

PENSAR EN DERECHO N°6

 *eudeba*



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

PENSAR EN **DERECHO**

NRO. 6 AÑO 4

Comité editorial

Guido Barbarosch
Ivana Bloch
María Victoria Famá
Gisela Makowski
Juan Pablo Mugnolo
Alberto A. Spota
Iván Cristóbal Tolnay de Hagymassy

Coordinación de la revista

Bárbara Weinschelbaum

Comité Académico

Susana Albanese
Susana Cayuso
Raúl Etcheverry
Fernando García Pullés
Carlos Gherzi
Adrián Goldin
Martín Krause
Delia Lipszyc
Luis Niño
Renato Rabbi Baldi



Eudeba
Universidad de Buenos Aires

1º edición: julio 2015

© 2015 Eudeba
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

ISSN: 2314-0194



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



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Autoridades

Decana: *Dra. Mónica Pinto*

Vicedecano: *Dr. Alberto J. Bueres*

Consejo Directivo de la Facultad de Derecho

Claustro de profesores

Consejeros titulares

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

Consejeros suplentes

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

Claustro de graduados

Consejeros titulares

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

Consejeros suplentes

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

Claustro de estudiantes

Consejeros titulares

Leandro Mutchinick
Alejandro Maronna
Micaela Pisterman Rozenek
Florencia Levato

Consejeros suplentes

Carlos Plaza
Catalina Cancela Echegaray
Tomás González Vera
Patricio Méndez Montenegro

Representante No Docente

Miguel Muñoz

Secretarios

Secretaria Académica: *Dra. Silvia C. Nonna*

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

Secretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil: *Ab. Oscar M. Zoppi*

Secretario de Investigación: *Dr. Marcelo Alegre*

Secretario Técnico: *Mag. Alejandro Gómez*

Secretario de Vinculación Ciudadana: *Nicolás de la Cruz García*

Subsecretarios

Subsecretario Académico: *Ab. Lucas Bettendorff*

Subsecretario de Administración: *Ab. Rodrigo Masini*

Subsecretaria de Relaciones Institucionales:

Subsecretario de Planificación Educativo: *Ab. Enrique Rodríguez Chiantore*

Índice

¿Reforma judicial: Políticas Públicas? (Un umbral hacia las Políticas de Estado)	9
<i>Jorge Reinaldo Vanossi</i>	
La función judicial	33
<i>Ricardo A. Guibourg</i>	
Reflexionando acerca de la independencia y la imparcialidad como cualidades de los jueces y árbitros internacionales	67
<i>Silvina S. González Napolitano</i>	
Activismo judicial y derechos sociales	99
<i>Gustavo D. Caramelo Díaz</i>	
<i>Artículos recibidos por convocatoria abierta</i>	
Alcances de la Responsabilidad Civil de los Proveedores de Servicios de Internet (ISP) y de los Proveedores de Servicios Online (OSP) a nivel internacional, regional y nacional. Las disposiciones de Puerto Seguro, Notificación y Deshabilitación	117
<i>Adriana Norma Martínez y Adriana Margarita Porcelli</i>	
Las razones del castigo retributivo. ¿Alternativas a los juicios de lesa humanidad?	173
<i>Gustavo A. Beade</i>	
Los acuerdos en Derecho penal en Karlsruhe y Estrasburgo: análisis de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	195
<i>Leandro Dias</i>	
Deuda soberana: problemas y soluciones en la encrucijada	245
<i>Agustina María Ranieri</i>	

Comentarios bibliográficos

Teoría de la Reforma Constitucional, de Sergio Miguel Díaz Ricci,
Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Complutense
de Madrid y Ediar (Argentina), 2004. 307
Jorge Horacio Gentile

Hacer Sufrir. Imágenes del Hombre y la Sociedad en el Derecho Penal,
de Alejandro Alagia, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2013..... 315
Guido Leonardo Croxatto

¿Reforma judicial: Políticas Públicas? (Un umbral hacia las Políticas de Estado)

*por Jorge Reinaldo Vanossi**

“Lo que nos falta, es el experimento de un gobierno honrado,
que respete la Constitución hasta en sus más mínimos detalles”
(Guillermo Rawson, 1821-1890)

I. En todas y cada una de las reformas que se emprendan en el ámbito de la justicia debe haber finalidades explícitas tendientes a mejorar la calidad de vida institucional del pueblo en general y de los justiciables en particular.¹

Creo que el ser o no ser de la Justicia consiste fundamentalmente en asumir o no su condición de ser uno de los poderes del Estado. Y allí está el meollo de la cuestión. Por desgracia, hasta el lenguaje nos ha llevado subconscientemente a subestimar esta enorme importancia que tiene la selección del juez y la búsqueda del perfil del magistrado que debe ser seleccionado.

* Se ha desempeñado como Secretario Letrado y Conjuez de la Corte Suprema de Justicia; Ministro de Justicia y Derechos Humanos; Vicepresidente de la Cámara de Diputados; Profesor Titular de las Universidades Nacionales de Buenos Aires y de La Plata; Titular de las Academias Nacionales de Derecho, Ciencias, Educación y Ciencias Morales y Políticas. Profesor de la Maestría de Magistratura (UBA).

1. Las llamadas “políticas públicas” se gestan y desenvuelven en el plano de la sociedad y participan en su formulación las entidades que se ocupan y preocupan de las cuestiones de interés público, sectoriales o generales: ONG, colegios profesionales, establecimientos universitarios, etc.

En la concertación de las denominadas “políticas de Estado” intervienen los órganos del poder y los partidos políticos, especialmente los que tienen representación en los cuerpos legislativos. Se trata de la búsqueda y la aprobación de consensos que procuren alcanzar mayores niveles de “bienestar general” en la calidad de vida social e institucional.

Las primeras (políticas públicas) suelen impulsar el tiempo y el espacio para la formulación e implementación de las segundas (políticas de Estado); aunque nada está asegurado en cuanto a coincidencias entre las definiciones de ambas políticas.

En todas y cada una de esas reformas está subyacente el sustrato del estado de derecho, ya que de las formas políticas y de las formas institucionales del pasado siglo, lo que realmente ha quedado en pie, más allá de los “ismos” de moda, ha sido la idea del estado de derecho como el paradigma frente a la “ley de la selva”. Es decir, un régimen sobre el cual, en base al respeto a la eminente dignidad de la persona humana, se ha ido edificando, ladrillo por ladrillo, un edificio en el cual es posible, realmente, compartir el pluralismo con instituciones sólidas, con un garantismo para todos y con una imagen de futuridad que lleva a que la gente adopte voluntariamente y defienda –compartiéndola como algo propio– esa forma de estado frente a cualquier otra tentación, que por caminos aparentemente más rápidos o más efectivos, deslumbran a veces a algunos con la ilusión de dar lo que, en definitiva, es un salto al vacío.

Dentro de la idea del estado de derecho está la idea de la seguridad jurídica. La seguridad jurídica es algo que ha temblequeado bastante en la Argentina. Muy frágil en muchas circunstancias. No es cuestión de fijar fechas, ni de precisar momentos, pues todos sabemos que el déficit de seguridad jurídica ha alentado otros índices muy perniciosos para el país, como el índice del costo argentino o del riesgo país, que han repercutido desfavorablemente, más allá de lo institucional, en lo económico, en lo social, en lo educativo y en todo lo demás, como parte de esto que se ha llamado calidad de vida institucional. Porque así como hay una calidad de vida vinculada con el medio ambiente, una calidad de vida vinculada con el confort, hay también una calidad de vida institucional que hay que respetar y tomar en cuenta si no se quiere caer en situaciones de anomia. Yo creo que estamos en situaciones de anomia, desde hace tiempo: no es un problema reciente. Y no sólo de anomia sino de anemia. Es decir, hay una serie de anemias que aquejan a la sociedad en su conjunto, individual y colectivamente y que se relacionan con el grado de falta de paradigmas en lo personal, de falta de parámetros en lo normativo, de falta de credibilidad en lo institucional, y entonces “todo vale” –como dirían los chicos con esa inocencia que los caracteriza, pero que los lleva a decir verdades muy sabias–. Todo vale, pues no se pueden distinguir muy bien los límites o las fronteras.

La sensación de impunidad que en el ámbito de la seguridad individual se ha registrado y se registra en el país, el tema de la violencia y del delito en general y la violencia en el deporte en particular, nos traen a colación aquella vieja aseveración de Montesquieu –de hace más de dos siglos y medio– de

que *lo grave no es que las penas sean leves, sino que no se apliquen*, porque eso es una señal a la sociedad de que se vive en la impunidad. Y cuando se vive en la impunidad, hay una instigación expresa o tácita a la reiteración del delito. En definitiva, lo que para los sociólogos contemporáneos es la puerta de entrada al estado de anomia: “todo vale”, no hay parámetros, no hay límites jurídicos.

Y esa sensación de impunidad, traducida a un ámbito mucho mayor, que es el que nos interesa porque va apuntando al ámbito específico de la justicia, es la sensación de la irresponsabilidad. Al perderse la responsabilidad, se pierde una de las notas esenciales de la forma republicana de gobierno. Muchos creen que las cosas se agotan en el control. No: *el control es la antesala de la responsabilidad*. Por eso se torna imprescindible comenzar a conjugar expresiones correlativas como organización, seguimiento, mantenimiento, control y, sobre todo, *responsabilidad*.

Las democracias constitucionales van adelante hasta los regímenes de máximo control como consecuencia de la eliminación gradual de las construcciones doctrinarias de la “no justiciabilidad de las cuestiones políticas” y el debilitamiento de la categoría de los llamados “actos de gobierno”, en beneficio de las “facultades regladas” del Estado en general y de la Administración en particular. Con otras palabras: se “achica” las facultades “privativas” del poder político, que se las dogmatizaba como “irrevisables”.

En nuestro país existen órganos de control, suficientes y muy importantes, pero lo que la gente quiere ver es que se vuelquen en las instancias de la responsabilidad y que se apliquen las sanciones. Por eso, en algunos países, las demandas contra el Estado –cuando el Estado es el causante de ciertos actos que originan daños– están personificadas no sólo en el órgano del Estado, sino con el nombre del funcionario que dictó la medida, a fin de que, cuando las actuaciones culminen, la población sepa concretamente por qué va a tener que pagar más impuestos: serán para pagar más indemnizaciones por daños causados por un funcionario que “ya fue”.

La Argentina tiene compromisos internacionales, no sólo de cooperación judicial a través de diversos tratados; sino que también se encuentra en un proceso de integración con una faz judicial de por medio, que es el Mercosur y del cual podemos decir que, si bien no es un fin en sí mismo, es una herramienta fundamental para que, a través de ella, se pueda reinsertar la Argentina en el mundo y participar más cómodamente y más eficientemente dentro del cuadro que se avecina en este milenio: el milenio de la globaliza-

ción, más allá de que nos guste o no y de las críticas que nos pueda merecer. Junto al Mercosur juegan también otras alternativas.

Así, de los compromisos de Olivos nació el tribunal del Mercosur, pero es un tribunal internacional con escasas competencias, que deberían ampliarse a los efectos que resulte valioso, en la medida en que los pueblos que comprenden el Mercosur visualicen que ese tribunal pasa a suplir una gran ausencia: la ausencia de instituciones que hasta ahora han sido en los hechos sustituidas por *el teléfono*. Cada vez que se ha producido un conflicto este se ha superado, no por los mecanismos previstos –que no han funcionado–, sino porque el teléfono entre los jefes de Estado, o los Cancilleres, o los Ministros de Economía, funcionó. Y entonces, eso permitió superar lo que Ortega llamaba “*la subitaneidad del tránsito*” y llevar adelante, más allá del conflicto, una nueva etapa de cooperación. Esto no puede seguir así, no puede tener bases tan precarias como el teléfono, sumado a la buena voluntad o al diálogo entre los gobernantes. Tiene que haber instituciones que sean visualizadas, no como un aparato burocrático más, sino como un organismo de fácil acudimiento y de pronta solución.

II. Cabe destacar que lo que la sociedad ha visualizado en sucesivos momentos son actos de mucha pequeñez. La facción antes que la Nación, el interés sectorial antes que el interés general, el egoísmo antes que el altruismo, el individualismo antes que el solidarismo. Y acá hay que invertir la pirámide. Es menester que la Nación esté por encima de la facción y que alguien se acuerde de ese gran ausente que ha sido hasta ahora el interés general, el bien común, como decían los tomistas y como afirma el sabio preámbulo de la Constitución: *afianzar la Justicia y el bienestar general*, que tiene un alcance muy grande. Porque en momentos en que algunas modas frívolas han condenado el bienestar, debemos recordar que en 1853, había gente que utilizaba –sin tener ningún reproche de conciencia de por medio– la expresión del “bienestar general” como la meta propia de un Estado, por lo que debemos aspirar a tener programas de mediano y largo plazo porque el grado de ansiedad de la sociedad está plenamente justificado.

¿Cómo se pueden distinguir las “reformas”? Veamos:

A) Hay *reformas autogestionarias* que cada poder puede emprender por sí mismo y que el judicial también las puede y las debe emprender –y

que tiene que concientizarse al respecto— no esperando que todo provenga de la heteronomía. Tiene que jugar el principio de autonomía como regla básica y fundamental, pues la heteronomía es subsidiaria y no es aconsejable. Lo aconsejable, para que las tomas de conciencia sean más profundas en torno a las reformas, es que éstas, en la mayor medida posible —dentro de lo que las competencias permiten— tengan un proceso de gestación propia; porque entonces serán más firmes, irreversibles, más revolucionarias, no en el sentido violento ni sanguinario de la palabra, sino en el sentido de la irreversibilidad, que es lo que en definitiva importa desde el punto de vista cultural.

B) Otras reformas serán alcanzadas *por vía legislativa*, no todas necesariamente impulsadas por el Poder Ejecutivo, a través de proyectos que la Constitución le faculta a presentar. Hay muchas reformas que el propio Congreso puede impulsar por iniciativa individual o grupal; y, por supuesto, que con respecto a los proyectos del Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo no tiene por qué estar enamorado ni matrimoniado con sus proyectos. Los promotores estarán absolutamente permeables a las enmiendas, correcciones y perfeccionamientos que el propio Congreso quiera introducir, ya sea a nivel de comisiones o en el propio recinto, al cual —cuando sea menester— concurrirá el Ministro, tal como la Constitución lo faculta expresamente, para participar en la discusión de las leyes, por supuesto, sin derecho a voto (art. 106).

C) Un tercer nivel es el de *las leyes convenio*, para aquellos temas que pueden acordarse con las provincias y la CABA, y que, obviamente, permitirían acomodar el ritmo de la modernización judicial nacional con las necesarias modernizaciones judiciales provinciales. Las “leyes convenio” siguen siendo una herramienta útil, y más aún cuando la Constitución ha institucionalizado la figura de la regionalización, a efectos de apuntar a lo que realmente debe alcanzarse: no a un mero *equilibrio* entre el poder central y diversos y múltiples poderes locales, que son dispares entre sí —que era la vieja regla, a mi modo de ver superada— sino a la regla contemporánea de la ley de las equivalencias. En definitiva, las regiones permiten que las provincias constituyan entre sí unidades o espacios geopolíticos y geodemográficos equivalentes, superando esa vieja antinomia entre provincias grandes y provincias chicas, provincias muy pobladas, provincias poco pobladas, provincias ricas, provincias pobres. Si el federalismo argentino tiene porvenir —y si en lo judicial también tiene porvenir— será únicamente sobre

la base de la conformación de unidades equivalentes y no de asimetrías tan pronunciadas y tan disparatadas como las que tenemos hoy en día (arts. 13, 124 y 125, C.N.).

D) Un cuarto nivel lo constituyen, sin duda, *los tratados internacionales*, que tienen hoy en día una jerarquía superlativa, por encima de la ley. Ahora ya hay trece instrumentos de Derechos Humanos y puede haber más, que de acuerdo a un trámite constitucional especial tienen una jerarquía equiparada a la de las normas constitucionales (art. 75, inc. 22). Eso es de particular importancia en un mundo en proceso de integración. Probablemente no haya sido visto así hasta que esas nuevas figuras aparecieron; pero hoy en día no podemos descartar que también en lo judicial, por vía de estos tratados internacionales, tengamos que introducir modificaciones importantes en el orden jurídico interno a efectos de adaptarnos a lo que pueden ser líneas comunes o líneas convergentes, entre países de la región, o de la subregión (art. 75, inc. 24). Cabe señalar que la Convención de Roma para el establecimiento de una Corte Penal Internacional está en funcionamiento con sede en La Haya. La República Argentina ha suscripto plenamente ese tratado y actualmente la preside una compatriota: la doctora Silvia Fernández de Gurmendi.

E) Y, por último, están las medidas que requieren inexcusablemente *una reforma constitucional*. Esto es más complejo y requiere más tiempo. Hay muchos temas que pueden entrar en este ítem, incluso el viejo reparto entre las competencias propias de la justicia federal y las competencias propias de la justicia local, hecho en 1853 y en 1860. Habrá que analizar en algún momento y con cuidado, si mantienen su vigencia tal como está, o habrá que reverlo, porque puede ocurrir que, en un análisis sereno y objetivo se arribe a la conclusión fecunda y constructiva de que competencias que se justificaban en aquel entonces como propias de la justicia federal, hoy podrían serlo de la justicia provincial, porque ya no median las razones que explicaron en su momento la excepción. La justicia federal es de excepción, e inversamente, puede ocurrir que hechos nuevos, figuras delictivas novedosas, situaciones litigiosas impredecibles hace siglo y medio, indiquen que hoy puede ser materia de la justicia federal y no de la justicia local (así acontece con el tema del narcotráfico). Este es un tema abierto sobre el cual no sólo no está dicha la última palabra, sino que apenas está dicha, o no está, ni la primera palabra. Por supuesto, también creo que en una eventual reforma de la Constitución hay que pulir la norma pertinente (art. 114),

porque más que un Consejo de la Magistratura lo que se ha querido hacer es una desvertebración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que no llegó hasta sus últimas consecuencias porque se desechó que se creara una Corte Constitucional que hubiera implicado el vaciamiento total de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en nuestro país es *el intérprete final de la Constitución* y el verdadero *tribunal de garantías constitucionales*, de acuerdo con el modelo americano. La hubiéramos pervertido con un injerto innecesario, porque nosotros no tenemos el defecto que han tenido los europeos, de no haber reconocido a la Justicia el carácter de poder del Estado. Como nosotros sí se lo reconocimos, no necesitamos crear un órgano de esa otra naturaleza, nacido de la inspiración de Hans Kelsen en la Constitución de Austria y adoptado más tarde por Alemania, Italia, España y hasta algunos países latinoamericanos.

