, en segundo lugar cuando el tutor, o el curador, haya sido destituido de su cargo, mientras se nombra a otra persona para desempeñarlo; en tercer lugar cuando el tutor o el curador haya alegado alguna causa de excusa para no seguir ejerciendo la guarda, mientras se nombra a otra persona que lo sustituya, y por último, y no por ello menos importante, cuando durante el proceso judicial de incapacitación, el Ministerio Fiscal actuara como defensor judicial del presunto incapaz asumiendo su representación y defensa. Si es el Ministerio Fiscal el que inicia el procedimiento, se nombrará un defensor judicial al presunto incapaz que le represente en el juicio y asuma su defensa.³⁵

El Código Civil español con la tramitación parlamentaria de la ley el Grupo Parlamentario Mixto y el Partido Comunista, presentó la enmienda 32 que incluía un cuarto supuesto: "... cuando la imposibilidad de la persona de gobernarse por sí misma derive de anomalía mental o psíquica que previsiblemente no tenga carácter persistente, buscando la protección de personas aquejadas de coma u otra enfermedad que de momento, les impide manifestar su voluntad sobre su persona o bienes", modificación que no prosperó, y que persigue una finalidad similar a la salvaguarda judicial existente en el Derecho Francés.

Según Albaladejo,³⁶ recibe el nombre de defensor porque defiende al guardado, y judicial porque lo nombra el juez, es un cargo transitorio, de amparo y representación de los incapacitados en ciertos casos, de aplicación tanto a menores que se encuentran sujetos a la patria potestad de sus padres o a la tutela, así como también a personas incapacitadas que aún se encuentren bajo patria potestad prorrogada, tutela, o a personas que estén sometidas a curatela, siempre que esta institución de guarda no pueda cumplir con las funciones inherentes a las mismas, al existir un evidente conflicto de intereses entre el menor o incapacitado y su progenitor, representante legal o curador; o bien porque el representante legal, por cualquier

han atribuido, y cuando actúa judicialmente, debe probar que lo hace así, no exhibir solo el Auto".

35. FABREGA RUÍZ, F., y HEREDIA PUENTE, M., *ob. cit.*, p. 14.

36. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Barcelona, Edición Bosch, 1991, p. 289.

razón, no puede desempeñar las funciones que son intrínsecas a la institución que representa.

Los padres no son sustituidos por el defensor judicial, pues la función de este es representativa, ya que sus actuaciones son sobre un aspecto específico y sus facultades no pueden tener un ámbito más amplio que el que corresponde a los padres a los que sustituye transitoriamente.

El nombramiento de defensor judicial se extingue por haber concluido el motivo que originó tal designación; por el cese de la oposición de intereses; por la interferencia de otra representación preferente (adoptiva, tutelar); por las causas de excusas y remoción de tutelas y curatela; por la muerte del defensor judicial o del defendido; por la mayoría de edad del defendido, salvo que con anterioridad hubiera sido judicialmente incapacitado y por su emancipación.

En nuestra ley sustantiva familiar –aun cuando no regula esta institución–, interviene el fiscal una vez que se encuentra vulnerado el interés del menor, el cual tiene la facultad de representar al menor en todos sus actos y responder por sus intereses.³⁷

III.5. El acogimiento familiar

El acogimiento familiar es definido por Vidal Morant como aquella situación temporal y revocable, orientada a la protección y cuidado de los menores que se encuentren privados, aunque sea circunstancialmente, de una adecuada atención familiar. Su fin es lograr la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo reciben las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral.³⁸

El acogimiento familiar se ejercerá por la persona o personas que determine la entidad pública, mientras que el acogimiento residencial se

37. El Fiscal, en el proceso familiar cubano, es parte en los procesos concernientes al estado civil y capacidad de las personas y en todos aquellos en que la ley así lo prevenga o en cualquier otro asunto en que alegue interés social, según lo establecido en la Ley Adjetiva Civil en sus artículos 46 y 48, representa y defiende los intereses de los menores de edad e incapacitados, hasta que estos sean provistos de tutor o de representantes y asume además la defensa de sus bienes y derechos.

38. VIDAL MORANT, J., "Derecho de Familia, patria potestad y otras instituciones de protección a menores", en *Noticias Jurídicas*, febrero, 2002, p. 15.

ejercerá por el director del centro donde sea acogido el menor. En todos los supuestos se buscará siempre el interés superior del menor tal y como afirma Galiano Maritan,³⁹ intentándose lograr su reinserción en la propia familia, así como que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona.

El artículo 173 del Código Civil español se refiere a las distintas modalidades del acogimiento familiar por su finalidad. Así, distingue:

I. Acogimiento familiar simple: Tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reinserción de este en su propia familia, en tanto se adopte una medida de protección más estable.

II. Acogimiento familiar permanente: Cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen e informen los servicios de atención al menor.

III. Acogimiento familiar preadoptivo: Se formalizará por la entidad pública cuando esta eleve la propuesta de adopción del menor, informado por los servicios de atención al menor ante la autoridad judicial, siempre que los acogedores reúnan los requisitos necesarios para adoptar, y cuando fuera necesario establecer un período de adaptación del menor a la familia, antes de la propuesta de adopción.⁴⁰

La mencionada institución tiene como formalidad realizarse por escrito, con el consentimiento de la entidad pública, tenga o no la tutela o la guarda de las personas que reciban al menor y de este si tuviera doce años cumplidos. Cuando fueran conocidos los padres que no estuvieran privados de la patria potestad, o el tutor, será necesario también que presten o hayan prestado su consentimiento, salvo que se trate de un acogimiento familiar provisional.

Las causales de extinción del acogimiento del menor son por decisión judicial o de las personas que lo tienen acogido, previa comunicación de

39. El principio del "interés superior del niño" se regula en el artículo 3 de la Convención internacional sobre los Derechos del Niño, el cual significa que es preciso examinar varios factores para definir los resultados y las garantías, y que otros intereses como los del Estado, los progenitores y demás no tienen por qué prevalecer de forma automática. Este principio es introducido formalmente por mencionada convención, donde se subraya el derecho que tienen todos los niños para expresar su punto de vista en todas las cuestiones que atañen a su vida, en conformidad con su edad y madurez. GALIANO MARITAN, G., "La Convención de los derechos del niño...", ya citado en nota al pie nro. 17, p. 36.

40. *Cf*: Artículo 173 del Código Civil español.

estas a la entidad pública; por petición del tutor de los padres que tengan la patria potestad cuando reclamen su compañía, y por decisión de la entidad pública que tenga la tutela o guarda del menor, siempre que lo considere necesario para salvaguardar el interés de este.⁴¹

III.6. De la patria potestad prorrogada y rehabilitada

En la actualidad, existen diferentes modalidades de la patria potestad, conocidas como: la patria potestad prorrogada y la patria potestad restablecida o rehabilitada, las cuales aún no son reguladas en nuestra legislación familiar vigente; sin embargo, la práctica y vida diaria así lo aconsejan por la importancia que ameritan.

La patria potestad prorrogada y la patria potestad restablecida o rehabilitada son instituciones diferentes en cuanto a sus requisitos, pero de efectos equivalentes, puesto que implican una excepción a la extinción de la patria potestad por llegar el hijo a la mayoría de edad. Ambas constituyen modelos institucionales de gran interés práctico al estar en conexión directa con la incapacitación del hijo, que puede producirse durante la minoridad o una vez alcanzada la mayoría de edad.

III.6.1. La patria potestad prorrogada

Según PÉREZ GALLARDO⁴² la patria potestad prorrogada es una institución en virtud de la cual se continúa el ejercicio de la patria potestad de los padres con todas las funciones que contiene para la mejor protección de los hijos, y evita la promoción del expediente de tutela ante los tribunales, en los casos en que los hijos menores, en previsión del grado de discapacidad padecido, sobre todo cuando se trata de una discapacidad mental, se declaran judicialmente incapacitado, antes de arribar a la mayoría de edad.

La patria potestad prorrogada se ejercita cuando el menor de edad padece de alguna enfermedad o deficiencia, tanto física como psíquica de forma persistente que le imposibilitará gobernarse por sí mismo, pudiendo preverse

41. *Vid.* Artículo 172, apartado 4, del Código Civil español.

42. PÉREZ GALLARDO, L., "La protección legal a los discapacitados en Cuba: una visión de *lege data* y de *lege feranda*", en *IV Conferencia Internacional Derecho de Familia*, 2006, p. 16.

razonablemente que la misma se mantendrá después de la mayoría de edad, razón por la que emana el proceso de incapacitación de manera tal, que una vez cumplidos los 18 años de edad, quedará automáticamente prorrogada, con la extensión y alcance que determine la resolución incapacitadora.

La patria potestad prorrogada es una institución tutelar que culmina una vez que el tribunal declara el cese de la incapacidad del hijo o de la hija, por el fallecimiento de estos o de ambos padres respectivamente, según lo regulado en el artículo 120 del anteproyecto del Código de Familia.

III.6.2. La patria potestad rehabilitada

La patria potestad puede ser rehabilitada por el tribunal cuando los hijos e hijas mayores de edad sean declarados judicialmente incapacitados, implica una extinción y posterior restauración de la patria potestad, porque el sujeto incapacitado no es un menor, sino que alcanzó la mayoría de edad, es soltero y reside con sus padres. En tales casos no se constituye judicialmente la tutela.

Otro supuesto regulado en el Anteproyecto del Código de Familia es cuando el hijo menor de 16 años de edad haya disuelto vínculo matrimonial, en este caso se hace necesario restablecer la patria potestad por las características propias de la edad y por las condiciones especiales en que se autoriza el matrimonio.

Para que se pueda realizar la rehabilitación de la patria potestad se exigen dos requisitos fundamentales,⁴³ la soltería y la convivencia con los padres, el primero supone que el incapacitado no haya contraído nunca matrimonio, aunque este haya sido disuelto, si bien deben excluirse los casos de nulidad en que no ha existido nunca matrimonio, siendo independiente de que tenga o no hijos. El segundo es uno de los requisitos que provocan más discrepancias interpretativas, pues existen dudas sobre qué debemos entender por vivir en compañía de los padres.

La doctrina se divide entre los que exigen una convivencia de hecho, con un claro *corpus*, y los que entienden que dicho concepto hay que interpretarlo de una forma más amplia y flexible, considerando que esta no se rompe por estar el hijo internado en una institución, ya que lo importante

43. Estos requisitos fundamentales de la patria potestad rehabilitada son regulados en el artículo 171 del Código Civil español.

será que el hijo esté bajo la guarda o custodia del padre.⁴⁴

En cuanto a la convivencia con los padres debe atenderse fundamentalmente a la dependencia física y económica, más que a la residencia en el mismo domicilio, siendo objeto de una interpretación flexible, lo que si se exige siempre es el hecho de que durante la minoridad hubiese estado sujeto a la patria potestad y no a la tutela. Este criterio se sustenta en el hecho cierto de que la incapacidad puede estar ocasionada por una causa externa, y no por una enfermedad crónica que toda su vida le hubiese limitado su capacidad de obrar, tal es el caso de una persona que por accidente pierda sus facultades y es incapacitado, quizás no siempre residió con sus padres o en algún momento interrumpió su residencia establemente, pero si está dentro de las causales de incapacidad no sería justo negarle la rehabilitación de la patria potestad.

No se daría la rehabilitación si los padres hubieran sido privados, extinguidos o suspendidos de la patria potestad, salvo si la han recuperado. Una vez elegida la institución u organismo de guarda, habrá que nombrar para desempeñarlo a la persona más idónea, debiendo optarse entre las que reúnan dicha idoneidad por aquella que afectiva y físicamente se encuentre más cerca del futuro pupilo.

Nuestro Código de Familia no regula la patria potestad rehabilitada dentro del régimen legal de guardaduría, pues solo prevé la tutela como institución protectora fuera del marco del ejercicio de la patria potestad, aplicable cuando de mayores de edad se trata, a quienes hayan sido declarados judicialmente incapaces para regir su persona y bienes, por razón de enajenación mental, sordomudez, u otra causa, deficiencia que sería salvada con la introducción de otras formas de protección en nuestro ordenamiento jurídico.

III.7. La Autotutela como mecanismo de protección ante una eventual incapacidad

En los tiempos actuales, la extensión de ciertas epidemias, el envejecimiento incesante y creciente de la población, con las colaterales enfermedades

44. FABREGA RUÍZ, F., y HEREDIA PUENTE, M., *Protección legal de incapaces*, Madrid, Colex, 1998, p. 19.

de tipo senil Alzheimer,⁴⁵ que, previsiblemente, dada su irreversibilidad, conduzcan a una futura incapacidad judicial, provocan la necesidad de que antes de llegar a la incapacidad de comunicarse y gobernarse pueda cualquier persona en plenitud de sus facultades mentales, mediante escritura pública notarial designar quién desea que se encargue de su guarda, estableciendo, además, las directrices que ordenarán la forma de ejercicio y control de la misma, así como adoptar cualquier otra disposición relativa a su persona o bienes.

La autotutela o delación voluntaria de la tutela,⁴⁶ como forma de prever situaciones futuras de discapacidad o incapacidad para este vulnerable sector de la población que son las personas de la tercera edad, podría ser una solución satisfactoria, si estuviera adecuadamente regulada en el ordenamiento jurídico.

En palabras de Martínez García,⁴⁷ es la institución a través de la cual se posibilita a la persona capaz, para que, mediante un documento apropiado, formal, y revocable, pueda dejar preestablecido, en el supuesto de su incapacidad, el organismo tutelar y a las personas que han de desempeñar los cargos y mecanismos de vigilancia y control.

Esta institución puede englobar dos supuestos no excluyentes entre sí: la posibilidad de que una persona, en previsión de su posible incapacidad, prohíba que una o más personas sean designados sus tutores (designación negativa) y la posibilidad de nombrar a quien será su tutor en caso de su incapacidad (designación positiva).

La autotutela se considera un acto jurídico y propiamente un negocio jurídico; *inter vivos, post capacitatem*: en el cual debe distinguirse un doble estadio de relevancia jurídica al cual se ha hecho referencia previamente; gratuito, unilateral, solemne, personalísimo, principal, atípico, revocable, y de carácter familiar.⁴⁸

45. RENDÓN UGALDE, C., "Fundamentos teóricos y prácticos de la autotutela", en *Revista de Derecho Privado, Nueva época*, año IV, número 11, mayo-agosto de 2005, p. 74.

46. La paternidad del término autotutela corresponde al abogado del Estado. ELOY SÁNCHEZ TORRES en su artículo "Una nueva modalidad tutelar". La palabra autotutela se introduce en esta obra al decir: "La autotutela, valga este nuevo vocablo, es la manifestación práctica que más acusa la cristalización jurídica del discutido problema de los derechos sobre la propia persona". Citado por: RENDÓN UGALDE, C., *ob. cit.*, p. 77.

47. MARTÍNEZ GARCÍA, J. A., "Apoderamientos preventivos y autotutela", en MARTÍNEZ DÍE, R. (coord.), *La Protección Jurídica de Discapaces, Incapaces y personas en Situaciones Especiales*, Madrid, Civitas Ediciones, 2000, pp. 115-148, pp. 24 y 25.

48. Es un acto jurídico, pues se enmarca dentro del concepto del artículo 49.1. del Código

El Código Civil español y la Ley 9/1998, de 15 de julio de 1998, del Código de Familia, del Parlamento de Cataluña son normas legales que contienen las disposiciones más directamente relacionadas con la declaración de incapacitación, con la tutela y la autotutela, como instrumentos de protección legal de las personas mayores afectadas por demencia o discapacidad mental.

Para Garrido Melero,⁴⁹ "la autotutela es (...) la posibilidad de que cualquier persona, en previsión de que pueda ser declarada incapaz, pueda nombrar en escritura pública los organismos tutelares que estime oportunos, así como excluir a determinadas personas de dichos cargos". Badosa Coll⁵⁰ la resume como "la legitimación de un mayor de edad para regular el mecanismo protector de su tutela, en contemplación de una eventual

Civil cubano, el cual regula: manifestación lícita de voluntad, en este caso expresa, que produce efectos consistentes en la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica. Es un negocio *inter vivos porque* implica una relación intersubjetiva, vincula e interesa correlativamente a varias personas vivientes. *Inter vivos* son los actos de los cuales se origina una situación jurídica, la cual incide contemporáneamente en la esfera jurídica de su autor o de terceros. Cfr. PÉREZ GALLARDO, L., *et. al.*, *Derecho de Sucesiones*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2006, t.1, pp. 206-207. Es gratuito porque según lo que regula el artículo 157 del Código de Familia, el ejercicio de la tutela es gratuito; y aunque el tutor, previa aprobación del tribunal, puede reembolsarse de los gastos justificados que tuviere en el ejercicio de la tutela; con ello lo que se hace es proteger la indemnidad de este sujeto. Es unilateral porque la autotutela está formado únicamente por la declaración de voluntad del autotutelando, la cual no necesita la concurrencia de ninguna otra para perfeccionarse. Es un acto solemne debido a que la persona designada no resulta obligada a nada, ni siquiera tiene que ser aceptado o conocido el negocio jurídico por el tutor para considerarse que existe. Por tanto, dicha aceptación no es condición para su existencia, sino para su eficacia. Su carácter personalísimo viene dado por la cantidad de otorgantes que podrían comparecer en un mismo documento; y aunque la escritura fuera mancomunada, lo que no admitimos, cada negocio de autotutela sería unilateral. Es principal porque tiene sustantividad propia y no depende de ningún otro acto. Es atípico porque no es regulado actualmente en nuestro Código de Familia, pero sí se encuentra en el Anteproyecto, una vez que este preceptuado será típico. El fundamento de su revocabilidad lo encontramos como en el testamento, en su naturaleza jurídica.

49. GARRIDO MELERO, M., *Derecho de Familia, un análisis del Código de Familia y de la Ley de Uniones Estables de Pareja de Cataluña y su correlación con el Código Civil*, Madrid, Marcial Pons, 1999, cap. V.

50. BADOSA COLL, F., "La autotutela", en BOSCH, J. M. (ed.), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Doctor José Luis Lacruz Berdejo*, Barcelona, Editorial Bosch, 1993, t. 2, p. 903.

incapacitación”.

El fin de la tutela en el ordenamiento jurídico familiar, es ante todo, la protección de la persona que ha sido declarada judicialmente incapacitada, por tanto, cuando nos referimos a la autotutela, o delación voluntaria de la tutela, nos referimos al poder de autodeterminación que toda persona debe tener como concreción de la autonomía de su voluntad, con el fin de que aun siendo capaz, pueda prever la regulación de aspectos variados de su existencia, partiéndose de la consideración que nadie mejor que nosotros mismos para conocer las cualidades y condiciones personales de quien puede llegar a ser nuestro tutor y no ser sometidos al régimen de protección predeterminado por el Código Civil.⁵¹

La designación del tutor se realiza ante un notario, en documento público, a aquella persona (física o jurídica sin ánimo de lucro) que uno quisiera que fuera su tutor, en caso de que en un futuro, fuera declarado incapaz. En la misma escritura también se puede excluir expresamente a alguien para ejercer funciones tutelares, así como nombrar sustitutos y órganos de control o supervisión de la tutela,⁵² dicha persona puede dar orientaciones sobre como quisiera que fuera ejercida su tutela, tanto en lo que se refiere al cuidado de su persona como a la administración de sus bienes. Es plausible señalar que cuando se otorgue la escritura de autotutela, la persona debe conservar sus facultades intelectuales y por tanto de decidir libremente lo que quiere hacer.

La autotutela o delación de la tutela puede encomendarse para prever y decidir lo que puede acontecer en el futuro. Con el nombramiento del tutor se ampara ciertamente a la persona mayor de edad cuando no posea la suficiente capacidad para gobernarse, la cual va contar con una tercera persona, elegida por ella misma, que tiene a su cargo la guarda y cuidado de su persona y sus bienes, contando con todas las garantías legales.

Esta fuente de autoprotección tiene su *ratio* en la propia declaración de voluntad del futuro pupilo. Supone la realización de un negocio unilate-

51. Aunque el instituto pudiera parecer de reciente creación, desde 1927 se documentó el caso de una persona de nacionalidad rusa, quien al cumplir su mayoría de edad nombró para sí tutor en documento privado. La razón de esta autodesignación se basó en que dicha persona padecía una enfermedad hereditaria degenerativa. La autodesignación fue aprobada por el Tribunal de Tutelas. Citado por GALIANO MARITÁN, G., "La autotutela como mecanismo de autoprotección...", ya citado en nota al pie nro. 16, p. 8.

52. GALIANO MARITÁN, G., *Íbid*, p. 10.

ral de naturaleza no recepticia, cuya eficacia está supeditada a la decisión judicial, pues en última instancia es el juez quien vigila y resuelve todo lo concerniente a la institución tutelar en las legislaciones que reconocen una tutela bajo control judicial.⁵³

La autotutela es de significativa importancia pues tiene como objetivo brindarle atención y obediencia a la voluntad del futuro pupilo para cuando en el momento en que este no posea la capacidad suficiente para administrarse, esté una tercera persona, elegida por él mismo, que tendrá a su cargo el cuidado de su persona y sus bienes, respetando en todos los supuestos las garantías legales establecidas en la ley.

La legislación familiar cubana solo prevé la tutela como institución tuitiva, haciendo de ella la más trascendente forma de guardaduría legal, no reconoce la posibilidad real que tiene cualquier persona antes de llegar a una eventual incapacidad, poder diseñar como desea que se materialice su protección en el futuro y poder pronunciarse sobre el nombramiento de su tutor.

La regulación de la autotutela en el ordenamiento jurídico cubano podría ser una solución satisfactoria para su eficaz implementación y consiguiente protección a la autonomía de la voluntad de estas personas, y aun cuando así no fuera, nada impediría al tribunal tener en cuenta, a la hora de la designación de tutor, la voz del futuro incapacitado, tan importante para futura actuación en estos escenarios familiares.

IV. BREVES CONSIDERACIONES FINALES

En nuestra legislación familiar no se acepta otra forma de representación legal diferente a la tutela como institución de guarda o asistencia en cuanto a los incapaces y para la minoría de edad la patria potestad, por tal razón se hace necesario la inclusión de instituciones de protección y cuidado como la curatela, la autotutela, el defensor judicial, la guarda administrativa o de hecho y la posibilidad de optar por la patria potestad prorrogada o rehabilitada, siendo estas figuras reconocidas en otros códigos foráneos, lo cual posibilita una eficiente protección de los derechos y la dignidad de estas personas en la sociedad.

53. PÉREZ GALLARDO, L., "La protección legal a los discapacitados en Cuba...", ya citado en nota al pie nro. 42, p. 35.

Se hace urgente abogar unánimemente por la regulación de estas instituciones en nuestro de Código de Familia, por la importancia que ameritan para el Derecho cubano y la seguridad de la familia al proporcionarles una adecuada protección a las personas discapacitadas, que carecen de plena capacidad o la tienen restringida para actuar en el mundo jurídico. El reconocimiento de estas instituciones de guarda y cuidado en el ordenamiento familiar cubano propiciarían las vías adecuadas para la asistencia y protección de las personas incapaces, discapaces y con capacidad restringida, constituyendo un mecanismo idóneo para su participación en el mundo jurídico.

V. BIBLIOGRAFÍA

Fuentes Teóricas

- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Barcelona, Edición Bosch, 1991.
- ÁLVAREZ TABÍO, A. M., "La Curatela y Discapacidad", en *IV Conferencia de Derecho de Familia*, 2006. p. 4.
- BADOSA COLL, F., "La autotutela", en BOSCH, J. M. (ed.), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Doctor José Luis Lacruz Berdejo*, Barcelona, Editorial Bosch, 1993, t.2.
- BOSSERT, G. A., y ZANNONI, E. A., *Manual de Derecho de Familia*, 6ta. ed. actualizada, Buenos Aires, Astrea, 2004.
- DÍAZ MAGRANS, M. M., *La Tutela. Posibilidad de una mayor intervención notarial*, tesis presentada para optar por el título de Especialista en Derecho Notarial, bajo la tutoría de CORZO GONZÁLEZ, L., Universidad de la Habana, 2007.
- FABREGA RUÍZ, F., y HEREDIA PUENTE, M., *Protección legal de incapaces*, Madrid, Colex, 1998.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *et. al, Manual de Derecho Romano*, La Habana, Editorial Pueblo y Educación, 1982.
- GALIANO MARITÁN, G., "La autotutela como mecanismo de autoprotección ante una eventual incapacidad. Breves razones para su admisibilidad en nuestro texto sustantivo familiar", en *Revista Ambiente Jurídico*, nro. 14, Universidad de Manizales, Caldas, 2012.
- GALIANO MARITAN, G., "La Convención de los derechos del niño como cuerpo jurídico protector de la infancia. Sentido y Alcance", en *Revista*

- Jurídica del Ministerio de Justicia, Tercera época*, año 2, nro. 4, julio-diciembre, La Habana, 2009.
- GALIANO MARITAN, G., "La tutela y la curatela. Propositiones de *lege referenda* en el ámbito civil y familiar cubano", en *Derecho y Cambio Social*, nro. 29, Lima, 2012. Consultado en: http://www.derechoycambiosocial.com/revista029/tutela_y_curatela.pdf.
- GALIANO MARITAN, G., "La tutela. Valoraciones sobre su regulación jurídica y aplicación en el ordenamiento familiar cubano", en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, nro. abril de 2012, revista digital disponible en: <http://www.eumed.net/rev/ccss/20/ggm.pdf>.
- GARRIDO MELERO, M., *Derecho de Familia, un análisis del Código de Familia y de la Ley de Uniones Estables de Pareja de Cataluña y su correlación con el Código Civil*, Madrid, Marcial Pons, 1999, cap. V.
- GUILARTE MARTIN, C., *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., "Breves observaciones acerca de la guarda de hecho, en el derecho común y los derechos catalán y aragonés", en SALAS MURILLO, S. (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2010, pp. 623-650.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., et. al., *Derecho de Familia*, Barcelona, José María Bosch Ed., 1997.
- MARTÍNEZ GARCÍA, J. A., "Apoderamientos preventivos y autotutela", en MARTÍNEZ DÍE, R. (coord.), *La Protección Jurídica de Discapaces, Incapaces y personas en Situaciones Especiales*, Madrid, Civitas Ediciones, 2000, pp. 115-148.
- PERAL COLLADO, D., *Derecho de Familia*, La Habana, Editorial Pueblo y Educación, 1980.
- PEREÑA VICENTE, M., "La autotutela: ¿desjudicialización de la tutela?", en *La Ley*, año XXVIII, nro. 6665, 6 de marzo de 2007, pp. 1-6.
- PÉREZ GALLARDO, L., "La designación voluntaria de tutora por la propia incapacitada: ¿Luz verde en el Derecho cubano? (A propósito de la Sentencia N° 120 de 30 de septiembre del 2008 de la Sala Segunda de lo Civil y Administrativo del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana)", en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, año 1, nro. 2, Rosario, 2009.
- PÉREZ GALLARDO, L., "La protección legal a los discapacitados en Cuba: una visión de *lege data* y de *lege feranda*", en *IV Conferencia Interna-*

cional Derecho de Familia, 2006.

PÉREZ GALLARDO, L., *et. al.*, *Derecho de Sucesiones*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2006, t.1

RENDÓN UGALDE, C., "Fundamentos teóricos y prácticos de la autotutela", en *Revista de Derecho Privado, Nueva época*, año IV, número 11, mayo-agosto de 2005.

ROGEL VIDE, C., "Sobre la guarda de hecho", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año 2003, nro. 4, Editorial Reus.

VELAZCO MUGARRRA, M., *La guarda y cuidado de los menores sujetos a la patria potestad*, La Habana, Ediciones ONBJ, 2006.

VIDAL MORANT, J., "Derecho de Familia, patria potestad y otras instituciones de protección a menores", en *Noticias Jurídicas*, febrero, 2002.

ZAYAS RODRÍGUEZ, R., *Derechos de la mujer casada, legislación y jurisprudencia*, Trinidad, Editorial Tipografía Venus.

Fuentes legales

Constitución de la República de Cuba, reformada en 1992 y en el 2002, en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Extraordinaria, N° 7, de 1° de agosto de 1992, última modificación, en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Extraordinaria, N° 3, de 31 de enero de 2003.

Código de Familia de la República de Cuba, Ley 1289 de 1975, Divulgación del MINJUS, LA Habana, 1999.

Código Civil de España redactado por Decreto 1836 de 31 de mayo 1974; en desarrollo de la Ley 3 de 17 de marzo 1973.

Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, Ley N° 7/1977 de 19 de agosto, Editorial Pueblo y Educación, 1ª reimpresión, La Habana, 1983, modificada por el Decreto-Ley 241/2006 de 26 de septiembre en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Extraordinaria, N° 33, de 27 de septiembre del 2006.

Fuentes jurisprudenciales

Sentencia No. 546 de 17 de mayo del 2001.

Sentencia No. 55 de 31 de enero de 2006 de la Sala de lo Civil y Administrativo del Tribunal Supremo de Cuba, Segundo Considerando, Ponente Acosta Ricart de la Sala de lo Civil y Administrativo del Tribunal Supremo de Cuba, Único Considerando. Ponente Arredondo Suárez.

Sentencia 10 de marzo de 1994 del Tribunal Supremo de España
Sentencia N° 5 de marzo de 1998 del Tribunal Supremo de España.
Sentencia N° 23 de diciembre de 1997 del Tribunal Supremo de España.

VALORACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN EL ÁMBITO DEL PODER JUDICIAL A TRAVÉS DE LA ACTIVIDAD DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN*

SEBASTIÁN SANCARI**

Resumen: Partiendo de una mirada “tridimensional” de la participación política, se pretende incorporar a la interpretación de la actividad jurisdiccional como una vía de participación política con características propias a través del examen del desarrollo de determinadas herramientas participativas teniendo como marco referencial la actividad jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no solo para la consecución y protección de derechos (civiles, sociales, políticos, económicos, culturales) sino también en su reconocimiento como ámbito participativo válido para el debate y la discusión de políticas públicas.

Palabras Clave: participación política – jurisdicción – corte suprema de justicia de la nación

Summary: From a “three-dimensional” perspective it is intended to incorporate the interpretation of judicial activity as a means of political participation with own through examination of the development of certain participatory tools in the judicial activity taking as a reference the Supreme Court of Argentine, not only for the protection of rights (civil, social, political, economic, cultural) but also in its recognition as valid scope for debate and policy public issues.

Keywords: political participation – jurisdiction – supreme court of argentina

* Recepción del original: 08/06/2015. Aceptación: 03/10/2015.

** Doctor en Derecho Político. Abogado. Licenciado y Magíster en Ciencia Política. Investigador Adscripto del Instituto Ambrosio L. Gioja. Ganador de la Beca Thalmann edición 2009 (UBA). Director del Proyecto UBACyT, Código D 602. Profesor de Posgrado en la carrera de Abogacía de la Universidad de Buenos Aires y en Profesor invitado en universidades extranjeras.

I. DELIMITACIÓN EPISTEMOLÓGICA DEL OBJETO DE ESTUDIO

Es sabido que la participación política resulta ser uno de los institutos jurídicos sobre los que se fundamentan los derechos civiles y políticos, que establecen la capacidad del ciudadano de participar en el sistema de gobierno y en sus instituciones, y que esta capacidad se encuentra sustentada en la libertad de pensamiento, de expresión, de acceso a la información pública, de difusión de ideas sin censura previa, de petición a las autoridades, de asociación, entre otras, todas ellas garantizadas en condiciones de igualdad y sin discriminación. Empero, para evitar generalizaciones que no explican acabadamente la dinámica política contemporánea argentina considero necesario realizar una desagregación del concepto de participación política como etapa preliminar de análisis más exhaustivos sobre las múltiples cuestiones que pueden ser articuladas con dicha categoría analítica. A tales fines propongo una delimitación epistemológica de la participación política que denomino *tridimensional*. Dado que pueden ser consideradas tres dimensiones participativas centrales: *institucional*, *jurisdiccional*, y *no institucional o informal*. Entendiéndose por "dimensiones" al sentido menado de considerar los aspectos o características centrales que componen el concepto de participación política.¹

La doctrina especializada suele distinguir entre la participación institucionalizada y la no institucionalizada. El criterio de distinción central entre las modalidades participativas institucionalizadas y otras que son *no institucionalizadas* o informales –las que, no obstante, bien pueden estar amparadas por derechos y garantías constitucionales que legitimen su ejercicio–, es que las primeras suelen poseer una definición taxativa en la norma que las consagra, sobre qué debe entenderse por tal modalidad, cuál es su objeto, su ámbito de aplicación, su finalidad y el procedimiento que debe realizarse para sustanciarlas. Incluso existe normativa en el derecho

1. Las "dimensiones" de la participación son utilizadas usualmente para construir tipologías. Así, se identifican como dimensiones los niveles o cantidad de la misma, el tipo de participación, las materias o cuestiones a las que se extiende, si es pacífica o no, a su impacto en el sistema político y a sus efectos, entre otras variables. Porejemplo: SABUCEDO, J. M. y ARCE, C.: "Types of political participation: A multidimensional analysis", en *European Journal of Political Research*, Vol. 20, Nro. 1, Wiley Online Library, pp. 93-102. También: ARCOS RAMÍREZ, F.: "Dimensiones de la Participación Política y modelos de democracia", en *Derechos y Libertades*, n° 28, Época II, Madrid, Dykinson, 2012, pp. 39-79.

comparado que brinda una definición terminológica del acto participativo mismo, en los capítulos constitucionales reservados al ejercicio de los derechos políticos. Sin embargo, propongo una mirada que no atienda exclusivamente a los mecanismos institucionales clásicos que posibilitan la participación política, ni tampoco a las situaciones sociales conflictivas que reflejan su apartamiento hacia expresiones más o menos espontáneas y/o informales. Estos aspectos tomados por sí solos resultan insuficientes para una evaluación holística e interdisciplinaria de la participación política.

Por otro lado, si bien la participación jurisdiccional resulta ser una variación de lo institucional, considero que la participación institucional y la no institucional deben ser distinguidas de las herramientas participativas que se sustancian en el ámbito del Poder Judicial, ya que es esta una cuestión especialmente novedosa en nuestro país, dado que dicho Poder, –y en particular su órgano máximo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación– se ha consolidado como un actor institucional y político de peso merced, entre otros factores, a la denominada judicialización de los conflictos sociales y políticos, produciendo una notoria influencia jurisdiccional en decisiones políticas del más alto nivel estatal. A su vez, es menester diferenciarlas de las modalidades institucionalizadas por dos razones: las herramientas participativas que allí se sustancian lo hacen en un ámbito en el que quienes desempeñan los roles institucionales respectivos no han sido elegidos por la ciudadanía. Y porque, además, requieren para su implementación de un camino estrictamente jurídico. Y esta es la diferencia central respecto de las modalidades *institucionalizadas*. En tal sentido, es una dimensión participativa aun inexplorada académicamente como categoría autónoma.

De modo que el objetivo principal del presente artículo es el de incorporar a la interpretación de la jurisdicción como una vía de participación política con características propias a través del examen del desarrollo de determinadas herramientas participativas tomando como marco referencial la actividad jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante “Corte” o “Corte Suprema”), no solo para la consecución y protección de derechos (civiles, sociales, políticos, económicos, culturales) sino también en su reconocimiento como ámbito participativo válido para el debate y la discusión de políticas públicas.

II. VALORACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN SEDE JUDICIAL

Desde el regreso a la institucionalidad democrática en 1983 se han intensificado las referencias académicas sobre el aporte sustancial que, para las posibilidades de legitimación, consolidación y expansión de un sistema político democrático, posee la existencia de un Poder Judicial que actúe como garante del respeto a la Constitución Nacional y que a la vez tienda puentes comunicativos con la ciudadanía.

En el contexto de la crisis macro-social de 2001 se produce la irrupción de nuevos canales participativos de compleja asimilación para los decisores políticos. Es en ese escenario en el cual el Poder Judicial cobra un protagonismo inédito para el sistema político argentino en tanto ámbito de canalización institucional de diversas demandas y reclamos sociales hacia la dirigencia política.

¿Por qué considerar a la jurisdicción como un canal autónomo de participación política? Una primera respuesta plausible atendería a la circunstancia fáctica insoslayable: tal como ha sucedido en Argentina, los poderes judiciales van cobrando cada vez más protagonismo en las democracias contemporáneas. Aparece así como una temática planteada desde múltiples espacios (académicos, político-institucionales, periodísticos) a través de la apelación a algunas categorías clásicas tales como "politización de la justicia" o "judicialización de la política", junto con otras más o menos novedosas como "acceso a la justicia" o "criminalización de la protesta social"; todas ellas referidas, en última instancia, a la relación más amplia entre la jurisdicción y la sociedad civil. Lo cual se vuelve especialmente complejo en el ámbito latinoamericano, dada la multiplicidad de factores que influyen en la calidad institucional de los poderes del Estado y la sobrecarga de funciones que le suele ser asignada a la jurisdicción, en contextos de emergencia económico-social.

Resulta central para el afianzamiento del Estado de Derecho que la ciudadanía disponga de canales participativos ágiles y eficaces para acceder al Poder Judicial. No solo en lo que refiere a la defensa y protección de los derechos y garantías constitucionales, sino por la actividad directa de la ciudadanía que algunas de estas herramientas promueven: tal es el caso del juicio por jurados o el *amicus curiae*, que propician un canal de empatía entre el sistema judicial y la ciudadanía. Recordemos que desde un modelo democrático-participativo, John Stuart Mill recomendaba la participación en el servicio judicial para crear un interés directo en el

gobierno y las bases de una ciudadanía informada y en desarrollo. Bien se ha señalado, que la participación ciudadana en la administración de justicia, la apertura a legos en materias que requieren particular ciencia de hechos, es recomendable para mejorar la calidad democrática y desformaliza a la justicia.²

En el plano axiológico-normativo el nivel discursivo es análogo, ya que cuando desde el poder político se invoca la necesidad de implementar una reforma política integral, también se alude al fortalecimiento del acceso a la justicia y a la creación de mecanismos que posibiliten transparentar su funcionamiento.³

Procurar la cercanía entre la sociedad civil y el Poder Judicial, implica ciertamente discurrir sobre el papel que cumple la judicatura en el sistema político –que remite al clásico debate entre Schimtt y Kelsen sobre la función del control de constitucionalidad– incorporando las particularidades que tiene esta temática en un modelo de revisión judicial difuso como el argentino. En este sentido, la pregunta a la que recurrentemente vuelve la doctrina es insoslayable: *¿Cómo entroncar, entonces, las atribuciones del Poder Judicial –recurrentemente tildado de “contra mayoritario”–⁴ en un modelo de democracia que pretende incorporar cada vez mayores componentes participativos y deliberativos, en los que es aconsejable que todos los afectados por una decisión sean partícipes de la misma?*

2. ZAFFARONI, E. R., *Estructuras Judiciales*, Buenos Aires, Ediar, 1994, p. 10.

3. Por ejemplo, el Decreto 222/03 sobre el nombramiento de Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, expresa entre sus fundamentos: “Que corresponde crear los mecanismos que permitan a los ciudadanos, individual o colectivamente, a los colegios y a las asociaciones que agrupan a sectores del ámbito profesional, académico o científico de que se trata, a las organizaciones no gubernamentales con interés y acciones en el tema, hacer conocer en forma oportuna sus razones...”

4. BICKEL, A., *The Last Dangerous Branch*, Yale University Press, 1962. Allí se plantea la idea de que cuando la Corte declara inconstitucional una ley o una acción del ejecutivo electo, lo que está haciendo es torcer la voluntad de los representantes de la mayoría. Entre los autores que son críticos hacia el control judicial de la ley resulta ineludible la crítica de Jeremy Waldron en *Derecho y Desacuerdos*. En un pasaje de dicha obra señala que “la práctica establecida en Estados Unidos es que el pueblo debe aceptar la autoridad de una decisión de la Corte sobre los derechos que ellos poseen, incluso cuando dicha decisión se basa en una votación ajustada de cinco a cuatro magistrados”. Véase: WALDRON, J., *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 365. Análogamente, sobre el Poder Judicial en Argentina: GARGARELLA, R., *Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras*, Buenos Aires, CI TXT, 2001.

La participación ciudadana en la justicia no resulta ser una aspiración novedosa; recordemos que ya Aristóteles integraba la participación en la administración de justicia a su noción de ciudadanía. Incluso el propio autor del que se toma la idea de la división de poderes, Montesquieu, desde una perspectiva monárquico-constitucional, entendía que el Poder Judicial debía ser ejercido por personas del pueblo, y con cargos temporarios. Sin embargo, sabemos que el sistema republicano de frenos y contrapesos tal y como fue interpretado en Norteamérica y receptado en el ordenamiento jurídico Argentino necesita de un Poder Judicial estable y lo suficientemente alejado de las mayorías circunstanciales como para obrar de contrapeso institucional y tener así algún tipo de control en la toma de decisiones políticas; máxime ante Ejecutivos que suelen disciplinar a las mayorías legislativas. De esto se compone el control horizontal, en términos de O'Donnell.

Otro factor que hace a la cercanía entre la ciudadanía y el Poder Judicial es que, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de los otros poderes del Estado, el ciudadano que acude a la judicatura tiene el derecho a una respuesta formal en tiempo y forma. En este sentido, son conocidas las argumentaciones de Cappelletti sobre la legitimación democrática del poder judicial, especialmente en su obra "*¿Jueces Legisladores?*" en cuanto a que el juez, como tercero imparcial, interviene a petición del interesado y por ende está en contacto directo con las partes.⁵

Zaffaroni ensaya el siguiente argumento: lo que legitima democráticamente al Poder Judicial es su función y utilidad para la estabilidad democrática y para la ampliación de la ciudadanía mediante la exigibilidad de derechos. En cuanto a las críticas sobre la forma de designación de los jueces, recuerda que su nombramiento –como todos en un estado de derecho democrático– depende de instituciones democráticas y, por ende, se trata de una expresión de la voluntad popular de segundo grado, como puede ser el caso de un presidente electo por un colegio electoral. Para él, un estado sin jueces independientes y con poder suficiente para señalarle a los otros poderes la necesidad de respetar la dignidad de la persona, deja de ser un estado de derecho y también un estado democrático.⁶ Dicho jurista

5. CAPELLETTI, M. (dir.), *¿Jueces Legisladores?*, Lima, Communitas, 2010. Sigo en este punto la interpretación de HITTERS, J. C., "Legitimación democrática del poder judicial", en *El Derecho*, t. 120, Buenos Aires, p. 906.

6. ZAFFARONI, E. R., *Ciudadanía y Jurisdicción en América Latina*, consultado en [http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/context/cont/4/cnt/cnt4.pdf] el 06/06/2015.

–Ministro de la Corte Suprema desde el año 2003– reconoce que su planteo conlleva un esfuerzo institucional tendiente a posibilitar la canalización de demandas, sin que ello implique una pérdida de eficacia en las funciones jurisdiccionales.

Si se examina esta cuestión desde el ámbito teórico de la Constitución como proceso cultural de producción y recepción,⁷ el ciudadano que acude a la judicatura aparece tan protagonista como el propio tribunal o juez que falla la sentencia, así como el entorno científico, político o cultural, igualmente interesado en la cuestión y que eventualmente podría ser incorporado al proceso judicial, como es el caso del *amicus curiae*.

Hay quienes sostienen que por estas consideraciones el Poder Judicial es el más democrático de los poderes. En la línea argumentativa de Cappeletti, se ha dicho incluso que: “si bien es verdad que no es fácil definir en pocas palabras qué es la democracia, parece claro que para que este tipo de gobierno quede configurado es necesaria cierta *participación popular*; y aunque pareciera mentira, en el Poder Judicial es donde más se da esta nota...aquí ‘el pueblo’ actúa *directamente*, mientras que ante el ejecutivo o ante el legislativo, su participación es normalmente mediata.”⁸ Recordemos también que Dworkin afirma que la revisión judicial ofrece un foro político en el que pueden participar los ciudadanos, con sus argumentos, de una manera más directa y conectada con la vida moral que con el voto.⁹

Por su parte, O’ Donnell denomina como *accountability societal* al mecanismo –propio del sistema de *checks and balances* entre los poderes del Estado– que funciona cuando es ejercido por individuos o grupos con el objetivo de movilizar al sistema legal para plantear demandas al Estado y al gobierno con el fin de prevenir, compensar o condenar acciones (o inacciones) presumiblemente ilegales perpetradas por funcionarios públicos (como consecuencia de la crisis macro-social de 2001 surge la experiencia del “festival de amparos” judiciales, en los propios términos de la Corte Suprema).

La participación política a través del Poder Judicial admite, al menos, dos realidades: la participación ciudadana en la administración de justicia,

7. HÄBERLE, P., *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 61.

8. HITTERS, J. C., *ob. cit.*, p. 906.

9. DWORKIN, R., *Virtud soberana. La teoría y práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós, 2003, p. 229.

por un lado, y la acción de los ciudadanos a través del Poder Judicial, por el otro. Dicha distinción conlleva un nivel analítico que atañe a aquellos mecanismos estatales que propician la participación directa en la jurisdicción –juicio por jurados, *amicus curiare*–, audiencia pública–; y otro que refiere a la constitución del Poder Judicial –en especial su órgano máximo, la Corte Suprema– como un actor de injerencia en la agenda pública y en el debate público merced a un redescubrimiento de la judicatura por parte de la ciudadanía, que encuentra en él a un canal idóneo para la canalización de sus demandas –amparo judicial, acción declarativa de certeza, acción popular–, en un contexto de ampliación de la ciudadanía a través de una mayor extensión de los derechos y garantías constitucionales.

En los próximos apartados ambas perspectivas analíticas serán contemplados. A tales fines, se expondrán críticamente tres herramientas participativas jurisdiccionales centrales que se han sustanciado en el ámbito de la Corte Suprema: amparo judicial, *amicus curiae*, y audiencia pública. Junto con algunas consideraciones sobre el potencial participativo del juicio por jurados. Con el objetivo central de evaluar aquellos aspectos jurídico-procesales que son relevantes para su caracterización como herramientas de participación ciudadana, teniendo en cuenta, a su vez, ciertos aspectos estructurales del sistema político argentino y de algunos patrones de comportamiento de los actores institucionales en relación a las decisiones judiciales.

III. HERRAMIENTAS PARTICIPATIVAS DE TIPO JURISDICCIONAL

III.A. Amparo judicial

De considerable acogida normativa y doctrinaria en el derecho comparado como institución constitucional-procesal, el amparo se encuentra regulado en nuestro país tanto en el derecho público nacional como en el provincial. Esta acción ha sido reconocida constitucionalmente mediante la introducción del Art. 43 en la reforma de 1994. En su aspecto procesal, el *amparo contra actos de particulares* tramita por la vía del proceso sumarísimo, según lo establecido por el art. 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, a la vez que ciertos aspectos procesales aún están regulados por la rigurosa ley de facto 16.896; especialmente la discutida exigencia jurisprudencial –conforme al plenario de la Cámara Nacional Federal “Capizzano de Galdi, Concepción c/Instituto de Obras

Sociales" (D.J. 1999-2-974)– de cumplimiento del plazo de caducidad de quince días hábiles para presentar la demanda, a partir de que el acto o la omisión violatorios de un derecho se hubiese producido o ejecutado.¹⁰ En cuanto al *amparo contra actos de autoridad pública*, el mismo se rige por la ley especial, no habiéndose dictado aún una normativa que reglamente el texto constitucional; aplicándose, en cuanto no se oponga o contradiga a la Constitución, la ley 16.896.

A su vez, el amparo judicial está previsto por la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Art. 14), y en las Constituciones provinciales: Buenos Aires (Art. 20 inc. 2); Catamarca (Art. 40); Córdoba (Art. 48); Corrientes (Art. 67); Chaco (Art. 19); Chubut (Art. 33); Entre Ríos (Art. 56); Formosa (Art. 23); Jujuy (Art. 23 inc. 4); La Pampa (Art. 16); La Rioja (Art. 28); Mendoza (Art. 45); Misiones (Art. 16); Neuquén (Art. 59); Río Negro (Art. 43); Salta (Art. 86); Santa Fe (Art. 17); San Juan (Art. 40); San Luis (Art. 45); Santiago del Estero (Art. 59); Santa Cruz (Art. 15); Tierra del Fuego (Art. 43) y Tucumán (Arts. 37 y 38).

Desde fines de 2001, en ocasión de la crisis macro-social acaecida en la Argentina, la acción de amparo individual adquirió considerable protagonismo, puesto que fue el carril procesal de control de constitucionalidad que mayor correlato empírico tuvo, a los fines de sustanciar el reclamo judicial tanto contra el Estado Nacional como contra determinados actores económicos (por ejemplo, entidades financieras) por parte de aquellos que vieron cercenados sus derechos patrimoniales en virtud de determinadas decisiones gubernamentales. En efecto, un gran porcentaje de los casos en los que ha tenido que expedirse el Poder Judicial en todas sus instancias se han originado mediante esta vía procesal.¹¹

Ello puede explicarse apelando al sentido común: la acción de amparo en forma y sustancia es un fiel exponente de un derecho humano esencial: obtener una decisión jurisdiccional en un tiempo razonable, libre de obstáculos procesales, en el marco de un proceso signado por la celeridad.

La inusitada recurrencia al instituto del amparo en la última crisis económica ha suscitado que se reabriera un debate académico y judicial sobre

10. VENTURA, A., "El plazo del amparo. (En el Estado subversor del derecho)", en *Revista de Derecho Público*, 2002-1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 533.

11. LORENZETTI, R. L., *La emergencia económica y los contratos*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002.

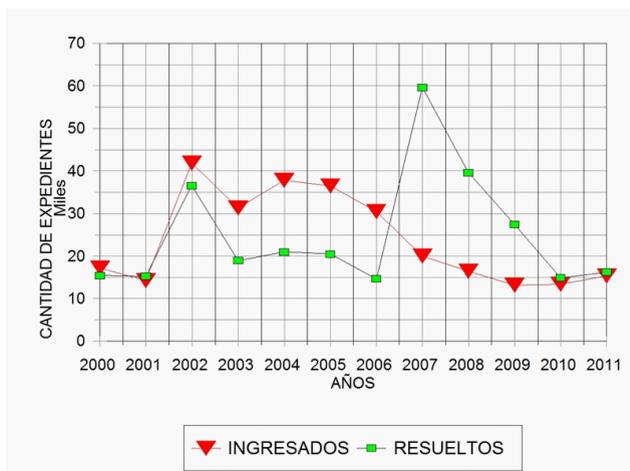
su "naturaleza jurídica". Especialmente respecto a si resulta el medio procesal más idóneo para debatir la constitucionalidad de este tipo de medidas, dentro del paraguas normativo que le da el Art. 43 de la Constitución Nacional.

III.A.1. El amparo judicial y la Corte Suprema

En la década del 2000 hubieron dos momentos marcados por la conflictividad social y política hacia determinadas políticas gubernamentales: los períodos 2001-2002 y 2007-2008; ambos signados por escenarios complejos en cuanto a la diversidad e intensidad de las demandas sociales, en los que emergieron las modalidades participativas no institucionalizadas como las asambleas barriales, cacerolazos y foros de discusión en Internet, junto con un inédito activismo en sede judicial, con su correlato en la actuación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Este activismo ciudadano relacionado con la tradición liberal de protección legal de derechos subjetivos se canalizó en masivamente a través de la acción de amparo individual.

El siguiente gráfico es demostrativo del salto cuantitativo tanto en el impulso que la ciudadanía le otorga a la jurisdicción (cantidad de expedientes ingresados) como en la capacidad de respuesta de la Corte (cantidad de expedientes resueltos).

Gráfico Nro. 1: Expedientes tramitados en la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el período 2000/2011



La cantidad de expedientes (ingresados y resueltos) tienen en 2002 un salto significativo respecto de 2001 y exhiben cifras similares en ambos indicadores (cerca de 40.000), que merman progresivamente desde el año 2005 en adelante en cuanto a los expedientes ingresados, pero no así con los expedientes resueltos, que crecen notablemente entre 2006 y 2007 (15.000 en 2006 y 60.000 en 2007). Lo que denota una gran actividad y protagonismo del Máximo Tribunal, impulsado principalmente por la cantidad de amparos individuales resueltos. Luego ambos indicadores se equiparan durante los años 2010 y 2011 en torno a los 15.000 expedientes.¹²

Por lo que es insoslayable el rol protagónico que le cupo a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CS, Corte, Tribunal, o Alto Tribunal), en su carácter de cabeza y última instancia del Poder Judicial, en este complejo escenario. Dado que la Corte actuó en un contexto político caracterizado por: renunciaciones espontáneas de algunos de sus integrantes (Bossert, Belluscio); un poder político atomizado –desde la caída de De La Rúa, hasta la asunción de Néstor Kirchner– y desligado del menemismo a partir de la Administración Duhalde; desprestigio mediático de sus miembros (Nazareno, Barra); habilitación legislativa del juicio político a sus integrantes más notorios (Nazareno –entonces Presidente de la Corte–, Moliné O’ Connor, Boggiano); y una voluntad política firme por parte del Presidente Kirchner en promover la conformación de una nueva mayoría en su seno.¹³

Los antecedentes jurisprudenciales más relevantes en materia de control de la normativa de emergencia en conflictos suscitados principalmente por la imposibilidad de extracción libre de los depósitos bancarios, son los casos conocidos como “Smith” (2002),¹⁴ “San Luis” (2003)¹⁵ y “Bustos” (2004),¹⁶ en los cuales el estándar interpretativo aplicado por la Corte para

12. Consultado en [http://www.pjn.gov.ar/07_estadisticas/Trabajos_Especiales/Apen0111.htm] el 14/09/2014.

13. BERCHOLC, J. O. y SANCARI, Sebastián, *La Corte Suprema en el Sistema Político*, Buenos Aires, Ediar, 2006, sección II, cap. III, pp. 181-211.

14. Fallos: 325:28. “Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos: ‘Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo’”. Fecha: 01/02/2002.

15. Fallos: 326:417. “San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción de amparo”. Fecha: 05/03/2003.

16. Fallos: 327:4495. “Bustos, Alberto Roque y otros c/ Estado Nacional y otros s/ amparo”. Fecha: 26/10/2004. En esa oportunidad denuncia la extensión desmesurada del amparo

declarar la inconstitucionalidad de la normativa de emergencia económica, en los dos primeros fallos, marca el mayor punto de conflictividad y hostilidad entre la Corte y el poder político (entendido como Ejecutivo y Legislativo); en tanto que el tercero ("Bustos") señala el cambio de jurisprudencia con una nueva mayoría de jueces nombrados por la Administración de Néstor Kirchner (Zaffaroni, Highton de Nolasco, y Argibay) quienes –con significativos matices– denunciarán en ese fallo el notorio incremento de amparos judiciales a partir de 2001 mediante la imagen de "la administración de justicia convertida en una suerte de *festival de amparos* e inconstitucionalidades que traba el ejercicio de sus atribuciones por los poderes legislativo y ejecutivo". A la vez, sostendrán que el bloque legislativo de emergencia que fundamenta jurídicamente la regla general de la pesificación es constitucional y que su aplicación no ocasiona lesión al derecho de propiedad. Con excepción del caso "San Luis" cuya actora es una Provincia, la inmensa mayoría de los amparos fueron presentados por ciudadanos particulares.¹⁷

En cuanto al amparo colectivo, en el caso "Mignone"¹⁸ la Corte Suprema reconoce la legitimación activa y la admisibilidad de la vía de amparo a una OSC (el Centro de Estudios Legales y Sociales) como asociación representativa de intereses de incidencia colectiva en general –en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional– para declarar la inconstitucionalidad de un artículo del Código Electoral Nacional (CEN) que excluía del sufragio activo a quienes se encontraban privados de libertad sin condena en distintos establecimientos carcelarios del país; siendo este fallo el precedente directo de la Ley 25.858.¹⁹

para revisar lo que no viola los derechos y garantías constitucionales con manifiesta arbitrariedad o ilegalidad, en los términos del Art. 43 de la Constitución.

17. En los años subsiguientes la Corte Suprema avaló en reiteradas oportunidades la constitucionalidad de la normativa de emergencia, siendo los casos más relevantes: "Cabrera" (Fallos: 327:2905); "Massa" (Fallos: 329:5913); "Rinaldi" (Fallos: 330:855); "Kujarchuk" (Fallos: 330:3680); "Wainhaus" (Fallos: 330:4101); y "Longobardi" (Fallos: 330:5345).

18. Fallos 325:524. "Mignone, Emilio F. s/habeas corpus". Fecha: 09/04/02.

19. En "Mignone", la Corte admite el amparo colectivo como vía procesal idónea, sin detenerse en la consideración de formalismos que pudieran entorpecer y/o frustrar la acción. Véase: CARNOTA, Walter F. y CESANO, José D., *El voto de los presos*, Buenos Aires, Ediar, 2007, p. 80.

III.A.2. El amparo y el acceso a la información pública

Cabe señalar algunos antecedentes jurisprudenciales relevantes en esta materia:

III.A.2.a. ADC c. Estado Nacional - Ministerio de Economía - INDEC²⁰

Una asociación civil –Asociación por los Derechos Civiles (ADC)– interpuso una acción de amparo a los fines de que el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) brindara información relativa a la metodología utilizada para el cálculo del índice de precios al consumidor (IPC).

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala V, modificó parcialmente la sentencia de primera instancia, ordenando al demandado brindar la información relativa a la metodología utilizada para calcular el IPC, identificando y ponderando cada uno de los productos que lo componen. Dejando sentado que el objetivo del procedimiento establecido por el Decreto 1172/03 respecto al acceso a la información pública tiene por objeto obtener información, pero en ningún caso su finalidad es discutir la idoneidad de la misma. Por otra parte, en cuanto a la legitimación activa, la Cámara aplicó el principio de igualdad, al sostener que no debe requerirse un interés especial y distinto del que cualquier ciudadano podría tener.

III.A.2.b. FitzPatrik, Mariel c. EN s/ amparo ley 16.986²¹

Una periodista promovió un amparo a los efectos de solicitar al Estado Nacional –en los términos del ejercicio del derecho a la información pública regulado por el Decreto 1172/03– los contratos celebrados Radio y Televisión Argentina Sociedad del Estado y la productora “Pensado para Televisión”, entre 2010 y 2012.

La sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, confirmó la sentencia de primera instancia que había hecho lugar al pedido, ordenando al Estado la entrega de las copias

20. LL 2008-F-408.

21. LL 2013-F-340.

solicitadas, señalando que no puede negarse a proporcionar a un periodista información pública sobre los contratos solicitados con fundamento en una posible vulneración a la ley 25.326 en cuanto al otorgamiento de “datos sensibles”. Y que, por otra parte, la condición de periodista de la actora, le confería el interés legítimo para pedir y obtener información pública.

Entre los fundamentos más sustanciales de este fallo, la Cámara establece una relación entre la eficacia de la participación y la obtención de información completa, adecuada, oportuna y veraz. En efecto, entiende que el Reglamento de Acceso a la Información Pública (RAID) aprobado por el Decreto 1172/2003 contempla que el acceso a la información pública constituye una instancia de participación ciudadana para la cual toda persona ejercita su derecho a requerir, consultar y recibir información de cualquiera de los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación, y que la finalidad del acceso a la información pública es permitir y promover una efectiva participación ciudadana, a través de la provisión de información completa, adecuada, oportuna y veraz.

III.A.2.c. “CIPPEC c/EN-M. Desarrollo Social- dto. 1172/03 s/amparo ley 16.986”²²

Este trascendente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha pretendido establecer criterios de aplicación de esta herramienta participativa. Dicho caso tuvo como actora al Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC), quien solicitó al Ministerio de Desarrollo Social de la Nación información relativa al detalle de la ayuda social destinada a personas físicas y jurídicas, los padrones de aquéllas, las transferencias tramitadas y los subsidios otorgados, como así también su alcance territorial. Ante dicha petición, el Ministerio resolvió no entregar el listado de personas en ayuda social, invocando, entre otras cuestiones, la protección de derechos personalísimos de los beneficiarios de planes sociales en tanto titulares de datos sensibles.

La sustancia de dicha pretensión se asentó en el derecho a dar y recibir información relativa a la cosa pública o que refiera a la aplicación de políticas públicas, con la finalidad de efectivizar el mentado principio de publicidad de los actos de gobierno.

22. CSJN, Fallos, C. 830. XLVI, 2014.

Tal y como sucediera en ocasión de los conflictos suscitados por la salida de la Ley de Convertibilidad, aparece planteado en este Dictamen un aspecto de índole procesal previo a la consideración sobre la afectación a derechos y garantías constitucionales: la idoneidad del amparo como vía procesal. Pueden identificarse dos grandes criterios interpretativos: a) Amplio: invocando al art. 43 de la Constitución Nacional, prescribirá pronunciamientos judiciales inmediatos sobre asuntos de trascendencia constitucional, para lo cual acciones rápidas y expeditas serán el medio más idóneo para que cobre virtualidad el control de constitucionalidad; b) Restringido: con un criterio interpretativo más cercano al espíritu del decreto-ley 16.896 que al art. 43 de la Constitución, entiende que los jueces no deben pronunciarse sobre el fondo de las pretensiones planteadas en marcos cognoscitivos de este tipo, que no son idóneos por carecer de los elementos técnicos y probatorios necesarios.

Pues bien, el voto del entonces Procurador Esteban Righi se enrola en esta última línea interpretativa, al manifestar que “la cuestión a dilucidar en esta causa se refiere a una diferente apreciación de las partes en la interpretación de qué se entiende por dato sensible a la luz de la información que se solicita –subsidios sociales– situación que merece un análisis pormenorizado que excede el restringido ámbito del amparo...”.

Sin considerar los impedimentos de índole procesal planteados por el Procurador que obstaculizan el tratamiento sustancial de la cuestión planteada, la Corte, por unanimidad y con el voto de los Dres. Lorenzetti, Fayt, Highton de Nolasco (por su voto), Maqueda, Petracchi (por su voto), y Argibay (por su voto), entiende que la petición del CIPPEC es procedente. Para ello realiza un examen detallado de los antecedentes normativos y jurisprudenciales que existen en el derecho público internacional en cuanto a que la presentación de solicitudes de acceso a la información pública debe ser entendida en un sentido amplio en términos procesales, especialmente en lo referente a su legitimación, sin que necesariamente deba invocarse un interés calificado en el peticionante. Partiendo de este presupuesto enfatiza dos aspectos centrales:

a) La protección del “derecho a saber” que todos los integrantes de la sociedad poseen. Y la obligación del Estado de brindar información suficiente sobre el manejo de los recursos públicos, a los fines de prevenir eventuales actitudes de impunidad y corrupción en el manejo de estos.

b) La recomendación para que el Estado dicte urgentemente una ley que regule el modo en que las autoridades públicas deben satisfacer el derecho a la información.

III.B. El *amicus curiae*

Antes de la recepción de este instituto por parte de la Corte Suprema, un sector de la doctrina señalaba la necesidad de su consagración normativa, destacando su raíz democrática y el ensanchamiento de las posibilidades participativas en el proceso judicial que la misma traería aparejada, en el marco del tema de "participación ciudadana en los procesos judiciales".²³

Se llega así a la Acordada n° 28/04, dictada el 14/7/2004, en la que la Corte reglamenta el *amicus curiae*. Con la mayoría conformada por los votos de los Dres. Petracchi, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Highton De Nolasco, la Corte Suprema entendió que este es un instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia. Por lo tanto, el Tribunal consideró apropiado que, en las causas en trámite ante sus estrados y en que se ventilen asuntos de trascendencia institucional o que resulten de interés público, se autorice a tomar intervención como Amigos del Tribunal a terceros ajenos a las partes, que cuenten con una reconocida competencia sobre la cuestión debatida y que demuestren un interés inequívoco en la resolución final del caso, a fin de que ofrezcan argumentos de trascendencia para la decisión del asunto.

Desde el punto de vista procesal, se instrumenta por escrito a través de un informe que debe contener aportes teóricos, criterios y análisis sobre puntos específicos de una determinada causa que puedan ser útiles a la resolución final. Quien realice la presentación debe ser imparcial y no debe poseer un interés determinado en la resolución del pleito.

Si bien resulta a la postre una herramienta participativa acotada a determinados actores, su presentación contribuye a publicitar los argumentos empleados frente a una cuestión de interés general decidida por el Poder Judicial, e identificar la posición de los grupos interesados, y las razones que el Tribunal tendrá presente al adoptar y fundar su decisión. Por otra parte, este instituto resulta plenamente articulable con otras modalidades participativas que pueden instrumentarse en la jurisdicción, como la televisación de las audiencias públicas en las que participen del debate los

23. BAZAN, V., "La Corte Suprema de Justicia de la Nación y un importante respaldo institucional a la figura del *Amicus Curiae*", en BERCHOLC, Jorge O. "(dir.)", *El sistema político e institucional en la Argentina*, Buenos Aires, Lajouane, 2005, pp. 489-514.

amigos del tribunal. Posibilitando también la publicidad de los actos jurisdiccionales.²⁴

III.C. La audiencia pública en el ámbito de la Corte Suprema

La conformación de Corte presidida por el Dr. Lorenzetti estableció criterios para concentrar las causas de la Corte en temas de relevancia institucional. En esta inteligencia, adopta por primera vez en la historia el sistema de audiencias públicas; permitiendo así una interacción entre los miembros del Alto Tribunal y diversos actores políticos, institucionales y sociales; sustanciándose en la sala de audiencias del Tribunal.

A través de la Acordada nro. 30/2007 la Corte comienza a implementar audiencias de carácter público de tres tipos: informativas, conciliatorias, y ordenatorias. En la inteligencia que la participación ciudadana y la difusión pública de asuntos primordiales permiten poner a prueba directamente ante los ojos del país, la eficacia y objetividad de la administración de justicia que realiza el Alto Tribunal.

Se han podido constatar la realización de las siguientes audiencias públicas a instancias de la Corte:²⁵

- Por la constitucionalidad de un artículo de la ley 11.683, que faculta a la AFIP a embargar bienes sin orden judicial previa, en la causa "AFIP c/ Intercorp S.R.L. s/ejecución fiscal". Fecha: 31/10/2008.
- Por el desmonte y tala de bosques salteños en una causa iniciada por la comunidades aborígenes de Salta contra los Estados provincial y nacional, por los desmontes y talas de bosques nativos. Fecha: 18/02/2009.
- Por despido discriminatorio, originada en una causa de la Justicia de Río Negro que declaró nula una cesantía por ser discriminatoria y ordenó a la empresa reincorporar a una empleada. Al encuentro fueron

24. Pueden consignarse los siguientes autos en los que se han intervenido *amicus curiae*: "Juplast S.A. c/ Estado Nacional y AFIP s/amparo". Fecha 27/07/2006; "Facultad de Ciencias Médicas U.N.L.P. c/ Universidad Nacional de La Plata s/ nulidad actos administrativos -MC - art. 32 ley 24521". Fecha 23/08/2006; "AABA c/ Estado Nacional - ley 26.080 s/ amparo-ley 16.986". Fecha: 12/09/2006 y "Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. c/ Estado Nacional - Decreto 1214/03 s/ proceso de conocimiento". Fecha: 07/11/2008.

25. Consultado en [<http://www.cij.gov.ar>] el 10/12/2013.

- convocadas las partes y la Asociación de Abogados Laboralistas, esta última en calidad de amigo del tribunal. Fecha: 13/04/2009.
- Por el tratamiento de residuos nucleares. En el caso se analiza un contrato que permite la posibilidad de introducir en el país combustibles gastados para su tratamiento. La causa fue iniciada por un particular contra el Estado nacional e INVAP. Fecha: 06/05/2009.
 - Por un reclamo de la Provincia de Córdoba contra la Nación, en el marco de una causa por el financiamiento del sistema previsional cordobés. Estuvo presente el gobernador cordobés, Juan Schiaretti. Fecha: 15/10/2009.
 - Por la coparticipación, entre el Estado nacional y la Provincia de Santa Fe. Fecha: 17/03/2010.
 - Entre la Provincia de Catamarca y el Estado nacional, en el marco de una causa iniciada en el marco de la transferencia de la caja de jubilaciones de la provincia a la Nación. Fecha: 28/04/2010.
 - Por la causa Riachuelo, con representantes de ACUMAR, Estado Nacional, provincia de Buenos Aires, Ciudad de Buenos Aires, Defensoría del Pueblo de la Nación y Auditoría General de la Nación. El tribunal buscó conocer el grado de cumplimiento del fallo "Mendoza". Fecha: 16/03/2011.
 - Por la causa Riachuelo. Fecha: 01/06/2011.
 - En un caso por el derecho a una vivienda digna. Se trata de un grupo familiar, conformado por una madre y su hijo discapacitado, que demanda asistencia al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Fecha: 15/09/2011.
 - Por el control del saneamiento cloacal y obras de red de agua potable, en el marco de la causa Riachuelo. Participaron, entre otros, representantes de ACUMAR, Estado Nacional, provincia de Buenos Aires, AySA y ABSA. Fecha: 06/12/2011.

De este listado merece destacarse la intervención que desde el año 2006 la Corte Suprema ha tenido en la *mega* causa "Mendoza"²⁶ (o causa Riachuelo). En ella la Corte decide hacer uso de las facultades le confie-

26. Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo). M. 1569. XL. Fecha: 20/06/2006.

re la Ley 25.675 (Ley General del Ambiente), y ordena a las autoridades demandadas (Estado Nacional, Provincial y Ciudad Autónoma de Buenos Aires) a que presenten un plan de saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo, obteniendo como respuesta la sanción de la Ley 26.168 –Ley de la Cuenca Matanza Riachuelo– que crea la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR) como ente de derecho público inter-jurisdiccional en el ámbito de la Jefatura de Gabinete de Ministros.

En la causa “Mendoza” se advierte un especial énfasis en la participación ciudadana en el control del cumplimiento del plan de saneamiento presentado por las autoridades demandadas, designando para tales fines al Defensor del Pueblo –en tanto órgano con autonomía funcional– como coordinador capaz de recibir sugerencias de la ciudadanía y darles un trámite adecuado. En efecto, dando cumplimiento a lo encomendado por la Corte se conforma en el ámbito del Defensor del Pueblo de la Nación –mediante la Resolución Nro. 100/2008– un Cuerpo Colegiado integrado seis miembros: el Defensor del Pueblo de la Nación y un representante de cada una de las cinco organizaciones no gubernamentales que intervienen en dicha causa en condición de terceros afectados (Fundación Ambiente y Recursos Naturales, Asociación de Vecinos de La Boca, Centro de Estudios Legales y Sociales, Greenpeace y Asociación Ciudadana por los Derechos Humanos).

Se puede apreciar la voluntad participativa del Alto Tribunal en la institucionalización de las demandas de diversos actores sociales interesados en la causa –asociaciones vecinales, organizaciones de la sociedad civil, grupos de vecinos– incorporándolos como interlocutores válidos, no solo en las audiencias públicas sino por ante el Defensor del Pueblo.

III.D. Consideraciones sobre potencial participativo del juicio por Jurados

La adopción de jurados en los procesos penales significa la incorporación de ciudadanos al proceso de elaboración del acto jurisdiccional de manera directa, mediante su opinión sobre la existencia de un comportamiento determinado y sobre su aprobación social. En tal sentido, la participación directa de la ciudadanía en la administración y en el control de la justicia encuentra en esta herramienta el ámbito más apropiado, en términos de dotar a la jurisdicción de una dosis de transparencia y legitimidad en sus decisiones, fomentando los principios de

oralidad, publicidad, intermediación e igualdad de las partes intervinientes en el proceso penal.

Desde un enfoque politológico y sociológico, el juicio por jurados puede ayudar a revertir y/o suplir algunas carencias democráticas y republicanas en relación a: A) la *participación* ciudadana en la administración de justicia; B) la *publicidad* de los actos de la jurisdicción y C) la *representación* de los intereses diversos de la comunidad a través de un reclutamiento de jueces que responda eficaz y fielmente a clivajes variados, de género, estratificación social, de orientación ideológica, de lugar de procedencia.

Es sabido que la Constitución Nacional lo contempla en tres de sus artículos: el Art. 24 –"El Congreso *promoverá* la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del *juicio por jurado*."–; el Art. 75 inc. 12: "Corresponde al congreso... dictar las (leyes) que requiera el establecimiento del *juicio por jurado*. Y el Art. 118 –"Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se determinarán por *jurados*, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito."²⁷

Nótese que si bien el Congreso resulta ser el único habilitado para implementar el juicio por jurados, a nivel provincial ya ha sido receptado –si bien con diferente alcance en cada caso– en las Constituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Córdoba, y Chubut. En cuanto a su implementación, se encuentra regulado en las Provincias de Córdoba, Neuquén y Buenos Aires. El caso de Córdoba –Ley Provincial 9182– es un jurado *escabinado* en el que deliberan jueces y jurados. En tanto que en las Provincias de Neuquén –Ley 2784– y Buenos Aires –Ley 14.543– se adopta el sistema puro, es decir, compuesto solo por jurados populares.

La Corte Suprema, al destacar la facultad de Congreso Nacional para dictar las leyes que requiera el establecimiento del juicio por jurados, ha establecido su carácter programático, manteniéndose en la misma tesitura

27. Posteriormente, tuvo la aprobación de algunos de los más destacados representantes de la –en términos de BOTANA– "república oligárquica" de la Argentina anterior a la sanción de la Ley Sáenz Peña (Alberdi, Sarmiento, Quintana). Véase: CABALLERO, R. y HENDLER, E., *Justicia y participación. El juicio por jurados en materia penal*, Buenos Aires, Universidad, 1988.

las instancias inferiores del Poder Judicial.²⁸ Si bien resulta un tema de interés jurídico y político permanente, algunos proyectos que han ingresado para su debate en el Congreso Nacional han carecido de un adecuado tratamiento parlamentario,²⁹ por lo que el juicio por jurados aún dista de constituirse en una modalidad participativa operativa desde el punto de vista del derecho público nacional.

IV. A MODO DE COROLARIO

La Corte Suprema conformada a partir de 2003 ha mostrado auspiciosas señales de apertura de criterios en el afianzamiento de la participación ciudadana en el ámbito jurisdiccional con medidas dirigidas a apuntalar el rol del Poder Judicial en el ámbito del sistema democrático.; notoriamente, en el impulso a la realización de audiencias públicas con la presencia de sus magistrados en políticas públicas sensibles al poder político, y en la admisibilidad de la vía del amparo colectivo. De todas las herramientas participativas analizadas, la audiencia pública y el amparo han sido las de mayor relevancia, y sobre las que, a su vez, existe mayor correlato empírico.

Llegados a este punto es pertinente traer a colación un ideario que podríamos calificar como republicano-deliberativo enunciado por el Presidente de la Corte Suprema, Ricardo Lorenzetti: a la vez que defiende el carácter contra-mayoritario de los jueces,³⁰ apela al concepto de demo-

28. Fallos: V. 856. XXXVIII; 03-05-2005; T. 328 P. 1146. Para una revisión jurisprudencial sobre este tema en: PRIETO, F. H.: "Juicio por jurados. La contribución del Poder Judicial al debate democrático", en *Lecciones y Ensayos*, n° 88, Buenos Aires, 2010, pp. 217-229. Sobre su implementación en la Provincia de Córdoba: CARNOTA, W. F., *Lecciones del 'juicio por jurados' cordobés (nota al fallo 'Monje')*, consultado en [<http://www.eldial.com.ar>, suplemento de derecho público] el 06/05/2012. En perspectiva comparada sobresalen las experiencias de Estados Unidos, Alemania, España y Francia.

29. Por ejemplo, el tratamiento del juicio por jurados, a instancias de un proyecto impulsado en 2004, perdió estado parlamentario en la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado. Uno de los últimos proyectos relevantes fue el presentado en octubre de 2006 por la entonces Senadora Cristina F. de Kirchner. El mismo prevé la conformación de jurados para ciertos delitos penales, conformados por doce jurados titulares y seis suplentes, pudiendo ser seleccionados todos los ciudadanos que figuren en el padrón electoral.

30. Por ejemplo, en el IV Congreso Internacional de Derechos y Garantías, LORENZETTI sostuvo: "Los jueces tienen que poner límites a las mayorías cuando sus decisiones son incons-

cracia deliberativa y a los principios del gobierno abierto: "una de las alternativas frente a la protesta social es reprimirlas, es tratar de que no se expresen, pero este no es el camino más acertado. Hemos pensado siempre que lo mejor es escuchar, es dar canales de participación para que nuestro pueblo se exprese y por eso aquí en la Corte Suprema estuvieron presentes los pobres, por primera vez (...) Y aquí en esta Corte estuvieron los pueblos originarios y pueblos del interior del país (...) Y por eso hicimos las audiencias públicas, porque hemos entendido que la mejor manera de resolver estos conflictos es empezar a escuchar distintas voces".³¹ Es destacable aquí el cambio de raíz respecto de criterios restrictivos para con las múltiples expresiones sociales por fuera de los carriles institucionales, en especial aquellos ligados con la protesta social.³²

El mapa global de la participación política quedaría desprovisto de uno de sus pilares fundamentales si no se tuviere en cuenta la creciente actividad participativa que se ha producido desde la vuelta a la democracia en 1983 en sede judicial, y que también repercute en el ámbito político e institucional. De allí que una mirada multidimensional de la participación política permite especular con la interrelación entre las diferentes vías o alternativas que se le presentan al ciudadano que desea involucrarse en el

titucionales ya que ese es el sentido de una democracia constitucional. En ella prevalecen las decisiones de las mayorías, pero con el límite del respeto de las minorías, de los derechos fundamentales, es decir, del diseño constitucional". Consultado en [<http://www.aaba.org.ar/bi23m000.htm#A.>] el 21/06/2014.

31. Consultado en [<http://www.cij.gov.ar/nota-13009-Ricardo-Lorenzetti-encabez--el-acto-de-apertura-del-a-o-judicial.html>] el 11/05/2013.

32. En el tristemente célebre caso Schifrin (Cámara de Casación Penal. Registro Nro. 5/50. 3/7/2002) los jueces consideraron que cualquier presunta expresión de la voluntad popular distinta al sufragio (reuniones públicas, encuestas, huelgas, *lock-outs* u otros medios de acción directa) no reflejan la opinión mayoritaria del pueblo, sino a lo sumo, la de un grupo sedicioso. Posteriormente este tipo de penalización de los focos de protesta con basamento en el art. 194 del Código Penal ("*El que, sin crear una situación de peligro común, impidiere, estorbare, o entorpeciere el normal funcionamiento de los transportes por tierra, agua o aire o los servicios públicos de comunicación, de provisión de agua, de electricidad, o de sustancias energéticas, será reprimido con prisión de tres meses a dos años*") intentó ser morigerado con tres proyectos de Ley presentados en la Cámara de Diputados, con el objetivo de extinguir retroactivamente a la fecha de sanción de la ley, la acción penal y la pena para las personas que hubieren cometido hechos realizados con motivo o finalidad de reivindicación social, económica, política, gremial, cultural o estudiantil, derechos humanos y pueblos originarios. Expedientes: 6746-D-2004; 6880-D-2004; y 1546-D-2010.

debate público, sea de manera individual o colectiva. Ya que puede hacer uso de varias alternativas en forma simultánea, en pos de alcanzar un objetivo en común. En este sentido, el ejemplo más claro es el de aquellos que a partir de la implementación del llamado "corralito financiero" han acudido a la vía judicial y, al mismo tiempo, participado en cacerolazos, en asambleas e incluso en foros de discusión en Internet. Así como también para muchas personas ha significado la puerta de acceso a un compromiso participativo a mediano y largo plazo, ya sea en algún partido político y/o en alguna asociación, organización y/o movimiento de la sociedad civil.

La participación política jurisdiccional posee dos grandes vertientes: una de ellas atañe al afianzamiento del estatus legal de la ciudadanía. Más allá de las dificultades operativas que posee el Poder Judicial en asimilar el incremento cuantitativo de las presentaciones judiciales, así como en brindar respuesta a demandas que suelen ser divergentes en sus contenidos, lo que interesa destacar aquí es la creciente actividad ciudadana en el ámbito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. No solo para la consecución y protección de derechos (civiles, sociales, políticos, económicos, culturales) sino también en su reconocimiento como ámbito participativo válido para el debate y la discusión sobre la cosa pública.

La otra vertiente refiere a la manera en que desde el Poder Judicial se ha interpretado y asimilado a la participación política. Y en este sentido su órgano máximo, la Corte Suprema, tradicionalmente portadora de una visión restringida de la participación acotada a los procesos electorales y al debate a través del rol de la prensa, parece evolucionar -tanto desde el nivel discursivo como desde su propia *praxis*- hacia otra con márgenes participativos que parecen ser más amplios. Se han observado determinados gestos esperanzadores³³ que hacen pensar en un cambio de posición respecto del

33. La Corte Suprema conformada a partir del año 2003 ha exhibido varios gestos simbólicos: a) La recepción de la ya comentada figura del *amicus curiae*, aludiendo a la necesidad de proteger el debate público en el discurso de la Corte, ahora a través de la apertura institucional hacia la sociedad; b) El reconocimiento diversos actores sociales como interlocutores de la Corte, notoriamente en la *mega* causa "Mendoza". En el mismo sentido, la Acordada 17/06 que dispuso la creación de un *Centro de Información Judicial*, con la finalidad de, entre otros postulados, "promover la difusión de las decisiones judiciales con el objeto de permitir a la comunidad una comprensión más acabada del quehacer judicial". (Considerando 4º). Para la concreción de dicho objetivo se firmó, en Abril de 2007 (Acordada 6/07), un Convenio de colaboración entre la Corte Suprema y ADEPA (Asociación de Entidades Periodísticas Argentinas), que reúne a medios de comunicación gráfica de todo el país;

accionar histórico de la Corte Suprema en la materia, haciéndola una institución más participativa.

BIBLIOGRAFÍA

- ARCOS RAMIREZ, Federico, "Dimensiones de la Participación Política y modelos de democracia", en *Derechos y Libertades*, n° 28, Época II, Madrid, Dykinson, 2012.
- BERCHOLC, Jorge O. (dir.), *El sistema político e institucional en la Argentina*, Buenos Aires, Lajouane, 2005.
- , *El juicio por jurados y sus posibles beneficios para la democratización y publicidad del accionar de la justicia*, consultado en [<http://www.fundacionmgimenezabad.es>].
- y SANCARI, Sebastián, *La Corte Suprema en el Sistema Político*, Buenos Aires, Ediar, 2006.
- BICKEL, Alexander, *The Last Dangerous Branch*, Yale University Press, 1962.
- CABALLERO, Roberto y Hendler, Edmundo, *Justicia y participación. El juicio por jurados en materia penal*, Buenos Aires, Universidad, 1988.
- CAPELLETI, Mauro (dir.), *¿Jueces Legisladores?*, Lima, Communitas, 2010.
- CARNOTA, Walter F., *Lecciones del "juicio por jurados" cordobés (nota al fallo 'Monje')*, consultado en [<http://www.eldial.com.ar>, suplemento de derecho público].
- DWORKIN, Ronald, *Virtud soberana. La teoría y práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós, 2003.
- GARGARELLA, Roberto, *Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras*, Buenos Aires, CI TXT, 2001.
- HÄRBERLE, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Tecnos, 2000.
- HITTERS, Juan C., "Legitimación democrática del poder judicial", en *El Derecho*, t. 120, Buenos Aires.

apreciándose la importancia que la Corte le sigue otorgando a los medios de prensa como informadores y formadores de opinión; c) Mediante la acordada 12/07 se crea la Oficina de Fortalecimiento Institucional, dependiente de la Presidencia del Tribunal, con el objetivo central de reforzar la apertura del Poder Judicial hacia la comunidad, aludiendo a la promoción de la difusión y la participación ciudadana en la tarea de administrar justicia.

- LORENZETTI, Ricardo L., *La emergencia económica y los contratos*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002.
- NINO, Carlos S., *La Constitución en la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1993.
- PRIETO, Federico, H.: "Juicio por jurados. La contribución del Poder Judicial al debate democrático", en *Lecciones y Ensayos*, n° 88, Buenos Aires, 2010.
- SABUCEDO, José M.; y ARCE, Constantino: "Types of political participation: A multidimensional analysis", en *European Journal of Political Research*, Vol. 20, Nro. 1, Wiley Online Library.
- VENTURA, Adrián, "El plazo del amparo. (En el Estado subversor del derecho)", en *Revista de Derecho Público*, 2002-1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002.
- WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- ZAFFARONI, Eugenio R., *Estructuras Judiciales*, Buenos Aires, Ediar, 1994
- , *Ciudadanía y Jurisdicción en América Latina*, consultado en [<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/context/cont/4/cnt/cnt4.pdf>].



NUEVOS PARADIGMAS EN LA REGULACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS: EL CASO ARGENTINO EN PERSPECTIVA COMPARADA*

GERARDO SCHERLIS**

En las últimas tres décadas ha aumentado en forma exponencial la regulación sobre la creación y funcionamiento de los partidos políticos. Un número creciente de países ha adoptado regulaciones específicas sobre el tema, y estas regulaciones han pasado a cubrir un campo cada vez mayor de actividades.¹ La tendencia hacia una regulación cada vez más extensa y exhaustiva de los partidos políticos involucra tanto a las democracias más establecidas² como a las nuevas o restauradas democracias latinoamericanas.³ Sin embargo, es en América Latina donde la "inflación" legislativa parece darse en las últimas dos décadas con mayor vigor. Diversos trabajos

* Recepción del original: 09/11/2015. Aceptación: 20/12/2015.

** Abogado y licenciado en ciencia política por la Universidad de Buenos Aires, y doctor en ciencia política (*cum laude*) por la Universidad de Leiden, Países Bajos. Es investigador adjunto del Conicet con sede en el Instituto Gioja de la facultad de derecho de la UBA, y profesor adjunto de Teoría del Estado en esta misma facultad. Se especializa en el estudio de las instituciones políticas, particularmente partidos políticos y regulación electoral. Sobre estos temas ha publicado artículos en revistas especializadas tales como *International Political Science Review*, *European Journal of Political Research*, *Government and Opposition*, *Latin American Research Review*, *América Latina Hoy* y *Desarrollo Económico*, entre muchas otras. En el año 2015 publicó como compilador el libro "*Partidos, sistemas de partidos y democracia: la obra esencial de Peter Mair*" a través de editorial Eudeba. Se ha desempeñado como profesor invitado en las universidades de Bolonia, Leiden, Nacional del Litoral, Belgrano, Nacional de Rosario, entre otras.

1. KARVONEN, Lauri, Legislation on Political Parties. A Global Comparison, *Party Politics*, 2007, pp. 13:4, 437-455.
2. VAN BIEZEN, Ingrid, "Political Parties as Public Utilities", *Party Politics*, 2004, pp. 10:6, 701-722.
3. ZOVATTO, Daniel (Coord.), *Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina*, México DF: UNAM, 2006.

recientes confirman la tendencia hacia la proliferación legislativa y hacia la presencia de una regulación crecientemente exhaustiva de los partidos latinoamericanos. Sin embargo, no ha habido hasta ahora intentos por comprender el fenómeno ni las causas de más largo alcance que lo explican.

En los estudios sobre estos temas provenientes del campo del derecho predomina el carácter descriptivo. Normalmente se observa cómo se legisla en diferentes países sobre diversos aspectos de la vida partidaria y, en muchos casos, se deriva de ello también recomendaciones normativas sobre cómo convendría legislar.⁴ En los pocos casos en los que la legislación sobre partidos forma parte de estudios explicativos, sobre todo en el campo de la ciencia política, lo hace en calidad de variable independiente, es decir como un factor que explica la ocurrencia de otras variables.⁵ En cambio, no se han desarrollado hasta ahora estudios que intenten comprender las causas que explican la tendencia a una cada vez mayor y más exhaustiva regulación, ni cómo estas tendencias se hacen presentes en la región. En otras palabras, la regulación sobre partidos en América Latina no ha sido contemplada como una variable dependiente, ni en términos de países individuales ni, mucho menos, en términos regionales. Sin embargo, existen buenas razones para creer que los cambios en la regulación de partidos en los últimos 30 años pueden ser, al menos parcialmente, explicados por causas estructurales comunes al conjunto de países de la región. La primera de esas razones es precisamente el hecho de que los cambios se han producido en una dirección similar y a través de instrumentos también muchas veces similares.

El objetivo principal de este artículo consiste en ofrecer una explicación que dé *cuenta* de los principales patrones de transformación en los modos de regular a los partidos políticos en la región latinoamericana, con particular foco en el caso argentino. El argumento que se presenta sugiere que los cambios en el lugar que ocupa el partido político en el marco del régimen democrático —que pueden sintetizarse en términos del pasaje de

4. Ibid. y CASAS ZAMORA, Kevin; CHANTO, Raquel; MUÑOZ-POGOSSIAN, Betilde y VIDAURRI, Marian (Eds.). *Reformas políticas en América Latina: Tendencias y casos*. Washington: Organización de los Estados Americanos, en prensa, 2015.

5. Por ejemplo, TANAKA, Martín, *Democracia sin Partidos: Perú, 2000-2005*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2005 y POMARES, Julia María Page y SCHERLIS, Gerardo, "La primera vez de las primarias: logros y desafíos", Documento de Políticas Públicas N° 97, CIPPEC, Buenos Aires, 2011.

organizaciones representativas a agentes gubernativos— permiten comprender el creciente avance de la regulación sobre las actividades partidarias y, en definitiva, el cambio en el paradigma que orienta la legislación sobre partidos.

A efectos de desarrollar y mostrar evidencia sobre este argumento, el artículo se organiza de la siguiente manera. Luego de esta introducción, la segunda sección sintetiza algunos de los cambios fundamentales que la literatura ha observado en los últimos 30 años respecto al rol de los partidos políticos en las democracias modernas, observando cómo dichas transformaciones impactan también en América Latina. La tercera sección presenta una clasificación sobre diferentes paradigmas o esquemas regulatorios de los partidos políticos, cada uno de los cuales supone una diferente concepción del partido político en su relación con la sociedad y con el estado. La cuarta sección incorpora el análisis empírico al vincular los cambios descritos en la segunda sección con los cambios en el paradigma regulatorio de Argentina en una perspectiva comparativa con la región latinoamericana. Allí se subraya cómo el paradigma permisivo dominante en los albores de la transición democrática ha sido reemplazado en la actualidad por el paradigma managerial o prescriptivo. El artículo concluye destacando los hallazgos principales en relación con la hipótesis planteada.

Cabe aclarar que los argumentos que se presentan en este trabajo sirven de base para un proyecto de investigación en curso, y que por lo tanto el artículo se concentra en la argumentación teórica y las hipótesis, presentando evidencia muy básica e inicial de la investigación.

I. PARTIDOS POLÍTICOS ENTRE LA SOCIEDAD Y ESTADO. UNA RELACIÓN CAMBIANTE

Seguramente mantenga vigencia la célebre frase de E.E. Schattschneider⁶ según la cual la democracia moderna es impensable sin partidos políticos. Sin embargo, la relación entre partidos y democracia representativa, o más específicamente, el lugar que los partidos ocupan en el marco de la moderna democracia representativa, ha ido variando ostensiblemente en

6. SCHATTSCHEIDER, Elmer Eric, *Party Government*, Nueva York, Farrar and Rinehart, 1942, p. 1.

los últimos 50 años. Algunos manuales de Teoría del Estado o Derecho Político continúan hoy definiendo a los partidos políticos como organizaciones del campo de la sociedad, que expresan y canalizan las demandas sociales llevándolas a la esfera del estado. Eso podría tener algún sentido desde una perspectiva normativa, pero sencillamente no se corresponde con la experiencia de los partidos realmente existentes en la mayor parte de las democracias contemporáneas.

Ciertamente, los partidos políticos han sido usualmente estudiados a partir de sus relaciones con la sociedad. Esta perspectiva responde a la influencia que los estudios europeos sobre partidos tuvieron en este campo de estudios en general. En efecto, en Europa Occidental los partidos modernos han sido vistos como un subproducto de la emergencia de colectivos sociales, identificados a partir de su lugar en el mundo de la producción, o de sus concepciones religiosas o ideológicas más en general. De allí que la denominación de los partidos se definiera en términos de los patrones de representación salientes en cada caso: partidos obreros, partidos laboristas, partidos burgueses, partidos campesinos (o agrarios), partidos populares, partidos cristianos, etc.⁷ En cambio, muchos de los más importantes partidos y movimientos políticos de América Latina surgieron o se consolidaron a partir de su acceso a los recursos estatales y tuvieron desde el comienzo una conformación y aspiraciones poli-clasistas y atrapado.⁸ No obstante, también es cierto que a lo largo del siglo XX muchos de los partidos latinoamericanos sirvieron de vehículo de integración y movilización de diferentes grupos sociales, lo que cristalizó también en la persistencia de fuertes identidades colectivas y en su visualización como fuerzas representativas de sectores sociales específicos.⁹ De modo que con mayor o menor precisión el partido ha sido generalmente observado como una asociación voluntaria generada en y por la sociedad, o en todo caso que desde allí se dirige hacia el estado para trasladar los intereses de los secto-

7. KATZ, Richard y MAIR, Peter, "Los cambios en los modelos de organización partidaria y democracia partidaria: la emergencia del partido cartel" en CASAL BÉRTOA, Fernando y SCHERLIS, Gerardo (Coords.), *Partidos, sistemas de partidos y democracia: la obra esencial de Peter Mair*, Buenos Aires, Eudeba, 2015, pp. 23-50

8. DIX, Robert, "Cleavage structures and party systems in Latin America" en *Comparative Politics*, 1989, pp. 23-37.

9. COLLIER, Ruth y COLLIER, David, *Shaping the political arena*, Princeton NJ, Princeton University Press, 1991.

res sociales a quienes moviliza y a los cuales representa. Sin embargo, en las últimas décadas el centro de gravedad de las organizaciones partidarias ha girado dramáticamente de la esfera de la sociedad hacia la del estado.

Los principales indicadores que suelen tomarse para analizar el vínculo entre partidos y sociedad son consistentes en este punto. Los niveles de identificación partidaria y la participación ciudadana en los partidos, apuntan en el sentido de un creciente distanciamiento entre partidos y sociedad.

Las identidades partidarias han tendido a disminuir en todo el mundo democrático¹⁰. En el caso argentino, el descenso en este punto desde la recuperación democrática ha sido dramático. Mientras en 1984 un 47% de los entrevistados decía tener simpatía por algún partido político, en 2007 esa cifra se había reducido al 15%¹¹. Los datos periódicos publicados por el Barómetro para las Américas, del año 2012, sugieren que desde entonces se ha mantenido en esos niveles, con oscilaciones menores. Por supuesto los partidos en las democracias apelan a la sociedad para acceder al gobierno, y algunos de ellos pueden obtener altos porcentajes de votos, que pueden traducirse como expresión de la confianza ciudadana. Pero ello no implica la existencia de un vínculo de identidad entre votantes y partidos. De hecho, los partidos que han sido elegidos, e incluso reelegidos, en América Latina en años recientes, suelen tener un vínculo de identificación con una porción pequeña de esa misma sociedad. Tal como puede observarse en la Tabla 1, existen enormes distancias entre los altos porcentajes de votos obtenidos por los partidos ganadores de elecciones presidenciales recientes en América Latina y el porcentaje de ciudadanos que se siente ligados a esos partidos por algún vínculo identitario.

Una tendencia similar a la de la identidad partidaria se verifica en lo que respecta al número de miembros de los partidos. Los datos en este terreno son más bien escasos, pero allí donde existen y son significativos, apuntan siempre en dirección a una brutal disminución. En Europa Occidental, donde la pertenencia partidaria implica algún tipo de aporte económico, en los últimos 30 años se ha producido una reducción de afiliados partidarios que en promedio ronda el 50% en términos absolutos.¹²

10. WHITELEY, Paul, Is the party over? The decline of party activism and membership around the democratic world, in *Party Politics*, 2011, pp. 21-44.

11. MORA Y ARAUJO, Manuel, *La Argentina Bipolar*, Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 2011.

12. VAN BIEZEN, Ingrid, MAIR, Peter y POGUNTKE, Thomas, "Se van, se van... ¿se fueron? El declive de la afiliación partidaria en la Europa contemporánea", en CASAL BÉRTOA, Fernando

Tabla 1: Votos obtenidos e identificación de partidos ganadores de elecciones presidenciales recientes en América Latina

	Votos obtenidos en elección presidencial, 1ª vuelta %	Ciudadanos identificados con el partido vencedor %
Argentina – FPV + PJ	54 (octubre 2011)	9,51* (Lapop, 2012)
Brasil – PT	46,9 (octubre 2010)	25 (Datafolha 2010)**
Colombia – PSUN (de la U)	46.7 (junio 2010)	6,88 (Lapop 2012)
Perú – PNP	31,7 (junio 2011)	3.26 (Lapop 2010)
Uruguay – FA	48 (Octubre 2009)	33% (Lapop 2007)
Venezuela – MVR-PSUV	62,8 (diciembre 2006)	23 (Lapop 2007)

* Suma los porcentajes alcanzados por el FPV y los del PJ, que fueron considerados separadamente en la muestra de LAPOP.

En América Latina los datos de afiliación son poco significativos, ya que para ser miembro de un partido alcanza en general con haberse registrado alguna vez para quedar allí de por vida, sin ningún tipo de acción de otro tipo. Aun así, en el caso argentino es posible observar una clara tendencia a la disminución del número total de miembros. Si bien los números siguen siendo desmesuradamente altos, producto de la afiliación masiva ocurrida en los tiempos de la transición democrática,¹³ se han estancado desde entonces, y registran en los últimos años un descenso. En 2003 había en Argentina 8.414.571 afiliados. En 2008, 8.271.312, y en 2012 8.099.186. La reducción en términos absolutos del número de miembros se torna más importante si la consideramos en términos relativos respecto a un padrón de afiliados que ha crecido año tras año. Un partido como el PRO, cuyo candidato presidencial obtuvo en la primera vuelta de las elecciones de

y SCHERLIS, Gerardo (Coords.), *Partidos, sistemas de partidos y democracia: la obra esencial de Peter Mair*, Buenos Aires, Eudeba, 2015.

13. MUSTAPIC, Ana María, "Los partidos políticos en la Argentina: condiciones y oportunidades de su fragmentación", en ACUÑA, Carlos (Comp.) *¿Cuánto importan las instituciones? Gobierno, Estado y actores en la política argentina*. Buenos Aires, Siglo XXI, 2013, pp. 250.

2015 cerca de 9 millones de votos, y que al momento de entregar este artículo disputaba con serias chances la presidencia de la nación, tenía hacia 2013 solo 106.812 miembros. El grueso de la afiliación en cambio pertenece a los dos partidos más tradicionales –2,2 millones de la Unión Cívica Radical (UCR) y 3,6 millones del Partido Justicialista (PJ)¹⁴– como consecuencia de la incorporación masiva de miembros en la década de 1980.

El análisis de los datos disponibles de participación real en partidos ofrece en Argentina cifras todavía más ilustrativas: aunque cerca de un 25% del padrón está afiliado, solo un 4,6% reconoce tener alguna participación activa en un partido (Lapop, 2012:48). En forma concomitante, los partidos aparecen una y otra vez en el fondo de los rankings que miden la confianza ciudadana en las instituciones. El Barómetro de las Américas de 2012 ubica a los partidos como la institución menos confiable para los argentinos en un listado de once posibles, debajo incluso de instituciones tan desprestigiadas como la policía o el Congreso.¹⁵ Aunque en Argentina durante la década de 2000 se enfatizó desde el discurso público la importancia de la participación político-partidaria y existió un amplio consenso sobre el así llamado “regreso de la política”, los datos disponibles muestran que estos fenómenos estuvieron en todo caso circunscriptos a minorías intensas, mientras que la mayor parte de la sociedad ni desarrolló una identidad partidaria ni se involucró participando en asuntos propios de la política de partidos.

No se trata de que cada año haya menos identidad y menos participación, ni en Argentina ni en ningún otro caso en particular. Pero en cambio sí es notable que en perspectiva histórica, estos cambios están ocurriendo, en Argentina, a escala regional, y en realidad también global. La caída de la identidad partidaria, el descenso en el número de personas que forman parte de los partidos, y consecuentemente también la creciente disposición a cambiar el destino del voto de elección en elección, son todos indicadores que ilustran el distanciamiento de los partidos respecto a la sociedad. Son precisamente estos y otros indicadores que apuntan en igual dirección los que han llevado a muchos observadores en distintas latitudes a considerar que existe una severa crisis de los partidos. A partir del hecho de que los

14. Informe de la Cámara Nacional Electoral.

15. LAPOP, *Cultura política de la democracia en Argentina y en las Américas*, Vanderbilt University, 2012, p. 164.

partidos dejaron de tener un anclaje sólido en la sociedad, y de que por lo tanto no cumplen una función de integración y expresión social¹⁶, ha sido un lugar común sugerir la existencia de una crisis.

Sin embargo, otros autores han matizado esta conclusión. Lo que algunos observan como una crisis podría en verdad tratarse de una transformación. Esta transformación, como se adelantó más arriba, estaría signada por una necesaria adaptación de los partidos a las condiciones cambiantes y crecientemente complejas en las que se desempeñan. La complejidad de las sociedades contemporáneas ha llevado al "descongelamiento" de las identidades partidarias surgidas en los comienzos de la política de masas. En la actualidad, resulta impracticable para los partidos la constitución de vínculos fuertes con sectores determinados de la sociedad, desde que la sociedad está cruzada por identidades múltiples, superpuestas y cambiantes. De modo que en lo que respecta a sus relaciones con la sociedad, los partidos han optado por establecer vínculos más frágiles y contingentes con sectores más amplios y poco determinados, en lugar de los viejos vínculos estrechos con sectores más específicos.¹⁷ Pero al mismo tiempo, los partidos habrían buscado compensar su creciente debilidad en la sociedad afianzando su posición en la esfera estatal, en términos tanto materiales, como funcionales y simbólicos.

Respecto a los recursos materiales, existe una creciente dependencia de los partidos con respecto a lo que, lícita y/o irregularmente, obtienen desde el control del aparato estatal. El acceso a cargos públicos y a subvenciones estatales resulta fundamental para la supervivencia de los partidos contemporáneos, que raramente pueden ya sostener sus actividades regulares sobre la base del aporte de sus miembros o asociaciones afines. En términos de sus funciones, los partidos compensan su incapacidad para operar como canales de expresión social afianzando su rol como agentes de gobierno. En consonancia con ello, los partidos son visualizados por la sociedad a partir de su rol en las instituciones estatales, y su propia legitimidad depende del modo en que la sociedad percibe que ejercen este rol. Es precisamente a partir del acceso a y al desempeño en la estructura del

16. PANEBIANCO, Ángel, *Political Parties: Organization and Power*; Cambridge, Cambridge University Press, 1988.

17. MAIR, Peter (2015), "La democracia más allá de los partidos", en CASAL BÉRTOA, Fernando y SCHERLIS, Gerardo (Coords.), *Partidos, sistemas de partidos y democracia: la obra esencial de Peter Mair*, Buenos Aires, Eudeba, 2015, pp. 263-304.

aparato del estado como las organizaciones partidarias aseguran su supervivencia, tanto en términos de recursos como de legitimidad.¹⁸

En definitiva, se ha operado un mutuo retiro entre partidos y sociedad.¹⁹ Los ciudadanos se alejan de los partidos y se muestran poco atraídos por los asuntos político-partidarios. A su vez los partidos como organizaciones también se retiran de la sociedad hacia las oficinas de gobierno. Así los partidos se consolidan como agencias de gobierno paraestatales. La sociedad observa a estas instituciones como instrumentos ajenos a ella, y en las que confía en general poco. Sin embargo, las acepta como una suerte de mal necesario para el funcionamiento del régimen político democrático, el cual, con todas sus deficiencias, se prefiere. Los partidos se afincan en las oficinas estatales, y se aseguran desde allí las condiciones para su reproducción, lo cual incluye reformar los modos de regular (y financiar) su actividad. En estos términos los partidos pueden ser asimilados a un servicio público provisto por el estado para el funcionamiento de la democracia. Así como los ciudadanos aceptan que sus impuestos contribuyan a solventar el alumbrado público y el arreglo de las calles, también aceptan que el estado sostenga a un conjunto de organizaciones, los partidos políticos, que compiten entre sí para ejercer el gobierno de la democracia.

Esta transformación en la naturaleza de los partidos, su pasaje de organizaciones representativas de la sociedad a organizaciones estatales de gobierno, supone también cambios en la percepción que los propios actores partidarios y el resto de los actores sociales tiene sobre ellos. Para los partidos, como ya se mencionó, resulta imprescindible adecuar la legislación al nuevo contexto, tanto a los efectos de garantizar su reproducción material como para mantener su legitimidad de cara a la sociedad. Para distintos actores institucionales y sociales, también se modifican los criterios sobre cuánto y cómo regular la actividad de los partidos. Todo esto implica, en definitiva, cambios en los paradigmas que orientan la legislación sobre los partidos políticos.

18. Whiteley, Paul (2011), "Is the Party Over? The Decline of Party Activism and Membership around The Democratic World", *Party Politics*, 17:1, 21-44.

19. MAIR, Peter (2015), "La democracia más allá de los partidos", en CASAL BÉRTOA, Fernando y SCHERLIS, Gerardo (Coords.), *Partidos, sistemas de partidos y democracia: la obra esencial de Peter Mair*, Buenos Aires, Eudeba, 2015, pp. 263-304.

II. PARADIGMAS DE LA REGULACIÓN PARTIDARIA

El modo en el que los países regulan la actividad de los partidos resulta, en forma más o menos explícita, de un marco doctrinario que define cuál es o cuál debería ser la relación entre los ciudadanos, los partidos y el estado. En otras palabras, diferentes concepciones sobre el lugar de los partidos en el marco del régimen democrático, y en verdad diferentes concepciones sobre la democracia, redundan en diferentes paradigmas normativos²⁰ Tal como se sintetiza en la Tabla 3, sobre la base de los trabajos de los juristas Nathaniel Persily y Bruce Cain y del politólogo Kenneth Janda²¹ es posible identificar cinco paradigmas sobre el estatus legal de los partidos que revisten relevancia para comprender lo que ocurre en este campo en América Latina.

Los paradigmas pueden ordenarse según promuevan una menor o mayor intervención estatal en la vida partidaria.

II.A. Paradigma libertario o permisivo

El partido es una asociación creada por individuos por fuera del estado, como organización de la sociedad que cumple un rol esencialmente expresivo. Dado que los partidos son asociaciones privadas, deben gozar de la mayor libertad de expresión y asociación, quedando por ello exentas de la regulación estatal. Solo un extremadamente convincente interés público (*compelling state interest*) podría justificar la intervención del estado en la vida de estas asociaciones. Cómo ellas se financian, cómo eligen a sus candidatos o autoridades, y todo lo que hace a su funcionamiento es una prerrogativa de los propios partidos. Establecer requisitos para la formación de partidos o regulaciones para su financiamiento es violatorio del derecho de asociación, de la libertad de expresión, y de la igualdad. En todo caso la ley y los jueces deberían garantizar que los partidos puedan ser vehículos de la libertad de expresión, y que los individuos reunidos en partidos se expresen como mejor quieran, incluyendo la posibilidad de

20. KARVONEN, Lauri, Legislation on Political Parties. A Global Comparison, *Party Politics*, 2007, pp. 437-455 y VAN BIEZEN, Ingrid, "Political Parties as Public Utilities", *Party Politics*, 2004, pp. 701-722.

21. JANDA, Kenneth, *Adopting Party Law*, Washington DC, National Democratic Institute for International Affairs, 2005.

Tabla 2: Paradigmas normativos sobre los partidos políticos y su regulación legal

Paradigma	Rol asignado al partido político	Objetivo del estado como regulador de la actividad partidaria
Libertario o Permisivo	Expresar opiniones políticas de los ciudadanos	No intervención
De los mercados políticos	Promover la existencia de alternativas electorales y de gobierno	Garantizar la existencia de competencia
De promoción	Institución central de todo el proceso democrático	Promover la vitalidad y fortaleza de los partidos
Progresivo o Populista	Interfieren en la profundización democrática	Limitar su influencia
Managerial o Prescriptivo	Organizaciones centrales para organizar el proceso electoral y el gobierno	Garantizar el buen desempeño del proceso democrático y del gobierno

Fuente: desarrollado por el autor sobre la base de Persily y Cain (2000) y Janda (2006)

hacer donaciones en forma ilimitada. Se oponen por todo ello a la misma idea de promover normas para que haya más o menos partidos, o para que los candidatos sean seleccionados de una manera u otra, o que tengan tales o cuales características.

II.B. Paradigma de los mercados políticos

Los partidos tienen un rol crucial como proveedores de opciones electorales alternativas para los votantes. La democracia es un régimen político que debe ofrecer a los ciudadanos diferentes opciones de política pública, y los partidos son el instrumento esencial para ello. Solo un mercado político competitivo puede asegurar que los resultados del proceso político sean responsivos a los intereses de los ciudadanos.²² Con mayor competencia

22. ISSACHAROFF, Samuel y PILDE, Richard, "Politics as Markets: Partisan Lockups of the Democratic Process", *Stanford Law Review*, 1998, pp. 643-717.

los partidos producirán mejores productos para sus ciudadanos, tanto en términos de plataformas como de políticas públicas. Las leyes y los jueces deben por eso bregar para que exista una verdadera competencia entre opciones electorales. Legisladores y jueces deben estar especialmente atentos a los intentos de los gobernantes de generar barreras para evitar que la competencia sea vibrante, sobre todo cuando intentan hacer que para los no gobernantes sea más difícil competir. Las decisiones en cuestiones tales como financiamiento, requisitos para formar partidos, distritamiento y otras, deberían en el marco de este paradigma estar guiadas por el objetivo de romper los obstáculos a la competencia.

II.C. Paradigma de promoción

El partido político es una institución central del proceso democrático, tanto en términos expresivos como procedimentales e institucionales. La ley, y en lo posible la Constitución, debe reconocer el rol fundamental de los partidos apoyando y contribuyendo a su funcionamiento. La forma más extendida de hacerlo es a través de subsidios y financiamiento público. También cabe adjudicarles prerrogativas, tales como la exclusividad en la competencia electoral, el acceso gratuito a medios de comunicación, la titularidad de las bancas legislativas, etc.

II.D. Paradigma progresivo o populista

Este paradigma tiene una concepción generalmente negativa de los partidos políticos y, por ello, se ubica en muchos aspectos en las antípodas del paradigma de promoción. En la versión norteamericana, tiene sus raíces en el movimiento progresivo surgido a comienzos del siglo XX con el objetivo de democratizar el sistema, limitando para ello el poder de los partidos que, sobre la base del uso del patronazgo, eran contemplados como maquinarias oligárquicas. Hoy los reformadores en la concepción progresiva mantienen una visión hostil de los partidos, postulando que la democracia funciona verdaderamente cuando el pueblo es protagonista del proceso político. En la tradición latinoamericana esta posición es asimilable a la concepción populista, según la cual los partidos tienden a crear divisiones artificiales en un pueblo que, en su inmensa mayoría, es homogéneo y tiene un interés común. La expresión genuina y directa del pueblo, sin intermediaciones artificiales y distorsionadoras de la voluntad popular,

es una premisa común del populismo. Todo esto supone una legislación que menoscaba el rol de los partidos. Así se busca evitar que los partidos tengan los privilegios que promueve el paradigma de promoción, y se alienta en cambio que surjan candidatos independientes, o al menos que la sociedad tenga una participación directa en su elección.

II.E. Paradigma managerial o prescriptivo

Al igual que en el paradigma de promoción, se reconoce aquí a los partidos como instituciones fundamentales del proceso político. Pero en este caso se los piensa fundamental y casi exclusivamente a partir de su rol procedimental o institucional, y menos como vehículos de expresión social. Los partidos son instrumentales al funcionamiento de una democracia estable. En ese sentido es crucial el rol que desempeñan en el proceso electoral y luego como organizaciones que gobiernan las instituciones públicas. Son principalmente contemplados por eso como agentes semi-estatales. Esto supone que el estado puede regular a los partidos sin mayores límites, porque todo lo que hace a la actividad de los partidos está dentro de la esfera del interés público. Persily y Cain²³ se refieren a un paradigma managerial, mientras que Janda²⁴ refiere a un modelo prescriptivo: la ley puede intentar moldear a los partidos para que estos sean como el interés público (expresado por el legislador) así lo prefiera. De modo que si por un lado se enaltece a los partidos como instituciones relevantes, de igual modo se interviene sobre ellos para adaptarlos a lo que se supone resulta conveniente para el buen desempeño del régimen político, incluyendo la posibilidad de restringir su proliferación. No cabe apelar al derecho a la libertad de asociación, o a la libertad de expresión, para reclamar que el estado no interfiera en cómo se financian los partidos, cómo eligen a sus candidatos, qué actividades deben realizar, qué requisitos deben cumplir para poder competir, etc. Valores tales como la estabilidad electoral (que puede traducirse por ejemplo en la decisión de que existan pocos partidos), pueden imponerse a los supuestos derechos

23. PERSILY, Nathaniel y CAIN, Bruce E, "The legal status of political parties: A reassessment of competing paradigms", *Columbia Law Review*, 2000, pp. 775-812.

24. JANDA, Kenneth, *Adopting Party Law*, Washington DC, National Democratic Institute for International Affairs, 2005.

individuales de los ciudadanos a organizarse políticamente sin la intervención del estado.

III. LOS CAMBIOS EN LA REGULACIÓN PARTIDARIA RECIENTE. EL CASO ARGENTINO

La hipótesis central de este trabajo sugiere que en Argentina, al igual que en la mayor parte de América Latina, el paradigma permisivo dominante en los primeros años de la transición democrática ha sido desplazado en las últimas dos décadas por el paradigma managerial-prescriptivo.

Un proyecto de investigación con sede en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires se encuentra desarrollando una base de datos para evaluar si y en qué medida es este el caso. A lo largo de una serie de dimensiones, el proyecto analiza las reformas ocurridas desde las transiciones democráticas en el conjunto de países de la región. El proyecto se encuentra en su fase inicial, por lo cual este artículo se limita a: a) presentar el marco teórico y conceptual, tal como se hizo en las secciones anteriores y b) presentar evidencia correspondiente al caso argentino con algunas referencias comparativas respecto al resto de la región, y para tres dimensiones, que de todos modos son centrales en este campo del derecho: los requisitos para la creación de partidos, el financiamiento, y los mecanismos de selección de candidatos.

La legislación argentina en materia de partidos políticos

La turbulenta historia institucional de la Argentina durante el siglo XX incluyó un importante número de normas reguladoras de la actividad de los partidos. En verdad, puede decirse que más allá de alguna excepción, al menos desde 1945 cada gobierno –de cualquier signo y origen– tuvo su propia ley de partidos, o incorporó nueva legislación en la materia. Sin embargo, ciertos lineamientos centrales se mantuvieron constantes, al menos desde la sanción de la ley 16652 durante la presidencia de Arturo Illia. Al momento de la recuperación democrática, en 1983, estaba en vigencia la ley de facto 22627 promulgada en agosto de 1982 para servir de marco jurídico para la participación de los partidos en el marco de la liberalización del régimen dictatorial y del proceso de

transición a la democracia.²⁵ El nuevo gobierno democrático promovió una nueva norma para reemplazar a la de facto. Así en 1985 se aprobaría la ley orgánica de los partidos políticos, Nro. 23298. El análisis que sigue toma como momento inicial precisamente la sanción de esta ley, por ser el punto de partida de la regulación partidaria en la Argentina democrática. Como se verá, desde entonces se han producido cambios significativos en las tres dimensiones analizadas, cambios que, en conjunto, han modificado sustancialmente el régimen legal de los partidos políticos.

III.A. Los requisitos cuantitativos para crear organizaciones partidarias

En términos generales, la ley orgánica de los partidos políticos 23298, mantuvo los criterios que, más allá de cambios menores, se habían mantenido estables desde la ley 16652, sancionada a fines de 1964. Mantuvo como criterio inicial la distinción entre partido de distrito y partido nacional. Para conformar un partido de distrito, necesario para competir por cargos legislativos nacionales, la ley impuso el requisito de reunir una cantidad de adhesiones, equivalente al 4 por mil del padrón del distrito, o de 4000 en distritos de más de un millón de electores. La reunión de cinco partidos de distrito permitía conformar un partido nacional, único autorizado para competir por la presidencia de la nación. A su vez, los partidos de distrito perderían su personería en caso de no alcanzar el 2 por ciento en dos elecciones sucesivas en el distrito. Estos requisitos podían considerarse relativamente laxos desde una perspectiva comparativa, y de hecho se encontraban entre los menos exigentes de la legislación latinoamericana.²⁶ Frente a un aumento cada vez mayor del número de partidos y de las listas en competencia, analistas y políticos comenzaron a señalar el problema de la fragmentación del sistema partidario. En tal sentido se señalaba que antes que propiciar el surgimiento de nuevas opciones provenientes de la sociedad civil, la flexibilidad normativa facilitaba las defecciones de políticos que contaban con la fácil opción de "ir por afuera" de sus partidos

25. Está obviamente fuera del alcance de este artículo analizar la legislación argentina sobre partidos anterior a la etapa democrática. Al respecto, véase López (2001).

26. SCHERLIS, Gerardo, "Parties and Ballot Access in Latin America: A New Trend in a New Political Context", *Working paper series on the legal regulation of political parties*, no. 31, Leiden, julio 2013.

de origen, creando un nuevo sello partidario o haciendo uso de los muchos vigentes pero sin representatividad. Así, el marco regulatorio contribuía a devaluar el valor de la etiqueta partidaria, alentaba las defecciones y conspiraba contra la disciplina interna;²⁷ todo lo cual, a su vez, generaba una "sobre-oferta electoral" que introducía "confusión y opacidad en el proceso electoral".²⁸

En el segundo semestre de 2009, y sobre la base de estos argumentos, el gobierno nacional promovió una amplia reforma política que incluyó un incremento en los requisitos cuantitativos para crear y conservar partidos. La reforma fue explícitamente presentada –desde las declaraciones de los funcionarios hasta los fundamentos del proyecto de ley– como un medio para reducir la cantidad de partidos y promover un sistema partidario estructurado sobre la base de un número acotado de fuerzas políticas. Los más altos referentes del partido oficialista en este tema insistieron al momento de debatirse el proyecto que la reforma buscaba ordenar y darle mayor estabilidad al sistema político (Abal Medina *et al*, 2010).

La reforma fue impulsada y votada fundamentalmente por el partido de gobierno (Frente para la Victoria-PJ), aun cuando logró sumar para su aprobación a un conjunto de aliados menores. Precisamente para obtener el apoyo de estos aliados menores el partido gobernante aceptó reducir algunas de las exigencias planteadas en el proyecto original, que era sustancialmente más restrictivo que el finalmente aprobado. Por su parte la UCR, la principal fuerza opositora en el Congreso, aunque finalmente no apoyó el proyecto, manifestó compartir el diagnóstico en cuanto a la necesidad de reducir el número de partidos fijando condiciones más estrictas para su creación y presentación de candidaturas.²⁹

De acuerdo con sus objetivos explícitos, la reforma aumentó los requisitos para crear y mantener partidos con reconocimiento legal. Para ello

27. LEIRAS, Marcelo, *Todos los caballos del rey*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2007, pp. 104/107.

28. Musapic, 2008:13.

29. El presidente de la UCR, Gerardo Morales, afirmó: "Nosotros creemos que hay que reordenar el sistema político; no puede haber en el país 700 partidos. ...nosotros compartimos el concepto de que hay que reordenar el sistema político, tienen que haber tres, cuatro partidos ... hay que tratar de buscar normas que generen un mayor grado de responsabilidad en los partidos como organización. Revista Parlamentario, 7 de noviembre de 2009: <http://parlamentario.com/articulo-4225.html>.

se reemplazó la exigencia de un número determinado de adhesiones por igual cantidad de afiliaciones. La diferencia, que puede parecer sutil, es sin embargo sustancial. Las adhesiones que requería la ley podían obtenerse de cualquier ciudadano, tanto afiliados como no afiliados (o incluso de afiliados a otros partidos), pudiendo un mismo ciudadano prestar su adhesión a un número ilimitado de partidos. La reforma impuso la exigencia de demostrar que el número de afiliados se mantiene todos los años. Hizo además más estrictas las condiciones para incorporar afiliados, con el objeto de eliminar las así llamadas "doble afiliaciones", por la cual un ciudadano podía ser contabilizado como afiliado a más de un partido. Para ello, la ley incorporó el requisito de la renuncia expresa a toda otra afiliación anterior para poder incorporarse a un partido, cuando anteriormente alcanzaba con afiliarse a un partido para quedar desafiliado de cualquier otro.

Al mismo tiempo, la reforma separó la obtención de la personería jurídica del derecho a postular candidatos en elecciones generales. Para ello, estableció un régimen de primarias abiertas, simultáneas, y obligatorias (PASO) que funciona por un lado como mecanismo de selección de candidatos, pero por el otro también como ronda clasificatoria para los partidos, a partir de la imposición de un umbral de 1,5 por ciento de votos que los partidos deben superar para poder presentar a sus candidatos en las elecciones generales. Por supuesto, los partidos que no logran acceder a la elección general no pueden tampoco alcanzar los votos necesarios para conservar el registro.

En definitiva, existió una decisión política de reformar la regulación electoral con el objetivo de elevar los requisitos para obtener y mantener la personería partidaria. Los reclamos de partidos pequeños que consideraron esta medida restrictiva y excluyente fueron rechazados por la Justicia Electoral, bajo el argumento de que la exigencia de ciertos niveles de representatividad resulta razonable para evitar la dispersión de las voluntades ciudadanas.³⁰ Por supuesto, esta reforma como cualquier otra puede

30. Por ejemplo en el fallo 4468/2011 (Causa Partido Demócrata Cristiano, Jujuy), la Cámara Nacional Electoral afirma que "la exigencia de requisitos cuantitativos para el mantenimiento de la personalidad política partidaria ... afecta a agrupaciones cuya existencia enriquece el sistema de partidos, en tanto representan vertientes ideológicas del pensamiento político y constituyen verdaderos canales de integración de grupos sociales identificados con el programa o plan de gobierno que ellas sostienen.- Sin embargo, ... todo el sistema de la ley 23.298 está fundado en la representatividad de los partidos como condición de su

y debe ser comprendida dentro del contexto político en el que tiene lugar, observando cuáles son los actores involucrados, los intereses que los motivan y los recursos que ponen en juego. Pero es claro que el argumento de elevar las barreras de acceso con el fin de dotar al sistema político de mayor estabilidad y funcionalidad responde típicamente al paradigma managerialista-prescriptivo. El hecho de que la reforma no generara mayores controversias, más allá de la protesta puntual de los partidos directamente perjudicados, abona la noción de que para el momento de la reforma la mayor intervención del legislador en este campo había sido naturalizada por la mayor parte de los actores involucrados.

Por otra parte, la incorporación de mayores requisitos para dotar de personería o registro a los partidos no es un fenómeno específico de Argentina. Por el contrario, reformas de este tipo han tenido lugar en gran parte de la región. Como puede observarse en la Tabla 3, en los últimos 15 años Colombia, México y Perú elevaron drásticamente estos requisitos, mientras que Uruguay lo hizo de modo más moderado. En Brasil una reforma en este sentido ha sido promovida por los principales partidos en forma reiterada.³¹

En México, Colombia y Perú las reformas fueron drásticas, duplicando o triplicando los requisitos cuantitativos, tanto en términos de adhesiones, miembros o votos, como en términos de presencia territorial a lo largo de distritos electorales. De nuevo, cada una de estas reformas puede ser comprendida en el contexto particular en el que tuvo lugar (estos casos fueron analizados en Scherlis, 2014a). Pero no puede dejar de notarse que diversos países avanzaron en establecer barreras de acceso más severas, siempre en nombre de la estabilidad y funcionalidad del sistema político. En cambio, ningún país de la región desde la segunda mitad de la década de 2000 ha tomado medidas para reducir los requisitos de formación y conservación de partidos. La decidida intervención estatal sobre los requisitos de formación de los partidos a efectos de dotar al sistema político de funcionalidad ha devenido en práctica consensuada entre los políticos de las fuerzas políticas mayoritarias pero también en un principio promovido

existencia legal ... lo cual encuentra fundamento en la necesidad de evitar la dispersión de voluntades aisladas, que es ineficaz para ejercer influencia en la formación de la voluntad del Estado”.

31. FLEISCHER, David y BARRETO, Leonardo, *Reforma política en Brasil: una historia sin fin* (2003-2010). Diálogo Político, 2010, pp. 135-158.

Tabla 3: Aumento de los requisitos para crear partidos en países latinoamericanos

País	Año de la reforma	Contenido de la reforma
México	2003	Aumento de requisito de distribución territorial para obtener personería nacional: presencia en mayor número de estados y de circunscripciones Aumento de afiliados totales, de 0,13% a 0,26% del padrón nacional para registro nacional Prohibición de coaliciones para partidos nuevos (deben obtener el 2% para mantener registro por sí solos).
Colombia	2003	Umbral de 2% de votos (+ de 100.000) para obtener y conservar personería (antes, 50.000 firmas).
	2009	Umbral de 3% de votos para obtener y conservar personería
Argentina	2009	Afiliaciones en lugar de adhesiones para obtener y conservar personería. Umbral de 1,5% en primarias para acceder a elección general
Perú	2003	Presencia en 17 de 25 departamentos y en 65 de 195 provincias 5% de votos para retener personería
	2009	De 1 a 3% de miembros del padrón para obtener y conservar personería
Uruguay	2009	0,5% de firmas del padrón para adquirir registro partidario

por los académicos más influyentes en este campo en los diferentes países de la región.³²

32. Como Fernando Tuesta en Perú, Humberto de la Calle en Colombia, y Ana María Mustapic en la Argentina, por nombrar solo tres de los más reconocidos.

IV. FINANCIAMIENTO

Desde el retorno democrático y hasta el año 2002 el financiamiento político en Argentina estuvo esencialmente regulado por la ley orgánica de los partidos políticos. También en este campo la normativa adoptada en 1985 era continuadora de la ley de 1982, que a su vez replicaba en lo fundamental las sucesivas normas que se habían dictado en la materia, tomando como modelo la 16652. En lo formal, la ley suponía un sistema mixto de financiamiento, con participación estatal y de los privados. Se establecía un "Fondo partidario permanente", que distribuía un monto anual de dinero entre los partidos reconocidos, así como un monto a distribuir para campañas, mientras que el financiamiento privado podía desarrollarse sin limitaciones ni topes, y los partidos podían gastar sin límites legales. Lo cierto es que por la ausencia de límites a las contribuciones privadas y de topes a los gastos, así como por la baja cantidad de dinero público involucrado, este régimen legal supuso un esquema con fuerte primacía del financiamiento privado. Este esquema no podría señalarse como ejemplo típico del paradigma libertario, por la presencia de ciertos aportes públicos y por la exigencia de algunas rendiciones de cuentas. Pero tanto aquellos aportes como estas rendiciones eran de tan baja incidencia en el proceso político que en los hechos el financiamiento operaba efectivamente en un marco de absoluta liberalidad.

La constitucionalización de los partidos políticos con la reforma constitucional de 1994 implicó también dotar de jerarquía constitucional al financiamiento público. El nuevo artículo 38 reconoció a los partidos políticos como "instituciones fundamentales del sistema democrático", y estableció que "el estado contribuye al sostenimiento económico de sus actividades y de la capacitación de sus dirigentes". De modo que el sostenimiento económico provisto por el estado surge de la reforma como consecuencia del reconocimiento del rol central que los partidos desempeñan en el régimen de la Constitución. Y en forma concomitante a ese reconocimiento y a esa garantía la Constitución incorpora también una directiva respecto al destino de esos fondos, en el sentido de que una parte de ellos deben contribuir a la capacitación de los dirigentes. A su vez, y como contracara del compromiso estatal de sostener materialmente a los partidos, el mismo artículo 38 estableció que "los partidos políticos deberán dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonio".

Mientras tanto, la propuesta de regular más pormenorizadamente el financiamiento partidario ganaba consenso entre los actores partidarios y en la propia Justicia Electoral.³³ La idea era a su vez impulsada por los más destacados académicos en este campo³⁴ y seguía en verdad una tendencia internacional.³⁵

En consonancia con estas tendencias, el Congreso argentino sancionó en el año 2002 la primera ley de financiamiento de los partidos políticos. Esta ley, la 25600, fue a fines del año 2006 sustituida por otra, la 26215; pero en términos generales, y en lo que a los fines de este artículo importa, ambas presentan similares características. La nueva normativa mantuvo el esquema de financiamiento mixto (público/privado), pero imponiendo un marco regulatorio mucho más restrictivo que el hasta entonces existente. Por un lado, impuso mayores controles y limitaciones a las donaciones privadas. Se implementó la exigencia de nuevos y más detallados informes, se eliminó la posibilidad de que hubiera donaciones anónimas, se ampliaron las restricciones en cuanto a posibles donantes, y se definieron topes máximos para las donaciones que pueden hacer las personas jurídicas y físicas, tanto para campañas como para el funcionamiento regular de los partidos. Por otro lado, y en forma concomitante, se definieron topes de gastos, tanto para el funcionamiento regular de los partidos como para las campañas. Esto último complementó otra reforma aprobada también en 2002, pero esta vez sobre el Código Electoral Nacional, que limita el tiempo de duración de las campañas electorales y específicamente el tiempo durante el cual se pueden pasar avisos de propaganda electoral en los medios audiovisuales de comunicación.³⁶ Las leyes de financiamiento reglamentaron también por vía legal la disposición constitucional definiendo que los

33. CORCUERA, Santiago en Gutiérrez, Pablo y Daniel Zovatto (Comp.), *Financiamiento de los partidos políticos en América Latina*. México, DF., International IDEA, OAS y Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, p. 72.

34. Por ejemplo, FERREIRA RUBIO, Delia (Comp.), *Financiamiento de partidos políticos*, Buenos Aires, Ciedla-KAS, 1997.

35. KATZ, Richard y MAIR, Peter, "Los cambios en los modelos de organización partidaria y democracia partidaria: la emergencia del partido cartel", en CASAL BÉRTOA, Fernando y SCHERLIS, Gerardo (Coords.), *Partidos, sistemas de partidos y democracia: la obra esencial de Peter Mair*, Buenos Aires, Eudeba, 2015, pp. 23-50.

36. HERNÁNDEZ, Antonio y BELISLE, José, "La regulación jurídica de los partidos en Argentina", en Zovatto, Daniel (Coord.), 2006, *Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina*, México DF., UNAM.

partidos deben destinar por lo menos el 20 por ciento de lo que reciban en concepto de aportes anuales para el desenvolvimiento institucional al financiamiento de actividades de formación de dirigentes e investigación. Otro elemento significativo, incorporado en 2006 por la ley 26.215, es la disposición según la cual solo los partidos políticos pueden contratar publicidad para la campaña electoral, de modo de evitar la dispersión de quienes pagan los gastos de campaña, recurso utilizado para evadir los controles.³⁷ Asimismo, estas leyes reglamentaron la disposición constitucional sobre la necesidad de los partidos de dar a conocer el origen y destino de sus fondos y patrimonio, instrumentando mecanismos de control y fiscalización de los aportes y gastos de campaña inexistentes hasta entonces.³⁸

Si las leyes de 2002 y 2006 mantuvieron el esquema general de financiamiento mixto, pero fortaleciendo el rol del estado en detrimento de los privados, la reforma del año 2009 supuso un largo paso en esta misma dirección. Entre las disposiciones más relevantes de la ley 26571 en materia de financiamiento se destaca por un lado la completa prohibición para las donaciones de campaña de personas jurídicas y, por el otro, la prohibición lisa y llana de comprar espacios para la propaganda electoral en medios audiovisuales. Esta última disposición fue acompañada de otra que dispone la distribución gratuita y en forma relativamente equitativa de amplios espacios en estos medios (una mitad igual para todas las fuerzas y otra mitad en razón de los votos obtenidos en elecciones anteriores).

Estas reformas, como tantas otras en este terreno, fueron aprobadas sin mayor debate. Pero en todo caso consagraron un consenso respecto a la necesidad de modificar el régimen de financiamiento, avanzando en una decidida participación estatal en la gestión de las campañas y de la vida partidaria más en general. Con mucho menor impacto que las reformas anteriores, pero igual de sintomática respecto a la creciente injerencia de la regulación legal sobre la vida partidaria, la reforma de 2009 incluyó también la disposición de destinar al menos un 30 por ciento del 20 por ciento

37. Este tema ha sido recurrente fuente de conflicto en numerosos países. ¿Con qué argumento se puede restringir el derecho de un particular a comprar espacios en medios de comunicación para difundir la propuesta de un candidato partidario? En Estados Unidos, la Corte Suprema consideró en el fallo *Citizens United*, de 2010, que esta limitación es inconstitucional. En Argentina no mereció mayor debate.

38. FERREIRA RUBIO, Delia, "Financiamiento de los partidos políticos en Argentina: Modelo 2012", *Revista Elecciones*, Lima, 2012, pp. 99-123.

de los fondos destinados para la capacitación de dirigentes, a la capacitación de dirigentes menores de 30 años.

En los últimos 20 años la incorporación de mecanismos similares a los adoptados en Argentina para regular el financiamiento partidario ha sido moneda corriente en la región. Como muestra la Tabla 4, al menos siete países establecieron topes de gastos, al menos diez dispusieron limitaciones para los aportes privados, al menos seis incrementaron los mecanismos de financiamiento público, y al menos cuatro restringieron severamente o prohibieron directamente la compra de espacios en medios audiovisuales para la propaganda de campaña.

Tabla 4: Reformas sobre el régimen de financiamiento partidario en A. Latina reciente

	Introducción o incremento del financiamiento público	Topes de gastos de campaña	Límites a los aportes privados	Restricción a la compra de espacios audiovisuales para propaganda
Argentina	2009	2002-2006	2002	2009
Bolivia		1997	1999	
Brasil			1997	1995
Colombia	2011	2004-2011	2003	
Chile	2003	2003	2003	2003
Ecuador		2009	2000	2009
México	2007	2008	1996	2007
Paraguay			1996	
Perú	2003		2004	
Uruguay	2009		2009	

Fuente: elaboración del autor sobre la base de Molenaar, 2012

En todo el mundo democrático se ha ampliado la legislación sobre financiamiento político. Los cada vez mayores costos de la actividad polí-

tica, la noción de que una competencia equitativa requiere regulación sobre los dineros utilizados para la propaganda, y la necesidad de limitar la influencia del dinero privado como posible distorsionador del proceso democrático, son todas causas usualmente citadas como justificación de esta ampliación de la regulación.³⁹ Pero en todo caso es notorio que esta regulación ha acompañado un cambio de paradigma respecto al lugar de los partidos en el régimen democrático. Por ejemplo en los Estados Unidos, donde la concepción libertaria o permisiva sigue contando con poderosos defensores, la posibilidad de restringir los aportes privados y de poner topes a los gastos ha venido generando fuertes debates desde hace décadas, y ha dado lugar a una larga y no pacífica jurisprudencia. En América Latina, en cambio, en los últimos 20 años el cambio de paradigma se ha dado sin mayores controversias. La imposición de límites y restricciones a los aportes y a los gastos, característica del paradigma managerial (o, según el formato, de los mercados políticos) puede en algún momento o lugar despertar objeciones en términos de su eficacia, pero no se han hecho presentes en el debate público posiciones críticas respecto a la creciente injerencia del estado en el financiamiento partidario.

V. SELECCIÓN DE CANDIDATOS

La ley de partidos de 1985 también marcó una continuidad con sus antecesoras respecto a la regulación de la selección de candidatos. La norma establecía en este punto solo directivas generales. En su artículo 3, que básicamente replicaba el de normas anteriores, exigía a los partidos una "organización estable y funcionamiento reglados por la carta orgánica, de conformidad con el método democrático interno, mediante elecciones periódicas de autoridades, organismos partidarios y candidatos, en la forma que establezca cada partido". La doctrina y la jurisprudencia argentinas coincidieron en la interpretación según la cual la ley permitía que cada partido decidiera cómo quería seleccionar a sus candidatos.⁴⁰ En los hechos, la

39. VAN BIEZEN, Ingrid, "Political Parties as Public Utilities", *Party Politics*, 2004, pp. 701-722.

40. Véase por ejemplo el fallo de la Corte Suprema del año 2000, "Partido Liberal y ots", La Ley, 2000-D, 876.

norma operaba en forma completamente permisiva, habilitando a los partidos a recurrir a cualquier mecanismo, desde elecciones internas abiertas, elecciones internas cerradas, convenciones partidarias, o más habitualmente, acuerdos o decisiones de la cúpula partidaria, mientras fueran refrendadas por algún cuerpo directivo del partido. En rigor, desde el comienzo de la democracia de masas en los albores del siglo XX, en la Argentina como en la mayor parte del mundo el proceso de selección de candidatos había sido considerado como una prerrogativa propia de los partidos en virtud de su libertad de asociación política. En más de una ocasión surgieron iniciativas tendientes a imponer regulaciones en este campo, sobre todo provenientes de juristas del derecho público. Pero estas iniciativas nunca habían obtenido mayor respaldo.

La idea de regular los mecanismos de selección de candidatos ganó aliento con la profunda crisis política de fines de 2001. Finalmente el Congreso, respondiendo "al ruido de las cacerolas",⁴¹ aprobó una serie de reformas, entre las que se destacó el establecimiento de internas abiertas a toda la ciudadanía para seleccionar candidatos partidarios a cargos públicos. Para entonces, la clásica posición de los partidos –y de gran parte de los juristas– respecto a la necesidad de priorizar la autonomía de los partidos frente a la intervención estatal, había ya perdido vigor. No obstante, el reclamo de inconstitucionalidad de esta ley presentado por un afiliado a un partido político tuvo acogida favorable en primera instancia. La jueza de la causa consideró que "la obligatoriedad de realizar elecciones internas abiertas en forma simultánea ... afecta la libertad de los partidos políticos ... pues son estos los únicos que tienen la potestad de ejercer sus actividades conforme a su conveniencia política...".⁴² De modo que mientras la ley avanzaba en un esquema propio del paradigma prescriptivo, intentando democratizar a los partidos por vía legal, la Justicia se mantuvo apegada al criterio clásico, afín al paradigma permisivo. Más tarde la Cámara Nacional Electoral desestimó el reclamo por falta de legitimidad del accionante, pero de todos modos dejó en claro que la implementación de internas abiertas y simultáneas constituiría una reglamentación razonable del derecho de libre asociación política. La

41. DALLA VIA, Alberto Ricardo, *La competencia política en el federalismo argentino*, Buenos Aires: Eudeba, 2010, p. 35.

42. La Ley, 2002-F, 751-754

ley fue luego suspendida por el propio Congreso para las elecciones de 2003, tuvo una implementación parcial en las legislativas de 2005 y fue derogada en 2006.

Sin embargo en 2009 una ley imponiendo a los partidos la realización de primarias abiertas, simultáneas y obligatorias (PASO) fue nuevamente aprobada por el Congreso, con un esquema más invasivo de las autonomías partidarias que la anterior. Mientras que la ley de 2002 establecía voto no obligatorio en las internas, y habilitaba a votar en las de cada partido a sus afiliados y a los independientes (no afiliados a otros partidos), la de 2009 estableció voto obligatorio para los ciudadanos y la apertura total del proceso, en el sentido de que afiliados a un partido puedan votar sin restricciones en las internas de otros partidos.⁴³ Cada partido podría por cierto decidir concurrir con una candidatura única a la elección pero el hecho es que dicho partido no podría evitar que un conjunto de sus afiliados presentara listas alternativas en el caso de que pudieran reunir los requisitos legales. A su vez cada votante cuenta con entera libertad para elegir en qué primaria participa; es más, puede participar en las primarias de diferentes partidos según el cargo a elegir. La reforma fue en este sentido radical, y casi no tiene parangón en el derecho internacional. En los Estados Unidos, país usualmente mencionado como antecedente para la implementación de las PASO, un intento por establecer un régimen similar, en el que cada ciudadano puede optar por elegir candidatos de diferentes partidos para cada cargo electivo – la así llamada *blanket primary* – fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema.⁴⁴ En Argentina, en cambio, la reforma no generó mayor debate, y no hubo ninguna fuerza política, ni en verdad ningún actor institucional ni social relevante que impugnara la decisión de imponer elecciones abiertas para la selección de candidatos. Ningún partido consideró conveniente protestar judicialmente frente al hecho de que la ley impusiera la posibilidad de que los no miembros del partido seleccionaran a sus candidatos, de igual modo que ningún ciudadano consideró que la imposición de participar en la selección de candidatos partidarios ameritara una violación a su libertad individual tal que justificara una demanda judicial.

43. En términos técnicos se define a las de 2002 como semi-abiertas, y a las de 2009 como abiertas (Orlandi, 1991).

44. Se trata del fallo *California Democratic Party vs. Jones*, del año 2000.

Lo ocurrido en el campo de la selección de candidatos en Argentina, donde se adoptó un mecanismo sin precedentes en términos de intervención estatal y de limitación de la autonomía partidaria, es seguramente un caso extremo en el derecho comparado. No obstante, es también claro que forma parte de una tendencia regional hacia la mayor intervención del estado a través de la ley en los mecanismos de selección de candidatos partidarios. En un trabajo reciente, Flavia Freidenberg⁴⁵ denomina a la introducción de mecanismos que regulan la selección de candidatos como "la reina de las reformas", señalando que este campo ha sido el de mayor actividad reformista en las últimas décadas. Tal como lo muestra la Tabla 5, al menos nueve países sancionaron en los últimos 20 años normas que regulan la selección de candidatos, normalmente imponiendo alguna forma de elección directa, sea abierta o cerrada.

Como surge de la tabla, solamente Honduras adoptó un mecanismo con un alcance similar al de Argentina en términos de intervención estatal en la vida partidaria. Pero gran parte del resto de la región ha también adoptado normas que incrementan la regulación estatal sobre cómo los partidos eligen a sus candidatos.

En definitiva, durante la mayor parte del siglo XX, y más allá de la turbulencia e inestabilidad política que caracterizó a América Latina, no existieron mayores controversias respecto al hecho de que los propios partidos decidían cómo seleccionar a sus candidatos. Esta posición predominó durante la transición democrática. Desde la década de 1990 sin embargo fue ganando consenso la noción de que la autonomía partidaria podía ser restringida en pos del bien público que implica la democratización de los partidos. Hacia la década de 2010 la autonomía partidaria en la materia dejó de estar presente como argumento con alguna potencia política para limitar la regulación estatal en este campo.

Cuando los partidos eran contemplados como organizaciones sociales, la imposición de un mecanismo de elección de sus candidatos por medio del cual los no afiliados podían influenciar decisivamente el resultado hubiera sido difícil de justificar. Cuando en el año 1988 el Partido Justicialista

45. FREIDENBERG, Flavia, "La reina de las reformas: las elecciones internas a las candidaturas presidenciales en América Latina", en FREIDENBERG, Flavia y MUÑOZ-POGOSSIAN, Betilde (Comp.), *Las reformas políticas las organizaciones de partidos*, México, INE, TEPJF, OEA, Instituto de Iberoamérica y SAAP, 2015.

Tabla 5: Incorporación de normas sobre selección de candidatos

País	Año	Mecanismo incorporado
Argentina	2009	Primarias abiertas, simultáneas, y obligatorias para partidos y ciudadanos, administradas y financiadas por el estado
Colombia	1994	Elecciones internas abiertas con administración y financiamiento estatal, optativas para partidos y ciudadanos
Chile	2012	Elecciones internas abiertas con administración estatal, optativas para partidos y ciudadanos
Ecuador	2009	Elecciones internas cerradas obligatorias para partidos, optativas para ciudadanos
Honduras	2004	Primarias abiertas y simultáneas, obligatorias para partidos y ciudadanos, administradas y financiadas por el estado
Panamá	1997	Internas cerradas, obligatorias para partidos, optativas para ciudadanos. Financiadas por el estado
Paraguay	1996	Internas cerradas obligatorias para partidos, optativas para ciudadanos
Perú	2003	Internas cerradas o abiertas, optativas para partidos y ciudadanos. Financiadas y administradas por el estado
Uruguay	1996	Primarias abiertas y simultáneas, obligatorias para partidos, optativas para ciudadanos. Administradas y financiadas por el estado

Fuente: elaboración del autor sobre la base de Freidenberg, 2015.

decidió resolver su candidatura presidencial a través de una elección interna, esta involucró solo a los afiliados al partido, y como tal fue generalmente observada como ejemplo de democracia interna. El proceso de estatización atravesado por los partidos en los últimos 20 años ha llevado a que en la actualidad una elección interna en la que solo participan afiliados a un partido no pueda ser vista por el resto de la sociedad más que como una disputa entre "aparatos", un choque entre estructuras estatales. La noción de activistas de base que implicaban la presencia del partido en la sociedad ha sido reemplazada por la noción de los miembros de los partidos como los entornos de los diferentes dirigentes, en general vinculados a diferentes oficinas públicas. Si los partidos quieren hoy ganar legitimidad pretendiendo que eligen a sus candidatos en forma democrática y con participación

social no pueden confinar el proceso electivo a sus propios miembros, sino que deben recurrir a votantes que no lo son.⁴⁶

VI. UN CAMBIO DE PARADIGMA EN LA REGULACIÓN PARTIDARIA EN ARGENTINA Y AMÉRICA LATINA

Existe un creciente campo de estudios que intenta explicar cuándo y por qué se producen ciertas reformas institucionales, y por qué lo hacen con determinados contenidos. Naturalmente, cada reforma tiene sus propias causas, y puede ser explicada como un fenómeno particular.⁴⁷ Pero más allá de las causas que explican tal o cual reforma, o por qué una reforma tiene tal o cual contenido, es notorio que existe una tendencia generalizada, muy visible en América Latina, hacia una regulación cada vez más minuciosa de la actividad partidaria.

En las secciones anteriores observamos que en Argentina, en el momento de transición a la democracia los partidos políticos eran contemplados como organizaciones fuertemente expresivas de la sociedad. Tal vez esto no fuera realmente así, pero esa era la concepción jurídica y normativa predominante. Consecuentemente, la legislación les reconocía un amplio campo de autonomía, tanto en lo que respecta a los requisitos para constituirse y conservar la personería, como al financiamiento y al modo de elegir a los candidatos. 30 años más tarde, una serie de reformas han ido restringiendo sustantivamente el margen de autonomía partidaria. Como puede verse en la Tabla 6, la legislación ha impuesto condiciones más rigurosas para crear y conservar partidos, ha regulado en forma más pormenorizada las formas de financiamiento (incluyendo una fuerte participación

46. VAN BIEZEN, Ingrid, MAIR, Peter y POGUNTKE, Thomas, "Se van, se van... ¿se fueron? El declive de la afiliación partidaria en la Europa contemporánea", en CASAL BÉRTOA, Fernando y SCHERLIS, Gerardo (Coords.), *Partidos, sistemas de partidos y democracia: la obra esencial de Peter Mair*, Buenos Aires, Eudeba, 2015.

47. NEGRETTO, Gabriel, *Making Constitutions: Presidents, Parties, and Institutional Choice in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; también SHUGART, Matthew, "Inherent and Contingent Factors in Reform Initiation in Plurality Systems", en Blais, André (ed.), *To Keep or to Change First Past the Post*, Oxford, Oxford University Press, 2008 y SCHERLIS, Gerardo, "La teoría de la reforma electoral: Una discusión sobre la literatura reciente a partir de *Making Constitutions* de Gabriel Negretto", *Revista SAAP*, Vol. 8, N. 1, mayo 2014, pp 301-311.

estatal en ese campo), y ha determinado cómo deben los partidos seleccionar a sus candidatos.

Tabla 6: Cambios en el paradigma normativo de la regulación partidaria en la Argentina

	1985	2015
Requisitos para la creación y mantenimiento	Comparativamente bajos. Una vez reunidos, solo se controlaba por votos	La reforma de 2009 busca reducir el número de partidos en nombre de la estabilidad y funcionalidad del sistema
Financiamiento	Escasos controles al financiamiento privado y a los gastos. Baja influencia del financiamiento público	Las leyes de 2002, 2006 y 2009 impusieron límites y controles más estrictos sobre aportes privados y gastos. Aumentó la participación del estado en los aportes, y sobre todo en la distribución de los espacios gratuitos en medios.
Selección de candidatos	Directivas muy laxas sobre la necesidad de implementar formas democráticas	Imposición de acudir a las PASO

Observamos también que el desarrollo de esta legislación en Argentina, lejos de suponer un caso excepcional forma en este campo parte de una tendencia amplia en el sentido de hacer de los partidos un objeto de regulación minuciosa.⁴⁸ La hipótesis sugerida a lo largo del artículo supone que estos cambios responden a la transformación del rol del partido en el marco del régimen democrático. Si los partidos continuaran siendo observados esencialmente como vehículos de expresión social, la imposición de elevados requisitos para crear partidos sería inevitablemente contemplada como un cercenamiento del derecho de asociación política, y como un acto que solo operaría en ventaja de los partidos mayores. Naturalmente, este tipo de reformas suelen ser promovidas por partidos mayoritarios, que estiman obtener de ellas ventajas en la competencia electoral. Sin embargo, es

48. Un análisis sobre el caso brasilero puede verse en Paiva y Henrique (2013).

usual en las últimas décadas que reformas de este signo se aprueben bajo el auspicio de académicos y juristas con pluralidad de perspectivas, quienes reconocen y alientan el hecho de que el estado restrinja el derecho de crear nuevas formaciones políticas en nombre de la estabilidad y funcionalidad del sistema político.

De igual modo, si el partido fuera asumido como una organización voluntaria surgida de la sociedad, la imposición desde el estado de mecanismos para la selección de candidatos no podría no generar controversias, para empezar de los propios miembros de los partidos, quienes naturalmente denunciarían una intromisión de los poderes públicos sobre la vida asociativa. Pero si efectivamente los partidos son contemplados por la sociedad como agencias estatales o semi-estatales, parece razonable aceptar que la elección de sus candidatos no puede ser un acto democrático sin la participación de la sociedad (es decir, de quienes están afuera de los partidos).

El financiamiento es probablemente el campo donde estos cambios se visualizan con mayor crudeza. Aquí notamos que son los propios partidos, en su calidad de hacedores de la ley, quienes promueven las leyes que les aseguran la provisión de fondos públicos para su reproducción, ante la necesidad de solventar una actividad política cada vez más profesionalizada y onerosa. Mientras que la ciudadanía parecería tolerar que el estado los financie en tanto los partidos operen más o menos eficientemente como instituciones del gobierno de la democracia.

La etapa de los partidos como organizaciones expresivas de la sociedad ha pasado. Vivimos en tiempos de partidos cuya función representativa es débil, pero que se legitiman en tanto agencias de gobierno. Los partidos consagran leyes y constituciones donde se definen como instituciones fundamentales del régimen democrático, garantizándose financiamiento público y otras prerrogativas precisamente cuando (y porque) han dejado de ser instituciones con fuerte arraigo social. La estatización de hecho de los partidos supone simultáneamente, aunque muchas veces ocurra de modo inadvertido, un cambio en el paradigma normativo respecto a estas organizaciones.

BIBLIOGRAFÍA

ABAL MEDINA, Juan Manuel, Manuel Astarita, Miguel De Luca, Marcelo Escolar, Facundo Nejankis, Fernando Straface, Luis Tonelli (2010), *Conferencia sobre la reforma política*, Dirección Nacional Electoral.

- CASAS ZAMORA, Kevin; CHANTO, Raquel; MUÑOZ-POGOSSIAN, Betilde y VIDAURRI, Marian (Eds.). (2015) *Reformas políticas en América Latina: Tendencias y casos*. Washington, Organización de los Estados Americanos, en prensa.
- COLLIER, Ruth y David COLLIER (1991), *Shaping the Political Arena*, Princeton NJ, Princeton University Press.
- CORCUERA, Santiago (2011) en GUTIÉRREZ, Pablo y Daniel ZOVATTO (Comp.) (2011). *Financiamiento de los partidos políticos en América Latina*. México, DF, International IDEA, OAS y Universidad Nacional Autónoma de México.
- DALLA VIA, Alberto Ricardo (2010), *La competencia política en el federalismo argentino*, Buenos Aires, Eudeba.
- DIX, Robert (1989), "Cleavage Structures and Party Systems in Latin America", *Comparative Politics*, 22:1, 23-37.
- FERREIRA RUBIO, Delia (2012), "Financiamiento de los partidos políticos en Argentina: Modelo 2012", *Revista Elecciones* (Lima), 11:12, 99-123.
- , (Comp.) (1997), *Financiamiento de partidos políticos*, Buenos Aires: Ciedla-KAS.
- FLEISCHER, David y BARRETO, Leonardo (2010) Reforma política en Brasil: una historia sin fin (2003-2010). *Diálogo Político* 2: 135-158.
- FREIDENBERG, Flavia (2015), "La reina de las reformas: las elecciones internas a las candidaturas presidenciales en América Latina", en Flavia Freidenberg y Betilde Muñoz-Pogossian (Comp.), *Las reformas políticas las organizaciones de partidos*", México: INE, TEPJF, OEA, Instituto de Iberoamérica y SAAP.
- HERNÁNDEZ, Antonio y BELISLE, José (2006), "La regulación jurídica de los partidos en Argentina", en Zovatto, Daniel (Coord.), (2006), *Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina*, México DF, UNAM.
- ISSACHAROFF, Samuel y PILDE, Richard (1998), "Politics as Markets: Partisan Lockups of the Democratic Process", *Stanford Law Review*, 50:3, 643-717.
- JANDA, Kenneth (2005), *Adopting Party Law*, Washington DC, National Democratic Institute for International Affairs.
- KARVONEN, Lauri (2007), Legislation on Political Parties. A Global Comparison, *Party Politics*, 13:4, 437-455.
- KATZ, Richard y MAIR, Peter (2015), "Los cambios en los modelos de organización partidaria y democracia partidaria: la emergencia del partido

- cartel", en Casal Bértoa, Fernando y Gerardo Scherlis (Coords.), *Partidos, sistemas de partidos y democracia: la obra esencial de Peter Mair*, Buenos Aires, Eudeba, pp. 23-50.
- LAPOP (2012), *Cultura política de la democracia en Argentina y en las Américas*, 2012, Vanderbilt University.
- LEIRAS, Marcelo (2007), *Todos los caballos del rey*, Buenos Aires, Promeeteo Libros.
- LÓPEZ, Mario Justo (2001), "Evolución de la legislación sobre partidos políticos. 1931-1965", en López, Mario Justo, *Entre la hegemonía y el pluralismo*, Buenos Aires, Lumière, pp. 461-490.
- MAIR, Peter (2015), "La democracia más allá de los partidos", en CASAL BÉRTOA, Fernando y Gerardo SCHERLIS (Coords.), *Partidos, sistemas de partidos y democracia: la obra esencial de Peter Mair*, Buenos Aires, Eudeba, pp. 263-304.
- MÓLENAAR, Fransje (2012), "Latin American Regulation of Political Parties: Continuing Trends and Breaks with the Past", Working paper series on the legal regulation of political parties, Leiden, N. 17.
- MORA Y ARAUJO, Manuel (2011), *La Argentina bipolar*, Buenos Aires, Sudamericana.
- MUSTAPIC, Ana María (2013) "Los partidos políticos en la Argentina: condiciones y oportunidades de su fragmentación", en Carlos ACUÑA (Comp.) *¿Cuánto importan las instituciones? Gobierno, Estado y actores en la política argentina*. Buenos Aires, Siglo XXI.
- , (2008) "Del malestar con los partidos a la renovación de los partidos" contribución a la sección "Partidos políticos" en Sorj, Bernardo y Danilo Martuccelli, *El desafío Latinoamericano. Cohesión Social y democracia*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- NEGRETTO, Gabriel (2013), *Making Constitutions: Presidents, Parties, and Institutional Choice in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press.
- ORLANDI, Hipólito (1991), "Sistemas Electorales", en PINTO, Julio (Comp.), *Manual de ciencia política*, Buenos Aires, Eudeba.
- PAIVA, Denise y HENRIQUE, Ana Lucia (2013), "Massificação vs. cartelização dos partidos: a autonomia da organização partidária na legislação brasileira e na Reforma Política (2011-2013)", presentado en CEISAL, Oporto, junio 2013.
- PANEBIANCO, Angelo (1988), *Political Parties: Organization and Power*, Cambridge, Cambridge University Press.

- PERSILY, Nathaniel y Bruce E Cain (2000), "The legal status of political parties: A reassessment of competing paradigms", *Columbia Law Review* 100: 775-812.
- POMARES, Julia, María Page y Gerardo Scherlis (2011), "La primera vez de las primarias: logros y desafíos", Documento de políticas públicas N° 97, CIPPEC, Buenos Aires.
- SCHATTSCHEIDER, Elmer Eric (1942), *Party Government*, Nueva York, Farrar and Rinehart.
- SCHERLIS, Gerardo (2014a), "Political Legitimacy, Fragmentation and the Rise of Party-Formation Costs in Contemporary Latin America", *International Political Science Review*, 35:3, junio 2014, pp. 306-323.
- , "La teoría de la reforma electoral: Una discusión sobre la literatura reciente a partir de *Making Constitutions* de Gabriel Negretto", *Revista SAAP*, Vol. 8, N. 1, mayo 2014, pp 301-311.
- , "Parties and Ballot Access in Latin America: A New Trend in a New Political Context", *Working paper series on the legal regulation of political parties*, no. 31, Leiden, julio 2013.
- SHUGART, Matthew (2008), "Inherent and Contingent Factors in Reform Initiation in Plurality Systems", en BLAIS, André (ed.), *To Keep or to Change First Past the Post*, Oxford, Oxford University Press.
- TANAKA, Martín (2005) *Democracia sin Partidos: Perú, 2000-2005*. Lima, Instituto de Estudios Peruanos.
- VAN BIEZEN, Ingrid (2004), "Political Parties as Public Utilities", *Party Politics*, 10:6, 701-722.
- , "Constitutionalizing Party Democracy: The Constitutive Codification of Political Parties in Post-War Europe", *British Journal of Political Science*, 42, 187-212.
- VAN BIEZEN, Ingrid y KOPECKY, Petr (2014), "The cartel party and the state: Party-state linkages in European democracies", *Party Politics*, 20:2, pp. 170-182.
- VAN BIEZEN, Ingrid, MAIR, Peter y POGUNTKE, Thomas (2015), "Se van, se van... ¿se fueron? El declive de la afiliación partidaria en la Europa contemporánea", en CASAL BÉRTOA, Fernando y Gerardo SCHERLIS (Coords.), *Partidos, sistemas de partidos y democracia: la obra esencial de Peter Mair*, Buenos Aires, Eudeba.
- WHITELEY, Paul (2011), "Is the Party Over? The Decline of Party Activism and Membership around the Democratic World", *Party Politics*, 17:1, 21-44.

ZOVATTO, Daniel (Coord.), (2006), *Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina*, México DF, UNAM.

—, "La reforma político-electoral en América Latina 1978-2009", *Revista Democracias* (México), 1:1, pp. 65-1.



ENSAYOS



LA INFLUENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA JURISPRUDENCIA CAUTELAR DE LA CIJ: REESCRIBIENDO LOS LÍMITES DE LA PROTECCIÓN*

VÍCTOR LISANDRO ELÍAS**

Resumen: Dentro de sus facultades, la Corte Internacional de Justicia tiene la capacidad de dictar medidas provisionales para preservar los derechos sometidos a litigio. Sin embargo, su jurisprudencia demuestra el dictado de medidas provisionales respecto de situaciones no sometidas a su jurisdicción cuando los derechos humanos se encuentran en juego. Tal accionar puede considerarse como una expansión ilegítima de su competencia, o bien como el ejercicio de los poderes inherentes a la función jurisdiccional. En dicha dicotomía los derechos humanos juegan un rol fundamental y han marcado la diferencia, redefiniendo el alcance de la competencia cautelar.

Palabras clave: medidas provisionales – derechos humanos – poderes inherentes – corte internacional de justicia

Abstract: Within its powers, the International Court of Justice has the ability to order provisional measures to preserve the rights subject to litigation. However, case law demonstrates the issuing of provisional measures in respect of situations not under its jurisdiction when human rights are at stake. Such position can be considered as an illegitimate expansion of its jurisdiction or as the exercise of the judicial function inherent powers. In this dichotomy human rights play a key role and have made the difference, redefining the scope of the interim competence.

* Recepción del original: 10/09/2015. Aceptación: 20/12/2015.

** Estudiante de Abogacía (UBA). Quisiera expresar mi profundo agradecimiento a la profesora Natalia Luterstein y su equipo docente, quienes impulsaron, a través del curso "Sujetos y Jurisdicciones", el primer borrador del presente artículo. Asimismo agradezco especialmente a los/as profesores/as Marcos Kotlik, Pablo Colmegna, Paula Vernet y Belén Gracia, cuyos comentarios y críticas fueron indispensables para el logro de esta publicación.

Key words: provisional measures – human rights – inherent powers – international court of justice

I. INTRODUCCIÓN

Los tribunales internacionales tienen, a menudo, la facultad expresa de dictar medidas provisionales en las disputas que pudieran ser sometidas a su jurisdicción.¹ Estas medidas provisionales son órdenes emitidas en el marco de un procedimiento incidental² con el fin de mantener el *status quo ante* frente a la potencial vulneración de los derechos que serían sometidos a litigio, bajo la existencia, *prima facie*, de jurisdicción.³ En el derecho internacional se suele designar a las medidas provisionales de diversas formas: medidas provisionales de protección, medidas cautelares, medidas precautorias, medidas interinas, medidas urgentes de protección.⁴ Esta diferencia terminológica se relaciona con el aspecto en el cual hacen hincapié, el órgano o persona que las emite o bien sus características y efectos. Para evitar confusiones, utilizaré el término "medidas provisionales" para referirme a todo este conjunto de medidas que comparten similares requisitos para su procedencia.⁵

1. A modo de ejemplo ver: Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Art. 41; Convención Americana sobre Derechos Humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos), Art. 63, inc. 2); Protocolo Adicional a la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos sobre el establecimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 27 inc. 2); Estatuto del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, art. 25 inc. 1); Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, Art. 31; Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Art. 51, inc. a); Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Art. 47.

2. Cfr. ROSENNE, Shabtai, *The Perplexities of Modern International Law*, Hague Academy of International Law, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p.73.

3. Cfr. GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., *Las medidas provisionales en el Derecho Internacional ante las Cortes y Tribunales Internacionales*, Buenos Aires, La Ley, 2004, pp. 65 y ss.

4. Cfr. GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., *Obligatoriedad y eficacia de las medidas provisionales en la jurisdicción internacional*, Buenos Aires, SGN, 2008, p. 68.

5. Para un análisis extenso sobre este punto ver Capítulo Segundo en GONZÁLEZ NAPOLITANO, S. S., *Obligatoriedad y eficacia de las medidas provisionales en la jurisdicción internacional*, Buenos Aires, SGN, 2008.

Mucho se ha discutido en la doctrina respecto de si la facultad de los tribunales de emitir esta clase de medidas debe necesariamente tener su origen en una fuente convencional, o bien puede surgir de una norma consuetudinaria, o de un principio general de derecho.⁶ Por otro lado, cierta doctrina ha señalado que la autoridad para dictar medidas provisionales proviene de la capacidad inherente de los tribunales internacionales de adoptar todas aquellas medidas obligatorias tendientes a determinar pacíficamente el derecho de los sujetos que sometieron la causa a litigio⁷. En este sentido, estos autores señalan que todo el sistema jurisdiccional carecería de sentido si los jueces no pudieran proteger el objeto del litigio ante un posible daño irreparable que perjudique el fondo de la cuestión y, por lo tanto, las medidas provisionales pueden ser dictadas aún en ausencia de una norma expresa que habilite al tribunal para hacerlo.⁸ Asimismo, no solo se ha cuestionado la capacidad para emitir estas medidas, sino también si las mismas son jurídicamente vinculantes para los Estados, o meramente declarativas⁹. Sin embargo, esta cuestión parece ya zanjada por la jurisprudencia de numerosos tribunales internacionales.¹⁰

Es por ello que el objeto del presente trabajo no será realizar un exa-

6. Cfr. GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., *ob. cit.*, *Obligatoriedad...* p. 79.

7. Cfr. *Ibid.*, p. 112; SHELTON, Dinah L., "Form, function, and the powers of International Courts", en *Chicago Journal of International Law*, n° 9, 2009, p. 548; OELLERS-FRAHM, Karin, "Expanding the competence to issue Provisional Measures - Strengthening the international judicial function", en *German Law Journal*, n° 12, 2011, p. 1281.

8. Cfr. COLLINS, Lawrence, "Provisional and Protective Measures in International Litigation", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 234, 1992, p. 215.

9. Cfr. SHELTON, Dinah L., *ob. cit.*, p. 549; Cfr. GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., *Obligatoriedad...*, p. 295.

10. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso LaGrand (Alemania Vs. Estados Unidos)", orden de medidas provisionales, 3 de marzo de 1999, párr. 22; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú", orden de medidas provisionales, resolución del 14 de agosto de 2000, cons. 14; CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, "Caso Mamatkulov y Askarov contra Turquía", Gran Sala, sentencia del 4 de febrero de 2005, párr. 125; CORTE AFRICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, "Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos vs. Libia", orden de medidas preliminares, 004/2011, párr. 11; TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR, "Caso de la Planta de MOX (Irlanda vs. Reino Unido)", orden de medidas provisionales, 3 de diciembre de 2001, párr. 63; CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE CONTROVERSIAS RELATIVAS A INVERSIONES, "Tokios Tokelés v. Ucrania", orden de medidas provisionales, 1 julio de 2003, párr. 4.

men respecto del carácter vinculante de las medidas provisionales, sino del origen de la capacidad de los tribunales internacionales para emitirlos. Mediante el análisis comparativo de la jurisprudencia, se intentará poner en evidencia que, al menos en materia de derechos humanos, la capacidad de emitir medidas provisionales de carácter obligatorio se erige como una función inherente de la jurisdicción de los tribunales. Asimismo se demostrará que tal capacidad no se encuentra estrictamente limitada al objeto central del litigio, como en otras áreas del derecho internacional, y que ello se encuentra justificado en un requisito adicional: la protección de la persona.

II. LAS JURISDICCIONES INTERNACIONALES Y SUS FUNCIONES INHERENTES

Por lo general, los poderes de los tribunales internacionales son determinadas por los mismos Estados creadores, quienes le otorgan un propósito: solucionar pacíficamente mediante una decisión vinculante las disputas sometidas a su jurisdicción, dentro de los límites de su competencia.

Del mismo objetivo, el cual en la actualidad se fundamenta en la obligación de los Estados de recurrir a medios pacíficos de solución de controversias,¹¹ derivan ciertos atributos inherentes a la independencia e imparcialidad de la administración de justicia.¹² Por tales, debe entenderse a aquellos poderes que, incluso cuando no son expresamente conferidos, deben presumirse de la naturaleza misma del tribunal.¹³ Así, estas capacidades han sido reconocidas, a modo de ejemplo, en la Corte Internacional de Justicia,¹⁴ el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,¹⁵ la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁶ y el Tribunal Internacional

11. CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS, Art. 2.3.

12. *Cfr.* SHELTON, Dinah L. *ob. cit.*, p. 545.

13. *Cfr.* CARON, David D., "Interim Measures of Protection: Theory and Practice in Light of the Iran-United States Claims Tribunal", en *ZaöRV*, v. 46, 1946, p. 476.

14. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA "Caso sobre los Ensayos Nucleares" (Australia vs. Francia), 20 de diciembre de 1974, párr. 23.

15. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Allenet de Ribemont v. Francia* (interpretación del fallo del 01/02/1995), sentencia del 24 junio de 1996, párr. 17.

16. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras*, Fon-

del Derecho del Mar,¹⁷ entre otros.

El reconocimiento de estos poderes inherentes podría generar ciertas dudas, muy válidas, respecto de la interpretación de los instrumentos constitutivos por parte de los tribunales internacionales y su capacidad para emitir medidas provisionales. Sin embargo, tal capacidad encuentra su fundamento en que, como claramente desarrolló el ex juez WEERAMANTRY, la función de los tribunales internacionales es la de tomar los pasos necesarios para alcanzar una decisión en concordancia con el principio de igualdad de las partes,¹⁸ y por ende es inherente a la autoridad del tribunal, y auxiliar al poder jurisdiccional la capacidad de emitir disposiciones incidentales para asegurar que el objeto principal del litigio se preserve intacto hasta la decisión final.¹⁹ De ello se desprende que, como bien señala nuevamente Weeramantry, la capacidad inherente de emitir medidas provisionales, más allá de cualquier base normativa, se encuentra justificada por una necesidad práctica, asimismo fundada en una serie de principios rectores como ser la igualdad de las partes, la efectividad, y el amplio y universal reconocimiento de los poderes que gozan las cortes como parte inherente de su jurisdicción.²⁰

Esto es de particular importancia, ya que nos permite demostrar la posibilidad que tienen ciertos tribunales de dictar medidas provisionales, aun cuando no ha sido autorizado por su instrumento constitutivo,²¹ y que, por ende, la adopción de una clausula expresa por parte de los instrumentos constitutivos parecería ser meramente declarativa.²²

do, Sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 47.

17. TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR, "Caso del M/V "SAIGA" (No. 2) (San Vicente y las Granadinas vs. Guinea)", sentencia del 1 de julio de 1999, declaración del Juez Nelson.

18. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA "Caso de la aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio" (Bosnia Herzegovina c. Serbia y Montenegro), Orden de Medidas Provisionales del 13 de septiembre de 1993, opinión separada del Juez Weeramantry, pp. 399 a 400.

19. *Ibid.*

20. *Cfr. Ibid.*

21. *Cfr.* PASQUALUCCI, Jo M., "Interim Measures in International Human Rights: Evolution and Harmonization", en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol 38, 2005, p. 14.

22. PESCATORE, Pierre, "Les Mesures Conservatoires et les Référéés", 1994, citando en GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., *Las medidas provisionales en el Derecho Internacional ante las Cortes y Tribunales Internacionales*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 59.

A continuación se analizarán las jurisdicciones que, a mi criterio, son de mayor importancia para el presente análisis y que, en principio, apoyarían en su mayoría la tesis planteada.

III. LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

En el presente apartado se realizará un recorrido jurisprudencial respecto de las medidas provisionales. Se partirá por los sistemas regionales de protección de los derechos humanos y como sus tribunales ha abordado la cuestión de las medidas provisionales. Con ello se pretende observar la importancia de estas medidas en la protección de los derechos humanos, y sobre todo las personas. Posteriormente se abordará la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (en adelante la "CIJ"), para entender como ha impactado la necesidad de protección de las personas en la modalidad y alcances de las medidas provisionales para este tribunal tan representativo.

III.A. Los sistemas regionales de protección de los derechos humanos

Como bien ha enfatizado González Napolitano, "cabe señalar la importancia de las medidas provisionales en los sistemas de protección de derechos humanos, las cuales se utilizan con un fin tutelar, para salvaguardar la vida humana y evitar daños irreparables en los derechos de las personas".²³ Dentro de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, el primer tribunal en reconocer la capacidad de dictar medidas provisionales fue la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la "Corte IDH").

Si bien la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la "CADH") contiene una cláusula expresa que no da lugar a dudas respecto del poder para establecer medidas provisionales de carácter obligatorio para las partes, cuya previsión se inspiró en el Estatuto de la

23. GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., *ob. cit.*, *Obligatoriedad...* p 64.

CIJ,²⁴ la misma Corte IDH se ha encargado desde su primer precedente en dejar en claro que su capacidad asimismo proviene de su carácter de órgano judicial y los poderes que de ese carácter derivan.²⁵ Incluso, en la jurisprudencia de la Corte IDH se ha dejado bien en claro que las medidas provisionales no solo tienen un carácter cautelar en el sentido de que preservan una relación jurídica, sino fundamentalmente tutelar en la medida que buscan evitar daños irreparables a las personas.²⁶

Por otro lado debe tenerse en cuenta que la CADH habilita solamente a la Corte IDH para ordenar medidas provisionales. Sin embargo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "CIDH"), órgano cuasi-judicial del sistema interamericano, se ha atribuido en su reglamento la capacidad de ordenar medidas cautelares, aun cuando no se encuentra expresamente habilitada para ello. Esto se inspiró en la práctica similar adoptada en el marco del Sistema Europeo de Derechos Humanos, donde la potestad cautelar tuvo su origen en la jurisprudencia y reglamentos de sus órganos jurisdiccionales y cuasi-jurisdiccionales.²⁷

Sin desconocer que la CIDH no es un órgano jurisdiccional, no puede negarse su participación clave en el sistema interamericano, toda vez que es la habilitada, junto a los Estados, para someter casos ante la Corte IDH. En este sentido es interesante el hecho de que en el sistema interamericano se ha convalidado la capacidad de la CIDH para adoptar medidas cautelares, ya que incluso ante el incumplimiento de estas por parte del Estado la misma CIDH puede solicitar medidas provisionales ante la Corte IDH para asegurar el resguardo de los derechos humanos en juego.²⁸

24. Cfr. PASQUALUCCI, Jo M., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 295.

25. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras", Fondo, Sentencia del 29 de julio de 1989, párr. 45.

26. Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS "Caso Herrera Ulloa respecto Costa Rica". Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 07 de setiembre de 2001, cons. 4; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Asunto B. respecto de El Salvador". Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 29 de mayo de 2013, cons. 5; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Asunto Flores y Otra en relación con el Caso Torres Millacura y Otros vs. Argentina". Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de noviembre de 2013, cons. 3.

27. REY CANTOR, Ernesto & REY ANAYA, Ángela M., *Medidas Provisionales y Medidas Cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Bogotá, Temis, 2003, p. 158

28. Cfr. Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por

Sin embargo, la claridad con la que el sistema interamericano aclara estos conceptos no se repite dentro de los demás sistemas regionales de protección de los derechos humanos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante el "TEDH") sin duda ha dado un gran impulso a la discusión respecto de la capacidad de los tribunales internacionales de ordenar medidas provisionales cuando sus instrumentos constitutivos no establecen nada al respecto. Cabe destacar que, si bien no existe en el Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales (en adelante el "Convenio Europeo") una cláusula expresa, hasta comienzos de la década de los '90 era práctica tanto del TEDH como de la COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (en adelante la "CEDH") indicar medidas provisionales o cautelares de protección.²⁹

La discusión en torno a las medidas provisionales en el sistema europeo comenzó en el *Caso Cruz Varas y otros contra Suecia*, cuando el TEDH declaró que la CEDH no tenía competencia para ordenar medidas provisionales.³⁰ Es importante tener en cuenta que la CEDH había codificado su práctica desde 1974 en la Regla de Procedimientos N° 36,³¹ por la cual se otorgaba la posibilidad de establecer estas medidas a modo discrecional para la protección de los derechos de las partes y el proceso. Sin embargo, el Tribunal concluyó que la práctica posterior conforme tal regla y los métodos interpretativos de la convención, no podrían extenderse hasta el supuesto de crear nuevos derechos que no fueron consentidos por las partes –los Estados– al momento de ratificar el Convenio Europeo.³²

Si bien esto pareciera ser una mancha negra en el historial, debe tenerse en cuenta que lo que estaba en juego en este caso era la capacidad

la Comisión en su 137° período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009; y modificado el 2 de septiembre de 2011 y en su 147° período ordinario de sesiones, celebrado del 8 al 22 de marzo de 2013, art. 25.12.

29. Cfr. VAJIĆ, Nina., "Interim Measures and the Mamatkulov judgment of the European Court of Human Rights", en KOHEN, Marcelo G. (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict resolution through International Law*, Países Bajos, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 609.

30. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, "Caso Cruz Varas y otros contra Suecia", Sentencia del 20 de marzo de 1991, párr. 98.

31. En la configuración del nuevo TEDH a raíz de la entrada en vigor en 1998 del Protocolo Adicional N° 11 se adoptó como la Regla de Procedimientos N° 39.

32. *Ibid.*, párr. 99 y 100.

de la CEDH de emitir tales medidas, es decir un órgano cuasi-judicial, y no la capacidad del mismo TEDH, al menos no directamente. El problema se agudizó en 1998, luego de la extensa reforma, cuando el nuevo TEDH emitió una decisión en el *Caso Čonka contra Bélgica*, sobre medidas provisionales pronunciada sobre la base de la Regla N° 39 del Tribunal, adhiriendo a su sentencia del *Caso Cruz Varas*.³³ De esta manera el TEDH confirmó su postura respecto de la fuente de las medidas provisionales: la norma convencional.

Esta posición fue finalmente modificada en una sentencia muy controvertida, donde el TEDH cambió radicalmente de visión. En el *Caso Mamatkulov y Askarov contra Turquía*, relativo a dos prisioneros que de ser extraditados a su país de origen podían ser sometidos torturas, el TEDH dispuso una medida provisional a los fines de salvaguardar a los individuos, la cual no fue respetada por Turquía. La Gran Cámara del TEDH decidió convalidar la medida provisional dispuesta bajo el principal fundamento de la efectividad del TEDH,³⁴ a la luz de los propósitos y objetivos del Convenio Europeo.³⁵ Afirmó que al haber aceptado los Estados la jurisdicción vinculante del TEDH, estos debían aceptar igualmente el ejercicio de jurisdicción necesario para llegar a una sentencia definitiva, toda vez que esta no puede ser separada del procedimiento incidental de la medida provisional.³⁶ Asimismo, y esto es de especial importancia para el dialogo interinstitucional en materia de derechos humanos, el TEDH tomó como referencia otras jurisdicciones internacionales, órganos cuasi-judiciales³⁷ y la interpretación sistémica,³⁸ como medio para fundamentar la capacidad de dictar tales medidas. Por otro lado, tuvo en cuenta la especial relevancia de los derechos protegidos por el Convenio Europeo, afirmando que el principio de la efectividad de los remedios para la protección de los derechos humanos es inherente al procedimiento ante el TEDH establecido por

33. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, "Caso Čonka y las Liga de los Derechos del Hombre contra Bélgica", decisión del 13 de marzo de 1998, párr. 11.

34. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, "Caso Mamatkulov y Askarov contra Turquía", Gran Sala, sentencia del 4 de febrero de 2005, párr. 125.

35. *Ibid.*, párr. 101.

36. *Ibid.*, párr. 123.

37. *Ibid.*, párr. 124.

38. *Ibid.*, párr. 111.

el Convenio.³⁹ Las consideraciones del TEDH tienen una gran similitud con la justificación que otorgara el juez Fitzmaurice en el *caso de Camerún Septentrional*,⁴⁰ en el sentido que sin estos poderes ninguna jurisdicción internacional podría llevar a cabo su propósito y objetivo.⁴¹

Si bien el TEDH no señaló expresamente que las medidas provisionales son de cumplimiento obligatorio, NINA Vajić, jueza de la Gran Sala en la sentencia bajo análisis, marcó que ello surge *de facto* del texto del fallo y su referencia a las reglas generales del derecho internacional, las decisiones de otros tribunales, y sobre todo en la naturaleza vinculante de las decisiones del TEDH.⁴² Lógicamente, como fuera señalado en la primera sentencia, el Convenio debe ser interpretado y aplicado de manera tal que las garantías consagradas resulten efectivas y no teóricas o ilusorias,⁴³ ya que un sistema que no resulte eficaz carecería de sentido.⁴⁴

Por su parte, el Sistema Africano de Protección de Derechos Humanos presenta mayores problemas al momento de sustentar el poder inherente de las medidas provisionales, principalmente porque la jurisprudencia de la Corte Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (en adelante la "Corte Africana") cuenta con escasas sentencias.⁴⁵

El Protocolo Adicional a la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos establece, con similar redacción a la CADH, la facultad de la Corte Africana de adoptar medidas provisionales.⁴⁶ Cabe subrayar que, al igual que la CEDH, la COMISIÓN Africana de Derechos humanos y de los Pueblos (en adelante la "Comisión Africana") ha mantenido la práctica de dictar medidas provisionales a través de sus reglas de procedi-

39. *Ibid.*, párr. 124.

40. Ver punto 3.1.d *supra*.

41. *Cfr.* VAJIĆ, Nina, ob. cit. p. 621.

42. *Cfr.* *Ibid.*, p. 618.

43. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, "Caso Mamatkulov y Abdurasulovic vs. Turquía", sentencia del 6 de febrero de 2003, párr. 105.

44. VERNET, Paula, "Los alcances de la nueva jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos respecto de las medidas provisionales", *Anuario de Derecho Internacional* (Universidad de Navarra), v. 21, 2005, p. 552.

45. Ver lista de casos y su estado en [<http://www.african-court.org/en/index.php/2012-03-04-06-06-00/cases-status1>].

46. Protocolo Adicional a la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos para el establecimiento de una Corte Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, Art. 27, inc. 2.

miento, sin embargo a diferencia de su par europeo, los casos en los que estas fueron respetadas han sido escasos.⁴⁷

A la fecha la Corte Africana ha ordenado 4 medidas provisionales.⁴⁸ En ellas ha señalado, citando la fuente convencional, que las medidas provisionales son establecidas con el objeto de impedir un daño irreparable a las personas.⁴⁹ Sin embargo, la primera de ellas presentó una particularidad. En su fundamento hizo alusión no solo a la función de evitar un daño irreparable con todos los requisitos convencionales, sino que también agregó, tal y como lo señalan las Reglas de Procedimiento del Tribunal,⁵⁰ que dichas medidas eran tomadas en el interés de la justicia.⁵¹

Dada la escasa jurisprudencia y doctrina al respecto, la cuestión no se encuentra lo suficientemente desarrollada como para arribar a conclusiones. A pesar de ello, parecería posible afirmar que los mismos argumentos esgrimidos por el TEDH sean transpolables a la Corte Africana, máxime cuando sus reglas de procedimiento reconocen que las medidas provisionales son inherentes no solo a la protección de los derechos de las partes, sino también a la administración de justicia.

Más allá de que los tribunales regionales en materia de protección de los derechos humanos identifican de forma expresa o tácita a las medidas provisionales como inherentes a la efectividad de su función, Jo M. Pasqualucci ha concluido acertadamente que la cuestión respecto del poder

47. Cfr. JUMA, Dan, "Provisional Measures under the African Human Rights System: the African Court's order against Libya", *Wisconsin International Law Journal*, n° 30, 2012, pp. 357-358.

48. Actualizado en [<http://www.african-court.org/en/>], última visita el 10 de septiembre de 2015.

49. CORTE AFRICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, "Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos vs. Libia", orden de medidas preliminares, 004/2011, párr. 10; CORTE AFRICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, "Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos vs. República de Kenya", orden de medidas preliminares, 006/2012, párr. 11; CORTE AFRICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, "Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos vs. Libia", orden de medidas preliminares, 002/2013, párr. 8; CORTE AFRICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, "Lohé Issa Konaté vs. Burkina Faso", orden de medidas preliminares, 004/2013, párr. 17.

50. Ver Regla de Procedimiento de la Corte Africana N° 51.

51. CORTE AFRICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, "Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos vs. Libia", orden de medidas preliminares, 004/2011, párr. 10

inherente de una Corte para ordenar medidas provisionales ya no es un asunto controversial, dado que este poder es esencial en la protección de los derechos humanos.⁵²

Pero, ¿es posible que dicha interpretación, la cual pareciera surgir con naturalidad en los sistemas regionales, también haya sido adoptada por la CIJ?

III.B. La Corte Internacional de Justicia

La Corte Permanente de Justicia Internacional (en adelante la "CPJI") señaló en 1939 que, en lo que respecta a las medidas provisionales, es aplicable el principio universalmente aceptado que las partes deben abstenerse de tomar cualquier medida capaz de tener un efecto perjudicial en la ejecución de la decisión del tribunal, o cualquier acto que pueda agravar o extender la disputa presentada.⁵³

Años más tarde, su sucesora, la CIJ, reafirmó este principio en el *Caso de la Anglo-Iranian Oil Co.* Allí, la CIJ ordena que ambas partes deben abstenerse de realizar cualquier acción que pueda perjudicar el desempeño de la Corte en el fondo del caso, o agravar y/o extender la disputa.⁵⁴ Asimismo, en sentencias posteriores, la CIJ reiteró dicha postura respecto de las medidas provisionales.⁵⁵

De lo expuesto se observa que desde siempre la CIJ le ha dado un rol preponderante a las medidas provisionales. Sin embargo, a pesar de invocar "principios universalmente aceptados" la CIJ en sus inicios no es clara respecto del origen del poder para emitirlos. En el siguiente recorrido jurisprudencial de la CIJ se podrá observar como la protección de los derechos humanos dio impulso al desarrollo de las medidas provisionales en el

52. *Cfr.* PASQUALUCCI, Jo M., *ob. cit.*, p. 300.

53. CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, "Caso de la Compañía Eléctrica de Sofía y Bulgaria", Orden medida interina de protección, serie A/B n° 79, p. 199.

54. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso de la Anglo-Iranian Oil Co. (Irán vs. Reino Unido)", Orden de medida provisional, 5 de julio de 1951, pp. 93 y 94.

55. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso de las Jurisdicciones Pesqueras (Reino Unido vs. Islandia)", Orden medida provisional, 17 de agosto de 1972, pp. 17 y 18; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso de los Ensayos Nucleares", Orden de medidas provisionales, 22 de junio de 1973, p. 106; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso sobre la Aplicación de la Convención para la Sanción y Prevención del Crimen de Genocidio (Bosnia y Herzegovina vs. Yugoslavia)", Orden de medidas provisionales, 8 de abril de 1993, párr. 52.

marco de dicho tribunal, y asimismo el trato diferencial que se le ha dado a estos derechos por sobre otros objetos en disputa.

III.B.1. El legado de las disputas territoriales

Las disputas que tuvieron lugar en África luego del período de descolonización generaron una serie de conflictos armados entre los distintos grupos étnicos de los nuevos países independientes del continente. La resolución de estas disputas territoriales fue en ciertos casos llevada ante la CIJ, lo que creo un marco óptimo para el desarrollo de las medidas provisionales en un contexto donde las poblaciones de la zona se encontraban en riesgo.

En el *Caso de la Controversia Fronteriza*, Burkina Faso y Malí sometieron voluntariamente a la CIJ la delimitación de su línea fronteriza mediante un acuerdo especial.⁵⁶ Luego de iniciado el proceso, ante los múltiples conflictos armados a lo largo de la frontera, ambas partes solicitaron una orden de medidas provisionales a los fines de prevenir que el conflicto se agravara.⁵⁷ Si bien la Corte reconoció que el objeto del litigio eran los derechos soberanos de los Estados sobre los territorios en la frontera, determinó que era necesario el retiro de las tropas en la región para prevenir el daño actual y potencial a las personas y la propiedad en la zona, lo cual era de interés para ambos Estados.⁵⁸ Esto parecería significar que para la CIJ la existencia del daño irreparable a personas y bienes era suficiente fundamento para la determinación de medidas provisionales, aun cuando dicho daño no tuviera efectos propios en la determinación de la línea de la frontera.⁵⁹ La relevancia del *Caso de la Controversia Fronteriza* radica en que fue el primero⁶⁰ en el cual la corte utilizó las medidas provisionales

56. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso de la Controversia Fronteriza (Burkina Faso/ República de Malí)", sentencia del 22 de diciembre de 1986, párr. 1.

57. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso de la Controversia Fronteriza (Burkina Faso/ República de Malí)", orden de medidas provisionales, 10 de enero de 1986, párr. 29 y 30.

58. *Ibid.* párr. 21.

59. *Cfr.* HIGGINS, Rosalyn, "Interim Measures for the Protection of Human Rights", *Columbia Journal of Transnational Law*, n° 36, 1997, p. 102.

60. Cabe destacar que previamente en el célebre *Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, la CIJ dispuso una medida provisional ordenando a Estados Unidos que detenga su actividad militar de bloqueo marino y minado en la zona. Pese a que Nicaragua planteó como uno de sus argumentos el derecho de los nicaragüenses

como un método de protección de los derechos humanos, aun cuando estos no eran el objeto central del litigio.⁶¹

Una década más tarde, la CIJ se enfrentó al *Caso de los Límites Marítimos y Terrestres entre Camerún y Nigeria*. Aquí retomó la postura adoptada en el *Caso de la Controversia Fronteriza*.⁶² Ante el avance de tropas Nigerianas sobre territorios de Camerún, la CIJ dispuso, a pedido de este último, una medida provisional por la cual estableció un cese de hostilidades y el reposicionamiento de las tropas previo a los enfrentamientos.⁶³ Una vez más, la CIJ puso el foco de la cuestión en los daños sufridos y los derechos humanos de la población en la región,⁶⁴ y no en el límite geográfico entre ambos Estados.

Aún más interesante es el *Caso relativo a Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en el Área Fronteriza*. Costa Rica realizó un pedido de medidas provisionales solicitando que se ordenara el cese inmediato de las actividades de dragado y construcción de un canal entre ambos países, y el retiro del personal militar en la región.⁶⁵ Costa Rica fundó su pedido en que la presencia de tropas nicaragüenses, para protección de los trabajadores, sin consentimiento del Estado implicaba una violación al principio de soberanía y constituía una amenaza al uso de la fuerza en los términos de la Carta de las Naciones Unidas.⁶⁶ Asimismo, agregó que dichas actividades estaban llevando a la deforestación de una selva tropical internacionalmente protegida.⁶⁷ Finalmente la CIJ ordenó el retiro del personal tanto civil como policial o militar, a los fines de proteger a la población de incidentes

a la vida, la paz y la seguridad, la CIJ no hizo alusión a ello, señalando simplemente que las circunstancias del caso ameritaban la orden de tales medidas.

61. BARNETT, Michelle, "Cambodia vs. Thailand: a case study on the use of provisional measures to protect human rights in international border disputes", *Brooklyn Journal of International Law*, n° 38, 2012, p. 283.

62. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "*Caso de los Límites Marítimos y Terrestres entre Camerún y Nigeria* (Camerún vs. Nigeria)", orden de medidas provisionales, 15 de marzo de 1996, declaraciones de jueces Mbaye y Ranjeva.

63. *Ibid.*, párr. 49.

64. *Ibid.*, párr. 42.

65. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "*Caso relativo a ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en el Área Fronteriza* (Costa Rica vs. Nicaragua)", orden de medidas provisionales, 8 de marzo de 2011, párr. 19.

66. *Ibid.*, párr. 31 y 55.

67. *Ibid.*, párr. 31.

que pudieran poner en riesgo la vida o la integridad física.⁶⁸ Sin embargo, respondió de manera distinta al otro argumento, señalando que no existían pruebas suficientes para determinar que la deforestación en cuestión produjera un daño irreparable.⁶⁹

Como se puede apreciar, la CIJ continuó con su postura de proteger los derechos humanos de la población aun cuando estos no eran el objeto de la disputa presentada. Debe resaltarse también que el último caso reseñado refleja la posición sentada por el tribunal respecto del riesgo de daño irreparable en los casos donde se encuentren en juego derechos humanos.

III.B.2. *Hacia una postura definitiva*

Hasta aquí se puede apreciar que si bien la CIJ ha señalado que la razón de ser de las medidas provisionales es preservar el *status quo*, no se ha referido al carácter inherente de la función jurisdiccional como su origen. En los casos de las disputas fronterizas dejó entrever con su postura que quizás este poder exista, aunque no otorgó mayores precisiones.

No fue hasta los casos *Bread* y *LaGrand* que se observó un mayor desarrollo de la Corte respecto del poder de dictar medidas provisionales.⁷⁰ En sus órdenes, la CIJ enfatizó que el poder de indicar medidas provisionales no solo tiene en miras preservar los derechos de las partes hasta tanto se emita una sentencia definitiva, sino que también presupone que los derechos de las partes sujetos a disputa no sufran daños irreparables durante los procesos judiciales, dado que la Corte debe ocuparse de que los derechos en litigio puedan ser conferidos a la parte vencedora.⁷¹ Esta postura se terminó de consolidar en el *Caso Avena y otros Nacionales Mexicanos*, con similar contexto fáctico.⁷²

68. *Ibid.*, párr. 75 y 76.

69. *Ibid.*, párr. 82.

70. A los fines de entender el contexto en que el la CIJ emitió sus órdenes es dable aclarar que dichos casos versaban sobre ciudadanos paraguayo y alemanes respectivamente condenados a muerte en los Estados Unidos.

71. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso relativo a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Paraguay Vs. Estados Unidos)", orden de medidas provisionales, 9 de abril de 1998, párr. 35.; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso LaGrand (Alemania Vs. Estados Unidos)", orden de medidas provisionales, 3 de marzo de 1999, párr. 22.

72. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso Avena y otros Nacionales Mexicanos (México vs. Estados Unidos)", Orden medida provisional, 5 de febrero de 2003, párr. 48.

Las decisiones adoptadas por la CIJ demuestran que las medidas provisionales, a pesar de tener sustento en una norma convencional, cumplen la función necesaria de preservar el derecho de los sujetos sometidos al litigio, lo que es ni más ni menos que el propósito de toda función jurisdiccional.⁷³

Cabe destacar que, a diferencia del argumento esgrimido por la CIJ en un caso previo,⁷⁴ en los casos traídos a colación la Corte sustentó su orden ya no meramente en los derechos interestatales, sino en la protección de la vida de personas condenadas a la pena de muerte, tomando en cuenta su capacidad de proteger la vida humana aunque otros derechos soberanos, en dichos casos el de la protección consular, se encuentran sometidos a disputa.⁷⁵

III.B.3. La efectividad de los derechos humanos como un requisito

Se observa en una serie de casos de la CIJ⁷⁶ que esta ha rechazado el dictado de medidas provisionales donde, si bien existía la posibilidad inminente de vulnerar los derechos sometidos a litigio, no había un riesgo de daño que no pudiera ser reparado, por lo que el Estado presuntamente trasgresor debía evaluar discrecionalmente la conveniencia de continuar con sus acciones frente a un potencial fallo desfavorable de la corte.