Es evidente que los sistemas judiciales o judicialistas ofrecen una mayor participación a los destinatarios del poder y del derecho del pueblo en cuanto a la posibilidad de esgrimir el instrumento de defensa de la Constitución y la consiguiente impugnación de las normas presuntamente violatorias de la supremacía de aquella. En los sistemas “difusos” la citada descentralización se extiende *a todos los jueces* (aun por vía del Amparo: art. 43 C.N.).

III. Los cambios debieran obedecer a la necesidad, que la sociedad requiere, de una *mayor funcionalidad*. Es un reclamo generalizado dirigido hacia todo el sector público y del cual no puede exceptuarse la Justicia. La sociedad también exige menos gasto: menos gasto político, menor gasto público y, por supuesto, la Justicia tiene que tomar nota de esto. De lo expuesto nadie puede entender que se trate de reducir el gasto judicial. Simplemente decimos que el gasto judicial, o el presupuesto judicial, no es bajo. Lo que se pregunta es si está bien distribuido, si está bien aplicado, si está bien orientado a los objetivos que deben ser realmente prioritarios; o si no hay algunas distorsiones que llevan a que se gaste mucho en ciertas cosas y se gaste muy poco en otras, que son tan o más importantes que aquellas en las cuales se gasta más. Gastar “distinto” puede significar tener mayor funcionalidad. Gastar de otra manera, de una manera mejor, puede significar dar satisfacción al tercer orden de requerimientos que nos pide la sociedad: mayor *transparencia*. El tema está en la protesta generalizada y ella está dirigida no exclusivamente a los sectores políticos, al sector gremial, o al sector empresario. El poder judicial no

está cubierto de un *bill* de indemnidad: esto ya es obvio en el malestar de la opinión pública, en el mal humor social. Lo revelan datos de encuestadores y de grupos muy serios que han operado en lo que se llama *trabajo de campo*. La realidad es esa; por lo que debemos actuar en consecuencia, habida cuenta de la severa advertencia que formulara Ortega y Gasset: “No hay salud política cuando el gobierno (y por tal se entienden los tres poderes) no gobierna con la adhesión activa de las mayorías sociales”.

Ha existido en nuestro país, desde muchas décadas atrás –sin fijar fecha cierta para no entrar en polémicas estériles–, una suerte de delegación gerencial, debido a la cual, la llamada clase dirigente creyó más fácil y sencillo que el poder fuera ejercido por una representación (llamémosla vicarial) de terceros, que algunas veces le tocó a un sector y algunas veces a otro, ya sean tecnócratas, partidócratas, financieros, fuerzas armadas, etcétera. Y la sociedad se resignó ante esa delegación a la que no puso coto en su debido momento, ni le exigió la *debida rendición de cuentas*.

Por eso creo que, si se habla mucho de la emergencia y estamos en crisis –*sin querer incurrir en el exceso del que con alguna socarronería Umberto Eco ha dicho que se ha hablado tanto, pero tanto de la crisis, que hasta el concepto de crisis ha entrado en crisis*–, se puede, sin exagerar, hablar de una *emergencia judicial*. Esto no es materia traducible en una ley, no es materia de una decisión política. Esto es asumir un estado de cosas. Es una toma de conciencia respecto de que también en la Justicia se vive una situación de crisis y de emergencia. Y ello no se traduce en ninguna reducción, ningún coartamiento, ninguna pérdida de independencia ni funcionalidad, tampoco en su separación como poder del Estado. Es, simplemente, tomar nota de que la emergencia no tiene compartimientos estancos y que tiene una porosidad que lleva a que ningún sector de la sociedad se pueda considerar sustraído de las consecuencias o secuelas de esa emergencia.

Hemos repetido varias veces la distinción *orteguiana* entre los usos y los abusos, y la traemos a colación una vez más: los abusos se pueden colmar y calmar, se pueden reprimir, pero son reversibles, ya que pueden renacer. Lo que tenemos que cambiar son realmente los usos, las prácticas, las costumbres, los hábitos, ciertas tradiciones que están en los códigos, *pero en los códigos no escritos, que son los más difíciles de cambiar*, porque son códigos petrificados. Petrificados en ciertos recovecos de la mente que llevan a que el espíritu humano sea muy renuente al cambio. Y, como a veces somos proclives a tropezar más de una vez con el mismo obstáculo, tenemos

dificultades para readaptarnos o rectificarnos. Esta actitud está generalizada y abarca a todos los argentinos, los que están en el llano y los que están en el poder; sea este el Poder Ejecutivo, el Legislativo o el Judicial. Dada la magnitud de la crisis, ya no tenemos derecho a equivocarnos ni a demorarnos. Como decía el gran poeta Schiller: “Aquellos que no suceden es la única cosa que no envejece más”.

La Argentina no es como esas sociedades medievales, que aún subsisten en algunas partes desdichadas del mundo, en las cuales hay un solo sector esclarecido y todos los demás están totalmente sumidos en el oscurantismo. La Argentina tiene, pese a todos sus déficits, bastantes vasos comunicantes. El Poder Judicial tiene su comunicación con el resto de la sociedad. Por eso tiene que comenzar reformándose a sí mismo, buscando una mayor cercanía con los justiciables. Esta reflexión trae a la memoria el sugestivo título de la obra del magistrado norteamericano Vanderbilt: *La Justicia emplazada a reformarse*. Es ella la que tiene que empezar por sí misma.

IV. El justiciable es el administrado, es el contribuyente, es el ciudadano, es el votante, es el habitante. No estamos hablando de un sujeto separado, aparte. Es el mismo que también puede ser justiciable como actor, o como demandado, y que, obviamente, necesita si no en término presente sí en términos potenciales, contar con la justicia apropiada. Porque no sabe cuándo le puede tocar, pero en cualquier momento le puede acontecer.

Problemas de *cercanía*, problemas de *prontitud*: hay muchas antiguallas que superar. Hay que aprovechar la revolución tecnológica y todo este cambio realmente notable que se ha producido en el reino de las comunicaciones, del almacenaje de la información y del intercambio que nos ofrecen hoy en día. Tenemos que superar desde el viejo oficial notificador y las audiencias que se solicitan al juez “*in audita parte*”, hasta todo aquello que lleva, en definitiva, a ser causa del tercer punto al cual me refiero: la pérdida de la confiabilidad. Confiabilidad que es bajísima, según el habitante que lo visualiza, lo escucha y lo siente como algo que está instalado en la sociedad. Algo ha ocurrido para que de una justicia de alta confiabilidad como la que hemos tenido en algunos momentos de la historia, tengamos una justicia de baja confiabilidad.

El tema de hoy no es nada fácil. Porque la ética judicial implica agregarle a la palabra ética una connotación que uno imagina incluida en la condición judicial. La ética es una. Por supuesto, hay manifestaciones concretas

de aplicación de esa ética a distintas ramas del quehacer en la conducta, en la trayectoria, en la profesión de las personas: la ética del médico, la ética del abogado y, por qué no también, la ética del juez. Pero el querer comprimirlo, como muchas veces se ha pretendido, a un problema de preceptos o normas donde taxativamente se perfilaría el paradigma de la figura ética, en este caso del juez, es algo intelectual y materialmente difícil. Porque el problema de la ética del funcionario público, en general, como la ética del juez, en particular, *no pasa por el orden de las normas, sino que pasa por el orden de las conductas, de los comportamientos*. Normas existen: la Ley 25.188 del año 1999, sancionada en virtud de un mandato de la Constitución reformada, en 1994, que exige una ley de ética en el ejercicio de la función pública. Y podemos repasar todo su articulado, que no es demasiado extenso (pero son casi cincuenta artículos) donde están contempladas una cantidad considerable de previsiones, a efectos de tomar resguardos que puedan asegurar la ética. Sin embargo, la percepción que la sociedad tiene es otra muy distinta. Y no sólo se refiere a las dudas que la sociedad alimenta respecto de los jueces, sino respecto de muchas de las entidades que componen el poder público, y poderes particulares o privados, es decir, de gran importancia como factores de poder, pero que no son el poder público propiamente dicho.

En el cuarto punto, cabe incluir los altos costos de los servicios auxiliares que encarecen la alta función de la justicia. Insisto con lo de “función de la justicia”, porque rechazo la expresión *servicio de justicia y administración de justicia*. Lo de *administración de justicia* recuerda las épocas en que la justicia era una dependencia del Poder Ejecutivo en los países europeos de tradición monárquica, donde finalmente se le reconoció la independencia y donde, todavía ahora, pocos estados de Europa la reconocen como *un poder de estado* (entre ellos, la Constitución de España).

También, por desgracia, la reforma constitucional de 1994, probablemente contagiándose de los administrativistas y procesalistas, incurrió en la grosería de hablar del “servicio de justicia”, lo que implica colocar a la Justicia, que por ser uno de los poderes del Estado cumple una *función*, como si estuviera en el mismo nivel que el servicio de barrido y limpieza, es decir, como cualquier otro servicio público que en forma directa o indirecta, propia o impropia, se prestan en las sociedades contemporáneas (art. 114, punto 6º, C.N.).

La propia Corte Suprema tiene que aliviar lo que es la mayor parte de su tarea (el 85%, cuestiones de hecho, de prueba, de derecho común y de dere-

cho local), que son ajenas a su incumbencia natural. Ella se ha autodefinido como *tribunal de garantías constitucionales*, lo cual es correcto, y como *intérprete final de la Constitución*, lo cual es saludable (casos Calvete, Sojo y Elortondo sucesivamente). El tener que dedicar el 85 o 90% a la tarea “muscular” y que sólo le quede reservado un porcentaje mínimo a la tarea “cerebral”, lleva a que se haya desnaturalizado su función y que algunos hayan pensado, con razón –aunque quizá no sea el camino más fácil– en crear un tribunal constitucional. Pero ello requeriría una reforma constitucional, lo cual no es sencillo. Este tribunal constitucional existe en algunos países europeos: es la tradición *kelseniana*, pero nosotros somos seguidores de la tradición *americana* y de una Corte Suprema que ha sido –si bien el control es difuso y no concentrado– la que ha tenido la palabra última. Y para que pueda tener la última palabra, con autoridad y estudiando realmente los casos, no basta con el *writ of certiorari* –que habrá que analizar si requiere algunas otras precisiones– (art. 280 CPCCN), pues la seguridad jurídica no es sólo respecto del derecho de fondo, sino también respecto del derecho procedimental. Cuando el abogado o el litigante no sabe realmente si tiene o no abierta una vía, si tiene o no expedito un camino, entonces no sabe a qué atenerse, ni sabe qué decirle a su cliente o al justiciable que le demanda una pregunta al respecto, pues no basta con la jurisprudencia, que puede ser cambiante.

El juez tiene otro control paralelo al de la constitucionalidad (sea de la sustancia –la *razonabilidad*– o del *procedimiento*), que en el Estado moderno reviste una enorme importancia. Se trata del control de la *operatividad* de las normas: el juez puede inutilizarlas o potenciarlas al declarar que una norma es de por sí autosuficiente, que puede aplicarse, o bien puede lavarse las manos y decir que hace falta otra reglamentación que la implemente y la pormenore. Hasta entonces no se va a reparar el derecho lesionado, con lo cual entra en vía muerta la necesidad urgente de dar plenitud a ese derecho cuestionado o amenazado. Estos dos poderes potencian más aún la función primigenia que tiene la Justicia entre nosotros; a la que también se suma el ejercicio del control ante los casos de la “*desviación de poder*”, cuando la competencia es aplicada a una finalidad desvirtuada.

La dilatación de incumbencias lleva a quebrar una de las leyes fundamentales, que se enuncia así: *a mayor competencia, menos poder, e inversamente*. Los tribunales fuertes son aquellos que tienen una competencia limitada, estricta; los tribunales que pierden poder de influencia y gravitación son

aquellos que creen que cuantas más incumbencias abarcan, más poder van a tener. Y no es así, ya que es exactamente al revés, tal como lo observara con agudeza Charles Evans Hughes hace casi un siglo, con respecto a la Suprema Corte de los Estados Unidos; lo que también es válido para la nuestra.

V. En cuanto a los puntos que se señalan como premisas acerca de la transparencia y de la funcionalidad, hay que poner el acento en el régimen de las *incompatibilidades*. En términos razonables, nadie pide que los jueces vivan alejados de la realidad. Al contrario, tienen que pisar bien en la realidad, pero sin dispensarse en otros quehaceres más allá del ejercicio de una cátedra universitaria.

En pocas palabras, decir que también en la selección de recursos humanos se debe apuntar al tema de la dedicación y que, dentro de lo razonable hay que ser más estrictos en el área de las incompatibilidades. Hubo una ley (gestada en el Ministerio del Dr. Gervasio Colombes hace más de cuarenta años) que no se aplicó y que incluso se derogó. No puede ser que la función judicial sea una tarea más entre otras. Es bueno que el juez sea docente o investigador pero no es bueno que se disperse a través de un cúmulo de tareas, algunas serias y otras frívolas, que detraen tiempo y dedicación.

Los *recursos* también son un tema fundamental. No podemos pretender justicia eficiente si no hay recursos suficientes. Aquello que el constituyente Gorostiaga decía con respecto a *que no hay poder sin recursos y no hay Estado sin Tesoro* vale también para la Justicia. La Justicia no puede depender de la dádiva para que se cumpla la *doble idoneidad*, es decir la profesional y la moral, que es la independencia y el no dejarse seducir por las tentaciones, favores o intereses creados, para lo cual se requiere también una remuneración digna.

En otro orden de cosas, es menester recordar que la Corte Suprema hace tiempo que ha requerido al Congreso que acelere la modificación del actual régimen de subrogancias, toda vez que además de ser inconstitucional no es saludable que algunos jueces tengan que atender varios juzgados y, por lo tanto, no puedan cuidar con suficiente dedicación a todos ellos. Alguno queda descuidado, porque si el trabajo se duplica o se triplica, esto redundará en el perjuicio de los justiciables y, por supuesto, recarga innecesariamente el trabajo de los magistrados que están cumpliendo una doble o triple función.

Pero la solución de fondo también requiere cambios en el régimen legal del Consejo de la Magistratura, tanto en su composición como en cuanto al complejo y lento mecanismo de los concursos. Hemos presentado un proyecto al respecto en oportunidad de nuestro desempeño en el Ministerio de Justicia (año 2002).

Que el Consejo de la Magistratura tenga tanto poder político, reglamentario, sancionatorio, económico, administrativo, etcétera, lo convierte en definitiva en un “coto de caza” para que en el imaginario del político se acrecienten los espacios de poder, y lleve indefectiblemente a que su labor quede desenfocada con respecto al objetivo fundamental, que es la selección, promoción y remoción de los magistrados –por vía del Jury de enjuiciamiento– para que alguna vez en la Argentina funcione la instancia posterior al *control*, que es la *responsabilidad*. De nada sirve el control si se agota en sí mismo. Lo que el pueblo quiere es que recaigan responsabilidades, es decir, que funcionen los mecanismos necesarios para que la consecuencia del control se visualice y produzca efectos que vayan incluso más allá de lo segregativo, como puede ser la *inhabilitación*, que no es una pena accesoria sino una tan principal como la *destitución*.

Queda otro instituto de participación popular muy importante. Una herramienta de control y de eminente participación popular en la justicia, que es el juicio por jurados, que no ha sido eliminado de las disposiciones de la Constitución del 53, que está tres veces mencionado en ella y que no requiere necesariamente una implantación total e integral, ya que se podría empezar gradualmente por ciertos delitos. Siendo legislador propuse empezar por los delitos contra al honor, pero esto puede ser materia de otros avances a fin de ir creando el hábito, la práctica, la costumbre de que el pueblo pueda decidir en una cuestión tan importante, pero que no requiere una sabiduría muy especial, como es decidir sobre la inocencia o la culpabilidad de los acusados. Siempre corresponderá a los jueces letrados la prosecución de las causas en las partes técnicas, como ocurre en los países que tienen ya una rancia tradición en la materia. Pero al mismo tiempo hay que ir creando “la cultura del jurado”, o sea, preparar a la ciudadanía para tan delicada responsabilidad.

VI. Por último, tener presente también el *régimen penitenciario*. En cuanto a las cárceles de la nación se refiere, el problema no es fácil de solucionar, porque allí se requieren inversiones considerables para poder contar con

la infraestructura indispensable. Algunos han propuesto la utilización de instalaciones que están sin destino, sin uso, pero se ha llegado a la conclusión de que la adaptación de esas instalaciones al *modus vivendi* peculiar que requieren un condenado o un encausado, sería una inversión mucho mayor que la edificación e instalación de edificios que estuvieran desde el inicio preparados para esa finalidad. Hace falta una convergencia de esfuerzos: lo que se podría llamar una *economía penitenciaria*, no digo procedimental: lograr mejores condiciones de habitabilidad para todos aquellos privados de libertad (art. 18, C.N.). No puede ser que usen para ello las comisarías, porque no es la instalación adecuada y, por lo tanto, el sujeto no sólo no está sujeto a un proceso de capacitación, de rehabilitación y de resocialización para su retorno a la vida libre, sino que además significa pérdida de seguridad. El agente de policía que está dentro de una comisaría, custodiando a un condenado, no está donde debe estar: en la calle vigilando la seguridad de las personas.

VII. El concepto de *seguridad jurídica* es muy vasto y abarcativo, pero no cabe duda alguna de que guarda una estrechísima relación con la existencia o no de un Estado de Derecho, de modo que se suponen recíprocamente: no puede haber seguridad jurídica al margen del Estado de Derecho y no puede haber un Estado de Derecho si no está de alguna manera garantizada la seguridad jurídica. Los rubros que componen el concepto de seguridad jurídica van desde un mínimo a un máximo. La seguridad jurídica, en un sentido amplio, significa un conjunto de condiciones que crean una atmósfera en virtud de la cual se puede realmente tener una calidad de vida institucional adecuada. Por ejemplo: la existencia de garantías para el goce efectivo y real de esas libertades. Esto supone una justicia independiente, esto implica un Poder Judicial cuyas decisiones sean razonables, fundadas y, además que sean acatadas por los demás poderes del Estado que deban darle cumplimiento. Seguridad jurídica supone la despolitización de la Justicia. La Justicia no debe estar pendiente ni del poder político, ni de las pertenencias partidarias, es decir, que los jueces se deben emancipar de las lealtades pre-existentes y actuar como jueces de la Nación, como jueces del pueblo de la Nación, más allá de cual haya sido su preferencia en otro momento.