Si bien cierta doctrina analiza la posibilidad de que este procedimiento se convierta en un principio del derecho internacional,⁷⁷ la realidad es que

73. *Cfr.* SHAW, Malcom, *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 1095.

74. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso relativo al personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán (Estados Unidos vs. Irán), orden de medidas preliminares, 15 de diciembre de 1979, párr. 20 y 21.

75. DUXBURY, Alison, "Saving lives in the International Court of Justice: the use of provisional measures to protect human rights", en *California Western International Law Journal*, n° 31, 2000, p. 157.

76. A modo de ejemplo ver: CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso del Paso a través del Gran Belt (Finlandia vs. Dinamarca)", decisión relativa a la orden de medidas provisionales, 29 de julio de 1991, párr. 33 y 34 y CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso de las Plantas de Celulosa en el Río Uruguay (Argentina vs. Uruguay)", decisión sobre el pedido de medidas provisionales, 13 de julio de 2006, párr. 78.

77. *Cfr.* BHATTACHARYA, Shouvik, "Proceeding at your own risk: evaluating a new principle of international law for provisional measures", *Yale Journal of International Law*, vol. 38, 2013, p. 523.

en materia de derechos humanos la CIJ ha aplicado un estándar muy distinto, utilizando las medidas provisionales como un medio de protección de derechos humanos, aun cuando los mismos no forman el núcleo de la disputa. Esto al menos refleja que existe un criterio que diferencia el accionar activo de la CIJ cuando se encuentra en juego derechos humanos.

Esta dicotomía queda claramente evidenciada en la medida provisional adoptada por la CIJ en el *Caso Relativo al Templo de Preah Vihear*. Aquí la CIJ no solo dispuso el cese de hostilidades en la región para la protección de los derechos humanos de las personas en la región, sino que también creó una zona desmilitarizada que comprendía el Templo en cuestión, sobre el cual previamente determinó la soberanía de Camboya, y también otras áreas que se encontraban fuera del litigio original resuelto en 1962.⁷⁸ Esta decisión llevó a que varios jueces de la Corte consideraran que esta se excedió en el ejercicio de su jurisdicción, ya que los derechos humanos en juego no eran parte del litigio, y que, a diferencia de las disputas fronterizas, en el presente caso se habían ordenado medidas provisionales que abarcaban territorios no incluidos dentro del objeto del caso principal.⁷⁹ Esto podría implicar que la misma CIJ, en el afán de proteger los derechos humanos, haya violado con su medida el principio de soberanía territorial de los Estados sometidos al litigio.⁸⁰ Sin embargo tal conclusión sería cuestionable, ya que ambos Estados reaccionaron favorablemente ante la medida adoptada.⁸¹

Muchas veces las sentencias y ordenes de la CIJ suelen ser poco claras respecto de la motivación de sus decisiones, sin embargo es indudable que su comportamiento ha evolucionado en favor de la protección de los derechos humanos. Incluso, a pesar de que sus miembros han variado a lo largo del tiempo, ha demostrado superar las barreras de la rigidez que muchas veces la contienen, y ha ido más allá de la simple resolución de

78. *Cfr.* CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso relativo al Templo de Preah Vihear (Camboya vs. Tailandia)", orden de medidas provisionales, 18 de julio de 2011, pp. 69 y 62.

79. *Ibid.*, votos disidentes de los jueces XUE (in fine), DONOGHUE (pp. 17 y 27) y OWADA (pp. 7 a 9).

80. BARNETT, Michelle, "Cambodia vs. Thailand: a case study on the use of provisional measures to protect human rights in international border disputes", *Brooklyn Journal of International Law*, n° 38, 2012, p. 273.

81. TRAVIS, Alexandra C. "Temple of Preah Vihear: lessons on provisional measures", en *Chicago Journal of International Law*, n° 13, p. 328.

los conflictos entre Estado, para proteger a las personas afectadas. Ello se relaciona directamente con el carácter inherente de la adopción de medidas provisionales en la CIJ.

III.B.4. El carácter inherente como medio de justificación

La competencia de los órganos judiciales es uno de los aspectos centrales de la jurisdicción internacional, dado que depende del consentimiento de los Estados al instituir una corte o tribunal.⁸² Es decir que, si la capacidad de dictar medidas provisionales depende de las cláusulas convencionales expresas, ningún tribunal podría ir más allá de lo acordado por los Estados en el estatuto constitutivo. De esta manera, no podría dictar tales medidas en ausencia de una cláusula expresa. Esto es así toda vez que de otra manera la corte o tribunal estaría excediendo o expandiendo su competencia. Si tenemos en cuenta el carácter voluntario de la jurisdicción internacional, sería lógico concluir que los jueces deben ser cuidadosos al determinar la procedencia de una medida provisional previo a la interposición de la demanda ante el tribunal. En consecuencia, las medidas provisionales deberían versar estrictamente sobre el derecho principal sometido a consideración del tribunal.⁸³

Adoptar esta postura implicaría que todas las órdenes de medidas provisionales en favor de la protección de los derechos humanos que la CIJ ha dictado hasta el momento, y donde estos derechos no eran el objeto de disputa ante el tribunal, representen una expansión ilegítima de su jurisdicción, contraria al consentimiento brindado por los Estados.

Respecto de este tipo de situaciones, Oellers-Frahm plantea que la capacidad de ordenar medidas provisionales proviene de la voluntad de los Estados, pero que esta no es expresa, sino que es tácita.⁸⁴ Ello se debe a que los procesos incidentales no dependen del consentimiento específico para instruirlos, sino que es parte del poder conferido al tribunal de emitir sentencias jurídicamente vinculantes y, por lo tanto, se encuentran facultados para tomar todas las medidas necesarias en aras de asegurar su correcto funcionamiento.⁸⁵ Cier-

82. *Cfr.* OELLERS-FRAHM, Karin, *ob. cit.*, p. 1282.

83. *Ibid.*, p. 1291.

84. *Ibid.*

85. *Ibid.*

tamente los Estados pueden limitar el accionar de los tribunales que crean, siempre y cuando, como explica Abi-Saab, ello no afecte el núcleo duro de la función jurisdiccional, del cual forma parte la capacidad de dictar medidas provisionales.⁸⁶ Esto no hace más que confirmar la postura adoptada por el juez Fitzmaurice en su opinión separada del *Caso de Camerún Septentrional*, quien en su voto aclaró que las medidas provisionales son parte del ejercicio de la jurisdicción inherente, siendo un poder necesario de toda corte de derecho para ejercer sus funciones.⁸⁷

Desde esta postura, es posible afirmar que al menos en lo que respecta a la materia derechos humanos, el poder de ordenar medidas provisionales no deviene de una voluntad expresa en el Estatuto de la CIJ, sino que surge del consentimiento general otorgado por los Estados para tomar decisiones efectivas y jurídicamente vinculantes. Este es un fundamento similar al adoptado por el TEDH,⁸⁸ y en función del cual, al no depender esta capacidad de dictar medidas de la regla establecida en el Estatuto, entonces la Corte no debe necesariamente cumplir a rajatabla con todos los requisitos. Así, no es necesario que el derecho humano protegido sea el objeto principal del litigio, ni tampoco debe ser en todos los casos irreparable. La particularidad de los derechos humanos con relación a las medidas provisionales puede observarse claramente en las declaraciones del juez ODA en los casos relativos a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.⁸⁹ El juez aclaró que si bien él consideraba que las medidas provisionales no debían ordenarse, emitió su voto a favor por razones humanitarias.⁹⁰

86. CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE CONTROVERSIAS RELATIVAS A INVERSIONES, "Abaclat y otros vs. Argentina", Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 4 de agosto de 2011, Opinión Disidente, Georges Abi-Saab, párr. 13.

87. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso de Camerún Septentrional (Camerún vs. Reino Unido)", orden de medidas provisionales, 2 de diciembre de 1963, opinión separada del Juez Sir Gerald Fitzmaurice, p. 92.

88. Ver punto 3.1 *supra*.

89. Mencionadas en el punto 3.1.a *supra*.

90. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso relativo a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Paraguay Vs. Estados Unidos)", orden de medidas provisionales, 9 de abril de 1998, declaración del juez Oda, p. 35; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso LaGrand (Alemania Vs. Estados Unidos)", orden de medidas provisionales, 3 de marzo de 1999, declaración del juez Oda, párr. 7; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso Avena y otros nacionales mexicanos (México vs. Estados Unidos)", orden de medidas provisionales, 5 de febrero de 2003, declaración del juez Oda, párr. 8.

Otra posible respuesta a este fenómeno es la dada por Rosalyn Higgins quien ha señalado que "la evolución de la jurisprudencia sobre medidas provisionales muestra el crecimiento de la tendencia a reconocer realidades humanas detrás de las disputas entre estados".⁹¹ La ex jueza y presidente de la CIJ reconoce en definitiva que, a pesar de las normas en juego, la realidad de las situaciones lleva a adoptar medidas prácticas con un tinte en el que lo jurídico y lo político son inescindibles.

Si bien no creo posible llegar a la conclusión que en todos los casos de medidas provisionales la Corte pueda dictarlas por fuera el objeto del litigio, si creo que sería razonable pensar que la particular relevancia de la protección de los derechos humanos ha llevado a la CIJ a aceptar tácitamente esta interpretación de las medidas provisionales para la protección de las personas. Caso contrario estaríamos en presencia de la expansión irregular de su competencia cautelar. Al demostrar que esta es más extensa que aquella que le era expresamente reconocida por vía convencional,⁹² parecería reconocer como fuente de su potestad de dictar medidas provisionales para la protección de los derechos humanos al poder inherente que su estatus de tribunal le confiere.

IV. LOS DERECHOS HUMANOS Y SU REFLEJO EN LAS MEDIDAS PROVISIONALES: A MODO DE CONCLUSIÓN.

A lo largo de este análisis se pudo vislumbrar la mención especial que recibe la CIJ, la cual es el faro que alumbrada a las demás jurisdicciones en su camino al reconocimiento de estas medidas como un medio de protección. En algunos casos mediante a la utilización de su Estatuto como guía en la confección de los instrumentos constitutivos de las demás jurisdicciones –como es el caso de la Corte IDH y la Corte Africana– en otros mediante la constante referencia a su jurisprudencia, tal como ha ocurrido con el TEDH. Este último caso demuestra claramente que el ejercicio de los poderes inherentes puede provenir

91. HIGGINS, Rosalyn, *ob. cit.*, p. 108. Traducción propia.

92. Cf. GAETA, Paola, *La Giustizia Cautelare nel Diritto Internazionale*, 2000, citado en GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., *Las medidas provisionales en el Derecho Internacional ante las Cortes y Tribunales Internacionales*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 59.

de una interpretación común encontrada en la práctica de otro tribunal internacional.

La CIJ fue sujeta a un desarrollado más extenso que el resto de las jurisdicciones. Esto se debe a que dentro de su misma jurisprudencia pareciera existir una diferenciación según se trate de un asunto que involucre derechos humanos o verse acerca de otra cuestión. Su particular postura a favor de la protección de los primeros es lo que me lleva a concluir que podría existir un reconocimiento tácito de la capacidad inherente a su función jurisdiccional para emitir medidas cautelares, al menos en dicha materia. En la mayoría de los casos de relevancia, ha decidido ir más allá de las atribuciones que parecieran conferirle su Estatuto. Asimismo, no se puede negar que tanto la CIJ como el TEDH, mientras interpretaban la norma convencional también estaban utilizando su poder de determinar medidas provisionales como parte de su poder jurisdiccional inherente, como bien lo expresó la jueza Vajić.

Este mismo tipo de reconocimiento se observó en el caso de la Corte IDH, único tribunal que realiza un reconocimiento expreso en su jurisprudencia. A su vez se observó que la potestad cautelar de la CIDH proviene de la necesidad de proteger los derechos humanos, inspirada en los avances del sistema europeo. Ello a pesar de ser reconocida su facultad por la vía convencional.

Por su parte, respecto de la Corte Africana debe tenerse en cuenta que esta es un tribunal relativamente nuevo, el cual ya ha absorbido la experiencia de los demás tribunales. Parece dar indicios, a pesar de tener una norma expresa que recepta las medidas provisionales, de reconocer, a través de sus Reglas de Procedimiento amparadas en su jurisprudencia, el poder inherente de ordenar medidas provisionales para el logro de la justicia.

Si bien concuerdo con lo expresado por Rosalyn Higgins respecto de encontrar soluciones prácticas al sufrimiento humano detrás de las disputas entre Estados, me resulta imperioso concluir que la tesis del reconocimiento de la potestad inherente de los tribunales de dictar medidas provisionales sería el camino correcto a seguir. Pensar en una expansión ilegítima de la jurisdicción de la CIJ, por más que se funde en la buena voluntad política, sería ilógico, y peligroso, en razón de la reacción de la comunidad internacional y el principio *pro homine*. Ello, siempre y cuando se cumpla el requisito de que uno o varios derechos humanos se encuentren en juego, ya que, según pareciera concluir la CIJ de manera indirecta, son los únicos imposibles de reparar.

BIBLIOGRAFÍA

Jurisprudencia

- CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE CONTROVERSIAS RELATIVAS A INVERSIONES, "Tokios Tokelés v. Ucrania", orden de medidas provisionales, 1 julio de 2003.
- CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE CONTROVERSIAS RELATIVAS A INVERSIONES, "Abaclat y otros vs. Argentina", Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 4 de agosto de 2011, Dissenting Opinion, Georges Abi-Saab.
- CORTE AFRICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, "Lohé Issa Konaté vs. Burkina Faso", orden de medidas preliminares, 004/2013.
- CORTE AFRICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, "Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos vs. República de Kenya", orden de medidas preliminares, 006/2012.
- CORTE AFRICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, "Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos vs. Libia", orden de medidas preliminares, 002/2013.
- CORTE AFRICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, "Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos vs. Libia", orden de medidas preliminares, 004/2011.
- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, "Caso Mamatkulov y Abdurasulovic vs. Turquía", sentencia del 6 de febrero de 2003.
- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, "Caso Mamatkulov y Askarov contra Turquía", Gran Sala, sentencia del 4 de febrero de 2005.
- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Allenet de Ribemont v. Francia* (interpretación del fallo del 01/02/1995), sentencia del 24 junio de 1996.
- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, "Caso Cruz Varas y otros contra Suecia", Sentencia del 20 de marzo de 1991.
- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, "Caso Čonka y las Liga de los Derechos del Hombre contra Bélgica", decisión del 13 de marzo de 1998.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Asunto B. respecto de El Salvador". Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 29 de mayo de 2013.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Asunto Flores y Otra en relación con el Caso Torres Millacura y Otros vs. Argentina". Resolución

de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de noviembre de 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS "Caso Herrera Ulloa respecto Costa Rica". Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 07 de setiembre de 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras*, Fondo, Sentencia de 20 de enero de 1989.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras", Fondo, Sentencia del 29 de julio de 1989.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú", orden de medidas provisionales, resolución del 14 de agosto de 2000.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso Avena y otros nacionales mexicanos (México vs. Estados Unidos)", orden de medidas provisionales, 5 de febrero de 2003.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso LaGrand (Alemania Vs. Estados Unidos)", orden de medidas provisionales, 3 de marzo de 1999.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA "Caso sobre los Ensayos Nucleares" (Australia vs. Francia), 20 de diciembre de 1974.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA "Caso de la aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio" (Bosnia Herzegovina c. Serbia y Montenegro), Orden de Medidas Provisionales del 13 de septiembre de 1993.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso de la Anglo-Iranian Oil Co. (Irán vs. Reino Unido)", Orden de medida provisional, 5 de julio de 1951.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso de las Jurisdicciones Pesqueras (Reino Unido vs. Islandia)", Orden medida provisional, 17 de agosto de 1972.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso relativo al personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán (Estados Unidos vs. Irán), orden de medidas preliminares, 15 de diciembre de 1979.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso de la Controversia Fronteriza (Burkina Faso/República de Malí)", sentencia del 22 de diciembre de 1986.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso relativo a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Paraguay Vs. Estados Unidos)", orden de medidas provisionales, 9 de abril de 1998.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso relativo a las actividades militares

y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua vs. Estados Unidos)", orden de medidas provisionales, 10 de mayo de 1984.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "*Caso de los Límites Marítimos y Terrestres entre Camerún y Nigeria* (Camerún vs. Nigeria)", orden de medidas provisionales, 15 de marzo de 1996.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso relativo a ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en el Área Fronteriza (Costa Rica vs. Nicaragua)", orden de medidas provisionales, 8 de marzo de 2011.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso del Paso a través del Gran Belt (Finlandia vs. Dinamarca)", decisión relativa a la orden de medidas provisionales, 29 de julio de 1991.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso de las Plantas de Celulosa en el Río Uruguay (Argentina vs. Uruguay)", decisión sobre el pedido de medidas provisionales, 13 de julio de 2006.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso de Camerún Septentrional (Camerún vs. Reino Unido)", orden de medidas provisionales, 2 de diciembre de 1963.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso relativo al Templo de Preah Vihear (Camboya vs. Tailandia)", orden de medidas provisionales, 18 de julio de 2011. CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, "Caso de la Compañía Eléctrica de Sofía y Bulgaria", Orden medida interina de protección, serie A/B n° 79.

TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR, "Caso de la Planta de MOX (Irlanda vs. Reino Unido)", orden de medidas provisionales, 3 de diciembre de 2001.

TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR, "Caso del M/V "SAIGA" (No. 2) (San Vicente y las Granadinas vs. Guinea)", sentencia del 1 de julio de 1999.

Doctrina

BARNETT, Michelle, "Cambodia vs. Thailand: a case study on the use of provisional measures to protect human rights in international border disputes", *Brooklyn Journal of International Law*, n° 38, 2012, pp. 269-303.

BHATTACHARYA, Shouvik, "Proceeding at your own risk: evaluating a new principle for provisional measures", *Yale Journal of International Law*, vol. 38, 2013, pp. 511-524.

BROWN, Chester, "The Cross-Fertilization of principles relating to procedure and remedies in the jurisprudence of international courts and

- tribunals", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, n° 30, 2008, pp. 219-245.
- CARON, David D., "Interim Measures of Protection: Theory and Practice in Light of the Iran-United States Claims Tribunal", *ZaöRV*, v. 46, 1946, pp. 465-518.
- COLLINS, Lawrence, "Provisional and Protective Measures in International Litigation", *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, 1992, vol. 234.
- DUXBURY, Alison, "Saving lives in the International Court of Justice: the use of provisional measures to protect human rights", *California Western International Law Journal*, n° 31, 2002. pp. 141-176.
- GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina. S., *Las medidas provisionales en el Derecho Internacional ante las Cortes y Tribunales Internacionales*, Buenos Aires, La Ley, 2004.
- GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina. S., *Obligatoriedad y eficacia de las medidas provisionales en la jurisdicción internacional*, Buenos Aires, SGN, 2008.
- HIGGINS, Rosalyn, "Interim Measures for the Protection of Human Rights", *Columbia Journal of Transnational Law*, n° 36, 1997, pp. 91- 108.
- JUMA, Dan, "Provisional Measures under the African Human Rights System: the African Court's order against Libya", *Wisconsin International Law Journal*, n° 30, 2012, p. 344- 373.
- OELLERS-FRAHM, Karin, "Expanding the competence to issue Provisional Measures-Strengthening the international judicial function", *German Law Journal*, n° 12, 2011, pp. 1279-1294.
- PASQUALUCCI, Jo M., *the Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- PASQUALUCCI, Jo M., "Interim Measures in International Human Rights: Evolution and Harmonization", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 38, 2005, pp. 1-49.
- REY CANTOR, Ernesto & REY ANAYA, Ángela M., *Medidas Provisionales y Medidas Cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Bogotá, Temis, 2005.
- ROSENNE, Shabtai, *The Perplexities of Modern International Law*, Hague Academy of International Law, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2004.
- SHAW, Malcom, *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 1095.

- SHELTON, Dinah, "Form, function, and the powers of International Courts", *Chicago Journal of International Law*, n° 9, 2009, pp. 537-571.
- TRAVIS, Alexandra C., "Temple of Preah Vihear: lessons on provisional measures", *Chicago Journal of International Law*, n° 13, pp. 317-344.
- VAJIĆ, Nina, "Interim Measures and the Mamatkulov judgement of the European Court of Human Rights", en KOHEN, M. (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict resolution through International Law*, Países Bajos, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 601-622.
- VERNET, Paula, "Los alcances de la nueva jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos respecto de las medidas provisionales", *Anuario de Derecho Internacional* (Universidad de Navarra), v. 21, 2005, p. 535-560.

¿POR QUÉ DEBEMOS RESPETAR LAS GARANTÍAS PENALES? UN ENFOQUE CONSECUCIONALISTA*

PABLO LARSEN**

Resumen: Este artículo pretende realizar algunos aportes al debate de la aparente contraposición existente entre la eficiencia en la persecución del delito, por un lado, y el respeto de las garantías penales, por el otro. Convencido de que respuestas dogmáticas tales como “las garantías deben ser respetadas porque así lo establecen la CN y los Instrumentos Internacionales de Protección de Derechos Humanos” no son suficientes, comenzaré analizando factores éticos e históricos que aconsejan respetarlas, para concluir en que la razón fundamental reside en que las mismas pretenden evitar determinadas consecuencias que, de acontecer, serían nefastas para la vigencia del Estado de derecho. Analizaré también determinados argumentos que se han brindado para fundar una posible reducción de las mismas en aras de poder perseguir de manera más eficaz el delito, y procuraré demostrar los que considero que son sus principales inconvenientes.

Palabras clave: garantías penales – razonamiento jurídico – consecuencialismo – derecho penal del enemigo

Abstract: The objective of this paper is to make some contributions to the discussion of the difficulty that exists in making a balance between the efficiency in prosecuting crime and respecting the criminal law guarantees. In order to do so, and convinced that dogmatic answers like “the criminal law guarantees must be respected because they are on the Constitution and in International Human Rights Treaties” are not solid enough, I will start by showing ethical and historic factors that advise that is better to respect them, to later focus on which I consider that is the main reason: we must respect them in order to avoid some consequences that may be harmful to the rule of law. I will also analyze some

* Recepción del original: 07/04/2015. Aceptación: 02/08/2015.

** Estudiante de derecho de la Universidad Nacional de La Plata. Ayudante de la comisión 3 de derecho penal I de dicha casa de estudios. Contacto: pablolar93@gmail.com

arguments that hold a contrary position to the one that I sustain, in order to show what I consider that are their main inconvenient.

Key words: consequentialism – criminal law – guarantees – enemy criminal law

“Toda praxis significa, al final, algo que va más allá de ella misma. Yo diría algo más: la práctica judicial nos confronta a diario con la difícil pregunta de por qué hacemos lo que hacemos. Lo dramático de la situación existencial del jurista es que la respuesta no la pueden dar solo las leyes, sino que, en parte, depende también de su conciencia”.¹

I. DOS PEQUEÑAS HISTORIAS A MODO DE INTRODUCCIÓN

La ficción, ya sea mediante el cine y la televisión, o a través de la literatura, nos suele presentar historias que describen situaciones humanas de lo más variado. Muchas de ellas, por las sensaciones que despiertan en los lectores o espectadores, tienen la ventaja de poder impactarnos con mayor profundidad que la que puede lograr la narración de un mero relato hipotético de un caso o la lectura de un frío expediente judicial. Por tal motivo, pueden constituir un elemento de gran interés para analizar distintos fenómenos jurídicos.² Para dar inicio a este trabajo, considero que hay dos breves fragmentos de historias que pueden ilustrar el punto central por el que girará la argumentación. Una de ellas corresponde a un capítulo de la popular serie televisiva *Breaking Bad*,³ y la otra pertenece a una historia narrada por el autor alemán Ferden su compilación de relatos titulada *Culpa*.⁴

En la primera de ellas, un oficial de policía, producto de una investigación llevada a cabo de manera extra oficial, descubre que existen grandes

1. BACIGALUPO, E., *Técnica de resolución de casos penales*, 2da. ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2008, p. 36.

2. En este sentido, ver THURY CORNEJO, V., “El cine ¿nos aporta algo diferente para la enseñanza del derecho?”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho*, nro. 14, Buenos Aires, 2009, pp. 59-81.; y BONIRINO RAMÍREZ, P. R., “Sobre el uso de la literatura en la enseñanza del derecho”, en *REJIE: Revista jurídica de investigación e innovación educativa*, nro. 4, Málaga, 2011, pp. 73-90.

3. Dirigida por Vince GILLIGAN. La escena a la que haré referencia corresponde al sexto capítulo de la tercera temporada, titulado “Sunset”, y tiene lugar a partir del minuto 32:00.

4. VON SCHIRACH, F., *Culpa*, Buenos Aires, Salamandra, 2012, pp. 9-19.

posibilidades que, dentro de una casa rodante –cuya existencia conoce, pese a no haber podido dar aún con su paradero–, funcione un laboratorio dedicado a la producción de estupefacientes. En un momento dado, el oficial se topa con la misma y, pese a no tener una orden que le permita ingresar, decide acercarse. Acto seguido, los sospechosos que se encuentran en su interior –y aquí el espectador toma conocimiento de que efectivamente en su interior se encuentra un laboratorio dedicado a la producción de drogas– le advierten que no puede ingresar dentro de la casa, ya que no posee una autorización judicial ni sospechas objetivas y razonables que le permitan prescindir de la misma. El oficial, consciente de que si decide proceder toda la prueba que obtenga será nula por violación de determinadas garantías, decide abandonar el lugar. Finalmente, el espectador puede observar que, en cuestión de minutos, los sospechosos destruyen por completo la casa rodante junto con lo que se encuentra en su interior, tornando imposible el inicio de una futura investigación.

La segunda historia transcurre en un festival de una localidad de Alemania, en tiempos en los que las pruebas de ADN eran relativamente una novedad y apenas empezaban a utilizarse en los procesos judiciales. El autor relata –en una prosa que no deja de despertar sensaciones encontradas en el lector– el modo en que los miembros de una banda musical, encontrándose profundamente ebrios, violan y agreden físicamente de modo brutal a una menor de edad que se encontraba trabajando como mesera en dicho festival. A continuación, describe el modo en que actúan los médicos e investigadores que acuden a la escena, producto de un llamado anónimo: en la prisa por salvar la vida de la joven, los médicos, inconscientemente, borran de su cuerpo prácticamente toda huella de los imputados, quedando como única prueba posible los rastros de sangre y semen hallados en su ropa –elementos que, tal como puede advertir el lector, hubieran permitido demostrar cabalmente los hechos y arribar a una condena de los autores del delito–. No obstante, y quizás producto del desconocimiento que existía al momento de los hechos del modo de resguardar estos elementos de prueba, los investigadores los depositan, sin mayores resguardos, en el baúl de un vehículo de policía, el cual permanece varias horas al sol, generando que se torne inútil el único medio existente para probar la culpabilidad de los músicos imputados. De manera elocuente, el autor describe la situación que tuvo lugar con posterioridad: “El juez se limitaba a mirar a mi cliente, dudo que me escuchara. Sin embargo, entre el juez y el hombre había algo más, algo mucho más antiguo que nuestra ley de enjuiciamiento criminal, una

acusación que nada tenía que ver con las leyes escritas. Cuando hube terminado, el juez preguntó de nuevo si el inculcado no quería declarar nada. Lo preguntó en voz baja y sin énfasis, mientras se quitaba las gafas para leer y esperaba. Conocía la respuesta, pero aun así formuló la pregunta. Y todos los presentes en la fría sala supimos que el procedimiento terminaría allí y que la culpa era harina de otro costal”.⁵

Las dos situaciones narradas poseen un común denominador: el que, por respetar determinadas garantías penales –en la primera de ellas, la inviolabilidad del domicilio y la nulidad de las pruebas obtenidas a través de violación de garantías; en la segunda, la presunción de inocencia frente a la falta de pruebas– se frustró la eficacia de investigaciones que parecían arribar a buen puerto. Planteada la situación, la argumentación que desarrollaré en este artículo tiene como objetivo demostrar cuál es la importancia que poseen las garantías penales en un Estado de derecho, y dar respuestas convincentes y persuasivas al planteo que formula el título del trabajo, así como también a muchos otros que de él se derivan: ¿Por qué deberíamos respetar las garantías? ¿Qué valor tienen? ¿No sería mejor dejarlas de lado o “relajarlas” para poder perseguir el delito de manera más eficiente? ¿Qué consecuencias se pretende evitar respetándolas estrictamente? La polémica que suele despertar el debate no es menor, ya que en él se encuentra en juego uno de los dilemas fundamentales del derecho penal: tal como advierte Binder, “el proceso penal es una encrucijada de caminos que nos obliga a tomar decisiones difíciles. Las necesidades sociales que se expresan a través de él no son menores y nos interpelan con mayor fuerza que en otras áreas de la administración de justicia. Por una parte, nos enfrentamos a la tarea de evitar graves daños a los ciudadanos y el dolor de las víctimas –o la desesperación ante la impunidad– se multiplica en forma cada vez más hirientes. Por otra parte, nada nos indica que debemos disminuir la histórica sospecha ante el posible abuso del poder o bajar la guardia en la defensa de las libertades públicas, siempre frágiles ante el Estado Leviatán”.⁶

5. *Ibid.*, p. 15.

6. BINDER, A. M., “Tensiones político-criminales en el proceso penal”, en PERFECTO IBAÑEZ, A. (dir.), *Revista Jueces para la Democracia*, nro. 60, Madrid, 2007, pp. 21-35, p. 21. Desde otra perspectiva, ROXIN señala que “todo derecho procesal penal legalmente instituido se enfrenta a la necesidad de armonizar, por un lado, el interés en la búsqueda de la verdad y, por otro, el interés del procesado en la salvaguardia de sus derechos individuales”, en

Para llevar adelante el objetivo –y convencido de que respuestas dogmáticas como “se las debe observar porque así lo establecen la Constitución Nacional y los Instrumentos Internacionales de Protección de Derechos Humanos”, pese a ser ciertas, no cumplen con la finalidad de persuadir o convencer a toda persona de la importancia que tienen– comenzaré demostrando cuál es el valor intrínseco que las garantías penales poseen, para centrarme en que lo fundamental es que las mismas tratan de evitar determinadas consecuencias que, de ocurrir, serían nefastas para la vigencia del Estado de derecho. En segundo lugar, partiendo de la idea de que constituyen límites infranqueables al poder punitivo del Estado, demostraré cuáles son esas consecuencias que se pretende evitar, presentando los motivos por los que creo que, frente a casos como los narrados, es preferible inclinarse por la vigencia de las mismas y no por la eficaz persecución del delito –por más deseable que este objetivo pueda ser–. En tercer lugar, trataré de rebatir algunos argumentos que se han presentado para fundar una posible “reducción de garantías” frente a determinadas circunstancias.⁷ Por último, presentaré algunas conclusiones a modo de síntesis de las ideas expuestas.

II. VIENDO UN POCO MÁS ALLÁ: LOS VALORES DETRÁS DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Antes de comenzar la argumentación principal, creo necesario realizar algunas precisiones en torno al que creo que es el razonamiento adecuado

ROXIN, C., “La protección de la persona en el derecho procesal penal alemán”, en *Revista penal*, nro. 6, 2000, pp. 115-126, p. 115.

7. Los argumentos opuestos a la postura que uno pretende defender deben ser referencia obligada en todos los trabajos académicos. La importancia de esto reside en que “la discusión y la decisión intersubjetivas constituyen el procedimiento más confiable para tener acceso a la verdad moral, pues el intercambio de ideas y la necesidad de ofrecer justificaciones frente a los otros no solo incrementa el conocimiento que uno posee y detecta defectos en el razonamiento, sino que ayuda a satisfacer el requerimiento de atención imparcial a los intereses de todos los afectados. Esto no excluye la posibilidad de que a través de la reflexión individual alguien pueda tener acceso al conocimiento de soluciones correctas, aunque debe admitirse que este método es mucho menos confiable que el colectivo, debido a la dificultad de permanecer fiel a la representación de los intereses de otros y de ser imparcial”. Cfr. NINO, C. S., *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 161.

para aproximarse a las cuestiones jurídicas. En efecto, como precisé en el párrafo anterior, resulta difícil sostener que el valor de una determinada solución o norma jurídica pueda justificarse únicamente apelando a “que así lo determina la ley o la Constitución” o a “que así ha sido resuelto en un determinado precedente”. Un ejemplo puede ilustrar un poco más la cuestión: al analizar si deberían permitirse los llamados “decretos de necesidad y urgencia” —es decir, la posibilidad de que el poder ejecutivo “legisle”, haciendo uso de una función que corresponde al poder legislativo—, un camino posible es afirmar que ello no es viable, ya que, en principio, así lo resuelve el art. 99.3 de la Constitución argentina, y finalizar la argumentación allí. No obstante, podemos dar un paso más y defender la misma solución, pero agregando otros argumentos: que ello no corresponde, dado que el único órgano legitimado para sancionar leyes que afecten a todos los ciudadanos de la República es el poder legislativo, y que esto es así por el hecho de que es en él donde se encuentran representados tanto las mayorías como las minorías, y donde las decisiones son tomadas —o al menos deberían serlo— luego de un debate robusto en el que se consideran todos los puntos de vista de los que van a verse afectados, algo que necesariamente no puede darse a través de la reflexión individual de la persona que ocupa el ejecutivo. Creo que este último tipo de razonamiento, que mira “más allá del derecho positivo”, es el que debe ser adoptado,⁸ y posee una serie de ventajas que así lo aconsejan.

8. Un razonamiento similar a este punto de vista es el adoptado por GARGARELLA al analizar la obligatoriedad de los criterios de los órganos internacionales de protección de derechos humanos: “buena parte de las autoridades —políticas, judiciales, académicas, expertas en derechos humanos— parecen coincidir en una visión estrictamente dogmática sobre la cuestión, para responder a interrogantes tan importantes y cruciales a partir de la mera cita de ciertas fuentes de autoridad normativa internacional —podemos encontrar entre ellas al Estatuto de Roma, al *ius cogens*, a la CADH; y también a ciertos organismos internacionales que gozan de una extendida autoridad, como la Comisión y Corte Interamericanas—. Este tipo de respuestas resultan poco atractivas, sin embargo, en la medida en que no son capaces de responder a ninguna de nuestras inquietudes fundamentales yendo más allá de ciertos reclamos e invocaciones de autoridad. Y —agregaría— ninguna respuesta resulta promisorias en la materia, si ella no es capaz de mostrar de qué modo las respuestas que se quieren dar remiten no a una fuente de poder, sino a razones que todos podemos ser capaces de aceptar y suscribir.” Cfr. GARGARELLA, R., *Justicia penal internacional y violaciones masivas de derechos humanos* consultado en [http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/1_trabajo_coloquio_gargarella.pdf] el 27/3/15, pp. 7-8.

El primer modo de razonar frente a una cuestión jurídica –la mera invocación de normas o precedentes como modo exclusivo de justificar una decisión– es, por su formalismo, uno de los más sencillos y accesibles, ya que no requiere la búsqueda de razones que vayan más allá del mismo ordenamiento jurídico positivo. No obstante, una vez que superamos las dificultades que puede generar la adopción del segundo tipo de razonamiento, los beneficios son muy superiores y salen a la vista: piénsese, por ejemplo, que, si nos limitamos a acatar las normas jurídicas únicamente por su condición de tales, sin reparar en las verdaderas razones morales que puedan justificarla, las mismas pueden cambiar con facilidad y las personas acostumbrarse a respetarlas independientemente de cuál sea su verdadero contenido.⁹ Por otro lado, ello tiene un gran impacto en la enseñanza del derecho, ya que una persona puede interiorizar y comprender mejor el valor –o disvalor, ya que posee también el beneficio de poder despertar y facilitar actitudes críticas– de una determinada norma o solución jurídica una vez conocidos los verdaderos motivos y argumentos que la respaldan. A fin de cuentas, todo ello puede trasladarse a cualquier situación de la vida cotidiana: frente a una discusión, siempre consideramos más valioso que una persona exponga los motivos y valores que guían su razonamiento, antes que la mera invocación de argumentos de autoridad.¹⁰

En particular, uno de estos enfoques puede adoptarse teniendo en cuenta las consecuencias concretas que determinadas normas jurídicas pretenden generar, así como también las consecuencias indeseables que las mismas pretenden evitar. Efectivamente, muchas decisiones judiciales cobran un significado especial una vez que son completadas desde el punto de vista de las consecuencias a las que llevan las mismas, o a las que llevarían las decisiones contrarias que se han descartado.¹¹ Este es el enfo-

9. NINO, C. S., *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, 1ª ed., Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 30.

10. Al respecto, es muy lúcida la siguiente reflexión de NINO: “la cuestión es que los materiales jurídicos –un texto legislativo, por ejemplo– no son los objetos más apropiados para intervenir en un razonamiento práctico destinado a justificar una decisión. Si se me permite el exabrupto, ¡son cosas demasiado duras para incluirlas en un razonamiento! Los textos, costumbres, actos lingüísticos, etc., deben convertirse en proposiciones o juicios que permitan su uso en el razonamiento práctico”. NINO, *Íbid.*, pp. 87-88.

11. BENGOTXEA, J., “Una defensa del consecuencialismo en el derecho”, en *Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas Τέλος*, nro. II/2, 1993, pp. 31-68, p. 38. El mismo autor indica que el aproximamiento a las normas debería ser guiado, entre otros, por los siguien-

que principal que adoptará la argumentación acerca de por qué considero que deben respetarse las garantías penales: las mismas existen para evitar determinadas consecuencias que, de tener lugar, podrían ser perjudiciales para el Estado de derecho.

III. LÍMITES, ERRORES Y CONSECUENCIAS: LA FUNCIÓN DE LAS GARANTÍAS EN EL DERECHO PENAL

En un sentido genérico, las garantías pueden ser entendidas como vínculos idóneos que prevé el ordenamiento jurídico para asegurar la efectividad de los derechos fundamentales.¹² En el sentido específico que aquí interesa, las garantías penales son concebidas como límites destinados a impedir el ejercicio arbitrario o abusivo del poder punitivo del Estado.¹³ Idéntico criterio posee la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha tenido oportunidad de declarar que:

“El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es, así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. Esto es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues este no solo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención”;

tes interrogantes: “¿Cuáles son los resultados que prevé alcanzar la norma aplicable? ¿Cuáles son los objetivos del legislador histórico? ¿Cuáles los del legislador contemporáneo? ¿Cuál es la finalidad de la norma? ¿Cuáles son los valores que inspiran la determinación de dichos objetivos? ¿Están recogidos a su vez en normas del ordenamiento? ¿Qué métodos o vías ha tenido en cuenta el legislador para alcanzar dichos resultados?” BENGOETXEA, *Íbid.*, pp. 36-37.

12. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 28.

13. Ver, por ejemplo: BINDER, A. M., *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 56; MAIER, J., *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996, t.1, p. 471; FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 21; ROXIN, C., *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, p. 3 y SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2da ed., Montevideo – Buenos Aires, Editorial BdeF, 2012, p. 40.

“En un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos: la represión”.¹⁴

Estas contenciones al poder punitivo del Estado operan tanto a través de límites puestos a la posibilidad de definir *qué constituye un delito* –también llamadas “sustantivas”–, así como también para delimitar *cómo investigar y juzgar la presunta comisión de un delito* –también conocidas como “procesales”–. Su importancia se desprende, por un lado, de un factor histórico que aconseja proceder con prudencia cuando se trata de habilitar el ejercicio del poder más violento que poseen los Estados, más aún considerando los trágicos episodios que tuvieron lugar cuando el mismo se vio despojado de todo límite.¹⁵ Existen, además, argumentos de tipo ético que bregan por que el Estado se mantenga apegado a su respeto. Con elocuencia, dijo HASSEMER que “una cultura jurídica se prueba a sí misma a

14. Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional v. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 68; y *Caso Baena Ricardo y otros v. Panamá (Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 107. Para un análisis detallado de la totalidad de los criterios de la Corte IDH en materia de garantías penales, ver LARSEN, Pablo, *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada con jurisprudencia de la Corte IDH de 1988 a 2014*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015 (en prensa).

15. Sobre el modo en que los trágicos episodios históricos inciden en la manera en que, por ejemplo, los juristas alemanes tratan a las garantías penales, ver BOHLANDER, M., “Volver a Radbruch. La necesidad de retomar de raíz el diálogo entre *common law* y derecho continental, en atención al ejemplo de la justicia penal internacional”, en *Indret: Revista para el análisis del derecho*, nro. 2, 2012, Barcelona, pp. 5-6. En el caso argentino, es conocida la opinión del ex ministro de la CSJN Enrique Santiago PETRACCHI, quien, en un voto individual de un fallo emitido poco tiempo después de la vuelta a la democracia, sostuvo que “la primera circunstancia determinante, cuando el asunto atañe a la consideración del alcance de las garantías constitucionales, es la toma de conciencia de que nuestro país atraviesa una coyuntura histórico-política particular, en la cual, desde las instancias de producción e interpretación normativas, se intenta reconstruir el orden jurídico, con el objetivo de restablecer y afianzar para el futuro en su totalidad las formas democráticas y republicanas de convivencia de los argentinos, de modo que dicho objetivo debe orientar la hermenéutica constitucional en todos los campos”, *cf.*: CSJN, *Bazterrica, Gustavo M.*, Fallos 308:1392, voto del Dr. PETRACCHI, cons. 5.

partir de aquellos principios cuya lesión nunca permitiría, aun cuando esa lesión prometa la mayor ganancia”.¹⁶

No obstante, considero que las advertencias del factor histórico y del ético quedarían incompletas si no consideramos el argumento de las consecuencias. Al analizar el sistema de persecución penal, es posible establecer que, mientras que por un lado se encuentra el objetivo de evitar la “impunidad”, por el otro se encuentra la necesidad de respetar los derechos individuales de toda persona. Para ello, a cada garantía penal específica corresponde, como las dos caras de una misma moneda, un riesgo que se pretende evitar. En este sentido, y a modo de ejemplo, es posible destacar los siguientes:

I. El principio de legalidad penal, que establece la necesidad de que las conductas que constituyan delito se encuentren definidas de manera previa, clara y precisa por una ley. No es difícil imaginar lo peligroso que resultaría para la libertad de los ciudadanos la existencia de delitos redactados de una manera tan amplia y vaga que permitan encuadrar en los mismos prácticamente cualquier tipo de conducta.¹⁷

16. HASSEMER, W., “Límites del estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada”, trabajo presentado en la reunión “*Organisierte Kriminalität in einem Europa offener Grenzen*” de la *Europäische Rechtsakademie* de Trier, los días 1 y 2 de diciembre de 1994. Traducción del alemán de Alfredo CHIRINO SÁNCHEZ, Prof. de Dcho. Penal de la Universidad de Costa Rica. Consultado en [http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/030509/dp-limites_estadoderecho.doc] el 01/04/15. En este sentido también PASTOR: “el rasgo característico del sistema penal del Estado constitucional de derecho consiste en que, asumiendo el ideal de castigar todos los delitos como algo propio, valioso y digno de fomento, se prefiere, sin embargo, cierta cuota de impunidad antes que tolerar que el castigo sea alcanzado de cualquier manera (no hay un poder penal absoluto). Por ello la idea de cierta cuota posible de impunidad por falta de respeto de las formas es la clave de la paz jurídica: se desprecia a sí misma una sociedad que está dispuesta a alcanzar sus fines transgrediendo las reglas que ella misma se ha impuesto”, *cfr.* PASTOR, D. R., “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, en *Separata de Nueva Doctrina Penal*, 2005/A, pp. 73-114, p. 101.

17. Esta garantía fue desconocida de manera grosera por regímenes autoritarios como el nazi y el soviético. En la Alemania nazi, el artículo 2 del código penal, que enunciaba el principio de legalidad penal, fue reemplazado por una norma que sostenía que “será castigado quien cometa un hecho que la ley declare punible o que sea merecedor de castigo según el concepto fundamental de una ley penal y según el sano sentimiento del pueblo. Si contra el hecho no encuentra inmediata aplicación ninguna ley penal, el hecho se castigará sobre la base de aquella ley penal cuyo concepto fundamental mejor se le adapten”. Del mismo modo, fue negada explícitamente en el derecho soviético de los años siguientes a la

II. La garantía de la inviolabilidad del domicilio de las personas, y la consiguiente necesidad de una autorización judicial o de la existencia de circunstancias excepcionales que permitan prescindir de la misma, que ponen límites a la injerencia que los funcionarios estatales –principalmente, las fuerzas policiales– puedan tener en uno de los ámbitos más reservados de los ciudadanos. Podría pensarse, teniendo en cuenta la tendencia del poder punitivo hacia el abuso, en lo peligroso que podría ser para la tranquilidad de los hogares de los ciudadanos el que las fuerzas policiales posean amplia libertad para ingresar en los mismos bajo el pretexto –no siempre existente o comprobable– de perseguir eficazmente el delito.

III. La nulidad de todos los elementos probatorios que se hayan obtenido en violación de alguna garantía. Ello actúa como un mecanismo que refuerza su respeto, y pretende disuadir a aquellos encargados de la investigación de un delito de la utilización de medios que, como en el ejemplo anterior, puedan ser violatorios de garantías. Su importancia es manifiesta, ya que difícilmente podría pensarse que los funcionarios públicos las respetarían si, una vez obtenidos algunos medios de prueba a través de conductas violatorias de garantías, ellos son considerados válidos para una investigación.

IV. La presunción de inocencia, que establece el conocido adagio “toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario”, y, consiguientemente, la necesidad de que exista prueba suficiente a la hora de condenar a un individuo, y la directiva de que toda duda sea interpretada en favor de su libertad (principio también conocido por el la voz latina *in dubio pro reo*). En esta garantía descansa uno de los puntos centrales del derecho penal liberal: a través de su respeto, se pretende que exista, al momento de condenar a una persona, una seguridad lo suficientemente alta como para descartar cualquier posibilidad de error, ya que se entiende que el riesgo de condenar a una persona inocente es más perjudicial que la posibilidad de dejar a un culpable en libertad.¹⁸

revolución, en tanto el código de la república rusa de 1922 enunció en su artículo 6 que “es delito toda acción u omisión socialmente peligrosa, que amenace las bases del ordenamiento soviético y el orden jurídico establecido por el régimen de los obreros y campesinos para el período de transición hacia la realización del comunismo”.

18. No es muy difícil imaginar el motivo por el cual, en materia penal, se requiere una mayor seguridad que en otras áreas del derecho a la hora de condenar a una persona. En palabras de WILKINSON, “privar erróneamente de su libertad a un hombre inocente es una

Esto último –la necesidad de evitar los errores, los cuales se manifiestan a través de abusos y la afectación de personas inocentes–, a través de un meditado análisis de costo-beneficio, es el punto central de las consecuencias que se pretenden evitar a través del respeto de las garantías. Tomando algunas de las mencionadas, alguien podría afirmar, por ejemplo, que resulta necesario redactar algunos tipos penales de un modo ambiguo o indeterminado para que algunos delincuentes “no puedan escapar del mismo”; que a veces es necesario otorgar más discrecionalidad a las fuerzas policiales a la hora de poder intervenir, sin orden judicial, en los hogares de particulares, ya que así se podría perseguir el crimen de manera más eficaz –el primer caso mencionado en la introducción es, en este sentido, paradigmático–; o que es necesario, frente al juzgamiento de determinados delitos, poder prescindir de la alta seguridad probatoria necesaria para derribar la presunción de inocencia, ya que, de lo contrario, permanecerían impunes algunos delitos que son de difícil prueba. No obstante, es posible replicar que hay riesgos que son peores que el presunto remedio: que producto de la indeterminación de un tipo penal se pueda perseguir arbitrariamente a las personas, con la consiguiente afectación de inocentes; que en los allanamientos discrecionales se pueda perturbar la privacidad de individuos que no se encuentran vinculados a actividades ilícitas; y que si se prescinde de la necesidad de probar de manera estricta la comisión de un delito, se estaría frente al riesgo potencial de condenar a personas inocentes. Ya hace mucho tiempo, Carrara se lamentaba advirtiendo que “la justicia penal, en ausencia de garantías, genera para los ciudadanos peligros tal vez mayores que las pasiones de los culpables”.¹⁹

El hecho de que, frente a estos planteos problemáticos, la balanza deba inclinarse por evitar la posibilidad de afectar a un individuo inocente, también encuentra fuertes arraigos históricos. El siguiente pasaje es muy ilustrativo al respecto: “Lo contrario importaría ni más ni menos que echar por tierra un bien que la humanidad ha alcanzado y mantenido a costa de no pocas penurias: el principio de inocencia posee antecedentes muy leja-

consecuencia mucho peor que meterle la mano en su bolsillo con una sentencia civil equivocada”, *cf.* WILKINSON, J. H., “In defense of American criminal justice”, en *Vanderbilt Law Review*, vol. 67, 2014, pp. 1099-1172, p. 1112 (la traducción me pertenece).

19. Citado por FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 604. Del mismo modo, el autor afirma que “si la historia de las penas es una historia de horrores, la historia de los juicios es una historia de errores”, *cf.* *Ibid.*, p. 603).

nos en el tiempo. Así, en una oportunidad la Corte Suprema estadounidense [...] recordó lo acontecido en épocas del Imperio Romano: Numerius – Gobernador de Narbonensis– se hallaba sometido a juicio criminal, y había asumido su propia defensa negando su culpabilidad y la falta de prueba en su contra. Delphidius, su adversario, previendo el rechazo de la acusación se dirigió a Juliano: ‘Oh!, ilustre César –le dijo– si es suficiente con negar, ¿Qué ocurrirá con los culpables?’; a lo que Juliano respondió: ‘Y si fuese suficiente con acusar, ¿qué sobrevendría a los inocentes?’²⁰

Argumentar, como se ha venido haciendo en estas líneas, en términos de balances, costos, beneficios y errores, puede traer a colación ideas propias del llamado “análisis económico del derecho” –conocido también como *Law and Economics*–. Este movimiento, simplificando algunos de sus postulados al extremo, suele considerar que una medida es correcta cuando las ganancias de los beneficiados superan las pérdidas de los perjudicados, de modo que los primeros pueden indemnizar a los segundos.²¹ En estos términos, y en contra lo dicho hasta este punto, alguien podría sostener, por ejemplo, que considerando que la pena privativa de libertad es reversible, sería eficiente la medida de asumir la posibilidad de encarcelar a un inocente para evitar que un culpable quede libre y pueda afectar a

20. CSJN, fallos 314:1091, cons. 13 del voto de Enrique Santiago PETRACCHI, citando “*Coffin vs. United States*” (156 U.S. 432, p. 453). SANCINETTI, M., “Testimonio único y principio de la duda”, en *InDret: Revista para el análisis del derecho*, nro. 3, año 2013, Barcelona, pp. 3-6. En la cultura jurídica anglosajona –que posee, a la par de la continental, una marcada influencia en los orígenes de la cultura jurídica argentina–, es históricamente conocida la máxima de BLACKSTONE: “Es mejor que diez personas culpables escapen, a que una persona inocente sufra”. Un minucioso análisis crítico del origen de esta noción puede verse en EPPS, D., “The consequences of error in criminal justice”, en *Harvard Law Review*, nro. 4, vol. 128, 2015, pp. 1065-1151, pp. 1077-1081.

21. SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Eficiencia y derecho penal”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 49, fasc/mes 1, España, 1996, pp. 93-127, pp. 96-97 y 121. Un posible razonamiento, aplicado al derecho penal, sería el siguiente: “el delito es un hecho socialmente ineficaz –y de modo cualificado–. El ordenamiento jurídico, por su parte, para ser eficaz en su control, debe contar con la eficiencia individual. Por ello, debe cargar al delincuente potencial con costes adicionales, en caso de comisión del delito, de modo que estos desborden los beneficios que del delito espera obtener. De hecho, la fórmula de un derecho penal ‘eficaz en la eficiencia’ sería la siguiente: de una parte, imponer al delincuente costes adicionales de modo que el coste esperado del delito sea superior a los beneficios que esperar obtener del mismo. De otra parte, que esos costes sean inferiores al coste de la tolerancia del delito”, *cfr. Íbid.*, pp. 112-133.

terceros. En su apoyo, podrían esgrimir lo siguiente: dado que principios como “es mejor que diez personas culpables escapen, a que una persona inocente sufra” fueron elaborados en épocas donde el costo de un error era demasiado alto –la pena de muerte, por esencia irreversible, se encontraba prevista para la mayoría de los delitos²²–, ello ya no debería ser acatado tan férreamente hoy en día, donde las penas aplicables son, en su mayoría, privativas de la libertad, lo que hace que el peligro de eventuales errores se torne considerablemente menor, ya que existe posibilidad de poner inmediatamente en libertad al sujeto equivocadamente condenado.

No obstante, considero que no es una posibilidad viable. La primera dificultad que presenta este tipo de razonamientos al ser vinculados al derecho penal reside en cómo incluir en el cálculo de “coste-beneficio” principios de proporcionalidad, dignidad o, fundamentalmente, libertad.²³ Más aún, hasta cabría preguntarnos si siquiera es posible considerar la idea de incluir derechos y garantías fundamentales en cálculos de este tipo.²⁴ Por otro lado, el argumento que considera a la pena de prisión como reversible en comparación con la pena de muerte es solo una verdad a medias. Si bien no es posible revivir a una persona, pero sí ponerla inmediatamente en libertad, los deterioros que causa en los individuos la privación de la libertad –especialmente si consideramos el estado de las cárceles en Latinoamérica– son de dudosa reversión.²⁵

Habiendo establecido cuál considero que es la importancia fundamental de las garantías penales en un Estado de derecho, en el punto siguiente analizaré una postura que plantea argumentos opuestos a los hasta aquí

22. EPPS, *op. cit.*, p. 1081. El autor considera que el principio se ha vuelto “anacrónico” por diferir considerablemente las circunstancias actuales con aquellas en las que fue elaborado, donde el sistema penal era excesivamente más gravoso para el imputado que en la actualidad.

23. SILVA SÁNCHEZ, “Eficiencia y derecho penal”, *op. cit.*, pp. 96-97, 121 y 124.

24. Ello no sería viable si entendemos a tales derechos y garantías, en razón de su carácter fundamental, como insuperables o inderogables sin importar las circunstancias, o, en los memorables términos de DWORKIN, si entendemos que los derechos son *cartas de triunfo* frente a las consideraciones políticas generales, y que su respeto a veces implicará la frustración de algunas preferencias mayoritarias. Cfr. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1993, pp. 36-37.

25. Ver, por ejemplo, Comisión IDH, “Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas”, 2011, disponible en [<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>].

defendidos. Procuraré, además de exponer su planteo principal, demostrar cuáles creo que son sus principales inconvenientes.

IV. LOS EMBATES DEL “NEOPUNITIVISMO” Y DEL “DERECHO PENAL DEL ENEMIGO”

Uno de los principales ataques a la postura aquí defendida proviene del llamado “derecho penal del enemigo”,²⁶ el cual plantea –simplificando groseramente sus argumentos– que, para hacer frente a determinados tipos de criminalidad, sea posible dejar de lado determinadas garantías penales, tales como las que se mencionaron en el apartado anterior. Dicho fenómeno se enmarca en otro más amplio y global, denominado “neopunitivismo” o “expansión del derecho penal”, caracterizado por una tendencia a recurrir a la amenaza o sanción penal como medio predilecto para la solución de viejos y nuevos conflictos que se presentan en nuestras sociedades.²⁷ Parte del diagnóstico del asunto, en lo que aquí interesa, destaca que las garantías penales “son vistas más como escollos burocráticos a la eficacia del sistema que como lo que realmente son: garantías de libertad”,²⁸ y el atractivo que suelen despertar reside, según creo, en las promesas de acabar con la impunidad en determinadas áreas donde el derecho penal, hasta entonces, no llegaba –puede pensarse, por ejemplo, en sanciones por actos de terrorismo, delitos económicos, o violencia de género, entre otros–. No obstante, tal como intentaré demostrar en los párrafos que siguen, entiendo que existen determinados riesgos que, a la par de otros factores, llevan a la necesidad de rechazar este tipo de doctrinas. El argumento, sintéticamente, es que el poder punitivo, por su propia naturaleza, siempre tiende a extenderse, generando el peligro de que lo que empezó siendo una excepción al respeto de las garantías termine transformándose en la regla.

26. Un resumen de los principales postulados de esta teoría puede verse en JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Thomson Civitas, 2003, p. 90.

27. Para una panorámica crítica del denominado “neopunitivismo” es útil acudir a PASTOR, D. R., *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, pp. 22-82. Una de las obras más representativas y críticas sobre el tema es “*La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*”, de SILVA SÁNCHEZ.

28. PASTOR, *Recodificación...*, op. cit., p. 54.

En sintonía con el factor histórico señalado con anterioridad, estamos en condiciones de afirmar que, por los peligros que entraña, siempre es conveniente aproximarse de manera cautelosa al poder punitivo. Tal como enseña Ferrajoli, “el derecho penal, aun cuando rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política”.²⁹ Estar de acuerdo con este punto implica, entre otras cosas, un cierto grado de desconfianza respecto de planteos como los que propone el “derecho penal del enemigo”, en tanto parecen atenuar dicho calificativo al sostener que la reducción de garantías penales va a limitarse a determinados campos, respetando las que suelen considerarse “soluciones especiales para problemas especiales”.

Desconfiar de la presunta “excepcionalidad” de estas propuestas reductoras de garantías nos lleva a lo que algunos autores han denominado “*factor metástasis*”.³⁰ Silva Sánchez, por ejemplo, afirma que “existe el riesgo de que los elementos del modelo de lucha contra la impunidad se extiendan a todo el conjunto del derecho penal. Sería erróneo afirmar que las ‘doctrinas contra la impunidad’ patrocinan solo un derecho penal de excepción para afrontar una criminalidad de excepción. Su alcance acaba siendo muy superior. En particular, el terrorismo y, en general, los delitos contra la vida: de hecho, no hay ninguna razón especial para pensar que el concepto –y sus implicaciones– no acaben siendo aplicables a otros delitos graves en los ordenamientos internos”.³¹ En la misma línea, PASTOR advierte que “una vez que una práctica contraria a su conformación liberal entra en el derecho penal se difunde rápidamente a todo el sistema. Ello es una navaja de doble filo: las reglas de relajamiento de los principios liberales limitadores del derecho penal que se aplican a la criminalidad económica, medioambiental y al terrorismo, pronto, por medio del ‘efecto metástasis’,

29. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 21. En el mismo sentido, PASTOR sostiene que “debido a que el poder penal representa una reacción radical, los límites y controles impuestos a su ejercicio deben ser también radicales”, *cf.* PASTOR, “La deriva neopunitivista...”, *op. cit.*, p. 82.

30. Término propio de la medicina –específicamente, de la oncología–, conceptualizado como el proceso de propagación de un foco canceroso a un órgano distinto de aquel en que se inició.

31. SILVA SÁNCHEZ, “Una crítica a las doctrinas penales de la lucha contra la impunidad”, en *REJ – Revista de estudios de la justicia*, nro. 11, año 2009, Chile, pp. 35-56, p. 47. También en SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2da ed., Madrid, Ed. Civitas, 2001, p. 57 y 72.

serán derecho ordinario también a la delincuencia de subsistencia y a todas las demás manifestaciones de la criminalidad".³² Complementando lo anterior, Zaffaroni recuerda también sobre el grado de discrecionalidad que una legislación de este tipo suele otorgar a los encargados de aplicarla,³³ con el riesgo adicional que ello supone. La realidad reciente nos brinda algunos ejemplos que parecen dar la razón a los citados autores, dando veracidad a sus diagnósticos.³⁴

A la par de lo dicho, este tipo de propuestas presentan un problema adicional. No solo es ilusoria la afirmación de que el derecho penal del enemigo afectará únicamente las garantías de estos, sino también lo es la pretendida eficacia de aquél contra ese mismo enemigo.³⁵ Se ha objetado que las medidas de este tipo tienden a lograr un mero efecto "simbólico", sin ocuparse efectivamente de los peligros o amenazas que, supuestamente, están mandadas a eliminar.³⁶ Esto genera no pocas perplejidades. Si, antes

32. PASTOR, *Recodificación...*, *op. cit.*, pp. 60-61.

33. "La formal y hasta solemne declaración o promesa de persecución limitada a terroristas (o brujas, herejes, comunistas, narcotraficantes, etc.) no puede respetarse porque el poder de individualización se le concede a la agencia que lo ejerce que, como cualquier burocracia, lo ejercerá conforme a sus objetivos sectoriales, que no estarán limitados a los estereotipos imaginados por el legislador a la hora de construir los tipos o de ceder garantías de los ciudadanos", *cfr.* ZAFFARONI, R. E., *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2012, pp. 116-117.

34. La Comisión IDH, en el marco de la aplicación de legislación "anti terrorista" a protestas de pueblos indígenas por parte de Chile, señaló el peligro de la expansión de este tipo de doctrinas: "los riesgos de mantener tipos penales amplios que puedan dar lugar a diversas interpretaciones respecto de la conducta que se considera reprochable penalmente, especialmente en el contexto de persecución y sanción de conductas terroristas, es la aplicación discriminatoria de tales disposiciones, o su utilización para criminalizar contextos generales de protesta social. Ante una falta de definición clara de las conductas que se consideran terroristas, los jueces nacionales cuentan con un amplio margen de discrecionalidad para introducir contextos generales de protesta social o la pertenencia étnica de una persona como aspectos determinantes en la calificación de un acto como terrorista". *Cfr.* CIDH, *Informe No. 176/10, casos Segundo Aniceto Norin Catrیمان, y otros v. Chile (fondo)*, del 5 de noviembre de 2010, párr.146. Cabe añadir un dato de color: Chile fue condenado recientemente por la Corte IDH en este mismo caso (ver sentencia de 29 de mayo de 2014, Serie C No. 279).

35. ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 117. En el mismo sentido, JAKOBS, CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, p. 90.

36. BINDER es contundente al formular la siguiente crítica "se sigue apelando a la 'solución penal' para responder a los problemas más variados, ya sean importantes, populares o simplemente menores. En primer lugar, el recurrir a la amenaza del uso de la violencia

que nada, entendemos que es injustificable, por peligroso, permitir que en ciertos casos se eliminen algunas garantías penales, menos aún podemos justificarlo si cuando estas reducciones se han realizado no se han mostrado efectivas para solucionar los problemas que las originaron. Dicho en otros términos: tampoco sería posible incluirlas en un cálculo de coste-beneficio, ya que, en primer lugar, los valores en juego no son susceptibles de ponderación, y, en segundo, no producen los beneficios que supuestamente permitirían superar el precio de los costos que generan.³⁷

es una figura retórica que esconde la poca predisposición de tomarse en serio la solución de un problema. Muchas cuestiones que perfectamente se pueden solucionar con otro mecanismo de intervención en conflictos si esos mecanismos son solucionados o perfeccionados, se las hace ingresar al sistema penal para evitar tener que afrontar la tarea de crear o perfeccionar esos mecanismos. Hoy, en consecuencia, una de las formas de mantener al sistema penal en un estado de ineficacia es, justamente, la inflación penal. Para muchos sectores políticos es, por otra parte, una forma sencilla de demagogia política; reemplaza la responsabilidad y capacidad de buscar solucionar con el golpe airado sobre la mesa que promete castigar y encarcelar a todo el mundo, aunque a los pocos meses uno pueda demostrar que nada de eso ha ocurrido y ni siquiera se han tomado las medidas más elementales para poner en marcha el programa punitivo", *cf.*: BINDER, "Tensiones político-criminales...", *op. cit.*, p. 29.

37. Conviene detenerse en un posible contra-argumento más. Llegado este punto, alguien podría pensar: "si esta legislación es meramente 'simbólica' o 'demagógica', y muchas veces no llega a ser aplicada, ¿no estaremos siendo un poco exagerados al advertir sobre sus potenciales riesgos?" A ello, como dice PRITTWITZ, cabe responder que habilitar el uso del poder punitivo, independientemente de su efectiva aplicación, siempre entraña determinados riesgos, ya que "se trataría de una espada desafilada, pero espada al fin", *cf.*: PRITTWITZ, C., "El derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Última ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal", en AA.VV, *La insostenible situación del derecho penal actual*, Granda, Comares, 2000, pp. 427-446. Adicionalmente, dicha posibilidad no debería hacer que mantengamos una postura pasiva: "al respecto se puede decir, además de formularse una evidente objeción contra el improvisar instrumentos sociales sin sentido, que el jurista penal trabaja para evitar la arbitrariedad justamente del chivo emisario, para impedir, si se quiere, que el propio autor citado sea un día chivo emisario de una arbitrariedad, que entonces sí, seguramente, le parecerá preocupante. No debería uno esperar a que eso suceda para dar la voz de alarma, aunque uno no esté entre los candidatos de siempre a ser chivo expiatorio del derecho penal", *cf.*: PASTOR, *Recodificación...*, p. 52, cit. 142.

V. CONCLUSIONES

A modo de síntesis, puede resultar útil repasar las premisas que se defendieron a lo largo del desarrollo del texto:

I. A la hora de justificar el valor de una determinada decisión o norma jurídica, no basta con recurrir al mismo derecho positivo o a argumentos de autoridad, tales como la invocación de precedentes judiciales.

II. Uno de los caminos a emplear para superar lo anterior, es analizar las consecuencias concretas que determinadas soluciones y normas jurídicas pretenden generar, así como también las consecuencias indeseables que las mismas pretenden evitar.

III. Al hablar de las normas que consagran las garantías penales, además de considerar los factores éticos e históricos que aconsejan que el Estado las respete, su importancia queda a la vista cuando conocemos cuáles son las consecuencias indeseables que las mismas pretenden evitar.

IV. Estas consecuencias son, concretamente, la posibilidad de que el poder punitivo quede librado a una aplicación arbitraria y abusiva, así como también la posibilidad de que se vean afectados individuos inocentes.

V. Al hacer un cálculo de costo-beneficio entre el respeto de las garantías y la necesidad de “evitar la impunidad” o “garantizar los derechos de las personas que puedan verse afectadas si un culpable no es sancionado”, el resultado debería inclinarse por la necesidad de respetar las garantías. En primer lugar, porque es difícil –o hasta imposible– incluir en este tipo de cálculos valores como la libertad de las personas. En segundo lugar, porque la afectación que pueda sufrir un inocente, en términos valorativos, es más grave que las demás posibles consecuencias.

VI. Las propuestas consistentes en reducir determinadas garantías penales para poder perseguir de manera más eficaz determinados delitos, también deberían ser rechazadas. En primer lugar, porque las mismas siempre tienden a expandirse hacia áreas distintas de aquellas para las que primariamente fueron previstas. En segundo, porque no han demostrado ser eficientes en el objetivo que se proponen, y eso torna aún más desalentadora la posibilidad de otorgarles un “permiso” para contar con la posibilidad de cometer errores en aras de lograr un “bien mayor” –algo que, como se señaló en la argumentación de la premisa anterior, también debería ser rechazado independientemente de sus resultados–.

Como es posible advertir, la noción de “riesgos” y “errores” estuvo presente a lo largo de toda la argumentación. La brutalidad que puede ejercer el poder punitivo cuando se encuentra sin límites –o, a veces, aún dentro de ellos mismos–, aconseja proceder con prudencia cada vez que consideramos su uso para intentar solucionar conflictos, más aún cuando se demuestra que a veces no es tan efectivo en esa tarea. Ello debería ser un motivo de alarma para que, en lugar de reclamar su aplicación librada de ciertos límites, empecemos a considerar otras posibilidades y estrategias que pueden ser más eficaces para la prevención del delito.

Estas líneas pretendieron poner de manifiesto la cuestión y realizar algunos aportes a un debate de larga data y que dista de encontrarse cerrado, más aún si tenemos en cuenta que cada día parecemos optar más por el camino opuesto al que aconsejó en el párrafo anterior. Tal como alguna vez se dijo, “la batalla en defensa del garantismo es, siempre, a pesar de las solemnes declaraciones de principio no siempre confrontadas por los hechos, una batalla de minorías. Precisamente por ello, tanto más difícil, y que ha de librarse con armas templadas y afiladas”.³⁸ Poner a prueba las razones que existen para defender sus postulados es, seguramente, uno de los medios más adecuados para reforzarlos. Frente a posturas que pretenden reducir su importancia, o directamente negarla, creo que lo correcto, en lugar de considerarlas “indignas” o no mercedoras de debate, o de refugiarnos en abstracciones conceptuales propias de una torre de marfil, es tomar la oportunidad como un momento más para demostrar su necesidad y su valor. Confío en que lo aquí dicho pueda ayudar a superar esos embates.

BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Enrique, *Técnica de resolución de casos penales*, 2da. ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2008.
- BENGOETXEA, Joxerramon, “Una defensa del consecuencialismo en el derecho”, en *Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas Τέλος*, nro. II/2, 1993, pp. 31-68.
- BINDER, Alberto M., “Tensiones político-criminales en el proceso penal”,

38. *Cf.*: BOBBIO, N., en el prólogo a FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 15.

- en PERFECTO IBAÑEZ, A. (dir.), *Revista Jueces para la Democracia*, nro. 60, Madrid, 2007, pp. 21-35.
- , *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.
- BOHLANDER, Michael, “Volver a Radbruch. La necesidad de retomar de raíz el diálogo entre *common law* y derecho continental, en atención al ejemplo de la justicia penal internacional”, en *InDret: Revista para el análisis del derecho*, nro. 2, 2012, Barcelona.
- BONIRINO RAMÍREZ, Pablo R., “Sobre el uso de la literatura en la enseñanza del derecho”, en *REJIE: Revista jurídica de investigación e innovación educativa*, nro. 4, Málaga, 2011, pp. 73-90.
- CIDH, “Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas”, 2011, disponible en [<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>]
- , *Informe No. 176/10, casos Segundo Aniceto Norin Catrیمان, y otros v. Chile (fondo)*, del 5 de noviembre de 2010, párr.146.
- Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros v. Panamá (Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia de 2 de febrero de 2001
- , *Caso del Tribunal Constitucional v. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia de 31 de enero de 2001.
- CSJN, *Bazterrica, Gustavo M.*, Fallos 308:1392, voto del Dr. PETRACCHI.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta, 1993.
- EPPS, Daniel, “The consequences of error in criminal justice”, en *Harvard Law Review*, nro. 4, vol. 128, 2015, pp. 1065-1151.
- FERRAJOLI, Luigi., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.
- GARGARELLA, Roberto, *Justicia penal internacional y violaciones masivas de derechos humanos* consultado en [http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/1_trabajo_coloquio_gargarella.pdf] el 27/3/15.
- HASSEMER, Winfried, “Límites del estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada”, trabajo presentado en la reunión “*Organisierte Kriminalität in einem Europa offener Grenzen*” de la *Europäische Rechtsakademie* de Trier, los días 1 y 2 de diciembre de 1994. Traducción del alemán de Alfredo CHIRINO SÁNCHEZ, Prof. de Dcho. Penal de la Universidad de Costa Rica. Consultado en [http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/030509/dp-limites_estadoderecho.doc] el 01/04/15.
- JAKOBS, Günther, y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Thomson Civitas, 2003.

- LARSEN, Pablo, *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada con jurisprudencia de la Corte IDH de 1988 a 2014*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015 (en prensa).
- MAIER, Julio, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996.
- NINO, Carlos S., *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, 1º ed., Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- , *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- PASTOR, D. R., “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, en *Separata de Nueva Doctrina Penal*, 2005/A, pp. 73-114.
- , *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, pp. 22-82.
- PRITTWITZ, Cornelius, “El derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Última ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal”, en AA.VV, *La insostenible situación del derecho penal actual*, Granda, Comares, 2000, pp. 427-446.
- ROXIN, Claus, “La protección de la persona en el derecho procesal penal alemán”, en *Revista penal*, nro. 6, 2000, pp. 115-126.
- , *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.
- SANCINETTI, Marcelo, “Testimonio único y principio de la duda”, en *InDret: Revista para el análisis del derecho*, nro. 3, año 2013, Barcelona, pp. 3-6.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., “Una crítica a las doctrinas penales de la lucha contra la impunidad”, en *REJ – Revista de estudios de la justicia*, nro. 11, año 2009, Chile, pp. 35-56
- , “Eficiencia y derecho penal”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 49, fasc/mes 1, España, 1996, pp. 93-127.
- , *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2da ed., Montevideo – Buenos Aires, Editorial BdeF, 2012.
- , *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2da ed., Madrid, Ed. Civitas, 2001.
- THURY CORNEJO, Valentín, “El cine, ¿nos aporta algo diferente para la enseñanza del derecho?”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho*, nro. 14, Buenos Aires, 2009, pp. 59-81.
- VON SCHIRACH, Ferdinand, *Culpa*, Buenos Aires, Salamandra, 2012.

WILKINSON, John H., “In defense of American criminal justice“, en *Vanderbilt Law Review*, vol. 67, 2014, pp. 1099-1172.

ZAFFARONI, Raúl E., *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2012.



XII CONCURSO DE ENSAYOS “DR. IGNACIO WINIZKY”

**SOBRE EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO PENAL DE LA
NACIÓN Y DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN**



CONCILIACIÓN. PROBLEMAS E INCONGRUENCIAS DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN*

CARLA MABEL CANNIZZARO**

Resumen. Adquirir una mirada crítica de la implementación del sistema acusatorio en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, a la luz de las reglas de disponibilidad de la acción –en particular de la introducción de la conciliación penal–, es la propuesta para el presente trabajo. El abordaje integral de la temática bajo estudio requiere repasar los términos en los que un sistema judicial puede denominarse acusatorio y la posición que debería ocupar la víctima en él. Además, es necesario analizar en qué medida las restricciones impuestas a la aplicación procesal de los institutos incorporados, tienden a la mera regulación de los mismos, o bien si acaban por desvirtuar su función en el procedimiento adversarial. Resulta indispensable, a tal fin, estudiar cómo afectaría dichas limitaciones a las víctimas de violencia doméstica o motivada en discriminación, y analizar así la conveniencia (o inconveniencia) de su aplicación.

Palabras Clave: código procesal penal de la nación – sistema acusatorio – disponibilidad de la acción – acción pública y privada – verdad material – verdad formal – conciliación – cohesión social – igualdad de partes – violencia por discriminación – igualdad sexista.

Abstract: The aim of this work is to establish a critical look at the implementation of the accusatory system in the new National Code of Criminal Procedure, in the light of the rules of availability of the action, in particular in the light of the

* Recepción del original: 15/03/2015. Aceptación: 19/10/2015.

El presente trabajo obtuvo el 1° puesto en el XII Concurso de Ensayos Ignacio Winizky sobre el Anteproyecto del Código Penal de la Nación y del Código Procesal Penal de la Nación.

** Trabaja en la Defensoría Pública Oficial ante los Tribunales Federales de la Defensoría General de la Nación. Ayudante en la materia Régimen del Proceso Penal, cátedra Hendler-Tedesco.

introduction of criminal conciliation. The comprehensive approach to the issue requires review the terms in which a judicial system can be called accusatory and position that should be occupied by the victim. Furthermore, it is necessary to analyze how the restrictions imposed on the procedural implementation of the new institutes tend to mere regulation or distort its role in the adversarial procedure. To reach this objective it is necessary to study how those limitations would affect victims of domestic violence or discrimination motivated, and analyze the convenience (or inconvenience) of its application.

Key words: national code of criminal procedure – accusatory system – availability of the action – public and private action – material truth – formal truth – reconciliation – social cohesion – equal parts – gender equality.

I. INTRODUCCIÓN

El nuevo Código Procesal Penal de la Nación intenta instaurar un sistema acusatorio, incorporando criterios en los que un fiscal puede prescindir de la persecución de un delito amparado en alguna regla de disposición de la acción penal. Reglas que, entre otras, adquieren notoriedad puesto que significan, al menos a primera vista, un reconocimiento del interés que pueden tener las personas lesionadas por la comisión de un delito en el proceso penal.

Sin embargo, pese a que las modificaciones al sistema de enjuiciamiento actual son muchas, no se le otorga a la víctima una verdadera participación en el proceso, de modo de garantizar una mayor disposición de la acción. Por el contrario, lo que se estableció es un sistema acusatorio netamente formal¹ en el que, pese a autorizar casos de intervención de la damnificada o damnificado, la decisión de perseguir o investigar continúa en manos del estado. Esto se expresa primordialmente en las limitaciones que se impusieron a la aplicación de la conciliación.

1. "El principio acusatorio, en su sentido formal, solo alcanza las reglas del procedimiento, sin alterar la decisión sustantiva que atribuye la titularidad a un órgano estatal (...) la tarea acusadora consiste en la petición de actividad jurisdiccional o "derecho de acción" que ejercen los fiscales en nombre del interés *que representan (la víctima)*" Cfr. BOVINO, Alberto; LOPARDO, MAURO y ROVATTI, Pablo, *Suspensión del procedimiento a prueba. Teoría y práctica.*, Bs. As., Del Puerto, 2013, pp. 6 y 7.

Por un lado, se pensó el instituto más bien como un mecanismo destinado a resolver el problema de la excesiva cantidad de causas que tramitan en los juzgados y tribunales de nuestro país.² No parece que haya sido estudiado como una innovación en la forma de solucionar conflictos penales.

Por otra parte, queda en evidencia la incapacidad del Estado para desprenderse de la noción de que la verdad absoluta de los hechos es asequible mediante el juicio penal, al impedir conciliar casos de violencia motivada en discriminación o violencia doméstica.

El abordaje integral del instituto requiere realizar una evaluación del rol de la víctima en nuestro sistema penal y estudiar los términos en que un sistema se define como acusatorio.

II. DISPONIBILIDAD DE LA ACCIÓN Y ACCIÓN PRIVADA. BASES DEL SISTEMA ACUSATORIO IDEAL

La reforma está motivada, entre otros, por la necesidad de acotar el aparato represivo,³ transparentar y democratizar la administración de justicia penal, reordenar los roles de los actores del proceso de conformidad con los sistemas acusatorios e incorporar criterios de disponibilidad de la acción a fin de descomprimir el caudal de casos y racionalizar la respuesta punitiva.⁴

Es así que se establece en qué oportunidades el fiscal puede disponer de la acción, en armonía con el objetivo de alcanzar un sistema acusatorio. La acción penal continúa siendo pública, a diferencia de los sistemas acusatorios ideales (caracterizados por la *iudicia privata*),⁵ aunque se fijan

2. Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación, Remisión al Honorable Congreso de la Nación, 21 de octubre de 2014, Infojus. Sistema informático de información jurídica, pág. 1 y 2.

3. Cfr. Anteproyecto de Reforma del Código Penal de la Nación, Exposición de motivos, pg. 47.

4. Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación, Remisión al Honorable Congreso de la Nación, 21 de octubre de 2014, Infojus. Sistema informático de información jurídica, pág. 1 a 3.

5. Un sistema acusatorio ideal se define por la inexistencia de la persecución penal en manos de un poder centralizado. Con lo cual, prima el principio de oportunidad y al mismo tiempo la acción privada (*iudicia privata*). Cfr. ANITUA, Gabriel I y BORINSKY, Mariano H., "Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales penales europeos", en

reglas de discrecionalidad para los fiscales, de acuerdo con los sistemas acusatorios característicos del derecho anglosajón⁶ (acepción histórica de los procedimientos adversariales).

La acepción ideal del modelo acusatorio implica un proceso con lógicas o dinámicas propias que se caracteriza en su función sistémica por la inexistencia de una finalidad dirigida a la obtención del reconocimiento de culpabilidad coactivamente.⁷ Ahora bien, entendiendo que las modificaciones introducidas a este sistema de enjuiciamiento han conducido por un camino directo al autoritarismo hasta la implantación de la *inquisición*,⁸ elegimos retomar los conceptos que constituyen la base de un sistema adversarial.

De este modo, un sistema acusatorio será entendido en función de los vestigios históricos característicos del Derecho germano: por su característica de adversarialidad y por la inexistencia de un funcionario público como dueño único y absoluto de una contienda.⁹ En consecuencia, por la innecesaria búsqueda de la reconstrucción histórica de los hechos más allá de la investigación que las partes vuelcan en el procedimiento,¹⁰ como herramientas para resolver un conflicto que no deja de ser de la sociedad. Asimismo, debido a la falta de la separación entre infracciones civiles y penales que caracteriza a este modelo, la actuación judicial no puede prescindir del reclamo de la parte interesada.¹¹

La expectativa de una reacción compensatoria ante una contienda se

Hendler, Edmundo S. (dir.), *Sistemas procesales penales comparados*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pp. 454.

6. ANITUA, Gabriel I. y BORINSKY, Mariano H., "Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales penales europeos", en Hendler, Edmundo S. (dir.), *Sistemas procesales penales comparados*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pp. 451 y 452.

7. LANGER, Máximo, "La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado", en HENDLER, Edmundo S. (comp.), *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, pp. 246 y 247.

8. MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal*, Cit. pp. 266.

9. ANITUA, Gabriel I. y BORINSKY, Mariano H., "Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales penales europeos", Cit., pp. 455.

10. Cfr. MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, Tomo I, 2012, 2da edición, 4 reimpresión, p. 266.

11. MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal*. Cit., pp. 264 y 265.

interpone ante la posibilidad de una reacción netamente punitiva¹² si se limita la respuesta punitiva del estado al reclamo de la persona damnificada. De este modo, la exigencia de aplicar el poder penal del Estado se convierte en un límite si se considera que, de no haber un reclamo por parte de quien resulta damnificada de un delito, no se procederá a aplicar el poder punitivo sobre el encausado.

En este sentido, interpretamos que desde el *deber ser* un procedimiento acusatorio debe estar desprovisto de un Ministerio Público Fiscal encargado de representar al estado en la persecución e investigación de las conductas delictivas. En coincidencia con Bovino, consideramos que la división de las funciones de perseguir y decidir, ambas desempeñadas por órganos estatales, por más que sean respetuosos de la garantía de imparcialidad del juzgador, no hacen más que redefinir los términos del sistema acusatorio en términos formales y reproducir el modelo aprehendido en tiempos de la ilustración y vigentes a la actualidad.¹³

Por su parte, en el artículo 30 del nuevo Código Procesal Penal de la Nación (en adelante Nuevo CPPN) establecen los criterios por los cuales se prescinde de la obligación de perseguir la comisión de un delito en caso de aplicación de un criterio de oportunidad, conversión de la acción, conciliación o aplicación de la *probation*.

La disponibilidad de la acción está limitada "si el imputado fuera funcionario público y se le atribuyera un delito cometido en el ejercicio o en razón de su cargo", cuyo acierto ha sido cuestionado.¹⁴ Además, de acuerdo con la letra de la ley, "No puede prescindir ni total ni parcialmente

12. HENDLER, E, "Enjuiciamiento penal y conflictividad social" en Julio B.J. MAIER y Alberto M. BINDER (comps.) *El Derecho Penal hoy (homenaje al profesor D.Baigún)*, Buenos Aires, ed. del Puerto, 1995, pp. 382.

13. BOVINO, Alberto, *et al.*, "Juicio y verdad en el procedimiento penal" en *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 230.

14. TEDESCO, Ignacio se pronunció en el Senado de la siguiente manera: "tal vez un proceso de estas características dura catorce años o cosa por el estilo. No dura tantos años porque los actores judiciales son lentos (...), sino por una estructura que está generada a partir de que el Código Penal señala la acción penal pública y el hecho es indisponible(...)si yo fuera fiscal lo último que haría sería absorber los cien casos, todos juntos, a la vez; permítanme, en todo caso, tomar estos diez, que con diez yo llego a donde usted me diga" Cfr. Reunión plenaria de las comisiones de Justicia y Asuntos Penales y de Presupuesto y Hacienda, 5 de noviembre de 2014.

del ejercicio de la acción penal (...) cuando apareciere como un episodio dentro de un contexto de violencia doméstica o motivada en razones discriminatorias",¹⁵ disminuyéndose aún más el margen de disponibilidad de la acción con el cuenta el Ministerio Público Fiscal, que de por sí, representa los intereses del Estado.

Con lo cual, estas reglas de disponibilidad, plasmadas en el nuevo ordenamiento legal suponen una incongruencia entre los institutos legislados y el tipo de sistema al que se pretende arribar. Para alcanzar el sistema acusatorio, deberían modificar sustancialmente la concepción de los distintos actores sobre el proceso penal, de modo tal que pongan en crisis el modelo de investigación oficial predominante en nuestro país.¹⁶ Lo cual, no solo no se logra sino que, peor aún, se ha creado un aparente aumento de participación en el proceso de las personas lesionadas. Es así que nuestro sistema jurídico mantiene la acción pública y continúa interesándose en ciertos tipos de delitos en los que las personas lesionadas por un hecho delictivo ven sublevada su voluntad a la persecución pública de los órganos del estado.

En cambio, si la víctima fuera quien tiene en sus manos la decisión de continuar el proceso penal, existe una primera barrera al ejercicio del poder estatal mediante la aplicación de una pena. Es el interés generado por la lesión el que debería habilitar, o de no existir inhabilitar, la persecución penal.

III. EL PROBLEMA DE "LA VERDAD"

La definición del sistema acusatorio propuesta, incluye la necesaria adscripción al concepto de verdad formal, entendida tal con la limitación impuesta por la voluntad de las partes.¹⁷ Por contraposición a una noción de verdad material, absoluta o histórica que actualmente sirve de sustento para legitimar la persecución penal como tarea estatal necesaria e ineludible, que impulsa la persecución y aumenta las facultades persecutorias de la justicia penal.¹⁸

15. Código Procesal Penal de la Nación, Libro primero, Principios Fundamentales, Título II, Acción Penal, art. 30.

16. LANGER, Máximo, *ob. cit.*, p. 260.

17. ANITUA, Gabriel I y BORINSKY, Mariano H., *ob. cit.*, p. 449.

18. BOVINO, Alberto, *ob. cit.*, pp. 221 y 222.

Por su parte, Maier conceptualizó al procedimiento penal como "un método regulado jurídicamente de investigación histórica, ya que uno de sus fines consiste en averiguar la verdad acerca de una hipótesis histórica que constituye el objeto del procedimiento".¹⁹ De lo que se desprende que la finalidad del proceso (la búsqueda de la verdad histórica) es lo que habilita la persecución penal pública y obligatoria.²⁰

La cita requiere, para su mejor comprensión, entender que nuestro sistema jurídico pretende alcanzar una verdad histórica, absoluta, realizar una reconstrucción plena de los hechos acontecidos, fundamento por el cual el Estado logra expropiar el rol de la víctima en un proceso penal.

Cierto es que parte de la doctrina entiende que la búsqueda de la verdad es, en el procedimiento penal, algo así como una garantía para el hombre²¹ porque asegura que las decisión adoptada por los jueces no se base en criterios personales.²²

Sin embargo, aún quienes sostienen que se pueden conocer los hechos y que "los criterios de verdad material y los de verdad procesal son equivalentes"²³ asumen que "los hechos no son penalmente objetivos, en el sentido de que su conocimiento no consiste en una recepción pasiva por parte del observador".²⁴

Con lo cual, en definitiva, aun sin considerar que en cada reconstrucción de los acontecimientos existe una tendencia natural a la reinterpretación o deformación de la información,²⁵ la denominada *verdad material* no es más que una verdad aproximativa, un ideal inalcanzable, una ficción.²⁶

19. MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, Tomo I, Buenos Aires, Del Puerto, 2003, p. 847.

20. TEDESCO, Ignacio F., *El acusado en el ritual judicial. Ficción e imagen cultural. Colección Tesis Doctoral Nro. 8*, Bs As, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2007, p. 128.

21. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 541.

22. *Ibid.* pp. 50 y 51.

23. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, "Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II)" en *Jueces para la democracia. Información y debate*. N° 47, Madrid, Edisa, p. 49.

24. *Ibid.*, p. 50

25. HENDLER, Martha, "Verdad procesal y verdad histórica: Juicio y testimonio del pasado (o nada de lo que sucede se olvida, aunque tú no puedas recordarlo)" en *Nueva Doctrina Penal, 2008/B*, C.A.B.A., Editores del Puerto, 2009, p. 647.

26. TEDESCO, Ignacio F., *ob. cit.* p. 129.

Llegados a este punto, es viable cuestionarse respecto de la existencia de la verdad, de la posibilidad de alcanzar la razón pura de las cosas, o si en efecto –tal como sostuvo NIETZSCHE– se trata sin más de una construcción humana enraizada en la necesidad de sobrevivir y conservarse frente a otros individuos mediante la utilización del intelecto.²⁷ Lo que equivale a decir que el conocimiento y la verdad no pueden existir en su valor absoluto, sino que son solo el producto de la creación del lenguaje y los conceptos humanos.²⁸

De esta conceptualización parte Foucault para explicar la conformación de un determinado saber sobre el hombre, su individualidad, que determinará lo normal y anormal y lo que se encuentra dentro y fuera de la norma.²⁹ Entendiendo a la verdad como una serie de reglas de juego arraigadas a un discurso imperante en una determinada sociedad, desarrolla distintas formas de verdad a las que acuden las diferentes formas jurídicas y prácticas penales.

Así, es posible distinguir los procesos que intentan alcanzar una verdad histórica mediante el método de la encuesta, la pregunta, partiendo de aseveración de que existe cierto tipo de continuidad entre las cosas del mundo y el conocimiento mismo y que, por lo tanto, es viable la ilusión de una reconstrucción de la verdad.³⁰ En contraposición, el autor rastrea procedimientos judiciales que se caracterizaron por lo que podría denominarse juego de prueba, en el que no hay un representante de la sociedad ni a quien pudiera detentar el poder, sino que el proceso penal solo existe en la medida de que una víctima lo reclame y se rige por la lucha y la transacción.³¹

Ahora bien, de acuerdo con la lógica planteada, desde los comienzos de la alta edad media, el poder judicial se concentró en un número reducido de personas³² que impartiría las reglas y regularía la resolución de los

27. NIETZSCHE, Friedrich, *Sobre Verdad y Mentira*, Buenos Aires, Ed. MilUno, 2012, pp. 25 a 28.

28. NIETZSCHE, Friedrich, *ob. cit.*, pp. 35 y ss.

29. FOUCAULT, Michel, "La verdad y las formas jurídicas" en *Estrategias de Poder*, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 170 y ss.

30. FOUCAULT, Michel, *ob. cit.*, pp. 178 y 187 y ss.

31. FOUCAULT, Michel, *ob. cit.*, pp. 188 y 205 y ss.

32. ANITUA, Gabriel I, "El principio de publicidad procesal penal: un análisis con base en la historia y el derecho comparado" en HENDLER, E. (comp.), *Garantías penales y procesales penales. Una perspectiva histórico comparado*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 2001, pp. 69 y 70.

conflictos de los adversarios que anteriormente hubieran podido solucionarlos mediante las reglas de la conciliación. De este modo surge el fiscal como nuevo personaje que representa al rey o al señor como lesionado o como nueva víctima pues entiende la infracción como un ataque contra la propia ley estatal.³³ Nace así la *inquisitio*, que no era más que la encuesta, la interrogación a las personas reconocidas respecto de lo que consideran la verdad de lo acontecido (*inquisitio generalis*), o bien para saber si se cometió un crimen, de que tipo y quién es el culpable (*inquisitio specialis*).³⁴ Ahora bien, recordando que la aplicación del castigo se efectúa luego de una confesión que daría luz a la verdad absoluta de las cosas y que dicho pronunciamiento se alcanzaba mediante la tortura,³⁵ podemos terminar de construir el puente que vincula el sistema de enjuiciamiento y tipo de verdad arribada.

Actualmente, las garantías procesales en materia probatoria, no son más que límites a la búsqueda de la verdad para que nuestro procedimiento no conduzca a la utilización de la tortura como forma de investigación.³⁶

IV. EL ROL DE LA VÍCTIMA EN NUESTRO SISTEMA PENAL

El concepto de verdad histórica en procura de la cual se instrumenta el procedimiento penal, es decir la obligación que se auto irroga el Estado de investigar y dar respuesta a todos los conflictos sociales de acuerdo con el principio de oficiosidad,³⁷ hace a un lado a la víctima como parte de la contienda.³⁸

Hoy en día, el daño no se comete a Dios ni al Rey, sino al Estado que, ocupando el lugar del soberano, interpreta que ciertas conductas lo lesionan por el solo hecho de su comisión. De tal modo que, al parecer, deben

33. FOUCAULT, Michel, *ob. cit.*, pp. 211 a 214.

34. FOUCAULT, Michel, *ob. cit.*, p 216.

35. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014, pp. 49 y 50.

36. GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. 124.

37. ANITUA, Gabriel I. y BORINSKY, Mariano H., *ob. cit.* p. 460.

38. BOVINO, Alberto, "La participación de la víctima en el proceso penal", en su *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, p. 89.

quedar fuera del mecanismo de conciliación o cualquier otro criterio de disposición de la acción penal. Pero esto no es todo, pues por intermedio de la figura de la víctima, a cuyos intereses aparentemente se le otorgan mayor reconocimiento, se legitima el castigo estatal.³⁹

La situación descrita es consecuencia de la averiguación de la verdad que estructura el proceso penal, de modo tal de excluir la participación de los particulares en la decisión del caso penal.⁴⁰

La víctima parece ingresar así en el escenario mediante la figura del querellante, posición distinta a la que tenía anteriormente a la instauración del sistema de persecución pública.⁴¹ Lo que implica entender que nuestra víctima, entonces, está pensada para perseguir cuando el Estado no lo hace, pero nunca para evitar el castigo penal o para legitimar un procedimiento basado en la búsqueda de una verdad formal, ni para proponer una solución que considere más conveniente y distinta a la pena de prisión. Todo esto es esperable, si se tiene en consideración que la búsqueda de la verdad es lo que le da impulso a la persecución penal.⁴²

En síntesis, no se presenta el interés de la víctima como una forma de determinación de los supuestos en los que el Estado está o no está habilitado para aplicar el castigo penal.⁴³ Entendemos que, de ser así, implicaría que este último no debería tener interés en iniciar (o en algunos supuestos en continuar) la persecución cuando no lo requiere quien resultare verdaderamente lesionada o lesionado.⁴⁴

Por su parte, prestigiosos doctrinarios penalistas han evidenciado que el empoderamiento de la víctima y el progresivo reconocimiento de sus intereses ha conducido lentamente a un inevitable neopunitivismo.⁴⁵

Sin embargo, no podemos más que coincidir parcialmente con afirmaciones de este tipo. Por el contrario, consideramos el problema parece radicar no tanto en las posibilidades de intervención que se les otorga en nuestro ordenamiento jurídico. Sino en el aprovechamiento de los intereses

39. BOVINO, Alberto, *ob. cit.*, pp. 91.

40. BOVINO, Alberto, *ob. cit.*, p. 221.

41. BOVINO, Alberto, *ob. cit.*, pp. 89 a 91.

42. BOVINO, Alberto, *ob. cit.*, p. 222.

43. ANITUA, Gabriel I. y BORINSKY, Mariano H., *ob. cit.*, pp. 460 a 462.

44. ANITUA, Gabriel I. y BORINSKY, Mariano H., *ob. cit.*, pp. 461.

45. MAIER, Julio, "La víctima y el sistema penal" en *Directora Pierini Alicia, Revista Pensarjusbairenses*, Año 1, N° 1, Ed. Jusbairenses, agosto 2014, pp. 23.

de las personas damnificadas con la única finalidad de ampliar el poder punitivo⁴⁶ y para iniciar o continuar la persecución penal cuando el Ministerio Público Fiscal no lo hace. Cuando la utilidad de su participación (la de la persona lesionada) podría servir para reducir la aplicación del castigo penal, o bien cuando implicaría un castigo distinto a la pena de prisión (por ejemplo, si le interesara un resarcimiento económico o que el imputado realice algún tendiente a la reinserción social), la justicia desconoce su interés bajo el pretexto de que el Estado debe punir.⁴⁷

Por su parte, el nuevo CPPN pretende revitalizar el rol de la víctima en el procedimiento, colocándola en un pie de igualdad con la persona imputada de un delito y otorgándole a ésta también ciertas garantías. Ahora bien, no surge ni de la exposición de motivos del Anteproyecto de Reforma, ni de la transcripción del debate parlamentario, que la decisión esté vinculada al carácter adversarial que debiera presentar nuestro procedimiento penal. Por el contrario, han dejado sentado que esta mayor participación y –en particular la introducción de la conciliación como instituto innovador que reconoce la decisión de las partes– son útiles en la medida en que desagotan los juzgados y tribunales con causas que al estado no le interesan y acorta los plazos de los procesos penales.⁴⁸

Los diputados de la Nación, entendieron que actualmente existe cierto grado de disponibilidad de la acción, que al no estar regulada por el CPPN, se produce de hecho, abandonando las causas en los escritorios,⁴⁹ motivo por el cual se acude a esta innovación legislativa. Ahora bien, al reflejar que el actuar de los funcionarios públicos se torna problemático por la falta de

46. Entendemos como única finalidad el aumento del poder punitivo, pues la víctima obtiene reconocimiento en la medida en que persiga como querellante. Por su parte, el margen que se le otorgó para desistir de la acción es mínimo, aun si consideramos las posibilidades de efectuar una conciliación que prevé el nuevo Código Procesal Penal de la Nación.

47. Así por ejemplo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 34 del nuevo Código Procesal Penal de la Nación, el Estado se reconoce a sí mismo la obligación de perseguir e investigar los delitos en los que media violencia. De otro modo no se explicaría cuál es el motivo por el cual se los excluye de la posibilidad de acudir a un instituto compositivo.

48. HCDN, Versión taquigráfica de la votación del Código Procesal Penal de la Nación ley 27.063, Exposición de la Dra. Comelli, prr. 19 y 20. Consultado el 5 de febrero de 2015 en [http://www1.hcdn.gov.ar/sesionesxml/provisorias/132_25.htm].

49. HCDN, Versión taquigráfica de la votación del Código Procesal Penal de la Nación ley 27.063, Exposición del Dr. Dato, párr. 8. Consultado el 5 de febrero de 2015 en [http://www1.hcdn.gov.ar/sesionesxml/provisorias/132_25.htm].

regulación, están interpretando la disponibilidad de la acción y la voluntad persecutoria del Estado como un interés público que le continúa interesando a este último y que no guarda relación con el interés (o desinterés) de la víctima. El Estado cede la investigación y persecución, mas no lo hace en interés de la persona damnificada, sino de acuerdo con los supuestos en que fácticamente se veía impedido de hacerlo, sea esto por desinterés propio o bien sea porque el excesivo caudal de causas penales en trámite obligaba al personal de los juzgados a realizar una selección.⁵⁰

Con lo cual la nueva implementación no es una tendencia al proceso adversarial ni a un reconocimiento de los intereses/derechos de las víctimas, sino un medio para que los particulares persigan lo que la burocracia estatal no alcanza. Visto de ese modo, la voluntad persecutoria del Estado se camufla en el aparente derecho de una víctima que tiene un margen de decisión para clausurar una causa tan estrecho como insignificante.⁵¹

Entendemos que esta compleja interpretación se enraíza en la incapacidad de entender que el rol de la víctima en el proceso penal no tiene como función desagotar las vías judiciales,⁵² sino que más bien determina uno de los puntos esenciales que definirán un proceso como acusatorio, despojando al Estado de su rol como interesado principal, como titular de la pretensión material, en la contienda.⁵³ Entonces, la acción debe ser disponible no tanto porque en la práctica los jueces y/o fiscales resten atención

50. BOVINO, Alberto; LOPARDO, MAURO y ROVATTI, Pablo, *Suspensión del procedimiento a prueba. Teoría y práctica*, Bs. As., Del Puerto, 2013, p. 17 y 21.

51. A lo largo del presente trabajo, plantaremos las múltiples limitaciones que se imponen al actuar de una víctima que quisiera resolver mediante un instituto compositivo su conflicto. Sin embargo, cuando de perseguir un delito se trata, los derechos de las víctimas se han aumentado cuantitativa y cualitativamente. Así, en el Art. 79 del nuevo código procesal penal, se le permite examinar documentos y actuaciones, requerir la revisión al fiscal superior de la solicitud de desestimación, archivo, la aplicación de un criterio de oportunidad o el sobreseimiento por parte del Fiscal. Además, el art. 85 del mismo cuerpo normativo reconoce al querellante autónomo, que podrá provocar la persecución penal, intervenir en la investigación ya iniciada o inclusive se unifique la personería con entidades del sector público.

52. *Cfr*: HCDN, Versión taquigráfica de la votación del Código Procesal Penal de la Nación ley 27.063, Exposición de los Sres. Diputados Giannettasio, Dato, Fernández Sagasti y Di Tulio. Consultado el 5 de febrero de 2015 en [http://www1.hcdn.gov.ar/sesionesxml/provisorias/132_25.htm].

53. ANITUA, Gabriel I. y BORINSKY, Mariano H., *ob. cit.* p. 459.

a una causa que consideran menos relevante o inconveniente investigar, sino porque no exista una persona que como damnificada tenga interés en la aplicación de una pena, en la persecución de un delito o en la resolución de un problema por intermedio de un juicio.

Intento evidenciar que actualmente, y pese a reformar el CPPN en la búsqueda de sistema acusatorio, se interpreta que la víctima y la atención a sus intereses son necesarios solo en la medida que ayudan a desagotar las vías judiciales y no en tanto propendan a un sistema acusatorio ideal.⁵⁴ El interés de la víctima únicamente adquiere relevancia en tanto concuerde y compatibilice con aquellas causas que "de hecho" serían susceptibles de disponer de la acción, pero no así en aquellas en que en la práctica el Estado, los fiscales, tuvieron la curiosidad o el interés (aún contrario al de las víctimas) de investigar y perseguir.

Por su parte, la faceta acusatoria de implementar un mecanismo nuevo que permite a la persona damnificada y a la imputada resolver una contienda penal, solo está estudiada por los legisladores desde la igualdad de armas entre las partes –lo cual deviene sumamente necesario en la incorporación de este tipo de alternativas como la conciliación–. En ningún momento se invoca la devolución del interés en el conflicto a quien resultó lesionado, como un abandono del estado de la búsqueda de una verdad histórica. Tampoco desde el reconocimiento de que es la persona damnificada quien conserva un interés verdadero en el resultado del procedimiento.

V. CONCILIACIÓN ¿REVOLUCIÓN O APARIENCIA?

Con la Ley 27.063 nos encontraremos ante la posibilidad de acudir a la conciliación, un instituto propio de un sistema judicial adversarial –en tanto permite que las partes resuelvan la contienda– de modo tal que el Estado prescinda de la persecución en carácter de afectado por la infracción y en consecuencia, también de su voluntad de arribar a la verdad histórica de los hechos.

54. No parece casual que la acción de la víctima coincide con los criterios de oportunidad aplicados en los países de nuestra tradición jurídica. *Cfr.*: BOVINO A.; LOPARDO, M. Y ROVATTI, P., *La suspensión*. Cit. p. 29.

Esto parece, *prima facie*, una revolución en nuestro ordenamiento procedimental. Sin embargo, la redacción final de este mecanismo de composición dista mucho de serlo, pues cuenta con fuertes limitaciones en su aplicación, que prácticamente lo desvirtúan. Entendemos, así, que el código no es una propuesta transformadora sino que viene a legalizar un estado de cosas existente antes de su sanción.

La aplicación del instituto está limitado por las restricciones impuestas de modo genérico a todas las reglas de disponibilidad de la acción. Además, se suma que la conciliación está particularmente limitada a "...casos de delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado de muerte".⁵⁵

La delimitación a las imputaciones por delitos patrimoniales indicaría que los legisladores no reconocen la posibilidad de reparar daños inmateriales ni que existen penas distintas a la prisión y por lo tanto la reparación puede implicar una pena en sí misma. Tampoco se estudia la justicia desde su aspecto resarcitorio, sino que es abarcada bajo la concepción retributiva, temiéndose entonces que un acuerdo entre víctima e imputado no derivare en la pena de prisión.⁵⁶

Esta noción de reparación —¿o retribución?—, poco se asemeja con la idea de restituir objetiva o simbólicamente el *statu quo ante*,⁵⁷ de acuerdo con lo que la víctima considere satisfactorio. Esto se genera porque, a decir verdad, en la toma de decisiones penales no hay un enfoque que efectivamente resulte respetuoso de las elecciones de las personas a las que se dice representar.⁵⁸

Es por eso que la posibilidad de establecer una justicia restaurativa está limitada a los casos en que se puede reparar patrimonialmente, mientras que aquellos en que el daño excede el carácter patrimonial, se implementa

55. Código Procesal Penal de la Nación, Libro primero, Principios Fundamentales, Título II, Acción Penal, art. 34.

56. MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro E., "La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria", en *Prolegómenos – Derechos y Valores*, Volumen X, N° 20, Bogotá, 2007, p. 201.

57. BOVINO, Alberto; LOPARDO, Mauro y ROVATTI, Pablo, *ob. cit.*, p. 50.

58. GARGARELLA, Roberto, "Democracia y Derecho Penal" en *Revista En Letra. Reforma al Código Procesal Penal de la Nación y Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, Año II, N° 3, Tomo I, 2015, p. 26.

un modelo retributivo. La prueba de esta problemática, es justamente la situación que se plantea en que la víctima no puede conciliar so pretexto de que el estado debe punir.⁵⁹

Por su parte, ROXIN –trayendo a colación las nociones de reparación y pena que oportunamente había expuesto BINDING– ha sabido explicar que existe cierta resistencia a entender que la reparación implica un tipo de pena.⁶⁰ Lo interesante de su exposición, es que arguye como responsable de esta situación a la tajante separación entre derecho civil y penal que los juristas realizan a menudo. El autor critica el tratamiento que se le da a esas dos ramas como si fueran sistemas jurídicos diferentes.⁶¹

Salvando las diferencias entre la reparación como medio de satisfacción del interés del ofendido y la conciliación como medio para decidir sobre una acción que actualmente es pública e indisponible, la problemática planteada en torno al instituto de la conciliación es muy similar. El Estado continúa atendiendo a un principio acusatorio netamente formal. Por eso, la posibilidad de que el ofendido decida sobre el curso que debería seguir la acción incoada en virtud de su ofensa se habilita únicamente en los delitos "con contenido patrimonial cometidos sin que medie grave violencia" o en los "culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado de muerte". Estos enunciados que a simple vista parecen ser dos excepciones a la composición penal, en realidad acaban por sentar una regla general inversa.

El problema emerge de la semejanza que guarda con el derecho civil, lo que genera que la reforma pierda su radicalidad y solo sea viable pensar formalmente en un sistema acusatorio y no en un efectivo principio de oportunidad sobre la base de la acción privada.

De este modo, al igual que las conclusiones vertidas por ROXIN, se remite todo "...lo que le sirve a la víctima del Derecho penal al civil, entonces, restan solo como fines de la pena todavía discutibles la retribución, la prevención especial y la prevención general".⁶²

59. Esta situación no dista mucho del Código Procesal Penal de la Nación propuesto por el Dr. Levene, sancionado el 21 de agosto de 1991 por Ley 23.984, en el que ya en su proyecto original (oportunamente aprobado por la Cámara de Senadores) se preveía que la intervención de la víctima se limitaba al de un actor civil a los fines de obtener una reparación pecuniaria.

60. ROXIN, Claus, "La reparación en el sistema de los fines de la pena" en *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 1992, pp.135.

61. *Ibid.*, 135- 137.

62. ROXIN, Claus, *ob. cit.*, pp. 137.

Ahora bien, la separación entre estas ramas de las ciencias jurídicas, obstaculizan las vías de solución de conflictos por composición y genera cada vez menos confianza en la justicia penal. Dicho esto, quiero agregar que permitir cierto grado de disponibilidad de la acción, lejos de fomentar la venganza privada,⁶³ la impartición de justicia por parte de los particulares o de contribuir a la ruptura de la paz social –que son los motivos por los que se sostiene que la pretensión penal le corresponde al estado⁶⁴– abrirá al dialogo entre los individuos partes de un conflicto en común⁶⁵ y que perteneciendo a una misma sociedad, se entienden enfrentados.

VI. EL PROBLEMA DE LA FRAGMENTACIÓN SOCIAL. LA CONCILIACIÓN COMO MECANISMO DE COHESIÓN

Los mecanismos de mediación o conciliación, permiten que la víctima y el agresor participen activa y personalmente en la solución de un conflicto generado y que a través del diálogo puedan arribar a una solución para el daño causado por el ilícito penal.⁶⁶

Mediante este tipo de procedimientos, el agresor admite su responsabilidad y percibe la configuración delictiva de su actuar y el alcance de su accionar al mismo tiempo que se alcanza un equilibrio entre las partes que dialogan. Por su parte, es una alternativa, lo que significa una vía distinta, de resolución de conflictos que no por ello excluye la vía judicial. Es un método complementario al proceso que evita la confrontación y permite un nuevo procedimiento que se caracterice por la flexibilidad de las formas y hasta del vocabulario.

La posibilidad abierta por los procedimientos de composición que habilitan un espacio de diálogo y satisfacción de los intereses personales sobre la base de la voluntad y los intereses de los partícipes del conflicto,

63. BOVINO, Claus, "La participación de la víctima en el proceso penal", en *su Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, pp. 91.

64. BAUMANN, J, *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1986, pp. 10 y 11.

65. MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro E., *ob. cit.*, p. 203.

66. La experiencia en París, demostró que muchas víctimas no tenían interés en la persecución penal como tampoco hacían diferencias entre un problema civil y uno penal. Cfr. BOVINO, A.; LOPARDO, M. Y ROVATTI, P., *Suspensión del procedimiento, ob. cit.*, notal pie p. 51.

adquiere mayor relevancia si se la estudia a la luz de las ciencias sociales, desde las cuales se han venido problematizando la situación de individualización y descomposición social.⁶⁷ La fragmentación de la sociedad, la creación de grupos e identidades comunitarias dentro de una misma sociedad, los bajos niveles de cohesión social y la necesidad permanente de las personas de demostrar la pertenencia a un sector, grupo o clase y la distancia o diferencia con el otro, es un asunto sumamente complejo al que hacen caso omiso las políticas criminales.

Sin embargo, la situación es de tal magnitud, que casualmente la exclusión tiende a señalar, apuntar y rechazar a aquel sector que por diversas características es criminalizado⁶⁸ o al menos desde el inconsciente colectivo se lo relaciona con la delincuencia y que se convierte en el "ofensor en verdad peligroso".⁶⁹ Por lo demás, agrega PITCH al estudiar la cuestión criminal, "la inseguridad, incertidumbre, miedo, el imperativo de la prevención, y por lo tanto, de la evitación de aquello que es construido como riesgoso (los extranjeros, los distintos), ya de por sí inducen a buscar refugio en lo conocido, en las relaciones con quienes se nos asemejan (las comunidades de cómplices de las cuales habla Bauman)".⁷⁰

La fragmentación social que opera como generadora de miedo⁷¹ y éste como impulsor de los reclamos de mayor seguridad que se producen en la sociedad;⁷² habilitan la expansión del derecho penal⁷³ mediante la gestión de la inseguridad.⁷⁴

67. PITCH, Tamar, "Prevenir y castigar" en *Nueva Doctrina Penal*, 2008/B, Bs. As., Del Puerto, 2009, pp. 594 a 596.

68. RODRÍGUEZ ALZUETA, Esteban, *Temor y Control. La gestión de la inseguridad como forma de gobierno*, Bs. As., Ed. Futuro Anterior, 2014, pp. 31 y 32.

69. PITCH TAMAR, *ob. cit.* pp. 590

70. PITCH, TAMAR, *Cit.* pp. 596.

71. SEGATO, RITA L, *La escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez*, Buenos Aires, Tinta Limón, 2013, p. 6.

72. RODRÍGUEZ ALZUETA, Esteban, *ob. cit.* pp. 65 a 68.

73. Lo que se efectiviza con medidas tales como levantamiento de rejas en zonas linderas a barrios precarios, promoción del aumento de penas (como lo fue el caso de las leyes "Blumberg" dictadas en el 2004 –ley 25.892-), legislación de nuevas figuras delictivas o agravantes (como lo fue el femicidio en casos de violencia de género), entre otros.

74. Para mayor profundidad ver CASTRO GOMEZ, SANTIAGO, *Historia de la gubernamentalidad. Razón de Estado, liberalismo y neoliberalismo en Michel Foucault*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2010, p. 68 y ss.

Con ello es que se cierra un círculo de retroalimentación positiva: la falta de intervención de las personas ofendidas por la comisión de un ilícito colabora a la separación social, impide la comprensión de los hechos global y acabadamente, deshumaniza al imputado y acentúa el resentimiento social al no ver solucionado su problema. A su vez, la presión social legítima el discurso jurídico vigente en pos de una mayor intervención estatal en la justicia penal y en la persecución y castigo de todos y cada uno de los actos de a priori podría considerarse delictivos.

Por otra parte, lejos de lo imaginable, la experiencia⁷⁵ ha demostrado que el actuar de los individuos al participar de un proceso penal –sea o no como parte– teniendo incidencia en la resolución de un conflicto, es sensato y distintivo del sensacionalismo mediático. En nuestro país, la participación ciudadana en casos graves (que parecen ser aquellos en los que el legislador temió ceder la acción penal pública y obligatoria) está marcada por la incorporación del juicio por jurados en las distintas provincias, y ha demostrado que la población participa con una valorativa conciencia⁷⁶ si tiene la oportunidad de inmiscuirse en el procedimiento y en la realidad de las personas imputadas, tanto como de las reales consecuencias que el sistema penal tiene para ellas y para su futuro.⁷⁷

Por su parte, en lo que hace a la mediación de casos penales complejos en otros países, la práctica ha llevado a concluir que "...si uno sondea la sensación del público en general, ellos quieren un castigo para cada delito. Sin embargo, cuando uno se maneja con casos individuales identificando las situaciones y habla con las víctimas del delito muy a menudo se encuentra con éstas no quieren tanto castigo y, están conformes con

75. HENDLER, Edmundo S., "Enjuiciamiento penal y conflictividad social", en MAIER, Julio B.J. y BINDER, Alberto M. (comps.), *El Derecho Penal Hoy. Homenaje al Prof. David Baigún*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995, pp. 378 y 379.

76. A modo de ejemplo, en Córdoba el jurado de enjuiciamiento funciona por Ley 9.182 desde el año 2005. Tras el primer caso en que se llevó a cabo un juicio por jurados, las columnas de opinión en los periódicos de la zona exponían que había sido una experiencia alentadora y que implicaba un mejoramiento de la relación justicia-sociedad. Además, en el caso "Bachetti Sebastián Alejandro y otra s/ Homicidio calificado por el vínculo. Expte B135579/2006" de la Cámara Criminal Nro. 11 de la ciudad de Córdoba el jurado mostró una posición contraria a las exigencias de endurecimiento de leyes penales, desechando así la aplicación de la pena perpetua.

77. HENDLER, Edmundo, "Sensatez y conocimientos. El jurado en la provincia de Córdoba", en *Revista Derecho Penal*. Año I, N° 3. Ediciones Infojus, pp. 171 a 185.

la mediación..." y que "...incluso en los delitos más graves, la mayoría de las personas lo aceptan porque ayuda a bajar el nivel del delito en la comunidad".⁷⁸

Asimismo, cabe añadir que una crítica que se le ha realizado al funcionamiento del sistema penal radica en su extrañeza y extravagancia para la sociedad, quien percibe desde la arquitectura del palacio de justicia hasta el proceso en sí mismo, como un enigma indescifrable.⁷⁹ Esto se debe a que no participan el sistema, así como tampoco en la elección de personas físicas que ocuparán los cargos decisivos en cuestiones tan sensibles para la sociedad. De pleno acuerdo con Neuman, "en los tribunales se vive, se trabaja, en y por conflictos ajenos. El ser humano se va descorporizando atrapado en las redes del proceso, sus oscuras entrañas y laberintos. Pasa a ser un expediente (...) Víctima y victimario quedan a la mala de Dios".⁸⁰

Entonces, el ambiente judicial se convierte, hasta en lo que respecta a su espacio físico, en laberintos con pasillos y escaleras de los cuales no pueden salir, tal como lo supo describir Kafka.⁸¹ Consecuentemente, pese a que pudiera hablarse de la publicidad del juicio, aún si alguna persona ajena al ambiente jurídico tuviera en sus manos un expediente, el mismo será no más que la puerta de ingreso a aquella ley a la que nunca pueden ingresar, como si fácticamente existiera un gigantesco guardián.⁸²

La sensación de ajenidad no se limita a los individuos que no conocen de leyes y tampoco ha sido desconocida por los legisladores a la hora de implementar la reforma. Esta afirmación está sustentada en el debate producido en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, oportunidad en la que se motivó la votación en favor de la reforma, desde el entendimiento de que la mayor participación de la víctima y el imputado rompe con el

78. "Mediación en materia penal. Entrevista a David Wasik" en *Revista La Trama. Revista interdisciplinaria de mediación y resolución de conflictos*, número 1, 2002, consultado en [http://www.revistalatrama.com.ar/contenidos/larevista_articulo.php?id=2&ed=1] el 21 de enero de 2015.

79. TEDESCO, Ignacio, *El acusado en el ritual judicial. Ficción e imagen cultural. Colección Tesis Doctoral Nro. 8*, ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2007, p. 229 y ss.

80. NEUMAN, Elías, *Mediación y conciliación penal*, Buenos Aires, De Palma, 1997, p. 25

81. KAFKA, FRANZ, *El proceso*, 3° ed., Bs. As., Altamira, 1946, pp. 61 y ss.

82. KAFKA, FRANZ, *ob. cit.* pp. 182 y 183.

desconocimiento de cómo funciona el procedimiento judicial y acerca a la sociedad la idea de una justicia posible.⁸³

VII. ACCIÓN PENAL INDISPONIBLE Y NEOPUNITIVISMO DE GÉNERO

Existe una problemática particular en torno a los delitos relacionados con algún tipo de discriminación por género o de violencia intrafamiliar que emerge de la aplicación de la persecución penal como el medio por excelencia para resolver este tipo de problemáticas.⁸⁴

Es posible advertir en este mismo sentido, que en los últimos años, al tiempo en que se reconoció la desigualdad entre los géneros femenino y masculino, y que se iluminaron las problemáticas que frecuentemente obstaculizaban el acceso a la justicia de las mujeres y el derecho como una construcción discursiva patriarcal, se ha enarbolado como bandera la necesidad de apropiarse de los estratos judiciales y del derecho penal⁸⁵ en búsqueda de juicio y castigo.

Así, se produce una tensión entre los derechos humanos como límite al poder punitivo estatal y la igualdad de género como un derecho humano que habilita mayor aplicación del derecho penal.⁸⁶

Esta tendencia generó una expansión de los tipos penales⁸⁷ y una mo-

83. HCDN, Versión taquigráfica de la votación del Código Procesal Penal de la Nación ley 27.063, Exposición de la Dra. Giannettasio, par. 8 y 9. Consultado el 5 de febrero de 2015 en [http://www1.hcdn.gov.ar/sesionesxml/provisorias/132_25.htm].

84. Cfr. MARTÍN SÁNCHEZ, MARÍA, "Derechos Fundamentales y delitos de violencia de género. Más allá de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género" ponencia expuesta en el XI Congreso de Asociación de Constitucionalistas de España ACOES, pp. 6 a 12. Consultado el 15 de marzo de 2015 en [<http://www.acoes.es/congresoXI/pdf/Ponencia-MariaMartin.pdf>].

85. POBLETE BRAVO, MARÍA P, "De la norma a la acción: rompiendo las barreras invisibles del acceso a la justicia" en *Género, sexualidades y derechos humanos. Revista electrónica semestral del programa Mujeres, Género y Derechos Humanos*, vol. I, N° 2, Ed. Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, julio de 2013, p. 32.

86. Cfr. BERTOLA, CINDI, "Análisis y crítica de la regulación normativa del querellante" en *Revista En Letra Reforma al Código Procesal Penal de la Nación y Anteproyecto de Reforma de Código Penal de la Nación*, Año II, N° 3, Tomo I, 2015, p. 136.

87. JULIANO, MARIO A.; ÁVILA, Fernando y VITALE, Gustavo L, "Violencia contra la mujer como instrumento de represión: ¿otro castigo penal a los pobres?" en *Revista Derechos Humanos*, Año II, N° 3, pp. 58 a 64. Consultado el 15 de marzo de 2015 en [<http://www>].

rigeración de las garantías constitucionales⁸⁸ para las personas encausadas en un proceso de esta índole, al enfocar los reclamos en las vías judiciales y las respuestas penales.⁸⁹

No es noticia la existencia de un serio conflicto de interés entre la defensa universal de los derechos humanos y la promoción de la persecución penal. En este sentido, algunos años atrás, se explayó PASTOR en un polémico artículo en el cual postuló la existencia del neopunitivismo como la expansión penal de forma deshumanizada y tendiente a justificar una legislación y una aplicación judicial del derecho que impulsa el intervencionismo y la restricción de numerosas garantías político-criminales clásicas.⁹⁰

En la misma línea argumentativa, sostuvo firmemente que hay una inflación penal fundada en la consideración simbólica del derecho penal como medio para resolver los conflictos sociales. También, responsabilizó a los organismos internacionales de protección y organizaciones de activistas que consideran que la reparación de la violación de los derechos humanos se logra primordialmente por medio del castigo penal. Esta situación es denunciada como un escollo de dichas organizaciones, pues los derechos humanos han surgido históricamente como un medio para poner un límite al poder punitivo del estado.

La situación descrita es susceptible de ser traspolada al modo de resolver los problemas de violencia de género. En este sentido, no es novedoso que frente al impulso del reconocimiento del estado de indefensión de las mujeres ante estas problemáticas, se buscó una solución legislativa tendiente a aumentar el poder punitivo.⁹¹

infojus.gob.ar/doctrina/dacfl130353-avila-%20violencia_contra_mujer_como.htm%3b%20jsessionid=uegxf90vpqfm1ijb9655xkrly?0&src=RVDHU003].

88. BOUVIER, Hernán G., "Observaciones sobre una variante de neopunitivismo. El problema de los abusos sexuales a menores" en PASTOR, Daniel (dir.), *Problemas Actuales del Derecho Procesal Penal*, Bs. As., Ad Hod, 2012, pp. 385 a 392.

89. Cfr. POBLETE BRAVO, María P., "De la norma a la acción: rompiendo las barreras invisibles del acceso a la justicia" en *Género, sexualidades y derechos humanos. Revista electrónica semestral del programa Mujeres, Género y Derechos Humanos*, vol. I, N° 2, Ed. Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, julio de 2013, p. 32.

90. PASTOR, Daniel, "La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos", en *Nueva Doctrina Penal*, 2005/A, Buenos Aires, Del Puerto, pp. 73 a 114.

91. Un claro ejemplo de esta situación, quedó evidenciado con la sanción de la ley de Violencia de Género (Ley N° 26.791 Boletín Oficial 14/12/12), por la que se incorpora un

Resulta menester destacar que los estudios relativos a la aplicación de esta nueva figura penal han demostrado su inutilidad a la hora de solucionar conflictos de tal magnitud mediante la aplicación del derecho penal.⁹²

Una situación similar se discute actualmente a partir del fallo Góngora,⁹³ que marcó un antes y un después en la posibilidad de solicitar se suspenda un proceso a prueba, pues sentó un nuevo marco interpretativo del sentido del término "sanción" previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, entendiéndose que "*las alternativas distintas a la definición del caso en instancia de debate oral es improcedente (...)*".⁹⁴

A partir de este caso, la Corte modificó rotundamente la interpretación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace de la obligación de sancionar de los Estados. Los precedentes en esta materia han dejado sentado que es posible imponer sanciones con medidas no penales⁹⁵ así como también recomendó –con explícita consideración de lo establecido en materia de violencia de género–, que los Estados establecieran formas alternativas a las judiciales más rápidas y efectivas la solución de estos conflictos.⁹⁶

A su vez, siguiendo este correlato de ideas, resulta necesario destacar que los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, teniendo en cuenta los instrumentos internacionales en materia de violencia de género y formas de discriminación contra la mujer, establecen que los Estados Miembros de la OEA "*deberán incorporar (...) una serie de medidas sustitutivas o alternativas a la privación de libertad*".⁹⁷

nuevo agravante –el inciso 11- al delito de homicidio, dando a luz a una infructuosa figura denominada femicidio o feminicidio.

92. Cfr. VILLANUEVA FLORES, Rocío, "Tipificar el feminicidio: ¿La huida simplista al derecho penal?", en *Contribuciones al debate sobre la tipificación penal del feminicidio/femicidio*, Lima, CLADEM, 2011, pp. 147 a 170.

93. CSJN, 23/4/2013, "G.61.XLVIII. Recurso de hecho" Góngora, Gabriel Arnaldo s/causa n° 14.092.

94. Góngora. Cit 66, considerandos 6 y 7 del voto de la mayoría.

95. Cfr. CORTE IDH, Castillo Petruzzi, sentencia del 30/5/99, párrafo 121 y sig.

96. Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA, Informe N° 54/01, en el caso Nro. 12.051, del 16/4/01, recomendación Nro. 4.c.

97. Cfr. Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas, Principio III, punto 4.

Tal como intenté exponer en los párrafos precedentes, el problema imperante entre las problemáticas en torno a la violencia de género y los derechos humanos, resultan ser la necesidad de acudir a un juicio y a su consecuente sanción penal como mecanismo por excelencia de resolución de un conflicto que, a decir verdad, tiene raigambre netamente social.

Considero que ello se debe a la concepción respecto del juicio como un modo de alcanzar la verdad de un acontecimiento histórico. En consecuencia, se interpreta el concepto de "juicio oportuno" aludido en la Convención Belém do Pará –artículo 7 "f"– como la realización de un juicio oral⁹⁸ o la búsqueda de una verdad material.

Tal como expliqué al comienzo de este trabajo, el proceso penal pretende ser la herramienta por medio de la cual, si se la usa diligentemente, se logra conocer el modo en que sucedió un *crimen*. Reglado minuciosamente, el debate oral y público se muestra como el momento en el que las partes podrán acceder finalmente a la verdad que se descubre a partir de un juego de enunciados falaces y verídicos. Ante aquella revelación y como forma de remediar el daño, entra en escena la sanción de pena de prisión, como la acción por antonomasia que puede emprender el Estado para "*modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres (...) para contrarrestar prejuicios y costumbres (...) que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer*" (Art. 8 "b" de la Convención precitada)

Llegados a este punto, la pregunta obligada es: ¿puede usarse el discurso jurídico ya no como vehículo para la opresión femenina sino como herramienta capaz de modificar y deconstruir la moral tradicional heterosexista?

La experiencia ha indicado que el derecho penal es inútil e insensible a las cuestiones relativas a la violencia de género, por lo tanto es momento de buscar nuevas alternativas.

98. MACIEL, Mariano P., "Desandando las huellas del fallo Góngora" en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año IV, N° 7, 2014, Ed. La Ley, pp. 117 y ss.

VIII. CONSECUENCIAS DE NO CONCILIAR CAUSAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Acudir al poder punitivo como solución a cuestiones sociales que guardan relación con la desigualdad estructural sexista, presenta algunas problemáticas de particular interés.

En primer lugar, se convierte un problema social y político en un mero conflicto interpersonal en el que, además, la mujer se ve reducida a un estereotipo falso de "mujer víctima".

En segundo lugar, se advierte que el procedimiento ordinario, el juicio penal propiamente dicho, debido a la indisponibilidad de la acción no puede responder a los ciclos emocionales por los que atraviesa una mujer hasta tanto consiga realmente desnaturalizar la violencia.⁹⁹ La conciliación, en este sentido, si no contara con las limitaciones para su aplicación, sería un instituto sumamente idóneo para permitir que la víctima de un delito de violencia doméstica o violencia discriminatoria pueda decidir respecto de la solución a la que arribará la causa penal sin necesidad de evadir el procedimiento mediante artulugos procesales que hasta podrían obligarla a incurrir en un falso testimonio en el afán de no condenar a su agresor.

En tercer lugar, la limitación a la autocomposición convierte en "mujer víctima" a la persona damnificada y la obliga a cargar con estereotipos, re-victimizándola.¹⁰⁰ De este modo, el sujeto de derecho cuya protección especial sustenta la decisión del legislador, se transforma en objeto de derecho al ver cercenada su capacidad de decidir o de expresar su voluntad como lo haría cualquier otra persona lesionada por otro tipo de delito en el que no mediere violencia por discriminación. Así, verbigracia, en un supuesto de robo en el que concurre algún caso de violencia que los jueces pudieran considerar que está basada en la discriminación (por ejemplo, si el ladrón le pega o toca alguna parte de su cuerpo), no podrá decidir res-

99. DI CORLETO, Julieta, "Medidas alternativas a la prisión y violencia de género" en *Género, sexualidades y derechos humanos. Revista electrónica semestral del programa Mujeres, Género y Derechos Humanos*, vol. I, N° 2, Ed. Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, julio de 2013, pp. 10 y ss.

100. GONZÁLEZ BODELON, Encarna, "La violencia contra las mujeres y el derecho no androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo" en *Laurenzo, Patricia, Maqueda María L. y Rubio Ana (coord.) Género, Violencia y Derecho*, Bs. As., Del Puerto, 2009, pp. 231 y ss.

pecto de la mejor forma de resolver la contienda como si podría hacerlo un hombre víctima del mismo tipo de delito.

Nuestro actual proceso penal ha sido arduamente criticado por los más reconocidos doctrinarios por el ineficiente rol que ocupa la víctima que, ante la existencia de un delito –visto desde su contracara sería ante la imposibilidad de protección a la persona damnificada por parte del estado-, la víctima se convierte en un espectador que no tiene decisión en el conflicto.¹⁰¹ La sanción del nuevo código parece reconocer esta falencia y los legisladores aparentemente intentaron ofrecer a la población una versión mejorada de nuestro procedimiento penal. Sin embargo, en el tratamiento que se le da a los casos de violencia por discriminación hay un desconocimiento de reconocer a los cuerpos feminizados como personas capaces de resolver un conflicto penal que las lesiona.

En este sentido, si se le permitiera a las víctimas de violencia por discriminación acudir a un mecanismo que se sustenta sobre la base de la igualdad entre las partes que intentan arribar a un consenso, se les permite un espacio de lucha discursiva dentro del discurso jurídico legitimado. Es así que se posibilita la intervención en el reparto de los lugares y funciones de la sociedad, de la sensibilidad del mundo, volviendo visibles a los cuerpos feminizados, frente a sus agresores que no podían verlos.¹⁰²

De lo contrario, las víctimas de estos delitos cuya conciliación está impedida por la ley, se convertirían, en términos de Aristóteles, en meros animales que como tales no pueden definir lo justo y lo injusto, pues no poseen palabra sino solo voz para señalar el dolor y la pena.¹⁰³ Por su parte el derecho no hace más que reproducir el orden social instaurado,¹⁰⁴ de modo tal que se obstaculiza la posibilidad de alcanzar una igualdad sexista desde el momento en que la víctima y el agresor no están en pie de igualdad porque esta última no puede decidir una cuestión que otra persona en su mismo lugar, sí podría.

101. Cfr. PASTOR, Daniel, *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2005, p. 194 y ss.

102. RANCIÈRE, Jacques, *El Desacuerdo. Política y filosofía*, Buenos Aires, Ed. Nueva Visión, 1996, p.45.

103. RANCIÈRE, Jacques, *El malestar en la estética*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2011, p. 32.

104. RANCIÈRE, Jacques, *Política de la literatura*, Buenos Aires, Ed. Libros del Zorzal, 2011, p. 43.

Ante esta problemática puntual, entra en juego y cobra especial relevancia el instituto de la conciliación. Puesto que viene a habilitar una igualdad que se inscribe en el discurso social a través del disenso, por la división continúa del orden estatal, como una actividad de partición.

Esto quiere decir que la decisión de la víctima no está atravesada por la institucionalización de las categorías de justo e injusto que establece el derecho, sino que tiene una relación directa con la sensibilidad propia del grupo discriminado al que pertenezca y la parte a la que representan. Responde lineal y directamente a un enfoque desde la distribución de lugares y funciones.

Sin embargo, en el impedimento a disponer de acciones emergentes de delitos con violencia motivada en la discriminación, se solapa, se encubre bajo una supuesta protección especial del género oprimido, la realidad de que hay un grupo de la sociedad cuya voz no tiene palabra, es inaudible. De este modo, se interpone una nueva y sólida barrera a su reconocimiento como sujetos de derecho, pues la mejor manera de dar voz a aquellos cuya voz ha sido suprimida es argumentando y visibilizando que no tienen voz.

En esta línea argumentativa, huelga traer a colación las palabras de alguien doblemente discriminada por ser mujer y negra, que acertadamente pudo visibilizar que "*la rígida sistematización de los derechos puede hacer que uno se mantenga permanentemente alejado de situaciones en las que uno se beneficiaría de la proximidad y la informalidad*".¹⁰⁵

IX. CONCLUSIÓN

Algunos aspectos de la reforma legislativa parecen responder a un traspaso de un sistema judicial mixto a uno acusatorio. Principalmente en lo que respecta a la devolución de la acción penal a la víctima del delito o la posibilidad de no continuar la investigación y persecución de algunos delitos, lo que significaría una renuncia a conocer la verdad material de las cosas y un reconocimiento de las implicancias de alcanzar un procedimiento penal de partes cuya víctima sea el límite al poder punitivo. Sin embargo, dichos avances son más bien mera apariencia, toda vez que las

105. WILLIAMS, P., "La Dolorosa prisión del Lenguaje de los Derechos", en *La Crítica a los Derechos*, Bogotá, Uniandes, Instituto Pensar y Siglo del Hombre Editores, 2003, p. 51.

posibilidades concedidas solo abarcan los supuestos en que, *de hecho*, en las fiscalías y los estrados judiciales, las causas estaban abandonadas en los escritorios. No responde a la implementación de un sistema adversarial en el que los particulares busquen una verdadera solución al conflicto que, muchas veces, no se materializa con la aplicación de la pena de prisión.

Es así que el reconocimiento de la víctima y la necesidad de implementar una contienda de partes, solo adquiere relevancia en la medida en que persiga lo que el estado no quiere o no puede, contribuyendo a un acentuado neopunitivismo

Finalmente, respecto de la limitación se impone a la posibilidad de disponer de una acción emergente de un delito de violencia doméstica o por discriminación, no solamente repite los mismos errores cometidos por nuestra justicia local en el tratamiento de otros mecanismos de resolución de conflictos, como en su caso la Suspensión de Juicio a Prueba, sino que además al tratarse un instituto que le da entidad tal a la víctima igualándola con el imputado y permitiendo que mediante el diálogo se arribe a una solución conjunta, la mujer queda relegada a un mero objeto de derecho. De este modo, al desoír su voluntad, repetimos como sociedad la desigualdad entre hombres y cuerpos feminizados.

La clave no está en responder con un sistema adversarial solo ante los delitos que el estado considere de menor importancia. Sino que está en saber brindarle a la sociedad un espacio de diálogo que permita: a las víctimas, adquirir legitimación como actores, sentarse en la mesa y comprender, superar o sublimar el conflicto que han atravesado, y a los victimarios, tomar conciencia de la gravedad de sus actos y el daño causado. Para ello, no hace falta restricciones sino contar con empleados preparados para interpretar a las personas, hacer que se sientan cómodas, manejar las agresiones, desarmar los prejuicios y favorecer el diálogo.¹⁰⁶

BIBLIOGRAFÍA

ANITUA, Gabriel I., "El principio de publicidad procesal penal: un análisis con base en la historia y el derecho comparado" en HENDLER, E.

106. NEUMAN, Elías, *Mediación y conciliación penal*, Bs. As., Depalma, 1997, p. 20.

- (comp.), *Garantías penales y procesales penales. Una perspectiva histórico comparado*, Bs. As., Ed. Del Puerto, 2001, pp. 67 a 102.
- , y BORINSKY, Mariano H., "Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales penales europeos", en HENDLER, Edmundo S. (dir.), *Sistemas procesales penales comparados*, Bs. As., Ad-Hoc, 1999, pp. 447 a 484.
- BAUMANN, J., *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*, Bs. As., Depalma, 1986.
- BERTOLA, Cindi, "Análisis y crítica de la regulación normativa del querrelante" en *Revista En Letra*, Año II, N° 3, Tomo I, 2015, pp. 113 a 140.
- BODELÓN GONZÁLEZ, Encarna, "La violencia contra las mujeres y el derecho no androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo" en LAURENZO, Patricia, MAQUEDA, María L. y RUBIO, Ana (coord.) *Género, Violencia y Derecho*, Bs. As., Del Puerto, 2009.
- BOUVIER, Hernán G., "Observaciones sobre una variante de neopunitivismo. El problema de los abusos sexuales a menores" en *Pastor Daniel (Dir.) Problemas Actuales del Derecho Procesal Penal*, Bs. As., Ad Hod, 2012, pp. 375 a 400.
- BOVINO, Alberto, "Juicio y verdad en el procedimiento penal" *et al.*, en *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Bs. As., Del Puerto, 2005, pp. 219 a 240.
- , "La participación de la víctima en el proceso penal", en *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Bs. As., Del Puerto, 1998, pp. 87 a 118.
- , LOPARDO, Mauro y ROVATTI, Pablo, *Suspensión del procedimiento a prueba. Teoría y práctica.*, Bs. As., Del Puerto, 2013.
- CASTRO GOMEZ, SANTIAGO, "Dispositivos de Seguridad" en *Historia de la gubernamentalidad. Razón de Estado, liberalismo y neoliberalismo en Michel Foucault*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2010, pp. 64 a 80.
- CENTRO DE MEDIACIÓN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS, "Mediación en materia penal. Entrevista a David Wasik" en *Revista La Trama. Revista interdisciplinaria de mediación y resolución de conflictos*, N° 1, 2002, pp. 1 a 10.
- DI CORLETO, Julieta, "Medidas alternativas a la prisión y violencia de género" en *Género, sexualidades y derechos humanos. Revista electrónica semestral del programa Mujeres, Género y Derechos Humanos*, vol. I,

- Nº 2, Ed. Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad de Chile, julio de 2013, pp. 5 a 14.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.
- FOUCAULT, Michel, "La verdad y las formas jurídicas "en *Estrategias de Poder*, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 169 a 281.
- , *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Bs. As., Siglo XXI, 2014.
- GARGARELLA, Roberto, "Democracia y Derecho Penal" en *Revista En Letra. Reforma al Código Procesal Penal de la Nación y Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, Año II, Nº 3, Tomo I, 2015, pp. 19 a 37.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, "Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II)" en *Jueces para la democracia. Información y debate*. Nº 47, Madrid, Edisa, pp. 35 a 51.
- GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Bs. As., Editores del Puerto, 2006.
- HENDLER, Edmundo, "Enjuiciamiento penal y conflictividad social" en *Julio B.J. Maier y Alberto M. Binder (comps.) El Derecho Penal hoy (homenaje al profesor D. Baigún)*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 1995, pp. 375 a 383.
- , "Sensatez y conocimientos. El jurado en la provincia de Córdoba", en *Revista Derecho Penal*, Bs. As., Infojus, Año I, Tomo Nº 3, pp. 171 a 185.
- HENDLER, Martha, "Verdad procesal y verdad histórica: Juicio y testimonio del pasado (o nada de lo que sucede se olvida, aunque tú no puedas recordarlo)" en *Nueva Doctrina Penal*, 2008/B, Editores del Puerto, CABA, 2009, pág. 647 a 672.
- JULIANO, Mario A.; ÁVILA, Fernando y VITALE, Gustavo L., "Violencia contra la mujer como instrumento de represión: ¿otro castigo penal a los pobres?" en *Revista Derechos Humanos*, Año II, Nº 3, pp. 55 a 70.
- KAFKA, Franz, *El proceso*, 3º edición, Buenos Aires, Ed. Altamira, 1946.
- LANGER, Máximo, "La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado", en HENDLER, Edmundo S. (comp.), *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Bs. As., Ed. Del Puerto, 2001, pp. 243 a 280
- MACIEL, Mariano P., "Desandando las huellas del fallo Góngora" en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año IV, Nº 7, 2014, Ed. La Ley, pp. 107 a 126

- MAIER, Julio, "La víctima y el sistema penal" en *Directora Pierini Alicia revista Pensarjusbairens*, Año 1, N° 1, Buenos Aires, agosto 2014, pp. 14 a 31.
- MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, Tomo I, 2da edición, 4 reimpresión, Bs. As., Editores del Puerto, 2012.
- MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro E., "La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria", en *Prolegómenos – Derechos y Valores*, Volumen X, N° 20, Bogotá, 2007, pp. 201 a 212.
- NEUMAN, Elías, *Mediación y conciliación penal*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1997.
- NIETZSCHE, Friedrich, *Sobre Verdad y Mentira*, Buenos Aires, Ed. Mil Uno, 2012.
- PASTOR, Daniel, "La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos", en *Nueva Doctrina Penal*, 2005/A Bs. As., Ed. Del Puerto, pp. 73 a 114.
- , *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Bs. As., Ad Hoc, 2005.
- PITCH, Tamar, "Prevenir y castigar" en *Nueva Doctrina Penal*, Nro. 2008 B, Bs. As., Ed. Del Puerto, 2009, pp. 594 a 613
- POBLETE BRAVO, María P., "De la norma a la acción: rompiendo las barreras invisibles del acceso a la justicia" en *Género, sexualidades y derechos humanos. Revista electrónica semestral del programa Mujeres, Género y Derechos Humanos*, vol. I, N° 2, Ed. Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad de Chile, julio de 2013, pág. 32 a 36.
- RANCIÈRE, Jacques, *El Desacuerdo. Política y filosofía*, Bs. As., Nueva Visión, 1996.
- , *El malestar en la estética*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2011.
- , *Política de la literatura*, Buenos Aires, Ed. Zorzal, 2011.
- RODRÍGUEZ ALZUETA, Esteban, *Temor y Control. La gestión de la inseguridad como forma de gobierno*, Bs. As., Ed. Futuro Anterior, 2014.
- ROXIN, Claus, "La reparación en el sistema de los fines de la pena" en *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 1992, pp. 129 a 156.
- SEGATO, Rita L., *La escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez*, Bs. As., Tinta Limón, 2013.
- TEDESCO, Ignacio F., *El acusado en el ritual judicial. Ficción e imagen cul-*

tural. Colección Tesis Doctoral Nro. 8, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 2007.

VILLANUEVA FLORES, Rocío, "Tipificar el feminicidio: ¿la huida simplista al derecho penal?", en *Contribuciones al debate sobre la tipificación penal del feminicidio/femicidio*, Lima, CLADEM, 2011, pp. 147 a 170.

WILLIAMS, Patrics, "La Dolorosa prisión del Lenguaje de los Derechos", en *La Crítica a los Derechos*, Bogotá, Uniandes, Instituto Pensar y Siglo del Hombre Editores, 2003, pp. 43 a 73.



**III CONCURSO DE ENSAYOS BREVES
SOBRE DERECHO AMBIENTAL**



MECANISMOS DE GESTIÓN AMBIENTAL Y POLÍTICAS DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL EMPRESARIA EN EL MERCADO DE CAPITALES ARGENTINO

LUCIANO MANUEL ANTICO

Resumen: Producto de la transparencia y publicidad de la información que debe existir en un mercado de capitales, y la exigencia actualmente en dicho ámbito recaída en los emisores de tener que informar acerca de la gestión ambiental y las políticas de responsabilidad ambiental empresaria en su actividad, las empresas que recurren a dicho espacio a financiarse, contribuyen, de cierto modo, a la protección y sustentabilidad del medio ambiente. En nuestro país, se instauró un régimen informativo en materia ambiental por medio de la Resolución General (RG) de la Comisión Nacional de Valores (CNV) N° 559/99, luego modificada por la RG de la CNV N° 622/13. El presente trabajo tiene por objeto central efectuar un análisis de dicho régimen informativo, señalando críticas y virtudes en cuanto a su existencia.

Palabras clave: mercado de capitales – medio ambiente – régimen informativo – protección – crítica.

Abstract: As a consequence of the transparency and publication of information that must exist in a financial market, and the current requirement in such place upon the issuers concerning their duty to inform about the environmental management and the policies on corporate environmental liability regarding their activity, companies that resort to this market to finance themselves contribute, in a way, to the protection and sustainability of the environment. In our country, an informative system on environmental issues was established through the General Resolution (GR) of the National Securities Commission (NSC) No. 559/99, then amended by the NSC RG No. 622/13. This paper aims to analyse this informative regime, pointing out its criticisms and virtues with regard to its existence.

Key Words: financial markets – environment – informative system – protection – criticism.

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, los marcos jurídicos que regulan la actividad de los mercados de capitales, no solo aquí en la República Argentina, sino en el mundo, contienen normas que, a fin de proteger al público inversor y, con ello, el ahorro público, procuran la transparencia, integridad y justicia de los mercados de capitales, ello, a través de regímenes informativos que buscan la eliminación de la asimetría de la información; básicamente, solicitando la difusión de toda información susceptible de afectar la colocación y negociación de los valores negociables.¹ En este contexto, existe una tendencia, de raigambre internacional,² con regulaciones en diversos contextos geográficos (v. gr. EE.UU.) de información ambiental a presentar por las empresas cotizadas en bolsa y la creación de índices de sostenibilidad (v. gr. Brasil y México en el contexto latinoamericano),³ y en un marco de políticas de responsabilidad social empresaria,⁴ de requerir a las empresas que buscan financiamiento en dicho ámbito, de tener que cumplir con un régimen informativo en materia ambiental, habida cuenta que, la actividad de dicha empresa y su relación con el medioambiente, está considerado, puede afectar la marcha de sus negocios y, de esa manera, la colocación o negociación de sus valores negociables. Pero, que las empresas deban informar cuestiones en materia ambiental, no solo es beneficioso para la tutela de los inversores y el ahorro público, sino también para la preservación del medioambiente. La divulgación de información relevante por parte de las empresas en los mercados de capitales, constituye una he-

1. BIANCHI, Roberto, *Régimen de la Transparencia en la Oferta Pública*, Buenos Aires, Zavalía Editor, 1993, p. 74.

2. REPETTO, Robert, y otros (2002), "Requisitos de divulgación de información ambiental en la normativa sobre valores bursátiles y normas de contabilidad financiera de Canadá, Estados Unidos y México". Informe elaborado para la Comisión para la Cooperación Ambiental para la reunión Financiamiento y medio ambiente: transparencia y divulgación en los informes ambientales.

3. GARCÍA FRONTI, Inés, y otros, "¿Qué información ambiental deben presentar las empresas cotizadas?" en *Documentos de trabajo de contabilidad social*. N° 1, año 5, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires - Facultad de Ciencias Económicas, 2012.

4. MOYANO SANTIAGO, Miguel A., y otros, "Responsabilidad Social Empresaria (RSE). Necesidad de un régimen jurídico. Carácter". XII Congreso Argentino de Derecho Societario VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires, 2013).

rramienta de reglamentación indispensable para el control de la contaminación ambiental,⁵ entre otras cosas. Así, se ha dicho que "(e)stá demostrado que la divulgación de información sobre el mal comportamiento ambiental de las empresas ha deteriorado su reputación lo bastante para que se sientan apremiadas a cambiar. [...] La experiencia en otros países también ha demostrado que la divulgación de información sobre contaminación es efectiva para inducir un mejor desempeño ambiental [...]",⁶ así como también que "(u)na mayor transparencia para que los inversionistas conozcan los riesgos y las ventajas financieras que pueden derivarse de las decisiones de gestión ambiental puede representar un gran incentivo de mercado para el desarrollo sustentable y el cumplimiento de la normatividad ambiental [...] También representa un poderoso incentivo de carácter voluntario y mercantil, en favor de una gestión ambiental prudente".⁷ Además, está estudiado que los consumidores financieros, así como las entidades bancarias, premian a las empresas que son éticas en cuanto al cuidado del medio ambiente.⁸

Es por tal motivo, que celebro y promuevo la obligatoriedad de difusión de información ambiental en el mercado de capitales. En nuestro derecho, con un aire alentador, en el año 1999 la Comisión Nacional de Valores ("CNV") dictó la Resolución General ("RG") N° 559/99, que compulsaba a las empresas a tener que cumplir con un régimen informativo en materia ambiental,⁹ cuyo contenido, a su modo, contribuía con lo arriba señalado en cuanto a la protección del medio ambiente y la materialización del principio de arraigo constitucional de información ambiental (art. 41 de la CN). Sin embargo, muy posiblemente producto de las duras críticas provenientes del sector empresarial argentino, dicho régimen fue modificado y reducido, mediante la RG de la CNV N° 622/13, que aprobó el nuevo texto ordenado año 2013 de las Normas de la CNV. El presente trabajo busca

5. *Vid.* nota 2.

6. *Ibid.*

7. *Ibid.*

8. PEROSSA, Mario L. (2013), "Las representaciones contables de la problemática social y medioambiental, los nuevos paradigmas de la disciplina", en *Palermo Business Review*, N° 9, Buenos Aires, 2013; PAHLEN ACUÑA, Ricardo J. M. y otros, "La contabilidad ambiental ineludible en la contabilidad financiera y gubernamental", en *Revista cubana de contabilidad y finanzas*, N° 3, Universidad de la Habana, año 2011.

9. *Ibid.*

realizar un análisis sobre el asunto. Para ello, se desarrollarán las virtudes de un régimen informativo en la materia, se caracterizará la RG de la CNV N° 559/99, así como la RG de la CNV N° 622/13, para luego emitir una serie de conclusiones.

II. COMENTARIOS PRELIMINARES

El régimen informativo en materia ambiental en el mercado de capitales argentino, surgió como novedad con el dictado por parte de la CNV de la RG N° 559/09, que disponía, entre otras cosas, el deber de los emisores de valores negociables de informar por intermedio de los prospectos de emisión de dichos valores (es decir, al momento de solicitar ante la CNV la autorización de oferta pública de valores negociables y, obtener, por lo tanto, financiamiento), así como también como "*hecho relevante*" (esto es, luego de obtenida la financiación, suministrando información material susceptible de afectar la negociación de los valores negociables emitidos) cierta información ambiental.

Dicho régimen, desde ya interesante, no propinaba opciones en cuanto al cumplimiento del deber informativo, pues, como se verá, no permitía a las emisoras eludir o prescindir de la conducta activa de informar, se debía informar indefectiblemente. Dicho plexo de normas, sin embargo, fue derogado y modificado por la RG de la CNV N° 622/13. El régimen instaurado actualmente por la RG de la CNV N° 622/13, ahora, más laxo, obliga a las emisoras, a grandes rasgos, a informar sobre su política ambiental, si es que cuentan con una política ambiental, o bien en informar por qué considera no necesaria una política ambiental en su actividad, enmarcándose en el mecanismo conocido como "*cumpla o explique*", marchando entre un mix de obligatoriedad y voluntariedad.

III. RÉGIMEN INFORMATIVO EN MATERIA AMBIENTAL INSTAURADO POR LA RG CNV N° 559/09

Con fecha 06/08/2009, la CNV dictó, en el marco de un convenio de cooperación institucional suscripto por dicho organismo y la Secretaria de Ambiente y Desarrollo Sustentable con fecha 26/06/2009, la RG N°

559/09¹⁰ (B.O. N° 31.717 de fecha 18/08/2009), la cual dispuso para las sociedades incluidas en el régimen de oferta pública y que, en su objeto social,¹¹ contemplaran actividades consideradas riesgosas para el medio ambiente, el deber de informar a los accionistas, inversores y al público en general, sobre el cumplimiento de la normativa ambiental vigente.

En particular, dicha RG disponía el deber de informar:

D) Como hecho relevante:

- A) La realización de auditorías ambientales;**
- B) Los programas de adecuación y su cronograma respectivo;**
- C) La contratación del seguro ambiental que establece el artículo 22 de la Ley N° 25.675 según los requisitos aprobados por la autoridad de aplicación ambiental;**
- D) Las medidas implementadas por la empresa para la prevención del daño ambiental.**

2) En los prospectos de emisión de valores negociables:

- A) la información indicada en los apartados a) a d) del punto 1) precedente; y,**
- B) las autorizaciones otorgadas por los organismos de control específico de las jurisdicciones donde desarrollaran su actividad.**

Este régimen informativo en materia ambiental, conforme los considerandos de la Resolución, suponía dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 41 de la CN, a los objetivos enunciados en la sanción de la Ley General del Ambiente N° 25.675, a saber: promover cambios en los valores y conductas sociales que posibiliten el desarrollo sustentable, integrar la información ambiental y asegurar el libre acceso de la población a la misma y el establecimiento de procedimientos adecuados para la minimización de riesgos ambientales para la prevención y recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental (3° Considerando de la RG 559/09); así como también a lo establecido en la Ley de Libre Acceso

10. Véase <http://www.cnv.gob.ar/LeyesReg/CNV/esp/RGC559-09.htm> (sitio última vez consultado con fecha 10.08.15).

11. Véase <http://www.camaradesociedades.com/newsletter/octubre09/descargas/N.L6archivo.pdf> (sitio última vez consultado con fecha 10.08.15); vid. nota 3.

a la Información Pública Ambiental N° 25.831, que dispone los presupuestos mínimos de protección ambiental para garantizar el derecho de acceso a la información ambiental y promueve prácticas de información y transparencia institucional en las actividades vinculadas con el ambiente (4° Considerando de la RG 559/09).

IV. CRÍTICAS DEL SECTOR EMPRESARIAL A LA RG DE LA CNV N° 559/99

El 27/08/2009 y 25/09/2009, la Cámara de Sociedades Anónimas, como representante del sector empresarial argentino, efectuó dos presentaciones ante la CNV, realizando duras críticas a la RG N° 559/99. En la primera de esas presentaciones, entre otras cosas, la mencionada Cámara criticaba, en lo que respecta a la información a suministrar como "*Hecho Relevante*", la falta de precisión de la RG respecto a la materialidad de los hechos o situaciones a informar, lo que tornaba al deber de imposible cumplimiento, según su opinión, dada la gran cantidad de documentación e información a brindar.¹² En la segunda de las presentaciones mencionadas, la antedicha Cámara planteaba que la mencionada Resolución excedía el régimen de acceso a la información ambiental, en tanto desconocía el carácter de reservado de la información ambiental contemplada por la Ley General del Ambiente (arts. 16 y 17) y la Ley de Libre Acceso a la Información pública Ambiental (art. 4°), ampliando el espectro de la información pública que puede ser provista a los particulares, así como también el carácter de sujetos obligados a brindar dicha información (obligación recaída únicamente en organismos públicos y empresas prestadoras de servicios públicos).¹³

No obstante las críticas esbozadas por dicho sector, está claro que toda información ambiental es de interés para los inversionistas, apareciendo incluso entidades que brindan servicios de información sobre desempeño ambiental a aquellos, lo que demuestra la importancia del tema para la toma de decisiones de inversión.¹⁴

12. *Vid* nota 11; *vid.* nota 3.

13. http://www.camaradesociedades.com/newsletter/octubre09/descargas/RG_559-09_09-10-09.pdf (sitio última vez consultado con fecha 10.08.15); *vid.* nota 3.

14. *Vid.* nota 2.

V. RÉGIMEN INFORMATIVO VIGENTE EN MATERIA AMBIENTAL. RESOLUCIÓN GENERAL CNV N° 622/13

I.A. Ingreso al régimen de la oferta pública. Información a suministrar a través del prospecto

Actualmente, al momento de buscar financiamiento en nuestro mercado de capitales, las empresas deben difundir un prospecto, tanto para la emisión de capital como de deuda (disponible para los accionistas, inversores y público en general) en el que, entre otras cosas, deben informar:

I) Como "*factores de riesgo*" que incidan en la emisión de los valores negociables, los aspectos ambientales razonablemente pertinentes que puedan afectar o constituir un riesgo para el sector o para la emisora, que puedan afectar la colocación o la futura negociación de los valores negociables;¹⁵

II) Como "*descripción del negocio de la emisora*" de los valores negociables, las cuestiones ambientales pertinentes para una razonable ponderación de la emisora, o una explicación de por qué la administración de la emisora considera que no hay cuestiones ambientales razonablemente pertinentes en el negocio descripto,¹⁶ así como también una descripción de los efectos importantes que tiene la regulación estatal en los negocios de la emisora, incluyendo la regulación ambiental identificando el organismo regulador, y la regulación ambiental que fuere razonablemente pertinente para los negocios;¹⁷

III) Como "*reseña y perspectiva operativa y financiera*" de la emisora, la política ambiental o de sustentabilidad en los últimos tres años inmediatos anteriores a la solicitud de autorización de oferta pública o, en caso de no contar con tales políticas, una explicación de por qué los administradores de la emisora consideran que no son pertinentes para su negocio.¹⁸

15. Apartado 1).e), inciso 3° "Información clave sobre la emisora", Anexo I, Capítulo IX del Título II de las NORMAS de la CNV (N.T. 2013 y mod.).

16. Apartado 1).b) "descripción del negocio", inciso 4° "Información sobre la emisora", Anexo I, Capítulo IX del Título II de las NORMAS de la CNV (N.T. 2013 y mod.).

17. Apartado 8).b) "descripción del negocio", inciso 4° "Información sobre la emisora", Anexo I, Capítulo IX del Título II de las NORMAS de la CNV (N.T. 2013 y mod.).

18. Apartado 2).c), inciso 5° "Reseña y perspectiva operativa y financiera", Anexo I, Capítulo IX del Título II de las NORMAS de la CNV (N.T. 2013 y mod.).

I.B. Deberes informativos periódicos. Información suministrada en la memoria del ejercicio del órgano de administración

Las entidades que se encuentren en el régimen de oferta pública de valores negociables, y las que soliciten autorización para ingresar a dicho régimen de oferta pública, deben informar en la memoria anual del órgano de administración sobre la gestión del ejercicio, cumpliendo los recaudos establecidos en el artículo 66 de la Ley N° 19.550 y en el artículo 60 inciso c) apartados I, II, III y IV de la Ley N° 26.831 (lo que es de acceso público para todos los inversores y para el público en general), entre otras cosas, acerca de su política ambiental o de sustentabilidad, incluyendo, si tuvieran, los principales indicadores de desempeño de la emisora en la materia, o, en caso de no contar con tales políticas o indicadores, proporcionar una explicación de por qué los administradores de la emisora consideran que no son pertinentes para su negocio.¹⁹ De esta obligación, sin embargo, se encuentran excluidas las sociedades, cooperativas y asociaciones que califiquen como pequeñas y medianas empresas en los términos de la CNV y aquellas inscriptas o que soliciten su inscripción en el registro especial para constituir programas globales de emisión de valores representativos de deuda de corto plazo (VCP), así como de Cedears y Ceva.²⁰

I.C. Régimen informativo ocasional. Información suministrada como hecho relevante o material information

Las emisoras de valores negociables, deben informar, en forma inmediata a su acaecimiento, las sanciones de importancia económica significativa o de trascendencia para el desenvolvimiento de sus actividades impuestas por autoridades competentes de control ambiental, aun cuando no se encuentren firmes.²¹

19. Artículo 1°, Capítulo I del Título IV de las NORMAS de la CNV (N.T. 2013 y mod.).

20. *Ibid.*

21. Inciso 8, artículo 3°, Sección II, Capítulo I "Disposiciones generales", del Título XII "Transparencia en el ámbito de la oferta pública" de las NORMAS de la CNV (N.T. 2013 y mod.).

I.D. Información ambiental relativa a los fondos comunes de inversión

En los prospectos de los fondos comunes de inversión, se debe informar, entre otras cosas, toda la información ambiental razonablemente pertinente o una explicación de por qué los administradores consideran que esta no es pertinente para el negocio.²²

I.E. Información a suministrar relativa a los fideicomisos financieros

En el prospecto de emisión de valores fiduciarios, se debe informar, entre otras cosas, si el fiduciario cuenta con una política ambiental o, en su defecto, deberá justificar dicha ausencia.²³

VI. CONCLUSIÓN

Desarrollado el temario, estamos en condiciones de efectuar una serie de conclusiones:

I. La difusión de información ambiental en el mercado de capitales (ámbito en el que se encuentran las más grandes empresas del país), no solo es esencial para la transparencia e integridad de los mercados y la tutela del público inversor, sino también para la preservación del medio ambiente.

II. Pese a las críticas de las que podía ser objeto la RG de la CNV N° 559/99, nuestro país, en consonancia con lo sucedido en el plano internacional, dio un paso importante con su dictado, toda vez que se establecieron mecanismos de gestión ambiental y políticas de responsabilidad ambiental empresaria, estableciendo la obligatoriedad de información ambiental para

22. Inciso e.7), Anexo XII, Capítulo III "Otras disposiciones para los fondos comunes de inversión", del Título V "Productos de Inversión Colectiva" de las NORMAS de la CNV (N.T. 2013 y mod.).

23. Inciso f.5), artículo 21, Sección X "contenido del prospecto y/o suplemento de prospecto", Capítulo IV "Fideicomisos financieros", del Título V "Productos de Inversión Colectiva" de las NORMAS de la CNV (N.T. 2013 y mod.).

las sociedades cotizadas. Sin embargo, producto de críticas del sector empresarial argentino, el régimen fue restringido y acotado por la RG de la CNV N° 622/13, marchando actualmente entre un mix de obligatoriedad y voluntariedad.

III. No obstante el contenido actual de la normativa vigente, nuestro país continúa encumbrado en el asunto. Hay que fomentar el avance del régimen, debiéndose promover su extensión. Como propuesta de *lege ferenda*, se debe contemplar la expansión de los sujetos previstos en el artículo 4° de la Ley N° 25.831, que obligatoriamente deben suministrar información, de modo tal de allanar el avance del régimen y evitar contradicciones entre la normativa.

BIBLIOGRAFÍA

- BIANCHI, Roberto, *Régimen de la Transparencia en la Oferta Pública*, Buenos Aires, Zavalía Editor, 1993.
- GARCÍA FRONTI, Inés y otros, "¿Qué información ambiental deben presentar las empresas cotizadas?" en *Documentos de trabajo de contabilidad social*. N° 1, año 5, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires - Facultad de Ciencias Económicas, 2012.
- MOYANO SANTIAGO, Miguel A., y otros, "Responsabilidad Social Empresaria (RSE). Necesidad de un régimen jurídico. Carácter". XII Congreso Argentino de Derecho Societario VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires, 2013).
- PAHLEN ACUÑA, Ricardo J. M. y otros, "La contabilidad ambiental ineludible en la contabilidad financiera y gubernamental", en *Revista cubana de contabilidad y finanzas*, N° 3, Universidad de la Habana, año 2011.
- PEROSSA, Mario L. (2013), "Las representaciones contables de la problemática social y medioambiental, los nuevos paradigmas de la disciplina", en *Palermo Business Review*, N° 9, Buenos Aires, 2013.
- REPETTO, Robert, y otros, "Requisitos de divulgación de información ambiental en la normativa sobre valores bursátiles y normas de contabilidad financiera de Canadá, Estados Unidos y México". Informe elaborado para la Comisión para la Cooperación Ambiental para la reunión Financiamiento y medio ambiente: transparencia y divulgación en los informes ambientales, 2002.

PATÓGENOS EN MOVIMIENTO*

MARÍA VICTORIA SILVETTI**

Resumen: La reforma constitucional de 1994 incorporó a nuestro sistema las leyes nacionales de presupuestos mínimos y las provinciales de complemento para la protección del ambiente. La peligrosidad del transporte de residuos patológicos tornó indispensable que se regulen medidas necesarias para resguardar el medio ambiente y la salud, sin embargo dicho transporte no se encuentra regulado por una ley de presupuestos mínimos, sino por la ley 24.051 que fue derogada por la ley 25.612 de presupuestos mínimos para la gestión integral de residuos industriales y de actividad de servicios.

Palabras clave: residuos patológicos – derecho al ambiente – protección ambiental – infecciosidad – leyes de presupuestos mínimos – transporte – recolección – daño – responsabilidad

Abstract: The 1994 constitutional reform incorporated into our legal system the minimum standards national laws and the complementary environmental protection provincial laws. The danger of transporting pathological wastes made it indispensable to take necessary measures in order to protect the environment and public health. Nevertheless, such transportation is not regulated by a minimum standard law, but by law 24.051, which was repealed by law 25.612 of Minimum Standards for the Integrated Management of Industrial Waste and Service Activity.

Key words: pathological waste – environmental rights – environmental protection – infectiousness – minimum standard laws – transportation – recollection – damage – liability

* El presente trabajo obtuvo el primer puesto en el III Concurso de Ensayos Breves sobre Derecho Ambiental.

Recepción del original: 14/08/2015. Aceptación: 20/03/2016.

** Estudiante de 6to año, Facultad de derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Tucumán.

I. INTRODUCCIÓN

El transporte de residuos patológicos es un tema poco debatido en la actualidad en los medios de comunicación, pese a la gran cantidad de centros que los generan ubicados en zonas altamente pobladas de las ciudades y al volumen de residuos producidos en dichos establecimientos a diario, lo que puede poner en peligro la salud y el ambiente de toda la población en caso de no ser tratados como corresponde.

Dicha situación se ve agravada en ciudades que tienen muchos hospitales, sanatorios, clínicas, consultorios, laboratorios, en el centro urbano, como es el caso de San Miguel de Tucumán, por lo que al ser transportados estos residuos a las plantas de tratamientos deben transitar por prácticamente toda la ciudad, atravesando importantes áreas residenciales. En San Miguel de Tucumán en un radio de 14 por 18 cuadras (lo que se considera el centro de la ciudad, dentro de las 4 avenidas principales) hay 4 hospitales públicos (Hospital Padilla, Asistencia Pública, Centro de Salud y Hospital del Niño Jesús) y 16 sanatorios privados,¹ es decir que en 252 manzanas del área urbana se concentra casi la totalidad de los grandes centros de salud de la Ciudad, que por su envergadura son los que producen mayor volumen de residuos. Además resultan incontables la cantidad de consultorios odontológicos, laboratorios, clínicas veterinarias, que se encuentran en el radio mencionado, que si bien individualmente considerados producen menor cantidad de residuos, en su conjunto generan grandes volúmenes.

Los residuos patológicos, altamente nocivos, pueden ocasionar daños físicos, químicos y biológicos en personas, contaminar ríos, aguas, tierra, aire, y producir daños a animales; por lo que el transporte de los mismos por el casco urbano es sumamente peligroso, siendo necesario adoptar medidas que reduzcan en la mayor medida posible los riesgos para la salud y el ambiente. Debemos destacar que prohibir ese transporte es imposible, porque provienen de una actividad esencial, cual es el cuidado de la salud, y necesariamente los desechos hospitalarios deben ser llevados a plantas especiales para su tratamiento final porque al estar ubicados los centros de

1. Sanatorio Rivadavia, Sanatorio del Norte, San Lucas, Parque, 9 de Julio, Modelo, Sarmiento, Argentino, Pasquini, del Sur, Galeno, Central SRL, Clínica Mayo, Clínica del Pilar, Clínica del Amanecer, Hospital Privado de Ojos SRL.

salud de áreas urbanas no pueden ser dispuestos por los propios generadores en su lugar de origen.

Previo al análisis del marco jurídico que regula el transporte de los residuos patológicos es conveniente efectuar algunas precisiones terminológicas.

Podemos clasificar la totalidad de residuos hospitalarios en:

I. Residuos comunes o domiciliarios Tipo A: son los originados por alimentación, limpieza, administración, mantenimiento.

II. Residuos realmente patogénicos Tipo B: los que se producen en laboratorios, hemodiálisis, hemoterapia, internación, consultorios externos, quirófanos, salas de parto, morgues, etcétera.

III. Residuos Patogénicos Radioactivos Tipo C: los que son consecuencia de radiodiagnóstico Rayos X, medicina nuclear.

Un residuo patológico es aquel que posee características infecciosas, pudiendo generar enfermedades y contaminar el ambiente.² La infecciosidad identifica a aquellos residuos capaces de provocar una enfermedad infecciosa.

Los residuos considerados patológicos según la clasificación anterior deben ser manipulados con guantes, se los debe separar en bolsas rojas, dichas bolsas deben ser tomadas por el cuello sin ser arrastradas ni acercadas al cuerpo y se deben cerrar con un precinto. En el caso de residuos líquidos, se debe agregar algún material absorbente para evitar derrames.

II. MARCO REGULATORIO: CONSTITUCIÓN NACIONAL Y LEYES DE PRESUPUESTOS MÍNIMOS

La Reforma Constitucional de 1994 incorporó el derecho ambiental en el artículo 41 en los siguientes términos: "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo [...] Las autoridades proveerán a la protección de este derecho

2. <http://transmec.com.ar/preguntas/default.html>.

[...] Corresponde a la Nación dictar las normas de presupuestos mínimos de protección y a las provincias las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales". Se entiende por ley de presupuestos mínimos "a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental. En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable" (Ley General del Ambiente 25.675 Artículo 6).

El Consejo Federal de Medio Ambiente ha definido mediante la Resolución 92/04 el contenido de los presupuestos mínimos, como los umbrales básicos de protección ambiental que corresponde dictar a la Nación y que rigen en forma uniforme en todo el territorio nacional como piso inderogable que garantiza a todo habitante una protección ambiental mínima, más allá del sitio en que se encuentre. Regulan la protección del recurso pero no su gestión, que queda reservada a las provincias. En la misma resolución el COFEMA ha caracterizado a las normas que deben contenerlos: deben ser leyes del Congreso, cuya interpretación debe ser restrictiva.³

III. LEYES APLICABLES A NIVEL NACIONAL: ANÁLISIS DE LA LEY 24.051

Las leyes de presupuestos mínimos comenzaron a ser dictadas por la Nación a partir de 2002. En ese contexto fue sancionada la ley 25.612 de gestión integral de residuos industriales y de actividad de servicios que expresamente deroga en su artículo 60 a la ley 24.051 de residuos peligrosos. No obstante dicha derogación el mencionado artículo contempla que hasta tanto se dicte una ley específica de presupuestos mínimos sobre residuos patológicos se mantendrá vigente lo dispuesto en la ley 24.051 sobre la materia. Trece años pasaron y la ley de presupuestos mínimos sobre residuos patológicos no fue dictada, por lo que nos seguimos rigiendo por la ley 24.051, cuyo análisis corresponde efectuar, debiendo advertir que la misma no reúne los requisitos de una ley de presupuestos mínimos, ya que

3. NONNA Silvia y otros, *Ambiente y Residuos Peligrosos*, Buenos Aires, Editorial Estudio, 2011.

excede las facultades otorgadas al Congreso en el artículo 41 de la Constitución, y es considerada una ley mixta por la doctrina y la jurisprudencia por contener normas civiles, penales y administrativas.⁴ Cabe destacar que la provincia de Tucumán, al igual que muchas otras, adhirió a la ley 24.051, en 1994 mediante ley 6605.

El artículo 19 de la ley 24.051, enumera que se consideran residuos patológicos a los efectos de la misma a:

- a) Residuos provenientes de cultivos de laboratorio;
- b) Restos de sangre y sus derivados;
- c) Residuos orgánicos provenientes del quirófano;
- d) Restos de animales producto de la investigación médica;
- e) Algodones, gasas, vendas usadas, ampollas, jeringas, objetos cortantes o punzantes, materiales descartables, elementos impregnados con sangre u otras sustancias putrescibles que no se esterilizan;
- f) Agentes quimioterápicos.

A continuación la ley establece las obligaciones y responsabilidades del transportista de residuos peligrosos. El artículo 28 contempla que durante el transporte deberá llevar en el vehículo un manual de procedimientos, materiales y equipos adecuados para neutralizar una liberación de residuos, la unidad de transporte debe contar con un sistema de comunicación por radiofrecuencia, se debe identificar en forma clara y visible al vehículo y a la carga.

Por su parte el artículo 29 establece que el transportista tiene prohibido:

- a) Mezclar residuos peligrosos con residuos o sustancias no peligrosas, o residuos peligrosos incompatibles entre sí;
- b) Almacenar residuos peligrosos por un período mayor de diez (10) días;
- c) Transportar, transferir o entregar residuos peligrosos cuyo empaque o envase sea deficiente;

4. PARDO, María C., "Residuos peligrosos ¿la ley 24051 está vigente?", en *La Ley* (LA LEY 2012-A, 655).

- d) Aceptar residuos cuya recepción no esté asegurada por una planta de tratamiento y/o disposición final;
- e) Transportar simultáneamente residuos peligrosos incompatibles en una misma unidad de transporte.

El régimen de responsabilidades previsto por la ley parte de considerar que todo generador de residuos peligrosos es responsable en calidad de dueño de los mismos por todo daño producido por estos. La ley presume (salvo prueba en contrario) que todo residuo peligroso es cosa riesgosa de conformidad con el artículo 1113 del Código Civil. Debemos tener presente que los artículos aplicables del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación son los siguientes:

“Artículo 1757: Hecho de las cosas y actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.

La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención”.

“Artículo 1758: Sujetos responsables. El dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella. El dueño y el guardián no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta.

En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial”.

Respecto de la responsabilidad extracontractual, el artículo 46 de la ley 24.051 establece la no oponibilidad a terceros de la transmisión o abandono voluntario del dominio de los residuos peligrosos.

El artículo 47 contempla que el dueño o guardián de un residuo peligroso no se exime de responsabilidad por demostrar la culpa de un tercero por quien no debe responder, cuya acción pudo ser evitada con el empleo del debido cuidado y atendiendo a las circunstancias del caso.

Respecto a la responsabilidad del generador por los daños ocasionados por los residuos peligrosos, el artículo 48 establece que la misma no desaparece por la transformación, especificación, desarrollo, evolución o

tratamiento de estos, a excepción de aquellos daños causados por la mayor peligrosidad que un determinado residuo adquiere como consecuencia de un tratamiento defectuoso realizado en la planta de tratamiento o disposición final.

El capítulo VIII de la norma bajo análisis contempla que toda infracción a la ley, así como a normas complementarias y reglamentarias, dará lugar a apercibimiento, multa, suspensión y cancelación en el Registro Nacional de Generadores y Operadores de Residuos Peligrosos, sanciones que se aplicarán previo sumario y que se graduarán en función de la naturaleza de la infracción y del daño.

En caso de que el infractor sea una persona jurídica, las sanciones se aplicarán solidariamente a quienes tengan a su cargo la administración, dirección o gerencia. Esta última previsión es fundamental para nuestro objeto de estudio, ya que muchas clínicas y sanatorios son personas jurídicas. Al respecto la jurisprudencia desde la causa "De Vincenzo Gustavo Alfredo" en el año 2001 viene diciendo que: "toda persona que trabaje con residuos peligrosos es garante de que en el proceso de utilización de esas sustancias no se produzcan riesgos que puedan afectar la salud de terceros o el medio ambiente. Y tal circunstancia cobra particular relevancia cuando la acción penal se dirige contra quienes cumplen con actividades directivas dentro de la empresa, pues obviamente su relación con el manejo de los residuos solo resulta mediata, encontrándose presente la injerencia de ellos en el área, a través de la política trazada para la empresa en materia de tratamiento de ese tipo de residuos, la que queda explícitamente plasmada en la contratación de empresas a tales fines, en la existencia de una infraestructura adecuada para el manejo y almacenamiento de dichas sustancias [...] y finalmente, en el ejercicio de medidas de contralor que garanticen el cumplimiento de todos estos recaudos"(CCCF, Sala I, causa n° 33.433 "De Vincenzo, Gustavo Alfredo", sent. 25/10/01).

La ley establece que serán aplicables las penas del artículo 200 del Código Penal (prisión de 3 a 10 años y multa de \$10.000 a \$200.000) a quien envenenare, adulterare o contaminare de modo peligroso para la salud el suelo, el agua, el aire o al ambiente en general, mediante la utilización de residuos peligrosos. Si como consecuencia se produjese la muerte de alguna persona, la pena se elevará de 10 a 25 años de prisión.

IV. MARCO JURÍDICO DE LA PROVINCIA DE TUCUMÁN: LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL Y SUS LEYES AMBIENTALES⁵

La Constitución de la provincia de Tucumán introdujo el derecho al ambiente en 1991, y la reforma parcial de 2006 lo amplió, consagrando el artículo 41 que es política prioritaria de Estado la preservación del medio ambiente, y en sus 12 incisos establece las atribuciones y obligaciones del estado provincial para garantizarlo.

La Ley provincial 6253 de 1991 regula la materia ambiental, habiendo sido reformada parcialmente en 2004 por la ley 7459 y en 2007 por la 7873. Esta última adhirió a la Ley General del Ambiente, adhesión inoperante, porque al ser una ley de presupuestos mínimos se aplica en todo el territorio de la Nación, sin requerir de adhesión por parte de las provincias.

Referido a nuestro objeto de estudio la normativa local establece las facultades de la autoridad de aplicación para censar y clasificar las actividades contaminantes, coordinar y colaborar con el área de salud, relevar datos para detectar enfermedades producidas por focos contaminantes del agua, suelo o aire, estudiar y autorizar planes de inversión y construcción de plantas de tratamientos de desechos contaminantes.

El título 3° de la ley declara la responsabilidad solidaria por daño ambiental de los titulares de efluentes contaminantes por los efectos directos e indirectos que puedan ocasionar sobre la salud y los recursos naturales.

V. SITUACIÓN EN LA MUNICIPALIDAD DE SAN MIGUEL DE TUCUMÁN

EL artículo 134 de la Constitución de Tucumán establece que sin perjuicio de las atribuciones de la Provincia corresponde a los municipios proteger el medio ambiente, así como atender la salubridad, el orden y la seguridad en el tránsito y transporte, y el uso de las calles y subsuelos.

En ese marco corresponde a cada municipio organizar la recolección y transporte de residuos patológicos garantizando siempre la protección

5. DÍAZ RICCI, Raúl, "Competencias ambientales y federalismo en la Ley General del Ambiente y en las leyes ambientales del NOA", en *Articulación de las competencias ambientales en la Nación y en las provincias del NOA*, S.M. de Tucumán, EDIUNT, 2008, pp. 97 a 140.

ambiental. Analizaré brevemente la ordenanza municipal que regula dicho servicio en San Miguel de Tucumán.

La Ordenanza N° 3662 del Honorable Concejo Deliberante de San Miguel de Tucumán contiene el pliego de condiciones particulares para la licitación del servicio de recolección de residuos en la municipalidad, en cuyo apartado 1.1.7 se establece: "se considerarán residuos patogénicos a todos aquellos provenientes de materia o materiales orgánicos en sus diversos estados (sólidos, semisólidos y líquidos) que se desechan como resultado de las distintas funciones que se cumplen en los Establecimientos Asistenciales, con fines de prevención, diagnóstico, tratamiento clínico y quirúrgico y/o rehabilitación de la salud humana y animal, tales como órganos o piezas anatómicas, elementos y accesorios de curaciones (algodones, apósitos, gasas, etcétera) materiales descartables, restos de mientras para análisis y todos otros capaces de generar patologías representando un riesgo potencial para la salud de la población".

Luego el apartado 1.2.1.3 consagra que la recolección y el transporte de residuos patológicos serán solventados por los usuarios, sean públicos o privados, acordando las partes el precio y las modalidades, debiendo contar dicho acuerdo con la conformidad de la Secretaría de Obras y Servicios Públicos Municipales.

El pliego mencionado es el que rige el contrato entre la Empresa 9 de Julio S.A (adjudicataria) y la Municipalidad, y respecto de los residuos patológicos, tal como se mencionó, cada establecimiento generador se encontrará regido por un contrato celebrado con la empresa.

VI. CONCLUSIÓN

La peligrosidad de los residuos patológicos, que son producidos día a día en centros de salud ubicados en zonas residenciales, torna indispensable una adecuada recolección y transporte que garantice el resguardo de la salud y del ambiente, debiendo estar contemplado detalladamente en el marco jurídico aplicable.

A nivel nacional rige la derogada ley 24.051, analizada en el presente ensayo. Es fundamental tener presente que no se trata de una ley de presupuestos mínimos propiamente dicha, ya que es anterior a la Reforma Constitucional de 1994, pero en su operatividad algunas de sus disposiciones funcionan como tales, ya que las provincias no pueden establecer niveles

inferiores de protección. Urge que sea dictada una ley específica de presupuestos mínimos de residuos patológicos, en la que se contemple en detalle su tratamiento, manipulación, disposición final y transporte.

En el ámbito de la provincia de Tucumán por medio de la ley 6605 se adhirió a la ley 24.051. Si bien las normas provinciales analizadas en este trabajo cuentan con disposiciones aplicables al transporte de residuos patológicos, no contamos con ninguna ley que específicamente lo regule, ni complemente las disposiciones nacionales.

La situación en la Municipalidad de San Miguel de Tucumán, me parece preocupante, ya que no creo que sea la mejor opción dejar librado la recolección y transporte de residuos patológicos a lo que los "usuarios" acuerden con la empresa, siendo a mi entender insuficiente la conformidad de la Secretaría de Obras y Servicios Públicos Municipales. Sería más conveniente para el resguardo del medio ambiente y de la salud de todos los habitantes, que el Estado regulara detalladamente, así como lo hace en el pliego analizado respecto de los residuos domiciliarios, la recolección y transporte de estos desechos tóxicos, contemplando horarios de recolección, condiciones de los vehículos, recorrido, medidas de prevención y de capacitación del personal.

Entiendo que el aporte del presente ensayo es muy pequeño, pero espero que al menos sirva para tomar conciencia sobre la peligrosidad de los residuos patológicos, y sobre la necesidad de que las normas que regulen su recolección sean lo suficientemente protectoras del ambiente y de la salud.

BIBLIOGRAFÍA

- DÍAZ RICCI, Raúl, "Competencias ambientales y federalismo en la Ley General del Ambiente y en las leyes ambientales del NOA", en *Articulación de las competencias ambientales en la Nación y en las provincias del NOA*, S.M. de Tucumán, EDIUNT, 2008.
- NONNA Silvia y otros, *Ambiente y Residuos Peligrosos*, Buenos Aires, Editorial Estudio, 2011.
- PARDO, María C., "Residuos peligrosos ¿la ley 24051 está vigente?", en *La Ley* (LA LEY 2012-A, 655).

LA ERA GEOCÉNTRICA, UN NUEVO COMIENZO*

RICARDO F. RUBIO**

Resumen: El presente ensayo propone aplicar una alternativa distinta a la naturaleza de las medidas tendientes a la protección del medio ambiente. Se intentará entender por qué a pesar de los avances en materia científica y tecnológica no se logra la aplicación de políticas empresariales o gubernamentales de forma concreta en el plano ambiental. Finalmente se mencionará cual es la concepción que se aplica en el plano normativo local e internacional en materia ambiental.

Palabras clave: antropoceno – geocéntrico – naturaleza – medio ambiente – paradigma – internalización

Abstract: The trial proposes to apply a different alternative to the environmental protection standard procedures. It will be tried to understand why, despite the advances in science and technology, business or government policies are not applied for an environmental level. Finally it will be mentioned which is the conception that applies in the local and international level for the environmental matter.

Key words: anthropocene – geocentric – nature – environment – paradigm – internalization

I. INTRODUCCIÓN

La revolución francesa–norteamericana de finales del S. XVIII modifica la concepción en relación a cómo era concebida la existencia del hombre; se crea una nueva sociedad para él mismo a partir de una estructu-

* Recepción del original: 15/08/2015. Aceptación: 20/03/2016.

El presente trabajo obtuvo el Segundo Puesto en el III Concurso de Ensayos Breves sobre Derecho Ambiental.

** Estudiante de Abogacía (UBA).

ra ajena al factor naturaleza; dicho acontecimiento se constituiría para los historiadores como punto de inflexión para el cambio de etapa histórica. A partir de las revoluciones mencionadas se le otorga al hombre existencia, ya no sería considerado como un medio sino como un fin en sí mismo, paralelamente se le quita el dominio en términos de poder al sujeto naturaleza.

Debemos entender que en términos prácticos el hombre recurrió a la naturaleza para la realización de determinados fines; esa relación, hasta la contemporaneidad, se caracterizó por ser un vínculo de subordinación del hombre hacia la naturaleza.

La elaboración teórica del contrato social de Jean –Jacques Rousseau y el Leviathan de Thomas Hobbes manifiestan la intención de dejar el estadio de a-social y convertir a los individuos en seres sociales. Esta situación desfavorece al sujeto naturaleza. "Según Hobbes el hombre es un ente a-social. La naturaleza –afirma– hizo a los hombres insociables y, lo que es más grave aún, asesinos los unos de los otros".¹ "Del derecho de todos a todo movidos por la sana razón o por la violencia de las pasiones surge la guerra de todos contra todos. Entonces el hombre por su egoísmo y por su razón (a fin de evitar la muerte violenta, poder gozar de los bienes y lograr la paz) es inducido a superar este estado pre-social".²

Consecuentemente se produce la internalización por parte de la nueva sociedad de la representación del hombre como fin. Correspondientemente se profundiza en el imaginario colectivo la degradación de la naturaleza, considerándosela como medio para la consecución de los fines del hombre. En definitiva, se invierte la ecuación.

II. PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

El dominio del hombre sobre la naturaleza en términos prácticos plantea nuevos interrogantes. La concientización realizada por los hombres al momento de tomar decisiones que afectan directamente al sujeto naturaleza es la premisa que rige la actualidad, dicha situación se ve reflejada en

1. MONTEJANO, Bernardino, *Curso de Derecho Natural*, 3era edic., Buenos Aires, Abeledo Perrot, "Hobbes, Leviathan", Cap. XIII, cit. por Verdross, *op. cit.*; pág. 180.

2. *Ibid.*, p. 173.

la consolidación de distintas instituciones creadas para la protección del ambiente³ como ser la regulación normativa en el plano constitucional y/o normativa específica en materia ambiental. "El proceso de constitucionalización del derecho ambiental es consecuencia de cambios profundos que se han manifestado en el mundo y de los que se ha derivado una nueva concepción del medio ambiente"⁴.

Nuestro país no ha sido la excepción en materia de constitucionalización del medio ambiente; el Art. 41 de la Constitución Nacional sancionado en 1994 representa la adhesión expresa a una serie de antecedentes o recomendaciones emanadas de organismos locales e internacionales.⁵ Asimismo la protección del ambiente se inicia antes de la constitucionali-

3. La protección del medio ambiente implica resguardar no solo, específicamente, a la naturaleza sino también aquel mundo creado por el hombre. "El ambiente no es solo naturaleza sino que es el hábitat del hombre formado por naturaleza, cultura, información y comunicación". FRANZA, J.A., *Manual de Derecho Ambiental*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, 1997, p. 80. "La regulación normativa del medio ambiente no se limita a la regulación de la naturaleza; incluye también la noción del hábitat del hombre, formado por naturaleza y cultura, por conocimiento social y cultura". FRANZA, Jorge A., *ob. cit.*, p. 107.

4. VUOTTO, Marcelo O., Reflexiones sobre la responsabilidad civil por daños ambientales. Los desafíos del derecho ambiental. (I) "La revolución ambiental. El derecho ambiental en la nueva era constitucional". *El Derecho Ambiental*, pág. 252-908.

5. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (Estocolmo, 1972) y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Río de Janeiro, 1992). Constituyen un punto de inflexión en materia de internalización de principios ambientales en aquellos organismos que desarrollan sus actividades en el ámbito público o privado. La creación de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CMMAD), y/o la Comisión sobre el Desarrollo Sostenible son producto de la adopción de distintas medidas proclives a la protección del medio ambiente, que fueron desarrolladas durante las mencionadas conferencias. "La Asamblea General en su Resolución AG 38/161, de 19 de diciembre de 1983 aprobó la creación de la Comisión Mundial que debía informar sobre el medio ambiente y la problemática mundial hasta el año 2000 y más adelante". "Para garantizar un seguimiento eficaz de la aplicación de los acuerdos alcanzados en la Conferencia en los planos local, nacional, regional e internacional la Asamblea General encomendó al Consejo Económico y Social que creara como comisión orgánica del Consejo, una Comisión sobre el Desarrollo Sostenible (Resolución AG 47/191) lo que hizo por la Decisión 1993/207 de 12 de febrero de 1993". VALLS, M. "Río + 20, Conferencia Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible", p. 13.

Asimismo, tiempo después de su creación, la CMMAD realiza un aporte sustancial en materia ambiental presentando el "Informe Brundtland a la Asamblea General en el que propone el paradigma del desarrollo sostenible que satisface las necesidades de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades". – *Ibíd.*

zación mencionada. "La preservación del medio ambiente, su defensa y la consecuente obligación del Estado de adoptar las medidas necesarias para que la vida humana pueda desenvolverse en un marco físico, psíquico y cultural adecuado no era una materia extraña a la Constitución Nacional antes de la reforma de 1994".⁶

En materia normativa de carácter constitucional, existía una regulación implícita del cuidado del medio ambiente. "Como derecho subjetivo, integraba e integra la categoría de los derechos residuales del art. 33 de la Ley Fundamental, entre otros, los derechos a la vida y la salud, que pueden ser lesionados en el marco de un ambiente nocivo para ellos. Como obligación del Estado, a cuyo cargo está el deber de ofrecer seguridad a los individuos y grupos sociales, estaba prevista en el anterior art. 67, inc. 16 de la Constitución que subsiste en el texto actual (art. 75, inc. 18): proveer lo conducente a la prosperidad, al adelanto y bienestar del país".⁷

Dentro de los antecedentes jurisprudenciales debemos mencionar el fallo emitido por la C.S.J.N.: "Saladeristas Podestá c/ Prov. de Bs. As" en donde se "establece que nadie puede tener un derecho adquirido para comprometer la salud pública y esparcir en la vecindad la muerte con el uso que haga de su propiedad".⁸ Igualmente los casos "Morales s/ Reserva Laguna de Inancanello"⁹ y "Duarte, Dante c/ Fábrica de Opalinas s/ Daños y Perjuicios",¹⁰ junto con los antecedentes normativos constitucionales mencionados, se enrolan en la concepción de protección del ambiente como medio para la protección del hombre.

El 29 de diciembre de 1993 se sanciona y promulga la ley N° 24.309 que establecía la necesidad de reforma de la Constitución Nacional y den-

6. BADENI, Gregorio, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 387.

7. *Ibid.*, p. 387.

8. FRANZA, Jorge A., *ob. cit.*, p. 184.

9. Se establece que "la tutela del ambiente coincide con la protección al equilibrio psicofísico del hombre y como tal debe considerársela garantizada constitucionalmente". FRANZA, Jorge A., *ob. cit.*, p. 186.

10. En el mencionado fallo se hace lugar a la demanda, "condenando a la demandada a pagar la indemnización a los parientes del Sr. Duarte, fallecido a causa de cáncer originado por contaminación, al comprobarse que las emisiones gaseosas de la fábrica contenían compuestos tóxicos y agresivos (incluyendo arsénico) sin tratamiento previo, estableciéndose una relación causal entre el tóxico y la enfermedad vía absorción y metabolismo – inhalación e ingesta". FRANZA, Jorge A., *ob. cit.*, p. 186.

tro del núcleo de coincidencias básicas se asienta como uno de los puntos centrales la preservación del medio ambiente y, en consonancia con el punto mencionado, la creación del Defensor del Pueblo.

Finalmente se sanciona y promulga la ley 24.430 que dispone la reforma de la Constitución Nacional. Dentro de esta reforma aparece el art. 41 que establece como objeto la preservación del medio ambiente a partir de la aplicación de distintas pautas o métodos como ser el empleo del método de recomposición del ambiente alterado,¹¹ la aplicación del método preventivo¹² o precautorio.¹³

Desde la reforma de la Constitución Nacional ha existido un avance sustancial en materia de protección ambiental. El comienzo del siglo XXI y la llegada de la globalización permitieron transitar un camino de expansión de la información en materia ambiental, produciendo una etapa de internalización de valores ambientales en la sociedad.

11. "Si el objeto del art. 41 de la Ley Fundamental es el de preservar un ambiente sano y equilibrado, resulta coherente que la norma establezca el deber de recomponer la situación alterada, mediante el restablecimiento del estado anterior. Esa obligación se impone no solamente cuando la alteración y consecuente daño son provocados por la acción humana, sino también cuando su causa reside en un fenómeno natural". BADENI. Gregorio, *Ob. Cit.*, p. 390.

12. "Asociación Multisectorial del Sur c/ Gobierno de Mendoza s/ Acción de Amparo". Juzg. 4° Civ. Com y Minas 2° Circ. Men.

Considerando II: Las causas y fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos sobre el ambiente que se puedan producir. Ha puntualizado A. Vázquez García que al Derecho Ambiental le interesa sobre todo la prevención del ambiente y, en caso de que este se genere, le interesa el cese a la brevedad posible y que se restablezcan las condiciones anteriores a su ocurrencia. (Vázquez García A.,(26/09/2003). La legislación ambiental y su aplicación, Ponencia en Primer Encuentro de Jueces, Desarrollo Sustentable, Villa La Angostura, Neuquén, Argentina.

13. "Asociación Multisectorial del Sur c/ Gobierno de Mendoza s/ Acción de Amparo". Juzg. 4° Civ. Com y Minas 2° Circ. Men.

Considerando VII: Como lo sostiene L. Facciano el principio de precaución implica un cambio en la lógica jurídica. Con razón se ha dicho que este demanda un ejercicio activo de la duda. La lógica de la precaución no mira al riesgo sino que se amplía a la incertidumbre, es decir, aquello que se puede temer sin poder ser evaluado en forma absoluta. La incertidumbre no exonera de responsabilidad; al contrario, ella la refuerza al crear un deber de prudencia. Facciano L. (Año 2001). La Agricultura transgénica y las regulaciones sobre bioseguridad en la Argentina y en el orden internacional. Protocolo de Cartagena de 2000, p. 247 y ss.; en obra Colectiva Tercer Encuentro de Colegios de Abogados sobre temas de derecho agrario, publicado por el Instituto de Derecho Agrario del Colegio de Abogados de Rosario.

Sin embargo todavía existen interpelaciones que provienen desde el ámbito económico, político, social y cultural, a pesar de ser evidente el proceso de internalización o concientización de determinados conceptos vinculados con la protección del medio ambiente.