Un juez, a partir del acto en que asume y presta juramento, sólo tiene que estar gobernado por su conciencia y olvidarse de cualquier tipo de ligamen en cuya virtud el magistrado sienta gratitudes o deba expresar gestos

de reconocimiento con respecto a su procedencia. Por supuesto que esto no significa que los jueces vivan en una caja de cristal, ni que sean asépticos, ni que estén desprendidos o desconectados de una escala de valores a la cual se sientan ligados. Significa, simplemente, que sus decisiones estén motivadas –como se decía en el viejo derecho español– en “su real saber y entender”, y no en los deberes de gratitud o de obediencia.

Entre nosotros fallan muchas cosas: Ralf Dahrendorf –un gran politólogo de origen alemán, pero que optó por la ciudadanía británica y fue miembro de la Cámara de los Lores– ha dicho que para que un sistema funcione como verdadera democracia, se requieren dos requisitos. Uno vinculado con la vieja tradición inglesa: que no puede haber impuestos sin ley, que tiene que haber un sistema fiscal basado en la legalidad, en la claridad, en la certeza, en la perdurabilidad. Y segundo, que el juez esté totalmente emancipado de las aparcerías políticas y también de las gratitudes mal entendidas –agregaríamos–, es decir, que el cordón umbilical que pueda haber tenido hasta entonces, con fracciones o facciones, quede roto, quede superado a partir del momento en que accede a la función judicial.

El tema de la independencia no debe ser confundido con asepsia. No existe el juez aséptico, un juez absolutamente desconectado de un sistema de valores o de un conjunto de ideas o de ideales que se expresan a través de metas o fines que pretende alcanzar en el momento en que dicta el acto de justicia. Este tipo de juez no existe, y sería penoso que existiera porque realmente estaríamos frente a un autómata, volveríamos a la teoría del siglo XVIII, no cumpliría ni siquiera la función interpretativa, mucho menos la función integrativa y creadora que cumple el juez a través del dictado de las sentencias, que no consisten en un mero silogismo.

Hans Kelsen –probablemente el gran jurista del siglo XX que ideó, integró y presidió diez años la Corte Constitucional de Austria, donde nace verdaderamente un control a través de la jurisdicción especial– dijo en alguna oportunidad al incorporarse al tribunal que, si bien él tenía sus simpatías políticas, no quería de ninguna manera que se sospechara o se pensara que el ligamen subsistía. Porque así como él le negaba al Estado el poder de cercenar su pensamiento y su libertad de criterio para resolver los problemas, con mayor razón les negaba a los partidos políticos que pudieran “pasarle una cuenta” por eso, es decir, que pudieran exigirle algún tipo de adhesión o de desviación de sus veredictos en razón de haber contribuido al nombramiento en el cargo que pasaba a ocupar.

En resumidas cuentas, sostenemos que:

Por “*independencia*” debemos entender dos cosas. En primer lugar, la independencia de las lealtades partidarias preexistentes, que las puede haber tenido y es respetabilísimo que así sea, pero que debe abandonar en el momento de acceso al poder. También debe abandonar la falsa noción de que por haber sido designado por alguien tiene un deber de gratitud permanente de halagar o complacer a ese alguien. En la Argentina hay ejemplos de todo tipo, pero también existen casos de gente que fue muy criticada al momento de su designación porque venía de una pertenencia partidaria, incluso de la integración de un gabinete, como es el caso de Antonio Sagarna, quien siendo juez de la Corte, desde el día siguiente de la asunción del cargo, actuó con total independencia respecto del partido al cual había pertenecido, así como del Presidente y del Senado que lo habían nombrado. Pero no es la regla.

También reconocemos que es dable sostener que la seguridad personal está violada porque el índice de hurtos, robos y asesinatos es tan elevado que nos hace pensar que se ha roto el *contrato social*, y un deber elemental del Estado –a quien se le ha delegado– es, fundamentalmente, dotar de seguridad a las personas. Lo que los ciudadanos le delegan no son sus libertades, sino la custodia de su seguridad.

Lo que falla en la Argentina es fundamentalmente el *principio de responsabilidad*. Esa es una asignatura pendiente, una falencia muy grave que tenemos desde el punto de vista de la seguridad jurídica. Cuando se visualiza que hay ilícitos, pero que no recaen penas sobre ellos, obviamente es porque está fallando el principio de responsabilidad, cualquiera sea la naturaleza de esos ilícitos, porque todos en definitiva son graves. No se puede decir “este ilícito está tolerado *y este no*”. La irresponsabilidad empuja hacia la reincidencia.

VIII. También es importante distinguir entre activismo judicial y gobierno de los jueces. Siempre hemos reclamado la mayor *energía jurisdiccional*. No creemos en la pasividad de los jueces, sino que los jueces deben volcar toda su energía en la tarea jurisdiccional, de modo de sustanciar las causas adecuadamente, con transparencia, con eficiencia, sin morosidad y llegando a resultados que se traduzcan en una reparación válida e integral del derecho que ha sido lesionado. Pero eso está dentro de *lo que debe ser el desempeño normal de la función judicial*. De ahí a pasar al *gobierno de*

los jueces, que no es una expresión ideada aquí, sino que es una expresión europea que tiene mucha antigüedad, es otra cosa. Un salto no cuantitativo sino cualitativo.

No consideramos correcto que los jueces sustituyan al poder político en las decisiones que son eminentemente de orientación o de encuadramiento político. Por ejemplo: la política económica y social de un país. Eso lo tienen que decidir los que son los representantes del pueblo. Lo típico de las medidas restrictivas que se toman en un momento de crisis *es que no se anulan los derechos*, sino que se limitan más que en tiempos normales, con carácter transitorio, hasta que se supere la crisis. Y la mismísima Corte Suprema procedió en algún caso a no reconocer la subsistencia de la norma emergencial, habida cuenta del término de la crisis habitacional (caso “Mango c/ Traba”, sentencia del 26 de agosto de 1925).

La seguridad jurídica supone un régimen legal muy claro y preciso, entendible por todo el mundo y, además, perdurable. Esto quiere decir “reglas de juego” para que en materia de actividad se puedan realmente desenvolver los distintos actores que participan de la vida económica y social del país con la certidumbre o la certeza acerca de cuál es su situación: cuándo pagan impuestos, cuándo no, qué cosas están permitidas y qué otras actividades no están permitidas. Esto nos lleva un pasito más adelante, a lo que se llama *la regla de predictibilidad*. La Corte Suprema nuestra sostiene, desde hace años, que tiene categoría constitucional. Decir *previsibilidad* es poder conocer anticipadamente cuál va a ser la consecuencia jurídica de los actos que uno hace o que uno no hace, porque a veces las omisiones pueden ser causal de una sanción. Significa que se pueda saber anticipadamente el resultado, que desde el punto de vista del marco jurídico, tienen los actos. Esta regla es considerada, no ya para los argentinos, sino para los pensadores de todas partes del mundo (Max Weber, entre ellos) como una *llave de oro* para entender lo que ha sido el gran crecimiento de Occidente. A esa *predictibilidad* debe acompañar una razonable *perdurabilidad* de las reglas aplicables: su cambio permanente asume las proporciones de una frivolidad y de una liviandad que sólo conducen a la confusión generalizada de la población y su consiguiente retraining. Y fue precisamente Weber el que adjudicó al “juez” el rol de custodio final de la seguridad jurídica.

Recordemos que en el derecho penal libre de los países democráticos no se permiten leyes en blanco, tienen que ser leyes penales en las que estén

estrictamente tipificadas las conductas y la fijación de la sanción: por ejemplo en el homicidio “el que matare a otro tendrá tal pena”.

Hay que lisa y llanamente derogar la nueva ley penal de subversión económica porque muchas de las conductas que allí se encuentran previstas están mejor tipificadas en el propio Código Penal o en las leyes fiscales como, por ejemplo, las defraudaciones al fisco, administración fraudulenta, agio, estafas, cohechos y una serie de figuras que ya existen. Aunque para algunos la derogación puede originar sospechas, pues cada uno tiene derecho a barruntar en torno de todo lo que crea fundadamente que es materia de susceptibilidad, de duda o que le llame la atención. Pero como regla general, debemos atenernos al principio de inocencia, y hasta que no haya una sentencia firme que declare la condena de alguien porque esté demostrada su culpabilidad, rige ese principio que tiene categoría constitucional y además está privilegiado por los tratados internacionales de derechos humanos a los que, a partir de la reforma constitucional de 1994 se les ha dado rango constitucional en el artículo 75 inciso 22, ya que de lo contrario se correría el riesgo de entrar en una “caza de brujas”, sean empresarios o no. Por supuesto que los jueces tienen que llevar adelante sus investigaciones hasta las últimas consecuencias, pero todos aquellos que queden incluidos en esa sustanciación están amparados por el *status* de inocencia hasta que se dicte la sentencia definitiva.

IX. Un límite intolerable es el de la *impunidad*, y tiene que haber normas a partir de las cuales no se toleren situaciones de impunidad ni conductas antisociales. Esto es básico, no es un invento de este siglo sino que viene desde mucho tiempo atrás, de modo que el ordenamiento legal tiene que tener tipificadas todas aquellas conductas antisociales que merecen ser reprimidas y castigadas.

De la situación de impunidad deviene un estado generalizado de *anomia*, es decir cuando no hay marco, cuando “todo vale” y eso estimula mayor impunidad, con lo cual se va por una pendiente que termina en anarquía y el nihilismo, que son intolerables. De modo que no puede haber impunidad, ni en hechos de sangre, ni impunidad en ilícitos de raíz económica o financiera. En consecuencia, si las leyes son malas hay que modificarlas o sustituirlas. Predicar la impunidad sería “contra natura” e iría contra la propia formación y convicciones, y por eso corresponde instar al Ministerio Público que lleve adelante la vindicta pública hasta sus últimas consecuencias.

Por consiguiente, se debe condenar tanto la impunidad en hechos de sangre, como en hechos atentatorios contra la propiedad, como en cualquier otra lesión de derechos y garantías de toda naturaleza, que gocen de la protección derivada del ordenamiento jurídico. Lo contrario sería propiciar una concepción antisocial.²

Otro aspecto de interés lo constituye la falta de decisión para disminuir la *violencia en los espectáculos deportivos*. Es parte de un problema mucho mayor y mucho más complejo. Uno de sus aspectos es el aspecto penal. Lo represivo es un punto dentro del cuadro general de situación, que incluye elementos tales como la corresponsabilidad de la violencia en el deporte, en la que están incluidos no sólo los fiscales que no denuncian los delitos, sino también los jueces que no aplican las penas contempladas en la ley. También hay responsabilidad de las entidades profesionales del deporte y de los clubes que no cumplen su reglamento y que, obviamente, no vigilan y no controlan esos desbordes que llevan a episodios que terminan por lo general en el homicidio. Insistimos con énfasis: ¡es hora de las *responsabilidades*, en todos los órdenes!

2. Debo señalar algunas otras cuestiones trascendentes vinculadas al tema en análisis, por ejemplo, las últimas decisiones adoptadas por el gobierno de liberar del secreto a los agentes de la SIDE y permitir que declaren en el juicio por la AMIA. Toda medida que tienda al esclarecimiento de los hechos y al descubrimiento de la verdad es positivo. Este es un procedimiento que se sigue en muchas partes del mundo cuando hay que indagar a fondo para poder realmente descubrir la verdad de las autorías materiales e intelectuales de un episodio de esa envergadura. No es un invento local, es un mecanismo que utilizan muchos sistemas judiciales de países absolutamente democráticos; *tal como fue dispuesto por Decreto del PEN en el año 2002, con la firma del entonces Presidente y del Ministro de Justicia (el autor del presente trabajo)*.

La Justicia tiene como finalidad, entre otras, hacer conocer la verdad, facilitar el acceso a la verdad y el “derecho a los hechos” en una causa que ha conmovido tan hondamente, no sólo a la colectividad afectada sino al pueblo argentino en su totalidad, porque ha herido valores fundamentales (la vida, la convivencia, el respeto a las distintas creencias). Deben tomarse todas las medidas necesarias para facilitar la investigación, que ya lleva muchos años. Pero debo remarcar que fue ese Decreto del año 2002, con la firma del Presidente Eduardo Duhalde y el Ministro de Justicia y Derechos Humanos Jorge R. Vanossi (Decreto N° 490, del 12 de marzo, publicado en el Boletín Oficial del 14 de ese mes) el que dispuso relevar de la obligación “de secreto” a los funcionarios y ex funcionarios del área de Secretaría de Inteligencia (SIDE) “para facilitar en todo cuanto estuviere a su alcance la acción de la Justicia a fin de arribar al completo esclarecimiento del atentado” (*sic*). Véase, Vanossi, J. R., *Propuesta de una Reforma Judicial*, Ed. Rubinzal, Santa Fe, 2004, p. 43.

El incremento en estas penas tiene sentido, siempre y cuando vaya acompañado de otras medidas, por ejemplo, instar a sumariar a aquellos clubes, a la AFA, o a las entidades que sean, si no cumplen y hacen cumplir los reglamentos. Y además, hay un problema cultural que es el trasfondo de todo esto: por algo un espectáculo de alegría para la sociedad y para el pueblo se ha transformado en tragedia. Hay que analizar qué es lo que ha llevado del extremo de la alegría al extremo de la tragedia. Hay que analizar también el tema de las llamadas “barras bravas” y quiénes las organizan, conforman y financian. Este es un tema de gran complejidad, del que tampoco pueden permanecer ajenos los órganos del Poder Judicial y del Ministerio Público (en los términos el art. 120, C.N.). ¡Si los ingleses pudieron contener a los *hooligans*!, a ese *hooliganismo* que con diversas complicidades en la Argentina (incluidas algunas agrupaciones políticas partidarias) incurre en hechos de vandalismo y en formaciones turbulentas: ¿por qué no se le pone coto?³

X. Conclusiones sobre la Justicia y el Poder

- a) El tema debe ser puesto en otro ángulo ¿Por qué? Porque elegir un juez implica buscar el perfil de alguien que va a tomar una decisión final respecto de temas que conciernen a la vida, la libertad, el honor, los derechos, la propiedad, las garantías, la seguridad y la dignidad de las personas. Esto es fundamental, no es algo menor.
- b) Ratificamos la convicción de que el acto más delicado e institucionalmente significativo de un gobernante, radica en promover la nominación de un magistrado judicial que, de acuerdo a nuestro régimen constitucional, son cargos cuya trascendental función se ejerce de por vida (*ad vitam*).
- c) El tema también se vincula con el de la capacitación que brindan nuestras facultades de derecho en el grado o en el posgrado, y lo resumiría de la siguiente manera: “Dime cómo es la fábrica y te diré cómo es el producto”. Esto es así porque los jueces se forman en las

3. Informe del Diputado Nacional J. R. Vanossi al Presidente de la Cámara Dr. Alberto Balestrini, fechado el 14 de agosto de 2007, con “informe preliminar” para la “Comisión especial para el análisis, evaluación e investigación de la violencia en el fútbol”, que quedó en la nada (*sic*).

facultades de derecho, y por añadidura tienen una experiencia según la orientación profesional que hayan tomado, ya sea desde el llano, en la carrera judicial o en otra de las tantas variedades que hoy en día tiene esta profesión (consultoría, asesoría, etc.).

d) Cabe señalar que el derecho comparado –tal como lo señaló Couture hace muchas décadas– nos da el dato de países de Europa –ya que la investigación de Couture fue fundamentalmente europea– que tenían un Poder Judicial numerosísimo en cuanto a sus componentes, pero muy ineficaz desde el punto de vista de la expectativa de la sociedad respecto de la prestación de esa función judicial. También señalaba que había otros países en Europa con un escaso número de jueces que no provenían de un ascenso burocrático o de un *cursus honorum* aritmético, es decir, casi automático, sino que eran extraídos de la profesión y de otras manifestaciones de experiencia profesional, docente o académica, a quienes la sociedad reconocía como jueces que prestaban su función con niveles ampliamente satisfactorios (el caso de Inglaterra).

e) Existe un viejo pleito entre partidocracia y judicatura: se desconfían recíprocamente, pero el conflicto no se puede resolver por vía de la sumisión de una a la otra –en cualquier sentido direccional que sea– sino cumpliendo cada uno la función que le corresponde, que son diferentes y ambas necesarias para la atención de lo que nos debe interesar, que es el bien común, es decir, el interés general, por encima de cualquier egoísmo o narcisismo. Creemos que así como el juez debe emanciparse de esas lealtades, la *partidocracia* tiene también que emanciparse de los prejuicios que anida respecto de ciertas ramas de la actividad pública de un país. Hay una tradición de mal entendimiento entre la partidocracia y la Justicia por un lado; y entre la partidocracia y la investigación, la ciencia y la educación por el otro lado. A veces, me he preguntado por qué y la única explicación que encuentro es que los resquemores de la partidocracia (y no estoy utilizando la palabra en el sentido peyorativo, sino en el sentido técnico preciso) respecto de la investigación y de la ciencia, son porque la investigación y la ciencia buscan la verdad. La verdad reemplaza al error, y una verdad puede tirar abajo cientos de años de normas y de actos que se han celebrado anteriormente. Y eso no gusta, por lo general, al sector político dominante, cualquiera sea él.