Un claro ejemplo es el dilema empresarial que se pregunta cómo afrontar los costos que conllevaría adecuar la producción a los estándares exigidos por organismos locales e internacionales que tienen como objetivo el cuidado del medio ambiente, sumado a la promoción de un consumo sustentable que afectaría directamente los intereses empresariales. "Hay una paradoja para muchos de los pensadores globales: la solución del mundo para hacerlo ambientalmente sustentable es bajar los niveles de consumo, pero su misma decisión trae preguntas sobre el impacto en la economía y sus efectos sociales".¹⁴

Por supuesto que se está de acuerdo respecto de aquellas medidas tendientes a la protección del medio ambiente, pero el interrogante que surge es: ¿Por qué existe una indecisión generalizada en la toma de decisiones que eventualmente tendrían un impacto positivo en la sociedad? ¿Existe un error en la recepción normativa del medio ambiente? ¿Qué sucedería si el medio ambiente fuera concebido como un fin en sí mismo y no como un simple medio para la satisfacción de los fines del hombre?

III. ANTROPOCENTRISMO VS GEOCENTRISMO

En líneas generales las afirmaciones de los especialistas en la materia, que integran organismos públicos y/o privados, se inclinan por una concepción destinada a considerar a la naturaleza (en un sentido restringido)¹⁵ y al medio ambiente (en un sentido amplio)¹⁶ como un medio para la satisfac-

14. LEZAMA Pablo, "¿Valoramos más el Consumo Material que el Consumo Cultural?" en *Diario Clarín, Sección IECA – Cultura de Marcas*, 15/04/2012.

15. "Una primera tendencia incluye solo a los bienes naturales. Ello ha dado lugar a distinciones entre estos y los culturales, siendo los primeros los que no cuentan con la intervención del hombre". PIGRETTI, Eduardo A., "Definiciones materiales y formales. La definición jurídica del ambiente es compleja" en *Derecho Ambiental Profundizado*, Buenos Aires, La Ley, 2003, citado en LORENZETTI, R. L., "El Paradigma Ambiental" en *Revista de Investigaciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 2006, pp. 213-228.

16. "La Constitución argentina se inclina por la tesis amplia. En tal sentido considera ob-

ción de los fines del hombre. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano convocada por la Asamblea General de la ONU aprobó: "Considera a la humanidad como el bien máspreciado de la tierra, reconoce al hombre individualmente el derecho a condiciones de vida en un medio ambiente que le permita vivir con dignidad y bienestar y le impone el correlativo deber de protegerlo y mejorarlo".¹⁷

En el plano local, el art. 41 de la C.N., en su primer párrafo dice: "Todos los habitantes gozan del derecho de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano, y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer la de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley".

Es evidente la concepción antropócena¹⁸ que impera en los preceptos emanados por las distintas organizaciones que promueven la protección del medio ambiente. ¿Qué sucedería si se promoviera la internalización de una concepción geocéntrica¹⁹ en lugar de una antropócena? En principio su resultado devendría en un conflicto ético. Como aquel que se produjo, el cual pasó desapercibido, a finales del S. XVIII con el surgimiento de los estados liberales, colocando al hombre en la cúspide por sobre el sujeto naturaleza. "El problema ambiental introduce un nuevo principio ético que es altamente problemático en tanto colisiona con las costumbres tradicionales en la materia".²⁰

jeto de protección los recursos naturales, el patrimonio natural y cultural (art. 41, segundo párrafo)". LORENZETTI, Ricardo L., *ob. cit.*, pp. 213/228.

17. "La Asamblea General en su 23° período de sesiones, convocaba a una Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano advirtiendo la deterioración constante y acelerada de la calidad del medio humano y los efectos consiguientes en la condición del hombre, su bienestar físico, mental y social, su dignidad y su disfrute de los derechos humanos básicos, tanto en los países en desarrollo como en los desarrollados (Resolución 2398 – XXIII de 3 de diciembre de 1968)". Valls. M. "Río + 20, Conferencia Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible". Pág. 8.

18. "Esto es lo que demuestra el Antropoceno: que la concepción de la naturaleza como entidad independiente es insostenible a la vista del grado de interpenetración de los sistemas sociales y naturales. En ese sentido, la hipótesis del Antropoceno puede considerarse como la traducción a términos geológicos del fin de la naturaleza". MALDONADO, Manuel A., "Antropoceno el fin de la naturaleza" en *Revista de Libros*, Segunda Edición, 2015.

19. En esta concepción la naturaleza tiene el carácter de sujeto.

20. LORENZETTI, Ricardo L., *ob. cit.*, pp. 213/228.

¿Acaso no vale la pena intentar asumir otra concepción en materia ambiental e intentar internalizar la postura geocéntrica? ¿Asumiendo esta idea no se demostraría un respeto distinto por parte del hombre hacia el ambiente que lo rodea? ¿O será acaso que el hombre no quiere compartir el trono con otro sujeto?

Es cierto que no será fácil modificar ciertas concepciones tan enraizadas en los hombres, como por ejemplo la antropocena, pero sería interesante poder realizar una reinterpretación de ciertas concepciones éticas que condicionan nuestras acciones para el reconocimiento del medio ambiente como sujeto". La tutela del ambiente requiere decisiones complejas en el plano de los valores y la Ética, y se asiste a un formidable debate mundial sobre conflictos entre desarrollo y ambiente".²¹

IV. CONCLUSIÓN

Es importante reconocer que existen avances en materia de protección ambiental, pero no podemos omitir que la naturaleza de las ideas que promueven aquellas medidas de protección es de carácter antropoceno. "Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza".²²

Sin embargo es relevante empezar a reconocer la existencia y el avance de una postura geocéntrica en la sociedad. "Señala que el Derecho (Paradigma Ambiental)²³ se ha construido a partir del individuo y por lo tanto es "antropocéntrico", de manera que hay que cambiar esa visión, evolucionando hacia concepciones "geocéntricas", que tengan por sujeto a la naturaleza".²⁴

21. LORENZETTI, Ricardo L., *ob. cit.*, pp. 213/228.

22. Principio 1ero de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. (06/1992).

23. "El paradigma ambiental reconoce como sujeto a la naturaleza", LORENZETTI, Ricardo L., *ob. cit.*, pp. 213/228.

24. LORENZETTI, Ricardo L., *ob. cit.*, pp. 213/228.

BIBLIOGRAFÍA

- BADENI, Gregorio, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2011.
- FRANZA, Jorge A., *Manual de Derecho Ambiental*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, 1997.
- LEZAMA, Pablo, "¿Valoramos más el Consumo Material que el Consumo Cultural?", *Diario Clarín, Sección IECO – Cultura de Marcas*, 2012.
- MALDONADO, Manuel A., "Antropoceno el fin de la naturaleza" en *Revista de Libros*, Segunda Edición, 2015.
- MONTEJANO, Bernardino, *Curso de Derecho Natural*, Buenos Aires, Abeledo Perrot. 3era Edic. "Hobbes, Leviathan", Cap. XIII, cit. por Verdross, *op. cit.*
- PIGRETTI, Eduardo A., "Definiciones materiales y formales. La definición jurídica del ambiente es compleja" en *Derecho Ambiental Profundizado*, Buenos Aires, La Ley, 2003, citado en LORENZETTI, R. L., "El Paradigma Ambiental" en *Revista de investigaciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 2006.
- VALLS, M., "Río + 20, Conferencia Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible".
- VUOTTO, Marcelo O., Reflexiones sobre la responsabilidad civil por daños ambientales. Los desafíos del derecho ambiental. (I) "La revolución ambiental. El derecho ambiental en la nueva era constitucional". *El Derecho Ambiental*.



**TRABAJOS DE CURSOS DEL C.P.O.
ORIENTADOS A LA INVESTIGACIÓN**



SOFT LAW COMO HERRAMIENTA DE ADECUACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL A LAS NUEVAS COYUNTURAS*

ALAN MATÍAS FELER**

Resumen: El presente trabajo comenzará a partir del abordaje del Derecho Internacional, desde una perspectiva dinámica, imperiosa en el contexto global actual. Tras focalizarse en la idea de una normatividad graduada, el análisis se centrará en el terreno del *soft law*, destacando la necesidad de flexibilidad a nivel internacional. Previo a ello, se caracterizará al *hard law* desde la teoría de las fuentes y en la ineludible interacción con el primero. Luego, se exhibirán las principales controversias que el uso de *soft law* ha suscitado, así como también las ventajas que ha proporcionado en torno a su conveniencia. Por último, se examinarán instrumentos concernientes al Derecho Internacional del Medio Ambiente, teniendo en cuenta las características particulares que presentan –en comparación con otros– a la luz del *soft law*.

Palabras clave: derecho internacional – normatividad graduada – hard law – soft law – interacción normativa – motivaciones de los estados – derecho internacional del medio ambiente

Abstract: The following paper begins with an approach to the nature of the International Law, from a dynamic perspective, compulsory in the actual global context. After focusing on the idea of a scale of regulations, the analysis will concentrate on the land of the soft law, emphasizing the need for flexibility at the international level. Previous to that, hard law will be characterized from the

* El trabajo ha sido realizado en el marco de la asignatura "Fuentes del Derecho Internacional", a cargo de la Prof. Claudia Gasol Varela en la Facultad de Derecho (UBA).

** Estudiante de Abogacía (UBA). El autor desea expresar su profundo agradecimiento a la Mag. Claudia G. Gasol Varela y a Natalia Pérez Marín, como así también al resto de los integrantes de la comisión, que desde sus respectivos roles han sabido acompañar y apoyar este proyecto, tanto durante como después del curso, despertando el interés y el anhelo de profundizar conocimientos.

theory of the sources of International Law and the unavoidable interaction with soft law. Subsequently, it will be exhibited the main controversies that the use of soft law has provoked, as well as the advantages that has provided, regarding its convenience. Finally, different International Environmental Law instruments will be examined, taking into account the specific features they present – in comparison with other instruments – in the light of soft law.

Key words: international law – scale of regulations – hard law – soft law – interacting rules – states incentives – international environmental law

I. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y SU VISIÓN DINÁMICA

El ordenamiento jurídico internacional está compuesto por normas que regulan las relaciones entre los diferentes sujetos internacionales. Basado en la igualdad soberana de los Estados, estos son capaces de obligarse manifestando su voluntad en forma coordinada para ello, conforme reza la máxima *par in parem not habet imperium*.

Cabe mencionar que reviste un carácter descentralizado (frente a la inexistencia de un único órgano legislador y un órgano jurisdiccional obligatorio), cuya naturaleza está dotada de una diversidad de fuentes. Por las mismas pueden entenderse, como advierte Gutiérrez Posse, "[...] tanto las razones que llevan a la adopción de una determinada norma jurídica como los procedimientos de creación de esas normas o los medios para verificar la existencia de una concreta regla positiva de derecho".¹

En un contexto de continuas transformaciones de las relaciones internacionales, nuevos procesos de creación normativa reclaman su reconocimiento. Como ha advertido Julio Barberis, el "[...] orden internacional actual no constituye un sistema cerrado en el que existe un número determinado y limitado de modos de creación de normas jurídicas. Los miembros de la comunidad internacional pueden acordar nuevas fórmulas para crear el derecho de gentes".²

De esta forma, negarle al derecho internacional su carácter dinámico

1. GUTIERREZ POSSE, H. D. T., *Guía para el Conocimiento de los Elementos de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, La Ley, 2010.

2. BARBERIS, J. A., *Formación del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1994, p. 257.

supondría su incapacidad de adaptarse a las nuevas realidades que la sociedad internacionalmente continuamente atraviesa. Como consecuencia, devendría inevitable el ensanchamiento de la separación entre derecho y realidad.

Así lo ha reconocido la Corte Internacional de Justicia en el Caso "Barcelona Traction",³ al determinar que la existencia de la ley está subordinada al motivo de la misma, consagrando el principio *cessante ratione legis cessat ipsa lex*.

Contribuye a esta visión la óptica sistémica para examinar al ordenamiento jurídico internacional. Según la misma, las normas que lo conforman se encuentran en permanente interacción entre sí, ya sea a través del complemento, modificación, derogación o, asimismo, sirviendo como pautas de interpretación de otras reglas. De este modo, conforman un sistema interrelacionado, que se opone a la idea de conjunto normativo.

Tras estos postulados iniciales, debe consignarse que la hipótesis que sustenta este trabajo es que en el estado actual de la comunidad internacional, es posible construir un vínculo entre la concepción de *soft law* y la teoría de las fuentes del Derecho Internacional. Ello, sobre la base de la participación que la primera tiene en el proceso de creación de normas convencionales y consuetudinarias de Derecho Internacional, sin que ello implique erigirla como fuente. Si bien el *soft law* tiene incidencia en la aplicación de la norma, tanto sus rasgos distintivos como su funcionalidad deben ser estudiados en el ámbito de creación de la norma. Ello se exhibirá con claridad en el carácter de algunos de los instrumentos de Derecho Internacional del Medio Ambiente.

II. LA NORMA DE DERECHO INTERNACIONAL Y LA NORMATIVIDAD GRADUADA

Difícilmente pueda encontrarse en algún documento de derecho internacional una enumeración taxativa de las normas que conforman el ordenamiento. Dicha idea sería contraria a la concepción dinámica que este trabajo sostiene.

3. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited" (Bélgica c. España), 5 de febrero de 1970.

El renombrado art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁴ tal vez ofrezca, desde la práctica, una aproximación hacia aquellas normas de derecho internacional que son aceptadas como tales por la comunidad internacional. Empero, la teoría de las fuentes del Derecho Internacional ha reconocido, a rasgos generales, tres teorías principales sobre la creación de la norma. En primer lugar, Hans Kelsen sostuvo el ordenamiento jurídico internacional está estructurado jerárquicamente, siendo la norma de carácter superior la que da lugar a la creación de normas inferiores. A su vez, erige a la costumbre como la primera fuente de todo el ordenamiento. Por su parte, Hart afirma que "[...] la validez de las normas internacionales se decide simplemente por la circunstancia de 'si son aceptadas y funcionan como tales'".⁵ A partir de ello, concluye que el derecho internacional no tiene fuentes. En otro orden de ideas, se sigue de la tesis de Roberto Ago que el sistema de normas de Derecho Internacional se encuentra creado por procesos formales y también espontáneos, sin que su expresión escrita sea un elemento constitutivo de la norma. El autor del presente trabajo encuentra en esta última formulación, una conciliación armónica entre la teoría y la práctica del Derecho Internacional.

De este modo, la espontaneidad en el desarrollo normativo permite que el orden jurídico internacional se componga de cauces cada vez más diversificados. Por lo tanto, no cabría restringirle el carácter de normas vigentes a aquellas no enumeradas en el estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Es así que, en vista de la existencia de diferentes normas en el plano internacional, ha surgido la concepción de la normatividad graduada en función de la obligatoriedad de estas, independientemente de su forma de creación. De conformidad con la misma, existirían grados de obligatoriedad en la norma. En dicha escala progresiva, se encuentran ubicados de menor a mayor nivel de exigencia: *non-law*, *soft law*, *hard law* e *ius cogens*. En tanto el primero signa el terreno de lo no jurídico (asimilando este último término a lo no obligatorio) y se evidencia en cuestiones tales como el intercambio de notas reversales; la última categoría está compuesta por aquellas reglas que son inmodificables e inderogables por la importancia que el valor tutelado reviste para la comunidad interna-

4. Órgano previsto en la Carta las Naciones Unidas, 1945.

5. BARBERIS, *ob. cit.*

cional. Las clases intermedias serán analizadas en profundidad en el presente trabajo.

Cabe mencionar la existencia de doctrina que se ha expresado en contrario a lo explicado *ut supra*. Tal es el caso de Jan Klabbers, quien sostiene que "[...] en todo orden jurídico existen algunas normas más importantes que otras, más o menos precisas pero nunca más o menos obligatorias (traducción del subscripto)".⁶ Dicha postura no es compartida por el autor de este trabajo, por los fundamentos que se mencionarán a continuación.

III. HARD LAW

III.A. Carácter

Tradicionalmente, se utiliza el término *hard law* o simplemente *law*, para referirse a aquellas normas dispositivas del Derecho Internacional. Dan lugar a derechos y obligaciones exigibles a las partes involucradas en la misma, según el alcance de sus términos. Su nota distintiva es que la obligatoriedad de las mismas no se encuentra discutida.

Del Toro Huerta define el término como "instrumentos o prácticas generales con carácter obligatorio cuyo incumplimiento puede ser exigido por las vías instituciones de solución de conflictos y derivar en la responsabilidad internacional del Estado".⁷

En opinión del autor del trabajo, es dable mencionar otro elemento que caracteriza a la norma de *hard law* como tal: su proceso de formación. Este se encuentra regido por pautas claras que intentan reducir el margen discrecionalidad a la hora de intentar calificar a una norma como tal.

A modo de ejemplo, tanto las normas convencionales como las consuetudinarias presentan reglas propias de creación. En tanto las primeras encuentran su procedimiento establecido en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969),⁸ las segundas están dadas a partir de ele-

6. KLABBERS, J., "The redundancy of soft law", en *Nordic Journal of International Law*, 1996, vol. LXV, N° 2, pág. 181.

7. DEL TORO HUERTA, M. I., "El fenómeno del Soft Law y las nuevas perspectivas del derecho internacional", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2006, vol. VI, p. 528.

8. Debe considerarse que la citada Convención ha tenido por función sistematizar y codificar normas consuetudinarias.

mentos constitutivos como lo son la práctica y la *opinio iuris*. Lo señalado ha sido expuesto por la Corte Internacional de Justicia en el "Caso Relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua",⁹ y en el "Caso relativo al Derecho de Paso por Territorio Indio".¹⁰

III.B. Conveniencia de su utilización: arma de doble filo

Sin dudas, la norma de *hard law* constituye un medio seguro para las relaciones entre los sujetos de derecho internacional, al proveer un marco de previsibilidad en las expectativas de las partes involucradas, así como también en terceros. Al establecer derechos y obligaciones, otorga cierto nivel de certeza sobre las conductas futuras y demuestra compromiso entre los sujetos, con relación al ámbito material de aplicación.

Asimismo, provee mecanismos para asegurar su cumplimiento, así como vías admisibles para reclamar en caso de un eventual incumplimiento.

Sin embargo, en todo acuerdo internacional, los beneficios que supone su efectividad deben contrastarse con los costos que incurrir en conductas violatorias conlleva para los sujetos. Según parte de la doctrina anglosajona, la ley internacional funciona porque existen sanciones asociadas a su violación, que están ligadas a las Tres "R": reputación, represalias y reciprocidad.¹¹

En opinión del autor del presente trabajo, si bien no debe estimarse que los acuerdos internacionales sean efectivos únicamente por el temor a la sanción, esta sí constituye un fundamento a tener en cuenta para analizar las conductas de los sujetos.

Pese a su coercitividad, la exigibilidad de las normas internacionales de *hard law* ante instancias jurisdiccionales encuentra problemas que cuestionan precisamente su naturaleza *hard*.

9. CIJ, "Caso Relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua" (Nicaragua c. los Estados Unidos de América), 27 de junio de 1986.

10. CIJ, "Caso relativo al Derecho de Paso por Territorio Indio" (Portugal c. India), 12 de abril de 1960.

11. GUZMAN, A. T. y MEYER, T. L., "International Soft Law", en *Journal of Legal Analysis*, Forthcoming, 2010.vol. II, N° I, p. 20, explican que "To the extent international agreements are effective, however, it must be because they make it costly for states to engage in violative conduct. Put differently, if international law works it must be because there are sanctions associated with violating that law. Those sanctions correspond to the 'Three Rs of Compliance:' reputation, retaliation, and reciprocity".

IV. ¿SOFT LAW COMO FUENTE DEL DERECHO INTERNACIONAL?

IV.A. Flexibilidad como necesidad

La evolución del derecho internacional en contextos de permanente cambio impone, en determinadas circunstancias, cierta necesidad de flexibilidad. Así lo ha sostenido Timothy Meyer, estableciendo que existe una amplia gama de mecanismos que le permiten a los Estados aumentar la flexibilidad en sus acuerdos, tales como las cláusulas de escape, renegociaciones planeadas y *soft law*.¹²

A modo ilustrativo, las primeras se definen como un camino legal que habilitaría al Estado a abandonar el tratado, frente a presiones domésticas que lo llevarían a una violación del mismo. Por su parte y a pesar de su factibilidad, las renegociaciones planeadas permiten enfrentar incertidumbres futuras con relación a los efectos de un determinado documento, reduciendo los costos de su enmienda. Tal es el caso del Tratado Antártico.

Cabe hacer una mención especial a las reservas de los tratados. Al facultar a los Estados a no ceñirse en forma íntegra por el texto de un acuerdo, brindan un margen de elasticidad.¹³ Empero, su flexibilidad está mayormente relacionada con la distribución inicial de sus preceptos coercitivos, que con la eficiencia subsecuente de esas obligaciones.

12. MEYER, T. L., "Soft Law as delegation", en *Fordham International Law Journal*, 2009, vol. XXXII, p. 11 sostiene que "States have at their disposal a variety of ways in which to increase the flexibility of international agreements, as well as tools to increase the credibility of their substantive commitments. Examples of the former include escape clauses, (...) planned renegotiation, and soft law".

13. A tal respecto, cabe recordar lo dispuesto por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), sobre las reservas a los tratados: "Artículo 19. Formulación de reservas. Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos: a) Que la reserva esté prohibida por el tratado; b) Que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o c) Que, en los casos no previstos en los apartados a y b, la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado. Asimismo, a los fines ampliatorios acerca de la temática, se recomienda consultar la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en su 63º período de sesiones (2011).

IV.B. Origen del concepto: hacia una noción amplia

Como señala Mazuelos Bellido, el término *soft law*, acuñado por Lord McNair, desde su origen ha sido interpretado de forma diversa. En sus inicios, el concepto se refería a principios abstractos cuya operatividad era dada a partir de su aplicación judicial. Entonces, no parecería que su aplicación hubiera sido la de distinguir "entre el derecho y el 'no derecho', ni entre instrumentos vinculantes y los simplemente recomendatorios, ni entre instrumentos jurídicos y no jurídicos".¹⁴

En otras palabras, podría decirse que su funcionalidad no apuntaba primordialmente a describir una coyuntura propia del Derecho Internacional.

Julio Barberis, célebre doctrinario argentino en la materia, enumera en su obra los usos más comunes que la comunidad internacional le ha dado a la expresión *soft law*, a saber: "[...] normas que se encuentran en proceso de formación y aun no han adquirido validez jurídica. [...] normas jurídicas de contenido vago o difuso en las que resulta difícil precisar si sus disposiciones han sido o no cumplidas debidamente. [...] normas que se hallan en resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, [...] en los acuerdos políticos entre los gobiernos [...]"¹⁵ No obstante, tras efectuar la enunciación, critica estas acepciones, por diversas razones. Con respecto a la primera, afirma que la distinción no es novedad dado que ya existen las categorías de *lex data* y *lex ferenda*. Entonces, mediante este empleo se estaría intentando atribuirle valor a normas que aún no son tales, lo que no es admitido en la práctica. Sobre la segunda, plantea que la obligatoriedad de las normas es igual para cualquiera de ellas, independientemente del lenguaje en que hayan sido formuladas. Ello, a pesar de que pueda resultar más dificultosa la comprobación acerca de su incumplimiento. Por último, en lo relativo al tercer uso descrito por Barberis, el autor sostiene que parte de la comunidad internacional ha construido la noción de un orden jurídico intermedio, compuesto por normas pertenecientes a un derecho "blando". A su juicio, dicha noción debe ser tachada de irrazonable, pudiendo esas normas formar parte de otro orden normativo pero ciertamente no jurídico.

14. MAZUELOS BELLIDO, A., "Soft Law: ¿mucho ruido y pocas nueces", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2004, N° VIII, p. 2.

15. BARBERIS, *ob. cit.*, pp. 282-288.

En la actualidad, diferentes doctrinarios han acuñado las acepciones de *soft law* que enumeró Barberis, no obstante la crítica efectuada por el mismo y su posterior conclusión, en la que afirma que "El *soft law* es primordialmente un producto ideológico propiciado por aquellos que pretenden otorgar obligatoriedad a ciertas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y de otras organizaciones internacionales".¹⁶

Por su parte, Meyer afirma que la nota distintiva entre *hard law* y *soft law* es que la segunda puede crear obligaciones del tipo de la primera en otros sistemas legales distintos al internacional, tales como el doméstico. Al mismo tiempo, el *soft law* afecta el modo en que las obligaciones de tipo *hard* son interpretadas o implementadas. Excluye de su definición a los acuerdos políticos.¹⁷

Por el contrario, Del Toro Huerta amplía la esfera de alcance del término, sosteniendo que se trata de un término utilizado por la doctrina, que "[...] busca describir la existencia de fenómenos jurídicos caracterizados por carecer de fuerza vinculante aunque no carentes de efectos jurídicos o al menos con cierta relevancia jurídica".¹⁸

La tarea de colmar de significado único al concepto no está libre de obstáculos, dada la proliferación de documentos internacionales que podrían conformar ejemplos de *soft law*. Empero, la opinión del autor resulta más aproximada a la de Del Toro Huerta, por tratarse de aquella que engloba bajo su órbita una variada gama de documentos internacionales, lo que ulteriormente redundaría en la diversificación de los pilares que componen al Derecho Internacional, dotándolo del dinamismo necesario que su propósito requiere.

IV.C. Conflicto en la ausencia de consecuencia jurídica. ¿Intrascendencia para el Derecho Internacional?

En la medida en que sea aplicada la estructura tradicional de la norma jurídica (esto es: un supuesto de hecho que origina la consecuencia

16. *Ibid*, p. 287.

17. MEYER, *ob. cit.*, p. 18, propone "(...) this article offers a new definition of soft law: those agreements that are not themselves legally binding, but are given the force of law through either domestic law or other international agreements. This definition thus excludes non-binding agreements that are purely hortatory, as well as purely political agreements".

18. DEL TORO HUERTA, *ob. cit.*, p. 519.

jurídica), cabe considerar cuál sería la consecuencia jurídica frente al incumplimiento de una norma de *soft law*. Si se pretende asimilar lo jurídico a lo obligatorio, la consecuencia es la negación del carácter jurídico a la consecuencia.

Con todo, la ausencia de fuerza vinculante en la norma de *soft law* no conlleva a que la misma esté exenta de relevancia jurídica, especialmente en los procesos de creación de la norma. Ello, atento su influencia en otros niveles del ordenamiento jurídico internacional, tales como la proyección de comportamientos deseables o el puntapié inicial para lo que eventualmente se transformará en una norma de *hard law*; así como también en el marco de pautas interpretativas. Téngase en consideración que estos puntos serán desarrollados *ut infra*.

Además, se ha dicho que la idea de una normatividad graduada puede devenir en "[...] un fenómeno patológico que amenace la naturaleza positiva del derecho internacional".¹⁹ A pesar de ello, en este campo debe señalarse que la teoría dista de la realidad. Es decir, si bien el debate está presente en la doctrina, se ha evidenciado que los Estados, en la práctica, no han tenido mayores dificultades en reconocer la diferencia entre normas jurídicas y aquellas que no resultan exigibles.

En virtud de lo expuesto, el autor del presente trabajo no concuerda con lo propuesto por Del Toro Huerta, quien sostiene que "[...] la relativización de la normativa internacional puede derivar también en la relativización de los derechos y obligaciones internacionales, lo que supone un evidente riesgo de minimizar las obligaciones internacionales y difuminar los sujetos obligados".²⁰

En conclusión, para intentar un abordaje desde las fuentes del Derecho Internacional, es menester no plantear la discusión en términos binarios entre *soft law* y *hard law*. Verlos como opuestos conllevaría una visión reduccionista, centrada exclusivamente en los procesos formales de creación de las normas, lo que tendría por resultado una concepción estática del Derecho Internacional, contraria a la que este trabajo propone.

19. *Ibid.*, p. 520.

20. *Ibid.*

IV.D. Sujetos activos no estatales en la producción de *soft law*

Como ha sido señalado por Barberis, uno de los usos de *soft law* apunta a resoluciones de carácter recomendatorio, emanadas de organismos internacionales. Es menester aclarar que no toda norma originada en el seno de estas organizaciones conlleva ese carácter, por lo que se trata de una especie dentro del género. Ello, debido a la existencia de resoluciones que sí resultan obligatorias para los Estados que las integran, tales como las emitidas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Habiendo asumido el rol preponderante que poseen los sujetos de Derecho Internacional en la producción de *soft law*, resta indicar la participación de aquellos actores de las relaciones internacionales, que no ostentan el carácter de sujetos. Este conjunto lo conforman, según Chicharro, "[...] entidades que no poseen subjetividad jurídica internacional, aunque sí son capaces de influir en las relaciones que tienen lugar más allá de las fronteras estatales".²¹ A modo ilustrativo, pueden mencionarse: empresas multinacionales y Organizaciones No Gubernamentales. Su práctica y discurso, expresados predominantemente en términos *soft law*, en muchas oportunidades representa un incentivo para que los Estados adopten legislación interna acorde o se vean en la necesidad de concertar un tratado. De este modo, influyen en el desarrollo del Derecho Internacional, por medio del comportamiento que estimulan en los sujetos.

V. INTERACCIÓN ENTRE *HARD LAW* Y *SOFT LAW*

V.A. *Soft law* material

Esta especie dentro género *soft law*, descrita por Barberis en la segunda acepción que efectúa sobre el término (no obstante su desacuerdo), refiere a algunos contenidos de los tratados que están redactados con términos vagos o indeterminados o tienen por objeto "[...] establecer obligaciones de carácter programático o declaraciones generales y, por lo tanto,

21. CHICHARRO, A., "El carácter de *soft law* de los instrumentos internacionales sobre desarrollo sostenible", en *I Congreso Internacional de Estudios del Desarrollo, Red Española de Estudios del Desarrollo* (REEDES), 14 al 16 de noviembre de 2012, p. 14.

tener un contenido materialmente *soft* que no establezca obligaciones para las partes".²²

La polémica en torno a estas expresiones se genera en virtud de tratarse de un instrumento esencialmente coercitivo pero cuyos efectos vinculantes están en discusión. Por causa de esto, la opinión del autor estima que se trata de una categoría intermedia, entre la norma de *hard law* con obligaciones operativas y el instrumento puramente *soft*. El grado de cumplimiento de los preceptos de *soft law* material se encontraría, en principio, sujeto a la discrecionalidad de los Estados. Pero en caso de un incumplimiento notorio, le será exigible por los medios estipulados en el tratado, ya sea por la contraparte o por el órgano designado para ello.

A los fines metodológicos, la investigación a continuación se centrará en los instrumentos internacionales de *soft law*, excluyendo de ese modo lo relativo a la faz material.

V.B. Proyección de comportamientos deseables: cristalización en futuras normas *hard law*

Un acuerdo de *soft law*, si bien no es obligatorio, demuestra el compromiso de los Estados con respecto a una causa determinada. En ese sentido, denota una intención incipiente de orientar los esfuerzos hacia el logro de determinados objetivos, a través de expectativas comunes de conducta.²³

Lo indicado encuentra su fundamento en los principios generales de derecho, tal como lo es el de buena fe, lo que explica la utilidad y cumplimiento de estos acuerdos.

En relación a las fuentes del Derecho Internacional, en opinión del autor, resulta necesario reconocerle al *soft law* su participación como antecedente. Consecuentemente, obligaciones que inicialmente no eran exigibles, acaban transformándose en la base de tratados futuros. Además, ocasionalmente el *soft law* refleja el estado del desarrollo de normas consuetudinarias, al permitir inferir con cierto grado de certeza, el

22. DEL TORO HUERTA, *ob. cit.*, p. 536.

23. DUPUY, P. M., "Soft Law and the International Law of the Environment", en *Michigan Journal of International Law*, 1991, vol. XII:CDXX, p.428, afirma que "(...) 'soft law' creates and delineates goals to be achieved in the future rather than actual duties, programs rather than prescriptions, guidelines rather than strict obligations".

sentido y propósito de preceptos que no estaban escritos. Entonces, es evidente que estas obligaciones morales pueden llegar a convertirse en verdaderas normas jurídicas.

Por otra parte, si se logra que los Estados se obliguen a algunos mínimos estándares por medio de la concertación de acuerdos de tipo *hard*, estaría elaborando un piso de derechos y obligaciones en forma conjunta, sobre el que es aplicable el principio de no regresividad. En este sentido, una vez plasmadas determinadas bases comunes, los acuerdos de tipo *soft law* podrán ser empleados para aportar las metas futuras a ser alcanzadas, a través de textos con cláusulas no forzosas, que apunten el camino a seguir (estándares máximos) pero no de manera imperativa.

V.C. Motivaciones de los Estados para inclinarse por *soft law*: razones políticas y dimensiones de poder

Podría comenzarse el presente apartado a partir del siguiente interrogante: ¿Por qué las partes cooperarían y negociarían para llegar a un pacto por el que no se quieren obligar?

En primer lugar, frente a la dificultad que supone alcanzar un acuerdo que satisfaga a las partes, es preferible lograr un entendimiento en términos no obligatorios que abandonar la discusión con las manos vacías. Ello se hace más evidente en tratados multilaterales.

La observancia de las normas está mayormente motivada por el interés propio de los Estados en asegurarse un mundo estable, en el que les sea más fácil perseguir sus metas políticas y económicas. Ello se manifiesta en el anhelo por mantener patrones de comportamiento predecibles, que en definitiva contribuye más al nacimiento de obligaciones que la posibilidad de sanciones.

Siguiendo dicho razonamiento y a pesar de que el compromiso de *soft law* quede en el terreno de los pactos políticos, que el Estado participe en su creación hace conjeturar que lo respetará a pesar de la falta de obligatoriedad del mismo. A ello se agrega que si el Estado no respetara el contenido del acuerdo, su reputación se verá afectada, disminuyendo el nivel de confiabilidad en sus compromisos futuros.

Por otro lado, el instrumento de *soft law* resulta óptimo cuando, para un mismo ámbito material, los beneficios marginales en términos de credibilidad entre *soft law* y *hard law* son modestos. Ello, en virtud de los costos y sanciones que la violación del segundo traería aparejados.

En otro orden de cosas, empero formalmente se sostenga la igualdad soberana entre los Estados en el orden jurídico internacional, en la práctica son indiscutibles las asimetrías de poder e influencias entre estos. En virtud de ello, cabe analizar si la importancia que ostenta un Estado influye en su decisión de optar por un acuerdo *soft law* o *hard law*.

El nivel de poder del Estado juega un rol preponderante en el diseño de la formación e implementación de obligaciones internacionales. Piénsese, verbigracia, en los tratados de paz. Constituyen suerte de contratos de adhesión en los que la parte poderosa es aquella que se ha fortalecido tras el conflicto armado y ofrece a la débil una oferta que, dada su situación, difícilmente pueda rechazar.

Lo apuntado cobra una mayor relevancia a la luz de las "*unilateral amendments*",²⁴ construcción teórica de Meyer y Guzmán para referirse a una nueva interpretación sobre una regla existente; o un viraje en la conducta considerada de conformidad con un acuerdo legal existente, ambos efectuados por el Estado. La posibilidad de realizarlas es mayormente aceptada en los acuerdos *soft law*. Considérese un instrumento bilateral de *soft law* entre un Estado poderoso y uno débil. Si bien ambos pueden efectuar una *unilateral amendment*, el primero conseguiría hacerlo con mayor facilidad si deseara aproximar el acuerdo hacia terrenos que le resulten más favorables. Ello, sin que su reputación se vea comprometida en el ámbito internacional, puesto que su poderío seguirá siendo determinante para que otros Estados continúen coordinando sus conductas con él.

Sin embargo, si la *amendment* fuese promovida por el Estado débil, sería fácil de suponer que ello será tenido en cuenta por otros Estados a la hora de negociar con este, viendo mermada su confiabilidad en la comunidad internacional. Debe señalarse que en los tratados, la enmienda constituye un proceso conjunto, jamás unilateral. Entonces, debe seguirse que siempre que existan asimetrías de poder, los Estados débiles se inclinarán por acuerdos obligatorios, cuyas reglas estén claras y donde sea menor el margen de maniobrabilidad para que el poderoso logre una *unilateral amendment* que lo favorezca. En cambio, el último optará por un instru-

24. Si bien la traducción exacta es enmiendas unilaterales, se preferirá en este trabajo la expresión en inglés, dada la confusión que podría conllevar su uso en español, atento la definición de enmiendas de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), arts. 39 y ss.

mento de *soft law* por el nivel de discrecionalidad que su influencia y poder le concede.²⁵

En conclusión, la reputación internacional constituye una de las razones que llevan a los Estados a optar por *hard law* o *soft law*. Sin embargo, la afectación de la reputación en caso de incumplimiento repercute diferente según la importancia del Estado de que se trate.

V.D. La discrecionalidad en el nivel de cooperación y compromiso: incertidumbre sobre cumplimientos futuros

Entre las razones que llevan a los Estados a adoptar acuerdos de tipo *soft law*, la incertidumbre sobre la eficiencia futura de las normas ocupa un lugar primordial. A mayor imprevisibilidad en el devenir de los acontecimientos, el riesgo de violar un acuerdo *hard law* se acrecenta, por lo que el costo de una eventual violación debe considerarse al momento de suscribir un instrumento de ese tipo. Por ello, si la duda es alta, los Estados se inclinarán por instrumentos susceptibles de ser modificados con facilidad.²⁶ De todos modos, deben distinguirse las dudas sobre la futura eficiencia de normas de la incertidumbre de la incertidumbre sobre el deseo de una parte de cumplir.

No debe olvidarse que donde una amplia gama de conductas pueden apreciarse como cumplimiento de un acuerdo, el contenido de las obligaciones se vuelve impreciso y pantanoso.

Frente a esta cuestión, el valor de la flexibilidad vuelve a ser foco de debates entre quienes sostienen que disminuye el mérito del acuerdo y quienes, como Meyer, afirman que realza la eficiencia a través del tiempo, manteniendo constantes los niveles esperados de cumplimiento, al permitir el ajuste de las normas y expectativas.

La posición del autor del trabajo es coincidente con la segunda. Si bien es cierto que con el *soft law* los Estados tienen mayor discrecionalidad so-

25. MEYER, *ob. cit.*, p. 19, describe esta situación "(...) where a single state or group of states enjoys a comparative advantage in setting legal rules and can act as a focal point for re-coordinating legal expectations under a soft law regime".

26. MEYER, *ob. cit.*, p. 21, propone "If uncertainty about the future efficiency of legal rules is sufficiently high, state will wish to create legal rules that are easier to modify. States effectively trade a less credible commitment today for the benefits of being unable to get out from under inefficient legal rules tomorrow".

bre el nivel de profundidad de su compromiso, no por ello los acuerdos de este tipo dejan de ser un horizonte a ser alcanzado.

V.E. Interpretación, complemento y modificación

Asimismo, cabría concederle una función interpretativa a los instrumentos de *soft law*, como una herramienta de utilidad en la función jurisdiccional a la hora de analizar *hard law*. Ello, dada su capacidad de clarificar normas internacionales al reflejar el consenso de los actores involucrados.²⁷

En otro orden de ideas, una de las funciones del *soft law* está dada por el estímulo hacia los Estados para que adopten legislación interna. Así lo ha entendido Dupuy, quien afirma que los Estados prefieren definir, por común acuerdo, programas de acción que los inviten a adoptar material adecuado y medidas regulatorias, comenzando en el nivel nacional.

V.F. Economizar recursos estatales

Merecen ser destacados los beneficios que los acuerdos de tipo *soft law* generan en el terreno de las formalidades estatales. No solo provee de mecanismos ágiles y dúctiles con requisitos modestos, sino que además permite el ahorro de procesos complejos e intrincados, tanto en las etapas de celebración como de aplicación. Además, debe señalarse que los costos de renegociación de *soft law* son significativamente menores a los de tratados, lo que dota a la primera categoría de una mayor eficiencia.

A diferencia de un tratado internacional, un acuerdo no obligatorio no precisa de exhibición de plenos poderes, ni de métodos de autenticación del texto. Por otra parte, elimina los esfuerzos diplomáticos o procesos judiciales hasta lograr su efectivo cumplimiento, como así también las instancias burocráticas y formalidades que conllevan el reconocimiento de responsabilidad internacional.

27. En tal sentido, puede mencionarse un ejemplo que ilustra con claridad lo expuesto: la Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

VI. *SOFT LAW* Y SU APORTE A LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE DESARROLLO SUSTENTABLE

Los ámbitos materiales con mayor presencia de documentos *soft law* se caracterizan por tratarse de temas nuevos o sensibles para la comunidad internacional en los cuales es difícil llegar a un acuerdo general con carácter obligatorio entre los Estados. Muestras de lo dicho pueden encontrarse en lo relativo al Derecho Internacional del Desarrollo, Medio Ambiente y Proliferación Nuclear, entre otros. Además, su presencia es clara en áreas cuyo plexo de derechos se encuentra subordinado a una alta disponibilidad de recursos económicos para satisfacerlos. Por consiguiente, no debería asombrar que en los próximos años se desarrollen instrumentos *soft law* en materia de nuevas tecnologías y el conflicto relacionado a la libertad de información frente al derecho a la privacidad.

Centrando el análisis en el derecho al desarrollo sostenible, es menester aportar una definición del mismo: es aquel que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias. En ese sentido, el objeto consiste en la protección y el cuidado del medio ambiente en combinación con la máxima eficiencia de recursos, frente al deterioro creciente a causa de la contaminación, los desastres y el cambio climático.

Existen una variedad de fundamentos que justifican la ligazón entre los rasgos descritos en este trabajo sobre *soft law* y el Derecho Internacional del Medio Ambiente. En primer lugar, se trata de una vertiente relativamente nueva en el desarrollo de los derechos humanos, por lo que la asunción de compromisos por parte de los Estados no está exenta de riesgos. Por consiguiente, será preferible para ellos efectuar acuerdos no vinculantes que reflejen cuáles son los comportamientos deseables en materia de protección medioambiental, antes que concretar obligaciones cuyo cumplimiento no pueden asegurar.²⁸

Es oportuno señalar que la cuestión medioambiental escapa con cierta frecuencia al control estatal. Ello se fundamenta en la presencia de poderosas empresas multinacionales con intereses supra estatales, que en aras a maximizar sus ganancias, se desenvuelven con indiferencia en relación al deterioro que producen en el medio ambiente. De manera que si resulta

28. Ver parágrafo V.D. del presente trabajo.

escaso el control ejercido por los Estados, la voluntad de obligarse con respecto a sucesos que no pueden manejar del todo, será menor.

En segundo lugar, la fijación de estándares de comportamiento esperables en un Estado diligente configura un común denominador entre los acuerdos *soft law* sobre medio ambiente (ver *supra* 2.4.2). Sin embargo, suscita controversias la cuestión de su falta de obligatoriedad, lo que tiene por efecto la falta de tutela judicial o arbitral efectiva para ser reclamados. A su vez, el carácter de principios o proclamas le brindan una amplia maniobrabilidad al Estado para que este determine por sí mismo en qué medida ha cumplido con lo preceptuado (ver *supra* 2.4.4.). Sobre ello puede sostenerse, como lo hace Dupuy, que los Estados no parecen estar muy interesados en establecer disputas en esta área, confiándole la resolución de la misma a terceros. Ello, atento a que el Estado víctima de contaminación transfronteriza de hoy, puede convertirse en el contaminador de mañana.

Pese a todo, estos estándares sí pueden ser considerados por jueces locales para interpretar otras obligaciones.²⁹ Asimismo, si se examina la situación de la Argentina, que con la reforma constitucional de 1994 ha consagrado el derecho a gozar de un ambiente sano, resulta innegable el rol del *soft law* en la producción de legislación interna.³⁰

En tercer lugar, la repetición juega un papel trascendental en el proceso de construcción de instrumentos legales *soft* de esta materia. Esta consiste en la reiteración constante de ciertos principios tales como el de información y consulta, así como también el de no discriminación. El primero apunta a que los Estados, antes de involucrarse en actividades o iniciativas que puedan causar contaminación transfronteriza, deben informarse y consultarse entre sí, para que estos puedan tomar en consideración las manifestaciones hechas por otros. El segundo principio incita a los Estados a no diferenciar entre su propio medio ambiente y el de otros, en vista a la sanción de normas relativas al cuidado de los mismos. Estos postulados están enunciados en diferentes instrumentos de carácter recomendatorio, tanto en ámbitos regionales como internacionales, a los que se referirá *ut infra*. La frecuente aparición de estas directrices, sin dudas relevantes ju-

29. DUPUY, *ob. cit.*, p. 431, con claridad establece: "States do not appear to be very keen on setting disputes in this area by entrusting them to independent third parties. (...) a country victimized by transboundary pollution today could very well end up being the polluter of tomorrow".

30. Ver parágrafo V.E.

rídicamente, tiene por efecto la asimilación a largo plazo, por parte de los Estados, de estas conductas como obligatorias. Por esta razón, estos principios se cristalizan lentamente en futuras normas *hard law*, tanto en tratados como en el elemento de *opinio iuris* de la norma consuetudinaria. En resumen, el *soft law* establece cuál es el piso mínimo, para que a través del fenómeno de la repetición, los Estados se muevan progresivamente hacia estándares más altos de protección.

VI.A. Instrumentos de *soft law* de Derecho Internacional del Medio Ambiente

A la hora de referirse a esta clase de documentos, no puede faltar la mención de la Declaración de Estocolmo de 1972, adoptada en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas en el Medio Ambiente. En palabras de Dupuy, constituye el programa normativo para la comunidad mundial en este campo. Si bien no es obligatoria, ha influenciado la conducta subsiguiente de los Estados, determinando sus derechos y obligaciones.

A partir de la Declaración mencionada, se han sucedido diferentes instrumentos que con carácter de proclama, han expresado los deseos de los Estados en vistas al desarrollo ambiental. Como ejemplos de ello deben destacarse la Declaración de Bergen sobre Desarrollo Sustentable de 1990, que estableció compromisos a largo plazo con respecto a la disminución en la emisión de gases; y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, que actualizó los principios elaborados en Estocolmo. A nivel regional, pueden señalarse algunos compromisos asumidos en la reciente III Cumbre de jefas y jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños, celebrada el 28 y 29 de Enero de 2015 en Belén, Costa Rica.

Por otro lado, desde el lugar que ocupan las organizaciones internacionales, el *soft law* ha representado una herramienta vital que les permitió efectuar sus aportes. A través de sus proclamas carecientes de fuerza coercitiva pero con efecto declarativo y/o recomendatorio, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha emitido diversas resoluciones. Ejemplo de ello constituyen la 3129/XXVIII, referida a Cooperación en el campo del medio ambiente en materia de recursos naturales compartidos por dos o más Estados; la resolución 38/165, relativa a la Cooperación internacional en lo relativo al medio ambiente y, por último, la 38/161, que hace referencia al Proceso de elaboración de la perspectiva ambiental hasta el Año 2000

y más adelante. Sin dudas, del análisis de la última se puede concluir que a todas luces resulta una proyección de comportamientos deseables, rasgo propio del *soft law*.

Muchas de estas resoluciones, y otras que no se han nombrado, encuentran su base en la actividad desplegada por el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente³¹, órgano de la Asamblea General dedicado a la promoción de leyes regionales y universales sobre medio ambiente.

A nivel regional europeo, la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo³² ha adoptado una serie de recomendaciones que pretenden continuar con el rumbo delineado por la Declaración de Estocolmo.

Por último, merecen ser mencionadas las Organizaciones No Gubernamentales como entidades que interactúan en la comunidad internacional, cuyo accionar también puede condensarse en instrumentos *soft law*.

VII. CONCLUSIONES Y REFLEXIÓN FINAL DEL AUTOR

A partir de la exploración de la palabra de reconocidos doctrinarios, en conjunto con el análisis propio del autor acerca de ellas, se ha procurado construir una concepción de *soft law* que intenta alejarse de quienes lo juzgan y estigmatizan por su falta de obligatoriedad.

Habiendo caracterizado a la norma *hard law*, se intentó demostrar que el hecho de que sea la utilizada con mayor reiteración no la convierte automáticamente en la más conveniente para toda ocasión. A continuación, se buscó definir al *soft law* por lo que aporta y seguirá aportando del Derecho Internacional, en lugar de explicarlo por oposición a la primera. En este sentido, se ha exhibido el innegable rol que desempeña el proceso de creación de la norma internacional, ya sea como antecedente de la misma, como proyección de comportamientos deseables o proposición de objetivos comunes a ser alcanzados, entre otros. Todo ello, sin perjuicio de afirmar el *soft law* no constituye, en sí misma, fuente del Derecho Internacional.

De este modo, de imaginarse al ordenamiento jurídico internacional como una máquina en constante movimiento, debe entenderse al *soft law*

31. En inglés se lo conoce como UNEP (United Nations Environmental Programme).

32. OECD, por sus siglas en inglés (Organization for Economic Cooperation and Development).

como un engranaje fundamental de la misma. En el marco de una comunidad internacional signada por la interdependencia y la globalización, es imprescindible asumir los nuevos paradigmas para generar herramientas adaptables a las nuevas dinámicas.

En este contexto, debe estimarse que el *soft law* no solo es útil en sí mismo, al iluminar el camino que recorrerán los Estados en ciertos ámbitos; sino que además sus beneficios pueden comprobarse en relación a normas *hard law*, ya sea como pauta de interpretación o incluso como antecedente de las mismas.

Por otro lado, es el arma más poderosa con el que cuentan los sujetos de Derecho Internacional para expresarse y diseñar políticas a largo plazo. Si bien inicialmente serán recomendaciones, su repetición en instrumentos podrá paulatinamente generar una idea de obligatoriedad alrededor de ellas.

En lo que respecta al medio ambiente, se trata de uno de los campos donde se puede evidenciar con mayor claridad la presencia de *soft law* y las razones para ello. Representa un terreno fértil para instrumentos de este tipo, que se explica en los cuidadosos pasos que los llevan a asumir pocas obligaciones exigibles y se traduce en las declaraciones enunciadas.

En ese sentido, cabe tener presente, como señala Del Toro Huerta, que el objeto del Derecho Internacional es "[...] promover y asegurar ciertos valores que se consideran fundamentales para la convivencia de la comunidad internacional".³³ Ello debe tenerse claro en vistas a la incorporación de la protección del medio ambiente como un derecho esencial de la humanidad.

En conclusión, es menester entender al *soft law* como el símbolo y producto de la permanente cooperación multilateral entre los miembros de la comunidad internacional, como una herramienta cuya existencia no puede negarse y cuya utilidad apenas ha comenzado a descubrirse.

33. DEL TORO HUERTA, *ob. cit.*, p. 533.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos

- AGO, Roberto, *Scienza giuridica e Diritto internazionale*, Milán, 1950; "Diritto positivo e diritto internazionale", *Scritti di Diritto internazionale in onore di Tomasso Perassi*, Milán, 1957, vol. I.
- BARBERIS, Julio A., *Formación del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1994.
- CHICHARRO, Alicia, "El carácter de soft law de los instrumentos internacionales sobre desarrollo sostenible", en *I Congreso Internacional de Estudios del Desarrollo, Red Española de Estudios del Desarrollo (REEDES)*, 14 al 16 de Noviembre de 2012.
- DEL CASTILLO, Lilian, *El derecho internacional en la práctica argentina. Constitución – Territorio - Organismos*, 1era. Edición, Editorial Errepar, Buenos Aires, 2012.
- DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván, "El fenómeno del Soft Law y las nuevas perspectivas del derecho internacional", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2006, vol. VI, pp. 513-549.
- DUPUY, Pierre-Marie, "Soft Law and the International Law of the Environment", en *Michigan Journal of International Law*, 1991, vol. XII:CDXX, pp. 420-435.
- GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D.T., *Guía para el Conocimiento de los Elementos de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, La Ley, 2010.
- GUZMAN, Andrew T. & MEYER, Timothy L., "International Soft Law", en *Journal of Legal Analysis*, Forthcoming, 2010.vol. II, N° I. (disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1353444)
- KELSEN, Hans, *Principles of International Law*, Nueva York, 1952.
- KLABBERS, Jan, "The redundancy of soft law", en *Nordic Journal of International Law*, 1996, vol. LXV, N° 2, pp. 167-182.
- MAZUELOS BELLIDO, Ángeles, "Soft Law: ¿mucho ruido y pocas nueces?", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2004, N° VIII. (disponible en <http://www.reei.org/index.php/revista/num8/articulos/soft-law-mucho-ruido-pocas-nueces>).
- MEYER, Timothy L., "Soft Law as delegation", en *Fordham International Law Journal*, 2009, vol. XXXII.

Jurisprudencia

Corte Internacional de Justicia, “fallo relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited” (Bélgica c. España), 5 de febrero de 1970.

Corte Internacional de Justicia, “Caso relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua” (Nicaragua c. los Estados Unidos de América), 27 de junio de 1986.

Corte Internacional de Justicia, “Caso relativo al Derecho de Paso por Territorio Indio” (Portugal c. India), 12 de abril de 1960.

Instrumentos de Derecho Internacional

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969.

Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, Estocolmo, 5 al 16 de junio de 1972.

Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Rio de Janeiro, 3 al 14 de junio de 1992.

Declaración Política de Belén, III Cumbre de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno de la CELAC, 28 y 29 de enero de 2015.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, prevista en la Carta las Naciones Unidas, 1945.



LOS LÍMITES DE LA LEGÍTIMA DEFENSA. ¿PODEMOS MATAR AUN CUANDO EXISTE LA POSIBILIDAD SEGURA DE HUIR?*

PATRICIO ENRIQUE KENNY**

Resumen: Indagar sobre los límites de la legítima defensa importa precisar su fundamento. Estos límites pueden tener alguna incidencia al momento de examinar lo referido al deber de la víctima de retirarse en ocasión de un ataque antijurídico.

Palabras clave: fundamentos – legítima defensa – deber de retirarse – responsabilidad.

Abstract: Inquiring ourselves about the limits of the legitimate right to self-defense imply acknowledging its basis. These limits may interfere when examining the victim's duty to scape when there's an unlawful attack.

Key words: basis – legitimate self-defense – duty to scape – responsibility.

En el presente trabajo me ocuparé de aquel supuesto en el que la víctima de una agresión antijurídica, cuya vida corre peligro, cuenta con dos alternativas: o bien quitarle la vida al agresor, o bien huir con certeza de éxito. Primero, efectuaré un breve repaso del tratamiento que ha recibido la cuestión. Segundo, comentaré algunas de las principales dificultades que advierto en esta discusión. Finalmente, esbozaré algunas primeras observaciones críticas que podrían ser de utilidad al momento de intentar construir una teoría general para los límites de la legítima defensa.

* El trabajo ha sido realizado en el marco de la asignatura "Teoría del delito y sistema de sanciones" a cargo del Prof. Marcelo D. Lerman en la Facultad de Derecho (UBA).
Recepción del original: 22/08/2015. Aceptación: 20/10/2015.

** Estudiante de Abogacía (UBA). Agradezco a Marcelo D. Lerman y Ezequiel H. Monti por sus comentarios y sugerencias. Los errores son solo míos.

ESTADO DE LA CUESTIÓN

En dogmática argentina no han existido variaciones significativas respecto al tratamiento del deber de retirarse. Quizás su explicación pueda hallarse en el hecho de que la tradición latina –al igual que, por ejemplo, la española– se ha visto fuertemente influenciada por la dogmática alemana, cuyo criterio para la evaluación del tema que me ocupa se ha mostrado siempre invariable. Por ello, se suele coincidir que quien es víctima de una agresión ilegítima –capaz de hacerle perder la vida– posee el *derecho* de quitarle la vida al agresor, aun cuando pudiera evitar con certeza la agresión huyendo.¹ ¿Es justo o conveniente que aceptemos sin más esta solución? Parece obvio que diferente es el escenario cuando ante la agresión ilegítima existen solo dos opciones: permitir que el agresor² me quite la vida o que uno le quite la vida al agresor. El poder motivador del deseo de preservar la propia vida es tal que se suele coincidir en que, como regla general, de nadie podría esperarse un compromiso en la realización de una conducta que pueda frustrar este deseo.³

“Respecto a la huida, la opinión dominante no la considera exigible (la jurisprudencia tradicional la considera deshonrosa)”.⁴ “Quien se halla ante la amenaza de ser atacado a golpes de puño, puede ponerse a repeler la agresión, aun cuando pudiera sustraerse sin más al menoscabo a su incolumidad corporal huyendo de la agresión”.⁵ “Tampoco obsta a la necesidad

1. Sobre si se trata, en efecto, de un *derecho*: “[l]a naturaleza de los tipos permisivos es clara: si confieren permisos, están reconociendo o creando derechos. Un sujeto tiene derecho a realizar un tipo permisivo y si no lo realiza no sucede nada de relevancia jurídica. En síntesis, las causas de justificación son ejercicios de derechos”, en ZAFFARONI, Eugenio R., *Tratado de derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Ediar, 1981, t. III, p. 581.

2. Si bien –a los efectos de lograr mayor claridad expositiva– no se hará explícito en el texto, todos los pronombres deben ser entendidos como representando tanto al masculino como al femenino a menos que se indique lo contrario.

3. KUTZ, Christopher, “Self-defense and political justification”, en *California Law Review*, No. 88, mayo 2000, p. 752. Dentro de las excepciones en las que cede el poder motivador del deseo de preservar la propia vida quedan comprendidos los casos en los que se pretende salvar la vida de un familiar o de un amigo entrañable, entre otros.

4. MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Julio César Faira Editores, 2005, p. 437.

5. FRISTER, Helmut, *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, pp. 330 y 331.

de la defensa concreta que el agredido pudiera escapar corriendo y sustraerse así a la agresión, pues el § 32 (del Código Penal alemán) permite la defensa necesaria para repeler la agresión y escapar corriendo no es repeler la agresión".⁶ "Dado que el agredido no tiene por qué aceptar ni siquiera efectos parciales de la agresión, no está obligado a esquivar al ataque".⁷ "[E]l agredido no está obligado, en principio, a evitar la agresión mediante un medio distinto de la defensa, por ejemplo, huyendo. Con razón, se sostiene que el fundamento de la defensa necesaria se encuentra en la responsabilidad en la que incurre el agresor que obra sin derecho".⁸ "Suele reconocerse [...] que la mera posibilidad de huida no excluye la legitimidad de la defensa. [...] Si se entiende que los bienes jurídicos son públicos, en una concepción estatista furibunda y que la defensa del derecho es únicamente cuestión del Estado, puesto que el derecho tiene por función principal hacer efectiva la voluntad estatal, no queda más alternativa que imponer el deber de huir cuando se pueda evitar la agresión por ese medio".⁹

La doctrina dominante, sin embargo, ha establecido algunas excepciones que suelen ser aceptadas pacíficamente. "La rotunda negación del deber de alejarse puede llevar a injustas soluciones que ha tentado la doctrina de evitar, admitiendo la obligación de alejarse, siendo posible, ante la agresión del padre, del demente y del agente público que obra por error *in personam*";¹⁰ "[s]egún la idea básica de la legítima defensa sería correcto exigir para la situación de legítima defensa no solo una conducta objetiva y subjetivamente antijurídica, sino también culpable. Pues quien agrede antijurídicamente a otro en estado de incapacidad de culpabilidad no tiene la posibilidad –en razón de que no es responsable de su decisión de voluntad– de protegerse de una defensa desproporcionada, renunciando a la agresión misma".¹¹ También suelen añadirse a estas excepciones aquellos casos en

6. ROXIN, Claus, *Derecho penal, parte general*, Madrid, Editorial Civitas, 1997, p. 633.

7. JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, Buenos Aires, Marcial Pons, 1997, p. 475.

8. BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, pp. 359 y 360.

9. ZAFFARONI, Eugenio R., *Tratado... ob. cit.*, p. 592.

10. SOLER, Sebastian (1940), *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Tea, 1992, t. I, pp. 452 y 453.

11. FRISTER, Helmut, *Derecho penal... ob. cit.*, pp. 324 y 325. En igual sentido, por ejemplo, MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal... ob. cit.*, p. 437 o ZAFFARONI, Eugenio R., *Tratado... ob. cit.*, p. 591.

los que el titular de la agresión antijurídica es un niño, presumiéndose así que este no cuenta con culpa (es un agente inimputable).

La dogmática alemana ha rechazado, por lo general, la obligación de retirarse o huir, salvo determinados supuestos excepcionales –en especial, los ataques de niños o inimputables por razones mentales–.¹²

Algunos de los argumentos que se advierten como fundamento de la posición dominante son: (1) que obligar a optar por la huida es obligar a optar por ser un cobarde, por obrar en forma deshonrosa; (2) que el derecho no tiene por qué ceder ante lo ilícito;¹³ (3) que la responsabilidad del agresor –su culpa– supone que este debe soportar una reacción por parte de la víctima; (4) que obligar a huir a la víctima atenta contra la individualidad de cada persona y, en especial, contra su derecho a auto defenderse, contra su autonomía personal; (5) que se desprende de una interpretación literal de la legislación alemana (§ 32 del Código Penal alemán) que huir no es “repeler la agresión”; (6) que “los camorristas y matones tendrían en sus manos el poder de expulsar a los ciudadanos pacíficos de todos los sitios donde quisieran imponer su dominio”;¹⁴ (7) que “el legislador, al permitir toda defensa necesaria para la protección del particular, persigue simultáneamente un fin de prevención general (por ejemplo, la reafirmación de la vigencia del derecho y la disuasión a futuros infractores)”.¹⁵

Se distinguen, por un lado, posturas marcadamente deontológicas –entre ellas (1), (2), (3) y (4)– y, por el otro, posturas más afines al consecuencialismo –entre ellas (6) y (7)–.¹⁶ Además existe una última postura –la (5)– que supone efectuar algunas consideraciones respecto a lo que se conoce por teoría de la interpretación. En esta última se presupone que yace en la letra de la ley una posición moral preexistente y no explicitada (deontologista o consecuencialista) fijada por el propio legislador.

12. FLETCHER, George P. (1975), *Rethinking Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 865.

13. Entre tantos otros, JESCHECK, Hans-Heinrich (1988), *Tratado de derecho penal, parte general*, Granada, Comares, 1993, p. 302.

14. ROXIN, Claus, *Derecho penal... ob. cit.*, p. 633.

15. *Ibid.*, p. 608.

16. Respecto a la distinción, véase Nino, Carlos S., *Ocho lecciones sobre ética y derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013, pp. 93 y ss. También, Wolff, Jonathan, *Introduction to political philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 53 y ss.

Si bien cada uno de estos argumentos debiera merecer una réplica individual, es posible precisar que quizás el argumento más consistente sea, según estimo, el de la responsabilidad y, por ello anticipo, me ocuparé principalmente de este. Al respecto, se ha entendido que "el individuo que pone voluntaria y conscientemente en peligro un cierto bien, sabiendo que su acto tiene como consecuencia normativa necesaria la adscripción de ese derecho al titular del bien, consiente en perder la inmunidad de que gozaba en contra de actos que puedan afectar sus propios bienes. Esto es exactamente paralelo a lo que ocurre con la asunción de responsabilidad penal (Nino fundamenta la pena en el consentimiento del agresor al actuar), y las condiciones para predicar consentimiento son las mismas en ambos casos".¹⁷

Es decir, incluso desde el liberalismo igualitario pareciera sugerirse como moralmente admisible el hecho de matar aun cuando existe la posibilidad de huir. Su fundamento, en el caso citado, parece residir en el hecho de que al existir una agresión antijurídica que voluntariamente consciente el agresor, ahora este debe soportar la respuesta de la víctima que pretende defenderse legítimamente.

PRIMER EXAMEN DE LAS POSICIONES COMENTADAS

Primer problema. Las posiciones deontológicas dan cuenta de un retribucionismo, por lo menos, problemático. En algunos casos este sería capaz de exceder, curiosamente, el límite de la culpabilidad.¹⁸ Todavía más importante, tal retribucionismo podría mostrar cierta incoherencia –o falta de integridad– respecto a otros valores morales de mayor o igual trascendencia. Esto último nos debiera persuadir de que, ante la posibilidad cierta de huir, la víctima debe optar por esta opción antes que dar muerte a su ofensor culpable. Especial interés revestirá el argumento de la responsabilidad, en tanto muchos de los otros serán parcialmente obviados producto

17. NINO, Carlos S., *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 481.

18. Un primer caso es aquel en el que el agresor voluntario, por ejemplo, pretender cortarle un dedo a su víctima. Está última debe optar entre dos alternativas: retirarse con éxito o quitarle la vida al agresor. De optar por la segunda se estaría retribuyendo un mal superando el techo de la culpabilidad. Un segundo caso será comentado sobre el final de este trabajo.

de la escasa relevancia que le asigno a estos.¹⁹ Este primer problema será tratado con mayor detalle en el apartado siguiente.

Segundo problema. Las posiciones consecuencialistas están sujetas a demostración empírica y, además, portan consigo una dificultad adicional siempre inherente a estas: el empleo del sujeto ofensor como un instrumento o medio –y no como fin en sí mismo– para la consecución de metas sociales consideradas valiosas. Sumado a ello, entiendo que existen nuevas razones prudenciales que derrotan a las primeras. Este segundo problema también será tratado con mayor detalle en el apartado siguiente.

Tercer problema. Hay una posición adicional –la (5)– que presenta dificultades muy propias de la teoría de la interpretación. Si bien no me detendré a examinar en detalle esta posición, sí puedo asegurar que, por lo general, la inmensa mayoría de los desacuerdos que se suceden en un debate interpretativo no logran ser resueltos recurriendo a nuevas disquisiciones en torno a la faz semántica del texto legislativo que se pretende dotar de sentido.²⁰ Ni la lógica ni la exégesis son suficientes por sí solas.

Si bien los aspectos semánticos pueden resultar de enorme utilidad para cualquier interprete, tampoco deja de ser cierto que requerimos de algo más. Y ese algo más supone comprometernos valorativamente, adoptar una posición moral.²¹

Este es quizás uno de los mayores escollos con los que han tenido que lidiar las corrientes afines al positivismo –al menos las más rudimentarias–: cómo preservar un abordaje interpretativo despojado de la moral en textos legislativos signado, en muchos casos, por una indeterminación radical. Escuelas diversas tales como el empirismo exegético

19. Por ejemplo, que el derecho no debe ceder ante lo injusto es una declaración, en gran medida, vacua y superflua que no será analizada en detalle. Al respecto, véase NINO, Carlos S., *La legítima defensa*, Buenos Aires, Astrea, 1982, p. 26.

20. Al respecto, véase the semantic sting, en DWORKIN, Ronald, *Law's empire*, Londres, Harvard University Press, 1986, p. 45.

21. NINO, Carlos S., *Notas de introducción al derecho 4, la ciencia del derecho y la interpretación jurídica*, Buenos Aires, Astrea, 1975, p. 101. Incluso desde el positivismo metodológico se ha entendido que "[l]a mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica", KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1960, p. 133.

francés, el historicismo casuístico inglés o el racionalismo dogmático alemán²² han enfrentado retos semejantes.

En concreto, de la letra del § 32 del Código Penal alemán²³ o, si se quiere, del artículo 34 inciso 6²⁴ del Código Penal argentino no se desprende, sin más, que la víctima pueda matar aun cuando existe la posibilidad cierta de huir. Por ello, la inferencia fundada en la mera semántica de la ley la estimo problemática. Y, todavía más, para el supuesto argentino podría argüirse que, muy por el contrario, no se constata la "necesidad racional del medio empleado" cuando existe la posibilidad cierta de defenderse por medio de una retirada exitosa pero la víctima, en cambio, decide quitarle la vida al agresor culpable. La muerte del agresor no era necesaria.

En cualquier caso, luego de estas breves reflexiones en torno al tercer problema pretendo sostener que echar mano, a través de interpretaciones literales, a las leyes escritas con las que contamos no parece –al menos en esta ocasión– ni necesario ni suficiente para defender una interpretación robusta del principio de responsabilidad en la legítima defensa y así considerar normativamente permisible dar muerte a una persona cuando existe la posibilidad de retirarse con éxito. Esto es, desde una interpretación literal no es cierto que la norma prescribe que la víctima pueda matar a su ofensor culpable aun cuando existía la posibilidad de huir con éxito. Sin embargo, tampoco prescribe lo contrario; existe indeterminación en cuanto a este punto. El debate permanece abierto.

SEGUNDO EXAMEN DE LAS POSICIONES COMENTADAS

Ahora intentaré advertir –retomando el primer problema– sobre algunas posibles inconsistencias que surgen de quienes son partidarios de evitar todo reproche a quien mata a su ofensor aun cuando existe la posibilidad cierta de huir. Para esto último, me ciño a las reglas introducidas

22. Cossio, Carlos, "La crítica de la jurisprudencia dogmática como crítica de nuestra época", en *La Ley*, t. 108, pp. 1088 y ss.

23. "Legítima defensa es la defensa que es necesaria para conjurar una agresión actual antijurídica para sí mismo o para otro".

24. "El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: Agresión ilegítima; Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende".

por parte de algunos de los principales referentes de la dogmática alemana. Algunas de ellas son: "si hay varias posibilidades de defensa, se tendrá que elegir aquella que genere la menor lesión o puesta en peligro posible del agresor";²⁵ "[n]ecesaria es toda defensa idónea, que sea la más benigna de varias clases de defensa elegibles y que no esté unida al riesgo inmediato de sufrir un daño";²⁶ "[e]l defensor está justificado cuando elige, de entre medios apropiados para la defensa, el que comporta la pérdida mínima para el agresor".²⁷

El razonamiento presenta algunas similitudes con el tercer problema –al interpretar la legislación argentina–. Si se exige como regla moral escoger "aquel que afecte lo menos posible los bienes jurídicos del agresor",²⁸ ¿por qué no optar por una retirada segura en vez de dar muerte al agresor?

La exigencia de escoger el medio menos lesivo supone, desde la dogmática alemana, un atemperamiento de la estricta regla de la responsabilidad –o si se quiere, de la culpabilidad–. No se podrá replicar a la agresión con otra de la misma especie si existe otra respuesta menos lesiva que evite la agresión primigenia.

¿Acaso para el supuesto que nos ocupa la retirada de la víctima no es el medio menos lesivo capaz de repeler (*i.e.* rechazar, no admitir) la agresión? Esta es la primera inconsistencia que advierto.

Por otro lado, existen razones morales de mayor o igual magnitud para descartar la posición dominante. Cuando no hay una necesidad –porque se puede optar por una huida exitosa–, solo queda en pie el retribucionismo o, si se quiere, la respuesta vindicativa. Hacer un mal para responder a otro, y ya no como un recurso necesario, inevitable tal vez, para salvar la propia vida. De no mediar una verdadera necesidad, el retribucionismo que se desprende del principio de responsabilidad y que vendría a fundar la legítima defensa puede configurarse como una violación manifiesta a la garantía de juicio previo que se encuentra incorporada al artículo 18 de nuestra Constitución Nacional.²⁹ Hay un principio muy arraigado a nuestra

25. STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal, parte general I*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 235.

26. ROXIN, Claus, *ob. cit.*, p. 628.

27. JAKOBS, Günther, *ob. cit.*, p. 472.

28. FRISTER, Helmut, *ob. cit.*, p. 330.

29. "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso".

cultura política: la distribución de las penas las debe administrar el aparato estatal y no los propios particulares.

Con buen tino se han manifestado algunas voces desde la doctrina dominante que han empezado a establecer los primeros reparos en lo que se refiere a este punto. Para algunos el límite de lo admisible reside en el paso a la defensa desproporcionada y, para lo que nos ocupa, en la vulneración de la solidaridad mínima.³⁰ Asimismo, si bien no se ha llegado a establecer a la fuga como un deber, se ha considerado como un posible límite de justicia a la necesidad exigida por la dogmática para evitar arribar a situaciones injustas.³¹

Bajo estas reflexiones empieza a consolidarse un principio de solidaridad o, mejor dicho, de humanidad o de pacifismo entre los miembros de una misma comunidad como límite al retribucionismo tan propio de la doctrina dominante. Si en los estados de necesidad se pregona en favor de la solidaridad, por qué esta no está presente también en la legítima defensa —que es para algunos una forma calificada de estado de necesidad defensivo—. ¿Acaso la responsabilidad o la culpa es suficiente para quitarle la vida a una persona cuando existe la posibilidad de huir con éxito, para eliminar toda solidaridad mínima respecto al prójimo? Por cierto, la doctrina dominante al examinar lo relativo al estado de necesidad exculpante suele concebir a la vida humana como un valor máximo, como aquello que no puede ser resignado —dicen— ni aun bajo consentimiento expreso y voluntario. ¿La responsabilidad culposa es suficiente por sí sola (porque no hay necesidad) para echar por tierra a esta prioridad moral como lo es la salvaguarda de aquel valor máximo?

Si por parte del agresor existió una conducta despreciable, ¿por qué la reacción del derecho debe ser otra conducta de igual tenor, es decir, también despreciable: quitarle la vida a una persona cuando no es realmente necesario hacerlo? El derecho no puede valerse de medios inmorales para la consecución de las metas socialmente consideradas valiosas (es decir, el mantenimiento de la paz entre los distintos integrantes de la comunidad).³² El agresor debe seguir siendo respetado como persona, pues la agresión no

30. JAKOBS, Günther, *Derecho penal... ob. cit.*, p. 476.

31. Con muchas dudas así lo expresa Soler, en SOLER, Sebastian (1940), *Derecho penal argentino... ob. cit.*, pp. 452 y 453.

32. Por ejemplo, CSJN, Fallos 333:405, *Baldivieso*, del 20 de abril de 2010.

le hace perder el derecho a un mínimo de solidaridad³³ que entraña el no perder la vida como consecuencia de su obrar culposo.

Alcanzada esta instancia, debo advertir que lo que se estaría sugiriendo no constituye una extralimitación del principio de solidaridad al punto tal de eliminar toda posibilidad de dar muerte a un agresor. Posiciones pacifistas radicales podrían esgrimir, muchas veces con razón, que toda violencia, que toda coerción, merece ser rechazada.³⁴ Lo aquí propuesto solo comprende a aquellos casos en los que existe la posibilidad cierta y segura de huir y, por ello, la réplica violenta que da muerte al agresor no luce realmente necesaria.

Hay quienes desde la doctrina dominante suelen aducir que huir no es una defensa. Sin embargo, si entendemos a la defensa como la posibilidad de repeler, de rechazar, de no admitir una agresión –todas acepciones usualmente aceptadas– podemos concluir que la huida sí es una verdadera defensa. ¿Acaso toda defensa supone el empleo de la violencia? Además, hay quienes podrían subrayar que las interpretaciones *pro homine* debieran prevalecer; las disquisiciones terminológicas deberían encausarse en favor de la salvaguarda de la vida humana.

Entiendo que también existe una inconsistencia adicional. Hoy suele admitirse, en forma casi unánime, que en la legítima defensa no debieran ser tolerables las groseras desproporciones entre el bien salvado y el bien que se afecta por medio de la defensa necesaria.³⁵ No es admisible, por ejemplo, matar para evitar el robo de una resma de papel insignificante.³⁶ En nuestro caso no habría problemas en este punto: se trata de quitar una vida para salvar otra. Hay, por cierto, una estricta proporcionalidad. Sin embargo, la grosera desproporcionalidad que hoy se encuentra desatendida yace en los medios a ser escogidos: una retirada efectiva o la pérdida de la vida del agresor. Nuevamente, entiendo que la culpa de este último no parece ser capaz de suplir tamaña desproporción.

33. PALERMO, Omar, *Legítima defensa: una revisión normativista*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.

34. Al respecto, véase RYAN, Cheyney C., "Self-Defense, Pacifism, and the Possibility of Killing", en *Ethics*, Vol. 93, No. 3, abril 1983, p. 509.

35. Por ejemplo, FRISTER, Helmut, *Derecho penal... ob. cit.*, p. 332.

36. Esta proporcionalidad es aceptada incluso por quienes adscriben a alguna teoría consecuencialista de la pena. Por ejemplo, Nino. Al respecto, WASSERMAN, David, "Justifying Self-Defense", en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 16, No. 4, otoño 1987, p. 377.

Como ya comenté, algunos de los máximos referentes del liberalismo igualitario han adoptado una posición vacilante respecto al tema que me ocupa. Si bien son partidarios de asignarle un propósito instrumental a la pena –y así alejarse del retribucionismo clásico–, no menos cierto es que ante la posibilidad de introducir la obligación de huir manifiestan algunos reparos. Por ejemplo, con acierto señalan que “la fuga frente al ataque puede, en determinadas circunstancias, importar una lesión para ciertos bienes del individuo que huye; [...] la huida puede involucrar una lesión a la libertad de movimientos o al honor del individuo que debe emprenderla”.³⁷ Se trata, a las claras, de reparos deontológicos.

En algunos casos, también se ha agregado una posible merma de la autonomía personal de la víctima, al ser obligado mediante una agresión a huir o retirarse de “un lugar en el que ella tenía derecho a estar”.³⁸ Pero parece tratarse de una violación periférica de la autonomía y no de una afectación de aquella autonomía esencialísima, como preconcepto de la democracia o derecho *a priori*.³⁹ Además, no debe olvidarse que la lesión que se aduce suele ser inevitable y hasta cierto punto se mantiene incluso cuando la víctima lleva a cabo su defensa violenta y le quita la vida al agresor. En este caso, la acción de defensa y el resultado muerte también podrá traer aparejado un menoscabo a su libertad de movimiento –tuvo que ocuparse de llevar a cabo la acción de defensa y tendrá que ocuparse de lidiar con todo aquello posterior derivado de quitarle la vida a una persona–.

Entiendo que para el liberalismo igualitario debiera ser necesario conservar la perspectiva instrumental de la pena en este punto y, por ello, intentar salvar la mayor cantidad de vidas posible a través de una mirada humanista de los límites de esta causa de justificación. Existiendo una vía segura de retirada la culpa, su consenimiento para Nino, no parece suficiente para arrebatarle la vida a una persona. Esto último se mantiene aun cuando puede existir cierta merma en algunos de los derechos de la víctima –honor, autonomía, etc–. Intentar empezar a reducir la violencia en nuestra comunidad puede conllevar obligar a retirarse en forma exitosa en vez de matar. Sobre esto volveré más adelante.

37. NINO, Carlos S., *ob. cit.*, p. 111.

38. FLETCHER, George P. (1975), *Rethinking Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 866.

39. En cuanto a esta última violación, véase NINO, Carlos S., *The constitution of deliberative democracy*, Nueva Haven, Yale University Press, 1996, pp. 203 y ss.

Pero continuando con lo ya manifestado, cierta solidaridad mínima pareciera imponerse cuando estamos ponderando determinadas restricciones transitorias a la libertad ambulatoria, a la autonomía, o al honor de la víctima –como, por ejemplo, aparentar ser un cobarde– respecto a la pérdida permanente de una vida humana.

Los límites de la legítima defensa, y en particular la obligación de huir, supone una discusión moral que se asemeja a los ejemplos paradigmáticos de la filosofía moral en donde nuestras intuiciones son puestas a prueba.⁴⁰ Por ello, puede ser de interés adentrarnos en una somera reconstrucción de los principales desarrollos que se han ofrecido para este particular desde la filosofía moral anglosajona.

De hecho, desde antaño su tradición jurídica receptó muchos de tales desarrollos, y así ha portado consigo una mirada no siempre coincidente con nuestros propios avances teóricos. Desde hace por lo menos más de un siglo debaten la asimetría moral entre agresor y víctima (*moral asymmetry*) y los límites de la responsabilidad del agresor (*the causer-pays principle*) frente al deber de huir (*duty to retreat*). En algunos casos, su solución se inclinó por la opción humanista o pacifista, en contraposición a la retribucionista.

La antigua jurisprudencia norteamericana, inspirada en los precedentes británicos,⁴¹ ha sido usualmente conteste con los avances de la filosofía. De este modo, se ha precisado que “si retirarse es razonablemente seguro uno debe retirarse en vez de matar”; (no estar obligado a retirarse cuando es posible hacerlo) [e]s una herencia de los tiempos de turbulencia y lucha cuando retirarse del castillo propio era necesariamente acompañada de un aumento del riesgo. [...] Que en la actualidad el retiro de la casa de uno aumenta el peligro no es axiomático. Depende en cada caso de los hechos y una regla fija es imposible (apelando a un examen casuístico tan propio de la cultura anglosajona)”.⁴² También se exigía que el acusado debía demostrar que antes de defenderse en forma violenta no había modo conveniente

40. Por solo mencionar un caso, cuando un cirujano que a fin de salvar cinco vidas evalúa matar a un paciente sano para extraerle sus órganos vitales. Al respecto, Alexander, Larry, “Self-Defense, Justification and Excuse”, en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 22, No. 1, invierno 1993, pp. 139-141.

41. “Recent cases”, en *The Yale Law Journal*, Vol. 13, No. 7, mayo 1904, pp. 398-399.

42. “Recent cases”, en *Harvard Law Review*, Vol. 35, No. 1, noviembre 1921, pp. 88-89.

o razonable de retirarse,⁴³ es decir, el homicidio solo se encontraba justificado cuando todos los medios de escape habían sido agotados.⁴⁴

En esta tradición podemos hallar, ahora desde la filosofía, a quienes directamente sostienen como moralmente incorrecto matar a un agresor culpable cuando no es necesario hacerlo.⁴⁵ Desde esta perspectiva solo es procedente dar muerte al agresor cuando no existe otra alternativa menos lesiva.⁴⁶

“Supongamos que un primer agresor amenaza a su víctima, que al ser cojo no puede escapar por la pared que se encuentra detrás de él. Un segundo agresor, exactamente en las mismas circunstancias, amenaza a una segunda víctima, que es un atleta campeón en el salto de altura y, de hecho, puede saltar fácilmente la pared. En los aspectos moralmente relevantes ambos agresores parecen ser culpables de exactamente lo mismo, por lo tanto, si hay una pérdida del derecho en el primer caso parece que la misma pérdida se sucederá en el segundo caso. Pero solo en el primer caso puede la víctima legítimamente matar: la pérdida del derecho a la vida, en otras palabras, no tiene por qué implicar el derecho de matar del otro. Incluso cuando lo hace, todavía se debe establecer dónde está ese derecho. Si un asesino condenado ha perdido su derecho a vivir, no se sigue que cualquiera lo puede matar. Una vez que el derecho a matarlo se establece todavía debe demostrar *quién* posee ese derecho, en este caso el poder de ejecutarlo”.⁴⁷

Como ya comenté, cuando se pierde el carácter de necesario en la acción de la víctima, la réplica se convierte en una pena, en una retribución por la culpa del agresor que parece contradecir la garantía de juicio previo. En simultáneo, la función de la ley es proporcionar una respuesta a la comunidad por la violación de sus derechos ante una agresión injusta, pero no proteger y convalidar cuando la víctima reivindica por mano propia sus derechos afectados por el agresor.⁴⁸

Invaldar la justicia por mano propia conlleva, de algún modo u otro, cierto constreñimiento de la autonomía de las personas, pero aquel constre-

43. “Recent cases”, en *Michigan Law Review*, Vol. 11, No. 3, enero 1913, p. 254.

44. “Recent cases”, en *The Yale Law Journal*, Vol. 16, No. 1, noviembre 1906, p. 56.

45. THOMSON, Judith J., “Self-Defense”, en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 20, No. 4, otoño 1991, p. 284; RYAN, Cheyney C., *ob. cit.*, p. 512.

46. THOMSON, Judith J., *ob. cit.*, p. 283.

47. RYAN, Cheyney C., *ob. cit.*, p. 512. El destacado me pertenece.

48. FLETCHER, George P., *ob. cit.*, p. 867.

ñimiento se justifica a partir de la existencia de un aparato intrasubjetivo encargado de monopolizar la imposición de reproches. Y por supuesto que en ocasiones esta delegación puede traer aparejado, por ejemplo, un meollo en el honor de quien debe abstenerse de responder con sus propios medios ante lo injusto –para ser la burla de sus vecinos que lo acusarán de cobarde–.

Algunos anglosajones han acuñado el término *propuesta vulgar* para denominar aquel razonamiento que concluye que es moralmente admisible infligir intencionalmente dolor solo a aquellos que lo merezcan y solo teniendo como límite su merecimiento. Los que merecen tales dolores son los hombres malos que son culpables, debiendo la imposición del dolor ser proporcional a sus maldades.⁴⁹

La *propuesta vulgar* parece entrañar un examen, en algún punto, rudimentario en tanto no logra dar cuenta de un escenario que posee otras complejidades que son obviadas. En particular, de seguir con este razonamiento debiéramos optar por dar muerte al agresor –que interna quitarnos la vida– aun cuando existe la posibilidad cierta de inmovilizarlo con un pocos golpes de puño. Se suprimiría, de esta manera, los requisitos de la necesidad y de menor lesividad que suelen ser aceptados incluso en la dogmática dominante. Además, quedaría pendiente determinar por qué debiéramos acogernos a las premisas del retribucionismo; y las razones por las cuales un mal debe ser compensado con otro mal.

Porque en realidad, la *propuesta vulgar* no hace más que comprometernos a mantener una polémica continuidad entre la moralidad de la defensa necesaria y la moralidad del castigo. Como en el castigo tradicional, hacer daño parece ser bienvenido por sí mismo. Si eso es una característica preocupante de la pena, ¿por qué no es una característica igualmente preocupante de las acciones en defensa propia?⁵⁰ E incluso es todavía más preocupante y perturbador cuando la víctima cuenta con la opción efectiva de huir u optar por otro medio menos lesivo que la muerte del agresor.

La tradición anglosajona si bien se ha ocupado de abordar el problema que ahora me ocupa cierto también es que todavía se trata de un debate que permanece inconcuso.⁵¹ En efecto, hay quienes sostiene, acogiendo a la doc-

49. GARDNER, John y TANGUAY-RENAUD, François, "Desert and Avoidability in Self-Defense", en *Ethics*, Vol. 122, No. 1, octubre 2011, p. 117.

50. *Ibid*, p. 119.

51. Por ejemplo, un protagonismo del argumento de la responsabilidad moral en QUONG, Jonathan, "Killing in Self Defense", en *Ethics*, Vol. 119, No. 3, abril 2009, p. 510.

trina continental, que el factor que distorsiona la balanza a favor de las víctimas es, precisamente, la culpabilidad del agresor; su culpabilidad permite que sus intereses sean ignorados. Sin embargo, esta postura ha sido tachada de incompatible con lo que se percibe como un principio fundamental de la tradición anglo-americana, la igualdad de todas las vidas, cualquiera que sea su estatus moral.⁵² Es decir, la vida de un ser humano no puede ser despreciada, sin más, solo porque ha existido previamente una agresión culpable.

Lo que justifica la legítima defensa no es la agresión en sí, o la culpabilidad del agresor.⁵³ En realidad, la legítima defensa se justifica en el cuadro de necesidad generado, en la responsabilidad del agresor de haber obligado a la víctima a tener que decidir, en este caso, entre su propia vida o la vida del agresor causante.

Con todo esto en mente es posible precisar que ajustarse de un modo más armónico a nuestras intuiciones morales importa evaluar la verdadera necesidad de la acción de defensa, antes que la culpa que el agresor pueda eventualmente portar. Por ejemplo, Hobbes ponía de resalto que la legítima defensa o la defensa necesaria al ser tan inherente al ser humano no podía ser cedida al soberano.⁵⁴ Se trata nada menos que de un instrumento para asegurar nuestra supervivencia. Pero esta lectura solo es admisible si se repara en el hecho de que esta defensa tan inherente al ser humano debe ser verdaderamente *necesaria*, y no solo como un mero medio de retribución ante la culpa del otro –algo que se constata cuando se mata aun existiendo la opción de retirarse o huir–.

En 1895 la Corte Suprema norteamericana entendió que no es necesario retirarse (*duty of retreat*) si la defensa agresiva puede proseguir siempre y cuando no haya intención de matar al agresor, y ningún propósito de hacer nada más allá de lo necesario para salvar la propia vida; no se es culpable de asesinato u homicidio si la muerte del agresor se concreta a partir de un golpe que se da en tales circunstancias.⁵⁵

El criterio pareció morigerarse un año más tarde cuando se subrayó que, antes de emplear la fuerza y dar muerte en el contexto de defensa

52. WASSERMAN, David, "Justifying Self-Defense... *ob. cit.*", p. 358.

53. *Ibid*, p. 366.

54. SREEDHAR, Susanne, "Defending the Hobbesian Right of Self-Defense", en *Political Theory*, Vol. 36, No. 6, diciembre 2008, pp. 781-802.

55. 158 U.S. 550 (1895), *Beard v. United States*. Una postura similar en 162 U.S. 499 (1896), *Alberty v. United States*.

necesaria, la víctima debe intentar huir si este intento parece efectivo.⁵⁶ Además, se distinguió la resolución del precedente antes comentado puntualizando que en el caso anterior se trataba de evaluar el deber de retirarse estando la víctima en su propio hogar (*defending one's home*).⁵⁷

En los Estados Unidos existe legislación que establece el deber de huir cuando la víctima puede evitar la agresión sin la *necesidad* de usar la fuerza mortal, al poder retirarse con total seguridad. Esta obligación de huir está presente –con distintas variaciones– en veintidós Estados, además de en el Código Penal Modelo (*Model Penal Code*), y en el derecho común federal.⁵⁸ A aquellas legislaciones en las que no se impone este deber se las conoce como "Stand Your Ground" (SYG) laws.

Hay caso difíciles que no fueron abordados en el presente trabajo y que podrían introducir nuevos ejercicios dilemáticos. Por ejemplo, ¿también debiera imponerse la solidaridad mínima cuando no hay certeza de éxito en el intento de fuga? ¿Qué sucede si la probabilidad de efectividad en la huida es del 90% y la probabilidad de efectividad en la acción de dar muerte al agresor es del 80%? Tal vez hay quienes puedan sugerir que esta incertidumbre ahora sí debe ser soportada por el agresor culpable.

Haré un último comentario respecto al primer problema: debiera trazarse una distinción entre aquello que concebimos como reprochable de acuerdo con los resultados arrojados por la sistematicidad de la teoría del delito y aquello que concebimos que es legítimo que el Estado criminalice.⁵⁹ Además, quedará pendiente de evaluación considerar si lo que aquí hemos asumido como moralmente despreciable merece ser finamente condenado a través del peso de la ley o basta con el reproche moral. Obligar a la víctima a sujetarse a un deber de retirarse no tendría que respaldarse necesariamente por la amenaza de pena –más teniendo presente la funesta realidad latinoamericana en lo referido a prisión y castigo–.⁶⁰

56. 164 U.S. 492 (1896), *Allen v. United States*.

57. Es decir, ni en *Beard v. United States* ni en *Alberty v. United States* se abordó lo referido al deber general de retirarse, en lugar de matar, ante una agresión antijurídica.

58. LAGSTEIN, Alon, "Beyond the George Zimmerman trial: the duty to retreat and those who contribute to their own need to use deadly self-defense", en *Harvard Journal on Racial & Ethnic Justice*, No. 30, primavera 2014, pp. 373 y 374.

59. Una distinción que se encuentra, por ejemplo, en DUFF, Antony, "Rethinking justifications", en *Tulsa Law Review*, No. 39, verano 2004, pp. 831 y 832.

60. A partir de la teoría del delito podría sostenerse que al no estar justificada la agresión de

“La ley penal no pretende promover un comportamiento moral ideal, sino que establece una moral social mínima, dejando suficiente margen de maniobra dentro de la cual las personas pueden preferir sus propios intereses sobre los de los demás. La gente puede defenderse con la fuerza letal en sus propios hogares sin retiro, por ejemplo, y en muchas jurisdicciones, también pueden hacerlo en lugares públicos”.⁶¹ No podemos exigir que todos los integrantes de la comunidad se comporten como héroes.⁶² ¿Pero es tolerable permitir que se pierdan vidas humanas argumentando solo la culpa del agresor o la inadmisibilidad de exigir solidaridades exageradas similares a las que poseen los héroes? Opino que toda agresión *innecesaria* que pretenda infligir dolor y sufrimiento no debiera ser admisible para nuestro derecho.

En cuanto al segundo problema es posible señalar que incluso en términos prudenciales, no parece desacertado empezar a cuestionar la solución ofrecida por la doctrina dominante.

Puede ser cierto que si se admite la legítima defensa con la exigencia de la necesidad fuertemente atemperada puede, en última instancia, tener como consecuencia que muchas vidas se salvarían (*the broader social policy of minimizing harm*) producto de que esto podría suponer un fuerte desincentivo para los agresores que temerían perder sus vidas. Bajo esta lógica, no habría ninguna razón para suponer que se salvarían más vidas por medio del establecimiento del deber de retiro.⁶³

Sin embargo, este postulado enfrenta dos dificultades.

La primera consiste en el enorme escollo que representan los argumentos de principios. Es decir, el Estado puede emplear una política pública destinada a salvar vidas a través de una flexibilización de los límites de la legítima defensa pero no puede hacerlo si ello representa una afrenta a

la víctima (porque podía huir en forma segura), y de no existir problemas en el estadio de la culpabilidad, el castigo se impone como consecuencia del homicidio. Sin embargo, además de las consideraciones propias de la teoría del delito podría resultar necesario reflexionar en torno a, por ejemplo, la filosofía del castigo. Es decir, que la conducta de la víctima no se encuentre justificada ello no da por terminado el debate.

61. SCHOPP, Robert F., “Justification defenses and just convictions”, en *Pacific Law Journal*, No. 24, abril 1993, pp. 1240 y 1241.

62. JIMÉNEZ DE ASÚA, José, *et al.*, *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Losada, 1961, t. IV, p. 61.

63. WASSERMAN, David, “Justifying Self-Defense... *ob. cit.*”, p. 360.

principios constitucionales.⁶⁴ No parece admisible que, a efectos de salvar vidas, las víctimas puedan matar a sus agresores aun cuando existe la posibilidad de huir con éxito; que la muerte muy evitable de una persona sea tolerada por la comunidad como un instrumento para lograr generar fuertes desincentivos y quizás salvar otras vidas. Esto parece quedar equiparado a una virtual pena de muerte solo como medio para fines presuntamente pacíficos. En definitiva, si se mata cuando no hay verdadera necesidad, cuando solo hay razones instrumentales, no queda otra opción más que equiparar a esta muerte con una pena de muerte a cargo de particulares.⁶⁵ Una pena de muerte y, para colmo, sin juicio previo.

La segunda dificultad surge de la posibilidad de utilizar nuevos argumentos consecuencialistas para derrotar el argumento de igual naturaleza que comenté más arriba. Así podría afirmarse que, en realidad, una flexibilización de los límites de la legítima defensa no provocaría el salvamento de más vidas sino que, muy por el contrario, provocaría una aumento exponencial de la violencia intracomunitaria. En realidad, podría esgrimirse que cuando el Estado facilita el empleo de violencia que no es estrictamente necesaria se termina engendrando más violencia. Parece un sinsentido pretender paz incrementando la violencia. Además, no todos quienes agreden efectúan una evaluación utilitarista de sus actos –por lo que el desincentivo comentado más arriba podría no surtir efecto–. Ante la posibilidad de más violencia los agresores podrán alistarse a tales efectos, y así actuarían a través de métodos aún más violentos.

En cualquier caso, se trata de meras conjeturas. Las motivaciones consecuencialistas merecen ser respaldadas por estudios empíricos fiables. De lo contrario, es posible aducir motivaciones fundadas en razones antagónicas –como de hecho intenté ensayar– y aun así desconocer la validez de cada una de ellas.

Pero independientemente de esto último, existen una razón instrumental que no requiere, hasta cierto punto, demostración empírica y que creo capaz de vencer razones que propugnen por soluciones contrarias. Se trata de los casos de legítima defensa putativa, es decir, aquellos casos en los

64. Para la distinción, a veces problemática, ente principios y política públicas, véase DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012, p. 100.

65. Que en materia de principios se encuentra vedada conforme los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Esta observación también es aplicable al caso en el que sin haber necesidad solo hay retribucionismo.

que en la conducta de la víctima se advierte un error sobre los elementos objetivos del tipo permisivo. "No existen todas las circunstancias objetivas que integran el tipo (objetivo) de justificación, pero el autor se representa que existen tales circunstancias".⁶⁶ En pocas palabras, se mata pensando equivocadamente que se era víctima de un ataque antijurídico.

La posibilidad de que estos errores se sucedan debiera convencernos de optar por salvar vidas –exigiendo la retirada– antes que arriesgarnos a perder vidas humanas con el propósito de cumplir con objetivos retribucionistas –convalidando cuando la víctima da muerte al agresor–. No olvidemos que, en muchos casos, estos errores pueden fundar la impunidad del agente –por lo general, cuando el error es invencible o insalvable–. Desde la faz instrumental, también parece reprochable dar muerte a sujetos inocentes, no culpables, para generar desincentivo en futuros agresores culpables.

Los errores en general, y ahora retomando el examen deontológico, tienen por consecuencia que la retribución de la víctima exceda los límites de la culpabilidad –por ejemplo, al tomar por dolosa una acción que es imprudente–. Por eso es tan problemático cuando nos alejamos del principio de jurisdiccionalidad: cuando pretendemos culpa y pena sin juicio previo.⁶⁷ Una vez más, parecen haber buenas razones instrumentales para que la ley desincentive a dar muerte al presunto agresor cuando existe la posibilidad de retirarse.