Y con respecto a la Justicia, porque la Justicia da garantías, la Justicia es el garante por antonomasia, es el poder que asegura las libertades, que delimita todo aquello que en el imaginario del político podría no tener límites. Pero está el juez. Y esto recuerda un poco la vieja anécdota –que no por vieja pierde validez, sino que la mantiene– del molinero de Postdam, que ante la pretensión de los asesores o consejeros del rey de Prusia, que lo querían forzar a vender su molino para poder ampliar el palacio de verano, en algún momento se siente extorsionado cuando le dicen: *–Bueno, no tiene más remedio que arreglar.* Y él contesta preguntando si todavía existían jueces en Berlín. Es decir, el hombre creía en la justicia, creía que por encima del rey (y eso que aquellos eran reyes de la época del despotismo ilustrado, a fines del siglo XVIII) que el juez podía hacer frente y parar el abuso de los secuaces del monarca.

f) Por lo dicho, creemos que debemos buscar y procurar en los mecanismos que tenemos que perfeccionar a fin de alcanzar el perfil adecuado, una instancia para verificar esa doble idoneidad –ética y técnica– y no ser conformistas ante las meras estructuras de convalidación para el reparto político.

g) Es perversa la teoría del “paraguas” que protege para “que nadie quede a la intemperie” y que la Justicia sea un refugio para que dentro del reparto todos queden satisfechos. Y, al mismo tiempo, me parece que esa cobertura es patológicamente dañina porque destruye a todo el sistema. En definitiva, *dime qué jueces tienes y te diré qué Estado de Derecho hay. Dime cuál es el perfil de esos jueces y te diré qué grado y qué profundidad de control tenemos.*

h) Desde luego que esto conduce al orden de las conductas y, como todo, se resuelve en un problema cultural. Es un problema cultural el perfil del juez *ya que a las más altas jerarquías corresponden las mayores responsabilidades*, de acuerdo a un sabio principio del Código Civil de Vélez Sarsfield, que debería tener categoría constitucional en esta delicada cuestión: “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos” (art. 902 del Código veleziano).

i) No debemos caer en el abandono de una sabia premisa del Estado de Derecho que se resume en una sentencia muy breve:

A todo acrecentamiento del poder, debe corresponder un mayor vigorizamiento de los controles, un acrecentamiento de las garantías y un potenciamiento de las responsabilidades. Y esto es válido para todo, tanto para el sector público, cuanto para las grandes concentraciones del poder privado. A mayor poder, mayor control.

j) Basta leer *La ciudad indiana* de Juan Agustín García o páginas de otros autores de comienzos del siglo pasado para ver que ya hablaban de estas cosas y trataban el problema ético. Sin embargo, la diferencia cualitativa está en que en las últimas épocas no son bandidos sino que son “bandas”. Es decir, organizaciones que se valen de la impunidad que les otorga la cercanía del poder, o algún tipo de complicidad, para poder operar desde las sombras, visiblemente en detrimento del bien común y del interés general. Por eso sostenemos que no basta con el Código Penal. Este es condición necesaria, pero no suficiente. Tiene que haber, por supuesto, rigor en el Código Penal, pero él por sí solo no va a remoralizar la República. Esto resalta más aún la importancia de un Código de Ética, particularmente referido a la función judicial.

k) También es cierto, y hay que reconocerlo, que muchos medios de comunicación exaltan paradigmas que no son siempre los de la virtud, sino precisamente el contramodelo: ellos pertenecen a la anticultura. Es oportuno traer a colación la explicación que nos da uno de los grandes pensadores norteamericanos, John K. Galbraith, estudioso de la economía y de la sociología del norte de nuestro hemisferio. Galbraith señala dos datos, al buscar las razones del gran desarrollo de los Estados Unidos –que en forma indetenible adquirió, desde la segunda mitad del siglo XIX, hasta constituirse en potencial mundial–: *la educación pública y la enseñanza moral*, que los norteamericanos recibieron en gran medida e integralmente, amén de la influencia del puritanismo (exagerada escrupulosidad en el proceder). Al establecer la comparación con nuestro país –reconozcámoslo con tristeza– deberíamos decir que la enseñanza pública ha sido destrozada.

Bibliografía

- Bidart Campos, Germán, *Corte Suprema. El Tribunal de Garantías Constitucionales*, Buenos Aires, Edición de Allende y Brea, sin fecha.
- Dworkin, Ronald, *Justicia para erizos*, trad. Horacio Pons, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- “La decisión judicial”, *El debate Hart-Dworkin*, Siglo del Hombre, Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, 2002.
- Hughes, Charles E., *La Suprema Corte de Estados Unidos*, México, Fondo de Cultura Económica, pp. 213-214, 1946.
- Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1979.
- Kriele, Martin, *Introducción a la Teoría del Estado*, trad. E. Bulygin, Buenos Aires, Depalma, 1980.
- Moderne, Franck, *El juez constitucional frente a los poderes públicos*, Armario Portugués de Derecho Constitucional, 2004.
- Nino, Carlos, *Fundamentos de Derecho Constitucional (Análisis de la práctica constitucional)*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- Rawls, John, *La Justicia como equidad*, Madrid, Paidós, 2000.
- Ross, Alf, *¿Por qué Democracia?*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- Vanossi, Jorge Reinaldo, *Teoría Constitucional*, 3ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, tres tomos (2500 págs.); ver tomos II y III.
- *Propuesta de una Reforma Judicial*, Santa Fe, Rubinzal, 2004.
- *Estado de Derecho*, 4ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2008, un tomo (680 págs.).
- *La influencia de José Benjamín Gorostiaga en la Constitución y en su jurisprudencia*, Buenos Aires, Panedille, 1970.
- Weber, Max, *Economía y Sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1964, Tomo I, pp. 238 y ss.

La función judicial

*Ricardo A. Guibourg**

Resumen

El ideal republicano es un poder judicial independiente, imparcial, honesto y capaz, que decida las causas de conformidad con el derecho y sirva de contrapeso a los otros dos poderes mediante el control de constitucionalidad. Pero realizar este ideal es difícil. Primero, por la constante presión política sobre la institución judicial, empezando por el modo de selección de los jueces. Segundo, porque el principialismo y el neoconstitucionalismo imponen a los magistrados, por vía de interpretación y de la garantía de los derechos, una función de tipo legislativo con alcance general, para la que la organización judicial no está diseñada. La raíz de este problema es filosófica: nuestra sociedad confiere a las valoraciones una categoría ontológica que supone un método para determinar la verdad de los enunciados de base subjetiva. Es posible, aunque difícil, salir de esta complicación, pero es preciso para eso impulsar en el derecho una revolución semejante a la copernicana.

Palabras clave: poder judicial, jueces, organización judicial, Corte Suprema, división de poderes.

* Ricardo Alberto Guibourg es argentino, doctor en Derecho y profesor emérito de Filosofía del Derecho en la Universidad de Buenos Aires, donde dirige la Maestría en Filosofía del Derecho. Nacido en 1938, ha sido juez de trabajo durante casi cuatro décadas. Ha presidido la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo, la de Filosofía del Derecho y la de Teoría General de Sistemas y Cibernética. Es vicepresidente de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social y ha publicado más de quince libros y de trescientos artículos sobre filosofía, lógica, ética, teoría del derecho, teoría de sistemas, organización judicial, enseñanza universitaria y derecho del trabajo. Dirige un grupo universitario de investigación sobre análisis de criterios judiciales; pachigui@gmail.com.

The legal function

Abstract

The idea of a Republic needs a judiciary independent, impartial, honest and able to solve the cases according to the law and to check and balance the other two branches by constitutional control. But this ideal is hard to put into practice. Firstly, there is a political pressure on the judiciary, especially on the way to select its members. Secondly, principles and neo-constitutionalism expect from the judges, by way of interpretation, a legislation-like function, on a general scope, the judicial organization is not designed to fulfil. The root of this problem is philosophical: our society attributes to the act of evaluation an ontological nature which entails some method to determine the truth of subjective sentences. To escape from this complication is possible, though difficult; but to do so it is necessary to encourage within the law a revolution similar to the Copernican one.

Keywords: judicial system, judges, judicial organization, Supreme Court, separation of powers.

I - Introducción

“20) Que esta Corte Suprema ha dicho que el valor mayor de la Constitución no está en los textos escritos que adoptó y que antes de ella habían adoptado los ensayos constitucionales que se sucedieron en el país durante cuarenta años, sin lograr realidad, sino en la obra práctica, realista, que significó encontrar la fórmula que armonizaba intereses, tradiciones, pasiones contradictorias y belicosas. Su interpretación auténtica no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva, ‘impregnada de realidad argentina’, a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad que le impide envejecer con el cambio de ideas, crecimiento o redistribución de intereses, siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación.

También ha establecido que la realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu permanente de las instituciones de cada país o descubre

nuevos aspectos no contemplados con anterioridad, a cuya realidad no puede oponérsele, en un plano de abstracción, el concepto medio de un período de tiempo en que la sociedad actuaba de manera distinta ‘o no se enfrentaba a peligros de efectos catastróficos’. La Constitución Argentina, que por algo se ha conceptualizado como un instrumento político provisto de extrema flexibilidad para adaptarse a todos los tiempos y a todas las circunstancias futuras, no escapa a esta regla de ineludible hermenéutica constitucional, regla que no implica destruir las bases del orden interno preestablecido, sino por el contrario, defender la Constitución en el plano superior que abarca su perdurabilidad y la propia perdurabilidad del Estado argentino para cuyo pacífico gobierno ha sido instituida.

21) Que, de resultas de todo lo expuesto, puede concluirse que la Constitución por la previsión de sus autores, fue elaborada para ser guía del progreso nacional. La Constitución debe ser interpretada de manera de no hacer impotente e inoperante y sí preservar y hacer efectiva la voluntad soberana de la Nación.”

Estos argumentos fueron usados por la Corte Suprema en su fallo “Peralta”, de 1990,¹ para explicar por qué una restricción de un derecho constitucional (el de usar y disponer libremente de la propiedad, afectado por la retención de los depósitos de plazo fijo) no sólo era lícita dentro del sistema jurídico de la Nación sino que, además, podía ser dispuesta por un decreto del Poder Ejecutivo. Allí el tribunal, mediante un recurso retórico, menospreciaba la división de poderes al compararla con las instituciones de “ensayos constitucionales que se sucedieron en el país durante cuarenta años, sin lograr realidad”, a la vez que daba por sentado que la Constitución es tan flexible que puede ser contradicha y que la “voluntad soberana de la Nación” se identifica con la del Presidente.

En tiempos de crisis institucional, la independencia de los poderes y la función del Poder Judicial en el control constitucional se vuelven temas de fundamental importancia, ya que los habituales avances del poder administrador sobre los otros dos han de ser enfrentados por aquel que, como suele decirse, no cuenta con la espada ni con la bolsa. Pero un examen crítico de la función de los jueces abarca también otras cuestiones a las que la política,

1. CSJN, sentencia del 27 de diciembre de 1990, *Peralta, Luis A. y otro c/ Estado nacional (Ministerio de Economía - BCRA) s/ amparo*.

siempre acuciada por la visión del corto plazo, suele prestar poca o ninguna atención. Trataré en este trabajo de proporcionar un panorama general, abierto hacia el futuro.²

Es preciso recordar, ante todo, que la sociedad humana es un sistema en movimiento y, como tal, requiere para perdurar lo que los sistemistas llaman equilibrio dinámico: esto es la permanencia de las funciones durante el movimiento y gracias al movimiento. Para usar una metáfora útil, se trata de la situación de un ciclista que se mantiene en equilibrio sobre las ruedas gracias a que, mientras pedalea, corrige en cada instante el rumbo de su vehículo. Esta función de corrección constante para mantener el equilibrio corresponde, en cualquier sistema, a un subsistema llamado regulador. El subsistema regulador de la sociedad está compuesto por varios mecanismos, pero uno de ellos, absolutamente vital, es el derecho con las estructuras que lo hacen funcionar: los organismos del estado.

El estado debe hacer frente a varios niveles de equilibrio dinámico. Uno de ellos es el del sistema frente al entorno, y consiste en advertir las cambiantes circunstancias y enfrentarlas de la manera que se considere más eficaz: esa es la función del Poder Legislativo, en los lineamientos más generales, y del Ejecutivo en su manejo cotidiano. Otro es el micro-equilibrio, que ajuste la vida de los ciudadanos y de sus asociaciones de conformidad con las leyes: esta es la misión tradicional y diaria de los jueces. Y otro más consiste en mantener el equilibrio interno del propio subsistema regulador, para que mantenga sus funciones en los carriles previstos y siga actuando eficazmente en los otros niveles: la responsabilidad de este equilibrio está repartido entre todos los poderes, pero en última instancia reposa sobre los hombros de los magistrados.

2. En este texto he tratado de sintetizar y sistematizar una cantidad de reflexiones acerca de la tarea de los jueces, parcialmente expresadas en varios trabajos anteriores y debidamente actualizadas.

II - La Justicia como poder del Estado

A - La división de poderes

El examen del equilibrio mencionado en tercer lugar obliga a recordar una y otra vez ciertas nociones que todos hemos estudiado pero se olvidan a veces frente a circunstancias concretas. La Constitución establece tres poderes de cuya independencia (o, mejor dicho, de cuya muy moderada interdependencia) resulta la eficacia del sistema de frenos y contrapesos que asegura a todos los habitantes del país un régimen de leyes y de derechos y no uno de caudillos y caprichos. Pretende fundar un estado donde nadie tenga la suma del poder público, institución fulminada elocuentemente por su artículo 29; y, para eso, el parlamento está encargado de hacer las leyes, el ejecutivo tiene prohibido hacerlas³ y está obligado a ponerlas en funcionamiento, y el judicial, sin influencia de los otros dos, examina su constitucionalidad, determina cuándo ellas han sido infringidas, aplica condenas y previene (sí, mediante medidas cautelares) daños inminentes. Los poderes legislativo y ejecutivo están para cumplir la voluntad del pueblo, tal como se la expresa en cada elección. El judicial, en cambio, está para custodiar el cumplimiento de la Constitución y para garantizar los derechos de cada uno, incluso si, para hacerlo, debe afrontar la ira de las multitudes. Por eso su mandato proviene de una expresión a más largo plazo de la misma voluntad popular, tal como se la expresa en las convenciones constituyentes, y por eso los jueces no se nombran por elección directa, sino por concursos técnicos en los que deberían tenerse en cuenta las condiciones personales y jurídicas de cada candidato muy por encima de sus contactos políticos coyunturales.

Por este motivo, todo intento de repolitizar (aún más) la administración de justicia, toda propuesta de incrementar la influencia del ejecutivo o del legislativo en su selección y en su remoción, toda declaración tendiente a atemorizar a quienes por su función están obligados a ser valientes, es un paso hacia atrás en la senda republicana y un verdadero peligro para el futuro.

3. En esto, nuestro derecho no es consecuente: los artículos 76 y 99 inciso 3 de la Constitución argentina facilitan la legislación ejecutiva, aunque la presentan bajo la forma de excepciones.

B - El control legal y constitucional

¿Hay medidas de gobierno exentas por completo del control judicial? No, porque cualquier medida puede ser impugnada ante los tribunales. Lo que sí hay es amplios campos de discrecionalidad de los poderes legislativo y ejecutivo, tales que las medidas que se encuadren en ellos, aunque sean impugnadas por alguien, no serán privadas de efecto por los jueces (estas son las que, a mi juicio engañosamente, suelen llamarse “cuestiones no justiciables”).

Los magistrados están para aplicar las leyes, incluso las que no les gusten. Pero ante todo están para aplicar la Constitución, incluso si no les gusta. Así, todo es cuestión de límites. La Constitución los pone y, mientras los poderes se queden dentro de ellos, pueden hacer lo que les parezca mejor, por correcto o incorrecto que sea ese parecer. Si se salen de ese marco, en cambio, los jueces no tienen la facultad de declarar la inconstitucionalidad de la medida: están obligados a hacerlo. Y su juicio en un sentido o en otro jamás debe ser político, en el sentido de coincidir o disentir con un gobierno o guardar lealtad a una persona, a una administración o a un partido: por eso los jueces tienen prohibido afiliarse a un partido, no pueden participar de actos políticos y permanecen en sus cargos indefinidamente: porque son guardianes de la Constitución y de las leyes, con independencia de los gobiernos.

C - Una dificultad: la crisis de la representatividad parlamentaria

Las consideraciones precedentes siguen siendo válidas, pero se ven conmovidas en la práctica por un hecho político que, luego de muchos años de incubación, represión y transgresión, se muestra ahora con menor disimulo: la limitación del parlamento para ejercer plenamente la función que las constituciones le encomiendan.

Uno de los factores que inciden en este fenómeno –tal vez el menor entre ellos– es probablemente la creciente complejidad de las funciones gubernamentales. El número de variables que es preciso tener en cuenta y la interdependencia entre ellas exceden de hecho las posibilidades del gobernante más experimentado y seguramente exceden también las previsiones emergentes de un grupo numeroso que, cualquiera sea la idoneidad de sus individuos, se ve obligado a negociar y acordar trabajosamente sólo las acciones que

por algún motivo acceden a la superficie de su atención inmediata. A esto se agrega que muchas de las medidas más trascendentes requieren respuesta rápida y algunas de ellas, por añadidura, son menos eficaces si no se preparan en secreto.

Mayor gravedad puede atribuirse al paulatino desprestigio que la institución parlamentaria ha sufrido en muchos países, sobre todo en aquellos con mayor tradición caudillista. En efecto, el parlamento es el representante directo del pueblo, el órgano encargado de detectar las necesidades de la nación y proyectar su remedio según las orientaciones predominantes en el electorado. Pero es un hecho que los electores tienen escasa información acerca de la personalidad y de la orientación de las personas que eligen como legisladores: las orientaciones (ya sean reales o imaginarias) son representadas ante la opinión pública por los grandes referentes; y en muchos casos no se tienen en cuenta tanto las ideas políticas declaradas como el encanto personal del líder que representa una opción. Ese líder, es innecesario decirlo, ejerce el poder ejecutivo o se postula para ejercerlo: los cargos legislativos, numerosos y por lo tanto más oscuros, se reservan para las segundas o terceras líneas. El carisma del candidato principal se constituye en un polo de atracción para otras figuras, no siempre de historia personal afín con la posición representada por el líder, y estas figuras, de mayor o menor renombre (no necesariamente político) y a menudo completamente desconocidas por el gran público, son electas por elevación como miembros del parlamento: el ciudadano prefiere a un caudillo y en función de esa preferencia vota a los candidatos que el líder apoya o propone.⁴

El resultado es que, en la percepción política predominante, el gobierno se identifica con el ejecutivo. Y esa percepción, que no podría calificarse de ilusoria, es ampliamente compartida. Quien en cada momento ejerce el poder ejecutivo y quienes con él colaboran, sin que importe aquí con cuánta eficacia u honestidad lo hagan, sienten que el gobierno del país está en sus manos y que las consecuencias de cualquier naturaleza que de esa acción deriven caerán sobre sus cabezas como premios o castigos personales. Los ciudadanos comparten pacíficamente esa expectativa, que además es habitualmente confirmada por la propaganda política: la construcción de un barrio,

4. Cfr. Mendonca, D., y Guibourg, R. A., *La odisea constitucional - constitución, teoría y método*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 99.

el desenfreno de la inflación o los costos de contenerla, el desempleo, las fallas de la educación pública, el auge del crimen y hasta la inundación o la sequía son proclamados, desde el poder o desde sus alternativas, como virtudes o responsabilidades de una administración dotada de nombre y apellido.