CONCLUSIÓN

La solución que se sugiere desde la doctrina dominante, tanto en Argentina como en Alemania, parece contradecir muchas de nuestras intuiciones morales: que deba ser tolerado que haya quienes matan sin que sea realmente necesario hacerlo –al tener la posibilidad de retirarse en forma segura–.

Luego de este breve derrotero he intentado demostrar que resulta conveniente que se vuelvan a examinar los límites de la legítima defensa y, muy especialmente, aquellos casos en los que la víctima de una agresión

66. FRISTER, Helmut, *ob. cit.*, p. 476.

67. FERRAJOLI, Luigi (1995), *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 2009, p. 549.

ilegítima –capaz de hacerle perder la vida– decide quitarle la vida al agresor, aun cuando podía evitar la agresión huyendo. No me he propuesto ofrecer una teoría general capaz de resolver lo referido a los límites de la legítima defensa, pero sí he intentado advenir que los desarrollos teóricos con los que hoy contamos no siempre parecen capaces de arribar a soluciones justas. Una vez más, el debate permanece abierto.⁶⁸

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXANDER, Larry, "Self-Defense, Justification and Excuse", en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 22, No. 1, invierno 1993, pp. 53-66.
- ARGIBAY MOLINA, José, *et al.*, *Derecho penal*, parte general, Buenos Aires, Ediar, 1972.
- BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal*, parte general, t. I, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.
- BARNES, Mario L., "Taking a stand?: an initial assessment of social and racial effects of recent innovations in self-defense laws", en *Fordham Law Review*, No. 83, mayo 2015, pp. 3179-3209.
- COSSIO, Carlos, "La crítica de la jurisprudencia dogmática como crítica de nuestra época", en *La Ley*, t. 108.
- DUFF, Antony, "Rethinking justifications", en *Tulsa Law Review*, No. 39, verano 2004, pp. 829-850.

68. No es infrecuente que existan desacuerdos de buena fe fundados en discrepancias respecto a las distintas valoraciones morales de los integrantes de una misma comunidad (Cf. WALDRON, Jeremy, *Law and disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999). Estos desacuerdos deben ser saldados por la democracia; el poder político –de no mediar contradicción con principios constitucionales– debe pronunciarse en torno a estas indeterminaciones. La democracia se tiene que encargar de tomar partido en esta contienda *moral* y, sobre todo, suplir la indeterminación de la ley con nuevas soluciones legislativas, que alcanzadas luego de una proceso deliberativo genuino incluyan en su letra premisas valorativas más precisas. Por cierto, esto último es algo extremadamente infrecuente. Las "Stand Your Ground" (SYG) laws, por ejemplo, fueron producto de la presión de organizaciones tales como la Asociación Nacional del Rifle (NRA) (BARNES, Mario L., "Taking a stand?: an initial assessment of social and racial effects of recent innovations in self-defense laws", en *Fordham Law Review*, No. 83, mayo 2015, p. 3182). Por otro lado, por lo general la indeterminación suele ser suplida por posicionamientos a cargo de funcionarios judiciales inspirados en los desarrollos teóricos de la dogmática. La dogmática no debe tener la última palabra.

- DWORKIN, Ronald, *Law's empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.
- , *Una cuestión de principios*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi (1995), *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 2009.
- FLETCHER, George P. (1975), *Rethinking Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- FRISTER, Helmut, *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009.
- GARDNER, John y TANGUAY-RENAUD, François, "Desert and Avoidability in Self-Defense", en *Ethics*, Vol. 122, No. 1, octubre 2011, pp. 111-134.
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, Buenos Aires, Marcial Pons, 1997.
- JESCHECK, Hans-Heinrich (1988), *Tratado de derecho penal, parte general*, Granada, Comares, 1993.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, José, *et al.*, *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Losada, 1961, t. IV.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1960.
- KUTZ, Christopher, "Self-defense and political justification", en *California Law Review*, No. 88, mayo 2000, pp. 751-759.
- LAGSTEIN, Alon, "Beyond the George Zimmerman trial: the duty to retreat and those who contribute to their own need to use deadly self-defense", en *Harvard Journal on Racial & Ethnic Justice*, No. 30, primavera 2014, pp. 367-393.
- MARÍ, Enrique, *La interpretación de la ley*, Buenos Aires, Eudeba, 2014.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Julio César Faira Editores, 2005.
- NINO, Carlos S., *La legítima defensa*, Buenos Aires, Astrea, 1982.
- , *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, Astrea, 1980.
- , Carlos S., *Notas de introducción al derecho 4, la ciencia del derecho y la interpretación jurídica*, Buenos Aires, Astrea, 1975.
- , *Ocho lecciones sobre ética y derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013.
- , *The constitution of deliberative democracy*, Nueva Haven, Yale University Press, 1996.
- PALERMO, Omar, *Legítima defensa: una revisión normativista*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.
- QUONG, Jonathan, "Killing in Self Defense", en *Ethics*, Vol. 119, No. 3, abril 2009, pp. 507-537.

- "Recent cases", en *Harvard Law Review*, Vol. 35, No. 1, noviembre 1921, pp. 88-89.
- "Recent cases", en *Michigan Law Review*, Vol. 11, No. 3, enero 1913, p. 254.
- "Recent cases", en *The Yale Law Journal*, Vol. 13, No. 7, mayo 1904, pp. 398-399 .
- "Recent cases", en *The Yale Law Journal*, Vol. 16, No. 1, noviembre 1906, p. 56.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal, parte general*, Madrid, Editorial Civitas, 1997.
- RYAN, Cheyney C., "Self-Defense, Pacifism, and the Possibility of Killing", en *Ethics*, Vol. 93, No. 3, abril 1983, pp. 508-524.
- SCHOPP, Robert F., "Justification defenses and just convictions", en *Pacific Law Journal*, No. 24, abril 1993, pp. 1233-1321.
- SOLER, Sebastian (1940), *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Tea, 1992, t. I.
- SREEDHAR, Susanne, "Defending the Hobbesian Right of Self-Defense", en *Political Theory*, Vol. 36, No. 6, diciembre 2008, pp. 781-802.
- STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal, parte general I*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005.
- THOMSON, Judith J., "Self-Defense", en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 20, No. 4, otoño 1991, pp. 283-310.
- WALDRON, Jeremy, *Law and disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- WASSERMAN, David, "Justifying Self-Defense", en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 16, No. 4, otoño 1987, pp. 356-378.
- WOLFF, Jonathan, *Introduction to political philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1996.
- ZAFFARONI, Eugenio R., *Tratado de derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Ediar, 1981, t. III.

LA REALIDAD DETRÁS DE LA FICCIÓN: ¿CUÁL ES EL LUGAR DE LA DOCTRINA DEL “VELO SOCIETARIO” EN LAS JURISDICCIONES INTERNACIONALES?*

IVÁN LEVY**

Resumen: En el presente trabajo, el autor se propone rastrear la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario en el derecho internacional. Para ello, se recorren las distintas jurisdicciones que se han visto en posición de aplicarlo y se exponen las razones por las que se decidió por su aplicación o no.

Palabras clave: velo societario – velo corporativo – nacionalidad – responsabilidad – atribución – víctimas – tribunales – jurisdicciones internacionales.

Abstract: In the present paper, the author works on the application of the doctrine of the corporate veil in the scope of Public International Law. For that purpose, this paper analyses the different rulings rendered by International Tribunals when facing cases in which lifting the corporate veil could be a tool to solve the case.

Key Words: corporate veil – nationality – liability – attribution – victims – tribunals – international jurisdictions.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo se recorre la jurisprudencia internacional en materia de identidad de las corporaciones. En particular, se tratará el corrimiento del velo societario como doctrina aplicada por los diferentes tribunales que han tratado con la nacionalidad de las personas jurídicas, así como su res-

* El trabajo ha sido realizado en el marco de la asignatura “Sujetos y Jurisdicciones” a cargo de la Prof. Natalia Luterstein en la Facultad de Derecho (UBA).

Recepción del original: 07/05/2015. Aceptación: 17/11/2015.

** Estudiante de Abogacía (UBA).

ponsabilidad, y la identidad de los integrantes de las mismas como víctimas de violaciones de derechos humanos.

II. EL "LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO"

En primer lugar, se debe aclarar los conceptos con los que se trabajará a lo largo del presente texto.

Debemos tener en claro que una corporación "*es una persona jurídica con identidad separada de sus accionistas*".¹ La visión tradicionalista sobre las personas jurídicas concluye que los accionistas no tienen ningún interés directo en la propiedad de la corporación salvo en casos de liquidación.²

Teniendo en cuenta que la nacionalidad de una persona jurídica puede ser diferente que la de los socios que la componen, el llamado "levantamiento del velo societario" significa tener en cuenta la diferencia entre la nacionalidad de una corporación o persona jurídica y la nacionalidad de sus accionistas.³ En otras palabras, implica para un tribunal mirar más allá de la nacionalidad de la sociedad, considerando que tal vez sus accionistas reflejen una composición nacional diferente.

A pesar de que existen diversas teorías que justifican levantamiento del velo corporativo, la regla general del derecho empresarial es mantener la separación legal de la forma corporativa.⁴ Ello implica no considerar de ninguna manera la composición de la persona jurídica, y remitirse únicamente a la nacionalidad de la corporación. Sin importar que teoría se considere, el levantamiento del velo continúa siendo una excepción,⁵ y los tribunales deben aplicarla como tal.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que "los enfoques hacia el levanta-

1. HORNSTEIN, G., "Corporation Law and Practice", *Harvard Law Review*, Vol. 74, No. 2, Boston, 1960 [Traducción del autor] § 12.

2. AA.VV., "Protection of Shareholder Interests in Foreign Corporations - Barcelona Traction Revisited", 41, en *Fordham Law Review* 394, 1972, [Traducción del autor] p. 401 disponible en: [<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol41/iss2/5>] consultado el 13/10/2014.

3. KRYVOI, Y., "Piercing the Corporate Veil in International Arbitration", en *Global Business Review*, Vol. 1, 2011, [Traducción del autor] p. 173.

4. *Ibid.*

5. *Ibid.*

tamiento del velo difieren no solo de una jurisdicción a otra, sino también dentro de los derechos internos de los Estados".⁶

Asimismo, el levantamiento del velo societario puede ser una herramienta para la atribución de responsabilidad de una sociedad, como se verá a lo largo del trabajo. Por último, la mencionada doctrina puede también ser de utilidad para identificar a las víctimas de ciertos actos perpetrados contra una persona jurídica, pero cuyos verdaderos damnificados sean personas diferentes de esta.

En las siguientes secciones, se analizarán las posturas de las diferentes jurisdicciones internacionales respecto del levantamiento del velo societario.

III. LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

La CIJ es el órgano jurisdiccional de la ONU. Tiene competencia contenciosa respecto de Estados, y dado que la jurisdicción internacional es voluntaria, estos deben haber consentido a la jurisdicción de la CIJ para que exista un caso.

La cuestión relativa a separar o no a la persona jurídica de sus controladores comenzó, en el plano internacional, con un caso muy conocido ante la CIJ.

En el año 1970, el caso de *Barcelona Traction* analizó la cuestión a la luz de la protección diplomática. La compañía había sido constituida en y bajo las leyes de Canadá, lugar donde funcionaban las oficinas administrativas, en el año 1911. Luego de la I Guerra Mundial, la mayoría de los accionistas de la compañía eran belgas.

Luego de producirse una disputa respecto a la quiebra o no de la compañía, España se convirtió en miembro de la ONU y aceptó la jurisdicción de la CIJ. Así, Bélgica inició un reclamo contra España en dicha jurisdicción. España objetó en diferentes cuestiones, dos de las objeciones fueron rechazadas. Las otras dos, capacidad y agotamiento de recursos internos, fueron unidas al fallo sobre el fondo.⁷

6. BOECKSTIEGEL, K. H., *Arbitration and State Enterprises: Survey of the National and International State of Law and Practice*, Institute of International Law and Practice, Kluwer, 1989, [Traducción del autor] p. 41.

7. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Barcelona Traction, Lights and Power Co. (Belgium v. Spain)", Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. 4, 1964 [Traducción del autor] párrs. 14-45.

En esta decisión previa al fallo, el juez WELLINGTON KOO expresó que la objeción respecto a la capacidad de Bélgica para reclamar por sus accionistas debía ser rechazada. Ello en virtud, entre otras cuestiones, de la Opinión Consultiva emitida por la CIJ referida a la *Reparación de daños sufridos en servicio de las Naciones Unidas*, donde se argumentó a favor de la posibilidad de reclamar sin tener en cuenta la cuestión de la constitución de una persona jurídica.⁸

En aquel momento, hubo doctrina en respaldo de esta posición, argumentando que "*no hay ninguna buena razón por la cual un Estado no pueda proteger a accionistas que son sus nacionales*".⁹ El sustento jurídico a favor de una doctrina de conexión genuina entre el Estado y sus nacionales accionistas parecía estar presente en este caso.

Sin embargo, la decisión de la CIJ no se sustentó en la posición de WELLINGTON KOO. Por el contrario, se basó en la objeción que presentó España, sosteniendo que aún si la CIJ era competente en este caso, la demanda era inadmisibles porque Bélgica no tenía *iusstandi* para intervenir en representación de una compañía canadiense incluso si existían intereses de nacionales belgas.¹⁰

La CIJ determinó que no existían normas en el derecho internacional respecto de los derechos de los accionistas. En su análisis, la CIJ se remite al derecho interno, en ausencia de normas internacionales.¹¹ Así, el Tribunal analiza que en los derechos internos las personas jurídicas son diferentes de las personas que las componen. La CIJ hace una distinción entre "derechos" e "intereses".¹²

Los derechos que tiene un accionista son aquellos que tiene directamente sobre la compañía en calidad de accionista. Bélgica, según la CIJ, no estaba tratando de proteger los derechos de sus accionistas, sino que trataba de proteger a la compañía, que es un interés de los accionistas, pero no un derecho. Así, la CIJ concluye que un interés no es

8. *Ibid.*, párrs. 53-62.

9. FLEMMING, B. "Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company Limited", en *Can. Y.B. Int'l L.* 306, 313, 1965 [Traducción del autor] p. 309.

10. AA.VV., "Protection of Shareholder Interests in Foreign Corporations - Barcelona Traction Revisited" *ob. cit.* [Traducción del autor] p. 416.

11. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Barcelona Traction, Lights and Power Co. (Belgium v. Spain)" *op. cit.*, [Traducción del autor] párrs. 34-35.

12. *Ibid.*, párr. 36.

suficiente para una demanda a nivel internacional,¹³ por lo que rechaza la demanda.

Este fallo ha sido duramente criticado por la doctrina, que afirmó que la CIJ no tenía necesidad de recurrir al derecho interno y que, en caso de que lo hiciera, debía contemplar las excepciones que los derechos locales establecen y que permiten levantar el velo corporativo. La CIJ aceptó, así, doctrina tradicional del siglo XIX, e ignoró todos los desarrollos sobre los derechos de los accionistas dentro del derecho interno de los Estados.¹⁴

IV. LOS TRIBUNALES ARBITRALES DEL CIADI

El Centro de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, en una de sus funciones, administra el servicio de arbitraje de inversión. La mayoría de las demandas presentadas frente a tribunales arbitrales de este tipo pertenecen a personas jurídicas, empresas que alegan ser "inversoras" en un Estado parte de un Tratado Bilateral de Inversiones.

Esto lleva a que los tribunales del CIADI se hayan enfrentado, en más de una oportunidad, a situaciones en las que debieron analizar el carácter de inversor o no de un demandante. En esta sección, nos referiremos a algunos de esos casos.

En primer lugar, en el caso de *Rumeli Telecom A.S. and TelsimMobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. c. Kazakhstan*, el Tribunal observó que "en ninguna disposición del Convenio CIADI existe normativa para levantar el velo societario de un demandante".¹⁵ Sobre dicha base, el Tribunal rechazó la aplicación de un examen de nacionalidad efectiva, absteniéndose de levantar el velo corporativo y limitándose a un análisis formalista sobre la nacionalidad de la persona jurídica.

Sin embargo, esta doctrina que parece estar justificada en las palabras

13. *Ibid.*, párrs. 37-38.

14. AA.VV., "Protection of Shareholder Interests in Foreign Corporations - Barcelona Traction Revisited" *ob. cit.* [Traducción del autor] p. 417-418; BROWNFIELD, "International Law-Corporations-Who Represents the Interests of the Shareholder in an International Corporation?", en *J. Int'l L. & Econ.* 239, 243, 1971 p. 48.

15. *Rumeli Telecom A.S. and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. v. Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, junio 29, 2008 [Traducción del autor] párr. 186.

(o en la ausencia de palabras) del Convenio CIADI, llevaría, de ser aplicada en otros casos, a soluciones alejadas de la realidad que permitirían el abuso de derecho.

Así es que, en la decisión de jurisdicción de *Tokio Tokelés c. Ucrania* uno de los árbitros renunció al Tribunal por estar en desacuerdo con la mayoría, que estableció que existía jurisdicción sobre una compañía constituida en Lituania cuya composición era 99% de nacionales del Estado demandado. El árbitro disidente advirtió que un argumento formalista en este caso iba en contra del objeto y fin del Convenio CIADI, que protege inversiones extranjeras y cuyo sistema no está diseñado para inversores locales.¹⁶

Otros Tribunales bajo reglas CIADI sí adhirieron a la doctrina del velo societario, para analizar si efectivamente los demandantes eran nacionales del Estado que había firmado el TBI o no.

En el caso de *Vacuum Salt Products Ltd. c. Ghana*, el Tribunal advirtió que el Convenio CIADI se refiere, respecto a los inversores en el artículo 25(2)(b), a "control extranjero". Esto dibuja un límite objetivo, según el Tribunal, respecto del cual la jurisdicción de los tribunales del CIADI no puede apartarse.¹⁷ El Tribunal fue más allá, y afirmó que "*si una persona no controlada por inversores extranjeros pudiera acceder a la protección del sistema del CIADI, el Convenio [CIADI] sería utilizado para fines para los que no fue creado*".¹⁸

Asimismo, el Tribunal en *TSA c. Argentina* estableció la importancia de determinar el verdadero control de una sociedad. No levantar el velo societario, según el Tribunal, sería inconsistente con el artículo 25 del Convenio CIADI.¹⁹

La compañía que reclamaba en el caso era una subsidiaria de TSI Spectrum International N.V., una sociedad constituida en los Países Bajos. El Tribunal analizó la compleja estructura detrás de TSA en Argentina, y contrastó el análisis con el artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI. El Tribu-

16. *Tokio Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, Dissenting Opinion, abril 28, 2004 [Traducción del autor] párr. 19.

17. *Vacuum Salt Products Limited v. The Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/92/1, Award, febrero 16, 1994 [Traducción del autor] párr. 36.

18. *Ibid.*, párr. 54.

19. *TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/05/5, Award, diciembre 19, 2008 [Traducción del autor] párr. 147.

nal primero determinó que la compañía TSA era argentina y su dueño era el argentino Jorge Justo Neuss.²⁰

Así, el Tribunal consideró lo siguiente: “Una diferencia importante entre las dos cláusulas del Artículo 25(2)(b) es que la primera utiliza un criterio jurídico formal: la nacionalidad; mientras que la segunda utiliza un criterio material u objetivo: el ‘control extranjero’, con el fin de correr el velo societario y alcanzar la realidad que trasciende a la nacionalidad”.²¹

Según el Tribunal, el control extranjero es relevante cuando se alega que el “control está en manos de nacionales del Estado receptor (de la inversión), cuya nacionalidad formal es la misma de la empresa demandante”.²² El tribunal recurre en este supuesto a la doctrina de SCHREUER, que en su Comentario a la Convención de Washington realiza la siguiente pregunta: “¿Es suficiente que nacionales de los Estados no Contratantes o incluso del Estado receptor constituyan una empresa por conveniencia en un Estado Contratante para crear la apariencia de un control extranjero legítimo?”.²³ El propio SCHREUER contesta que “el mejor enfoque parece ser una mirada realista al verdadero controlador y por ende bloquear, de ese modo, el acceso al Centro de las personas jurídicas controladas, directa o indirectamente, por nacionales de Estados no Contratantes o nacionales del Estado receptor”.²⁴

Sobre esta base, el Tribunal determinó que no tenía jurisdicción sobre la controversia, ya que no existía control extranjero en la sociedad demandante.²⁵

20. *Ibid.*, párr. 127.

21. *Ibid.*, párr. 140.

22. *Ibid.*, párr. 153.

23. SCHREUER, C. *The ICSID Convention: A Commentary*, 2da. edición, Oxford University Press [Traducción del Tribunal TSA en la cita 19 del presente trabajo], Oxford, 2009, p. 318

24. *Ibid.*

25. *TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentine Republic*, *op. cit.*, [Traducción del autor] párr. 162.

V. SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

V.A. La Comisión Europea de Derechos Humanos

Si bien la CEDH dejó de funcionar tras la entrada en vigor del Protocolo 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos (cuya entrada en vigencia fue el 31 de octubre de 1998, aunque la CEDH mantuvo sus funciones hasta el 31 de octubre de 1999), ha tenido alguna inherencia en la cuestión del velo corporativo.

Es en el caso *AgroteximHellas SA y Otros c. Grecia* que la CEDH se enfrenta a la necesidad de decidir si los accionistas de una compañía pueden ser víctimas de violaciones de derechos humanos. Esto implicaría levantar el velo corporativo de forma de identificar sujetos que, formalmente, son distintos de la empresa afectada por medidas estatales.

La CEDH consideró en este caso que los accionistas eran, en efecto, víctimas de las medidas tomadas por el Estado griego contra la empresa Fox. La CEDH hizo especial hincapié en el hecho de que los accionistas tenían un interés en la materia objeto de la solicitud ante la Comisión.²⁶

Si bien la CEDH había tratado de forma más superficial la aplicación de la doctrina del velo societario en otros casos,²⁷ en *Agrotexim* la CEDH tomó una posición contundente. Así es que estableció que:

“Los derechos del demandante son sus derechos como accionistas mayoritarios de la compañía KarolosFix. Las medidas denunciadas fueron dirigidas contra la compañía, pero indirectamente afectaron a sus accionistas. En consecuencia, en la medida en que haya una injerencia sobre los derechos de propiedad de la empresa, esta interferencia debe considerarse que extiende sus derechos de propiedad a los accionistas también”.²⁸

Si bien esta lectura parece más adecuada a los principios que gobiernan al derecho internacional de los derechos humanos, puede también ser

26. COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, “Agrotexim Hellas y Otros c. Grecia”, Aplicación No. 14807/89, Informe del 10 de marzo de 1994 [Traducción del autor] párr. 86.

27. COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, “X c. Austria”, Aplicación No. 1706/62, Informe del 4 de octubre de 1966; COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, “Kaplan c. Reino Unido”, Aplicación No. 7598/76, Informe del 17 de julio de 1980.

28. COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, “Agrotexim Hellas y Otros c. Grecia”, *op. cit.*, [Traducción del autor] párr. 59.

calificada de excesivamente favorable a los accionistas de una compañía.²⁹ Este caso fue llevado al TEDH, en el siguiente apartado estudiaremos la postura de ese tribunal al respecto.

V.B. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En el caso de *AgroteximHellas y Otros c. Grecia*, lo primero que debemos observar es que la mayoría de los jueces (8 de 9) se opuso a lo establecido por la CEDH (¶28) sobre el efecto indirecto del daño.³⁰

Así, el TEDH advirtió que “la Comisión(EDH) parece aceptar que donde existe una violación a los derechos de una persona jurídica protegida (bajo el artículo 1 del Protocolo No. 1) que resulte en la caída del precio de sus acciones, automáticamente se produce una violación al derecho de los accionistas”.³¹

Sin embargo, “El Tribunal (EDH) considera que esta afirmación busca establecer un criterio –en la visión de la Corte, inaceptable– que le otorga locus standi a los accionistas para demandar por violaciones a los derechos de la compañía de la que son accionistas”.³²

Finalmente, el TEDH considera “que levantar el velo corporativo o hacer caso omiso a la personalidad jurídica de la sociedad constituida solo se justifica en circunstancias excepcionales”.³³ Para dar sustento a la decisión el TEDH aclaró que “las Cortes Supremas de algunos Estados miembros del Consejo de Europa han seguido esta misma línea. Este principio también ha sido confirmado en materia de protección diplomática de empresas por la Corte Internacional de Justicia (en referencia al caso *Barcelona Traction*)”.³⁴

Así, el TEDH adscribe a la teoría utilizada por la CIJ en *Barcelona Traction*. En sucesivas decisiones, el TEDH mantuvo la misma postura,

29. EMBERLAND, M., “The Corporate Veil in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, in *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, ZaöRV* 63 (2003), 945-969, 2003, [Traducción del autor] p. 948.

30. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “*Agrotexim Hellas y Otros c. Grecia*”, Series A 330-A, Sentencia del 25 de septiembre de 1995, [Traducción del autor] párrs. 63-64.

31. *Ibid.*

32. *Ibid.*

33. *Ibid.*, párr. 66.

34. *Ibid.*, párr. 66.

no solo respecto de accionistas sino de otros sujetos detrás de personas jurídicas.³⁵

Esta postura se sostiene hasta decisiones actuales, como la de Pana y Otros c. Rumania, donde el TEDH estableció que "el Tribunal siempre tuvo en cuenta la separación de personería jurídica de las compañías, la posibilidad de levantar el velo societario solo se da en circunstancias excepcionales".³⁶ Adicionalmente, "en el presente caso, los demandantes no probaron ser mayoría de accionistas del banco en cuestión. En cualquier caso, ni siquiera ser accionistas mayoritarios es suficiente, en principio, para que se levante el velo y los demandantes sean considerados 'víctimas' en el sentido del artículo 34 del Convenio".³⁷ Ello lleva a pensar que, en la óptica del TEDH, el principio es no levantar el velo corporativo.³⁸

Por otro lado, y analizando otro contexto, en el caso Khodorkovskiy y Lebedev c. Rusia, el TEDH enfatizó que "levantar el velo societario no es algo negativo de por sí. Cuando una compañía es usada por sus dueños o administradores meramente como una fachada para realizar actos fraudulentos, levantar el velo societario puede ser una solución apropiada para defender los derechos de los acreedores de la sociedad".³⁹

En conclusión, si bien parece que el TEDH no admite la doctrina del velo societario, cierto es que en todos los casos que la ha negado, también ha sugerido que puede aplicarse en circunstancias excepcionales.⁴⁰ En este

35. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, "Société Générale d'Investissement (SGI) y Otros c. Francia", Aplicación No. 39011/97, Decisión sobre admisibilidad del 4 de mayo de 1999; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, "Farbers and Harlanova c. Lituania", Aplicación No. 57313/00, Decisión sobre admisibilidad del 6 de septiembre de 2001; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, "CDI Holding AG y Otros c. Eslovaquia", Aplicación No. 37398/89, Decisión sobre admisibilidad del 18 de octubre de 2001.

36. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, "Pana y Otros c. Rumania", Aplicación No. 3240/03, Decisión del 15 de noviembre de 2011, [Traducción del autor] párr. 80.

37. *Ibid.*

38. EMBERLAND, M., "The Corporate Veil in the Case-Law of the European Court of Human Rights", *op cit.*, [Traducción del autor] p. 950.

39. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, "Khodorkovskiy y Lebedev c. Rusia", Aplicaciones No. 11082/06 y 13772/05, Sentencia del 25 de julio de 2013 [Traducción del autor] párr. 877.

40. EMBERLAND, M., "The Corporate Veil in the Case-Law of the European Court of Human Rights", *op. cit.* [Traducción del autor] p. 951.

punto, el diálogo interjurisdiccional parece ser claro (y en algunos casos explícito) con la CIJ, adhiriendo a su fallo en *Barcelona Traction*.

VI. TRIBUNALES DE LA UNIÓN EUROPEA

En el ámbito de la integración europea, el debate sobre el control y el velo corporativo se presentó de forma más amplia. La discusión no se limitó, por ejemplo a la nacionalidad de las corporaciones, sino que se elevó al ámbito general del control, y de allí al de la atribución de responsabilidad. Bien cierto es, que si fuera posible atribuir responsabilidad en virtud del velo societario, la cuestión de la nacionalidad se inclina en el mismo sentido. Accionistas o sociedades controlantes serían entonces la verdadera persona detrás de la corporación.

En casos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se planteó la posibilidad de atribuir responsabilidad que le cabría a una corporación, a la persona (física o jurídica) que la controlaba.

Así es que, en el caso de *Azko Nobel NV c. Comisión de las Comunidades Europeas*, el TJUE estableció que el control completo sobre las acciones de una sociedad establece la presunción de que el accionista ejerce control sobre la subsidiaria.⁴¹ Este razonamiento ya había sido utilizado por el TJUE en el caso *StoraKopparbergs AB c. Comisión de las Comunidades Europeas*.⁴² De acuerdo con este razonamiento, la compañía y la subsidiaria serán consideradas como una única entidad económica,⁴³ y por lo tanto no tendrá relevancia que en ella existan diferentes personas, físicas o jurídicas.⁴⁴

La presunción referida de control fue tratada por el TJUE previamente en el caso *StoraKopparbergs AB c. Comisión de las Comunidades Europeas*. Al respecto, el TJUE sostuvo que se trata de una presunción *iuris tantum*, ya que es posible admitir prueba en contrario que demuestre la falta de control.

41. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, "Azko Nobel y Otros c. Comisión de Comunidades Europeas", C-97/08, 2009, párrs. 55-62.

42. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, "StoraKopparbergs AB c. Comisión de las Comunidades Europeas", C-286/98, 1998, párr. 20.

43. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, "Azko Nobel y Otros c. Comisión de Comunidades Europeas", *op. cit.*, párrs. 60-61.

44. *Ibid.*, párr. 55.

Asimismo, en el caso *Eni c. Comisión de las Comunidades Europeas*, el TJUE sostuvo que la conducta de una empresa subsidiaria es atribuible a la empresa controlante a pesar de que sean distintas personas jurídicas. Ello siempre que la subsidiaria no tenga autonomía en su conducta, sino que mayoritariamente aplique las instrucciones dadas por la controlante.⁴⁵

En este caso particular, la compañía controlante era dueña del 99,97% del capital de la empresa controlada.⁴⁶ Ello lleva al TJUE a establecer que existe una presunción *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario, de que existe control efectivo (lo que el TJUE llama "influencia decisiva") sobre la empresa.⁴⁷ El TJUE ya había aplicado este criterio en la decisión de *General Química y Otros c. Comisión de Comunidades Europeas*.⁴⁸

Finalmente, el TJUE aclaró que la presunción no es irrefutable, ya que la empresa Eni podía probar que la empresa controlada (Versalis) tenía autonomía en su forma de actuar no solo de forma operativa sino también financiera. Sin embargo, la empresa Eni no aportó pruebas suficientes al respecto.⁴⁹ En este punto respecto a la falta de prueba, el TJUE también se remitió a una decisión anterior, la de *ElfAquitaine c. Comisión de las Comunidades Europeas*.⁵⁰

El TJUE, en el caso *Michelin c. Comisión de las Comunidades Europeas*, explicó que "el derecho comunitario de la competencia reconoce que las diferentes sociedades pertenecientes al mismo grupo forman una unidad económica y por lo tanto una empresa en su conjunto".⁵¹ Así es que, en este caso, el TJUE establece que existe uniformidad al respecto en el derecho comunitario europeo. La cuestión parece entonces demostrar que en el ámbito de la UE el levantamiento del velo societario es una regla reconocida y aplicada con periodicidad por los tribunales en materia de atribución de responsabilidad.

45. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, "EniSpA c. Comisión de Comunidades Europeas", C-508/11, 2013, [Traducción del autor] párr. 46.

46. *Ibid.*, párr. 49.

47. *Ibid.*, párr. 48.

48. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, "General Química y Otros c. Comisión de Comunidades Europeas", C-90/09, 2011, párr. 88.

49. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, "EniSpA c. Comisión de Comunidades Europeas", *op. cit.*, [Traducción del autor] párr. 68.

50. *Ibid.*

51. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, "Michelin c. Comisión de Comunidades Europeas", C-T203/01, 2003, [Traducción del autor] párr. 290.

VII. LAS PERSONAS JURÍDICAS COMO VEHÍCULOS PARA LA COMISIÓN DE CRÍMENES O DELITOS

VII.A. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD)

La OECD, según el artículo 1 de la Convención de París de 1960, cumple la función de promover el desarrollo sustentable de los Estados miembros, así como otras funciones relacionadas.

Según la OECD, las personas jurídicas son extensamente utilizadas como vehículos para la actividad criminal. Algunos informes llevados adelante por la UE indicaron que casi todos los ilícitos, incluyendo delitos económicos, involucran la utilización de personas jurídicas.⁵²

Asimismo, un informe de Euroshore afirmó que en todo el mundo las personas jurídicas son el medio utilizado para el lavado de dinero.⁵³

Las autoridades fiscales de los Estados miembros de la OECD también han expresado su preocupación por la utilización de personas jurídicas para la ocultación de activos y actividades para evitar el pago de impuestos. Esta tendencia, sostienen, tiende a crecer.⁵⁴

VII.B. La Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito

En concordancia con la OECD, la UNODC indicó que las principales formas de abusar del secreto (bancario) han pasado de cuentas individuales a cuentas de corporaciones y otros tipos de cuentas que pueden moverse en el mercado sin la diligencia del sector bancario.⁵⁵

52. OECD PUBLICATION, “Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes”, *Organisation for Economic Co-operation and Development Paper*, 2001, disponible en <http://www.oecd.org/corporate/ca/43703185.pdf> [Traducción del autor, consultado el 14/10/2014] p. 21.

53. GIDADHUBLI, R.G. & RAMA SAMPATH KUMAR, “Causes and Consequences of Money Laundering in Russia”, *Economic and Political Weekly* Vol. 34, No. 48 1999, [Traducción del autor, consultado el 02/11/2014].

54. OECD COMMITTEE ON FISCAL AFFAIRS, “Improving Access to Bank Information for Tax Purposes”, *Organisation for Economic Co-operation and Development Paper*, 2000, [Traducción del autor] p. 11.

55. UNITED NATIONS OFFICE FOR DRUG CONTROL AND CRIME PREVENTION, “Financial Havens, Banking Secrecy and Money-Laundering”, *1998 UN Report*, 1998, [Traducción del autor] p. 57.

Ello implica que las principales acciones fraudulentas efectuadas bajo la ventaja del secreto bancario se han movilizadas a las cuentas de personas jurídicas, lo que demuestra su preponderancia en este tipo de delitos.

En el próximo apartado, veremos, en el ámbito del derecho internacional penal (si es que así puede denominarse) el primer paso hacia la cristalización de la realidad descrita por la OECD y la ONU.

VIII. EL TRIBUNAL ESPECIAL PARA EL LÍBANO

El TEL no es de por sí una jurisdicción internacional en sentido puro. Se lo suele reconocer como una jurisdicción "internacionalizada", "mixta" o "híbrida", por poseer elementos internacionales y elementos nacionales en su composición (nacionalidad de los jueces, derecho aplicable, sede, etc.).

Las jurisdicciones penales internacionales (Tribunales Militares de Nuremberg y Tokio, Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Tribunal Penal Internacional para Ruanda y Corte Penal Internacional) han siempre desenvuelto su jurisdicción sobre personas físicas y no han analizado la importancia de las corporaciones en los crímenes internacionales. Misma ruta han seguido los Tribunales Especiales.

En un principio, el TEL advierte:

"La responsabilidad penal de las personas jurídicas, como las empresas, es una construcción jurídica conocida y cada vez más generalizada en los sistemas nacionales; basados en la premisa de que la conducta delictiva de determinadas personas físicas hechas en su carácter oficial debe ser atribuida en virtud del derecho penal a la persona jurídica en cuyo nombre actuaron. Pero hasta la fecha el derecho internacional ha aplicado un antiguo principio –se expresa en latín como *societas delinquere non potest*– en esencia, solo las personas físicas pueden ser acusados de crímenes. Tengo que determinar si el principio de legalidad ofrece dicha defensa a las empresas en el contexto actual".⁵⁶

Sin embargo, el TEL en su sentencia del 18 de octubre de 2014, parece

56. TRIBUNAL ESPECIAL PARA EL LÍBANO, "Caso c. Akhbar Beirut S.A.L. e Ibrahim Mohamed Al Amin", Decision in Proceedings for Contempt with Orders in Lieu of an Indictment, Caso No. STL-14-06/1/CJ/, [Traducción del autor] párr. 18.

haber dado un paso hacia la identificación – cuanto menos – del rol de las corporaciones en materia de crímenes y delitos.

Aunque solo refiriéndose a la administración de justicia, el Panel de Apelación concluyó que “para garantizar la administración de justicia en concordancia [con el Estatuto], la regla 60 bis debe ser interpretada como cubriendo actos que pueden ser perpetrados por personas jurídicas”.⁵⁷

Así es que, por primera vez en esta rama del derecho internacional, parece existir una evolución tendiente a adaptar la disciplina a la realidad descrita por la OECD y la ONU. En ese camino, el levantamiento del velo societario puede ser una herramienta para futuros tribunales que lidien con esta cuestión.

IX. CONCLUSIONES

Si bien las diferentes jurisdicciones aplican con diferente frecuencia la doctrina del levantamiento del velo societario, es posible construir una conclusión conjunta. En el ámbito del derecho internacional, el levantamiento del velo societario sigue siendo una excepción; una doctrina que solo se aplicará en circunstancias que lo justifiquen.

Esto, sin embargo, no puede llevar a su inutilización absoluta. La realidad empresarial dinámica del siglo XXI lleva a casos de abuso de personas jurídicas a los que los Tribunales deben de adaptarse para fallar de un modo realista, abandonando formalismos que suelen apoyarse en la intención de los Estados, pero que se alejan demasiado de lo que ocurre en los hechos.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., “Protection of Shareholder Interests in Foreign Corporations - Barcelona Traction Revisited”, en *Fordham L. Rev.* 394, 1972, disponible en [<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol41/iss2/5>]

BOECKSTIEGEL, Kart-Heinz, *Arbitration and State Enterprises: Survey of the National and International State of Law and Practice*, Institute of International Law and Practice, 1989.

57. *Ibid.*, párr. 24.

- EMBERLAND, M., "The Corporate Veil in the Case-Law of the European Court of Human Rights", en *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Za6RV 63, 945-969, 2003.
- FLEMMING, "Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company Limited", en *Can. Y.B. Int'l L.* 306, 313, 1965.
- GIDADHUBLI, R.G. y RAMASAMPATH KUMAR, *Causes and Consequences of Money Laundering in Russia*, 1999.
- HORNSTEIN, G. *Corporation Law and Practice*, 1959.
- KRYVOI, Y. "Piercing the Corporate Veil in International Arbitration", en *Global Business Review*, Vol. 1, 2011.
- OECD COMMITTEE ON FISCAL AFFAIRS, *Improving Access to Bank Information for Tax Purposes*, 2000.
- OECD PUBLICATION, "Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes", in *Organization for Economic Co-operation and Development Paper*, 2001, disponible en: <http://www.oecd.org/corporate/ca/43703185.pdf>
- SCHREUER, C., *The ICSID Convention: A Commentary*, Segunda Edición, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- UNITED NATIONS OFFICE FOR DRUG CONTROL AND CRIME PREVENTION, *Financial Havens, Banking Secrecy and Money-Laundering*, 1998, ("1998 UN Report").
- Jurisprudencia
- COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, "AgroteximHellas y Otros c. Grecia", Aplicación No. 14807/89, Informe del 10 de marzo de 1994.
- , "Kaplan c. Reino Unido", Aplicación No. 7598/76, Informe del 17 de julio de 1980.
- , "X c. Austria", Aplicación No. 1706/62, Informe del 4 de octubre de 1966.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Barcelona Traction, Lights and Power Co. (Belgium v. Spain)", Preliminary Objections, Judgement, I.C.J. 4, 1964.
- TRIBUNAL AD-HOC DEL CIADI, "Rumeli Telecom A.S. and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. v. Kazakhstan", ICSID Case No. ARB/05/16, Award, June 29, 2008.
- , "Vacuum Salt Products Limited v. The Republic of Ghana", ICSID Case No. ARB/92/1, Award, 16 de febrero de 1994.
- , "TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentine Republic", ICSID Case No. ARB/05/5, Award, 19 de diciembre de 2008.

- , "Tokio Tokeles v. Ukraine", ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, Dissenting Opinion, April 28, 2004.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, "Azko Nobel y Otros c. Comisión de Comunidades Europeas", C-97/08, 2009.
- , "EniSpA c. Comisión de Comunidades Europeas", C-508/11, 2013.
- , "General Química y Otros c. Comisión de Comunidades Europeas", C-90/09, 2011.
- , "Stora Kopparbergslags AB c. Comisión de las Comunidades Europeas", C-286/98, 1998.
- TRIBUNAL ESPECIAL PARA EL LÍBANO, "Caso c. Akhbar Beirut S.A.L. e Ibrahim Mohamed Al Amin", Decision in Proceedings for Contempt with Orders in Lieu of an Indictment, Caso No. STL-14-06/1/CJ.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, "AgroteximHellas y Otros c. Grecia", Series A 330-A, Sentencia del 25 de septiembre de 1995.
- , "CDI Holding AG y Otros c. Eslovaquia", Aplicación No. 37398/89, Decisión sobre admisibilidad del 18 de octubre de 2001.
- , "Farbers and Harlanova c. Lituania", Aplicación No. 57313/00, Decisión sobre admisibilidad del 6 de septiembre de 2001.
- , "Khodorkovskiy y Lebedev c. Rusia", Aplicaciones No. 11082/06 y 13772/05, Sentencia del 25 de julio de 2013.
- , "Pana y Otros c. Rumania", Aplicación No. 3240/03, Decisión del 15 de noviembre de 2011.
- , "Société Générale d'Investissement (SGI) y Otros c. Francia", Aplicación No. 39011/97, Decisión sobre admisibilidad del 4 de mayo de 1999.

Tabla de Abreviaturas

CEDH	Comisión Europea de Derechos Humanos
CIADI	Centro de Arreglo de Diferencias en materia de Inversión
CIJ	Corte Internacional de Justicia
Convenio CIADI	Convención de Washington de 1965
OECD	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
ONU	Organización de las Naciones Unidas
TBI	Tratado Bilateral de Inversiones
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEL
TJUE
UE
UNODC

Tribunal Especial para el Líbano
Tribunal de Justicia de la Unión Europea
Unión Europea
Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el
Delito

**PONENCIAS GANADORAS DEL V CONGRESO DE DERECHO
PENAL PARA ESTUDIANTES Y JÓVENES GRADUADOS:
“POLÍTICA CRIMINAL Y ESTADO DE DERECHO”**



LA REFORMA PROCESAL PENAL Y PLAZO DE DURACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PENAL PREPARATORIA *

SABRINA ASCANI TORRES**

“Si el legislador dicta un procedimiento que pueda ser violado al arbitrio de los jueces, no hace una ley, sino que se limita a dar un consejo”
FRANCESCO CARRARA, Programa de Derecho Criminal

Resumen: Este trabajo presenta una crítica a la regulación de los plazos efectuada por la reciente reforma procesal -introducida por Ley 27.063- en particular respecto la duración de la investigación penal preparatoria, a partir del análisis comparativo respecto la anterior regulación y los sistemas establecidos en el país. Con la finalidad de que tales herramientas pongan en evidencia el desafío para quienes participan de la administración de justicia, en pos de una correcta operatividad de la garantía de ser juzgado en un plazo razonable.

Palabras Clave: reforma procesal penal – instrucción penal preparatoria – plazo razonable

Abstract: The aim of this work is to criticize the way in which terms are regulated by the new Law N° 27.063 –which regulates the criminal procedure- and, in particular, according to the term established for criminal investigation before the trial, comparing the new law, the former regulation and other legal systems that exist in the country. This is to show that compliance to the right to be judged

* Recepción del original: 22/06/2015. Aceptación: 2/08/2015.

Este trabajo fue presentado en el marco del V Congreso de Derecho Penal para Estudiantes y Jóvenes Graduados: “Política Criminal y Estado de Derecho”.

** Abogada, Uba, Ministerio Público de la Defensa (Jefa de despacho de la DPO de General Roca), colaboradora en el dictado de las materias Penal I, Penal II, Seminarios de Jurisprudencia y Criminología en la Cátedra Vitale de la Universidad Nacional de Comahue.

in a reasonable period of time demands a great work of judges and their collaborators.

Key words: procedural reform – criminal investigation before trial – reasonable time

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo parte del entendimiento de que el plazo de duración de la instrucción penal constituye una fracción del plazo razonable de duración del proceso penal, entendido como la cantidad moderada de tiempo por el que una persona puede ser sometida a proceso penal.

El tema se ha constituido como objeto de estudio en la elaboración doctrinaria y jurisprudencial por la morosidad de los procedimientos incidiendo negativamente en la persona sobre la que recae.

Una de las pocas investigaciones efectuadas sobre el contexto argentino en la materia, parte de identificar que "...sin un buen diagnóstico y un manejo transparente de la información del sistema judicial no será posible encontrar nuevos remedios para viejas dolencias". Así se basa en un estudio empírico sobre un universo de 190 casos en un ámbito determinado por los tribunales penales de la ciudad de Buenos Aires, durante el año 2000.¹

La investigación referida, respecto a la duración de la instrucción señala "...del estudio de todos los casos analizados se advierte que en promedio la instrucción dura casi once meses (320 días). El término legal de cuatro meses (artículo 207 del CPPN) solo se alcanza en el 40% de los casos, y el término extendido a seis meses (que es aplicable a los casos sumamente graves y complejos, que, como se ha observado, no son mayoría en el universo analizado) apenas llega al 51% de los casos (...) existe una franja del 23% de los casos en que la instrucción tardó entre uno y dos años y medio, mientras que también se registró un 8% que demoró entre dos años y medio y seis años".

La importancia del tema radica en que incluso tratándose de la etapa instructoria, el análisis ronda en torno a la garantía de todo imputado a ser

1. MARCHISIO, Adrián (dir.) *"La duración del proceso penal en la República Argentina"* KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG A.C., 2004.

juzgado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas. Estas fórmulas contenidas en los arts. 7.5, 8.1 CADH, 9.3 PIDCyP y arts. 14.3.c PIDCyP y XXV DADyDH, se incorporaron a la norma fundamental a partir de la reforma constitucional de 1994 y si bien vienen a jerarquizar el límite temporal a la potestad persecutoria estatal, el tema ya era tratado por la jurisprudencia.

Pretende este trabajo exponer los antecedentes normativos y jurisprudenciales que precedieron a la reforma, planteando una serie de interrogantes que permitan evidenciar la complejidad de la operatividad de la garantía en cuestión, poniendo especial atención a la parte iniciaria del proceso penal, a la luz de la reforma procesal penal incorporada por la Ley N° 27.063.

II. CONTEXTO PREVIO A LA REFORMA

El análisis desde el plexo normativo demuestra que el Código "Levene" contenía una clara deuda en materia de establecimiento del plazo de duración del proceso, en tanto que únicamente expresaba una generalización respecto del término previsto para la investigación y para la que omitió disponer algún desenlace para el caso de estar ante su incumplimiento.

Así las normas de ese código sentado en un modelo inquisitivo reformado, respecto de los plazos, disponía:

"Art. 207. - La instrucción deberá practicarse en el término de cuatro (4) meses a contar de la indagatoria. Si ese término resultare insuficiente, el juez solicitará prórroga a la cámara de apelaciones, la que podrá acordarla hasta por dos (2) meses más, según las causas de la demora y la naturaleza de la investigación. Sin embargo, en los casos de suma gravedad y de muy difícil investigación, la prórroga otorgada podrá exceder excepcionalmente de dicho plazo".

La norma transcrita es la única referencia a la duración de la investigación contenida por el anterior código y como se observa no expresa una previsión para el caso que este tiempo se exceda, ni en forma de sanción para los administradores de justicia, ni en forma de respuesta para la persona sometida a proceso.

Sin perjuicio de ello, el art. art. 163 disponía en forma concluyente que "Los términos son perentorios e improrrogables, salvo las excepciones dispuestas por la ley..." permitiéndonos dar una idea respecto a

la solución que debería operar en caso en que el Estado haya traspasado ese límite.

Aun con esta disposición, el entendimiento de los Jueces ha sido considerar que los plazos son meramente ordenatorios, dejando obsoleta la única previsión al respecto y posibilitando la existencia de procesos penales de una dilación llamativa en su duración, en claro perjuicio para el imputado. Cristalizando la arbitrariedad del poder penal del Estado.

De modo que quedó en manos de la jurisprudencia establecer la razonabilidad temporal del sometimiento de una persona a proceso penal.

En este abordaje, la CSJN ha establecido por el precedente "Mattei" que "...tanto el principio de progresividad como el de preclusión reconocen su fundamento... en la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitando así que los procesos se prolonguen indefinidamente; pero además y esto es esencial atento a los valores que entran en juego en el juicio penal, obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia consubstancial con respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez y para siempre, su situación frente a la ley penal".²

Se evidencia en el fallo que la garantía establecida en el art. 18 de la norma fundamental contiene el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que, lo más rápido posible, concluya con la situación de incertidumbre y con la restricción de la libertad que importa un proceso penal.

Posteriormente, la Corte se expidió reiterando la doctrina de "Mattei", pero con diferentes alcances, tal fue lo ocurrido en el caso "Pileckas".³ El Máximo Tribunal, si bien entendió que en el caso el proceso ya encontraba colmado su plazo razonable de duración no derivó, de tal circunstancia, en la consideración sobre su ilegitimidad.

Con este panorama, algo incierto, arriba la Corte al precedente "Mozzatti"⁴ y con anclaje en la doctrina expresada en "Mattei", fue un paso más allá. Consideró que por el vínculo entre la duración del proceso

2. Fallos 272:188.

3. Fallos 297:486.

4. Fallos 300:1102.

penal y el propósito de afianzar la justicia más la inviolabilidad del derecho de defensa y debido proceso, debía estarse a la extinción por prescripción de la acción penal como solución concluyente.⁵

Incluso, ha expresado el Máximo Tribunal que ante el excesivo tiempo de duración del proceso debía ponerse fin a la causa "por medio de la declaración de la extinción de la acción penal por prescripción, en la medida en que ella constituye la vía jurídica idónea para determinar la cesación de la potestad punitiva estatal por el transcurso del tiempo y salvaguardar de este modo el derecho constitucional a obtener un pronunciamiento judicial sin dilaciones indebidas (art. 18, Constitución Nacional, y art. 8, inc. 1, C.A.D.H.)".⁶

Y ya enrolándose en teorías extranjeras, se puede observar de ambas disidencias del precedente "Kipperband" que se reconoció la violación del derecho en cuestión siguiendo la doctrina del "no plazo". De igual manera procedieron con la modalidad para determinar si se había violado el plazo razonable a través de la teoría de la "ponderación" acudiendo a pautas de fuentes extranjeras como: la duración del retraso, sus razones, el perjuicio ocasionado, el comportamiento del imputado y el de las autoridades.

Más reciente es el caso "Gotelli" del 20 de noviembre de 2001, en este caso, interesa para el tema que nos ocupa el dictamen del Procurador General de la Nación el que recoge la doctrina, ya referida, del "no plazo" y expresa además, que no interesan los plazos que las normas de procedimiento establezcan para la duración del enjuiciamiento penal, dado que eso, en todo caso, es derecho común y la Corte solo está alcanzada por el derecho federal.

Ahora bien, por su parte la Corte IDH a través del caso "Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña"⁷ ha definido el debido proceso como una garantía límite a la actividad estatal que establece un deber para este de organizar su estructura, con la finalidad de crear instancias procesales adecuadas que permitan a las personas estar en condiciones de defender sus derechos ante

5. Casos 'Casiraghi' (Fallos 306:1705), 'Bartra Rojas' (Fallos: 305:913), 'YPF' (Fallos: 306:1688); temperamento luego reafirmado en el caso 'Amadeo de Roth' (Fallos: 323:982 –esp. voto de los jueces Petracchi y Boggiano–).

6. Fallos 322:360: "Kipperband", considerando 22 del voto de los doctores Petracchi y Boggiano.

7. Corte IDH, "Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia", sentencia de 1/9/2010.

cualquier acto estatal que pudiera afectarlos. Adelantando que este concepto es aplicable a todo orden normativo sea de carácter penal, civil, contencioso administrativo, etc.

El referido tribunal agrega en el caso "Suárez Rosero" que el derecho a ser juzgado en un plazo razonable: "tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan un largo tiempo bajo acusación y asegurar que esta se decida prontamente".⁸

Sin perjuicio de ello, la Corte IDH siguiendo al TEDH, ha asumido la doctrina del "no plazo" al momento de interpretar el plazo razonable. Teoría según la cual, en oportunidad de su análisis, se debe estar a otros factores distintos al mero transcurso del tiempo, pues considera que no se trata de un plazo en sentido abstracto que deba ser medido en función de años, meses, semanas, días u horas.

Entiende entonces que se trata de una pauta interpretativa que permite evaluar la razonabilidad, en función del análisis de cada proceso penal. Haciendo hincapié en que lo importante es la correcta administración de justicia en el marco de un proceso que se desarrolle sin anomalías injustificadas o arbitrarias.⁹

II.A. La experiencia de las provincias en la regulación de plazos

El establecimiento de la duración del plazo de duración del proceso y, con él, el de duración de la investigación penal preparatoria, es materia sobre la que tienen potestad las provincias, por tratarse de la regulación y desarrollo de garantías contenidas en los pactos internacionales, que resultan inderogables para ellas y por las que tienen la facultad de reglamentar a pesar de que el Congreso no lo haya hecho.¹⁰

De manera que algunas provincias han legislado al respecto optando por diversos enfoques y soluciones que identificaré a continuación:

El Código de la Provincia de Buenos Aires, dispone en sus art. 282 y 283, que el plazo de la investigación será de cuatro (4) meses contados desde la detención o declaración del imputado, y las prórrogas –de dos (2)

8. Corte IDH, caso "Suarez Rosero vs. Ecuador", sentencia del 12/11/1997, párr. 70.

9. Corte IDH Caso "Genie Lacayo" y "Suárez Rosero". También Caso "Giménez", Informe del 1/3/96 de la CIDH.

10. V. art. 64, 67, 101, 104, 121 de la Constitución Nacional.

hasta seis (6) meses— las dispondrá motivada y fundadamente el Fiscal con conocimiento del Juez de Garantías.

Para el caso de que el Fiscal no hubiese concluido la investigación al vencimiento del plazo, el Juez de Garantías deberá requerir al Fiscal General que lo sustituya y comunique a la Procuración General. El nuevo Fiscal deberá complementar la etapa en el plazo de otros dos (2) meses más.

La solución que propone este cuerpo legal no es satisfactoria en tanto queda enmarcada dentro del art. 323 inc. 6 que la contiene como causal de sobreseimiento, pero lo hace de un modo que hace que además concorra con una falta de motivación para remitir la causa a juicio y la inexistente incorporación de nuevos elementos de cargo.

El Código Procesal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en cuanto a la duración de la investigación preparatoria, prevé un plazo de tres (3) meses a partir de la intimación del hecho, conforme el art. 104. Sin embargo para la concesión de la prórroga sostiene que el Fiscal deberá solicitarlo al Fiscal de Cámara, pero para los "*casos de suma gravedad y de muy difícil investigación*" es el Tribunal el que fijará el plazo perentorio de finalización de la investigación preparatoria. (v. art. 105 y 161 del referido cuerpo legal)

La jurisprudencia de la jurisdicción comentada, ha sido conteste con esta doctrina y ha entendido que "los plazos establecidos son perentorios tal como lo dispone el art.70 (...) transcurrido el plazo (...) debe operar la sanción procesal prevista por el art. 105 del CPPCABA y, por tanto, archivar la causa sin posibilidad de reabrirse la investigación; salvo el caso en el cual el proceso no haya podido llegar a su término por causas atribuibles directamente al imputado, supuesto en el cual deberá no computarse dicho período".¹¹

Sobre esta última referencia, debo insistir en no solo que es una excepción construida jurisdiccionalmente, sino que además corresponde resaltar que no está obligado el imputado a colaborar con la celeridad del proceso. Este entendimiento fue sentado por la minoría del fallo "Kipperband" de la CSJN haciendo referencia al criterio del TEDH en el caso "Eckle".¹²

11. Heredia, José Raúl "*La investigación penal preparatoria*", publicado en abril de 2011 sobre la base de la nota en la Revista de Derecho Procesal Penal, 2011-1, La Investigación penal preparatoria – I, Director Edgardo Alberto Donna, Vicedirectora Ángela Ester Ledesma, Rubiznal-Culzoni Editores, pp. 111-140.

12. TEDH, sentencia del 15/7/1982.

En su caso, el Código de la Provincia de Neuquén establece como regla general, que los plazos legales y judiciales serán perentorios, cuyo vencimiento acarreará la caducidad de las instancias (v. art. 79). A lo que incorpora una suerte de sanción para el juez, tribunal o representante del Ministerio Público al que dicho plazo le hubiere sido acordado y vencido, disponiendo que será remplazado por quien legalmente corresponda y aclarando que tal actitud constituye una falta grave. (v. art. 80).

Sobre la duración del proceso dispone una duración máxima de tres (3) años improrrogables, vencido el cual se producirá la extinción de la acción penal y deberá dictarse el sobreseimiento del imputado (v. art. 87).

Ahora bien, respecto de la etapa preparatoria, establece que tendrá una duración máxima de cuatro (4) meses, a cuyo vencimiento se prevé la misma solución que para el vencimiento del proceso, extinción de la acción y sobreseimiento. Y regula prórrogas que deberán encontrar fundamento, a lo que el Juez puede acceder en no más de cuatro (4) meses, salvo un acto concreto de investigación que requiera otro tiempo, para lo que deberá solicitarse la autorización al Colegio de Jueces que no excederá de cuatro (4) meses. Transcurridos todos los cuales, concluye con el sobreseimiento del imputado. (v. art. 158)

Es para destacar, que este cuerpo legal prevé como causal de procedencia del sobreseimiento, el vencimiento del plazo máximo de duración de la etapa preparatoria. (v. inc 7. art. 160)

En línea similar, el Código de la Provincia de Chubut, recepta como principio general el derecho a una decisión judicial definitiva en tiempo razonable (v. art 19). Para lo cual, y como los otros, considera que los términos son perentorios e improrrogables (v. art. 139) y dispone que la inobservancia, intencional o por descuido de plazos que regulan la tarea de los funcionarios públicos implicará mal desempeño de sus funciones y responsabilidad del funcionario. (v. art. 144)

Respecto a la etapa preparatoria dispone que en caso de que el Fiscal no acuse ni efectúe otra presentación y se venciera el plazo previsto, acarreará con la responsabilidad y el Juez sobreseerá al imputado archivando las actuaciones salvo que el procedimiento pueda continuar sobre la base de la actuación de la parte querellante.

Pero lo interesante de este cuerpo legal, se aprecia en la solución que prevé en caso de estar el vencimiento del plazo máximo de tres (3) años previsto para la duración del procedimiento. Así dispone en su art. 146 que mediando petición de parte se declarará que se ha superado el término ra-

zponible de duración del proceso, se dictará el sobreseimiento del acusado por esta causa y archivará las actuaciones. Asimismo prevé que ante esta extinción por morosidad judicial, el Estado deberá indemnizar a la víctima.

III. REFORMA PROCESAL PENAL

III.A. La necesidad de la regulación normativa

Reflexionando sobre el panorama expuesto, resulta indiscutible la necesidad de la regulación normativa de la garantía vinculada con la duración del proceso penal que contenga una previsión relacionada con la duración de la instrucción preparatoria.

Al respecto, Pastor señala que el establecimiento de esta garantía debe expresarse en una norma que determine un plazo, fuera del cual carece de legitimidad la actividad persecutoria estatal, concluyendo que llegado ese momento se impone la clausura inmediata y definitiva del proceso.¹³

Este entendimiento considero, debe abarcar también la instancia de la investigación, en tanto de igual manera contiene el binomio entre legitimidad persecutoria y vencimiento del plazo, por lo que sin reparos, podrá estarse a su clausura inmediata y definitiva, si se verificase la morosidad en el plazo.

En este sentido el autor referido considera que "la persecución penal estatal significa ya, con prisión provisional o sin ella, una pena de sospecha: la pena de proceso. O, si se quiere, sobre todo en los procesos prolongados, la persecución implica, desde el comienzo, el sometimiento del imputado a condiciones de 'semi-penalización' que se manifiestan en angustias, gastos, pérdida de tiempo y de trabajo, humillación, descrédito, etcétera. La falta de una determinación aproximadamente preciso de la duración del proceso coloca al enjuiciado en la llamada 'situación de doble incertidumbre': no sabe cómo terminará su proceso y tampoco sabe cuándo".¹⁴

13. PASTOR, Daniel, *El Plazo Razonable en el Proceso del Estado de Derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, pp. 547, 677.

14. PASTOR, Daniel, *Tensiones: ¿derechos fundamentales o persecución penal sin límites?*, Buenos Aires, Del Puerto, 2004, pág. 183 y ss.

El reconocimiento del proceso como pena también vino dado a partir del precedente "Frades"¹⁵ de la CSJN, por la que el Máximo Tribunal se expresó sobre el carácter restrictivo de derechos durante el proceso penal asemejándolo a la pena y agregó que pesa sobre el imputado el deber de tolerar el proceso, siempre que se desenvuelva de un modo regular.

De manera que este entendimiento no puede sino tratarse a la luz del principio fundamental que se postula a partir del enunciado *nulla poena sine lege*, en tanto exige que la duración de ese proceso debe estar predefinida por ley como cualquier otra pena, en tanto trasciende el aspecto exclusivamente jurídico, abarcando también el sociológico, psicológico y ontológico.¹⁶

De igual manera, el argumento del principio *nulla coactio sine lege* impone la necesidad del mandato legal como condición de la existencia de una coacción. Y es en ese sentido que también se enmarca el argumento del requerimiento de una prescripción normativa en tanto que el proceso penal es en esencia coactivo, expresándose en todos los actos que lo componen.

El autor es concluyente al respecto, reseñando: "...se afirma una relación recíprocamente dialéctica entre pena, proceso y medida de coacción procesal, según la cual un término supone al siguiente y todos deben estar determinados legislativamente con los alcances propios de los principios *nulla poena, nullum crimen y nulla coactio...*"¹⁷

De modo que es el principio de legalidad el que impone que sea la fórmula legal el camino para la regulación del plazo razonable.

Sin embargo, corresponde adelantar que la reciente reforma legislativa modificatoria del proceso penal, introducida por Ley 27.063, no cubre las expectativas porque no se trata de una solución procesal que transforme en consecuencias jurídicas concretas la pretensión del derecho en cuestión.

III.B. La reforma, los plazos y la crítica

El nuevo CPPN enuncia principios generales, como el derecho a una decisión judicial definitiva en tiempo razonable, prescribiendo que el re-

15. CSJN, "Frades" del 14 de diciembre de 1989.

16. PASTOR, Daniel, "Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal", *Revista de Estudios de la Justicia* N° 4, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2004.

17. PASTOR, Daniel, *ibidem*. El resaltado es obra propia.

tardo o las dilaciones indebidas, si son reiteradas constituirán falta grave y causal de mal desempeño de los magistrados (v. art. 18). Esta fórmula se utiliza como consecuencia de cualquier vencimiento.

A lo que agrega, en consonancia con su antecesor y los modelos provinciales, que los plazos serán perentorios (v. art. 108).

Respecto a la duración máxima de todo proceso, regula un plazo de tres (3) años contados desde la formalización de la investigación preparatoria. Y establece que en caso de incumplimiento de ese plazo, se estará únicamente a la sanción para los funcionarios y magistrados del art. 18 (v. art. 113).

He aquí una primera manifestación que evidencia la distancia entre la garantía en cuestión y la persona sometida a proceso, pues, la previsión que efectúa la norma no se constituye como una solución para la persona que se encuentra imputada, para quien el proceso continuará. Y la eventual sanción a funcionarios o magistrados tampoco tendrá incidencia en el proceso que se encuentra atravesando una ilegalidad manifiesta.

Esta crítica también se traslada al tratamiento de la investigación preparatoria, la que según el art. 113 el plazo se cuenta desde la formalización de la investigación. Al respecto, indica el art. 221 que esta se trata del acto por el cual el Fiscal comunica en audiencia al imputado, en presencia del Juez, la imputación en su contra.

Este momento procesal, marca un hito respecto la duración de la investigación, la que no podrá durar más de un (1) año, previendo solo la fórmula del art. 18 ante el caso de su vencimiento (v. art. 232).

El sistema para la solicitud de prórrogas se establece mediante el art. 233, las que se dispondrán con anterioridad al vencimiento y mediando audiencia de las partes, la que puede ser otorgada por no más de ciento ochenta (180) días. Fenecido el cual el Juez intimará a los funcionarios y magistrados bajo apercibimiento de falta grave o causal de mal desempeño. Destaco que la eventual sanción ni siquiera opera de forma inmediata, ya que solo pone en cabeza del Juez una suerte de llamado de atención.

Merece entonces la misma crítica que la esbozada para la solución prevista para el vencimiento del plazo establecido para el proceso. Es evidente que el legislador no ha querido trasladar el contenido de la garantía de plazo razonable a quien es el único destinatario de aquella.

Resulta indiscutible que la "solución" contenida en estas normas no impacta en la relación entre el imputado y el proceso –en su totalidad o en etapa de investigación– que ya devino ilegal.

Por lo que las expresiones respetuosas de la garantía en cuestión, reguladas a través de los principios generales, quedan vacías de contenido a partir de la falsa operatividad que se reglamenta a posteriori. Se aprecia de los artículos comentados que es ficticia la trascendencia para la persona del imputado, es que ni siquiera desde el plano discursivo reviste un cambio en lo que a los plazos se refiere esta reforma.

Esto resulta más evidente al revisar el art. 236 que contiene las causales por las que procede el sobreseimiento, en tanto que el incumplimiento del plazo ni siquiera está previsto.

Ahora bien, siguiendo con el análisis del nuevo articulado, como decía, la formalización de la investigación se erige como un momento a partir del cual comienzan a contarse los plazos de los arts. 113 y 232, investigación preparatoria y proceso, respectivamente. Pero corresponde preguntarse qué ocurre antes de ese momento, en tanto se producen actos que inciden sobre la persona que está siendo averiguada y también requiere su regulación.

Ese momento previo se denomina "investigación previa a la formalización" y el art. 220 establece que en caso que se pueda identificar al posible autor, el Fiscal deberá comunicarle la investigación con la finalidad de que ejerza su primer acto de defensa designando abogado de confianza o, en su defecto, Defensor Oficial.

La potestad persecutoria en este momento previo, tiene un límite temporal fijado en noventa (90) días, prorrogables por el mismo término, en cuyo momento deberá formalizarse la investigación. ¿Y si el Fiscal no lo hace? No pasa nada. El 4to. párrafo del art. 220 no impone conclusión en caso de vencimiento del plazo, vaciando de contenido la fórmula de plazos y prórroga.

De lo hasta aquí comentado se luce que la reforma introduce una única fórmula para el retardo o violaciones indebidas de los tiempos previstos para la duración de la investigación preparatoria y del proceso (v. art. 18), consistente en la posibilidad de que ese exceso en la legalidad de un plazo, constituya una falta grave y causal de mal desempeño para los funcionarios y magistrados.

Si bien pareciera ser una medida que roza lo revolucionario, resulta inimaginable la afectación que puede provocar una causal de mal desempeño a la investigación o proceso penal, devenidos ilegales, al que está siendo sometido una persona. De modo que se aprecia que no tiene el CPPN al imputado como destinatario de la garantía que le es propia.

Es evidente la intención de agrandar la brecha entre la garantía a un

plazo razonable y la persona sometida a proceso penal. Quiero decir, si bien se estableció como principio general o rector, al momento de regular su efectiva operatividad, únicamente se establece una causal de mal desempeño destinada a los funcionarios o magistrados.

III.C. Antecedentes parlamentarios

La crítica hasta aquí efectuada encuentra mayor asidero a partir de la lectura de la versión taquigráfica del debate parlamentario de la Ley 27.063. Con el propósito de descubrir los intereses del legislador al momento de referirse a la duración del proceso penal, haré referencia a alguno de los comentarios más significativos,¹⁸ que podrán darnos una idea de la voluntad de aquél.

En primer lugar, ninguno de los legisladores se expresó contra el nulo impacto que tiene el texto respecto a la persona sometida a proceso en virtud de la garantía de plazo razonable, como se viene sosteniendo en esta ponencia. Lo cual me parece grave que ninguno lo haya advertido.

Las principales críticas efectuadas por la oposición, rondaron respecto a la creación de los cargos que se estipulan para el funcionamiento del nuevo sistema de corte acusatorio que se pretende aplicar, lo que resulta absurdo si se dimensiona la magnitud del tema tratado y la discusión que podrían haber dado para fomentar un análisis crítico.

Pero bien, algunos en su exposición respecto de los plazos hicieron foco en la sanción, expresando "Desde mi punto de vista, esos plazos aportan poco; el incumplimiento de los plazos nunca ha sido una variable importante para jueces y fiscales"¹⁹ y desde otra opinión "como así también el establecimiento de plazos perentorios, nos permitirán seguir y profundizar el control sobre los jueces, los fiscales y los defensores".²⁰ Como dijera, tampoco en estos comentarios se hace referencia a la persona sometida a proceso.

Más evidente es el escaso interés por la persona del imputado, a partir de la incorporación al interés de la víctima en la cuestión: "... *fija plazos*

18. Los antecedentes parlamentarios de la ley se encuentran disponibles, requerimiento mediante, en la página web: www.hcdn.gov.ar

19. El diputado por Buenos Aires, Sr. Adrián Pérez.

20. La diputada por Mendoza, Sra. Fernández Sagasti.

concretos con preclusión breve en sus etapas: un año para la instrucción y tres años de duración para todo el proceso. Por ello, apelo a toda la Cámara de Diputados de la Nación. Los ciudadanos, nuestros hermanos, los argentinos y extranjeros que viven en esta tierra lo hacen sometidos al peor proceso de revictimización que puede vivir aquel que padeció algún tipo de delito. O sea, no saber nunca qué pasa con la investigación ni saber lo que sucede ni tampoco cuándo va a terminar el proceso. Asimismo, no participa nunca de la investigación (...) También implica sanciones para el fiscal que no completa su tarea en el año y por mal desempeño. Asimismo, hay sanciones para el juez que no termina el proceso en tres años. (...) A su vez, la iniciativa tiende a la celeridad procesal, a proteger los derechos de los imputados y obtener un pronunciamiento definitivo en un plazo razonable y coherente. Hoy en día se sabe cuándo empieza el proceso penal pero no cuándo termina. Me parece que este es uno de los grandes pedidos de la sociedad: pautas claras sobre cómo debe concluir en un tiempo coherente un proceso penal que da la solución a un conflicto (...) Eso nos brinda la tranquilidad de espíritu y otorga certezas".²¹

Sin embargo, resulta desconocedor de los derechos fundamentales del imputado el siguiente comentario "Según el texto de este proyecto, las causas judiciales no pueden tener una duración mayor a tres años desde el momento de su formalización. De esta forma, ¿no prescribirán muchísimas causas que no podrán cumplir este plazo? (...) se continuará remitiendo de una instancia revisora a otra, con los delincuentes apelando una y otra vez".²²

Esta somera referencia a la voluntad del legislador, nos permite profundizar la crítica que se esboza en este trabajo, en tanto cristaliza la falta de interés del legislador en la operatividad del derecho a un plazo razonable puesta en cabeza de la persona sometida a proceso penal.

III.D. Las consecuencias

Si bien la extensión de este trabajo no contiene la elaboración doctrinaria y jurisprudencial efectuada respecto a la discusión sobre si los plazos son perentorios u ordenatorios, vale decir que el nuevo CPPN los

21. La diputada Sra. Giannettasio.

22. La diputada por Córdoba Sra. Rossi.

establece como perentorios, por lo que no deberían caber interpretaciones al respecto.

El interrogante se plantea al momento de resolver sobre la conclusión o respuesta estatal frente al agotamiento de los plazos previstos. Es que "Todo proceso penal es una síntesis culturalmente condicionada de dos fuerzas: una que busca la eficiencia en la persecución penal, es decir, un uso preciso del poder penal del Estado, y una fuerza de "garantía", que procura proteger a las personas del riesgo derivado del uso arbitrario de ese poder penal".²³ Y la medida de ese entendimiento determinará el lugar en el que nos encontramos.

Así se han elaborado distintas soluciones, por un lado, las que se constituyen como la posición dominante, sentadas en la jurisprudencia del TEDH a partir de ideas provenientes de Alemania. Por las cuales ante todo, "...el plazo razonable no es un plazo, sino una pauta genérica útil, para evaluar, cuando el proceso penal ya ha concluido, si su duración ha sido razonable o no".

Si bien entienden que la lesión debe ser reparada en caso de ser comprobada la violación, la solución que proponen es por la vía compensatoria, ya sea desde lo material, penal o civil, o a partir de sanciones administrativas, penales o disciplinarias, y en casos extremos el sobreseimiento.

Ahora bien, las pautas para la evaluación de la razonabilidad en la extensión del proceso se caracterizan por brindar criterios vagos y ambiguos, que no hacen mas que dar una *carte blanche* a quien se encuentra efectuando la evaluación. Estos axiomas de apreciación, no taxativos, son: la prolongación efectiva del proceso, la gravedad del hecho, la complejidad del caso, la conducta del imputado en el proceso y el comportamiento de las autoridades encargadas de llevar adelante el proceso.²⁴

Y destaco que la evaluación se efectúa con el plazo ya vencido, es decir que importa más violación mientras se efectúa el análisis de un plazo que ya fue violado. Aún así en los casos en los que el TEDH ha considerado condenar al estado por la violación, no ha hecho referencia al momento a partir del cual el plazo se ha considerado irrazonable. Y, por otro lado, remarco y rechazo la evaluación del comportamiento del imputado durante el proceso llevado en su contra, tal como sostuviera la Corte haciendo re-

23. BINDER, Alberto, *Justicia penal y Estado de Derecho*, Bs. As., Ad Hoc, 1993, p. 59.

24. PASTOR, Daniel, *El Plazo Razonable en el Proceso del Estado de Derecho*, op. cit.

ferencia al criterio del TEDH en el caso "*Eckle*"²⁵ ya referido, destacando que aquél no tiene el deber de colaborar con la celeridad del proceso.

Ahora bien, entiendo que ni el método ni las soluciones que aplica el TEDH como posición dominante, se erigen desde el respeto a la garantía en cuestión. Como tampoco lo hace el legislador a partir de la reciente reforma en la materia.

De manera que se impone la tesis propuesta por Pastor que indica que, por mandato expreso del principio del Estado de derecho y un correcto entendimiento del sistema de derechos fundamentales, el vencimiento de un plazo máximo de duración debe ser visto como un impedimento procesal que evite la prolongación del enjuiciamiento, debiendo cesar anticipada y definitivamente.

Si bien el autor hace especial referencia a la duración del proceso penal, considero que este entendimiento debe trasladarse también al vencimiento del plazo previsto para concluir la investigación, por aplicación analógica, por imperio de los principios *in bonam partem* y *pro homine*. En tanto que en caso contrario, solo se estaría efectuando una manifestación vacía de contenido y de impacto, tal como ocurre con los nuevos arts. 113 y 232 CPPN.

Esta solución resulta ser la más respetuosa de la garantía, debidamente enmarcada en un Estado de Derecho y la que en consecuencia brinda las herramientas para efectuar la interpretación en el caso concreto.

La única sanción prevista por la reciente reforma, no está mal en sí misma, sino que es insuficiente por no tener incidencia sobre la persona del imputado que fue sometido a un proceso que devino ilegal por la morosidad en los plazos.

Entiendo que encontrándose regulados los plazos de duración para la investigación previa y para el proceso penal en general, no debe quedar la cuestión a mitad de camino y debe avanzar hacia un desenlace de aquellos en directa incidencia para el imputado. En tanto la persona ha estado sometida a una investigación o proceso que devino ilegal, no puede pensarse en otra solución que no sea la de la conclusión.

25. TEDH, sentencia del 15/7/1982.

IV. CONCLUSIÓN

Este trabajo puede verse desalentador frente a la reforma introducida por la Ley 27.063, por la crítica que contiene. Es que si bien se celebra el establecimiento de plazos que regulen la actividad persecutoria estatal, por lo necesario que deviene desde una interpretación del principio de legalidad, ello queda vacío de contenido en tanto no establece conclusión que impacte sobre la persona sometida a proceso penal.

A partir de lo cual, considero que el desafío se presenta para quienes participamos en el ejercicio de la administración de justicia (Poder Judicial, Ministerio Público Fiscal y Ministerio Público de la Defensa) en tanto se impone la necesidad de interpretar que no existe razonabilidad en el plazo si este se encuentra excedido en su espacio temporal, deviniendo ilegal. Así se ha dicho que "Una de las limitaciones más grandes de nuestro Poder Judicial son sus modelos mentales, que son los que determinan la elección de herramientas de análisis, tipo de organización, evaluación y repertorio de posibilidades..."²⁶

Por lo tanto la consecuencia obligada, aunque no esté legislada, debe ser la que por imperio de los principios generales -legalidad, *pro homine*, *última ratio*- y la garantía vinculada con el plazo razonable de duración del proceso penal -con su alcance a la investigación preparatoria- es la conclusión anticipada y definitiva de la actividad persecutoria estatal.

BIBLIOGRAFÍA

- CARRIÓ Alejandro D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 5ta. ed., Bs. As., Hammuerabi, 2008.
- HEREDIA, José Raúl, "Duración de la Investigación Penal Preparatoria", nota publicada en *Revista de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2011.
- MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal: fundamentos*, Buenos Aires, Del Puerto, 2004.

26. PIAGGI DE VANOSI, Ana "El proceso de cambio en la gestión judicial", en la investigación de UBCYTCONICET, Poder Judicial, desarrollo económico y competitividad en la Argentina", t. I, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 272.

PASTOR, Daniel, *Tensiones: ¿derechos fundamentales o persecución penal sin límites?*, Buenos Aires, Del Puerto, 2004.

PASTOR, Daniel, "Acercas del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal", *Revista de Estudios de la Justicia* N° 4, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2004.

PASTOR, Daniel, *El Plazo Razonable en el Proceso del Estado de Derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009.

MARCHISIO, Adrián (Dir) *La duración del proceso penal en la República Argentina*, KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG A.C, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal parte General*, Buenos Aires, Ediar.

DEMOCRACIA Y PERSECUCIÓN PENAL, ¿CONCEPTOS INCOMPATIBLES? REFLEXIONES EN TORNO A UN MINISTERIO PÚBLICO POPULAR*

FERNANDO BRACACCINI**

Resumen: Este trabajo reflexiona sobre el rol y el diseño del Ministerio Público Fiscal en el marco del sistema democrático. Se realiza un breve repaso sobre la regulación constitucional y legal del Ministerio Público desde una mirada crítica sobre el régimen de designaciones, estabilidad y remoción de los fiscales, y se cuestiona la ausencia justificaciones para que no sean elegidos popularmente. Tras plantearse el problema de la legitimidad democrática del Ministerio Público Fiscal, se esbozan algunas ideas sobre las potenciales virtudes que el debate democrático ofrece al contenido de la política criminal, y a la rendición de cuentas y el control sobre la actividad de los fiscales. Finalmente, tras quedar planteada la ausencia de justificaciones de peso para exceptuar al Ministerio Público Fiscal del régimen de elección popular, y ser exploradas las ventajas de su democratización, se ensayan algunas respuestas frente a las principales críticas al respecto.

Palabras clave: derecho penal – democracia – ministerio público Fiscal – elección popular.

Abstract: The author reflects on the prosecution institutions role in a democracy, and its designs. He conducts a brief review of the constitutional and legal regulations of the prosecution service in Argentina. He looks critically upon the processes of appointing and removing prosecutors and the practice of life tenure. The author problematizes the fact that prosecutors are not elected by citizens through a direct vote, and meditates about the potential benefits of democratic debate in penal prosecution policy contents, and its virtues on enhancing

* Recepción del original: 22/06/2015. Aceptación: 2/08/2015.

Este trabajo fue presentado en el marco del V Congreso de Derecho Penal para Estudiantes y Jóvenes Graduados: "Política Criminal y Estado de Derecho".

**Abogado (UBA). Docente del Departamento de Derecho Público (UBA).

accountability and control mechanisms. After that, the author responds to the main criticisms of the direct election of prosecutors.

Keywords: criminal law – democracy – general attorney – prosecutor – prosecution service – popular election.

I. INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo es aportar reflexiones y contribuir a un debate más amplio sobre la relación entre la democracia y las agencias de persecución penal, a partir de un análisis sobre la institución del Ministerio Público Fiscal (MPF), especialmente en lo que hace a su función y su relación con la ciudadanía.

Con ese objetivo, se repasará brevemente la regulación constitucional y legal del Ministerio Público (MP) y el marco regulatorio de la acción penal pública, para luego introducir una mirada crítica sobre la legitimidad democrática del MPF. En particular, se pondrá de manifiesto la dificultad de sostener justificaciones admisibles para apartar al MPF del régimen de elección directa de sus funcionarios jerárquicos, y luego se ahondará en las posibles ventajas de emprender su democratización.

II. EL MINISTERIO PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y LA LEY ORGÁNICA DE MINISTERIO PÚBLICO

El art. 120 de la Constitución Nacional (CN), único artículo de la Sección IV, es un producto de la reforma constitucional de 1994 que regula al MP. Su incorporación dentro del Título 1° "Gobierno Federal" en una sección independiente a los tres poderes del Estado, y sin especificación alguna sobre su ubicación institucional, ha dado lugar a discusiones sobre su pertenencia orgánica en el escenario de los tres poderes clásicos. Si bien este debate no será abordado aquí, dejaré explicitado que constitucionalmente el MP puede ser concebido tanto como un órgano extrapoder o como un cuarto poder, en tanto se asegure su independencia respecto a los poderes judicial, ejecutivo y legislativo.¹

1. BRACACCINI, F. Y GONZÁLEZ, L., "El art. 120 de la Constitución Nacional", en GARGARELLA,

Si bien la CN ha establecido una regulación muy escueta para una institución de semejante importancia, los modestos seis renglones del art.120 de la CN son suficientes para pautar algunas directivas sobre el funcionamiento del MP. En lo que hace a sus funciones, se establece que su misión es la de promover la actuación de la justicia para alcanzar dos objetivos: *la defensa de la legalidad y la defensa de los intereses generales* de la sociedad. Su actuación institucional, además, debe ser realizada en *coordinación con las demás autoridades de la República*.

Además, el art. 120 de la CN establece pautas sobre el modo en que debe organizarse el MP: 1) Comprende tanto al MPF como al Ministerio Público de la Defensa (MPD); 2) Debe ser independiente de los tres poderes del Estado, lo cual significa que ninguno de ellos puede darle órdenes;² 3) Debe gozar de autonomía funcional, lo que implica que pueda tomar decisiones sobre sus competencias de manera exclusiva y sin injerencias de otro órgano público (CSJN, Fallos 327:5863); y 4) Debe gozar de autarquía financiera.

Todo lo que vaya más allá de esas directrices generales, quedó en manos del Poder Legislativo. En consecuencia, ha sido el Congreso el que ponderó cuál era el diseño más atinado para que este órgano pudiera cumplir acabadamente con su finalidad última de defender *la legalidad y los intereses generales de la sociedad*.

II.A. Régimen de designación de fiscales, duración en sus cargos y régimen de remoción

En 1998 el Congreso Nacional aprobó la Ley Orgánica de Ministerio Público (LOMP),³ norma que estableció la organización y funcionamiento del MPF y el MPD. Dicha norma ha sido recientemente reemplazada por dos leyes: la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal (LOMPF), bajo el número 27.148, y la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa (LOMPD), bajo el número 27.149.⁴

En lo que aquí interesa, el art. 1 de la LOMPF retoma las funciones asignadas por la Constitución Nacional al Ministerio Público, y establece

R. (Coord.), *La Constitución Nacional Comentada*, Buenos Aires, Ed. Thomson Reuters - La Ley, t. 1, 2016, pp. 961-985.

2. *Ibid.*

3. Ley n° 24.946, B.O. n°23/03/1998.

4. Ley n° 24.946, B.O. n°23/03/1998.

que el MPF es el encargado de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, de velar por la efectividad de la CN y de los tratados internacionales de derechos humanos, y de promover el acceso a la justicia. En cuanto a las funciones en materia penal, el art. 3 de la LOMPF establece que el MPF tiene a su cargo "fijar la política de persecución penal y ejercer la acción penal pública".

En lo que refiere a su organización institucional, el MPF se compone de una serie de órganos que dependen jerárquica y funcionalmente del Procurador General de la Nación (PGN), titular y jefe del MPF. El art. 11 de la LOMPF establece que la designación del Procurador General de la Nación la realiza el Poder Ejecutivo Nacional (PEN) con acuerdo del Senado, esto es, mediante el mismo mecanismo por el que son nombrados los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) conforme el art. 99 inc.4 de la CN.

Para la designación de los fiscales inferiores,⁵ el art. 48 y cctes. de la LOMPF establece un mecanismo similar, aunque con una instancia previa de concurso público de oposición y antecedentes sustanciado en el ámbito del MPF. El sistema para la designación es el siguiente: se convoca a un tribunal designado por el PGN, que evalúa una prueba de oposición escrita anónima y otra oral, y luego confecciona una terna de tres candidatos que el PGN remite al PEN, que a su vez elige a uno y envía su terna al Senado para obtener acuerdo, y que sea finalmente designado. En este caso se utiliza un procedimiento idéntico al previsto en el segundo párrafo del art. 99 inc.4 de la CN para la designación de jueces inferiores, con la única diferencia que en ese caso es el Consejo de la Magistratura (CM) el que lleva adelante los exámenes de oposición y antecedentes y que remite al PEN la terna de candidatos (art. 114 de la CN), para que elija a uno y luego el Senado preste su acuerdo.

Además, el art. 62 de la LOMPF fija la estabilidad de los fiscales y del PGN en sus cargos hasta los 75 años de edad, mientras dure su buena conducta, y una vez alcanzada esa edad deberán obtener una nueva designación y acuerdo para continuar en el ejercicio de su función por cinco

5. Procuradores Fiscales, Fiscales Generales, Fiscales Generales de la Procuración General de la Nación, Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas y Fiscales (arts. 44 y 48 LOMPF).

años. Nuevamente, se refleja aquí el mismo régimen de estabilidad para los fiscales que el previsto por los arts. 99 inc. 4 y 110 de la CN para los jueces.

Por su parte, los arts. 76 y siguientes de la LOMPF establecen mecanismos de remoción para el PGN y los fiscales inferiores prácticamente iguales a los establecidos para los jueces de la CSJN y los jueces inferiores, con la diferencia que para el caso de los fiscales inferiores el procedimiento se sustancia ante el Tribunal de Enjuiciamiento del MPF, mientras que el proceso de remoción de los jueces inferiores tramita ante el Jury de Enjuiciamiento del CM (art. 115 y 21 siguientes de la Ley del CM).

Como puede advertirse, la LOMPF –al igual que la antigua LOMP– estableció en todos estos aspectos un régimen idéntico al del Poder Judicial, lo que ha dado lugar a la calificación del fenómeno como la judicialización de las fiscalías.⁶

Al regular todo lo que la Constitución dejó a su discrecionalidad en relación al diseño institucional del MPF, el Congreso no hizo más que reproducir la estructura del Poder Judicial, algo que parecería poco consecuente con las importantes diferencias entre sus funciones y con el hecho que ha sido el propio Poder Legislativo el que invistió expresamente al MPF de la facultad de fijar la política de persecución penal (art.3 LOMPF).

Si bien esta decisión de organizar de manera refleja el MPF y el Poder Judicial se ha visto relativizada en algunos aspectos a través de la sanción de la LOMPF,⁷ lo cierto es que en cuestiones institucionales esenciales –designación, mecanismos de remoción y estabilidad en el cargo– se ha mantenido el mismo régimen. Veremos luego que esto trae aparejado algunos inconvenientes desde la perspectiva de la teoría democrática.

6. Cfr. GORANSKY, M., "¿Hacia un nuevo Ministerio Público?", en GARGARELLA, R. (Coord.), *La Constitución en 2020*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011, pp. 332-333. Además de las cuestiones señaladas sobre designación, estabilidad en el cargo y remoción, explica la autora que el propio funcionamiento de las fiscalías se ha organizado de forma refleja al Poder Judicial.

7. A modo de ejemplo, se crearon por ley procuradurías especializadas o fiscalías de distrito, que rompen con la lógica de funcionamiento judicial, y atienden ciertas necesidades propias de la actuación del MPF.

III. PRINCIPIOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA POR EL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

Hemos visto que la LOMPF otorga al MPF la función de ejercer la acción penal pública (art. 3 LOMPF), lo cual a su vez es replicado por los arts. 5 y 65 del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN) que lo hacen titular exclusivo de la misma. En igual sentido, el nuevo Código Procesal Penal de la Nación (nuevo CPPN)⁸ pone en cabeza exclusiva del MPF el ejercicio de la acción penal pública (art. 25 nuevo CPPN), sin perjuicio de las facultades de acusación previstas para los querellantes.

En materia de disponibilidad de la acción, el CPPN establece el principio de legalidad procesal, que supone que la acción penal pública es indisponible (arts. 71 del Código Penal y 5 del CPPN). Por su parte, el nuevo CPPN fija el principio de legalidad como regla general, aunque admite su disponibilidad total o parcial por criterios de oportunidad (art. 25 segundo párrafo y art. 31 del nuevo CPPN). Me detendré brevemente sobre las implicancias de cada uno de ellos, fundamentalmente en lo que respecta al rol y al tipo de valoraciones y decisiones que deben adoptar los fiscales.

En relación al régimen de legalidad procesal absoluta prevista por el CPPN, existe un amplio consenso en cuanto a que un régimen de estas características resulta de aplicación imposible en la práctica, y que por lo tanto supone la existencia de prácticas informales de disposición de casos.⁹ Esto significa que los fiscales deciden discrecionalmente qué casos serán perseguidos y qué casos no, por fuera de todo tipo de lineamiento y de rendición de cuentas al respecto.

El nuevo CPPN también estableció el régimen de legalidad procesal como principio general, aunque con excepciones que habilitan a la disponibilidad de la acción penal pública en ciertos supuestos previstos taxativamente (arts. 25, 30 inc. a, 31 y 32 del nuevo CPPN). Para nuestro análisis, resulta especialmente relevante la facultad de los fiscales de disponer de la acción a partir de los siguientes criterios de oportunidad (art. 31 nuevo CPPN): i. Si se tratara de un hecho que por su insignificancia no afectara

8. . Ley 27.063, B.O. 10 de diciembre de 2014.

9. . Cfr. HONISCH, P., Y POCHAK, A., "Démosle una oportunidad al principio de oportunidad", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n° 9-B, año V, 1999, pp. 300-316; Maier, J. B., *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2004.

gravemente el interés público; ii. Si la intervención del imputado se estimara de menor relevancia, y pudiera corresponder pena de multa, inhabilitación o condena condicional; iii. Si el imputado hubiera sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que tornara innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena; iv. Si la pena que pudiera imponerse por el hecho careciera de importancia en consideración a la sanción ya impuesta, o a la que deba esperarse por los restantes hechos investigados en el mismo u otro proceso, o a la que se impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.

Tanto en los casos en que la disponibilidad por criterios de oportunidad sea formalizada –y por lo tanto exteriorizadas las razones–, como en los supuestos de disponibilidad informal que existen en el régimen de legalidad procesal absoluta, se requiere de decisiones valorativas de los fiscales que tienen efectos de alta trascendencia pública. No resta relevancia pública a las decisiones de los fiscales el hecho que, a partir del principio de unidad de actuación (art. 9, inc. a de la LOMPF), el PGN disponga lineamientos para unificar los criterios de oportunidad, pues en ese caso es el PGN el que está llevando adelante esa relevante actividad valorativa, y además no puede ignorarse que aún en ese caso la aplicación de los lineamientos generales en casos concretos requiere de una actividad interpretativa valorativa, tanto de las normas como de los hechos.

Tanto en el CPPN vigente como en el nuevo, son los fiscales los que deben decidir si impulsan o disponen la acción penal pública en casos concretos. Teniendo en cuenta que esta tarea no es objetiva ni automática, sino subjetiva y valorativa, cobra especial relevancia la pregunta en torno a quién es la persona que debe tomarla, a cómo es elegida y a quién representa, pues decidir cómo se ejerce la acción penal supone decidir política criminal.¹⁰

10. Esta afirmación es respaldada por la reciente LOMPF, que en su art. 3° establece que "El Ministerio Público Fiscal de la Nación tiene a su cargo fijar la política de persecución penal (...)".

IV. EL INJUSTIFICABLE PROBLEMA DEMOCRÁTICO DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

En un sistema democrático como el que nos rige, que supone el autogobierno colectivo y por lo tanto que las personas que ejercen cargos públicos sean representantes de los ciudadanos, la idea de autoridades públicas no elegidas por la ciudadanía no parece admisible, y en los excepcionales casos en los que se admite exige una muy buena y contundente justificación.

Lo contrario supondría tolerar la existencia de individuos con capacidad de decisión sobre temas públicos por encima de la voluntad de los otros ciudadanos, y sin rendir cuenta alguna ante ellos, lo cual es inaceptable en una democracia.¹¹ Aún desde miradas de la democracia que admiten fuertes límites a la voluntad popular, ninguna de ellas acepta la existencia de funcionarios públicos que no sean elegidos popularmente (o al menos dependan jerárquicamente de uno elegido por el pueblo) a menos que existan motivos que lo hagan aconsejable, necesario o al menos justificable.

El principio, entonces, es la representación directa de los gobernantes, debiendo existir buenas razones para apartarse de ello. La excepción más usual es la de los jueces. Sin pretender ingresar en el debate sobre el problema contramayoritario del Poder Judicial,⁽¹²⁾⁽¹³⁾ en los casos en que se admite que los jueces sean elegidos a través de mecanismos alternativos a la voluntad popular, aún cuando deben decidir sobre asuntos de vital trascendencia pública –ya sea la constitucionalidad de una ley o la interpretación de un tipo penal que haga que cierta conducta sea o no punible– ello responde sólo a que colaboraría a su independencia e imparcialidad.

11. Cfr. GARGARELLA, R., "Constitucionalismo versus Democracia", en Gargarella, R. (Coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, pp. 23-40.

12. Ver al respecto, NINO, C. S., *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1ª edición, 2003; NINO, C. S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1ª edición, 2005; GARGARELLA, R. "Constitucionalismo versus Democracia", en GARGARELLA, R. (Coord.), ob. cit.

13. GARGARELLA, R., "Constitucionalismo versus Democracia", en GARGARELLA, R. (Coord.), ob. cit.; GARGARELLA, R., *La Constitución en 2020*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011.

Como vimos, los fiscales son elegidos por medios distintos a la voluntad popular. De hecho, son elegidos igual que los jueces, tienen permanencia vitalicia en sus cargos al igual que los jueces, y son removidos por los mismos mecanismos. Entonces, si también vamos a aceptar que los fiscales no sean elegidos por la voluntad popular, vamos a exigir buenas razones para ello, como lo hacemos con los jueces.¹⁴ En ese marco, cabe preguntarse, ¿Qué justificación existe para que los fiscales, o el PGN, no sean elegidos a través del voto?

He aquí el punto en el que no encuentro respuestas satisfactorias, pues los fiscales no sólo no deben ser imparciales –argumento central de la justificación del carácter contramayoritario de los jueces– sino que deben ser lo opuesto: es inherente a su función que sean parciales. El MPF debe representar los intereses generales de la sociedad a través del ejercicio de la acción penal pública, lo cual como vimos supone realizar valoraciones y tomar decisiones para nada obvias, ni automáticas, y de esencial trascendencia pública. Si, parafraseando a Jeremy Waldron, es insultante dejar en manos de los jueces la resolución de desacuerdos sobre asuntos especialmente relevantes, es aún más insultante dejar en manos de fiscales no elegidos por los ciudadanos la determinación de la política criminal sin que exista ninguna justificación para ello.¹⁵

V. DEMOCRACIA Y POLÍTICA CRIMINAL

Sentado el interrogante del apartado anterior, y partiendo de la dificultad de justificar el déficit democrático del MPF, ahora intentaré delinear algunos beneficios adicionales derivados de un sistema de elección popular de fiscales. Previo a ingresar a ese análisis, quisiera aclarar algunos aspectos relevantes para esta discusión.

14. Esto no supone coincidencia alguna con las posiciones que afirman la necesidad de alejar las decisiones judiciales de la ciudadanía, ni que eso contribuya a que los jueces sean imparciales, ya que esos asuntos no son abordados en este trabajo. Lo que quiero señalar es que quienes admiten que la elección de jueces sea indirecta es porque se considera que eso contribuye a su imparcialidad.