No sucede lo mismo con los diputados y los senadores. Aunque algunos son conocidos por la opinión pública y objeto de juicios aprobatorios o desaprobatarios desde distintos sectores de la población, la mayoría de los representantes son prácticamente anónimos. En una sociedad caudillista no suele haber más de un caudillo; en otra de mayor tradición cívica, dos o tres si se cuentan los principales líderes de oposición. El resto de los dirigentes no cuenta, en la práctica, sino en función de su adhesión a un referente, por lo que los ciudadanos –acaso equivocadamente– tienden a considerarlos más o menos fungibles.

En estas condiciones, los proyectos de ley presentados por los legisladores y los debates que sobre ellos se entablan quedan relativamente oscurecidos: el centro de la atención es reclamado por las políticas emprendidas por el ejecutivo y por la mayor o menor resistencia que a ellas se oponga en el legislativo. Cuando no se ofrece ninguna, la acción parlamentaria queda inadvertida como un mero trámite formal, que suele describirse como la aprobación de las “herramientas necesarias” para la acción del caudillo. En suma, el parlamento abandona su función rectora para constituirse en cauce, dique o rémora para el flujo de las acciones del verdadero gobierno.

Así, pues, la división y la independencia de los poderes enfrentan una mayor desigualdad en la fuerza y en la dedicación que cada uno de ellos aporta al gobierno del estado: el ejecutivo gobierna, el legislativo se encierra en apoyar al ejecutivo o en oponerse a él (cuando no a cobrarle peaje) y el judicial queda solo, armado con el coraje que tenga y con el presupuesto que los otros le concedan, para ejercer un control arduo y, a veces, riesgoso.

D - Sobre las virtudes judiciales

El oficio de juez ha sido reiteradamente calificado como augusto, o sagrado, por varios motivos: a) porque consiste en juzgar a sus semejantes, función que a veces se ha considerado poco menos que divina; b) porque su juicio tiene mucho de subjetivo y, por lo tanto, de impredecible como el de

un oráculo; c) porque, en esas condiciones, la garantía judicial depende de las virtudes de quienes la toman a su cargo.

¿Cuáles son esas virtudes? Más allá de algunas divergencias periféricas, parece haber un centro de acuerdo bastante general y tradicional acerca de ellas. Pero esto no implica que esta coincidencia alcance definiciones precisas ni detalles de aplicación.

La primera es la imparcialidad. Un juez puede cumplir su función mejor o peor, pero si no actúa con imparcialidad no puede cumplirla en absoluto. Algunos llaman a esto neutralidad, y observan que nadie es realmente neutral, puesto que tiene preferencias morales y políticas. Es verdad: la neutralidad absoluta sólo se encuentra en los cementerios, y eso siempre que no leamos las lápidas. Pero a ningún juez se exige que esté muerto a las emociones, sino que sepa sobreponerse a ellas hasta cierto punto y, desde luego, que carezca de preferencias personales acerca de las partes individualmente.

Esto es serio, porque la neutralidad o, si se prefiere, la imparcialidad, es la mejor y a veces casi la única garantía que los jueces pueden ofrecer. Hay magistrados expertos, pero ¿quién lo es hasta tal punto que conozca todos los temas que puedan dar lugar a un conflicto? Hay jueces prudentes, pero ¿cómo podríamos estar seguros de que su prudencia se aplica del mismo modo que la nuestra, o que su juicio de relevancia acerca de las condiciones de cada pleito coincide con el que nosotros sostendríamos? Hay juzgadores de corazón noble; sin embargo, ¿los llevará acaso su nobleza de corazón a entender y decidir las causas del modo como nosotros quisiéramos que lo hicieran? Es relativamente fácil advertir, en materia ética, la peligrosa ficción de objetividad que se esconde bajo las blandas y complacientes palabras morales, de modo que, si no nos dejamos llevar por la magia emotiva del lenguaje, veremos que las valoraciones, constantes y necesarias para todos, no reposan sino en los impulsos internos del observador, modelados por la historia personal del individuo, que incluye su educación pero no garantiza uniformidad. Eso sí, un juez que falla la causa de sus amigos, o que acepta dádivas para decidir en un sentido determinado, es rechazado por todos y despreciado incluso por quien lo corrompe. En esto no hay dudas: nadie osa defender la conducta de tal magistrado, salvo negándola. ¿De dónde procede tanta unanimidad en los valores procesales, cuando convivimos con tantas divergencias en lo sustancial?

Puede intentarse una respuesta simple. La figura del juez ha sido ideada para reemplazar la guerra privada, en la que cada uno es parte, juez y verdugo. Si el magistrado ha de cumplir su función, es fundamental que sea ajeno a los intereses que se contraponen en el conflicto a decidir. Que decida bien o mal, rápidamente o con demora, de acuerdo con la ley o en forma arbitraria es algo de gran importancia, especialmente en el llamado estado de derecho. Pero aun el más arbitrario e ignorante de los magistrados es capaz de alguna virtud si puede dictar su fallo con prescindencia de la identidad de las personas a quienes haya de afectar.

Para hablar de neutralidad, pues, es preciso referir el concepto a un conflicto determinado, del mismo modo como nadie puede ser tío si no tiene un sobrino. Así como no se puede ser neutral sino en relación con un conflicto, tampoco es posible la neutralidad generalizada, frente a todos los conflictos, porque la vida es, en sí misma, una sucesión de conflictos.

Esta virtud de la imparcialidad suele discutirse acaloradamente bajo el nombre de independencia. La independencia de los jueces es un principio obvio de la división constitucional de los poderes, pero el uso que suele hacerse de esta expresión, a menudo teñida de política, no contribuye a la claridad del discurso y, lo que es peor, genera divergencias innecesarias.

A nadie se le ocurriría que los jueces deban ser independientes de las leyes y de la Constitución que ellos juran hacer cumplir. En la medida en que las reglas del derecho sean aplicadas consecuentemente en sede judicial, los derechos de los ciudadanos estarán mejor garantizados que si quedan sujetos a interpretaciones imprevisibles.

En la discusión cotidiana –y como consecuencia de las condiciones descritas en el apartado precedente– se sostiene que los jueces deben actuar con independencia de las opiniones, intereses o presiones del poder ejecutivo. Desde el otro lado, se invoca que deben serlo de los intereses económicos y de los reclamos opositores. Las dos opiniones son correctas: lo incorrecto es suponer que esas independencias puedan ser contradictorias entre sí. También se destaca que cada juez, como cualquier ciudadano, tiene una ideología. Cierto, pero no es un buen juez quien pone esa ideología (genérica o, lo que es peor, partidaria) por encima de la ley para decidir las causas a su cargo. Los jueces, se sabe, crean derecho; pero su función no es semejante a la que se atribuye a los legisladores, sino circunscripta al marco de las normas generales y, en principio, aplicada a casos particulares.

Los límites de la discrecionalidad judicial, por eso, constituyen un tema crucial, sobre el que convendría a los ciudadanos reflexionar al ejercer su soberanía.

Más adelante volveré sobre este tema, pero conviene por ahora recordar que en el siglo XIX predominaba la idea de que el juez es la “boca de la ley”, la voz que aplica el derecho preexistente, sin margen para sus propios sentimientos. Esto era un mito, ya que aplicar la ley implica interpretarla; pero ese mito influía ideológicamente para sofrenar las iniciativas judiciales y subordinarlas a la legislación.

Desde entonces, mucho ha cambiado. La postulación de los derechos humanos, incorporada a la práctica del control constitucional, ha ampliado crecientemente la discreción que se reconoce a los jueces para encauzar, modificar o incluso desestimar los contenidos fijados por la autoridad legislativa. Muchos ven este fenómeno con satisfacción, porque esperan de él una mayor justicia.

Es preciso, pues, pensar con cuidado la extensión que convenga asignar a la discrecionalidad de los jueces. Reducirla mediante amenazas personales, instrucciones particulares o lealtades partidarias es sencillamente nefasto. Permitir que se corrompa por medio de dádivas o compromisos de amistad o de grupo es igualmente suicida. Restringir su capacidad de ejercer el control constitucional es por demás peligroso para las instituciones republicanas. Es menester preservar su independencia, respetar su indispensable valentía y procurar acuerdos en la cultura jurídica, tales que el activismo judicial no consista en procurar una revolución desde la iniciativa individual, que la legislación respete la Constitución y merezca el respeto (aunque no la aprobación) de todos y que cada ciudadano conozca lo que vale, lo que puede y lo que se le debe, como quería Mariano Moreno.

Otra virtud obvia que se exige a los jueces, implicada por la imparcialidad, es la honestidad. La mayoría de la gente traduce esto como no pedir ni recibir sobornos, pero esta es sólo la primera y más visible capa de la honestidad. La segunda consiste en resistir halagos, amenazas y presiones, no sólo de las partes sino también de los poderes públicos y privados, de los medios de comunicación y hasta de la opinión pública, si su conciencia jurídica se lo indica. Pero hay una tercera capa, que a menudo es inadvertida: la de la selección y el manejo del personal. Es extremadamente común que funcionarios y empleados judiciales sean nombrados o ascendidos en atención a su parentesco o amistad con magistrados antes que por su mayor idoneidad

comparativa. Este fenómeno tiene otras variantes, fuera del nepotismo puro y duro. A lo largo de mi desempeño judicial he peleado siempre (y digo bien, peleado) por la adopción y uso leal del sistema de concursos para todas las categorías de funcionarios y empleados. Siempre encontraba los mismos argumentos y propuestas a modo de obstáculos. El más común, que los cargos son de confianza del juez. Pero el juez que se hace cargo de un juzgado no puede prescindir del personal existente para poner el propio. De aquí se desprende que el agente no debe tener la confianza del juez, sino merecer la confianza del Poder Judicial, lo que es diferente.

E - Sobre la composición del Poder Judicial

En una democracia, el pueblo gobierna por medio de sus representantes. Los funcionarios, como operadores del estado y en última instancia en nombre del pueblo, ejercen funciones en distintos niveles de autoridad y delegación. Los legisladores han de representar directamente las preferencias populares. Cuando se trata de magistrados, de acuerdo con lo ya expresado, lo fundamental es que sean honrados, imparciales, expertos en derecho y hábiles en la aplicación de las leyes. Por esto, el componente político de su selección, aunque nunca se halla ausente, ha de reducirse sensiblemente para asegurar una administración de justicia segura y permanente.

Aquel criterio fue burlado en ocasiones hasta el ridículo. El hijo de una tarotista presidencial fue designado fiscal y luego propuesto como juez federal, cuando no contaba con título de abogado; una juez, incapaz de hacer su trabajo, tercerizaba la redacción de sus sentencias. Abusos tales provocaron una reacción, que terminó en la inclusión del Consejo de la Magistratura en la Constitución de 1994. En la composición de dicho consejo, encargado de la selección de los jueces mediante concursos de oposición y antecedentes, debía procurarse el “equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal”, cláusula con la que los constituyentes esperaban reducir la influencia exclusivamente política. Pero la ley sancionada por el Congreso multiplicó esta clase de representación distinguiendo entre diputados y senadores y, además, agregó un representante del Poder Ejecutivo, con lo que aquel equilibrio nunca se cumplió cabalmente.

Apesardetodo, en los primeros tiempos las cosas no anduvieron tan mal. No todas las designaciones eran buenas, pero al menos los concursos eran

bastante serios y los abusos anteriores ya no podían repetirse. Sin embargo, el tiempo fue corrompiendo las prácticas y una nueva ley empeoró el desequilibrio de la anterior. Desde entonces, el procedimiento de designaciones judiciales ha caído en el descrédito. Los concursos se hacen, pero los jurados se sortean entre un pequeño número de candidatos y ha habido denuncias, nunca investigadas hasta el fin, sobre irregularidades y trampas en los exámenes. Cuando, a pesar de esto, los resultados no son enteramente del agrado de los poderes políticos, el trámite se demora indefinidamente. Por lo menos en un caso se llegó al extremo de designar una “comisión revisora” de los resultados de un concurso, cuyo dictamen también fue puesto en larga espera por no contener los nombres apetecidos en los lugares principales. Pero, más tarde, los resultados del concurso ya no fueron determinantes: el Consejo convoca a los candidatos para interrogarlos y, con pretexto de esa entrevista, decide por su cuenta variar el orden de méritos y anteponer unos candidatos muchos puestos por encima de otros. Estas decisiones, que no encuentran justificación objetiva en las pruebas de oposición, son a veces impuestas por cálculos políticos a cargo de consejeros también políticos.

Cuando finalmente se confecciona la terna y se la remite al Poder Ejecutivo, llega el tiempo de las impugnaciones. El procedimiento es excelente, porque da a cualquier ciudadano la oportunidad de elogiar o criticar fundamentalmente a cada uno de los candidatos y, de ese modo, ilustrar la decisión de la máxima autoridad política. Pero ese trámite también acabó por viciarse. Es tan pública la influencia de la política en las designaciones judiciales, que los propios candidatos se someten (a veces entusiastamente) a la humillación de pedir avales a quienes los conocen en vez de quedar a la espera del juicio espontáneo de sus conciudadanos. El resultado es una competencia para juntar firmas en la que los más audaces aventajan a los más austeros. Y el final depende, al parecer, no tanto de cuántas firmas haya reunido cada uno sino especialmente de cuán cerca del poder se hallen las personas que den su apoyo.

En definitiva, el mal que se quería corregir ha vuelto a enseñorearse del sistema de designación de magistrados, ahora con la pátina de legitimidad que proporcionan unos concursos cuyo resultado se vuelve previsible de antemano gracias al recurso discrecional de las entrevistas con los candidatos. El papel del Senado, que debería limitar y corregir estos abusos, sigue siendo el tradicional, normalmente fundado en el toma y daca.

Estas reflexiones podrían considerarse a su vez políticas, si no fuera porque la función judicial excede largamente ese ámbito para constituir una base indispensable de la organización institucional de la República. Los legisladores y los presidentes vienen y van, pero los jueces permanecen con la garantía última de la legalidad y del aseguramiento imparcial de los derechos de todos. Si el acceso a la magistratura se convierte en premio a la militancia o en soborno por algún apoyo circunstancial, y si la permanencia en ella empieza a depender de amistades y lealtades antes que de la corrección de su comportamiento, los efectos nocivos de estas prácticas, aunque ellas cesen, están destinados a perpetuarse por generaciones.

III - La Justicia como órgano aplicador del derecho

Cuando el vasto movimiento de la codificación, a principios del siglo XIX, se maravillaba identificando el derecho con la razón y –por lo tanto– la justicia con el derecho, se elaboró un esquema tan claro y atractivo que su influencia persistió mucho después que acabara por advertirse su carácter ficticio. Según ese esquema, la dirección principal del gobierno es ejercida por el legislador. Él hace las leyes en representación del pueblo y las hace saber al ejecutivo, también representante popular,⁵ para que las ponga en ejecución en cuanto dependa del aparato del estado. A los jueces, funcionarios técnicos, está reservado el papel de boca de la ley: frente a un conflicto concreto, ellos deben averiguar los hechos, encuadrarlos en las leyes vigentes y aplicar la solución que ellas dispongan. Les está vedado tomar en cuenta sus propias opiniones y hasta es delito para ellos juzgar contra el mandato legislativo.⁶

La primera grieta en aquella hermosa ficción fue el reconocimiento de la interpretación. Es claro que la interpretación judicial es la que prevalece, pero en cada proceso es fácil que ella deba imponerse a otra interpretación alternativa propuesta por un abogado al que sería demasiado duro descalificar

5. Hubo una etapa de transición en la que el poder ejecutivo era reservado al rey, pero este vestigio del poder absoluto no pudo resistir la presión igualitaria y democrática.

6. El artículo 269 del código penal argentino reprime como delito de prevaricato la acción del “juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por él mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas”.

por haber perdido. Se acordó, de alguna manera, que varias interpretaciones eran posibles de buena fe, pero que los jueces –acaso por ser más sabios, o por su experiencia, o por su ecuanimidad– estaban mejor capacitados que nadie para hallar la interpretación correcta. Un resabio de esta idea es, tal vez, la costumbre de calificar alguna tesis como “la buena doctrina”.

Ese esquema, también ficticio, no pudo mantenerse por mucho tiempo, ya que algunas de las interpretaciones judiciales prevalecientes no podían defenderse seriamente como el sentido llano de la ley o el contenido evidente de la intención del legislador. Apareció entonces el juez como una suerte de gerente de la ley: ella es (casi) el único instrumento del que dispone, pero está en sus manos moldearla con cierta libertad y adaptarla a las necesidades del momento, tales como el propio juez las estime y como las instancias superiores le permitan satisfacerlas. El cambio no sucedió en los hechos, que se mantenían: se operó en la conciencia de los juristas, que ya no veían con desaprobación las modificaciones de la ley dispuestas por vía jurisprudencial siempre que ellas fueran justificadas y mantuvieran el culto verbal de las ficciones. A este estado de la evolución puede atribuirse la aparición de la teoría de las “dos bibliotecas”.

Con el tiempo y sus vicisitudes, también ese culto verbal empezó a resquebrajarse. El respeto a la ley fue volviéndose más y más formal: no era bien visto negarse expresamente a aplicarla (salvo con apoyo en la Constitución, como ocurría cada vez más a menudo), pero ya estaba en claro que el juez consideraba que su primera obligación era la de obedecer a su propia conciencia.

Y así hemos llegado a la etapa de hoy, en la que cada vez más los jueces rinden culto a la Justicia, de la que se consideran esforzados intérpretes, y reservan a las leyes un papel secundario y subordinado. Esto no es algo que los jueces hayan decidido por su cuenta: les es impuesto por un cambio operado en la técnica legislativa, que crecientemente abandona la práctica de legislar por obligaciones para legislar por derechos.

Esta forma de legislar, desde luego, no es un método novedoso. Desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en adelante, las constituciones han incorporado, al lado de las reglas para el ejercicio de las funciones gubernamentales, normas de contenido sustantivo que se hallan destinadas a limitar los poderes constituidos para proporcionar a los ciudadanos lo que Dworkin llamara “cartas de triunfo” en el juego

del derecho.⁷ Estas cartas se llamaron garantías constitucionales, porque indicaban negativamente los contenidos que las leyes no podían incluir, so pena de inconstitucionalidad.

Desde la segunda mitad del siglo XX, sin embargo, se ha acelerado la incorporación de derechos positivos, cuyo cumplimiento no puede ser garantizado con la anulación o la inaplicabilidad de una norma inconstitucional: ellos requieren acciones políticas concretas y colectivas típicas del poder legislativo. Esta tendencia, que en las últimas décadas ha sido denominada neoconstitucionalismo, se ve claramente representada por la Constitución argentina de 1994: ella, aparte de introducir varias cláusulas de esta naturaleza,⁸ incorpora al nivel constitucional interno diversas convenciones internacionales.⁹ La tendencia neoconstitucionalista, inspirada en el saludable deseo de garantizar, desde el máximo nivel jurídico, beneficios y tratos humanitarios y equitativos largamente negados por nefastas prácticas políticas, lanza sobre todo el sistema legal un manto de valores y principios e incrementa sensiblemente la dependencia de la interpretación respecto de las valoraciones morales.

7. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993.

8. El artículo 37 ordena garantizar mediante acciones positivas la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. El artículo 41 declara el derecho a “un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras”. El 42 dispone que los consumidores y usuarios tienen derecho “a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos” y “a condiciones de trato equitativo y digno”. Además, prevé que la ley establezca “procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos... previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

9. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 75, inciso 22).

Esta suerte de judicialización formal de lo que otrora era programa político, junto con otros factores,¹⁰ ha conducido a incrementar la enunciación de derechos como método preferido para el debate jurídico. Cada vez menos se afirma que un homicida debe “pagar su crimen ante la sociedad” y cada vez más que la familia de la víctima “tiene derecho a exigir justicia para su ser querido”. Menos que los administradores públicos o privados deben contratar a cierta proporción de mujeres o de miembros de grupos desfavorecidos y más que todas estas personas tienen derecho a no ser discriminadas. Menos que es debido prevenir, evitar y corregir la contaminación y más que los vecinos y las generaciones futuras tienen derecho a vivir en un medio ambiente sano. Menos que es preciso destinar fondos a la construcción de viviendas o subvencionar a quienes no puedan pagarlas, y más que todos los seres humanos tienen derecho a una vivienda digna.

Se trata de dos maneras distintas de expresar una misma voluntad política, pero no hay garantías de que su contenido sea idéntico. Legislar por deberes implica identificar al obligado antes que al beneficiario y especificar el contenido, el lugar y el tiempo de la obligación que se impone. Legislar por derechos (o invocar principios) es algo mucho más vago: es genérico en cuanto a sus beneficiarios y al contenido, brumoso acerca del obligado e impreciso por demás acerca del modo y el tiempo en los que deben asegurarse los derechos o ponerse en ejecución los principios. Y, además, sujeta los derechos a la impredecible condición de su contraposición a otros derechos o principios que, por sí mismos o de acuerdo con las circunstancias del caso, puedan “derrotarlos”.¹¹

Con la técnica legislativa que nuestro tiempo ha adoptado con entusiasmo –y con total independencia de la mayor o menor justicia que se alcance con ella– se crea un peligro para el conocimiento del derecho y para la

10. Enunciar derechos no es tan efectivo como establecer las correspondientes obligaciones, pero es un método atractivo para la clase política, ya que provoca el apoyo de los beneficiarios y confina a un impreciso futuro la oposición de los eventuales obligados (Cfr. Guibourg, R. A., “Derechos en serio y cuentas claras”, en LL del 8/2/2006).

11. La utilidad del concepto de principios derrotables para la descripción del derecho ha sido objeto de sólidas críticas. Una de las más precisas puede hallarse en Rodríguez, Jorge L., y Sucar, Germán, “Las trampas de la derrotabilidad”, en *Análisis e Diritto 1998*, Génova, pp. 277 a 305. He dado apoyo a esas críticas en “El espejismo de los principios”, *Provocaciones en torno del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2002, p. 61.

seguridad jurídica (que no es otra cosa que la capacidad de los ciudadanos para ajustar su conducta a las normas), toda vez que se convierten en normas obligatorias principios cuya definición depende de apreciaciones subjetivas. Como esta práctica proviene de los más altos niveles del sistema jurídico, se obliga a los jueces a juzgar según sus propios criterios morales o políticos la constitucionalidad de las leyes y la legalidad de las conductas.

Otro tironeo que sufren los jueces es su función de resolver los conflictos de acuerdo con la ley. Un juez rara vez resuelve un conflicto: lo que hace es zanjarlo, acallararlo de un plumazo, pero el conflicto sobrevive en el ánimo de los litigantes hasta que el tiempo, el olvido o tal vez la muerte lo disuelvan poco a poco. Esto es muy visible en los casos penales graves, como el de homicidio: los deudos de la víctima reclaman públicamente “justicia para su ser querido” y siguen reclamándolo después de la condena, que suelen considerar insuficiente; pero nadie puede hacer justicia para los muertos, sino para los sobrevivientes, ya sean victimario a castigar o allegados de la víctima a contener e indemnizar. Aquel reclamo –por mucho que lo compartamos– podría traducirse mejor como “venganza para nosotros”.

Por otro lado, las reglas procesales y las garantías penales, que encauzan las investigaciones y las decisiones, no siempre permiten encontrar y castigar a los culpables. Para peor, las reglas de la excarcelación, fundadas en la presunción de inocencia, no son comprendidas ni apoyadas por los ciudadanos en general. Y ni hablar si el sospechoso liberado comete otro crimen: los observadores quieren linchar al juez, considerado responsable de esa conducta porque, al parecer, habría debido llevarse al imputado a su casa y encerrarlo allí, para que no matara, robara ni violara a alguien más. Esto proviene de la errónea pretensión de que los jueces busquen reducir la inseguridad. Esa función preventiva corresponde a la policía (y, para prevenir con seriedad, sería preciso reducir la pavorosa desigualdad social y cultural que reina en nuestro medio): los jueces están para aplicar la ley y –si pueden, sin invadir las garantías que la ley ha establecido para todos nosotros– decidir las penas que hayan de cumplir quienes cometen algún delito. Un error más consiste en no advertir que todo ese discurso se refiere a los jueces *penales*. Buena parte de la opinión pública parece dar por sentado que los únicos jueces que importan son los encargados de aplicar penas. Y, para peor, concibe esa actividad judicial como ficticiamente se la muestran las series norteamericanas: casi siempre se apresura al culpable (el espectador sabe quién es), se lo juzga en un periquete (con jurado, claro) y, si sale libre,

será porque el juez no hizo lo suyo o el acusado abusó de sus garantías. Sin embargo, administrar justicia es mucho más que aplicar penas: en la mayoría de los casos es dar la razón, en todo o en parte, a un litigante frente a otro para garantizar el cumplimiento de las obligaciones (que es la única manera de asegurar el goce de los derechos).

Este es otro tema vital. Se pide a los jueces que cumplan la ley, hagan justicia y busquen las soluciones en su conciencia. Estos pedidos son imprecisos y hasta contradictorios. Cada persona o grupo tiene su idea acerca de qué es lo justo en un caso determinado: para zanjar los desacuerdos están las leyes, que se imponen sobre los ciudadanos, pero por eso mismo muchos consideran injusto el cumplimiento de la ley. Por su parte, la conciencia del juez no es más que la conciencia de un individuo. Puede haber buenas leyes, puede haber buenos jueces; pero ninguna magia retórica puede hacer que lo que es bueno para uno sea también bueno para todos los demás.

Por último, ¿en qué medida pedimos que los jueces cumplan la ley? Los jueces, es cierto, resuelven (zanjan, como dije antes) los conflictos, pero una considerable tendencia supone que esta es la principal y casi única función de la administración judicial. La relativa ineficiencia del sistema ha llevado al desarrollo de la propuesta de métodos alternativos para la solución de conflictos: mediación, negociación, transacción, arbitraje. Nada hay que decir en contra de estos medios, sobre todo en la medida en la que tiendan a satisfacer mejor la expectativa de las partes. Pero cabe formular tres observaciones.

La primera, que aunque se tienda a una solución que no implique un juego “suma cero”, sino otra en la que todos ganen, esta ganancia suele ser relativa, en la medida en la que cada parte se ve presionada por la incertidumbre de la solución final, la demora probable en alcanzarla y los costos (medidos en tiempo, disgustos, gastos y lucro cesante) implicados en el planteo de un proceso judicial.

La segunda, en cierto punto dependiente de la primera, es que los medios no adversativos actúan en la práctica (no, por cierto, en la intención de sus sostenedores) como parásitos de la ineficiencia judicial: si los procesos fueran muy rápidos, el acceso a la justicia fuera gratuito y las soluciones pudieran preverse con probabilidad cercana a la seguridad a partir de la claridad y precisión de las leyes, el interés de los eventuales litigantes por los medios alternativos descendería verticalmente.

La tercera observación es que la reconocida misión de los jueces, terminar con el conflicto de acuerdo con la ley, tiene dos partes, de las cuales la segunda tiende a olvidarse a medida que los hechos expuestos en las dos observaciones anteriores hacen urgente el cumplimiento de la primera. Desde este punto de vista, lo que importa es que el conflicto deje de existir, cualquiera sea el sacrificio que las partes deban hacer de sus respectivos derechos. Esto equivale a ver la justicia como un negocio bilateral privado: una vez firmado el acuerdo, todo queda concluido. Sin embargo, las leyes no sólo sirven de base a la solución de los conflictos, sino también de guía a las conductas de la comunidad en pos de su convivencia pacífica y previsible. Hay un interés social en que, ante todo, las personas se comporten de acuerdo con el derecho; y que sólo cuando esta regla se vea incumplida haya que recurrir a los jueces para que restablezcan los derechos conculcados. Si este interés se olvidara por completo, la sociedad se vería librada a una ley de la selva: el fuerte hace lo que le conviene y, si el débil protesta, es fácil para él conducirlo a un acuerdo desigual en el que terminen dándose la mano. Es claro que esta visión es exagerada: no nos hallamos, de hecho, en esa situación. Pero vale la pena imaginarla para advertir que el equilibrio entre resolver conflictos y cumplir las leyes no debería inclinarse demasiado hacia el primero de esos polos.

IV - Las sentencias como fuente de derecho

He mencionado antes la vieja ficción que se fundaba en un gran respeto por la letra de la ley (lo que Ross llamara en su momento conciencia jurídica formal).¹² Este respeto se hallaba apoyado históricamente en que la ley se apegaba a la ideología políticamente dominante (la conciencia jurídica material). Luego de un largo período en el que la conciencia jurídica material se modificó –a veces paulatinamente y otras como consecuencia de catástrofes humanitarias– mientras los textos legales se mantenían en su tradición conservadora y a menudo autoritaria, la conciencia jurídica formal acabó por debilitarse y la material tomó la voz cantante. Pero, para que esa voz alcanzara una unidad tonal que la hiciese práctica, sería preciso apoyar la nueva ficción en una ideología capaz de mantener su consenso más allá del culto de

12. Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, p. 110.

las palabras. Esto no sucede en los hechos. El ideal de los derechos humanos se muestra tan loable en el campo de lo abstracto como vago y poco práctico para regir los casos individuales, ya que los derechos y los principios suelen entrar en conflicto entre sí.¹³

La proliferación de los llamados “casos difíciles” no es sino una ilustración de esta dificultad. Una menor que no ha alcanzado la edad requerida por la ley es autorizada para donar un riñón a su hermano;¹⁴ un individuo culpable de un delito grave con implicaciones políticas se ve afectado por una ley más severa dictada después de que se cometiera el hecho;¹⁵ una joven violada a quien la ley acuerda el derecho de abortar se ve impedida de hacerlo con invocación del principio constitucional de protección de la vida;¹⁶ los guardianes del nefasto Muro de Berlín son sancionados por delitos que, en el momento y en el lugar donde se cometieron, eran obligaciones legales;¹⁷ una corte íntima al poder administrador a ejecutar el saneamiento de un río contaminado¹⁸ y a elevar colectivamente los haberes jubilatorios.¹⁹ No pretendo

13. Cfr. Guibourg, R. A., *La construcción del pensamiento* (cit.), pp. 122, 142 y ss.

14. CSJN, sentencia del 11 de octubre de 2001, *Saguir y Dib, Claudia Graciela s/ autorización*, LL 2002-A, 70.

15. CSJN, sentencia del 24 de agosto de 2004, *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros*.

16. Una juez de menores prohibió el aborto de una joven discapacitada mental que había sido violada por consideración al derecho a la vida establecido en la Constitución argentina. La decisión fue revocada por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (Causa AC. 98.830, R., L.M., *NN persona por nacer. Protección. Denuncia*), pero la demora provocada por el trámite judicial impidió de todos modos que el aborto se llevase a cabo en un hospital público (cfr. www.misionesonline.net/pagina/noticiaPrint, edición 2573 del 2/08/2006).

17. El Tribunal Constitucional alemán y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en 1996 y en 2001, respectivamente, rechazaron la defensa de obediencia debida opuesta por los procesados para eximirse de responsabilidad por la muerte de quienes intentaban escapar de la hoy extinta República Democrática Alemana.

18. La CSJN, por decisión del 20 de junio de 2006, intimó al ejecutivo nacional, a dos gobiernos locales y a 44 empresas a emprender el saneamiento del Riachuelo (M. 1569. XL. *Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)*).

19. La CSJN intimó al poder legislativo a adoptar, en un plazo razonable, medidas que conduzcan a la movilidad de los haberes previsionales. (CSJN, sentencias del 8 de agosto

con esta enumeración criticar el contenido de aquellas decisiones: sólo señalo que cada una de ellas está sujeta a controversia y es el fruto de un trabajoso esfuerzo generado por la inadecuación entre los principios, tales como los entiende el tribunal, y las leyes, las garantías y las competencias como parecen resultar de los textos escritos.

Cualquiera sea el juicio que abriguemos acerca de la corrección de las decisiones individuales, el resultado de este sistema es claramente insatisfactorio desde el punto de vista colectivo. Las sentencias judiciales amparan a quien las pide: sólo en contados casos tienen un alcance general. Y, por otra parte, no hay garantías de que todo ciudadano que acuda a la justicia obtenga el mismo amparo: la unificación de criterios queda, en este aspecto, librada a los métodos procesales tradicionales previstos para proporcionar una relativa inteligibilidad a los criterios interpretativos que se emplean en casos concretos y, en última instancia, depende de decisiones de un tribunal supremo que sólo se expide en casos excepcionales y a menudo tardíamente.

Si la tendencia apuntada continúa y se extiende, es posible prever su resultado: distintos grupos de opinión o de interés atribuirán diversos contenidos a los derechos y principios que presiden el sistema jurídico y los jueces darán la razón a unos o a otros según su propio criterio hasta que –en el mejor de los casos– una instancia suprema establezca alguna pauta más o menos obligatoria. Es claro que esto es lo que viene ocurriendo en el derecho desde hace siglos, pero si se imagina ese panorama extendido a la mayoría de las situaciones y en especial a las que generan mayor controversia social, es fácil advertir el peligro en el que quedarían la igualdad ante la ley y la sujeción a normas generales, habitualmente consideradas como columnas del estado de derecho.

En la situación actual, en la que los principios, que requieren una asignación de significados específicos tan minuciosa como imprevisibles son los resultados de su ponderación, se encuentran en el vértice de la jerarquía del derecho, se vuelve más acuciante una pregunta que siempre ha desvelado a los juristas: ¿debe el juez reconocer algún límite en su función de suavizar las aristas de la ley, como suele decirse de la equidad? Si una ley es claramente

de 2006 y del 26 de noviembre de 2007, *Badaro, Adolfo Valentín* (Fallos 329:3089 y 330:4866).

injusta, o si la propia Constitución lo es, ¿por qué no limar hasta la raíz las normas que desaprobamos? ¿Podría el juez, acaso, ser neutral entre la justicia y la injusticia? ¿No estaría el bien –encarnado en los principios– por encima de la ley? Y, en ese caso, ¿qué alcance daríamos a la ley, aparte del de decidir si se ha de circular por la derecha o por la izquierda y otras cuestiones moralmente indiferentes?

Si estos interrogantes no abarcan hoy la totalidad de nuestros debates jurídicos, no es tanto ni tan sólo porque el sistema legal cuente con poder coactivo irresistible, sino también porque la premisa de la que habíamos partido es utópica: de hecho, no existe aquel acuerdo moral generalizado. Palabras como “injustificadamente”, “inocentes” o “equitativo” reciben contenidos parcialmente distintos asignados por personas o grupos diversos. La ley arbitra entre tales pareceres (normalmente impone uno de ellos, sin garantía de consenso) y ofrece definiciones más (no completamente) precisas, con la pretensión de uniformar los criterios prácticos. El sistema judicial es, desde luego, un instrumento de este mecanismo, y encuentra dificultades a la hora de inyectar a las palabras jurídicas el grado de precisión requerido por cada caso particular.

Al hacer esto, el magistrado pone en juego sus propios y personales criterios. Pero las demás personas también conservan los suyos y, como están habituadas a atribuir verdad absoluta a sus juicios de valor y falsedad objetiva a los que los contradicen, no quedan satisfechos con el resultado judicial sino cuando, a grandes rasgos, se ajusta a sus propios parámetros. Así, un mismo juez puede ser elogiado como ecuánime por algunos, censurado como peligroso subversivo por otros y execrado por otros más como sirviente de la opresión: cada uno clasifica los criterios desde su propia posición y, a menudo, asigna mayor relevancia a la diferencia entre esos criterios y los otros que a la distinción de los otros criterios entre sí.