15. *Cfr.* WALDRON, J., *Derecho y Desacuerdos*, Barcelona, Marcial Pons, 2005, pp. 18-25.

V.A. Punto de partida

La elección de los fiscales o del PGN a través del sufragio supone incorporar al debate público la política criminal, hasta ahora ausente. La elección sobre quién implementará la política criminal vendría acompañada de la discusión sobre cómo sería la política criminal que cada candidato implementaría en caso de acceder al cargo, como ocurre –con mejor o peor nivel– cuando se discute política económica o política social al momento de elegir presidente u otros representantes.

Seguramente la mera elección de representantes no bastará para satisfacer todas nuestras aspiraciones democráticas, ya que no queda exenta de los riesgos de caer en las lógicas de una democracia delegativa,¹⁶ pero es sin dudas el paso inicial. Difícilmente pueda pensarse en las dimensiones democráticas más ambiciosas si no cumplimos con un paso esencial para el autogobierno colectivo: que el poder sea ejercido por la ciudadanía, por sí o a través de representantes.

Por otra parte, en un régimen democrático la regla es que los representantes que estén a cargo de la gestión de asuntos públicos sean elegidos por el pueblo, y son las excepciones a este principio las que deben estar especialmente justificadas, y no al revés. En otras palabras, la regla es la elección directa de los funcionarios a cargo de tomar decisiones trascendentales, y quien quiera apartarse de ella debe dar una muy buena justificación. Esta obvia aclaración se presenta necesaria en virtud de que algunas posiciones del derecho penal actual parecieran pretender que quien debe realizar esos esfuerzos justificatorios es aquél que sostiene ideas de democratización, cuando en verdad la lógica de la democracia supone lo inverso.

Además, las decisiones adoptadas por la ciudadanía, ya sea mediante mecanismos de participación directa o bien mediante sus representantes, se encuentran más justificadas que aquellas que no son realizadas por ellos. En efecto, "las expresiones más directas de la voluntad ciudadana tienen más valor que aquellas otras que se encuentren más mediadas institucionalmente (...) por ejemplo, tenemos razones para adjudicar mayor legitimidad democrática a la decisión de una legislatura que a la decisión

16. Cfr. O'DONNELL, G., "La Democracia Delegativa", en *Journal of Democracy*, 2009, pp. 7-23.

de un juez".¹⁷ Por supuesto, aquellas decisiones que involucren además la participación ciudadana directa, serán todavía más legítimas.

Por último, es preciso tener en cuenta que la discusión que aquí se propone se refiere a los agentes encargados de definir y aplicar la persecución penal, lo cual extrema aún más todos los reparos, ya que se trata de la facultad de ejercer coerción física directa por parte del Estado. Es decir, estamos ante la más brutal modalidad de violencia estatal, y esto hace necesario que las decisiones cuenten con la mayor legitimidad democrática posible.¹⁸ Con estas aclaraciones, desarrollaré brevemente algunos argumentos que, entiendo, hacen de la elección popular de fiscales algo especialmente valioso.

V.B. Beneficios adicionales derivados de la elección popular del MPF

En primer lugar, la designación de fiscales o del PGN a través del voto popular se presenta como la mejor manera de cumplir con la misión institucional del Ministerio Público de "promover la actuación de la justicia en defensa (...) de los intereses generales de la sociedad" establecida en el art. 120 de la CN. Es una buena forma de cumplir con esa pauta de representación de los intereses generales de la sociedad, ordenada por el texto constitucional.

El segundo punto se refiere a la idea de igualdad entre todos los ciudadanos. Si todos somos iguales, y nos autogobernamos de manera colectiva, corresponde que conjunta e igualitariamente discutamos y decidamos cuál es la mejor política criminal. Serían entonces los ciudadanos, por intermedio de sus representantes directos, los que decidirían la política criminal.¹⁹

En tercer lugar, los mecanismos de elección popular de los fiscales generarían necesariamente mayores niveles de rendición de cuentas y control

17. GARGARELLA, R., "Constitucionalismo versus Democracia", en GARGARELLA, R. (Coord.), ob. cit., p. 35.

18. GARGARELLA, R., "Mano dura contra el castigo (II). Autogobierno y comunidad", en GARGARELLA, R., *De la Injusticia Penal a la Justicia Social*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2008, pp. 53-76.

19. Esto, claro está, no significa que nos conformemos con una democracia meramente delegativa. Como se dijo previamente, se trata de un primer paso necesario para transitar nociones democráticas más robustas.

sobre sus actos por los ciudadanos. La renovación de su designación a través del voto constituiría un incentivo para que los funcionarios expliquen qué es lo que hicieron en su gestión. Incluso, si se profundiza este camino democratizador podrían alcanzarse mejores controles y rendiciones de cuenta a partir de la imposición de obligaciones específicas de informar sobre la gestión de manera periódica durante el mandato de los fiscales o del PGN y/o de la institucionalización de mecanismos de control específicos sobre la actividad del MPF.

El cuarto argumento ofrece algunas ventajas cualitativas adicionales, que lo hacen particularmente valioso. Se ha venido adelantando a lo largo de este trabajo que existían miradas sobre la democracia que nos podían prometer mayores beneficios que las ya exploradas, y es eso lo que desarrollaré a continuación. La teoría de la democracia deliberativa nos ofrece ventajas cualitativas para la democratización del sistema de elección de fiscales y en general de las políticas de persecución penal.

La teoría de la democracia deliberativa otorga un rol muy importante a los ciudadanos en la toma de decisiones sobre los asuntos públicos, al hacer hincapié no sobre qué debe ser decidido, sino sobre cómo. Esta teoría nos ofrece un procedimiento robusto, caracterizado como un debate público entre los potenciales afectados por la decisión, que deja en manos de la ciudadanía la definición de las cuestiones sustantivas que refieren a asuntos públicos. Se trata de un ideal regulativo que difícilmente pueda tener lugar en la realidad, pero cuya utilidad deviene de su capacidad de orientar los procedimientos de toma de decisión.²⁰

En especial, autores como Carlos Nino han sostenido una "versión epistémica" de la democracia deliberativa, que otorga un valor a este tipo de procedimientos no sólo porque honra la idea de igualdad y fomenta la comunicación entre los ciudadanos, sino especialmente porque el debate público entre los potenciales afectados ofrece mayores garantías de imparcialidad –menor sesgo de intereses particulares y mayores probabilidades de que represente el interés general– en la decisión a adoptarse. El proceso de discusión de buena fe entre los potenciales afectados requiere de la exposición de argumentos, de refutar los de los otros, de reformular los propios a partir de las críticas recibidas, y así ir mejorando las ideas a medida que avanza la discusión. Esto es lo que ha llevado a autores como

20. NINO, C. S., *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, ob. cit.

Nino a afirmar que el procedimiento ofrece mayores probabilidades de imparcialidad en las decisiones, y por lo tanto que derive en decisiones que representen mejor el interés general. Es por esta posibilidad de acceder a decisiones más imparciales que se considera a la democracia como un procedimiento epistémicamente más valioso,²¹ y que nos ofrece decisiones con mayor autoridad que otros mecanismos de decisión.²²

Aplicando la teoría al caso concreto, encontramos que existe un valor adicional en transferir a los ciudadanos el poder de decisión sobre quién es la persona que, en su nombre, implementará la política criminal en ejercicio del cargo de PGN o fiscal. Ello, teniendo en cuenta que, como vimos, la elección popular de fiscales representa una oportunidad valiosa para discutir el asunto de fondo. Pero también encontramos argumentos muy convincentes para ir aún más allá en el proceso de democratización, y ampliar las instancias de participación y discusión pública en torno a la política criminal.

La teoría de la democracia deliberativa, además de asegurarnos el respeto a la igualdad y al autogobierno colectivo, nos ofrece posibilidades de mejorar la política criminal a partir de las dinámicas de la discusión democrática.

VI. POSIBLES RESPUESTAS FRENTE A POSIBLES CRÍTICAS

A continuación, intentaré esbozar breves respuestas frente a algunas críticas con las que me he enfrentado al discutir la idea aquí presentada.

VI.A. Existen muchos funcionarios que llevan adelante políticas públicas que no son elegidos directamente por los ciudadanos, como por ejemplo los ministros, y no es claro por qué habría que hacer una diferencia con el MPF

Antes que nada, debo aclarar que del hecho que existan funcionarios con baja legitimidad democrática no se concluye que el MPF también deba

21. Cfr. NINO, C. S., *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Barcelona, ob. cit.; GARGARELLA, R., "Constitucionalismo versus Democracia", en GARGARELLA, R. (Coord.), ob. cit.

22. ESTLUND, D., *La Autoridad Democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 1ª edición, 2011.

tenerla. En todo caso, si consideramos que nuestro sistema institucional adolece de falta de legitimidad democrática, deberíamos cambiarlo para revertir el déficit, pero de ningún modo equiparar los organismos para que todos sean igualmente deficitarios.

Pero dejando eso de lado, y yendo hacia el fondo de la crítica, si bien es cierto que existe ese tipo de funcionarios y que nadie los eligió de manera directa, esto no controvierte en nada los argumentos aquí expuestos. En efecto, si bien existen ministros, secretarios, y muchos otros funcionarios de rango inferior, lo cierto es que la cabeza del PEN es elegida a través del voto popular, y el presidente -investido de legitimidad democrática directa- es el que designa a los funcionarios inferiores y el que debe rendir cuentas ante la ciudadanía por los actos de sus dependientes.

En el caso del MPF, los funcionarios que se desempeñan en este organismo carecen de legitimidad democrática directa, y siquiera la máxima autoridad del organismo cuenta con mandato popular, ni rinde cuentas directamente ante la ciudadanía, y por lo tanto no es equiparable a la situación de los ministros o los funcionarios de menor rango del PEN.

Aquí no se propone que los secretarios, prosecretarios, directores y demás personal inferior del MPF sean designado mediante voto popular, sino sus máximas autoridades: los fiscales, o al menos el PGN. Éstos serían los responsables de que su gestión represente debidamente los intereses de la ciudadanía y quienes deberían responder por los actos de sus inferiores, tal como lo hace el presidente como cabeza del PEN.

VI.B. Implementar mecanismos de elección popular supone caer en el populismo penal y en políticas neopunitivistas

Esta es la típica crítica que se realiza cuando se cuestionan las instituciones penales desde argumentos democráticos. En el ámbito del derecho penal es habitual que se asocie el punitivismo a la participación ciudadana en la elaboración e implementación de normas penales. No obstante, esta afirmación suele presentarse infundada. A continuación presentaré cuatro argumentos para rechazar esa idea:

I. Como aclaración inicial, si bien desacreditaré lo que esta crítica da por cierto, aún si fuera verdadero que existe una tendencia punitivista en la ciudadanía, esto no justifica que abandonemos los medios democráticos. En todo caso, si no estamos de acuerdo con esa supuesta perspectiva mayoritaria que quiere más delitos y más castigo, lo que se debería hacer

es pensar estrategias para persuadir a quienes están adoptando esa postura que creemos equivocada. Pero en términos democráticos no es válido argumentar que un determinado asunto deba ser extraído de la decisión de la ciudadanía por el hecho de que ésta decidirá de manera incorrecta. El elitismo es el peor modo de enfrentar el problema, ya que niega lo que no es admisible negar en una democracia: la idea del autogobierno colectivo.

De todos modos, como veremos a continuación, la asociación entre democratización del derecho penal y populismo penal no es para nada obvia, pues por un lado no es admisible identificar como democracia a cualquier apelación a la voluntad mayoritaria,²³ y por el otro existen casos empíricos que sugieren lo contrario.

II. La democracia y la participación ciudadana son mucho más que meras expresiones emitidas fuera de procesos colectivos reflexivos y realizadas sin información adecuada. Desde esa perspectiva, no hay evidencia empírica que permita asociar participación ciudadana y populismo penal.

Existen expresiones de la voluntad ciudadana que son más valiosas que otras, y hay buenas razones para resistir todo intento de caracterizarla como lo que se puede desprender de una mera expresión irreflexiva de sentimientos, como la que puede encontrarse en las encuestas de opinión o las que puede expresar la víctima de un delito o sus familiares en un programa de televisión a causa de una penosa experiencia que debieron atravesar.²⁴

Además, los defensores del elitismo no logran explicar por qué motivo los ciudadanos apoyarían políticas vengativas, revanchistas y punitivistas, y los técnicos (la élite) no. No explican las razones por las que los ciudadanos tendrían tan arraigados esos sentimientos y los técnicos –surgidos de esa misma sociedad– no. Contrariamente a lo que se desprende de la creencia elitista, la participación ciudadana puede conducir a políticas menos punitivas.²⁵

La participación ciudadana implementada a través de procesos institucionales que aseguren ejercicios deliberativos y racionales, y que doten de información suficiente a los ciudadanos para que tomen decisiones reales,

23. *Cfr.* GARGARELLA, R., "Mano dura contra el castigo (II). Autogobierno y comunidad", en GARGARELLA, R., *ob. cit.*, pp. 53-76.

24. *Ibid.*

25. *Cfr.* JOHNSTONE, G., Penal Policy Making, en *Punishment & Society*, vol. 2, año 2, 2000, pp. 161-180.

ha conducido a procesos reflexivos que permitieron a los ciudadanos pensar y repensar en torno a este tipo de asuntos –que generalmente se encuentran cerrados a la participación y, más aún, a la deliberación colectiva–, y conducir a posiciones más moderadas en torno al castigo y la persecución penal. Pero para eso es necesario distinguir entre la mera expresión de sentimientos y reacciones no razonadas, y ejercicios de discusión y reflexión colectiva que pueden tener lugar cuando se generan espacios institucionales que ofrecen a los ciudadanos información precisa y relevante sobre la materia, y que promueven la reflexión y deliberación.²⁶

En esa línea, existen estudios empíricos que demuestran que la participación ciudadana, dotada de información suficiente y de instancias de reflexión y discusión, redundan en políticas menos punitivas.²⁷

En nuestro país, la única experiencia de participación directa en el ámbito penal que puede tomarse para analizar el impacto de la intervención de la ciudadanía en estos asuntos es la de los juicios por jurados, y las investigaciones empíricas que han estudiado el fenómeno en profundidad no sólo no corroboran las intuiciones pesimistas, sino que evidencian un mayor grado de lenidad en las decisiones de los jurados en comparación a las de los técnicos.²⁸

III. Por otra parte, el régimen penal vigente en Argentina puede ser caracterizado como de neta cerrazón democrática, tanto en la planificación como en la implementación de la política criminal, pues más allá de que pueda existir una retórica que apela a la voluntad mayoritaria en torno al delito y los asuntos del derecho penal, lo cierto es que el sistema institucional no da lugar para que los ciudadanos se informen adecuadamente, se expresen, discutan y decidan sobre estos asuntos.

No obstante, esta ajenidad de la ciudadanía con la cuestión penal no nos ofrece un sistema equilibrado y racional, de derecho penal mínimo, sino alarmantes lógicas de selectividad que conducen a que el castigo re-

26. *Ibid.*

27. Cfr. LUSKIN, R., FISHKIN, J. Y JOWELL, R., "Considered Opinions: Deliberative Polling in Britain", en *British Journal of Political Science*, n°32, Cambridge University Press, 2002, pp. 455-487.

28. Cfr. BERGOGLIO, M. I., "Nuevos caminos hacia la legitimidad judicial. Participación ciudadana en los tribunales penales en Córdoba", en *Derecho y Ciencias Sociales*, n° 1, abril de 2009, pp. 128-148, edición *online*.

caiga siempre sobre las franjas sociales más vulnerables.²⁹ En materia procesal penal, el régimen actual tampoco ofrece un respeto pleno por las libertades individuales, ya que por ejemplo en nuestro sistema federal el 61,38% de las personas privadas de la libertad son jurídicamente inocentes.³⁰ Y podríamos continuar citando ejemplos locales y comparados que demuestran que el modelo penal que queda en manos de jueces y fiscales desvinculados de la ciudadanía es altamente punitivista.

Pareciera entonces que no hay tanto que perder con el sistema actual y sí mucho por ganar abriéndolo a la democracia.

IV. El rol del PGN y los fiscales no consiste en decidir la imposición de castigos, sino en ejercer la acción penal pública y definir las políticas de persecución penal. La actividad de los fiscales se desarrolla en el marco de un proceso judicial que se caracteriza por ser contradictorio y bilateral, y por contar con la presencia de un tercero que debe tomar las decisiones, ya sea un juez o un jurado.

En ese marco, los peligros que pudieran temer quienes identifican participación ciudadana con populismo penal, deberían caer ante la figura del juez que –según sostienen autores que tienden a preferir sistemas penales más distanciados de la participación popular– es a quien le correspondería aplicar la racionalidad y el saber jurídico-penal para acotar los impulsos punitivos selectivos.³¹ En consecuencia, aquellos que temen que el impacto de la democratización del MPF pueda redundar en un aumento del castigo, deberían ver sus preocupaciones amainadas al considerar que los fiscales no son los que poseen la decisión final en el proceso penal, sino los jueces y los jurados

V. Por último, no hay argumentos teóricos que justifiquen tanto pesimismo sobre la participación ciudadana en el ámbito de la persecución penal, y sí buenas razones para ser optimistas respecto de la democratización. Esto, en la medida en que no tomemos la democracia como una mera estadística que refleja la sumatoria de sensaciones impulsivas e irreflexivas, sino que podamos pensar el asunto desde miradas democráticas

29. Cfr. ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, EDIAR, 2ª Edición, 3ª reimpresión, 2008.

30. Cfr. *Procuración Penitenciaria de la Nación, Informe Estadístico "El Estado y la Producción de información. Deficiencias y ausencias en el relevamiento y la producción de datos. El caso Argentina (...)"*, dirección de Alcira Daroqui, 2014.

31. *Ibid.*

más profundas, comprometidas con la igualdad, la discusión pública y la reflexión colectiva, como las que hemos repasado.

En efecto, hemos visto que la visión epistémica de la democracia deliberativa sostenida por autores como Nino,³² nos ofrece un procedimiento con la capacidad de adoptar decisiones colectivas que tienden a ser más imparciales.

En consecuencia, incorporar la política criminal al debate público, ya sea gracias al paso inicial de la discusión previa a la elección de fiscales o –yendo más allá– a través de la generación de instancias institucionales específicas para discutirla, nos puede permitir alcanzar mejores resultados. La democracia deliberativa nos ofrece mecanismos para alcanzar una mejor política criminal, y por lo tanto buenas razones para democratizar la elección y la gestión del MPF.

VI.C. Es necesario asegurar la imparcialidad de los fiscales

Es conceptualmente equivocado pensar que los fiscales deben ser imparciales. No sólo no tienen que ser imparciales sino que justamente deben ser lo opuesto, ya que ocupan un rol de parte en el proceso penal. Los fiscales no son sujetos procesales inocuos, sino que la propia CN les impone el deber de “promover la actuación de la justicia” persiguiendo un interés bien concreto: la defensa de los intereses generales de la sociedad.

Como ventaja adicional, la elección popular del MPF podría contribuir a evitar la confusión que muchas veces suele presentarse entre el rol del fiscal y el del juez, y a la idea de que ellos forman parte de una cofradía común, y ayudar a la distinción de sus roles, y así fortalecer la imparcialidad del juez y el derecho de defensa del imputado.³³

VI.D. Es necesario asegurar la objetividad de los fiscales

También se critica que la elección popular de fiscales o del PGN podría dificultar la observancia del principio de objetividad, entendido como

32. NINO, C. S., *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Barcelona, ob. cit.

33. BRACACCINI, F., “Los modelos de persecución penal de Argentina, Estados Unidos, Francia e Inglaterra. Su ubicación institucional y legitimidad democrática, a la luz de la defensa del imputado y la imparcialidad del juzgador”, en *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, n°14, agosto de 2014, edición online.

“el rechazo de toda idea relativa al desarrollo de un interés subjetivo o de utilidad política –no contenido en la ley– como meta de la actividad desarrollada por la fiscalía en el cumplimiento de su misión”.³⁴ Según el principio de objetividad debe mediar un estricto apego a los objetivos de la función en la actividad de un fiscal, sin mediar intereses extrafuncionales (por ejemplo, un interés personal que cierta persona sea o no encarcelada).

No se presentan motivos para pensar que los fiscales no cumplirán su deber de objetividad por el hecho de ser elegidos y controlados por la ciudadanía. Al menos no se encuentran razones para pensar que por haber sido elegido popularmente vayan a existir más chances de que un fiscal tenga esos intereses extrafuncionales.

Por el contrario, existen indicios para pensar que la elección popular de fiscales o del PGN puede incentivar a la observancia de este principio. Si bien tanto el modelo de elección indirecta como el de elección popular son vulnerables a la comisión de actos ilícitos por los fiscales –como lo sería mezclar intereses personales y ejercicio de la función pública–, el régimen de elección mediante el voto directo tiene una ventaja adicional: los fiscales pasarían a estar más observados. A partir del control ciudadano y de la rendición de cuentas, la posibilidad de mezclar sus intereses personales en el ejercicio de su función parece más fácil de detectar, y por lo tanto –según las circunstancias– verse desincentivada.

VLE. El MPF debe funcionar en el PEN, para que la política criminal se vincule con otras políticas públicas del gobierno

Esta crítica propone una idea inconstitucional. Nuestra CN no admite que el MP se enmarque dentro de ninguno de los tres poderes clásicos, pues exige que sea independiente.

No obstante, alguien podría replicar que esa no es una buena respuesta, ya que si lo deseable fuera que el MPF actúe en la órbita del PEN, lo que habría que hacer es reformar la Constitución. No obstante, creo que esto no es necesario y que el modelo de un MPF independiente del PEN, elegido popularmente y que rinde cuentas a la ciudadanía satisface algunos de los objetivos perseguidos por quienes postulan que el MPF debe estar en el PEN y nos ofrece algunas potencialidades adicionales.

34. MAIER, J.B., *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., p. 323.

La actuación coordinada del MPF con el PEN, principal preocupación de los defensores del MPF ejecutivo, constituye una obligación constitucional para el MPF que deriva de su deber de actuar "en coordinación con las demás autoridades de la República" del art.120 de la CN. A partir de allí, es una obligación del MPF mantener comunicación, concertar políticas y coordinar sus actos con el PEN.

El modelo de MPF "popular" nos propone además los siguientes beneficios: a) asegurar más acabadamente la igualdad y la representación de los ciudadanos; b) contribuir a la incorporación de la política criminal en el debate público, y así enriquecerla sustantivamente gracias a las dinámicas de discusión colectiva; y c) ofrecer un marco propicio para la investigación de los delitos de poder, que involucren corrupción y/o criminalidad compleja, que puede sufrir serias obstaculizaciones en el modelo de MPF ejecutivo, dado que los funcionarios del PEN podrían ser objeto de investigaciones.

VI. CONCLUSIÓN

A lo largo de este trabajo se han presentado algunas reflexiones en torno a la legitimidad democrática del MPF y a la justificación democrática de la designación de los fiscales por medios alternativos a la voluntad popular. A partir del desarrollo realizado, no ha sido posible encontrar una respuesta satisfactoria a la elemental pregunta sobre la justificación del régimen de designación de los miembros del MPF, al no habernos sido posible dar con argumentos, motivos o justificaciones de peso para que en el marco de un sistema democrático los fiscales, o al menos el PGN, no sean elegidos a través del voto directo.

Además, hemos visto que el establecimiento de un régimen de elección directa de fiscales o del PGN no sólo no obstruiría a la independencia del MP que exige la CN, sino que podría fortalecerla, al dotar al ente de mayor legitimidad democrática y posiblemente contribuir a su mayor autonomía de actuación. Asimismo, la fuerte diferenciación del MPF y el Poder Judicial, que derivaría del régimen de elección popular de fiscales, podría contribuir a la imparcialidad de los jueces y al derecho de defensa de los imputados.

Por otra parte, abrir la discusión sobre la política criminal al debate democrático nos permitiría no sólo asegurar más igualdad, mayor rendición de cuentas hacia la ciudadanía y mayores controles sobre los fiscales, sino que además tiene potencialidades para que la política criminal sea la

que mejor responda a nuestros intereses colectivos, y sea epistémicamente más valiosa, en tanto más se explote el ideal deliberativo de la democracia.

Dependiendo del modo específico en que sea implementado, y a diferencia del modelo que propone que el MPF forme parte del PEN, el MPF popular nos propone un marco que podría ser propicio para la investigación de los delitos que involucren corrupción y/o criminalidad compleja (económica y crimen organizado), dada la ausencia de incentivos institucionales para su subordinación con el poder político.

Si bien en este trabajo se exploró fundamentalmente la cuestión relativa al mecanismo de elección de los fiscales, también hemos visto que es posible avanzar en una apertura democrática mayor sobre las políticas de persecución penal, y que ese camino nos promete buenos resultados.

En cualquier caso, atendiendo a la complejidad del asunto debatido, indudablemente serán necesarias mayores reflexiones y discusiones al respecto. Este trabajo se orientó a colaborar en ese sentido, y a dejar planteada una elemental pregunta sobre la legitimidad democrática sobre el MPF y la ausencia de respuestas satisfactorias.

BIBLIOGRAFÍA

- BERGOGLIO, María Inés, "Nuevos caminos hacia la legitimidad judicial. Participación ciudadana en los tribunales penales en Córdoba", en *Derecho y Ciencias Sociales*, n° 1, abril de 2009, pp. 128-148, edición online.
- BRACACCINI, Fernando, "Los modelos de persecución penal de Argentina, Estados Unidos, Francia e Inglaterra. Su ubicación institucional y legitimidad democrática, a la luz de la defensa del imputado y la imparcialidad del juzgador", en *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, n° 14, agosto de 2014, edición online.
- BRACACCINI, Fernando y González, Leonel, "El art. 120 de la Constitución Nacional", en Gargarella, Roberto (Coord.), *La Constitución Nacional Comentada*, Buenos Aires, Ed. Thomson Reuters – La Ley, t. 1, 2016, pp. 961-985.
- DWORKIN, Ronald, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1996.
- GARGARELLA, Roberto, "Constitucionalismo versus Democracia", en Gargarella, Roberto (Coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, 1ª edición, 2ª reimpresión, t. 1, pp. 23-40.

- , "Mano dura contra el castigo (II). Autogobierno y comunidad", en GARGARELLA, Roberto, *De la Injusticia Penal a la Justicia Social*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2008, pp. 53-76.
- , *La Justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, 1ª reimpresión, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.
- GORANSKY, Mirna, "¿Hacia un nuevo Ministerio Público?", en GARGARELLA, Roberto (Coord.), *La Constitución en 2020*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011, 1ª edición, pp. 332-333.
- ESTLUND, David, *La Autoridad Democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno EDITORES, 1ª edición, 2011.
- HONISCH, Paula, y POCHAK, Andrea, "Démosle una oportunidad al principio de oportunidad", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n° 9-B, año V, 1999, p. 300-316.
- JOHNSTONE, Gerry, "Penal Policy Making,2 en *Punishment & Society*, vol. 2, año 2, 2000, pp. 161-180.
- MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2ª edición, 3ª reimpresión, t.1, 2004.
- NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1ª edición, 3ª reimpresión, 2005.
- NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa, Barcelona*, Gedisa, 1ª edición, 1ª reimpresión, 2003.
- LUSKIN, Robert, FISHKIN, James y JOWELL, Roger, "Considered Opinions: Deliberative Polling in Britain", en *British Journal of Political Science*, n°32, Cambridge University Press, 2002, pp. 455-487.
- O'DONNELL, Guillermo, "La Democracia Delegativa", en *Journal of Democracy*, 2009, pp. 7-23.
- Procuración Penitenciaria de la Nación, Informe Estadístico "El Estado y la producción de información. Deficiencias y ausencias en el relevamiento y la producción de datos. El caso Argentina. La producción estadística a nivel nacional, regional y mundial sobre la población encarcelada en los últimos 5 años", dirección de Alcira Daroqui, 2014.
- WALDRON, Jeremy, *Derecho y Desacuerdos*, Barcelona, Marcial Pons, 2005, 1ª edición, pp. 18-25.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, EDIAR, 2ª Edición, 3ª reimpresión, 2008.

DIVISIÓN DE TAREAS Y RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN DEL FUNCIONARIO POLICIAL*

LEANDRO A. DÍAS**

Resumen: Un problema especialmente discutido en la dogmática jurídico-penal es la cuestión de si el Estado ocupa una posición de garante de protección respecto de los ciudadanos que no se encuentran en una relación de dependencia especial. En particular, la doctrina mayoritaria considera que los funcionarios policiales están obligados a impedir delitos contra particulares y que, de no hacerlo, deben ser responsabilizados como autores o partícipes del ilícito. En esta ponencia se ofrecerá una fundamentación de dicha posición de garante, basada en la teoría de la libertad, a partir de la cual podría derivarse responsabilidad por omisión del funcionario policial que decide no impedir un delito, pudiendo evitarlo. A su vez, estos fundamentos servirán de guía para solucionar un problema dogmático específico: la posibilidad de que se produzca una limitación de las competencias de los policías a partir de una división de tareas interna.

Palabras clave: comisión por omisión – responsabilidad por omisiones – deberes positivos – funcionarios policiales – dogmática penal

Abstract: A specially controversial issue in Criminal Law theory refers to whether the State may guarantee protection to citizens even if they are not in a specific situation of dependency. Most scholars consider that police officers are obliged to prevent crimes against individuals and, in case of not acting as so, they must be held accountable as perpetrators or accomplices, according to the rules of ‘commission by omission’. In this lecture, it will be offered an explanation of

* Recepción del original: 22/06/2015. Aceptación: 2/08/2015.

Este trabajo fue presentado en el marco del V Congreso de Derecho Penal para Estudiantes y Jóvenes Graduados: “Política Criminal y Estado de Derecho”.

** Abogado, Universidad de Buenos Aires (UBA). Ayudante de segunda en la asignatura “Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal”, UBA, cátedra del prof. Dr. Dr. h.c. Marcelo A. Sancinetti. Profesor adjunto interino en la asignatura “Derecho Penal y Contravencional”, Instituto Superior de Seguridad Pública, cátedra del prof. Dr. Dr. h.c. Marcelo A. Sancinetti.

this special guarantee – duty of the State based on the Theory of Freedom, from which it would be plausible to derive criminal liability for omission, to that police officer who decides not to prevent a crime from occurring even when being able to do so. Moreover, this elucidation may serve as a guide to solve a specific theoretical problem: the possibility of limiting the scope of those powers that police officers enjoy by implementing an internal division of tasks.

Keywords: commission by omission – omission liability – positive duties – police officers – criminal law theory

I. INTRODUCCIÓN

Según el Derecho policial, y también como consecuencia de una serie de obligaciones en materia de derechos humanos,¹ la policía tiene el deber de proceder discrecionalmente contra las perturbaciones de la seguridad o del orden público, entre las que se encuentra la comisión de delitos.² En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por ejemplo, la Ley de Seguridad Pública establece, en su artículo 33, que la Policía Metropolitana tiene la función de brindar seguridad a personas y bienes, de prevenir la comisión de delitos, contravenciones y faltas, o de eventualmente hacer cesar su ejecución.³ Surge la pregunta, entonces, sobre si se corresponde con esta obligación jurídico-policial un deber de actuar jurídico-penal para impedir delitos, que de ser incumplido podría permitir la imposición de una pena al policía que omitió actuar, en virtud de las reglas de los delitos de omisión impropia.⁴

1. Sobre el tema, véase, CIDH, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 57, 31 diciembre 2009, párr. 41, con referencias a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el tema.

2. . PAWLIK, M., "El funcionario policial como garante de impedir delitos", en *La libertad institucionalizada*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 182.

3. Art. 33, Ley de Seguridad Pública, n° 2.894. Señala SANCINETTI que, en ese sentido, la policía debe intervenir para o bien intentar impedir la consumación del hecho o bien hacer cesar su comisión si ya estuviese consumado, pero su comisión perdurase en el tiempo o, si no, al menos individualizar a sus autores y dar cuenta a la autoridad judicial. Cf. SANCINETTI, M., "Concepto de Pena. Teorías de la pena", en *Manual de Derecho Penal y Contravencional*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2013, p. 4.

4. PAWLIK, M., *ob. cit.*, p. 182.

Sobre el tema, la doctrina mayoritaria considera que los funcionarios policiales están alcanzados, en el marco del ejercicio de sus funciones y dentro de los límites de sus competencias, por el deber de impedir delitos y de proteger los bienes jurídicos de los individuos o de la generalidad.⁵ Esta posición ha sido respaldada por una decisión del Tribunal Supremo Federal Alemán (BGH), en la que se afirmó que las fuerzas policiales cuentan con una posición de garante en virtud de una relación de protección, debido a que los funcionarios estatales pueden adoptar medidas más eficaces que los ciudadanos para la protección frente al peligro.⁶ La Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, en una causa en la que se debatió la responsabilidad civil del Estado, ha asumido esta interpretación y, remitiéndose al dictamen del Procurador, ofreció la siguiente explicación: "el estado policial implica el deber de velar adecuadamente por la integridad física de los miembros de la sociedad y la preservación de sus bienes, y que dicho deber es [...] indivisible respecto de la personalidad del policía. Como consecuencia natural de ello, la ley autoriza a los funcionarios a usar el arma reglamentaria para prevenir el delito".⁷

En esta ponencia, se defenderá una explicación basada en la teoría de la libertad sobre la existencia de un deber de impedir delitos en

5. Como obra representativa de la opinión dominante, véase WESSELS, J., BEULKE, W. y SATZGER, H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 43ª ed., Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg, C.F. Müller, 2013, p. 301, nº m. 721. Para un desarrollo de las distintas posiciones en la materia, ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München, Verlag C. H. Beck, 2003, p. 739, nº m. 87 y ss.

6. BGHST, t. 38, p. 390.

7. CSJN, *Fallos*, 327:5295. El fallo continúa diciendo que "[s]obre esas bases, cabe concluir que el personal policial, quien por imperativo legal, debe defender, aun cuando vistiera de civil y se encontrara franco de servicio, las personas y de los bienes de los integrantes de la sociedad, está obligado a portar el arma en todo tiempo y lugar, pues tal conclusión está fundada en el estado policial permanente dado por su condición de policía de seguridad". Parecería que, entonces, el estado policial en Argentina obligaría a los policías a evitar la comisión de delitos en todo momento, incluso cuando no están de servicio, lo que daría lugar a una obligación desmedida y contra intuitiva. Por cuestiones de espacio, no se abordará esta temática y su relevancia al momento de analizar la responsabilidad penal del funcionario policial que, por ejemplo, no impide la comisión de un delito tras haber finalizado su turno o en una jurisdicción que le es ajena. Basta señalar solamente que la doctrina alemana limita la posición de garante, como ya se mencionó, al marco del ejercicio de las funciones y competencias del funcionario, sin exigir la evitación de delitos en todo tiempo y lugar.

cabeza de los funcionarios policiales y se intentará abarcar un problema particular de la imputación individual de omisiones en estos casos: ¿qué sucede cuando existe una división de tareas interna entre los distintos policías que deberían intervenir en la evitación de un delito? Para resolver esta cuestión, se examinarán los fundamentos del deber de garante de los funcionarios policiales de impedir delitos y, a partir de estos, se ofrecerán lineamientos mínimos para una solución aceptable al problema. A su vez, resulta importante señalar que la temática que aquí se aborda no es meramente teórica. De hecho, el deber de prevenir delitos y su incidencia en la responsabilidad penal de funcionarios policiales por distintos hechos ilícitos puede observarse en un importante caso reciente, en el cual siete policías, con tareas claramente definidas, no previnieron el homicidio de un joven activista.⁸ Por lo tanto, la cuestión aquí tratada merece de una respuesta apoyada en fundamentos convincentes, a los fines de lograr un entendimiento razonable para la aplicación de una pena en estos casos.

II. EL DEBER POSITIVO DEL FUNCIONARIO POLICIAL DE IMPEDIR DELITOS

Por ordenamiento jurídico liberal se entiende, principalmente, aquel que les garantiza a sus ciudadanos el reconocimiento de libertad de organización de su propia existencia y, dentro de este marco, el Derecho penal se encarga de garantizar que los individuos gocen de una libertad real y concreta.⁹ A partir de este esquema básico, la imposición de una pena no estaría justificada por tratarse de una reacción contra la lesión de bienes corporales, sino en virtud de la infracción de determinados deberes de cooperación con la comunidad jurídica, que tienden a posibilitar esta libertad de guiar libremente la existencia.¹⁰

8. Tribunal Oral en lo Criminal N° 21, Caso Mariano Ferreyra, 13 de abril de 2013, jueces Horacio Leonardo Días, Carlos María Bossi y Diego Gustavo Barroetaveña. La sentencia fue confirmada parcialmente por la Cámara Federal de Casación Penal: CFCP, Sala III, Causa N° CCC 40825/2010/472/CFC5, "Favale, Cristian Daniel y otros s/recurso de casación", 10 de septiembre de 2015, jueces Liliana Elena Catucci, Mariano Hernán Borinsky y Juan Carlos Gemignani.

9. PAWLIK, M., *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, p. 175.

10. *Ibid.*, pp. 107 y ss.

Así, la incorrección de una conducta puede estar vinculada con la violación de deberes de dos tipos. Por un lado, se encuentran los *deberes negativos* basados en el deber intersubjetivo de respeto *neminem laedere*,¹¹ que obligan a no dañar a otro por medio de la configuración del ámbito de organización propio¹² y que, por lo tanto, su contenido suele agotarse en algo negativo.¹³ Cuando en este marco se habla de responsabilidad por omisión,¹⁴ las posiciones de garante que dan lugar a un deber de actuar encuentran aquí su fundamento en el sinalagma de la libertad de organización y la responsabilidad por las consecuencias, como condición básica para reconocer la libertad de acción.¹⁵ A modo de ejemplo, el propietario de un inmueble se encuentra obligado a evitar los daños que se produzcan como consecuencia de las refacciones que está emprendiendo a su balcón, justamente porque la libertad de realizar refacciones en su propiedad acarrea, como contrapartida, el deber de no inmiscuirse en la libertad de terceros.

Por otro lado, esta libertad de organización que el Estado les concede a los ciudadanos no puede ser percibida por los miembros de la sociedad como una libertad meramente ficticia, sino que debe ser *real*.¹⁶ En palabras

11. *Ibid.*, pp. 178 y ss.

12. JAKOBS, G., *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2012, p. 83.

13. ROBLES PLANAS, R., "*Deberes negativos y positivos en Derecho penal*", InDret, 4/2013, p. 3, consultado en [<http://www.indret.com/pdf/1008.pdf>] el 15/10/2015.

14. Se asume, solo a los fines de esta presentación, la postura clásica que considera que solo en los delitos de omisión se requiere de una posición de garante (o deber especial de actuar), que no existiría en los delitos de comisión. Esta postura, sin embargo, deja de lado que también en los delitos de comisión se requiere de una posición de garante como presupuesto de la responsabilidad penal. A modo de ejemplo, el taxista que conduce a un ladrón (sin un acuerdo previo y realizando el viaje según los parámetros habituales de un viaje en taxi) al lugar del hecho, no responde como cómplice del delito, por más que su conducta haya sido activa, debido a que no contaba con un deber de evitar la comisión de ese hecho punible. Incluso en casos "fáciles", como el de quien golpea a otro, ocasionándole lesiones, podría decirse que el autor es garante de su propio cuerpo no invada la esfera de organización de otro. Sobre el tema, véase: Lerman, M., *La omisión por comisión*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2013, pp. 159-162. Por lo tanto, una teoría de imputación penal racional debería centrarse únicamente en la violación de ciertos deberes (que aquí se clasifican en negativos y positivos), con independencia de que dicha violación se haya producido por acción u omisión (lo que en definitiva sería un dato naturalístico no decisivo).

15. PAWLIK, M., "El funcionario policial como garante de impedir delitos", *ob. cit.*, p. 197.

16. *Ibid.*.

de PAWLIK, "[u]n ordenamiento jurídico y social basado en la concesión recíproca de libertad de organización no puede estabilizarse, ni perdurar, a partir de sí mismo; antes bien, que esto se logre depende de complejas condiciones previas, integradas sobre todo [...] por el rendimiento confiable de prestaciones acordes al orden, que una sociedad organizada descentralizadamente no puede garantizar de modo fiable por sus propias fuerzas".¹⁷ Es decir, hace falta que existan deberes de realizar prestaciones positivas, indispensables para el surgimiento y mantenimiento de las esferas de libertad de organización,¹⁸ y cuyo incumplimiento da lugar a responsabilidad penal. La existencia de estos deberes se ve entonces cimentada en la necesidad de contribuir al bienestar de los demás (posibilidad de existencia y mantenimiento de las esferas de organización ajenas) y se canaliza a través de *instituciones* básicas,¹⁹ como las relaciones paterno-filiales, la confianza especial, las relaciones estatales, la seguridad elemental y la vinculación a la ley de la administración y del poder judicial como fundamento de todo Estado de Derecho.²⁰ Estos *deberes positivos*, por lo tanto, son propios de quien cuenta con un estatus especial,²¹ en el marco de estas instituciones.

El deber de impedir delitos cometidos por los ciudadanos constituye el núcleo de los fines que ha asumido el Estado moderno y la policía aparece como la institución a la que le compete tal tarea.²² En términos contractua-

17. *Ibid.*

18. *Ibid.*, p. 198.

19. Por institución debe entenderse un modo de relacionarse permanente y jurídicamente reconocido en una sociedad, que se encuentra sustraído a la disposición de los individuos y que resulta una parte constitutiva de la sociedad. Cf. Jakobs, G., *Derecho Penal. Parte General*, 2º ed. corregida, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 994, nº m. 29/57, nota al pie de página nº 114.

20. Cfr. JAKOBS, G., *System der strafrechtlichen Zurechnung*, *ob. cit.* pp. 83-84; Jakobs, G., *Theorie der Beteiligung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, pp. 61 y ss.. En estas obras, queda finalmente claro que Jakobs abandonó la posición esbozada en su manual (*Derecho Penal. Parte General*, *ob. cit.*, nº m. 29/57 y ss.) y que consistía en considerar al matrimonio como una institución autónoma, negando a su vez la existencia de posiciones de garante derivadas de ciertas relaciones análogas (por ejemplo, parejas del mismo sexo, suponiendo que no contasen legalmente con la posibilidad de contraer matrimonio). Para un análisis del tema, a partir de los llamados "delitos de infracción de deber", véase: Córdoba, Fernando, "Delitos de infracción de deber", En *Letra. Derecho Penal*, vol. 1, 2015 [en prensa].

21. ROBLES PLANAS, R., *ob. cit.*, p. 3.

22. Cfr. PAWLIK, M., "El funcionario policial como garante de impedir delitos", *ob. cit.*, pp. 198-200.

listas, el hombre asume su estatus de ciudadano, limita su libertad natural para la autodefensa y presta obediencia a las leyes, a cambio de la seguridad externa e interna que le brinda el Estado.²³ Este último debe, entonces, garantizar un estado de sociedad en el que los delitos sean percibidos como excepciones que no puedan conmover de modo considerable el sentimiento de libertad real de los ciudadanos, razón por la cual la *policía como institución* cuenta con un deber positivo de impedir estas anomalías capaces de afectar la libertad general.²⁴ Esta última obligación fuerte –por estar basada en el fin primordial de una institución básica de la sociedad– que excede al deber de solidaridad mínimo y que puede dar lugar, eventualmente, a la responsabilidad por omisión de los funcionarios que no impidan la comisión de un delito.²⁵ En otras palabras, surge aquí una posición de garante en cabeza de los policías, como representantes de la institución estatal que debe velar por la seguridad de los ciudadanos.²⁶

III. DIVISIÓN DE TAREAS Y DEBERES POSITIVOS

Las razones expuestas permiten derivar un deber positivo de la policía de impedir delitos para mantener la seguridad real de los ciudadanos. Así, en el marco de la imputación personal, deben determinarse las condiciones bajo las cuales este deber se actualiza en la persona de un funcionario poli-

23. JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 1008, n° m. 29/77d.

24. PAWLIK, M., "El funcionario policial como garante de impedir delitos", ob. cit., p. 200.

25. JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 1008, n° m. 29/77d. Resulta importante aclarar que la distinción entre deberes negativos y positivos no debe asimilarse a la distinción entre acciones y omisiones. En ese sentido, un deber negativo puede ser violado tanto por acción como por omisión: viola el deber negativo de no generarle un daño a terceros tanto quien destruye las plantas del jardín de su vecino con una cortadora de césped, como quien no riega esas plantas, habiendo asumido esa tarea. Lo mismo sucede con los deberes positivos: el padre viola su deber positivo de velar por la salud de su hijo tanto si lo alimenta con comida en mal estado, como si omite alimentarlo. En palabras de ROBLES PLANAS (ob. cit., p. 3), esto significa que "la distinción entre deberes negativos y deberes positivos no tiene que ver con la configuración naturalística del comportamiento o de la situación del bien, sino con el diverso fundamento de cada uno de estos deberes".

26. Respecto de las particularidades de esta posición de garante y los problemas de las explicaciones habituales en la doctrina, véase PAWLIK, M., "El funcionario policial como garante de impedir delitos", ob. cit., pp. 185 y ss.

cial en concreto.²⁷ A partir de ello, surge la pregunta central de este trabajo: ¿Podría un policía, que no impidió un delito pudiendo hacerlo, ampararse en una división de trabajo y afirmar que ese deber de impedir delitos cede ante uno más específico de cumplir solo cierta función dentro un plan general? Permítase ilustrar el problema con dos ejemplos:

Ejemplo 1:

Dos policías divisan al individuo L amenazando al cajero de un pequeño almacén para que le entregue el contenido de la caja registradora. El policía A le dice a B: "Quedate en el auto y pedí refuerzos". B, quien podría haber evitado el delito por su cuenta en ese momento, considera apropiado el plan y, efectivamente, se queda en el auto pidiendo refuerzos. A reconoce a L, un viejo amigo de su infancia, y decide ayudarlo a escapar por una puerta trasera que B desconocía.

Ejemplo 2:

Misma situación fáctica inicial, pero en este caso A ingresa al almacén y al poco tiempo recibe un disparo de L en el pecho, que lo deja inconsciente. B, quien era un excelente tirador y podía neutralizar a L, observa todo lo que sucede y aun así decide solamente pedir refuerzos y quedarse observando la situación. Mientras tanto, L toma el dinero de la caja registradora y, momentos después, huye con el botín.

Resulta evidente que en ambos casos los policías A y B estaban obligados a impedir el delito, pero también es cierto que las funciones estaban divididas de modo tal que el comportamiento debido de B parecería estar limitado al pedido de refuerzos. Sobre el tema, debe decirse que la división de trabajo en el cumplimiento de tareas derivadas de deberes positivos resulta indispensable, ya que de lo contrario se producirían problemas de coordinación irresolubles:²⁸ sin una división de las funciones, apta para

27. *Ibid.*, p. 201.

28. FEINBERG, J., "The Moral and Legal Responsibility of the Bad Samaritan", *Criminal Justice Ethics*, vol. 3, 1984, p. 67. FEINBERG en su artículo se refiere únicamente a los deberes que se encontrarían detrás de lo que en la discusión anglosajona se conoce como las cláusulas del mal samaritano, que serían un equivalente a los tipos penales que criminalizan la violación de deberes de solidaridad mínimos en los sistemas continentales (por ejemplo, el artículo 108 del Código Penal argentino). Estas conclusiones de todos modos, pueden ser

determinar los alcances de los deberes de actuar, se afectaría notoriamente la eficiencia de los salvamentos.

En aquellos casos en los que resulta posible adoptar distintas alternativas de comportamiento, los representantes de la institución pueden fraccionar su competencia con el fin de reaccionar del mejor modo posible, conforme la *lex artis*. Los límites a esta libertad de actuación policial dependerán de un análisis normativo de las conductas de los agentes, sensible a las características del rol de los funcionarios policiales como representantes del Estado en su cometido de impedir delitos.²⁹ Por razones de brevedad no se puede profundizar demasiado en este aspecto, pero basta mencionar que las nociones básicas de la teoría de la imputación objetiva resultan aplicables. Así, un policía puede confiar en que sus compañeros van a cumplir con la distribución de competencias planificada y no será responsable por el comportamiento desviado del otro, a menos que tenga razones para creer que se comportará de modo ilegítimo. Se trata, ni más ni menos, que de la aplicación del principio de confianza y que, en el primer caso, llevaría a que se considere impune la "intervención" del agente B en el robo,³⁰ en tanto no tuviese

perfectamente trasladables a un esquema general de imputación de acciones y omisiones, y de eso se ha encargado FERRANTE ("Causation in criminal responsibility", *New Criminal Law Review*, vol. II, n° 3, 2008, pp. 478 y ss.). De todos modos, la división que realiza FEINBERG entre deberes negativos y positivos parecería coincidir (equivocadamente) con la diferenciación entre actuar y omitir. Sobre el tema, véase *supra* nota 25.

29. PAWLIK, M., "El funcionario policial como garante de impedir delitos", *ob. cit.*, p. 201.

30. Se utilizan comillas debido a que, según los criterios que pueden observarse en las más recientes reflexiones de JAKOBS (*Theorie der Beteiligung*, *ob. cit.*, pp. 61 y ss., sin perjuicio de que en obras anteriores ya comenzaban a observarse esta clase de criterios), en el ámbito de los deberes positivos no existe, respecto de los obligados, intervención delictiva, sino antes bien solo ejecución. A modo de ejemplo, el padre que no impide que un tercero mate a su hijo pequeño no es un partícipe en el homicidio cometido por el otro individuo, sino que siempre realizará un ilícito a título de autor, derivado de la violación del mencionado deber positivo y no de la participación en la violación al deber negativo en la que ha incurrido el tercero. En el ejemplo 2, por lo tanto, B debería responder como autor de robo. Y en el caso de intervención delictiva de dos personas que cuentan con deberes positivos, ambos violarán autónomamente dicho deber. A una solución análoga para el caso del garante que interviene activamente en la omisión de un autor no garante llega LERMAN, M., *La omisión por comisión*, *ob. cit.*, pp. 333-338. Con dudas, SANCINETTI, M., *Casos de Derecho Penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 3ª ed., Tomo III, 2005, pp. 140-141. Los eventuales problemas axiológicos de esta imposibilidad de participación en sentido estricto en la violación de

razones para sospechar que su compañero iba a infringir su deber de impedir delitos.³¹

El segundo caso resulta problemático en tanto también debe tenerse en cuenta que en muchas ocasiones el grado de discrecionalidad del accionar policial será el equivalente a cero, o se reducirá a cero tras una primera actuación, debido a que no quedará otra alternativa más que actuar de modo directo. Así, la competencia del policía B en este segundo ejemplo estaba limitada en principio a pedir refuerzos, pero luego se convirtió en el único policía competente para impedir el delito en virtud de la modificación de las condiciones fácticas. En ese sentido, el deber general de impedir delitos no se anula por la división de tareas, sino que se encuentra latente y puede resurgir en esta clase de supuestos. Por lo tanto, B era el único representante de la institución policial competente para impedir el robo con posibilidad de hacerlo en ese momento y al no emprender la acción mandada (pudiendo hacerlo), el Derecho le atribuye responsabilidad penal por la violación al deber positivo en cuestión.

Resulta, además, razonable que los parlamentos competentes cuenten con cierto margen para transformar a la exigencia general de impedir delitos en deberes de roles de grupos concretos de funcionarios públicos.³² El deber positivo que tiene el funcionario policial se deriva del cometido fundamental del Estado de garantizar la libertad de los ciudadanos a través del

deberes positivos, de todos modos, podrían ser matizados a través de una adecuada determinación de la pena. Así, en casos de violaciones a deberes positivos, las intervenciones cuantitativamente escasas (el policía que solo observa cómo se comete un robo con armas) deberían recibir menos pena que las intervenciones elevadas en términos cuantitativos (el policía que no solo observa la comisión del robo, sino que planificó la comisión y proporcionó las armas). El problema de si las escalas penales del derecho positivo actual permiten esta clase de soluciones y si, en todo caso, podrían imponerse penas inferiores al mínimo legal para resguardar el principio de proporcionalidad de las penas, es harina de otro costal.

31. Para un breve desarrollo del principio de confianza, véase: JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996, pp. 24-26. En profundidad, JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pp. 253-257. No afecta a esta conclusión lo mencionado en la nota anterior sobre la imposibilidad de que pueda haber participación en casos de violaciones a deberes positivos. Con esta división de tareas y la aplicación del principio de confianza no se "reparte" el deber positivo entre distintos intervinientes, sino que se determinan los límites de dicho deber. Es decir, se trata de establecer a partir de cuándo se produce una violación al deber y de excluir conductas lícitas de su alcance, según parámetros normativos.

32. PAWLIK, M., "El funcionario policial como garante de impedir delitos", ob. cit., p. 203.

impedimento de delitos y las legislaturas regulan la forma más eficiente de proceder en casos puntuales,³³ que en algunos casos obliga al funcionario policial a abstenerse de intervenir de modo directo, o a hacerlo solamente de un determinado modo. El Derecho penal debe tener en cuenta estas directrices policiales y, en ocasiones, el rol de estos funcionarios ya se encontrará preconfigurado jurídicamente.³⁴ Puede decirse que en estos casos el Derecho penal es accesorio del Derecho policial y, por lo tanto, el deber de garante del funcionario que no interviene solamente debe ser tenido en cuenta si existía tal deber según la normativa policial.³⁵ Por ejemplo, si para casos de secuestros con rehenes solo se puede proceder tras el cumplimiento de determinado protocolo, los policías que no actúan porque todavía no se han cumplido todas las medidas de aseguramiento no serán responsables por omisión, por más que estén en condiciones de impedir el delito.

IV. REFLEXIONES FINALES

A modo de cierre, pueden ofrecerse las siguientes reflexiones:

El fin básico del Derecho penal, en un estado liberal, es el de asegurar la libertad de los ciudadanos. La imposición de una pena se fundamenta en la violación de deberes generales negativos o de deberes especiales positivos y la posición de garante del funcionario policial de impedir delitos es un ejemplo de esta última clase de deberes.

La división de trabajos entre funcionarios policiales obligados a realizar prestaciones positivas resulta indispensable, en virtud de la necesidad de coordinar la actuación de los garantes. Caso contrario los esfuerzos para impedir delitos podrían tornarse gravosos, o directamente ineficientes.

Sin embargo, la división de tareas en supuestos en los que se permite cierta discrecionalidad policial debe encontrar sus límites en criterios normativos de distribución de competencias. En ese sentido, los parámetros de

33. *Ibid.*, p. 203.

34. *Ibid.*, p. 203.

35. *Ibid.*, p. 204. Resulta problemática la cuestión relativa a si pueden haber excepciones a esta accesoriedad del Derecho penal respecto del Derecho policial, en especial cuando seguir la normativa policial resulte absolutamente inidóneo para que el funcionario pueda cumplir con su deber de evitar delitos. Lamentablemente, este tema requiere de un análisis particular, que excede los límites de esta ponencia.

la teoría de la imputación objetiva aparecen como una herramienta útil para determinar el alcance de las competencias de los garantes. A su vez, en los casos de discrecionalidad cero, los garantes deben actuar de modo directo.

Finalmente, el Derecho penal debe respetar los criterios de actuación propios del Derecho público policial y, en esa medida, resulta accesorio. Esto implica que las reglas generales de actuación y distribución de tareas establecidas, por ejemplo, legalmente a través de protocolos de actuación, deben ser tenidas en cuenta al momento de evaluar la posible responsabilidad por omisión del funcionario.

V. BIBLIOGRAFÍA

- CÓRDOBA, Fernando, "Delitos de infracción de deber", *En Letra. Derecho Penal*, vol. 1, 2015 [en prensa].
- FEINBERG, Joel, "The Moral and Legal Responsibility of the Bad Samaritan", *Criminal Justice Ethics*, vol. 3, 1984, pp. 56-69.
- FERRANTE, "Causation in criminal responsibility", *New Criminal Law Review*, vol. II, n° 3, 2008, pp. 470-497.
- JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996.
- , *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2012.
- , *Theorie der Beteiligung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014
- LERMAN, Marcelo, *La omisión por comisión*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2013.
- PAWLIK, Michael, "El funcionario policial como garante de impedir delitos", en EL MISMO, *La libertad institucionalizada*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 181-205.
- , *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.
- ROBLES PLANAS, Ricardo, "Deberes negativos y positivos en Derecho penal", *InDret*, 4/2013, consultado en [<http://www.indret.com/pdf/1008.pdf>] el 15/10/2015.
- ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München, Verlag C. H. Beck, 2003.
- SANCINETTI, Marcelo, "Concepto de Pena. Teorías de la pena", en *Manual de Derecho Penal y Contravencional*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2013, pp. 3-16.

—, *Casos de Derecho Penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 3^a ed., Tomo III, 2005.

WESSELS, Johannes, BEULKE, Werner y SATZGER, Helmut, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 43^a ed., Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg, C.F. Müller, 2013.



LA CÁRCEL COMO HERRAMIENTA PEDAGÓGICA DESLEGITIMANTE*

FRANCO VENDITTI**

Resumen: Puede la enseñanza de las disciplinas penales prescindir de la observación directa de sus manifestaciones en la realidad? O más sencillamente, ¿Cómo impacta en la subjetividad de un/a estudiante de abogacía el recorrido por un complejo penitenciario? Este trabajo invita a reflexionar sobre estas preguntas, sobre la base de experiencias de la Cátedra de Criminología de la Universidad Nacional de Tucumán.

Palabras Clave: educación – derecho – cárcel

Abstract: Is it correct to, while studying criminal law, forget to observe its concrete results? Or better yet, what kind of impact does a brief visit to a prison can produce in the minds of law students? This paper pretends to start a debate about these questions, based on an experience held by the Criminology Department of the National University of Tucumán.

Key words: education – law – prison

I. INTRODUCCIÓN

La presente ponencia tiene por objeto exponer públicamente los resultados de una investigación encaminada a esclarecer la forma en que los estu-

* Recepción del original: 22/06/2015. Aceptación: 2/08/2015.

Este trabajo fue presentado en el marco del V Congreso de Derecho Penal para Estudiantes y Jóvenes Graduados: "Política Criminal y Estado de Derecho".

** Abogado y Procurador (UNT). Docente e investigador en la cátedra de criminología (FDyCS-UNT). Ex abogado del Ministerio de Seguridad de la Nación (Del. Reg. NOA). Coordinador Provincial de la Modalidad de Educación en Contextos de Encierro (Ministerio de Educación - Gobierno de Tucumán).

diantes de Abogacía de la Universidad Nacional de Tucumán se representan al sistema carcelario como institución, y de qué manera el cursado de la asignatura *criminología* y, especialmente, las visitas al Complejo Penitenciario de Villa Urquiza que durante dicho cursado se realizan, incide en tales representaciones. Para alcanzar dicho objetivo se trabajó con dos series de entrevistas semiestructuradas, divididas en cuatro secciones. La primera serie de entrevistas fue realizada a 62 estudiantes del V° semestre de la carrera, que no hayan tenido contacto previo con los contenidos de *criminología* (del VI° semestre), y que no hayan conocido la cárcel de Villa Urquiza. La segunda serie se realizó durante el cursado de la materia, inmediatamente después de haber visitado el complejo penitenciario antes mencionado.

Los resultados obtenidos muestran que el mero expediente de organizar y llevar a cabo una visita de algunas horas a un complejo penitenciario, acompañadas del trabajo teórico sobre textos y documentales provenientes de la sociología jurídico-penal y de la criminología, son suficientes para comenzar a poner en crisis el andamiaje teórico de la dogmática jurídico-penal, sembrando importantes dudas acerca del ajuste entre los fines teóricos del derecho penal y la realidad de las políticas estatales de conjuración y prevención del delito.

II. PLANTEO DEL PROBLEMA E HIPÓTESIS

La enseñanza de las disciplinas penales en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán se halla seriamente condicionada por diversos factores.

Por empezar, la marcada disociación entre el aprendizaje teórico y la práctica en la que aquella teoría ha de encontrarse con la realidad —claramente expuesta por Abdala (2007)—, se ve fuertemente acentuada en el área de los saberes penales. En general los contenidos teóricos de la currícula se disponen a lo largo de los 12 semestres de la carrera de *abogacía*, mientras que la práctica solo está prevista en el 10° semestre, sin atender a las particularidades formativas de los alumnos durante el cursado de las diversas materias teóricas. Esta disociación se hace todavía más acuciante en el ámbito de las disciplinas penales, dado que la unidad académica objeto de estudio no cuenta con una clínica jurídica en la que los alumnos puedan atender casos penales. No existe una práctica en materia penal, y menos aún en materia de ejecución penal.

Otro factor de importancia que condiciona la formación de los alumnos de nuestra unidad académica reside en que ni en el estudio de la *parte general* ni en el de la *parte especial* del derecho penal se abordan aportes provenientes de otras disciplinas ajenas a la propia dogmática, que puedan echar luz acerca de cómo el sistema punitivo estructurado por las normas penales se desenvuelve en el plano de la realidad. En los contenidos estudiados en ambas materias existe una clara ausencia de datos provenientes de la *sociología jurídico-penal* o de la *criminología*, que permitan efectuar un estudio crítico del funcionamiento concreto y real del sistema penal.

Valiéndose de modelos pedagógicos y hermenéuticos muy asociados a la tradición del positivismo jurídico, las cátedras de *derecho penal* de nuestra Facultad parecen entender que su disciplina se limita únicamente al campo de las primeras, y desdeñan como "*ajenas a la Ciencia del Derecho*" a toda otra consideración que no provenga exclusivamente de la dogmática jurídica. Así, los/as estudiantes abordan modelos explicativos de la teoría del delito que se basan en consideraciones idealistas acerca de los fines de la pena, sin detenerse a analizar si la reacción punitiva del Estado verdaderamente sirve a tales propósitos en el plano de lo real. Esto solo conduce a la legitimación de todo el aparato represivo estatal, o cuanto menos obstaculiza u obtura canales de pensamiento crítico sobre la temática.

Creemos que una formación de grado como la descripta no es suficiente para asumir y abordar la realidad de nuestros sistemas penales, y necesita ser complementada con herramientas de otras disciplinas. Nuestra hipótesis concreta es que acompañar a los/as estudiantes a que conozcan un complejo penitenciario constituye una herramienta pedagógica eficiente para poner en crisis convicciones e imaginarios acerca del sistema penal y, si esta experiencia es acompañada por un andamiaje teórico apropiado, puede mejorar la formación de grado que brinda nuestra unidad académica.

Sostenemos que buena parte de los alumnos de nuestra Facultad tendrían serios problemas a la hora de imaginar cómo es verdaderamente una cárcel latinoamericana, y cuáles son las verdaderas condiciones con que las personas privadas de libertad enfrentan la ejecución de sus respectivas penas.

La cárcel, por sus propias condiciones, y en tanto institución estatal que cumple un papel protagónico en el agotamiento de la pretensión punitiva del Estado, es un lugar alrededor del cual se han construido un cúmulo de significados, y entendemos que si el fenómeno carcelario es analizado únicamente desde el punto de vista de la teoría del derecho penal, es muy

probable que el alumno acabe adquiriendo una *visión sesgada* acerca del verdadero carácter de dicha institución.

II.A. Objetivo general

Para corroborar o descartar nuestra hipótesis decidimos estudiar de qué manera incide en los alumnos y alumnas de la orientación *Judicial y Solución de Controversia* de la carrera de *abogacía* de nuestra Facultad el aprendizaje de los contenidos de la disciplina *criminología* –programada para el VI° semestre de dicha orientación– y en especial las visitas académicas que en el marco de dicho cursado se realizan al Complejo Penitenciario de Villa Urquiza, el más grande de la provincia, y en el que se encuentran 7 de las 9 Unidades que componen el sistema carcelario provincial (y en el que también se hallan alojados presos federales).

Cabe destacar que la elección de la orientación *Judicial...* no es caprichosa, sino que se debe a que es la única que cuenta entre su currícula con la materia *criminología*. Las demás orientaciones –*Gobierno y administración del Estado; Política y social*– no la contemplan.

II.B. Metodología de trabajo

Para alcanzar dicho objetivo se trabajó con dos series de entrevistas semiestructuradas, divididas en cuatro secciones. La primera serie de entrevistas fue realizada a 62 alumnos/as del V° semestre de la carrera, cuidando que no hayan cursado o intentado rendir en calidad de *alumno libre* la materia *criminología* (del VI° semestre), y que no hayan conocido la Cárcel de Villa Urquiza.

El anonimato de los entrevistados se mantuvo asignándole a cada persona un nomenclador alfanumérico. De esta manera pudimos contrastar los resultados individuales de cada entrevistado/a antes y después de su visita a la cárcel, pero sin guardar registro de su nombre.

La primera serie de entrevistas respondió a la siguiente estructura:

1. Datos de identificación: cinco preguntas que nos permiten individualizar algunos datos de interés relativos al entrevistado, como su edad, años en la carrera, y otros datos relativos a las comisiones en las que cursó *Derecho Penal I* y *Derecho Penal II*.

2. Preguntas de cultura política: siete preguntas tabuladas, cuyas respuestas nos permiten tener una idea acerca de la postura ideológica general

del entrevistado, interpretando los resultados en una escala gradual de mayor o menor apertura o conservadurismo.

3. Preguntas teóricas: seis preguntas, cuatro de ellas abiertas, que nos permiten evaluar los conceptos de los que el entrevistado ha podido apropiarse en el área de las disciplinas penales, y que giran en torno a las garantías constitucionales, a la función del derecho penal, al rol de la pena privativa de libertad, y a la idea del Estado como único encargado de reprimir al delito.

4. Preguntas de representación: siete preguntas, cuatro de ellas abiertas, que nos permiten conocer ideas, expectativas y representaciones del entrevistado en lo relativo a la Cárcel de Villa Urquiza, las condiciones de vida de sus internos, las condiciones de trabajo de su personal empleado, y la forma en que las actividades están estructuradas dentro del Penal.

La segunda serie de entrevistas se llevó hacia el final del cursado del VI° semestre, antes de que los entrevistados finalicen el cursado de la asignatura Criminología, y luego de haber visitado la Cárcel de Villa Urquiza. Va de suyo que para la segunda serie de entrevistas, se reemplazó la cuarta sección por otra distinta, en la que las preguntas versaron acerca de los mismos temas pero fueron redactadas de manera tal que el entrevistado no responda ya acerca de lo que se imagina, sino de lo que realmente pudo percibir en la visita al Penal.

III. DESARROLLO DE LAS ENTREVISTAS Y RESULTADOS

Ambas series de entrevistas fueron realizadas a un grupo que se estimó representativo de la cantidad de alumnos que suele cursar la asignatura año tras año. En ese sentido, se entrevistó a 62 alumnos sobre una población total aproximada de 300.

Los resultados mostraron importantes cambios en las 3 secciones en las que dicho cambio era posible y esperable (es decir, en las secciones 2 a 4 de las entrevistas).

En la segunda sección, la que debía indicar cambios en algún aspecto de la cultura política del entrevistado, los resultados fueron más bien modestos. No se percibieron variaciones significativas en las preguntas más generales, pero sí en aquellas relacionadas con la cuestión criminal. En aquellos entrevistados que eligieron respuestas conservadoras durante la primera entrevista en las preguntas referidas a la conveniencia o no de por-

tar armas para defenderse, las segundas entrevistas mostraron resultados más cautos, pasando a una postura crítica acerca del uso de armas por particulares. Igual cambio se percibe en lo relativo a la pregunta referida al acuerdo o desacuerdo del entrevistado con respecto las personas que participaron de *linchamientos*.

En cuanto a la tercera sección –que versó acerca de los conocimientos teóricos adquiridos en las disciplinas de dogmática penal–, las respuestas obtenidas en las segundas entrevistas demostraron ser más dubitativas que las obtenidas en la primera serie. Se apreciaron significativos cambios en lo relativo a la confianza en el sistema penal como herramienta para la solución de conflictos y, en última instancia, para la prevención de la delincuencia.

Finalmente, los cambios más importantes se pudieron observar en la diferencia entre las respuestas dadas en la primera y segunda serie de cuestionarios, en lo relativo a la cuarta sección, dedicada a contraponer las representaciones de los entrevistados acerca de lo que esperaban encontrar en sus visitas al Penal, contraponiéndose con lo verdaderamente observado luego de realizar tales visitas. En la primera tanda de entrevistas primó una idea de fuerte confianza en que la población carcelaria iba a estar claramente separada entre procesados y condenados, en que estos superaban ampliamente en número a aquellos, y en que las actividades dentro de la cárcel estaban prioritariamente ordenadas al tratamiento, resocialización, educación y preparación para el trabajo de los internos. En cambio, estamos en condiciones de afirmar con un altísimo grado de certeza que las visitas al Complejo Penitenciario de Villa Urquiza pusieron drásticamente en crisis tales representaciones. Las respuestas obtenidas en la segunda tanda de entrevistas revelan un *claro desengaño* en punto a las posibilidades de la institución carcelaria para cumplir con el mandato de reinserción social. Asimismo se perciben ideas de deslegitimación de la cárcel como herramienta apropiada para prevenir o conjurar la delincuencia, privilegiándose respuestas tales como "*mayor inclusión social*", "*educación*", "*trabajo*" y "*reforma carcelaria*".

IV. CONCLUSIONES

Los resultados obtenidos nos muestran la utilidad de organizar y llevar a cabo una visita de algunas horas a un complejo penitenciario, acompa-

ñadas del trabajo teórico sobre textos y documentales provenientes de la *sociología jurídico-penal* y de la *criminología*. Estas actividades aparecen como suficientes para comenzar a poner en crisis el andamiaje teórico de la dogmática jurídico-penal, sembrando importantes dudas acerca del ajuste entre los fines teóricos del derecho penal y la realidad de las políticas estatales de conjuración y prevención del delito.

Ello nos lleva a concluir que, lejos de poder prescindirse del estudio de la criminología en la carrera de *Abogacía* de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNT, o de limitárselo (como hasta este momento) a solo una de las orientaciones de dicha carrera, hemos de recomendar programar su estudio en la currícula obligatoria de las tres orientaciones existentes.

Si se pretende matricular a abogadas y abogados preparados para insertarse en la estructura estatal como el que pretende formar la orientación "*Gobierno y Administración del Estado*" no puede prescindir del estudio de estos conceptos, pues le serán de incalculable ayuda para diagramar los aspectos de la política criminal del Estado provincial o nacional apoyándose en datos empíricos concretos. Tampoco resulta adecuado privar a los estudiantes de la orientación "*Política y Social*" del estudio de esta asignatura, pues la formación eminentemente dirigida hacia la investigación en ciencias sociales permitiría contar con más y mejores expertos para proveer al desarrollo de esta disciplina. Asimismo,

el estudio de esta materia en la orientación en la que se encuentra –a saber, "*Judicial y Solución de Controversias*"– permite que el abogado litigante que con esta orientación se pretende formar pueda tener en mente el verdadero significado que sus acciones y prácticas tendrán en la realidad del sistema penal, y obligándole a obrar con mayor cautela a la hora de preparar, suscribir y presentar sus escritos. Asimismo, la materia otorga herramientas para un servicio más completo al eventual cliente, pues se estudian mecanismos y legislación en materia de ejecución penal que permiten continuar la representación y la tutela de los derechos del representado incluso luego de recaída una condena a pena privativa de libertad. En ninguna otra asignatura de la carrera de grado el estudiante puede tener acceso al estudio de esta temática.

BIBLIOGRAFÍA

- ABDALA, Carolina, *Currículum y enseñanza: claroscuros de la formación universitaria*, Córdoba, Encuentro Grupo Editor, 2007.
- BERGER, Peter y LUCKMAN, Thomas, *La construcción social de la realidad*. C.A.B.A. Amorrortu, 2001.
- LASCANO, Carlos. (hijo) (Director), *Derecho Penal Parte General*, Córdoba, Editorial Advocatus, 2002.
- MIR PUIG, Santiago. (1999). *Derecho Penal*. Parte general. Barcelona: Editorial Tecfoto.
- PERANO, Jorge, *Criminología, política criminal y seguridad*, Revista de Derecho Penal y Criminología, v.2, n.10, pp. 68-73, noviembre 2012.
- PRIETO, María del Pilar, *Manual de Criminología – Como leña para el fuego*, Buenos Aires, Ediar, 2004.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derechos Humanos y sistemas penales en América Latina. Criminología Crítica y Control Social, 1*, 1993.
- , *El Enemigo en el Derecho Penal*, Madrid, Dykinson S. L., 2006.
- , *La Palabra de los Muertos – Conferencias de Criminología Cautelar*, Buenos Aires, Ediar, 2011.
- , *Manual de Derecho Penal – Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2007.
- , *Muertes Anunciadas*, Bogotá, Ed. Temis, 1993.

MISCELÁNEAS



EL ÚLTIMO ADIÓS A MASSIMO PAVARINI. EL ENCUENTRO EN SU CASA EN BOLOGNA, JUNTO A EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

GUIDO LEONARDO CROXATTO*

"*Via Belinzona 11*", me repite Raúl (Zaffaroni) en el teléfono, "*Belinzona*", me repite en voz alta, lenta, separando y pronunciando bien cada sílaba ("*Be-Lin-Zo-Na*") para que yo anote. "*Bologna. La casa de Massimo Pavarini, nos vemos ahí*".

La visita a Massimo Pavarini en su casa en Bologna, donde impartía clases de derecho penal y procesal penal y criminología crítica, representaba para Zaffaroni y para mi, en Agosto de 2015, una cuestión moral y humana –un deber humano– de primer orden. "El garantismo no se predica solo con palabras", pensé, cuando corté el teléfono, ese domingo. Yo estaba en Berlín, había viajado ese fin de semana, Raúl me esperaba en Friburgo, estábamos compartiendo una estancia de investigación conjunta en el Instituto Max Planck de Derecho Penal Internacional de Friburgo, invitados por Hans Georg Albrecht, donde escribíamos juntos sobre una figura compleja presente en el Estatuto de Roma: el Crimen de Agresión, que fue definido –en nuestra visión, muy restrictivamente, de modo muy limitado¹– en Kampala (en Uganda) en el 2010 (antes era un tipo penal abierto) y que empezará a ser juzgado por la Corte Penal Internacional en 2017.

* En este breve texto narro nuestro último adiós a Massimo Pavarini junto a Eugenio Raúl Zaffaroni, en Italia, en julio de 2015, así como la promesa realizada a Pica, su mujer, en el estudio que compartían ambos en un subsuelo de la casa en Bologna. Un extracto de este texto fue leído en el Congreso en Memoria de Massimo Pavarini realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bologna el 13-14 de Mayo de 2016 ("IL SISTEMA PENALE MESSO IN DISCUSSIONE. *L'opera di Massimo Pavarini tra teoria, ricerca empirica e impegno sociale*"; Convegno Associazione Franco Bricola), donde participaron el autor de estas líneas y el propio Eugenio Raúl Zaffaroni. El autor agradece especialmente la invitación a exponer en el mismo del Prof. Dr. Gaetano Insolera. (Università di Bologna)

1. Zaffaroni, E. R. y Croxatto, G. L. *El espionaje masivo como un (nuevo) Crimen de Agresión*, en Revista *Pensar en Derecho*, UBA; Buenos Aires, diciembre 2015.

Raúl alternaba las lecturas del Estatuto de Roma con libros sobre Friedrich Spee, un poeta jesuita del barroco alemán, que, a su vez, cuestionó duramente el *Malleus Maleficarum*, los procesos por la caza de brujas (*Der Hexenhammer*), afirmando a su vez (en su célebre libro *Cautio Criminalis*) que la tortura fuera un método idóneo para la obtención de ninguna "verdad". Zaffaroni estaba concentrado en las lecturas de Spee, también de sus poemas ("*El cantar de un ruiseñor*"). No es casual que uno de los primeros críticos de la caza de brujas, de la tortura como forma de interrogatorio y también como pena, del penalismo en general (que no ha cambiado tanto hasta nuestros días e, incluso, menos de lo que nos gustaría pensar) haya sido un poeta y no un abogado.²

Raúl tenía en el Max Planck su escritorio lleno de libros sobre Spee, estaba sumergido en ese mundo, que cruzaba derecho y poesía alemanes. A las 12 horas hacíamos siempre un corte y bajábamos caminando hasta una panadería. Allí tomábamos café y hablábamos. Raúl me contaba sobre los poemas de Spee y sobre su pensamiento en contra del *penalismo* y la caza de brujas. Fue entonces que pensamos en Massimo Pavarini: un crítico de la pena y del "*arte abyecto*" en que se ha convertido, poco a poco nuestra disciplina aunque, tal vez, como dirían Hulsman y, cinco siglos antes Spee, el mal llamado "*derecho penal*"³ (según Naucke) nunca había dejado de ser eso, un "*arte abyecto*".

La única manera de predicar –de producir doctrina, de pensar– es predicando con el ejemplo, porque teoría y práctica, como nos enseña el pragmatismo, no se escinden nunca del todo. Separar la teoría de la acción es una argucia de los académicos, sobretodo de quienes, desde el formalismo académico (cuestionado por el pragmatismo filosófico⁴), evaden la realidad

2. Con Zaffaroni y Axat, entre otros, (Roland Spiller, Karina Theuer, en Alemania) pensamos que existe una fuerte relación o vinculación entre poesía y derecho (penal). Entendemos que la poesía, desde tiempos de Friedrich Spee, humaniza al derecho, lo torna poco a poco más "humano" o, al menos, menos inhumano, menos cruel, y menos injusto. No es casual que Spee, poeta y jesuita alemán, haya sido uno de los fundadores, con sus críticas al *Malleus Maleficarum* y sus críticas (presentes en la *Cautio Criminalis*) a los cómplices de la tortura, de la criminología crítica. Sus razonamientos siguen vivos.

3. Porque donde hay "pena" no hay Derecho ("Humano", no hay "humanismo", no hay "humanidad", solo padecimiento y muchas veces tortura, violencia, sufrimiento, dolor, no una persona "re-educada"). Naucke, W. *Negatives Strafrecht; 4 Ansätze*. Berlin, Munster, Lit, 2015.

4. Que reemplaza la noción de "verdad" por la noción, mucho más práctica, pero también

tal cómo esta funciona fuera de sus aulas y tratados. Por tal razón fuimos juntos a Italia, en tren, desde Friburgo a Milano y de Milano a Bologna, a visitar a Pavarini. Porque nada reemplaza, en la era de las telecomunicaciones virtuales, el contacto humano. Sabíamos que estaba muy enfermo, que estaba en su casa. Queríamos verlo y fue por eso que decidimos ir a compartir una tarde con él. Fue una tarde emotiva y como parte del pensamiento crítico acerca del Derecho (no solo penal, sino pensamiento crítico respecto de la forma en que actúa y piensa actualmente un jurista, no negando las emociones, sino repensando el Derecho y la actividad de la justicia a partir de ellas⁵) es que pensamos en narrar este encuentro "humano", emotivo, sensible, entre personas con sus cuerpos, como Zaffaroni y Pavarini, dos referentes sobresalientes de la academia crítica penal.

Todo esto resultó, para nosotros, en palabras de Martha Nussbaum, una reivindicación moral de las emociones tantas veces negadas en las aulas de abogacía en la labor de los jueces que deben ser "neutrales", "imparciales", "objetivos" "inconmovibles", "duros", como máquinas de pura razón, sin emociones. En este sentido, entendemos a este encuentro en Bologna como un ejercicio pedagógico, humanizante, moral, poético, inspirador, emotivo y de importancia para el abogado o el estudiante de abogacía. Un ejercicio "humano" en una disciplina (como el Derecho) a menudo tan tecnificada, que necesita ser humanizada, porque está, de tanto repetir de "memoria", de tanto automatismo ciego, vaciada de toda emoción, de todo vínculo humano, de toda empatía. Esto no es, en realidad, casual, sino que es funcional a una forma de aplicar, de enseñar y de practicar el derecho: con indiferencia, sin empatía, sin condolerse con el dolor ajeno, sin humanidad, olvidando que el derecho también vive, crea, crece, se sostiene y se afianza con las emociones.

mucho más modesta, de "consecuencia". No las cárceles como funcionan, sino como "deberían" funcionar: este "idealismo" (la "verdad") sobre el Derecho, rasgo que caracterizó durante décadas y aún caracteriza a la filosofía legal, es lo que el pragmatismo de autores como Rorty, Pierce, Dewey, James, está impugnando y nos invita a dejar de lado: el "ser" del Derecho está siempre en la práctica, no en la teoría. Esta es, en consecuencia, su única verdad. La cárcel como funciona en la cárcel. No (como se presupone que funciona) en los tratados. No en los manuales. La única "verdad" del Derecho no está en los manuales, sino en las "consecuencias" prácticas. Lo que el Derecho hace, no lo que el derecho promete o dice.

5. Nussbaum, M., *Justicia Poética*, Bogotá, Ed. Andrés Bello, 1997.

Aún tenemos un Derecho Penal que persiste en "negar" el lugar de los cuerpos y sus emociones y sentidos:⁶ cuerpos que enferman, que sufren, que son encerrados, (precisamente es en el plano penal se realiza esta represión física, pero también simbólica⁷). Si es que un derecho penal "más humano" es posible, si no es que toda pena es inhumana por naturaleza y esencia, como cree Naucke impugnando el error del liberalismo de autores como Fauerbach,⁸ defender al "derecho penal más humano", tal como proclama Zaffaroni, supondría que los abogados jóvenes nos comportamos también en nuestra vida privada, en nuestra esfera personal, como seres con integridad y humanismo que no hacen del derecho (ya sea penal o civil) un negocio o una mera profesión desvinculada de la Justicia.⁹ Abogados que

6. El cuerpo visto como cárcel del alma es una tradición que se afianza con Platón y perdura con todo el cristianismo, (lo que Nietzsche califica de "nihilismo", debilidad, servidumbre, apatía, una "nada celeste") repercutiendo en nuestra filosofía y en nuestra visión del sujeto. Esta represión de la corporalidad –como encierro, tortura, disciplina– luego se traslada al derecho penal. Se consolida en la "Pena". (Como sufrimiento, en la forma de penar-castigar-encerrar cuerpos).

7. Que es uno de los pilares de la modernidad cartesiana, con su antropología dualista (alma-cuerpo, sujeto-objeto, abstracción-naturaleza, humano-animal, Frances Olsen dirá, a su vez, que son dualismos no neutrales, sino fuertemente sexualizados, como la modernidad misma, donde el hombre representa la Razón (mundo público), lo abstracto, en tanto la mujer representa "lo emotivo" (mundo privado), la corporalidad, las emociones, la sexualidad: la sensibilidad).

8. Al haber justificado, si bien (a la vez que, por la razón de que se establece la legalidad como principio) poniéndole límites, una "pena" que nunca debió haber alcanzado justificación en el Derecho "liberal". Porque la pena nunca respeta los "límites": siempre los transgrede. Esta es la paradoja (Naucke dice el "error", fundante, por otro lado, de la legalidad moderna) que comete –o en la que cae– el liberalismo en el Derecho ("penal"). Al haber fundamentado algo que no admite límites (pero de cuyo respeto pende la "legalidad") el liberalismo convalida una trampa. Esa trampa es la pena. Y el saber que la "estudia" (a la vez que la justifica, incluso –creen muchos– "científicamente") es un saber tramposo, que es producto de un error histórico: el penalismo. Para el liberalismo el camino es pues uno solo y es no legitimar ni justificar lo que debería ser cuestionado: la pena. (como es, y no como "debería" ser, según los manuales).

9. Como cree, entre otros, Marc Galanter. Galanter, M. *Lowering the bar. Legal Jokes and Legal Culture*. Wisconsin University Press. 2010. Marc Galanter, que fuera un teórico importante del movimiento Law and Development, entiende que el Derecho como tal es una disciplina que se ha convertido en una "profesión" (técnica, no humanista, sino tecnocrática), con profesionales (técnicos) que ya no se preguntan (preocupan) por un ideal de "justicia". Esto explicaría el desinterés por disciplinas ("humanistas") como filosofía del Derecho, cada vez más marginales en los programas de estudio, disciplinas que son reem-

no disfruten del festival de castigos, de sangre, de pena y de cárceles inhumanas que se reproduce en la región y en el mundo intramuros¹⁰ a diario, no solo en las cárceles "clandestinas", donde no rige el debido proceso, sino también en las cárceles "reconocidas", "humanas", que constituyen en lo que Zaffaroni llama la "tortura blanca", donde la regla es también la violencia institucional.¹¹ Frenar la demagogia punitiva significa tomar conciencia de que la pena es un mal y nunca un bien,¹² que la pena no ayuda, no resocializa, no mejora, no cura ni retribuye. De hecho, empeora y es posible que no sirva de nada, como cree Zaffaroni. Más aún, es posible que la pena sea contradictoria y termine por agravar los cuadros sociales de violencia social, de injusticia que supuestamente debería "solucionar", generando así más violencia, más delito, más pobreza, más exclusión, más abandono, menos sujetos rehabilitados y, en suma, más crimen, más inseguridad, más dolor y sufrimiento.

En este sentido, toda pena como creía Antifonte (un presocrático hedonista-naturalista, crítico del sistema penal ateniense) es, por más justificada que esté, "asocial", para él incluso las penas "justas" serían ilegítimas en tanto siempre representan un mal, un crimen, una negación del derecho y por todo ello no tendría sentido continuar hablando de un "derecho penal", porque existe un punto en que la pena y el derecho se oponen, se niegan y, lejos de complementarse, se contraponen. Sobre la base de esta contraposición hay un "error", tal como afirma Naucke en sus obras sobre Feuerbach, del primer liberalismo. El camino para el liberalismo, cree Naucke, es uno solo: no legitimar la punición, no justificar la pena, no darle argumentos ni buscarle un "sentido", un "objeto", o una "meta humana" porque la pena, lejos de humanizar, degrada, no vuelve a las personas más dignas, como sostiene Hegel, ya que la cárcel nada tiene que ver con la dignidad del hombre.

plazadas por el análisis económico, hoy de moda. NUSSBAUM, M. *Sin fines de lucro. Por qué las humanidades le importan a la democracia*, Buenos Aires, Katz, 2014.

10. ELIAS, N. *Über den Prozeß der Zivilisation. Soziogenetische und psychogenetische Untersuchungen*, Basel, Verlag Haus zum Falken, 1988.

11. Porque, como sostiene Zaffaroni, no existen las cárceles "sanas y limpias". Ninguna cárcel es "sana". Ningún encierro (por más que prescinda, como la criminología positivista, que descrea del libre albedrío y con ello de la responsabilidad, del castigo, y esa es la filosofía que inspira el artículo 18 de nuestra Constitución) es "limpio".

12. ALBRECHT, H.G. y GANDER, H. *Bausteine zu einer Ethik des Strafens: Philosophische, juristische und literaturwissenschaftliche Perspektiven (Studien zur Phänomenologie und Praktischen Philosophie)*, Broschiert, 2008.

Pavarini, crítico de la selectividad, como Zaffaroni, suscribía esta posición: Un derecho penal "no selectivo" y "justo" es algo imaginario, es decir, si el derecho penal más humano, bueno y justo, no puede no ser selectivo (es decir que es antidemocrático por esencia), no podrá no ser estructuralmente injusto e inconstitucional. De este modo, el derecho penal reproduce los males que ya existen, los agiganta, y forma parte del "problema", lejos de ser una solución en tanto no hace más que aumentar la violencia, y, en lugar de suspender conflictos sociales los convierte en conflictos nuevos, de una naturaleza distinta, involucrando al Estado. La pena no parece el camino, diría Hegel que no es un fin, pero cabe aclarar que tampoco es un medio (tal como sostienen las teorías relativas).

La pena fracasó. La administrativización del Derecho (que se observa en la actualidad, siendo el caso de Francia el más visible y significativo) es una prueba implícita de este fracaso. En Frankfurt, Zaffaroni me repetía continuamente que la multiplicación irresponsable de tipos penales al infinito, además de dejar a los propios penalistas en la total incerteza acerca de lo que "es" el Derecho, que ya no es claro ni para los propios juristas y jueces (ya que no hay "códigos" articulados, sino rejuntes irresponsables y muchas veces antagónicos de leyes penales, sin ninguna sistematicidad, sin ninguna coherencia), rompiendo así con una idea elemental del derecho penal, la idea de que el "mal" que se vulnera, se conoce con claridad. Uno puede tener conciencia de que matar está mal, es un crimen grave, pero no de que al no responder un mail o no llenar tal planilla, o no tener un documento encima, o no presentarse en una votación, comete un acto ilegal, me decía Zaffaroni en el café del Rewe, supermercado que está frente al Instituto Max Planck de Frankfurt, "*uno ya no sabe en todos los casos que es un crimen*". Esta administrativización del Derecho, paralela a la multiplicación al infinito de normas y tipos penales, produce la gradual descodificación del derecho, (regresión premoderna, donde el "poder" interpretativo vuelve a los juristas y jueces) rompiendo la legalidad, afectando nuestra certeza, afectando el funcionamiento mismo de la justicia en la democracia. Ya no hay "*Gesinnung*"¹³ posible, no hay "representación" en la persona, no hay

13. Zaffaroni me refería el concepto de "innere Gesinnung", innere Einstellung, de G. Bettiol, penalista italiano. Bettiol sigue la línea del alemán Eberhard Schmidhäuser, con su *Gesinnungsstrafrecht*.

“conciencia” criminal posible en muchísimos actos de la vida cotidiana, producto de la ampliación-administrativización-multiplicación continua de normas penales, desconocidas incluso para los propios jueces penales. El derecho penal se presenta como esta “multiplicación irresponsable de normas penales” que demuestra, con la consecuente desarticulación de los códigos penales, que no es ya un derecho de *“ultima ratio”*, como postuló el liberalismo ilustrado, sino que la multiplicación normativa, producto de la “urgencia política”, de la demagogia penal, demuestra que el derecho penal es el “primer” medio al que se apela ante determinados conflictos sociales. Debido a ello, también los mismos jueces desconocen, en muchos casos, cuál es el alcance del “derecho” penal. Esto afecta naturalmente la certeza, afectando la legalidad. Se han desnaturalizado, en consecuencia, los postulados del derecho penal “liberal”, para el caso de que estos, que están en la base del desarrollo de la legalidad moderna (que nace, con Feuerbach, limitando la pena, encorsetando la punición) hayan tenido alguna vez un sentido genuino, practicable, lo cual es puesto en duda por Naucke. Tal vez se perdió algo que nunca se tuvo (en el Derecho penal): “liberalismo” penal “ilustrado”, un pensamiento “humanista” (y liberal) sobre la pena... parece una contradicción en los términos. Esta crisis de la codificación penal, producto de la recopilación política irresponsable, superpuesta de leyes (demagogia punitiva), que obedecen a móviles políticos demagógicos que varían con las épocas, que son siempre de muy corto plazo, rompe la idea unificada y coherente, ilustrada, bienpensante, de un código argumentado¹⁴ como cuerpo articulado, que responde de manera sistemática a una sola y precisa filosofía. A una “idea” (y a un ideal) determinado. De este modo el Derecho deja de tener fundamentos claros, debatidos, precisos, argumentados, filosóficos. Deja de tener “fundamento” y se convierte en un derecho “ductil” (como dice Zagrebelsky, aunque lo afirma en referencia a la importancia de los principios constitucionales, paralelos a las reglas fijas), en el cual el rasgo más marcado es el activismo judicial.¹⁵

14. Ideal ilustrado, que nace en Francia, precisamente, donde ese ideal hoy se desdibuja y se pierde, paradójicamente, es puesto en peligro, Tejedor tomó de Vattel la traducción del código de Baviera de 1813, que fue el modelo de nuestra primera codificación penal).

15. Como impugnan Ferrajoli, Habermas en sus disputas con Alexy, seguidas por Klaus Gunter, su discípulo, no casualmente la escuela de Frankfurt, el instituto de Derecho de la Universidad de Frankfurt, que preserva el legalismo y las garantías como barreras de fuego frente al activismo judicial. Podría decirse que la Universidad de Frankfurt es el Instituto

No se puede historiar las prisiones, no historiando, al mismo tiempo, las conceptualizaciones que las acompañaron e intentaron justificar, fracasando –estrepitosamente como muestra Pavarini, entre muchos otros– en ese cometido básico. La pena no puede ser justificada: la prisión tampoco. De allí la curiosidad que supone un estudio que prescinde, desde el encuadre teórico mismo, de los postulados más elementales de la dogmática y la criminología. Este encuadre netamente “histórico”, (no penal) para historiar “las prisiones”, supone, pues, un encuadre netamente “ideológico” y es allí donde la tensión con la propia escuela de Frankfurt¹⁶ (progresista en materia penal) no parece un mero “accidente”, parece un propósito (y un antagonismo conceptual) deliberado.¹⁷

Llegamos con Zaffaroni juntos, desde Friburgo, a Bologna, en Italia, ambos en tren desde Milán. Yo viajé con mi hijo pequeño, Constantino, que en todo el viaje no paró de jugar con Raúl.¹⁸ Viajamos con un solo objetivo

más progresista en materia penal de todo Alemania, y que por eso le pusieron al lado al Max Planck de historia del derecho europeo.

16. La ciudad de Frankfurt cuenta pues con esta triple historia: la historia de la Escuela de Frankfurt, fundada por Weil, dedicada a repensar la cultura de masas desde postulados del marxismo, el instituto de Derecho de la Universidad de Frankfurt, uno de los espacios más avanzados en materia penal de todo Alemania y Europa, y el Instituto de Historia del Derecho Europeo Max Planck, ubicado en el Campus Westend, pegado a la misma universidad de Frankfurt, que se postula, a diferencia de los dos primeros escenarios, como un espacio conservador en su visión del rol de la investigación académica y sus cometidos “históricos” políticamente “neutrales” y “objetivos”.

17. Lo que no parece un accidente casual, en una ciudad y en una universidad como la de Frankfurt, es la postulación de una línea de investigación, en un instituto conservador, dominado por historiadores más que por abogados sabedores de las tensiones de la dogmática, del estudio “histórico” de las prisiones. Carecer de un marco dogmático profuso (o no) es también una forma de “blindar” de críticas el estudio que se presenta como mera investigación de la “historia” (de las prisiones), como una investigación acotada que (dice que) no quiere “entrar” en la discusión de dogmática, evadiendo (desde una supuesta neutralidad) los cuestionamientos (no solo de dogmática penal) más fundamentales. De este modo se presenta (se transforma) un defecto como una virtud, se presenta una carencia como una forma “más objetiva” de investigar.

18. El emperador Constantino, que terminó con la persecución de los cristianos en el Imperio Romano de Oriente, fue el primero en mandar abrir una ventana –pequeña– en cada celda del imperio. Entendía que nadie debe estar sometido a la oscuridad total, al aislamiento total, al encierro absoluto, que todo preso (por “monstruoso” que hubiera sido su crimen) tenía derecho a ver entrar en su celda un hilo de luz. La misión del “penalismo” es seguir abriendo, en el siglo XXI, esa pequeña ventana. Volverla cada día más grande.

preciso: visitar a Massimo Pavarini en su casa. Profesor, eminencia, amigo: Massimo estaba enfermo pero su semblante y su humor críticos, apenas lo vimos, permanecían intactos. Tanto como su compromiso y su firmeza en sus pensamientos, de los que no se había movido. Conmovía verlo. Abrazarlo. Sentirlo. Entenderlo. Mirarlo a los ojos. Massimo nos esperaba de pie en la puerta interna, al final de un largo pasillo, que cruzamos con Zaffaroni, luego de atravesar un jardín lleno de flores.

Con Zaffaroni estuvimos juntos, como dije, en el Max Planck de Derecho Penal Internacional de la ciudad de Friburgo (MPI), sur de Alemania, un mes y medio, trabajando temáticas relacionadas a los linchamientos (cómo una sociedad "*lincha*", a quiénes y por qué) y la mal llamada "*justicia por mano propia*", que es salvajismo, venganza, barbarie desatada, e, incluso, el fin de la sociedad. También nos encontrábamos trabajando temas de derecho penal internacional, sobretodo buscando interpretaciones más extensivas (menos extemporáneas), considerando, en el nuevo siglo XXI la óptica de países emergentes (no potencias industriales, como Alemania y Estados Unidos, que no casualmente tienen una doctrina clásicamente "restrictiva"). En ese marco se nos ocurrió visitar a Massimo. No fue casual el momento: Discutíamos en un café sobre la doctrina origenista de la "salvación de los demonios". Orígenes, un filósofo medieval, fue determinante en la historia de "salvación" de aquellos que la Iglesia veía como demonios. Así como Spee pedía no torturar a las brujas, así como el presocrático Antifonte pensaba que la pena ya en la Antigüedad representaba un equívoco, porque agiganta los sufrimientos y cadenas de venganzas, también Orígenes, un teólogo medieval, puso con su pensamiento en complicaciones a la Iglesia Católica,¹⁹ al sostener, desde la unidad ontológica, la unidad "del ser", "de todo lo existe": el mal y el bien como parte de un "universo"; que necesita, en su integridad, ser asumido y reivindicado, sin dividir, sin condenar, porque toda condena supone un recorte de lo "uno", supone en consecuencia una auto-condena no del condenado, sino de quien impone la condena creyéndose distinto de él, mejor que quien padece la pena, sin separar buenos de malos, santos de demonios, justos de pecadores. Con su doctrina, (la llamada *doctrina origenista de la salvación de los*

19. CROUZEL, H. *Orígenes. Un teólogo controvertido*, Madrid, Biblioteca de autores cristianos, 2015. (Traducción española realizada por la monjas benedictinas de la Abadía Santa Escolástica de Victoria; Buenos Aires, Argentina, 1998).

demonios, determinante para el pensamiento penal contemporáneo, sobre todo desde el humanismo cristiano) Orígenes ponía una piedra sensible en el camino crítico de toda pena, de todo castigo, como un mal, aunque en sentido no utilitario hedonista (como Antifonte, que cuestiona la pena en sentido netamente práctico, utilitarista, sociológico²⁰) sino en sentido netamente filosófico y moral.