Parece claro que este tipo de conflicto de actitudes no depende tan sólo del previsible desacuerdo entre las opiniones, sino, además, de la confusión de las distintas funciones estatales propia de las épocas de crisis. Cuando la gente no confía en los legisladores, exige a los jueces que ejerzan la potestad legislativa para un caso, para varios o para todos. Pero, cuando deja de confiar en los jueces, reclama que alguien los remueva y sustituya, a menudo en un marco poco republicano. Y, de este modo, el drama vuelve a empezar. En cualquiera de esos supuestos, se trata de graves desequilibrios cuya solución no puede exigirse por separado a alguno de los poderes del Estado: ha de ser

encarada por la opinión pública y expresarse operativamente por las vías de la democracia constitucional.

Esta reflexión, por cierto, sólo adquiere sentido en su conjunto si se acepta consecuentemente el principio de que no hay verdades morales que todos puedan o deban reconocer y que, a pesar de eso, conviene establecer reglas de convivencia, sujetas a crítica pero no a desconocimiento por parte de los ciudadanos. Si, como es común, se parte del supuesto contrario, el derecho pierde toda relevancia frente a la moral, la moral se distribuye en segmentos de la población rivales entre sí y, desde cada uno de estos segmentos, la imparcialidad judicial se describe como una ficción malintencionada.

En resumidas cuentas, la administración judicial fue creada hace muchos siglos para resolver conflictos concretos entre ciudadanos o para castigar los delitos; no ha sido instituida ni se halla organizada para dar respuesta a inquietudes públicas como evitar la extinción de las ballenas, introducir el divorcio vincular o garantizar el saneamiento de los ríos. Pero, a diferencia de los integrantes de los poderes ejecutivo y legislativo, los jueces están legalmente obligados a dar respuesta fundada a cualquier petición que se presente.²⁰ Esta circunstancia, unida a la necesaria independencia del poder judicial respecto de los vaivenes de la política y al factor aleatorio representado por la pluralidad de los jueces y la relativa impredecibilidad de sus criterios futuros, convierte a los magistrados, destinatarios privilegiados de muchas inquietudes colectivas, en verdaderos legisladores a quienes tal función se les impone aun a su pesar y a su propio riesgo, como al médico de la comedia de Molière.²¹ Vale la pena analizar esta situación con detenimiento.

20. El artículo 15 del código civil disponía: “Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”. El 3º del nuevo Código Civil y Comercial establece: “El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”.

21. Cfr. Molière, *Le médecin malgré lui* (numerosas ediciones).

V - La situación actual

Al parecer, la ideología de la codificación se ha tornado de hecho impracticable, porque se fundaba en fingir un acuerdo entre la “voluntad general” y la estructura escasamente igualitaria de la sociedad.

Mantener como ahora el manejo de los derechos laxamente dependiente de la aplicación de principios generales tampoco es viable. Aun a despecho de posiciones autoritarias cuyo largo abuso dio lugar a la reacción actual, gran parte de la humanidad tiene hoy gran estima por ciertas formulaciones de derechos y principios, en especial por aquellas que han sido consagradas en declaraciones y convenciones internacionales. Pero, como he señalado antes, esas formulaciones son susceptibles de interpretación con un grado de vaguedad aún mayor que el que se observa en la mayoría de las leyes. Especialmente cuando el significado de las palabras incluye una variable valorativa, lo que es extremadamente frecuente, aquellas formulaciones equivalen a una delegación (ojalá que parcial) al intérprete para determinar su contenido, con lo que adquieren cierta función pronominal, sutilmente referida a la primera persona gramatical. Esa función permite explicar la amplia aceptación de aquellos textos y, a la vez, no sorprenderse cuando se observa que la aplicación de un mismo texto suscita tan graves controversias.²² Hay consenso acerca de las palabras, pero el contenido que cada uno les atribuye frente a un caso concreto se halla sujeto a las más intrincadas discusiones y, a menudo, conduce a conclusiones incompatibles. Este último fenómeno no sucede sistemáticamente, pues una misma cultura tiende a armonizar las valoraciones de sus individuos; pero esa armonía está lejos de ser segura, no es completa y, por cierto, rara vez es tan minuciosa como para garantizar razonablemente la solución de un caso.

De hecho, pues, como señalé antes, una parte notable del poder político está pasando a manos de los jueces. Es claro que puede haber buenos jueces como puede haber buenos legisladores, ya sea por el cuidado que se adopte en su selección o elección, ya sea por casualidad. El problema más grave es que

22. Un ejemplo paradigmático de este fenómeno es el concepto de justicia propuesto por Ulpiano y largamente repetido: vivir honestamente (según lo que se entienda por honestidad), no dañar a otro (o, mejor dicho no hacerlo injustamente, lo que da a la cláusula un contenido autorreferente) y dar a cada uno lo suyo (a condición de que se determine qué es lo suyo de cada uno).

los jueces –los mejores jueces– no están preparados para resolver prioridades colectivas, sino para decidir controversias individuales en las que las prioridades a debatir han sido fijadas por las partes. Y consideran cumplida su función cuando, en ese caso individual, han llegado a una decisión que satisface las normas vigentes y su propia conciencia, elementos estos observados desde dentro de los límites de la controversia. Una vez hecho esto, cada juez queda listo para resolver otro conflicto, parecido o diferente, en el que otra vez ha de enfrentar los hechos y los derechos en el marco de lo invocado por las partes. Las leyes y su conciencia permanecen; de lo demás, “lo que no está en autos no está en el mundo”.

Resulta de aquí una enorme diferencia entre el punto de vista del juez y el del legislador, diferencia enteramente justificada por la teoría de la división de poderes pero insostenible a medida que avanza la actual tendencia evolutiva. El legislador debe tener una información general acerca del estado de la sociedad, conocer los recursos disponibles, tener noticia de los problemas y fijar las prioridades con las que los recursos se aplicarán a las acciones que, según él crea, conducirán a las soluciones. El juez tiene acceso a un panorama informativo más reducido, ahonda críticamente en los datos que las partes les ofrecen y rara vez toma en cuenta prioridades que las propias partes no hayan invocado. De este modo, cuando el juez asegura cierto derecho a quien lo pide, deja sin esa protección a quien no lo haya pedido, o a quien lo haya pedido ante otro magistrado menos comprensivo. Y aun si su decisión tiene efectos colectivos, como los que se esperan de la legislación, de todos modos tiene por límite la definición del problema propuesta en la misma causa y dedica a resolver ese problema recursos públicos o privados que pueden hacer falta para atender problemas completamente distintos, no planteados en esa controversia particular.

Este camino hacia el “gobierno de los jueces”,²³ pues, amenaza convertirse en un mosaico de situaciones en el que cada ciudadano goza de algunos de los derechos que ha reclamado, seleccionados en su caso individual, por comparación con los demás casos, por un procedimiento estadísticamente

23. Esta expresión fue acuñada para criticar el sistema de control constitucional difuso con motivo de la oposición generada en la Corte Suprema de los Estados Unidos hacia el *New Deal* que impulsaba el presidente Franklin D. Roosevelt (Lambert, É., *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, París, Giard, 1921). La situación que hoy se avizora es muy distinta, pero más amplia y profunda.

parecido al azar. El resultado final, dada la insatisfacción general que esto podría producir, sería acaso una modificación estructural. O bien los poderes políticos (más verosímelmente el ejecutivo, si se atiende a la historia reciente) terminan con la independencia de los jueces para restablecer su propia preeminencia, o bien los propios jueces se ponen en el lugar epistémico propio del legislador y resuelven los casos a partir de criterios jurídicos previamente acordados y de una valoración global de los recursos disponibles y de las prioridades para su uso.

VI - ¿Es posible salir del atolladero?

Las dos alternativas que acabo de enunciar podrían implicar alguna clase de hibernación de la democracia y es difícil predecir si alguna de ellas ha de prevalecer. En todo caso, las fuerzas que pueden conducirnos en esa dirección están hoy fuera de control y cuentan con tanta fuerza ideológica que son capaces de destruir a quien pretenda interponerse en su camino. En medio de esta crisis que la humanidad, acunada por la magia del discurso, no parece advertir, los hombres de derecho tenemos la responsabilidad de buscar alguna idea que sirva mientras tanto para lograr una convivencia más confortable y, en el mejor de los casos, para minimizar los daños.

El sistema procesal, tal como ha sido concebido, está preparado para tratar cada caso como una unidad o, para decirlo gráficamente, como un pequeño cosmos aislado. Hay medios procesales para unificar jurisprudencia respecto de ciertas controversias tipo, pero esos medios son limitados en lo material (la elección del tema a considerar), en lo espacial (el conjunto de los tribunales sujetos a cada unificación) y en lo temporal (el medio es empleado cuando muchos casos semejantes ya fueron planteados y acaso resueltos con diversos criterios, con el consiguiente costo social). Las controversias tipo son teóricamente infinitas, pero en la práctica (las que de hecho se plantean) son conjuntos finitos con un número muy variable de elementos. Algunos tipos de controversias contienen muchos casos, en tanto los ejemplos de otros son esporádicos o raros. Sin embargo, todos los tipos de controversias se sujetan al mismo procedimiento artesanal, en el que el juez-artista procura hacer justicia en el caso individual según sus propios principios y, de ser posible, de acuerdo con la ley “debidamente interpretada”. Cuanto mayor es el número de casos de una controversia tipo, tanto más graves son los efectos de las dificultades que he tratado de mostrar.

Este problema no es nuevo, pero se ve potenciado en la medida en que la ley escrita pierde preponderancia o precisión como factor predecible de la decisión individual final.

Supóngase que los jueces llamados a intervenir en los casos de cierta controversia tipo muy poblada de casos (y por lo tanto con mayor incidencia en la vida social) se reúnen, fuera de todo proceso concreto, para investigar y, eventualmente, convenir –aun sin pretensión de obligatoriedad– los criterios a los que se ajustan para resolver aquellos casos. Tomarán en cuenta para eso los litigios en los que hayan intervenido y las variables que consideren esperables en controversias futuras de la misma clase. Estas circunstancias –contra lo que suele repetirse– están lejos de ser infinitas: lo difícil es atreverse a enumerarlas y asumir la responsabilidad de cambiarlas explícitamente cuando una nueva reflexión (tal vez suscitada por un nuevo caso) así lo aconseje.

En el supuesto que sugiero, ya no sería tan grave la circunstancia de que los jueces se apegasen a la letra de la ley o a los principios vagamente contenidos en el nivel jurídico constitucional o aun extraños a él, punto que sólo competiría a la responsabilidad profesional –y ciertamente política– de los magistrados. El conjunto de los criterios de decisión hecho público por quienes lo sostuvieran y sometido a la crítica general, así como a la vigilancia del Congreso, haría para los ciudadanos las veces de lo que en el derecho romano fueron la Ley de las Doce Tablas o los edictos del pretor. Implicaría una relativa liberación de la incertidumbre (y de su correspondiente opresión), puesto que reduciría (no eliminaría) el riesgo de que cada uno viese juzgada su conducta por pautas que no estuviese en condiciones de imaginar. No quiero decir con esto que los criterios hubiesen de cristalizarse: tal como sucede con la ley, con la jurisprudencia, con la costumbre y con la doctrina, ellos estarían sujetos a cambios por la misma vía que hubiera servido para trazarlos. Pero al menos se restringirían los perjuicios innecesarios y evitables, aquellos semejantes a los que los profesionales de la guerra denominan daños colaterales. Ya que los jueces han de participar en mayor medida en la determinación del marco jurídico que nos rige, valdría la pena que les reclamáramos comunicar sus criterios judiciales, así como los legislativos se expresan en las leyes.

Respecto de este procedimiento, dos cosas pueden afirmarse con seguridad. Una, que es difícil. Otra, que es posible llevarlo a cabo. Ese es el resultado de varias investigaciones en las que participé en la Universidad

de Buenos Aires. Un grupo de jueces y funcionarios se reunió para analizar los criterios que usaban al aplicar una disposición legal de uso cotidiano. La investigación tardó tres años, durante los cuales los jueces advirtieron la insuficiencia de sus propios criterios, ensayaron y desecharon diversas formulaciones, aprendieron a considerar ciertos temas que no solían plantearse explícitamente en las controversias y finalmente se pusieron de acuerdo, si bien ese no era uno de los objetivos del estudio.²⁴ Luego se hicieron otros análisis, con resultados positivos aunque no siempre completos, en relación con el cálculo del tiempo de condena para el homicidio simple²⁵ y el del cálculo del daño moral en la responsabilidad civil.²⁶ Es claro que se trató de experimentos limitados, pero su buen éxito experimental muestra su factibilidad.

También es cierto que el procedimiento es difícil. Lo es desde dos puntos de vista. Uno, interno, consiste en la dificultad, para cada jurista, de bucear en las profundidades de su mente profesional para sacar a la luz criterios a menudo ocultos a la conciencia y a veces incómodos al ser identificados. Otro, externo, obedece a una actitud muy extendida que da por sentado que tal análisis no puede hacerse y que, si fuera posible, no debería llevarse a cabo, pues supuestamente empobrece el pensamiento jurídico, limita la libertad de los intérpretes y tiende a robotizar la conciencia de quienes en él acepten participar. El primer obstáculo puede vencerse con empeño; el segundo requiere una intensa prédica a favor de

24. Cfr. Cerdio Herrán, J., Guibourg, R. A. (dir.), Maza, M. A., Rodríguez Fernández, L., Silva, S. N., Solvés, M. C., y Zoppi, M. T., *Análisis de criterios de decisión judicial - el artículo 30 de la LCT*, Buenos Aires, Grupo de Análisis de Criterios, 2004.

25. Cfr. Cárcamo, E. R., Cerdio Herrán, J., Guibourg, R. A. (dir.), Magariños, H. M., Rodríguez Fernández, L., Tolnay de Hagymassy, I., Vázquez Acuña, M. E., y Yungano, M., *Análisis de criterios de decisión judicial - La graduación de la pena*, Buenos Aires, Grupo de Análisis de Criterios, 2008.

26. Cfr. Cerdio Herrán, J., Christello, M. A., Domínguez, C. A., Guarinoni, R. V. (subdir.), Guibourg, R. A. (dir.), Molina Portela, C. J., Rodríguez Fernández, L., y Tolnay de Hagymassi, I., "Análisis de criterios de decisión judicial: el daño moral. Resultados de una investigación", en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* N°12, 2010, Buenos Aires, La Ley, p. 243.

la razón por encima de las concepciones mágicas y su resultado es mucho más aleatorio.

VII - Una revolución pendiente

El pensamiento humano se muestra en todo su esplendor desde la Antigüedad, pero su logro colectivo más útil, la ciencia, ha tenido distintos tiempos de evolución. Las matemáticas, la geometría y la lógica se mostraron muy desarrolladas en Pitágoras, Euclides y Aristóteles, pero las ciencias empíricas, que hoy dependen exclusivamente de la observación de la realidad y de su extensión por medios inductivos, se vio durante muchos siglos más presa del prejuicio humano y del afán de convertir preferencias en verdades (en rigor, confundir unas con otras). El despegue de estas ciencias es el fruto de lo que se conoce como la Revolución Copernicana, que desterró las preferencias, reducidas ahora a motor de la tecnología, y depositó la confianza del hombre en la verificación objetiva.

Si el siglo XVIII inauguró el predominio de la razón y el XIX dejó definitivamente establecida la primacía de la verificación empírica, el siglo XX ha tenido la virtud de analizar, depurar y reformular las herramientas intelectuales con las que aprehendemos nuestro mundo, lo describimos y buscamos modificarlo.

Ninguno de esos avances se llevó ni se lleva a cabo sin resistencias y reacciones. Y ninguna de esas resistencias ha sido hasta ahora tan sólida y persistente como la que se observa en el campo del derecho. En un tiempo en el que cualquier adelanto científico es adoptado de inmediato por la técnica y transferido a la producción de bienes y servicios, los abogados y juristas, que tienen a su cargo la producción de conocimientos y su aplicación a la vida real, estudian y sistematizan cuidadosamente las normas y la jurisprudencia pero rechazan mayoritariamente, en la práctica, casi todos los adelantos que la teoría general del derecho y la filosofía del derecho ponen a su disposición, para encerrarse en el sistema que ocupa las primeras páginas de cualquier tratado de derecho civil (parte general): esto es lo que aproximadamente puede identificarse con el histórico nombre de dogmática.

Todo esto sucede con la bendición de la moral, que se propugna evidente para todos, salvo para ciegos o daltónicos de los valores. En nombre de ella, el intérprete se considera autorizado para introducir lagunas axio-

lógicas y llenarlas según su preferencia, mientras sostiene que cada controversia individual sólo puede juzgarse adecuadamente si se atiende a las infinitas e imprevisibles circunstancias del caso.

Sin embargo, los juristas están lejos de ser tontos o ignorantes: ¿por qué se conforman con herramientas tan imperfectas? Acaso la respuesta más explicativa provenga de la estructura misma de la práctica jurídica. La tarea profesional del hombre de derecho no es promover el avance de la ciencia, aunque a veces incurra en este crimen, a menudo en grado de tentativa. Tampoco la de describir fielmente el sistema de normas, si bien generalmente lo hace hasta cierto punto. Su trabajo cotidiano es la persuasión. El abogado necesita convencer a su adversario de que tiene la ley a su favor, al juez de que la posición de su cliente es la única razonable y a su cliente de que sus alegaciones fueron adecuadas, por lo que la pérdida del proceso ha sido obra de la fatalidad o de la mala fe de terceros. El asesor empresario o gubernamental quiere hacer creer a su empleador que sus intereses se hallan amparados por el derecho, pero al mismo tiempo ha de reformular y defender esos intereses de tal forma que el resultado no sea catastrófico. El juez se empeña en persuadir a sus superiores y colegas de la legalidad de sus decisiones, ya que sabe imposible convencer de su justicia al litigante derrotado. Y el legislador o funcionario ejecutivo juzga conveniente hacer notar a los ciudadanos electores que las normas aprobadas no pueden ser mejores de lo que son, habida cuenta de las limitaciones jurídicas y fácticas en las que es preciso desenvolver la acción de gobierno. ¿Qué teoría mejor puede encontrarse, entonces, que aquella que permite a cada uno hacer lo que mejor le parece proclamando, a la vez, que el derecho y la moral no le permitirían hacer algo diferente?