Mientras pensábamos la barbarie que se instala en nuestras sociedades a través de la "justicia ciudadana" pensamos que debíamos ir a visitar a Pavarini, que él lo necesitaba. Habíamos asistido con Zaffaroni a un seminario sobre cárceles en Frankfurt²¹, donde no existía una visión crítica (humana) sobre el rol de las prisiones y su "historia": en ese marco (acrítico, no humano, funcional a las prisiones) pensamos en Pavarini: la otra cara de la moneda "penal", la otra cara de la "historia" (inhumana, e inenarrable) de toda prisión. La voz que falta. El marco mismo en el que se nos ocurrió la visita a Pavarini habla por sí solo (lo descubro ahora): juntos con Zaffaroni en un seminario en el Max Planck (Mpier) sobre historia del derecho europeo, en Frankfurt, que en rigor se limitó a analizar históricamente (pero acríticamente, prescindiendo de las conclusiones más elementales de la dogmática penal y de la criminología contemporáneos) algunos aspectos –no medulares, no socialmente estructurales sino más bien anecdóticos– de las prisiones. Sentimos la necesidad de ver a Massimo en ese preciso momento. El que analizó de frente su aspecto medular, su aspecto socialmente estructural, estructurante, selectivo, ilegítimo, no justificable fue Pavarini. Pavarini no esquivó los aspectos críticos de la prisión, sus verdades incómodas, los dejó al desnudo, exponiendo las debilidades de todo el discurso liberal penalista justificador (aún hoy) de castigos y encierros, mostrando todos sus fracasos, sus dobleces, todas sus

20. Bieda, E. "*Antifonte Sofista: un utilitarismo naturalista*"; en Revista *Méthexis*, N° 21 (2008), Italia.

21. El edificio central de la Goethe-Universidad de Frankfurt es el mismo edificio que se empleaba durante el nazismo para preparar el gas que se utilizaba en los campos de exterminio: el gas de la "solución final" salía de ese mismo edificio universitario, que aún se mantiene incólume. Curiosamente, Frankfurt alberga a la escuela penal más crítica de todo Alemania, con Klaus Gunter, Naucke, Frankenberg, Pritz, entre otros. También con destacados autores como Roland Spiller, Antonio Martins, Marta Muñoz Conde, hija del penalista español Francisco Muñoz Conde, con quien también estuvimos en un seminario en Frankfurt.

contradicciones y su falsedad, sus malos argumentos. Claro que la teoría liberal del bien jurídico, hoy en crisis, es mejor que las interpretaciones totalitaristas, peligrosistas. El derecho penal de acto es, sin dudas, mejor que el derecho penal de autor, que el derecho penal del enemigo, pero también el liberalismo, como observa Naucke, ha sido funcional y ha sido "responsable" de la erosión continua del Estado de Derecho que vivimos, porque también el liberalismo, con sus justificaciones, con su intento de buscar un sentido y un camino a la pena ha contribuido, a su modo, a legitimarla, legitimando un sistema de punición que siempre transgrede los límites que intenta imponer la democracia, lo cual da por resultado a la inhumanidad de todo castigo institucionalizado, del encierro, de las penas y las cárceles. Las cárceles son la representación de la violencia, de un mal que alguien padece, lo cual trasciende, desde la teoría sobre el rol del Estado, la mera "culpabilidad" de la persona, tal como advirtió ya antiguamente Antifonte, asimilando el Estado que aplica penas a un Estado Criminal terrorista que legitima, con sus penas, el "terror". Por ello se explica que Alagia deduzca de la posición de Zaffaroni que el riesgo del penalismo es que él mismo tiende naturalmente a un genocidio, a un "crimen de masas".²² De allí que Bauman asocie, en la historia alemana, llena de "evolución penal", de dogmática y racionalización del castigo, a la Modernidad con el Holocausto: así como el terrorismo de Estado torturaba y desaparecía "culpables"; no inocentes, sino personas que *"algo habrían hecho"*, la diferencia con la pena, con la justicia penal, no es sustantiva, es de grado, por eso debe ser, a la luz de los argumentos de Naucke, Zaffarini y Pavarini, visibilizada como lo que es: violencia, crimen, no justicia ni derecho, del mismo modo que se denunció el terrorismo de Estado.²³

22. ALAGIA, A. *Hacer sufrir*, Buenos Aires, Ediar, 2014.

23. Con los mismos argumentos que se impugnó y aun se impugna la pena de muerte, (también desde el humanismo cristiano) pueden impugnarse todas las penas, ya que toda pena nace (y es) como pena de muerte, y conserva siempre latente (por más que lo erradique en las palabras) ese como "su" sentido: la "muerte", la neutralización de una persona encerrada. Muerta. Violentada. Castigada. Abandonada. Olvidada. Que se "pudra" en la cárcel. Que espere la muerte (cuando hay motines se habla de "muertes ecológicas", justificando la violencia institucional, no la resocialización de personas). Nada parece hacer evidente que este discurso dominante promueva, ni desde la palabra, la "resocialización". Por eso entendemos que los mismos argumentos que se emplearon para denostar la pena de muerte pueden ser usados, en el siglo XXI, para el cuestionamiento de toda forma de penar de todo castigo (como este funciona y no como estos "deberían", en teoría, funcionar). El

Muchos entendemos que en rigor todo derecho penal termina siempre funcionando, lo asuma o no, en la práctica, como derecho penal del "enemigo", como derecho penal de "autor". De allí su selectividad estructural, inevitable, tan antiliberal y antidemocrática. El derecho penal es por esencia selectivo: no igualitario. No liberal. No democrático. Presupone la culpabilidad, no la inocencia, que deberá, para quien es criminalizado, demostrarse: de allí que la regla sea actualmente (más allá del peligro de fuga o el entorpecimiento del proceso, que rara vez se constatan) la prisión preventiva, no la excepción, esto presupone que es la inocencia la que debe probarse, no ya la culpa que se presupone: todos somos *a priori* "sospechados" y sospechosos para el Estado, de allí que actualmente –en la tensión seguridad y libertad, seguridad y derechos humanos, civiles– se presente como estado normal al estado de excepción, con el recorte continuo de garantías civiles, con la negación de derechos "humanos" y la erosión de la legalidad en nombre de construir sociedades más "seguras".²⁴ Esto es, la criminalización secundaria reconstruye siempre sus "enemigos" prácticos, sus estereotipos, a los que les declara la política criminal una "guerra", y solo sobre ellos recaerá la pena. La tortura. El estigma. La marca. El Derecho Penal. La selectividad, que a su vez borra los principios que fijan nuestras constituciones ("liberales", como el debido proceso o el principio de inocencia) La prisión preventiva no es la excepción, es la regla, porque el derecho penal no es un derecho de "última ratio", sino el primer y único medio al que apelan las dirigencias políticas como forma de "resolver conflictos". Es esta apelación política continua al derecho penal la que repercute, a su vez, en la demagogia punitiva, la superposición (demagógica,

liberalismo nunca trascendió, en el plano penal, (de allí los "castigos" de las dictaduras, que aplastaron toda legalidad, asimilando penalismo –poder punitivo desatado– a terrorismo, pena a crimen, porque la pena, como vio Alagia, siguiendo a Z. Bauman, es el "modelo") el nivel del discurso. Por eso el penalismo puede terminar en un Holocausto (siglo XX). O en un genocidio por goteo. Por eso Zaffaroni nos invita a abandonar el idealismo en la filosofía penal, repensando la forma en que la pena, el castigo, termina reconfigurando al Estado –su rol, su cometido, sus funciones, espacios, asignaciones– y a la sociedad. (ZAFFARONI, E. R. *Crímenes de Masa*, Buenos Aires, Madres de Plaza de Mayo, 2010) El idealismo es siempre cómplice de un pensamiento funcional a un orden económico no igualitario, respaldado (controlado, y disciplinado) con "penas". (Para una crítica aguda del idealismo en la sociedad y en la filosofía, véase: BAKUNIN, M. *Dios y el Estado*, Buenos Aires, Utopía libertaria, 1998).

24. Véase CASTEL, R. *Qué es estar protegidos*, Buenos Aires, Manantial, 2010.

veloz, no argumentada) de normas (penales), que causa la descodificación gradual de todo el Derecho (no solo penal), que es reemplazado por conjuntos superpuestos e inorgánicos de leyes. En este marco, como el derecho penal no es ya *ultima ratio* sino "*primera ratio*" y como sucede esta politización continua del campo penal, reemplazando discursos dogmáticos por apelaciones demagógicas de corto plazo político es que el ideal sistemático y articulado del "código" (el ideal ilustrado, liberal) es reemplazado por cuerpos inorgánicos, no sistemáticos, muchas veces incoherentes, de normas penales y "medidas". Esta descodificación (producto de la generación y superposición irresponsable de leyes penales, con móviles políticos, descartando todo estudio estadístico de fenómenos criminales, todo estudio empírico) afecta el principio de legalidad penal y es producto de la caída de todos los postulados del liberalismo: debido proceso, principio de inocencia, no hay culpa sin juicio previo fundado en ley anterior al proceso, cárceles inhumanas, pena como *última ratio*, derecho que se reputa, a su vez, conocido por todos (lo cual es actualmente, con la proliferación masiva de normas penales, en un proceso continuo de administrativización, imposible incluso para los propios abogados "penalistas") son todos postulados del liberalismo penal que han caído en desuso. Por eso decimos que en este marco no es casual la "moda" que representa el pensamiento de Gunter Jakobs. En este sentido, a partir de la caída de las teorías "*re*" (Pavarini) de derecho penal inhumano (Naucke), es que todo derecho penal es derecho penal "del enemigo", y ya no queda, en la práctica, derecho penal (liberal) de acto: es todo derecho penal de autor, es todo "peligrosismo", ya no se trata de "personas", sino que se trata de criminólogos actuariales, que diseñan políticas (criminales, urbanas, penitenciarias) en términos de "riesgos", no ya de sujetos medidos por su culpabilidad (y por ende según sus posibilidades de reforma, a la que ya no se aspira, es algo que ya no se pretende, lo cual agrava las condiciones de abandono de las cárceles), sino por su "peligro", que debe ser anulado y "prevenido", neutralizado. Lo que sucede luego del delito, ya no le preocupa a la criminología actuarial. Nadie cree ya en el derecho penal, en la dogmática, en el ideal ilustrado reformista que aspiraba, a través de la cárcel o la pena, a "educar" a una persona. De allí el auge de la criminología actuarial, una criminología que presupone, en sus tecnicismos, el abandono de todo ideal humanista ilustrado reformista y social: se trata de un mecanismo técnico de prevención y neutralización de personas "de riesgo". Este nuevo enfoque, naturalmente, carece de límites prácticos en la prevención control de "riesgos": todo debe

ser, *a priori*, controlado, para disminuir el "peligro" y lograr una adecuada "protección", convirtiendo de este modo a la sociedad misma en una cárcel, en un panóptico hiper y continuamente vigilado, donde ya no existen actos privados, libres, autónomos: la sociedad se convierte ella misma en la nueva "cárcel". Sus muros son virtuales. En este escenario, de amortiguación de riesgos, no es casual la erosión continua de la legalidad y el recorte continuo, como observa Frankenberg, de garantías civiles. Se trataría, con esto, de construir una sociedad "más segura". El recorte de libertades civiles y el auge de las estructuras de vigilancia masivos, de cada acto privado, personal, demuestran que en rigor ya no hay diferencias sustantivas entre la vida en la sociedad "libre" y la vida en la cárcel.

Los límites, también en este punto, se difuminan. Se desvanecen. En ambos campos todos los actos son vigilados, perseguidos, registrados. En ambos casos la persona es vigilada, no es libre. En este sentido, la cárcel, en sentido tradicional, no es sino una cárcel dentro de una cárcel aún mayor. Por eso sostenemos, con Bauman, que la cárcel termina siendo el "modelo" que rige para la vida en sociedad misma. En las fábricas higiénicas, en las escuelas, en la vía pública, en los hospitales.²⁵ La sociedad termina funcionando como una fábrica, como un "campo" (tal como sostendría Agamben), como una cárcel, como una "jaula de hierro" (en palabras de Weber). Por eso este modelo de la sociedad y de Estado que "pena", tiende, como advierte Zaffaroni, con Alagia, siguiendo a Bauman, al Holocausto, al crimen de masa, con sus burocracias masivas y ciegas²⁶ y su técnica hiperdesarrollada.

El desafío de la criminología crítica es vincular estos postulados, estos "modelos" penales, a los crímenes que se cometen desde la sociedad y el Estado. No deja de ser elocuente, en este marco, el lenguaje de las "escapadas" que se promociona en las ciudades como "oportunidad" de hacer turismo: se venden "escapes", la posibilidad de "escapar" un fin de semana de la propia vida, en la cárcel que es la modernidad, la vida moderna,

25. Este es el modelo (Bauman, Adorno, Horkheimer) donde Modernidad y Holocausto (Adorno habla de la dialéctica de la ilustración) se vinculan.

26. Automatizadas-inconscientes, como el verdugo que exalta De Maistre, crítico de la revolución y su igualitarismo y derechos universales del "hombre", no casualmente un crítico ultramontano de la Revolución Francesa es un defensor de la desigualdad y los privilegios y un defensor acérrimo, por ende, del sistema penal, que mantiene, con el verdugo, esos privilegios a raya.

hipervigilada (la llamada por Weber "jaula de hierro", cárcel "de puertas abiertas").²⁷ Si la sociedad se convierte, con la erosión de garantías y la vigilancia masiva, en un nuevo tipo de "cárcel", es porque la cárcel, como denunciaban Horkheimer, Weber, Adorno, Agamben, expresa mucho más que un espacio de neutralización de sujetos "peligrosos": expresa en miniatura un "modelo" que se quiere imponer, con su panóptico controlador de "peligros" y riesgos, a la sociedad entera, a la sociedad en su conjunto. De allí que la vida moderna se acerque a formas de alienación (Simmel) y por ende que se vendan "escapadas". "¿Quieres escaparte este fin de semana?" En las agencias de turismo: porque ante este tipo de sociedad-cárcel, donde todo acto es continuamente vigilado, donde ya no existe la privacidad, la vida privada,²⁸ la alternativa que queda es "escapar", pagar una escapada llamada "turismo". Del mismo modo, pueden pensarse las modas de salir a "correr" de miles de personas cada día. Personas que corren en círculo, pero cuya necesidad de "salir corriendo" expresa esta necesidad turística de "hacer una escapada". "¿Quieres escaparte este fin de semana de Buenos Aires?", este es el lenguaje de "escape" (de la presión del trabajo-vigilancia de la "jaula de hierro") que emplean, no por accidente, no por mera casualidad²⁹ en los *parquets* de turismo. El lenguaje de la escapada, del escape de la sociedad, expresa el tipo de sociedad (cárcel "higiénica") que tenemos. Que hemos construido en nombre de la "seguridad". Para estar más "seguros", queremos "escapar", "hacer una escapada".

27. Horkheimer hablaba ya de fábricas higiénicas, Agamben habla de "campos", Bauman va al centro cuando vincula *Modernidad y Holocausto*, ya que el Holocausto no es la excepción, es la regla o modelo de la modernidad. La criminología crítica dirá que es el modelo del penalismo, del Estado que reparte penas en cárceles que son castigo (nada diferencia a una cárcel clandestina de un campo de concentración) que denuncian Adorno y Horkheimer en su ensayo *Dialéctica de la Ilustración*, cuando postulan que la modernidad industrial solo funciona y solo se asienta en la "total indiferencia" que la vida urbana industrial establece respecto de los "otros", de su destino, de sus dramas y problemas personales. Esta indiferencia estructural civil de la sociedad moderna *algo habrán hecho, no te metás*— no expresa, pues, lógicas que se suceden solo en dictaduras: son la regla también en democracias, los efectos sobre la cultura y la sociedad de las dictaduras y genocidios no se acaban, pues, con el fin de los regímenes dictatoriales (ni se soluciona con la mera reivindicación de la memoria de las víctimas), persisten, en la conducta pública, en los espacios de deliberación y contacto público, más allá de ellos, moldeando tipos de sociedad).

28. Orwell anticipó el modelo de sociedad que vivimos, el *Gran Hermano*.

29. Es necesario atender bien a cada palabra, los lenguajes que se imponen como estrategia de *marketing*, de mera publicidad.

"*Vamos a ver a Pavarini*", coincidimos con Zaffaroni en un café, en una mesa puesta sobre la avenida más importante de Frankfurt, (An der Hauptwache), a unas pocas cuadras del instituto Max Planck (MPIeR), mientras Raúl fumaba. "*Nunca había encontrado el momento, pero quiero ir*", dijo Raúl. "*Yo te acompaño, vamos*", respondí. "*Tenemos que ir*". Raúl respondió secamente con un "*Sí*" y le dio una larga pitada al cigarrillo. "*Hay que ir*". Y finalmente fuimos.

Muchas veces habíamos discutido con Zaffaroni en Alemania el título mismo del libro más importante de Pavarini: "*Arte abyecto, ensayos sobre el gobierno de la penalidad*", brillante alegato en contra de las penas. Libro en que el autor denuesta el castigo y demuestra cómo una por una han caído y fracasado todas las argumentaciones o legitimaciones ("las pantallas") penales, todas las llamadas "*teorías re*" de la pena, la cual, pese a haber quedado sin discurso, no se cae: aún se mantiene como un hecho incólume y estricto del poder, como una muestra del poder mismo, que se realiza castigando indisciplinas y "desviaciones". Así, sin discurso, sin moral, sin fines de resocialización, rehabilitación, reintegración, sobrevive. En este sentido también asistimos, podríamos decir con Ferrajoli (que lo sostiene en otro debate constitucional, impugnando el principalismo),³⁰ a una regresión premoderna. Esto es lo que postula la teoría agnóstica de la pena, que a su vez desmiente la idea vana de una "ciencia" penal, como pretende el neokantismo, menos honesto, en este punto, que la Escuela de Kiel, que al menos, con Dahm y Schaffstein, en pleno nazismo, asumía el carácter netamente "político" de la ciencia penal, del castigo como lo que es: violencia (poder desnudo, sin fundamento, pero con objetivos que requieren formas de castigo y de control) que no sirve, que no "reeduca", que no mejora, que daña siempre. En este sentido, los campos de exterminio son la expresión última pero más cabal de un saber, de un modelo que "pena y castiga" personas, como el terrorismo de Estado, que es el modelo al que aspira el Estado de policía, todo "poder punitivo desatado".³¹ La pena es siempre un genocidio latente. Ese es el "modelo": el campo de exterminio es la expansión (sin

30. FERRAJOLI, L., "Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista", en *Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34 (2011) pp. 15-53.

31. ZAFFARONI, E. R., "¿Es posible una contribución penal eficaz a la prevención de los crímenes contra la humanidad?"; *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention* (Nro. 10, 2009).

límites constitucionales) de la cárcel, con su administración burocrática y sus funcionarios ciegos aplicando la pena a los condenados, encerrados, que en general provienen, como afirma Zaffaroni, de los mismos sectores sociales carentes, vulnerados.³²

Lo que define a la pena es su inhumanidad. Su capacidad siempre de transgredir los límites de la Constitución y el liberalismo legalista,³³ del "garantismo", tan denostado, no por accidente. No mejoran las personas en la cárcel, con el castigo no se "re-educan", y de allí viene la teoría agnóstica de la pena. Zaffaroni decía (refiriéndose a la obra de Pavarini) que el título debía ser "*arte asqueroso*", no abyecto. Discutíamos, entonces, la traducción del título del trabajo en castellano, de la palabra "*abyecto*". Decía Zaffaroni, que "*abyecto*" suena mejor, más refinado, más sofisticado, más literario, más elegante, más lindo. La connotación o referencia implícita histórica, repugnante viene de Francesco Carrara y su "*La Schifosa Scienza*" ("La asquerosa ciencia"): legitimar la pena es un arte o ciencia asquerosa. La "ciencia" penal es un arte "abyecto" en el sentido de asqueroso, que repugna y que causa un mal.

32. Entendemos que debe hablarse de sectores "vulnerados" y no de sectores "vulnerables". Lo que diferencia a unos de otros es una vulneración que debe ser vista, que debe ser nombrada –y no evadida con eufemismos– por la teoría política y por el Derecho. El discurso de la "vulnerabilidad" deja en la invisibilidad muchas vulneraciones de hecho ya cometidas, que son las que explican la "vulnerabilidad" presente. Si un sector es "vulnerable" es porque previamente ya hubo una "vulneración" no denunciada por el Derecho (que es escrito, como la historia, por los vencedores). La "vulnerabilidad" de los pueblos indígenas es una perfecta muestra de vulneraciones que quieren ser silenciadas, no asumidas como lo que son: graves crímenes presentes en la historia, en la conquista de un "desierto", en la expropiación, la asimilación, el robo, ("la palabra de los muertos") en la "pacificación" de la Araucanía, etc. Vencer el eufemismo, vencer el silencio, es empezar a demostrar todo lo que no quiere ser (violencia que no quiere ser) denunciado –nombrada– por el Derecho. Un principio esencial de la hermenéutica es analizar el Derecho no por lo que este dice, sino por lo que este omite decir. Por lo que el Derecho no denuncia. Por la violencia que "naturaliza". Que no pone en cuestión. Que asume como un orden dado con sectores "vulnerables", no "vulnerados". No son solo palabras. Entre un término y el otro se define la existencia (el reconocimiento) de una vulneración: de un crimen. De un robo. De una expropiación de tierras.

33. La prisión sin condena, violentando el principio de inocencia, es una buena muestra de que el sentido de la cárcel es la neutralización, no la resocialización de personas. El postulado liberal básico de derecho de "*última ratio*" se ve desmentido a diario, cuando el derecho penal es el primer recurso que se aplica y se demanda. (CASTEL, R., *Qué es estar protegidos*, Buenos Aires, Manantial, 2001).

En el living de Pavarini, mientras comíamos unos duraznos que nos había traído Pica, mujer de Massimo, le mencionamos a aquél el debate que veníamos teniendo con Zaffaroni en Friburgo, incluso en el tren a Italia, pocas horas antes. Él estaba parado frente a nosotros y asintió con una sonrisa sutil, como quien no se topa con este tema por primera vez: "*Si, el arte schifoso*", dijo, reconociendo el argumento de Raúl con una sonrisa sostenida, dándole la razón, mientras con la mano se tocaba el pecho y el hombro, del cual le colgaba un aparato con una venda blanca. Yo defendí, sin embargo, ante ellos dos el uso del término "*abyecto*", porque en castellano "*asqueroso*" (si bien muy crítico) no es tan elocuente como *abyecto*, ni tan literario, pero, innegablemente, más evidente, más claro, más directo, menos "refinado", menos rebuscado, menos ambiguo y menos sutil.

Zaffaroni hubiera preferido "*arte asqueroso*", que produce "*asco*" porque legitimar la pena "*repugna*". Esta era la idea que flotaba en ese living en Bologna esa tarde de tanto calor, mientras Pica, la mujer de Pavarini, preparaba la cena. Recuerdo el sonido del cuchillo pegando contra la tabla de madera viniendo desde la cocina, ese ruido seco, repetido. Zaffaroni prefería ese título para no perder la vinculación con el trabajo de Carrara, cuya obra fundamental muchos ("*También yo*", dije) desconocen. "*Abyecto es más refinado y más bonito pero el derecho penal debe causar repugnancia, Guido. No ser elegante, no empezar a jugar con los términos elegantes*", me dijo Raúl. "*No es solo abyecto: también debe producir asco*". Así de fuerte. Pensaba en ese living en Bologna, esa tarde de calor, mientras Pavarini y Raúl comían duraznos, que estaba sentado frente a dos gigantes del Derecho "*penal*". No es solo una discusión de palabras. No es solo una cuestión de términos. No es solo una cuestión de abstracta teoría. Es una discusión fundamental sobre el futuro de nuestro derecho (penal), al que muchos (no Pavarini, no Zaffaroni, no el que suscribe sino, por ejemplo, los neokantianos ven como "*ciencia*"). La pena, o el derecho penal, entendido como "el derecho de la pena" no es una ciencia, aunque la racionalización extrema nos haga pensar lo contrario. De hecho, el desarrollo de la dogmática no casualmente se sucede en países que han vivido, como Alemania, el horror de un Holocausto, la racionalización del castigo no es inocente y termina siendo muchas veces una petición de principio, dando la impresión de "discutir" desde distintos ángulos algo que se da, en cuanto tal, por sentado: la pena misma, el castigo en cuanto tal. Incluso es discutible que hablemos de derecho penal, porque donde hay pena no hay (no suele haber, no puede haber) derecho alguno: suele haber vulneraciones gra-

ves y atroces de derechos humanos, violencia "institucional". Se emplean distintos eufemismos para justificar violencias y recortes de garantías, no casualmente se reproduce como discurso el anti-garantismo en momentos de fuerte erosión de la legalidad, de normalización, como afirma Frankenberg, de las excepciones, del estado de excepción que pasa a ser, poco a poco, la nueva "regla", la nueva "normalidad" de nuestra democracia, que termina siendo ella misma una cáscara vacía, una pantalla de un orden ilegal, sin garantías, sin derechos civiles, donde una vez más se tortura, con eufemismos políticos como "técnicas de interrogatorio mejoradas", entre otros. Más crimen. Violencia institucional. Carandiru. Es probable que en el futuro no se hable más de "derecho penal", que desaparezca el nombre mismo de esta mal fundada y mal llamada "disciplina" o ciencia o saber. O derecho o pena. No ambas dos. Es una disyuntiva de hierro y así lo plantea Pavarini, como Naucke. No van juntas la pena y el derecho. Se contradicen siempre, aunque el primer liberalismo, al intentar legitimarla (al tiempo que fundó la legalidad, estableciendo "límites") lo haya creído posible. El mismo Zaffaroni me enseñó, con largas y aleccionadoras charlas caminando juntos rumbo al Max Planck en Friburgo o en cenas en Alemania, este punto esencial. La pena contradice al Derecho. Lo deslegitima. Porque el derecho penal es siempre selectivo. No puede dejar de serlo.³⁴ Entonces nunca una pena estará legitimada. Porque estructuralmente el derecho penal, en su funcionamiento, (amén de conceptos tales como culpabilidad por vulnerabilidad, que intentan desandar este camino) atropella principios básicos del orden constitucional republicano. Principios elementales de una democracia civil. La igualdad ante la ley, el primero. La pena –las cárceles llenas de pobres– parece funcionar de un modo que no es compatible con una democracia. Con un Estado Constitucional de Derecho, basado en la igualdad civil de sus ciudadanos.³⁵

34. De allí que autores como Zaffaroni y los criminólogos críticos apuesten por el desarrollo de conceptos tales como la culpabilidad por vulnerabilidad, invirtiendo esta selectividad que parece estructural en todo nuestro Derecho.

35. Nos importa la pena como funciona y no la pena como en teoría "debería" funcionar, aunque nunca lo haga. FERRAJOLI, L., *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Madrid, Trotta, 2014. IV. La crisis actual de la democracia constitucional. No es casual que con su garantismo (que impugna el principalismo no positivista de Alexy) que nace en la esfera penal, Ferrajoli de el salto a la discusión –hoy amenazada– de las garantías "constitucionales":

Con Raúl nos terminamos cruzando, pese a que la idea era encontrarnos directamente en Bologna, frente a la casa de Massimo, en la estación de tren de Milán, en el andén 18. Habíamos sacado tickets en el mismo tren. Viajamos juntos de Milán a Bologna.³⁶ Fuimos al hotel a dejar unas cosas, primero. Luego, como nos sobraba tiempo, caminamos por las calles de Bologna, desde el hotel que estaba ubicado frente al arco de la ciudad. Tomamos un café en la estación de tren, parados, charlamos un rato. Comimos un yogur cada uno, esperando que pasara la hora. Luego nos subimos a un taxi y fuimos a la casa. Belinzona 11, dijo Raúl. Apenas llegamos saludamos con un abrazo a Massimo, que nos esperaba, y nos sentamos todos alrededor de una mesa de vidrio, en la cual había un folleto y una tesis sobre derecho penal de una alumna, doctoranda, de Massimo. Pavarini y Raúl enfrentados. Massimo a mi lado al comienzo. Luego vino su mujer y nos sentamos los cuatro. En el medio del encuentro suena el teléfono: era Tamar Pitch, desde España, otra amiga, otra "del palo", como diría Raúl. Yo recordaba los textos de Pitch sobre feminismo que había leí-

del Estado constitucional de Derecho. Se ubica el jurista italiano en la línea de Habermas y Günther, preservando, desde el positivismo metodológico, la legalidad en el Derecho, tomando a los derechos esenciales como reglas más que como "mandatos" de optimización. (*Optimierungsgebote*) No es casual que Ferrajoli suscriba, en esta discusión constitucional alemana, a la línea de Frankfurt Habermas-Günther, crítica del no positivismo de Alexy, que sigue a Dworkin (quien a su vez impugnara el positivismo de Hart) Para Habermas se trata, como para Ferrajoli, de preservar el sentido mismo de la legalidad en el Derecho, (hoy en crisis) evitando regresiones "premodernas", (donde el protagonismo vuelve a los profesores y jueces, no ya al legislador) cuestionando de este modo el activismo de los jueces con su "inventiva" jurisprudencial, con su proliferación de "principios". (Ferrajoli) Esta discusión constitucional (garantismo-principalismo-mayoritarismo; republicanos y liberales) es la contracara de una discusión que se sucede en la dogmática penal alemana. Son dos caras de un mismo debate. La línea de Ferrajoli intenta preservar la legalidad (como Habermas) de embates directos (normalización del estado de excepción, de recortes abiertos de garantías civiles, como denuncia Frankenberg) o indirectos (con el activismo judicial, derivado del principalismo y la ponderación –o *Abwägung*– como método central de aplicación normativa) Son dos caras de una misma tensión, por eso Ferrajoli, Habermas y Klaus Günther participan por igual de ambos debates, del debate penal y del debate constitucional. Porque la erosión de la legalidad (que denuncia Frankenberg) cruza a ambos "campos" de estudio. 36. Zaffaroni tiene unas primas que viven en Como, norte de Italia. Siempre que trabajamos en Friburgo, pasamos, en tren, por Como. Habíamos estado de visita, junto a Raúl, en esa casa en varias oportunidades. Ese año nos encontramos en una librería de Como, que en ese momento festejaba su festival de cine independiente, con el director italo-argentino Marco Bechis, director de Garage Olimpo, que actualmente vive en Milán.

do en cursos de Gabriel Anitua en la UBA, con Julieta Corleto, y también en seminarios del profesor Hendler, donde me tocó exponer textos de Pitch y de Catherine Mackinnon. Todos colegas y amigos. Massimo debe participar a distancia de un congreso en México, que se realiza en homenaje a él mismo, me explica su mujer. Cuando se sienta, Massimo mira en silencio el afiche de ese congreso, sobre el cual está impreso su rostro mismo, antes de este rostro que tiene ahora, con el mismo semblante, pero enflaquecido por la enfermedad. La mujer de Massimo me mira y me pregunta: "*Si eres italiano, me entiendes, ¿no?*". Yo respondo que no cada palabra, pero aun así "entiendo". Y le repito "entiendo". Luego le explico que para mí la comunicación es posible cuando las personas tienen la voluntad de entenderse y, sobretodo, cuando están de acuerdo en las cosas más fundamentales, más profundas, más humanas, más vivas, más de fuego, que no quedan dichas pero están de algún modo sobre la mesa y son parte de nuestro diálogo: esas cosas que nos llevaron a Zaffaroni y a mí esa tarde desde Alemania en tren a esa casa en Bologna. Esa comunicación humana, poética, sensible (de la que tanto necesita nuestro Derecho) es lo que nos llevó, nos permitió a todos entendernos esa tarde en Bologna, como si nos conociéramos de siempre, aunque acabáramos de conocernos". *Ya nos conocíamos*" piensa uno, en esa tarde en la que el tiempo y acaso el dolor se suspendió unas horas, para Massimo y para nosotros, más allá de las palabras. Pica asiente y nos sirve agua con limón a todos. Luego comemos fruta que Pavarini corta despacio con un cuchillo, separando la cáscara, que seguramente ya no puede digerir.

Con pudor me acerco a Pavarini en un determinado momento y le digo: "*Massimo, para mí sería un honor poder tener una foto con usted, no quiero molestarlo*", a lo que Massimo, con una sonrisa, responde encantado (algo que me sorprendió): "*Por supuesto, claro*" y fue el momento más lindo y emotivo de toda la velada: la foto. Massimo trajo su propia máquina de fotografías y su mujer, Pica, nos sacó a los tres en el jardín, "*donde todavía queda un poco de luz*". "*Todavía queda un poco de luz*", fue su frase. (Era tarde, pero en Europa Agosto es verano y sacamos la foto antes de la cena). Todavía me resuena esa frase de la mujer de Massimo antes de salir al jardín: "*Vamos que todavía queda un poco de luz*". Un poco de luz. Nos pusimos los tres (Pavarini, Zaffaroni y yo) frente a Pica, que sacó muchas fotos. Todas de espaldas al jardín, frente a la puerta. Primero con la cámara de Massimo. Luego con nuestros celulares. Fue un momento lindo. Significativo. Emotivo. No baladí. No anecdótico. Los tres

abrazados en el jardín de Massimo Pavarini en Bologna. Porque uno sabe, mientras sacan la foto, que está ahí también para "ponerle el cuerpo" a una situación muy dolorosa. Para poner la cara. Para poner el cuerpo a algo que no tiene respuesta. Para abrazar. Para decir "acá estamos". Para seguir un pensamiento, un ideal, una idea. Para luchar por el derecho, luchando contra la muerte, contra la pena. Contra el dolor. Contra el mal. Contra el sufrimiento y sus heridas. Contra el encierro. Sus marcas. Su llaga. Una llaga que la pena profundiza, nunca cura. Nunca cierra. Siempre agranda. Siempre abre.

Después de la foto, entramos sonrientes de nuevo a la casa y es el único momento en que Massimo habla de su enfermedad: "*Es cuestión de mala suerte*", dice, resignado, pero con una sonrisa, nuevamente. "*Así que no te preocupes por dejar de fumar*", le dice con humor a Raúl. Ambos ríen. Pavarini le pide a Pica luego que traiga "los libros". Se sienta, los abre, escribe cosas en cada uno. Raúl y yo estamos en silencio, Raúl con las dos manos juntas, yo con los pies cruzados, enfrentados. Nos miramos. Luego nos los entrega, a Raúl y a mí, cada uno con una dedicatoria y un mensaje escrito. Son tesoros que uno debe conservar. Una palabra viva. Caliente. Crítica. Justa. Comprometida. La palabra de Massimo. Su forma acaso de decirnos adiós. Tomo el libro. Pero no lo abro. Raúl sí lo abre y lee la dedicatoria. Yo lo imito. El da las gracias. A mi me cuesta hablar. Así que repito lo que dice Raúl: "*Gracias Massimo. Gracias*".

No son los momentos más fáciles, más lindos: la enfermedad no es nunca un momento grato. Es un momento de reflexión. De tristeza. De empatía. De entendimiento. De comunicación generacional, de legado. De mandato. De trascendencia. De Fortaleza. De fuego. Visitar a Pavarini con Zaffaroni, desde Alemania, es desde ya un honor que uno, generacionalmente, como joven abogado, más que predicar, debe merecer, debe ser digno de esto, de estas presencias, de estos libros, de esta palabra viva, de estos diálogos de los que uno ha sido testigo. Esa foto en el jardín de Massimo Pavarini en Bologna, con Zaffaroni, es una foto simbólica, representativa para el garantismo vilipendiado por los que recortan continuamente derechos, para los que piden continuamente y en nombre de una sociedad "más segura", no más sino menos "garantías", no más sino menos "garantismo", como si los derechos humanos –y no el recorte de derechos y garantías constitucionales– fuera el verdadero "problema". Como si la "culpa" de los "problemas" que aquejan a la sociedad (la pobreza, la inseguridad, la desigualdad, el lavado de dinero, la fuga de capitales, no creci-

miento, no desarrollo, la discriminación, la corrupción pública y privada, los fraudes al Estado, las estafas financieras, el narcotráfico, ausencia de rutas, hospitales, colegios, soluciones habitacionales) fueran las garantías constitucionales. El problema no es el "garantismo". El problema es la ausencia de garantías y el recorte de los derechos. Rescatar a la democracia de esta inversión parece fundamental para el futuro de la democracia. Las garantías no son nunca un escollo para la vida en democracia. Al contrario. Son su garantía.

En determinado momento bajamos al estudio con Pica a buscar una clave de internet, que yo necesitaba para comunicarme con mi madre, que estaba cuidando a mi hijo en el hotel. Pica, que preparó con enorme amor una cena exquisita que su propio marido no pudo probar, ya que le costaba tragar, y a mi también durante la cena me empezó en determinado momento a costar tragar, lo tenía a Raúl a mi derecha, Massimo en la cabecera de la mesa, pero siempre sonriendo, con una entereza admirable. La mujer de Pavarini en su estudio, abajo, mientras buscábamos unos libros y la clave de internet, (ellos tienen –tenían– sus estudios enfrentados, trabajaban juntos, mirándose a la cara) se pone a llorar y me dice: "*Cada vez que veo a jóvenes como ustedes que vienen y valoran el pensamiento de Massimo me pongo...*" y tragó saliva. No podía seguir, mientras las lágrimas caían de sus dos hermosos ojos azules: ambivalente, triste por un lado, pero alegre por el otro. "*Estoy triste, sabes, porque siento que lo estamos perdiendo*" dijo. Y me miró fijo, como esperando una respuesta a lo que no tiene ninguna respuesta. Primero guardé silencio. Luego respondí: "*Pero nosotros estamos para seguir su pensamiento, Pica*". A lo que ella entre lágrimas contestó: "*Eso espero. Eso espero*" y volvió a posar su mirada en los libros. Antes había dicho: "*Seguir su pensamiento no es fácil*". A lo que yo respondí, mientras Raúl y Pavarini hablaban arriba, "*Ya lo sé, lo sé muy bien*".³⁷ Seguir al garantismo no es fácil. Ya lo sabemos. Hay discursos antidemocráticos deshumanizantes que son continuamente "hablados" (Hobsbawm diría lenguajes totalitarios, como los que surgen en la escuela de Bonn, que tiene vehementes seguidores en Argentina, que se sienten así

37. "Yo sé que no es fácil", le respondí a la mujer de Massimo, abajo, en su estudio, mientras ella tenía lágrimas en los ojos. Yo sé que no es "fácil" seguir su pensamiento, pero yo igual te lo prometo. Vamos, las nuevas generaciones de abogados críticos de la pena, a seguir el pensamiento de Massimo. A seguir su camino.

más "científicos") que emergen a diario, con su carga de odio y prejuicio, desde muchas tribunas, cómplices muchas de nuestro peor pasado. Pero el garantismo (más próximo a la Escuela de Frankfurt, a Naucke, a Gunter, a Frankenberg, que a Bonn) es el único camino que hay en una democracia: defender las garantías civiles. No hay otro camino. Massimo Pavarini es (fue) un ejemplo a seguir. Un ejemplo de conducta y de pensamiento vivo. Por eso uno debe decir: "*Gracias Massimo. Gracias Pica. Y gracias Raúl. No vamos a ceder. Vamos a seguir este pensamiento crítico en material penal*". "*Aunque no sea fácil*". No nos vamos a mover ni un solo milímetro de allí. Como te dije en el estudio de Massimo en Bologna hace apenas unas meses, Pica: "*Te lo prometo*".

Luego subimos. Pica sirvió toda la comida, panes, patés, pasta. Pero era difícil para nosotros comer. La comida estaba riquísima. Pica misma la había preparado. Massimo no podía digerir la fruta, ni el paté. No podía comer. Aun así estaba en la cabecera de la mesa. Feliz. Valiente. Firme. Consciente. Con Zaffaroni y conmigo a la izquierda de Massimo, frente a nosotros Pica, su mujer y abogada feminista que luego nos acompañó en la cena y a quien dejamos en taxi luego, entrada la noche, frente a su departamento en Bologna. "*Adelante*", dijo Massimo, "*Empiecen*" y nosotros comimos. Él no. Yo en ese momento descubrí que no íbamos a volver a verlo más. Y fue duro por dentro estar sentado en su casa, en su mesa, sabiendo eso. Sabiendo que era la última vez. Que no iba a haber otra oportunidad para vernos.

En determinado momento la mujer le entrega a Massimo un aparato para espantar mosquitos con un cable negro largo. Yo estaba detrás de él, yendo al baño, que estaba al final de un pasillo. Massimo lo toma con ambas manos y me mira y me dice con ironía, en voz baja: "*A través de esta máquina se puede producir el derecho penal bueno*". Se da vuelta nuevamente y me dice –en italiano, sonriendo, con una sonrisa de niño– como develándome un secreto (todavía recuerdo exactamente su rostro con el aparato ese para matar mosquitos en su mano, que él no sabía-o acaso no quería-enchufar, yo iba al baño mientras él buscaba un toma en la pared): "*Por lo tanto no existe. Es una cosa solamente imaginaria*" ("*Veramente immaginaria*", fueron sus literales palabras en italiano, que aún me resuenan en el oído). Pavarini hizo ese comentario porque minutos antes habíamos hablado con Raúl sobre un ensayo titulado "El derecho penal humano". Yo creo que solo es posible –como discutimos también con Kai Ambos en Gottingen (CEDPAL)– un derecho penal "menos inhumano",

que baje su inhumanidad, su crueldad inherente, pero no uno "más humano" (nunca es posible, en mi visión, un derecho penal más "humano", no se puede "humanizar" la pena, volver más "humana", más buena, la "punicción"), porque todo el derecho penal –en mi opinión– es siempre un derecho inhumano, (una contradicción en los términos), la pena es siempre un mal. Un no-derecho. Cuando me levanté para ir al baño fue cuando Massimo, que ya tenía la máquina de matar mosquitos en su mano, dijo, precisamente, eso: el derecho penal "bueno" es una cosa "*veramente imaginaria*". Luego Massimo se volteó y siguió buscando una toma en la pared. Pero yo ya había escuchado esa frase.

Un año antes habíamos estado en un seminario con Zaffaroni en la Universidad de Frankfurt (espacio más progresista en términos penales de todo Alemania, instituto jurídico dirigido por Klaus Günther, discípulo de Habermas, crítico del principialismo de Alexy). En determinado momento, Raúl explica en alemán que deberíamos construir entre todos un "Menschliches Strafrecht" (un derecho penal más humano, yo prefiero usar la expresión "menos inhumano", como dije, porque la pena no es nunca "más humana", nunca es "buena", nunca es "humana", es siempre cruel, entonces puede ser "menos mala", pero no –nunca– "más buena"). Wolfgang Naucke, eminencia, respondió (Zaffaroni me miró durante el seminario, sorprendidos ambos de que Naucke estuviera vivo y estuviera allí, en la conferencia que Zaffaroni brindó, conmigo a su lado para ayudarlo a traducir algún aspecto en la charla) que había una sola forma de construir un "Menschliches Strafrecht" (un derecho penal más humano, como quería Zaffaroni) y es construyendo un "Null Strafrecht": un nulo derecho penal. Un no derecho penal. Un cero derecho penal. Un no a la pena. Una negación del mal llamado "penalismo", de ese arte "abyecto". De este "no derecho".³⁸

Cuando nos íbamos de la casa de Pavarini, ya tarde, Raúl me dice: "*Mirá Guido que ni él (Pavarini) ni yo somos abolicionistas*". Yo contesté: "*Yo tampoco Raúl, yo tampoco*". Pensaba entonces en los criminales procesados y condenados por crímenes de lesa humanidad en Argentina,

38. Fue la primera y única vez que ví en toda mi vida que corrían "por izquierda", por así decirlo, al maestro Zaffaroni. Luego terminamos almorzando con Naucke, en el restaurant Sturm und Drang del Campus Westend, de la Goethe-Universität de Frankfurt, con quien Zaffaroni me conminó a hablar, ya que Naucke es un especialista (y un crítico) de la obra de Paul Anselm von Feuerbach, tema central de mi tesis de doctorado en Derecho Penal.

en los procesos que se siguen en el país por crímenes cometidos durante la dictadura cívico-militar. Pensaba en el caso Simón. Pensaba en Eduardo Luis Duhalde que ya no está con nosotros, pero luchó, desde el Derecho, para que esos juicios fueran efectivos, posibles, existieran. "Yo tampoco".

La clave está en la culpabilidad por vulnerabilidad. En repensar la imputación. En invertir (más que en desaparecer) la selectividad estructural en el derecho. Castigar poderosos, no siempre pobres. Hacen falta cárceles para el crimen de cuello blanco, que es el crimen más "peligroso" para el orden social, aunque nunca es presentado como tal, sino como "reglas de juego" del "libre mercado". Se cambia el lenguaje (se abandona el lenguaje penal, policial, punitivo), cuando los crímenes no son cometidos por pobres, sino por sectores poderosos, que nunca atraviesan, nunca conocen, la criminalización efectiva. Los actos criminales de sectores poderosos no son descriptos con el vocabulario penal. "Tenemos que repensar cómo el Derecho construye la imputación", le digo a Raúl en el taxi que nos lleva al hotel, después de despedirnos de Massimo por última vez. "El propio Código dice las circunstancias son inexcusables", me dice Raúl. Pero la verdad es que no lo son. Son ellas las que determinan, pienso yo, recordando a Spinoza ("La piedra también debe pensar que ella es libre"). Son ellas las que deciden. La filosofía humanista. La conciencia. El sujeto. El acto. Y la imputación en el Derecho. Todos estos aspectos –de la filosofía moderna, del humanismo, una filosofía hoy en crisis³⁹ deben ser repensados. El discurso de la modernidad –sobre el que se edificó la legalidad y el Derecho– debe ser repensando.

39. Pienso en el estructuralismo francés de Claude Levi-Strauss y en sus debates con el humanismo (existencialista) de Sartre. El antihumanismo estructuralista francés, con sus críticas al lenguaje de la modernidad, (Acto, Voluntad, Libre Albedrío, Verdad, Hecho, Historia, Hombre) afecta al lenguaje jurídico. A los conceptos (humanistas) que emplea el Derecho, con su antropología cartesiana dualista. La crisis del discurso de la modernidad supone una crisis del discurso y del lenguaje jurídico. Una crisis del discurso de aplicación y justificación del Derecho. En este camino de "renovación" de categorías el Derecho, a nivel académico, se cruza con diversas disciplinas y enfoques de análisis como la economía, la sociología o la literatura (hay un auge de enfoques como Law and Economics, Law and Literature, Law and Sociology, buscando allí respuestas (y conceptos/parámetros) que ya no encuentra en el Derecho mismo o en la filosofía legal. El Derecho ha decidido, en este marco concreto de crisis del humanismo, abrir sus puertas, asumiendo el desafío, postergado largo tiempo, de la interdisciplinariedad del pensamiento interdisciplinario.

Una vez que llegamos al hotel esa noche nos quedamos tomando un café, comentando lo enfermo que habíamos visto a Massimo. El dolor que esto nos produjo a los dos. "Está muy flaco", dijo Raúl, una vez que nos sentamos en la mesa y Raúl sacó de su bolso negro el edulcorante, que él lleva a todos lados. Yo dije "Sí, pero lo vi bien, lo vi entero". Raúl estaba afligido, yo también, pero Raúl más, aunque no lo decía. Teníamos la seguridad de haber hecho lo correcto en haber viajado juntos a Bologna desde Alemania ese día para despedirnos de él. Luego nos fuimos a dormir, cada uno a su cuarto, tristes, sabiendo pero sin decírnoslo, que esa era la última vez que íbamos a ver a Massimo. Y estoy seguro de que Raúl dejó caer alguna lágrima en la intimidad y soledad de su cuarto. Yo hice lo mismo. Pero son lágrimas de fuego, no son en modo alguno (le diría a Massimo) lágrimas de tristeza, son lágrimas que reafirman y consolidan un compromiso. Gracias Massimo.⁴⁰

Ahora que escribo estas páginas a modo de recuerdo de Pavarini, unos meses después de su muerte, tratando de ir a fondo con sus críticas a este "arte abyecto" que es el "saber" penal, recuerdo las palabras de Pica, su mujer, en su estudio, ahí abajo, cuando entre lágrimas (mientras Pavarini y Zaffaroni hablaban arriba, en el balcón, donde Raúl fumaba, Pica y yo bajamos al estudio que ambos compartían a buscar una clave para poder usar internet) me dijo "lo estamos perdiendo".

Ella se largó a llorar en silencio, como dije. Me dijo "lo estamos perdiendo". Yo le dije "Pero estamos nosotros Pica. Estamos para seguir su pensamiento". Pica se secó las lágrimas y me dijo "Eso espero. Eso espero. Seguirlo a Massimo no es fácil". Claro que no es fácil. Pero como le prometí a Pica, su mujer, esa noche en Bologna, "para esto estamos". (Para qué, sino, preguntaría Artaud, nos han formado) Para seguir ese pensamiento porque, como afirma Zaffaroni, el único pensamiento compatible con el liberalismo (y aunque el propio Zaffaroni, que nos lo ha enseñado, lo olvide o maticé) es un pensamiento crítico con la pena.

El camino para el liberalismo es, en rigor, desde el penalismo, uno solo. No un pensamiento que le busca, a toda esa atrocidad que la pena produce y ha producido, un "fundamento". Un "objetivo". Un argumento.

40. El 13-14 de mayo se organiza un congreso en la Universidad de Bologna, Italia, para recordar la figura de Massimo Pavarini, encuentro en el cual participan el autor de estas líneas y Eugenio R. Zaffaroni.

Una "meta". El no penalismo como única salida "más humana". El no-penalismo es la única salida para el pensamiento liberal contemporáneo. El liberalismo y el penalismo se oponen, no se complementan. Esto es lo que nos mostró Pavarini: que tenemos que salir de la contradicción que supone ser, en el siglo XXI, "penalistas liberales". O se es penalista, o se es liberal. El liberalismo ha desnudado ya sus errores, como afirma Naucke, y este error fue el que ha llevado nada menos que a la legalidad. Nada menos.

Feuerbach, por su parte, fue quien desarrolló el principio de legalidad, como observa bien Thomas Duve, no por convicción sino, más bien, como forma para limitar o acotar su propia teoría de la pena, de la coacción psicológica, que abandonaba el retribucionismo kantiano, entrando, de ese modo, a la prevención general, con el riesgo de que el hombre pase de ser fin a mero medio del castigo, medio –instrumento– del poder punitivo, *medio* de la pena, paradójicamente la legalidad nace limitando la punición, al tiempo que, con esos límites, la legitima y de este modo, como afirma Naucke⁴¹, la establece, la convalida, la "reglamenta".⁴²

No se puede ser las dos cosas al mismo tiempo: El derecho está para combatir el mal que la pena produce, justifica, y agiganta: por eso la categoría misma de "derecho penal" debe ser reemplazada, porque no hay derecho donde hay pena. No hay humanismo, no hay humanidad posible. Solo padecimiento.

MODERNIDAD Y HOLOCAUSTO

El derecho penal, en cierto sentido, produjo el Holocausto.⁴³ La administración burocrática del castigo, con sus miles de funcionarios ciegos que juran "obediencia" a un "sistema" de derecho penal, de justicia penal,

41. NAUCKE, W., "Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs", en *Kieler rechtswissenschaftliche Abhandlungen*. Nr. 3. Hamburg, 1962.

42. DUVE, T. (1999), "¿Del absolutismo ilustrado al liberalismo reformista? La recepción del Código Penal Bávaro de 1813 de P.J.A. von Feuerbach en Argentina y el debate sobre la reforma del derecho penal hasta 1921", en *Revista Historia del Derecho*, 27, 125-152. Y esto es lo que puede terminar fácilmente en un Holocausto. En un Estado que comete crímenes de masa.

43. ADORNO, T. y HORKHEIMER, M., *Dialéctica de la Ilustración*, Buenos Aires, Losada, 2000; BAUMAN, Z., *Modernidad y Holocausto*, Madrid, Sequitur, 2010.

un sistema de derecho con sus normas, que es producto de una "racionalización" (también analizada por el experimento de Milgram, el abogado –el operador jurídico– muchas veces es un autómatas) previa del castigo que permite verlo, de tan racionalizado, de tan formalizado, de tan refinado, como un producto lógicamente derivado y puro de la razón, como una idea abstracta, razón por la cual los operadores (verdugos voluntarios) terminan aplicando castigos sin conciencia de culpa alguna, sin ver,⁴⁴ como si se tratara de un tema ajeno (de un mero "trabajo" abstracto, de una "profesión" como cualquier otra)⁴⁵ lo aplican.⁴⁶ administrando el castigo que es decidido por "la justicia".

La modernidad y Alemania: el desarrollo de la técnica, por un lado, la enorme racionalización del castigo, por el otro, son dos factores que han caracterizado a la sociedad alemana, y se alimentan entre sí, la administrativización-burocrática del "castigo" en los campos de exterminio alemanes (como modelo máximo al que todo castigo, en rigor, aspira, por eso "choca" con los límites que intentan contenerlo, en nombre de la legalidad) no fue un hecho casual ni aislado. La cultura que los respaldó con su obediencia ciega tampoco.

Es por todo eso que estamos obligados a ser prudentes con la escuela de Bonn y las "no personas", con Jakobs otorgando "clases magistrales" en la Universidad Austral, empleando argumentos y categorías –derecho penal de autor y no de acto– como forma de combatir el terrorismo sosteniendo que "no son personas, no tienen derechos humanos porque no son tales, no son personas, son enemigos de la sociedad, y no deben tener por ende garantías", y, así, justificando cárceles clandestinas, sin debido proceso, todo lo cual otorga una puerta de entrada para quebrar la legalidad, la democracia y el Estado de Derecho.⁴⁷

44. Por eso Martha Nussbaum afirma que la literatura (la poesía, en el Derecho) nos permite salir del automatismo, del rol "burocrático" y abrir los ojos también sobre lo que hace nuestra misma "profesión".

45. Como sucedía con los empleados de los campos de exterminio o de los trenes que conducían a esos campos. Cada uno hacía "su trabajo".

46. Como La Rastra, en la Colonia Penitenciaria de Kafka. No se advierte humanismo alguno en el sistema penal de aquella colonia. Y hay muchas "rastras" vivas en nuestro derecho, y muchos abogados que aun operan como "guardianes" de un sistema que cae, como en el cuento, (con sus instrumentos de punición y tortura, que inscriben condenas) lentamente en desuso.

47. Por eso es notable que Jakobs esté de "moda" entre muchos teóricos no liberales de la región, como muchos penalistas en Chile, o en Colombia, país que libra su propia "guerra",

En lo personal, después de todo lo dicho en este texto-recuerdo del encuentro con Massimo Pavarini más por las experiencias personales como la aquí narrada (en Frankfurt, junto a Zaffaroni, Naucke, Günther, Frankenberg, en Bologna, un año después, junto a Pavarini, en Gottingen, en el seminario de Kai Ambos, con colegas de Brasil, como Antonio Martins, entre otros) que por lo aprendido en los manuales y tratados, y es a partir de todo esto que puedo decir que no creo en el derecho penal porque yo no creo en ninguna legitimación justa de la pena. En ningún objetivo legítimo.

Desconfío, como Naucke, de la racionalización "académica" que se hace de la misma sobretodo en Alemania, lo cual es inesperado del error que menciona Naucke en los albores del liberalismo, que comete la paradoja de defender la legalidad defendiendo la pena misma, en lugar de combatirla, asumiendo que esta siempre transgrede los límites que se le imponen, generando un modelo de sociedad que conduce, como vivió Alemania misma, a un genocidio. Todo esto es, además, porque tampoco creo que el derecho penal pueda dejar de ser selectivo, es decir, entiendo que es estructuralmente selectivo, esto es: anti-democrático por naturaleza, anti-constitucional y anti-liberal.

El propio derecho penal es "no derecho". Es –como se ve en las cárceles llenas de pobres– una injusticia extrema, un derecho injusto. Pueden verse los informes anuales, siempre repetidos en sus denuncias, de DDHH del CELS al respecto, para advertir el deterioro de las condiciones de encierro, con el empeoramiento que él mismo produce, muy lejos de "mejorar", las personas "empeoran" en la cárcel: salen "peor" que como entraron. Es notable que para afrontar problemas de inseguridad se reclame mediáticamente "más" de aquello mismo que se asume abiertamente que viene fracasando: la cárcel.

El castigo no "re-educar", no resocializa, no mejora, ni contribuye en nada a la sociedad. Entonces el metamensaje del pedido de más cárcel cuando se reconoce que la misma no funciona como debería ni logra el objetivo que en principio se propone a sí misma (que sería la resocialización), implica pedir "cárcel" como una mera y ciega neutralización, como un muro detrás del cual rige un abandono absoluto que no debe acabarse ni volverse más "humano". Se presupone que la cárcel "funciona mal", pero

aunque aún no ha logrado explicar sus "falsos positivos", cuando el actual Presidente Santos era Ministro del Interior del entonces presidente Alvaro Uribe.

aún así se pide, vindicativamente, implícitamente, más de lo mismo.

Una neutralización eterna, el encierro para siempre: que se "pudran" en la cárcel. Por eso si se espera que las personas se "pudran" allí, a nadie le importará las condiciones inhumanas de detención o encierro que allí existen. Al contrario, se las justifica como parte tácita del "castigo" que las personas que están allí encerradas "se merecen" (al menos informalmente, nunca asumido por el derecho literal) por lo que hicieron. Justamente como no se espera realmente que salgan nunca más es que nadie se preocupa verdaderamente por mejorar las condiciones de detención o encierro inhumano, violento. Al contrario.

Todo ello es porque la sociedad asume, en primer lugar, que la cárcel no resocializa, está solo para neutralizar y no puede ser mejorada, de allí el estado de abandono de las mismas. En segundo lugar, se asume también que las mismas son solo para los pobres, únicos sectores abarcados estructuralmente por el penalismo de hecho, por la criminalización secundaria, única criminalización que importa.

El Derecho Penal, (como pide el pragmatismo filosófico, en la realidad, y no en los papeles, a partir más de sus consecuencias que de sus supuestas "verdades"),⁴⁸ es pensado y aplicado y diseñado para los sectores más carenciados. Por todo eso es que la pena "no debe ser mejorada". La pena, a nivel práctico, violenta postulados básicos de toda constitución, conculcando el principio de inocencia –cuando no los derechos más esenciales–, con casos de hacinamiento, hambre, tortura, abandono. A nivel teórico, reproduce un error presente en los albores de la modernidad, con el liberalismo, cuando nace la legalidad y se establece como principio.

48. La contra cara de la modernidad en el fondo es una tragedia. Bauman, un sociólogo polaco, explica que la modernidad, con sus desarrollos instrumentales, es la que produjo (el avance de la técnica, la deshumanización de los vínculos sociales) el Holocausto. Alemania es un país que creció mucho debido a su cultura y a su esfuerzo, como ya marcó Tácito ("son bárbaros, pero Roma debe cuidarse mucho de ellos, ya que trabajan, son laboriosos"). Pero también es un país que produjo, en ese camino de evolución (de la razón instrumental –Adorno– y de la idea de burocracia –Weber) tragedias que muestran los clarooscuros de este proceso que denominamos "progreso". El derecho penal no es (tan) separable de este "camino" civilizatorio, el derecho con la pena intenta mantener a "raya" a una sociedad –a una población– donde todo "desvío" es una forma de "crimen". La pena –más la amenaza que la pena misma– es inseparable del control social. De la disciplina y el disciplinamiento de poblaciones.

Ninguna pena debe estar, en consecuencia, legitimada, ni en la práctica ni en la teoría. La pena es inhumanidad, representa un derecho técnico que se ha vuelto cruel, inhumano, incapaz de conmoverse, de sentir emociones, de sentir empatía por ese otro que se condena, margina, esposa y encierra. La pena no es derecho⁴⁹, es la negación de todo lo que el derecho representa, una negación de todo lo que el derecho significa. Una aspiración y una apuesta por la humanidad. Por el humanismo. Por eso no es posible, como quería Zaffaroni en Frankfurt, antes de toparse con la respuesta terminante de Naucke en el seminario, un "derecho penal más humano", porque la pena niega eso que el derecho mismo como proyecto humanista, en el siglo XXI, viene a preservar: la humanidad misma.

La dignidad misma es negada por el penalismo en todas sus formas. Por eso entendemos que ninguna pena debe ser legitimada, sino, luego de tantos siglos de fracasos, (de caída de toda teoría "re") de mentiras, de tortura, puesta en cuestión, en tela de juicio. Todo esto porque los discursos humanistas-liberales que rodean a estas teorías –como los que avalan las dictaduras, en nombre de la República, la democracia, el cristianismo, la constitución– no son nunca discursos veraces, son siempre ambiguos, con cometidos falsos. Por eso creemos que no es exagerado, en este camino crítico de la pena y del mal llamado "derecho" penal, asimilar el Estado terrorista (expresión de Duhalde, también empleada por Chomsky) al Estado "criminal" que replica condiciones inhumanas de encierro (no basta con decir, como dice Wacant, cárceles de la miseria, porque fuera de la misma la cárcel, como ve bien Zaffaroni, también es tortura "blanca") en nombre

49. Por ello este texto intentó ser un alegato en contra de la pena. Desnudando las argumentaciones (que hoy vuelven a ser escuchadas, con otros nombres) de autores antirevolucionarios y premodernos, antimodernos, como Josphe de Maiestre con su Exaltación del Verdugo, un autor que no casualmente fue un crítico del igualitarismo de la Revolución Francesa, con su idea de derechos "universales" del Hombre. El Romanticismo, separado de la Ilustración francesa, exalta la Guerra, la desigualdad, la tradición frente a la Razón, la identidad frente a la igualdad de derechos. La crítica de Heidegger a la modernidad no es separable, por otro lado, del nazismo. La modernidad es el igualitarismo. La pena es por naturaleza no igualitaria. La pena no es igualitaria, es selectiva y como es selectiva no respeta la legalidad ni el Estado de Derecho. Desnaturaliza la esencia misma del Estado de Derecho que es la igualdad formal ante la ley. Por eso toda pena es estructuralmente ilegítima, inconstitucional. Ninguna pena está legitimada si se adoptan formalmente los postulados del liberalismo jurídico. Toda pena violenta garantías constitucionales, principios básicos de todo ordenamiento liberal garantista, de todo orden igualitario.

de una "justicia", en nombre de un pretendido –mal llamado– "derecho": el derecho "penal".

El "derecho penal" es un eufemismo teórico que debe ser dejado de lado, reemplazando de raíz el nombre de esta mal fundada disciplina, de este errático y mal pensado, en los albores de la legalidad, campo de estudio, y de esta "ciencia" asentada en falsedades y peticiones de principio.

Donde hay pena, no hay –y no ha habido nunca– derecho. Por eso, –como aprendimos con Naucke, con Hulsman, con Pavarini y con Zaffaroni mismo– es un oxímoron seguir hablando, con la caída de todas las teorías resocializantes, de todos los discursos humanistas que rodeaban o rodearon durante décadas y siglos a la pena, de "derecho" penal. Podemos hablar de "pena", ya que la misma subsiste, como constatamos a diario, como hecho desnudo, no como hecho con respaldo teórico. Lo que no debemos es llamar al producto de la pena "derecho penal", ni estudiarlo como tal. La pena es una forma refinada de la tortura, de crimen, de terrorismo y ya hemos visto –tal como denunció el poeta jesuita Friedrich Spee en Alemania, en el siglo XVI– que la pena no sirve de mucho. La pena es, además, tan ilegítima como la violencia institucional.

Antifonte, Spee, Orígenes, Hulsman, Pavarini, Zaffaroni, Young, ya lo vieron, en distintas épocas, con semejantes argumentos. La pena es, produce y representa un mal. Aumenta la violencia, y así se empeora a la sociedad civil.

Los males deben ser erradicados, prevenidos, no justificados y mucho menos catalogados con la palabra "derecho" o con la palabra "justicia". El Estado no debe ser cómplice de la pena, como no puede ser cómplice de la tortura.⁵⁰

A partir de todo esto, advierto que aún hay un largo camino por recorrer en el Derecho, pero si los derechos "humanos" son un nuevo modelo

50. Por eso el garantismo propone, para salir de este dilema, una transformación integral de la sociedad, que comience por "garantizar" derechos humanos (derechos sociales, económicos) a todos sus miembros. El proyecto igualitarista es inseparable del proyecto del garantismo, que trasciende, y por mucho, al penalismo, a la esfera penal, como demuestra el caso de Ferrajoli, que pasa del garantismo (penal) al ámbito del derecho constitucional. El garantismo transforma de raíz el campo del derecho público. Por eso se habla de "constitucionalismo garantista". Porque el anti-garantismo pone en crisis, „en suspensión“, precisamente, la Constitución: las garantías constitucionales. El Estado (Constitucional) de Derecho.

para el Estado y para todo el Derecho Público, este modelo deberá imponernos repensar de raíz lo que la pena, el encierro, la cárcel, producen y, además, lo que la cárcel significa. Debemos repensar cuál es la esencial diferencia entre las cárceles de hoy, y las cárceles de la dictadura o el Holocausto. Si la respuesta es que no hay una diferencia sustancial, sino muchas veces meramente de "grado", entonces no podemos seguir hablando ya de "derecho" allí donde haya una pena⁵¹.

La pena parece incompatible con un enfoque crítico de derechos humanos.⁵² Donde los derechos humanos se convierten no ya en una rama sino en un modelo para todo el derecho –Rorty, a instancias de Eduardo Rabossi, habla de una "cultura"– la pena (el penalismo) es puesto en tela de juicio como campo de saber, como disciplina. Si el "derecho" es derecho

51. Las críticas de Naucke al liberalismo en el plano penal no deben ser tomadas como funcionales a los elementos anti-liberales presentes en la actualidad en la doctrina penal (de Bonn, por ejemplo), sino en términos estrictamente históricos, de evolución histórica, de críticas a la forma en que se gestó con Feuerbach la legalidad en el Derecho Penal, legitimando o justificando la pena misma, trazándole límites. Giuseppe Bettiol condenaba el subjetivismo intuicionismo de las teorías penales nacionalsocialistas. Zaffaroni fue amigo de Bettiol, estudiaron juntos en Alemania, ambos estaban muy familiarizados con la dogmática alemana. La responsabilidad debe basarse en la realización de un hecho (no, por ejemplo, en la violación de un "deber", en la no asunción de un "rol"). Derecho penal de acto, no derecho penal de autor. No-peligrosismo. Derecho penal del enemigo, siendo "enemigo" quien no adhiere a los valores dominantes en una sociedad. Todas estas conceptualizaciones anti-liberales presentes (nuevamente) en la doctrina penal, que olvidan el esencial rol del bien jurídico, son impugnadas también por Naucke y la escuela de Frankfurt. El delito no como violación de un deber (o de un "rol") sino como afectación concreta de un bien jurídico cuya lesión efectiva es indispensable para justificar una pena. La teoría liberal del bien jurídico se ha visto desdibujada en los últimos años producto de la erosión continua del estado de derecho y el principio de legalidad.

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

humano la pena ya no puede ser –en modo alguno– “derecho”, allí ya no podrá haber “derecho penal”.

El liberalismo nos permite vislumbrar y romper esta contradicción en la que los “penalistas” nos encontramos inmersos. La modernidad jurídica habría dado, en el plano penal al menos, un paso en falso, en la dirección equivocada. Esto es lo que Naucke impugna como error de base de todo el liberalismo: La paradoja que él advierte, también, es que la “legalidad moderna” (penal, en palabras de Feuerbach) se funda y se fundamenta sobre este primer error del liberalismo. Por eso esta crítica penal tiene alcances que la trascienden y ponen en tensión el sentido mismo de nuestro Estado Constitucional de Derecho: el rol del Estado.

Como afirma Zaffaroni, para el liberalismo el camino es uno solo: no legitimar aquello que nunca debió haber sido legitimado y que nunca debió haber encontrado justificación. En este sentido, la pena, como la tortura, reniegan el Derecho.

El Derecho se opone a la tortura –ya desde Antifonte y Spee–, pero también, como muestran Naucke, Pavarini, Hulsman y Zaffaroni, se opone a la pena misma y al “saber” de la pena –el derecho penal–, porque donde hay pena (como donde hay tortura) no hay Derecho alguno, ni saber, ni argumento, ni campo de estudio.

En síntesis, si no puede hablarse de “*Menschliches Strafrecht*” –ley penal humana–, porque solo un “*null Strafrecht*” –“ningún derecho penal”– sería, como afirma Naucke, al cuestionar a Feuerbach y su error liberal histórico, un derecho penal humano. Es decir, si, como afirma Pavarini, un derecho penal bueno es solo una cosa “*veramente imaginaria*”, inexistente, solo puede hablarse de derecho penal menos inhumano partiendo de su “inhumanidad”⁵³ –y no de su “humanidad”, ya que hablar de un derecho penal “más humano” –en palabras de Kai Ambos– presupondría partir de su humanidad como un hecho mínima o remotamente presente cuando, precisamente, es este el “hecho” que estamos negando.

A partir de todo lo dicho es que, entonces, debieran descartarse fórmulas como “*Menschliches Strafrecht*”, o derecho penal “más humano”, “menos inhumano” o “bueno” –entendiendo al derecho como la justificación para un mal como la pena–. Entonces, si a través de esta discusión

53. De conformidad con lo debatido con Kai Ambos antes de la conferencia con Zaffaroni en el CEDPAL, en Gottingen, luego de la conferencia en Frankfurt con Klaus Gunter.

terminológica en Alemania e Italia con Naucke, Gunter, Ambos y Pavarini, concluimos que el término mismo que empleamos para denominar a nuestra disciplina es un error ya no podrá hablarse, en consecuencia, de "derecho penal", ya que aquello carece en absoluto de "humanidad", porque el encierro –como reconoce el propio Zaffaroni– no lo es. No podemos, entonces, hablar de "derecho penal" a secas.

Todo esto es porque una justificación para algo que no es bueno sino que es un mal y que no es humano– no puede ser derecho. Por eso entendemos que lentamente la doctrina debe optar por ir dejando de lado la categorización empleada por siglos y comenzar a optar por otra terminología que problematice mejor esta disciplina de modo tal que permita ver sus agujeros, dilemas y contradicciones "liberales", sus vacíos, sus "silencios ilustrados" y su violencia no dicha.⁵⁴

Lo que propongo no se trata de refundar los estudios penales sino de cambiar el nombre mismo de nuestra disciplina, ya que el derecho penal expresa una idea equivocada. Expresa esto que Naucke y Zaffaroni han visto con claridad⁵⁵ "el error histórico del liberalismo", que es lo que nos permitió y sigue permitiendo hablar mansamente de un "derecho penal". Esto es así ya que si el liberalismo no se hubiera "equivocado" poniendo límites como modo indirecto de justificación de una pena que siempre los transgrede, hoy no estaríamos hablando de derecho penal.

Si hoy discutimos respecto de ello es porque la pena fue justificada por quienes crearon los límites que la pena misma no respetó nunca, y es por eso que hoy vivimos –aún en las democracias más avanzadas– una rehabilitación judicial de la tortura, no solo de la pena –tal como denuncia Butler en Estados Unidos–. Gracias al "error del liberalismo" es que hoy tenemos cárceles clandestinas, sin debido proceso, sin derecho a defensa en juicio, sin principio de inocencia, en la principal "democracia" del mundo.⁵⁶

54. Nombrada si por la literatura (Kafka) y los criminólogos críticos (minimalistas, abolicionistas, Loic Waquant, Hulsman, Young, entre otros), pero no por el Derecho.

55. Zaffaroni y Naucke plantearon esto juntos, a la salida del seminario de Frankfurt en mayo de 2014.

56. FRANKENBERG, Günter. *Political Technology and the Erosion of the Rule of Law. Normalizing the State of Exception*. Elgar Monographs in Constitutional and Administrative Law Series, Edward Elgar, MA; USA, 2014. La crisis del Estado de Derecho por el resurgimiento ("normalizado" como nueva "regla") de los "estados de excepción" (la justificación de las torturas como "técnicas de interrogatorio mejoradas", o los escándalos de espionaje

La pena ha superado y atravesado al derecho vaciándolo de su contenido moral, de su costado "humano", y es por esto que sencillamente no podemos seguir hablando de derecho penal en tanto la pena niega todo derecho humano. Continuar hablando de derecho penal implicaría convalidar el error mencionado, el que cometió Feuerbach, artífice de la legalidad penal moderna⁵⁷, que consistió en legitimar el penalismo y crearlo como campo de saber, como disciplina.⁵⁸

El hecho de que dentro del campo del derecho sea tolerado hablar de "pena" no hace más que confirmar el error del liberalismo, del cual parte la criminología de hoy, intentando liberar o desprender al derecho de él. Hablar del derecho penal es como hablar del derecho a la tortura, excepto que este último saber nunca existió porque el liberalismo no cometió con la tortura el mismo error que con la pena al justificarla. Propongo, en suma, como forma de reconocer el error liberal que está en la base de nuestra disciplina y que puede situarse en el momento en que Feuerbach, como forma de contener el alcance de la pena, abandona el retribucionismo y lo reemplaza por el "liberalismo" penal, cuando la legalidad termina justificando una pena realtiva a objetivos que luego la trascienden. La categoría de derecho penal debería ser, a la luz de estas consideraciones históricas, descartada, reemplazada. El derecho y la pena son antónimos, se excluyen y se oponen.

Donde habrá pena no habrán derechos humanos y es por esto que la pena es combatida por un enfoque del derecho que tiene su centro, preci-

masivo –prácticas de espionaje que se suceden –sin excepción– en casi todas las democracias occidentales modernas– que, en nombre del combate al terrorismo, terminan haciendo espionaje sobre políticos, diplomáticos, empresarios, jueces, periodistas y académicos del mundo entero), entraña, como advierte Günter Frankenberg, la crisis del principio de legalidad moderno. La crisis del Estado de Derecho. Afectan la participación ciudadana. Las libertades civiles más esenciales. De esta manera, (y con las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación), se termina reconfigurando (y desdibujando) la línea que divide lo público de lo privado, afectando o recortando la libertad de expresión. (CAPELLA, Juan. *Fruta Prohibida. La construcción jurídica de la modernidad*, Madrid. Trotta, 1999). 57. DUVE, T. *Op. Cit.* 1998.

58. Y aquí la ambivalencia del término disciplina ("disciplinar" como la ambivalencia del adjetivo "normal" que significa "de acuerdo con la norma" está plenamente justificado, ya que el saber "disciplina", como advierte lúcidamente Foucault. El conocimiento en ningún plano es inocente ni neutral.

samente, en los derechos humanos como "nuevo paradigma".⁵⁹ Lo primero que debe hacer el derecho para ser "humano" es emanciparse de la pena, de su sentido, sus formas y su lenguaje ya que la pena condiciona toda la labor del Derecho, y no solo en el campo penla ya que la "sanción" es un modelo, un lenguaje que se replica en los ámbitos más diversos –desde la salud mental hasta la tutela de los menores pasando por la discrecionalidad administrativa del Estado–.

El castigo es un modelo que fue moldeando (con disciplinas y educación)⁶⁰ a nuestra sociedad. Si la pena contradice al derecho no se puede seguir hablando de derecho penal tampoco a efectos pedagógicos, de programas de estudio.

La hermenéutica nos enseña que los mayores desafíos o problemas están en los lugares menos pensados. El mayor presupuesto "problemático" de nuestra ciencia está en el nombre mismo que le hemos dado –a la luz del error clásico del liberalismo, en los albores de la legalidad– a nuestra disciplina o campo del Saber: no hay un genuino "dercho penal" sino un derecho que combate la deshumanización de la pena.

Un derecho es más humano si combate lo que el penalismo mismo produce y justifica abiertamente –teniendo en cuenta, además, que toda justificación es normativa, el ser y el deber ser, como muestra Kafka, se mezclan en las descripciones–

La pena –todo mal impuesto a sabiendas de que es un mal– desde el Estado, es la degradación, la caída⁶¹, y es por ello que el "terrorismo" de Estado no es igualable a acciones criminales cometidas por sujetos aislados o grupos. Porque el Estado –diría Hegel– tiene una misión mucho más alta.

59. Rorty habla de cultura, otros autores de "movimiento" de emancipación.

60. FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1997.

61. Para emplear un término de Camus, quien profundiza estos temas en su brillante novela *El Extranjero*. El preso está siempre hundido en un pozo. Este condenado a muerte (o no), siempre es eso, a fin de cuentas, lo que el reo espera en prisión: son muertos en vida, no resocializados, sino abandonados a su suerte, para que se "pudran" en la cárcel. Todos esperan la muerte. Nadie espera que realmente salgan nunca de allí. Cualquier salida es presentada mediáticamente como „imprudencias de jueces garantistas“. No como respeto a la constitución. Esta inversión antigarantista del discurso republicano no es un accidente. Por eso toda pena nace como pena de muerte y conserva, de muchos modos, ese sentido latente. Ese objetivo de neutralización de la persona. Por eso no hay nada "humano" en esto que la pena busca o produce. Es todo inhumano. Es todo crueldad y abandono. Es todo degradación. Todo sufrimiento. Todo tortura.

Nosotros creemos, con esta óptica, que el Estado no puede justificar un mal a partir de otro, incluso si este lo es, el Estado no puede responder del mismo modo, y este razonamiento es el que se emplea para denunciar al "terrorismo de Estado (el Estado no puede ser el mismo "terrorista", del mismo modo en que no puede torturar, responder del mismo modo y devolver un mal con otro crimen. La pena es un crimen, un mal y un Estado no puede imponer males, ya que haciendo eso también es terrorista, y del mismo modo que se combate la pena de muerte, se debe combatir, con exactamente los mismos argumentos y la misma lógica, toda pena y el hecho mismo de penar.

La distinción entre la pena y la tortura es en sí misma problemática y se desdibuja a medida que avanzamos con el análisis de las cárceles en la práctica, con un enfoque cercano al pragmatismo. No debiera darse por sentado, desde una óptica pragmática, tal distinción, entre lo que es penar y lo que es o significa torturar. Las condiciones de detención o encierro de muchas cárceles configuran abiertamente situaciones de tortura, haciendo responsables a los estados.

De allí los habeas corpus colectivos del CELS y los fuertes cuestionamientos de muchos organismos de derechos humanos⁶². Los funcionamientos de las cárceles, como observó Loic Waqant en Argentina, distan de ser ideales, no hay ideal alguno, no se busca nunca la "resocialización" de seres humanos, sino que más bien se imponen la deshumanización como regla, la violencia como norma, el destrato, la degradación, la neutralización y la tortura. En lugar de la "mejora", el sufrimiento, y aquí aparece la última idea que pretendemos analizar en este breve trabajo: la idea latente (más allá de los argumentos y objetivos explicitados por el derecho "penal" liberal", es la idea implícita en nuestra cultura, pero que aflora en el inconsciente colectivo de muchas formas cada vez que se hace público un caso de linchamiento (mal llamado justicia por mano propia) o de torturas en las comisarias de jóvenes pobres que es la idea –ya presente en el teatro antiguo, griego, de Esquilo y Sofocles– de que se "aprende a través del sufrimiento" (*pathei mathos*).

Esta idea, tan rudimentaria, tan antigua, es la base de todo derecho penal, de todo sistema penal y punitivo y se extiende, incluso coloquialmente, hasta nuestros días. La idea de que el sufrimiento (el encierro, la cárcel, la pena, la tortura misma) sirven para aprender, para re-educar a las

62. Un ejemplo dramático sobre el sentido del castigar fue la masacre de Carandiru, en Brasil.

personas. Es aquí precisamente donde los extremos de la tortura y de la pena, como dijimos antes, se tocan, los límites entre ambas se desdibujan, se confunden entre sí y por eso es un error, como vimos, seguir hablando de un derecho que justifica que la pena. No solo la pena, o sencillamente, lo que la pena es: algo inescindible, en la práctica más visible, de la tortura y la violencia física y moral. Cuando un joven es detenido y golpeado por la policía o hay linchamientos en la vía pública, muchos ciudadanos reaccionan espontáneamente con frases como "está bien". Esto nos demuestra que está implícita la idea de que a través del castigo –la pena, los golpes, la tortura– se "aprende", de que el sufrimiento permite ver, conocer, abrir los ojos, ser "re-educado". Esta idea primitiva, es la base de todo el aparato penal, de todo el sistema punitivo hasta nuestros días.

Todas las "teorías re" pueden haber caído –como bien menciona Pavarini– pero la pena, aún así, se mantiene y lo hace porque el sentido latente de la misma no eran esas teorías de resocialización humanistas, liberales, sino la otra idea, latente, pero firme desde la antigüedad de que a través del sufrimiento se aprende.

Aquí reaparece la ambigüedad que menciona Foucault en la hermenéutica del sujeto y el orden del discurso: cómo se construye el saber, cómo se construye –a la vez que se disciplina– a la sociedad. Por eso el campo del saber está dividido en disciplinas, cada una con su norma y su actuar normal o normalizado, donde lo que importa es ser "normal". Entonces vemos que el sentido de la pena no es el que postulan las "teorías re", que han caído mientras que la pena sigue en pie, como un hecho del poder que normaliza y reglamenta, disciplina, orienta y condiciona.

Este modelo "penal" es algo que trasciende –tal como sostiene Bauman en "Modernidad y Holocausto") en mucho al derecho, configura a todo el Estado y sus relaciones con los individuos en planos de familia, de educación, de crianza, de comportamiento en la vía pública, de tratamiento de "incapaces", menores y ancianos.⁶³

63. Esto es lo que precisamente trata Kafka en su cuento célebre "*La Colonia Penitenciaria*", con esa rastra con agujas que escribe (inscribe) en la piel del condenado el sentido mismo de su condena. Y el reo antes de morir desangrado, con la rastra que escribe la condena por su delito en la espalda del condenado, ve, el funcionario de la rastra dice que el preso, agonizando, unos segundos antes de morir entre vómitos, abre los ojos, porque comprende en un instante el sentido, el mensaje, de la condena; luego muere. Pero muere "reeducado" por el Derecho penal, por la pena, por la rastra

La pena nunca reconoce límites –como sostenía Pavarini– los transgrede, se vuelve autónoma –como la rastra del cuento de Kafka, trabaja sola–. La pena se vuelve mecánica, automatizada, inmoral e inhumana y su sentido es uno solo: no la reeducación sino la muerte del condenado, la neutralización, para que “se pudran en la cárcel”, detrás de esos muros, donde ya no los vemos, no los sentimos.

El hecho mismo de penar es, por la genealogía del lenguaje, la pena de muerte (*pathei matos*). La muerte, de muy diversas maneras, es el sentido no figurado sino real de la pena. Sea abiertamente, con la pena „capital o sea “dejando morir” –en palabras de Foucault– en las cárceles clandestinas⁶⁴. Los presos salen “peor que como entraron” y muchos buscan –directa o indirectamente– su “revancha por el mal que han sufrido, porque las cárceles no serán nunca “*sanas y limpias para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas*”.⁶⁵

El “*pathei matos*” es el fundamento latente de todo castigo. No hay “teoría re” ni discurso humanista que la justifique, la pena no es más que el encorsetamiento represivo de una persona, es parte de un sistema disciplinario represivo que influye notablemente en la educación y en la formación humana, en la “crianza”.⁶⁶ De esto se trata, precisamente, la biopolítica, base de todo totalitarismo.⁶⁷

64. Hoy se emplea, en un contexto dominado, como advierte Judith Butler en Estados Unidos, por el resurgimiento de la doctrina de seguridad nacional, el eufemismo de “técnicas de interrogatorio mejoradas” para justificar el uso de torturas como el submarino, rompiendo con un consenso básico de posguerra acerca de la “prohibición absoluta de tortura”, sin excepciones, principio que hoy se encuentra, como advierten diversos organismos, resquebrajado. Detrás de esta crisis, está la crisis misma del Estado de Derecho, de la democracia constitucional, con la normalización de las “excepciones”, de los estados de excepción, que pasan a ser, lentamente, y sin que nos demos acabada cuenta muchas veces, con sus recortes de garantías civiles, las nuevas “reglas” en nuestras democracias. Una democracia sin derechos civiles termina siendo apenas una cáscara vacía. Una pantalla de un orden político donde la participación, la autonomía civil, y la libertad de expresión, quedan desdibujadas.

65. La filosofía detrás de ese artículo de nuestra Constitución fue el positivismo biológico, de la criminología positivista, de tiempos de Ingenieros, primer director (medico) del Departamento de Criminología de la UBA, partidario de la filosofía según la cual quienes delinquen no son agentes libres sino “víctimas de una pulsión o circunstancia”.

66. SLOTERDIJK, P., *Normas para el parque humano*, Madrid, Ediciones Siruela, 2000.

67. FOUCAULT, M. (2000), *Defender la Sociedad*, Curso en el Collège de France (1975-1976). Traducción al castellano de Horacio Pons, Buenos Aires, FCE.

Nos encontramos, entonces, ante el siguiente dilema: más derecho penal –más criminalización o más derechos sociales. De un lado, los sectores que piden más derechos sociales, más reconocimiento, y del otro, los que piden (o proponen, como vía para solucionar conflictos sociales) más penas, “mejorar las cárceles” que jamás podrán ser mejoradas porque su esencia latente es proporcionar un trato inhumano, cruel, y degradante a las personas).

El vértice de ambas posiciones es la desigualdad y la pobreza –incompatible con la vida plena en democracia, demostrando que el frágil consenso de posguerra, que asociaba capitalismo y democracia, está resquebrajado, como afirma Thomas Pogge– y la forma de abordarla desde el constitucionalismo y el Estado.⁶⁸ Desde el constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli, único que preserva, con un Estado de Derecho en crisis, con continuos recortes de garantíasLa salida a la crisis de la legalidad pasa, contra lo que suele postularse, por aumentar los derechos civiles,⁶⁹ por reconocer más derechos y garantías.

En consecuencia, no es posible, como creyó o sugirió Zaffaroni en Frankfurt, un derecho penal “más” humano. Porque todo lo que ha hecho (y representado) el derecho penal, a lo largo de toda su historia,⁷⁰ no ha sido sino eso que Pavarini denunció en sus trabajos: inhumanidad, negación de lo humano, diversas formas de atropellar y conculcar, continuamente, con diversas excusas (que ya no vale la pena llamar “argumentos”, ni “teorías”) la dignidad.

68. El dilema que plantea Roberto Gargarella desde el derecho constitucional es el que explica (aunque él lo impugne desde otro ángulo) la importancia del garantismo y del constitucionalismo garantista (que el cuestiona por “elitista”, desde una posición mayoritarista próxima al pensamiento de Jeremy Waldron), en este sentido ver: GARGARELLA, R. “Más derecho penal o más derechos sociales?”, en *Diario La Nación*, Buenos Aires, 2011.

69. CARBONELL, M. “Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales en tiempos de emergencia”, en *Estudios Constitucionales*, Año. 6, N° 1, 2008, pp. 249-263, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.

70. ANITUA, G. *Historia de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Del Puerto, 2008.

CÓMO PUBLICAR EN *LECCIONES Y ENSAYOS*

PAUTAS FORMALES PARA LA PRESENTACIÓN DE TRABAJOS

1. 1. Deberán ser originales e inéditos, redactados en procesador de texto –preferentemente Microsoft Word 2003 o posterior– en fuente Times New Roman tamaño 12 pts., interlineado de 1,5 líneas, hoja tamaño A4 (21 x 29,7 cm.) y márgenes por defecto (superior e inferior 2,5 cm.; izquierdo y derecho 3 cm.). La extensión del trabajo, incluyendo las referencias bibliográficas, deberá ser de veinte (20) a treinta (30) páginas.
Por carácter inédito se entiende que el texto no debe estar publicado, total o parcialmente, en soporte papel ni digital alguno, lo que incluye aunque no se limita a: libros, capítulos de libros, artículos, compilaciones, revistas impresas o electrónicas, suplementos digitales, blogs y sitios de Internet en general.
2. Deberá seguirse el siguiente orden en la presentación:
 - a. Título del trabajo en español;
 - b. Pseudónimo escogido por el autor, que no deberá dar lugar a la inducción de su identidad;
 - c. Resumen del trabajo en español (5 a 15 líneas);
 - d. Palabras clave en español;
 - e. *Abstract* del trabajo en inglés (de ser posible);
 - f. *Key words* en inglés (de ser posible);
 - g. Cuerpo del trabajo;
 - h. Referencias bibliográficas.
3. 3. Las notas a pie de página se consignarán sucesivamente en el cuerpo del trabajo y no al final del documento. Deberán utilizarse tanto para los comentarios que el autor considere ilustrativos o secundarios como para las citas bibliográficas (sin perjuicio de consignar las referencias bibliográficas al final del trabajo).

4. Se deberá seguir el siguiente sistema para citar:

- a. **Libros.** Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor, título del libro (en itálicas), ciudad de edición, editorial, año, tomo –de haberlo–, número/s de página.

De haber cuatro autores o más, deberá consignarse el que primero aparezca en la publicación seguido de la fórmula "*et al.*".

De tratarse de una compilación, deberá indicarse el nombre del compilador, seguido de la fórmula "(comp.)". Lo mismo en el caso del director y/o coordinador, con las fórmulas "(dir.)" y "(coord.)".

Ejemplo: PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, t. 1, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, pp. 49-50.

- b. **Capítulos de libros.** Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor del capítulo, título del capítulo (entre comillas), "en", apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor del libro, título del libro (en itálicas), ciudad de edición, editorial, año, tomo –de haberlo–, número/s de página.

Se aplican las pautas del punto (a), segundo y tercer párrafo.

Ejemplo: JELONCHE, Edgar I., "Gobierno societario y mercado de capitales", en ETCHEVERRY, Raúl A., CHOMER, Héctor O. y GENOVESI, Luis M., *Derecho Comercial y de los Negocios*, t. 1, Buenos Aires, Eudeba, 2007, p. 81.

- c. **Artículos publicados en revistas.** Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor del artículo, título del artículo (entre comillas), "en", apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del/de los director/es de la revista –de corresponder–, nombre de la revista (en itálicas), número de la revista, ciudad de edición, editorial, año de publicación, número/s de página.

Ejemplo: IRIBARNE, Santiago P. y BRAVO_D'ANDRÉ, Ignacio M., "De los problemas que presenta la incorporación del daño punitivo", en ALTERINI, Atilio A. (dir.),

Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, n° 5, Buenos Aires, La Ley, mayo de 2009, p. 32.

Ejemplo: BENENTE, Mauro, "‘Fuera de la Corte Suprema’. Breves notas sobre las protestas frente al máximo tribunal", en *Lecciones y Ensayos*, n° 88, Buenos Aires, Eudeba, 2010, p. 235.

Para revistas ampliamente conocidas, podrá utilizarse el sistema simplificado tradicional (LL 1990-A-324, JA 1999-II-230, etcétera).

- d. **Artículos publicados en Internet.** Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor del artículo, título del artículo (en itálicas), "consultado en", dirección completa del vínculo entre corchetes, "en fecha", fecha de consulta.

Ejemplo: BEADE, Gustavo A., *El problema del antiperfeccionismo en el liberalismo de Carlos S. Nino*, consultado en [http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia35/Isono_356.pdf] el 11/12/2012].

5. Para consignar las referencias bibliográficas al final del trabajo, deberán seguirse las pautas para citar, salvo los siguientes puntos:
 - a. En el caso de libros, no deberá consignarse número de página alguno.
 - b. En el caso de capítulos de libros, deberá consignarse de qué página a qué página del libro abarca el capítulo (no la/s página/s citada/s)
 - c. En el caso de artículos publicados en revistas, deberá consignarse de qué página a qué página del libro abarca el artículo (no la/s página/s citada/s).
 - d. El listado de las referencias deberá hacerse en orden alfabético según apellido del autor.
6. Junto con el trabajo, deberá enviarse un documento por separado donde se asocie el pseudónimo escogido por el autor con su nombre y apellido, y en el cual se consignen además los siguientes datos: tipo

y número de documento, domicilio, número de teléfono, dirección de correo electrónico actual, condición de estudiante o graduado. También podrá incluirse cualquier breve reseña curricular, dedicatoria y/o agradecimientos que el autor deseara formular para el caso de que el trabajo sea publicado, con tal que no superen los 350 caracteres con espacios en total.

7. El trabajo deberá enviarse exclusivamente por correo electrónico, a la dirección lye@derecho.uba.ar. Dentro de las 24 hs. se contestará con un acuse de recibo.
8. El envío de trabajos para su publicación en *Lecciones y Ensayos* implica la autorización para su publicación en la Revista y en cualquier soporte físico o digital que determine la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Los autores asumen exclusiva responsabilidad por los reclamos de cualquier naturaleza que pudieran efectuar terceros respecto de la originalidad del ensayo o por cualquier otra causa sobre el texto presentado.

PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

Los trabajos están sujetos al sistema de referato. En consecuencia, los ensayos y las lecciones son asignadas por la Secretaría de Redacción a un número determinado de miembros del Consejo de Redacción –tres (3) en la presente edición– bajo seudónimo, para preservar el anonimato y evitar la distorsión de las condiciones de evaluación. Estos miembros se expiden a través un dictamen escrito que contiene sus consideraciones e indica el voto a favor o en contra de la publicación.

La Secretaría de Redacción podrá decidir que los trabajos sean evaluados a través de un procedimiento de evaluación externa. En ese caso, serán asignados a miembros del Consejo Asesor –dos (2) en la presente edición– bajo seudónimo. Estos miembros se expiden también a través de un dictamen escrito en el que se indica su voto a favor o en contra de la publicación y fundamentos.

En ambos casos, de formarse el voto unánime de los dictaminantes a favor de la publicación de la asignación, esta queda preseleccionada para el cierre editorial del número. Por el contrario, si todos los dictaminantes se expiden en contra, la obra es desestimada. Si hubiera disidencias en el sentido de sus votos, el escrito es elevado a la consideración del cuerpo editorial en pleno (plenario). En los tres supuestos, el autor recibe los votos fundamentados de los dictaminantes.

El plenario es la instancia donde la potencial publicación de los trabajos es debatida por la totalidad de los miembros del Consejo de Redacción y decidida a favor o en contra por mayoría simple, sin manifestación al autor de los fundamentos.

A diferencia de los ensayos y las lecciones, las obras presentadas para otras secciones de la Revista –reseñas bibliográficas, comentarios jurisprudenciales, etc.– son directamente sometidas a la evaluación del plenario, sin la instancia previa en la que se elaboran dictámenes individuales.

Todos los escritos que el Consejo de Redacción haya determinado como publicables quedan preseleccionados para su reconsideración al momento del cierre editorial. Así, en la etapa de conformación definitiva del número, los trabajos preseleccionados son nuevamente clasificados por el

pleno para decidir cuáles son incluidos en la publicación física y digital. Todo escrito restante –es decir, no incluidos– es tenido por preseleccionado para su eventual inclusión en un número ulterior, si su autor así lo desea.

La presentación de trabajos para la consideración del Consejo de Redacción implica la autorización para su publicación en la revista *Lecciones y Ensayos*, tanto en su versión en papel como en su versión digital, en el portal de la Facultad de Derecho de la UBA.

CÓMO PARTICIPAR

Lecciones y Ensayos es una Revista Jurídica semestral dirigida por estudiantes dependiente del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fue fundada en el año 1956 y desde entonces ha cumplido el papel de foro editorial de profesores y alumnos, sin más requisito que la excelencia académica.

La Revista *Lecciones y Ensayos* se caracteriza por estar gestionada a partir de un diseño institucional basado en procedimientos democráticos de toma de decisiones que involucran a todos los miembros del Consejo de Redacción de la revista que una vez por semana se reúnen para deliberar en torno a las tareas editoriales. Si querés participar de la revista, podés acercarte a nuestras reuniones los días jueves a las 20 hs.

Las reuniones tienen lugar en nuestra oficina ubicada en la Planta Principal, Pasillo Sumarios (al lado del Salón Verde) de la Facultad de Derecho.

También podés comunicarte con nosotros por teléfono (+54 11) 4809-5668 o enviándonos un e-mail a lye@derecho.uba.ar o direccionlye@derecho.uba.ar.

El único requisito para formar parte de *Lecciones y Ensayos* es ser alumno regular de alguna de las carreras de grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