Existe, pues, una grave dificultad epistemológica subyacente a los problemas que hoy deben enfrentar los jueces, dificultad que no consiste meramente en divergencias de valoraciones. Su origen se encuentra en conceptos filosóficos profundos, los mismos que se menosprecian habitualmente en el discurso jurídico práctico y que, bien elaborados, podrían operar la revolución copernicana que todas las ciencias han aprovechado y el derecho sigue esperando. El razonamiento jurídico y su práctica se encuentran todavía en el mismo grado de evolución donde los dejó Justiniano en el siglo VI; es decir, como herederos de la teología especulativa y de la exégesis de los textos sagrados. Mil quinientos años después, es hora de incorporar una actitud más parecida a la de los ingenieros: examinar los hechos, proyectar un modo de encauzar-

los y aplicar en nuestra técnica el razonamiento fundado en observaciones empíricas antes que en conceptos vagos de contenido más o menos mágico. El derecho no es como la química, de modo que nuestra revolución sería algo diferente de la copernicana, pero presidida por las mismas actitudes. Cambiar nuestra manera de pensar, que es la que nos han enseñado en los cursos de derecho positivo y la que aplicamos en los debates judiciales, no es fácil; pero mantenerla es peligroso y una buena parte de la filosofía, acompañada por la lógica y las matemáticas, está disponible para ayudarnos.

Bibliografía

- Cerdio Herrán, J., Christello, M. A., Domínguez, C. A., Guarinoni, R.V. (subdir.), Guibourg, R. A. (dir.), Molina Portela, C. J., Rodríguez Fernández, L., y Tolnay de Hagymassi, I., “Análisis de criterios de decisión judicial: el daño moral. Resultados de una investigación”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* Nº12, 2010, Buenos Aires, La Ley.
- Cerdio Herrán, J., Guibourg, R. A. (dir.), Maza, M. A., Rodríguez Fernández, L., Silva, S. N., Solvés, M. C., y Zoppi, M. T., *Análisis de criterios de decisión judicial – el artículo 30 de la LCT*, Buenos Aires, Grupo de Análisis de Criterios, 2004.
- Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Planeta-Agostini, Barcelona, 1993.
- Guibourg, Ricardo A., “El espejismo de los principios”, *Provocaciones en torno del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2002.
- Lambert, É., *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, París, Giard, 1921.
- Mendonca, D., y Guibourg, R. A., *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- Molière, *Le médecin malgré lui* (numerosas ediciones).
- Rodríguez, Jorge L., y Sucar, Germán, “Las trampas de la derrotabilidad”, en *Analisi e Diritto* 1998, Génova.
- Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963.
- CSJN, sentencia del 11 de octubre de 2001, *Saguir y Dib, Claudia Graciela s/ autorización*, LL 2002-A, 70.
- CSJN, sentencia del 24 de agosto de 2004, *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros*.

CSJN, sentencia del 27 de diciembre de 1990, *Peralta, Luis A. y otro c/ Estado nacional (Ministerio de Economía - BCRA) s/ amparo*.

CSJN, sentencias del 8 de agosto de 2006 y del 26 de noviembre de 2007, *Badaro, Adolfo Valentín* (Fallos 329:3089 y 330:4866).

Reflexionando acerca de la independencia y la imparcialidad como cualidades de los jueces y árbitros internacionales

*Silvina S. González Napolitano**

Resumen

La independencia y la imparcialidad se encuentran indiscutiblemente entre las cualidades o requisitos para ser juez o árbitro internacional. Sin embargo, en la actualidad hay situaciones que generan debate en torno al cumplimiento de tales exigencias. Podemos mencionar la designación de jueces *ad hoc* y la actuación de los jueces nacionales de las partes en disputa en cortes internacionales, la participación de los árbitros en varios arbitrajes así como en actividades laborales y profesionales vinculadas a una de las partes. El objeto de este artículo es pasar revista de algunas de esas preocupaciones y reflexionar acerca de las contradicciones o paradojas que se observan con relación a la conformación de los tribunales internacionales.

Palabras clave: cortes y tribunales internacionales, juez, juez *ad hoc*, árbitro, independencia, imparcialidad, recusación, parcialidad, conflicto de interés.

* Doctora en Derecho (Derecho Internacional), Profesora Titular regular de *Derecho Internacional Público*, Profesora Adjunta regular de *Derechos Humanos y Garantías* y Profesora de posgrado de la Facultad de Derecho (UBA); argentina; silvina.gonzaleznapolitano@derecho.uba.ar.

Los comentarios aquí efectuados son exclusivamente a título personal y no comprometen a institución alguna.

Reflecting on independence and impartiality as qualities of judges and international arbitrators

Abstract

Independence and impartiality are with no doubt among the qualities or requirements to become an international judge or arbitrator. Nevertheless, at present there are situations that generate debate on the compliance with such conditions. We can mention the designation of judges *ad hoc* and the involvement of national judges of parties to the dispute in international courts, the participation of arbitrators in several arbitrations as well as on laboral and professional activities linked to one of the parties. The purpose of this article is to review some of those concerns and reflect on the contradictions or paradoxes that we can observe in connection with the constitution of international tribunals.

Keywords: International courts and tribunals, judge, judge *ad hoc*, arbitrator, independence, impartiality, challenge, disqualification, partiality, bias, conflict of interest.

I. Introducción

Desde la creación de los primeros tribunales internacionales se ha hablado –y se sigue hablando– de la independencia y la imparcialidad en tanto cualidades que deben gozar los jueces y árbitros internacionales.

En el marco de los tribunales judiciales –como la Corte Internacional de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos– se ha debatido acerca de la institución del juez *ad hoc*, así como de la existencia de jueces de la nacionalidad de los Estados litigantes y en qué medida ello afectaba la independencia e imparcialidad de tales magistrados.

En el arbitraje internacional, luego de discutirse cuáles eran los estándares aplicables para evaluar la independencia y la imparcialidad, en la actualidad se debate qué situaciones cumplen en la práctica con tales estándares.

En los últimos años, la República Argentina ha manifestado su preocupación por este tema en diversos contextos internacionales. Por ejemplo, ha solicitado una opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos

Humanos para que opine si en los casos originados en una petición individual se puede designar un juez *ad hoc* o, en el supuesto de haber un juez de la nacionalidad del Estado demandado, si este debería excusarse de participar de la sustanciación y decisión del caso con el objetivo de garantizar una decisión despojada de toda posible parcialidad o influencia. Además, la Argentina ha planteado un buen número de recusaciones en los arbitrajes de inversión, sobre la base de la falta de independencia o de imparcialidad de miembros de tribunales arbitrales. Estos últimos planteos, salvo alguna excepción, no han prosperado, y los árbitros recusados continuaron juzgando los reclamos contra la Argentina y, más aún, varios de ellos fueron nuevamente designados en futuros arbitrajes contra este país.

En consecuencia, el objeto de este artículo es pasar revista de algunas preocupaciones por situaciones que pueden afectar la independencia y la imparcialidad de los jueces y árbitros internacionales y reflexionar acerca de las contradicciones o paradojas que se observan a la hora de poner todos los elementos en juego sobre la mesa.

Luego de revisar el concepto de independencia e imparcialidad y la referencia a ellos contenida en algunos instrumentos internacionales, analizaremos la cuestión de la nacionalidad de los jueces regulares de tribunales judiciales internacionales y en qué medida influye en la imparcialidad o independencia. Seguidamente, nos ocuparemos de dos cuestiones que también han puesto a prueba la independencia y la imparcialidad de los miembros de tribunales internacionales: por un lado, la largamente discutida institución de los jueces *ad hoc* en los tribunales judiciales y, por el otro, la actuación de los árbitros en múltiples arbitrajes y/o su participación en actividades laborales o profesionales vinculadas a una de las partes. Finalmente, esbozaremos algunas conclusiones.

II. Independencia e imparcialidad

La independencia y la imparcialidad, con algunas variantes de redacción, se encuentran indiscutiblemente entre las cualidades o requisitos exigidos para ser juez o árbitro internacional.¹

1. Park, W., "Arbitrator integrity: the transient and the permanent", *San Diego Law Review*, vol. 46, N. 3, 2009, pp. 635-638.

Por ejemplo, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (ECIJ) dispone que “[l]a Corte será un cuerpo de magistrados independientes elegidos, sin tener en cuenta su nacionalidad” (art. 2) y que “[a]ntes de asumir las obligaciones del cargo, cada miembro de la Corte declarará solemnemente, en sesión pública, que ejercerá sus atribuciones con toda imparcialidad y conciencia” (art. 20). El Estatuto del Tribunal Internacional del Derecho del Mar establece que el Tribunal “se compondrá de 21 miembros independientes, elegidos entre personas que gocen de la más alta reputación por su imparcialidad e integridad” (art. 2). La Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe que el cargo de juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es incompatible con otras actividades que pudieren afectar su independencia o imparcialidad (art. 71). El Protocolo de Olivos estipula que los árbitros de los tribunales arbitrales *ad hoc* y los del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR “deberán observar la necesaria imparcialidad e independencia funcional de la Administración Pública Central o directa de los Estados Partes y no tener intereses de índole alguna en la controversia” y “[s]erán designados en función de su objetividad, confiabilidad y buen juicio” (art. 35.2). El Convenio de Washington de 1965 (Convenio CIADI), en su texto en español exige que las personas designadas para figurar en la lista de árbitros deberán “inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio” (art. 14.1), mientras que los textos en inglés y en francés presentan algunas variantes,² refiriéndose a la independencia, en lugar de la imparcialidad. Respecto de esto último se ha sostenido que es probable que ello se deba a que en la época en que el Convenio fue redactado la independencia y la imparcialidad no eran vistas como dos conceptos disímiles.³

Ahora bien, en rigor, ¿en qué se distinguen la independencia y la imparcialidad?

De acuerdo con la Real Academia Española, *imparcialidad* es la “[f]alta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”, mientras que *independencia* es

2. En inglés: “persons [...] who may be relied upon to exercise independent judgment”; en francés: “offrir toute garantie d’indépendance dans l’exercice de leurs fonctions”.

3. Bottini, G., “Should Arbitrators Live On Mars? Challenge of Arbitrators in Investment Arbitration”, *Suffolk Transnational Law Review*, vol. XXXII, N. 2, 2009, p. 343.

la cualidad de la que goza la persona “[q]ue no tiene dependencia, que no depende de otro”, alguien “[q]ue sostiene sus derechos u opiniones sin admitir intervención ajena”.⁴ En esa línea, se ha afirmado que el concepto de independencia se refiere a la inexistencia de relaciones con una parte, que pueda influir sobre la decisión del árbitro, y la imparcialidad, la inexistencia de un sesgo o predisposición favorable hacia alguna de las partes.⁵

Los “Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura”, aprobados por la Asamblea General en su Resolución 40/32 de 1985, si bien dirigidos a los tribunales internos de los Estados, contienen una buena descripción de lo que implica independencia e imparcialidad en el contexto de un tribunal jurisdiccional: “Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo”.

La Corte Internacional de Justicia ha tenido la oportunidad de referirse a estas cuestiones en su Opinión Consultiva sobre la presencia de Sudáfrica en Namibia.⁶

La carencia de tales cualidades constituye causal de recusación, solución que es frecuentemente utilizada en algunos contextos, mientras que en otros, como en el de los tribunales judiciales, no existe práctica.

4. *Diccionario de la Real Academia Española*, <http://www.rae.es> [consultado 25/03/2015].

5. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI N° ARB/03/19); *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI N° ARB/03/17) y *AWG Group Limited c. República Argentina* (Caso CNUDMI), Decisión sobre la Propuesta de Recusación de un Miembro del Tribunal Arbitral, 22/10/2007, parágr. 29.

6. *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental)*, no obstante lo dispuesto en la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, CIJ, Opinión Consultiva, 21/06/1971, parágr. 29 (“the Court [...] an organ which, in that capacity, acts only on the basis of the law, independently of all outside influence or interventions whatsoever, in the exercise of the judicial function entrusted to it alone by the Charter and its Statute. A Court functioning as a court of law can act in no other way”).

Por ejemplo, el artículo 57 del Convenio CIADI establece que las partes podrán proponer la recusación de los miembros del Tribunal por la carencia manifiesta de las cualidades exigidas por el artículo 14(1) para ser árbitro.⁷ Por su parte, el artículo 10(1) del Reglamento de arbitraje de la CNUDMI/UNCITRAL prevé: “Un árbitro podrá ser recusado si existen circunstancias de tal naturaleza que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia”.

En virtud de esta última disposición, la República Argentina recusó a uno de los árbitros del asunto *National Grid*, por haber hecho un comentario durante la audiencia de fondo de ese caso, acerca de que ya se sabía que se había causado un daño importante al inversor. Según la Argentina, el árbitro se había mostrado completamente identificado con las alegaciones de la parte demandante, careciendo de imparcialidad y prejuzgando el resultado final del arbitraje, dado que la cuestión de si se había causado un daño importante al inversor era el eje de la disputa. La recusación fue decidida por una división de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA). Este órgano consideró que no había que ver la declaración hecha por el árbitro aisladamente sino considerarla en el contexto de la intervención completa durante la audiencia. Si bien lo dicho por el árbitro había sido “desafortunado” y pudo haber sido el resultado de una infelicidad lingüística, porque el español no era su lengua nativa, sin embargo, la respuesta dada por el árbitro con posterioridad a sus dichos –frente al cuestionamiento del representante de la Argentina– despejaba cualquier duda razonable de que estaba prejuzgando. En conclusión, la División de la LCIA desestimó el pedido de recusación de la República Argentina.⁸

Pero en el caso *Perenco c. Ecuador*, el Secretario General de la Corte Permanente de Justicia Internacional hizo lugar a la recusación de uno de los árbitros debido a los comentarios que había efectuado sobre Ecuador en

7. Esta norma ha sido criticada por ser sumamente exigente. Al respecto, ver Fry, J. y Stampalija, J. I., “Forged independence and impartiality: conflicts of interest of international arbitrators in investment disputes”, *Arbitrator International, The Journal of the London Court of International Arbitration*, vol. 30, N. 2, 2014, p. 208.

8. *National Grid PLC c. República Argentina* (caso CNUDMI), London Court of International Arbitration, Decisión sobre la recusación del Sr. Judd L. Kessler, 03/12/2007.

una entrevista publicada en agosto de 2009, por generar dudas justificables sobre la imparcialidad o independencia de dicho árbitro.⁹

El hecho de que el árbitro se haya expedido en contra del Estado en otro asunto similar no ha sido considerado como un prejuizamiento que afecte la imparcialidad del árbitro en las recusaciones planteadas por la Argentina, pero sí en algunos otros arbitrajes.

Así, podemos citar los casos *Suez y Anglian Water*, en los cuales el árbitro cuestionado había sido también árbitro en el caso *Vivendi*, que acababa de dictar un laudo en contra de la República Argentina. Este Estado sostuvo que el árbitro ya no inspiraba plena confianza en su imparcialidad de juicio. El pedido de recusación –decidido por los otros dos árbitros del caso– fue rechazado por ser extemporáneo y porque en él no se probó ningún hecho que indicara manifiesta carencia de independencia o de imparcialidad.¹⁰

Otra de las recusaciones que presentó la Argentina, en el caso *British Gas (BG)*, bajo el Reglamento de la CNUDMI, se debió a que uno de los árbitros se había expedido de una manera en un caso (*LG&E*), mientras que en otro caso en el que también participaba como árbitro (*Enron*) y que trataba idénticas cuestiones, tan solo unos meses después había votado por una decisión manifiestamente contradictoria a la antes adoptada. De acuerdo con la Argentina, este árbitro ya no inspiraba plena confianza en su imparcialidad de juicio en el tercer arbitraje en el que estaba (*BG*). El pedido fue rechazado por la Corte de la Cámara de Comercio Internacional.¹¹

Sin embargo, en el caso *CC/Devas c. India*, la demandada recusó a la mayoría del tribunal (un árbitro y el árbitro presidente) por haber participado en dos arbitrajes previos *CMS* y *Sempre* –casualmente contra la

9. *Perenco Ecuador Limited c. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (“Petroecuador”)* (caso CIADI N° ARB/08/6), CPA, Decisión sobre recusación del árbitro, 08/12/2009.

10. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI N° ARB/03/19); *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI N° ARB/03/17) y *AWG Group Limited c. República Argentina* (Caso CNUDMI), Decisión sobre la Propuesta de Recusación de un Miembro del Tribunal Arbitral, 22/10/2007.

11. Cfr. *BG Group Plc. c. República Argentina* (caso CNUDMI), Laudo Final, 24/12/2007, parágrs. 8-11.

República Argentina— (uno de ellos además en un tercero: *Enron*) en los que ya se habían expedido acerca de una cláusula sobre intereses esenciales de seguridad similar a la contenida en el tratado objeto de este arbitraje. Esas circunstancias acarrearán dudas justificadas acerca de la imparcialidad del árbitro para poder decidir similares cuestiones en este caso. La autoridad designada, en una decisión salomónica, aceptó la recusación del árbitro que había participado en los tres arbitrajes, pero no la del árbitro presidente, por considerar que este miembro del tribunal se encontraba con la mente abierta para considerar nuevamente la cuestión de la cláusula sobre intereses esenciales en el presente arbitraje, ya que no había efectuado comentarios sobre el tema luego de la decisión sobre anulación adoptada en aquellos tres laudos, cosa que sí había hecho el otro árbitro.¹²

Asimismo, en el caso *Caratube c. Kazakhstan*, la mayoría del tribunal entendió que en virtud de la previa designación del árbitro cuestionado en otro caso similar contra el mismo Estado demandado (caso *Ruby Roz*) y debido a la relevancia de los hechos de aquel arbitraje para la determinación de cuestiones legales en este arbitraje, resultaba altamente probable que el árbitro prejuzgara cuestiones jurídicas respecto del actual arbitraje,¹³ lo que afectaba a su independencia e imparcialidad, por lo que sostuvo la recusación interpuesta por la parte demandante.

Más adelante se hará referencia a otras recusaciones presentadas por la República Argentina en arbitrajes de inversión, vinculadas a la falta de independencia o imparcialidad por las relaciones de un árbitro con una de las partes o sus abogados.

Cabe destacar que, en algunos ámbitos, se ha discutido acerca de si debe demostrarse la falta de independencia o de imparcialidad para que la recusación o el apartamiento de un juez o árbitro prospere, o si es suficiente con demostrar una apariencia de falta de imparcialidad o independencia. Así, en el contexto del CIADI se ha afirmado que “esta protección no requiere

12. *CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited, y Telcom Devas Mauritius Limited c. República de la India*, Caso CPA, N° 2013-09, Decisión sobre la recusación de la Demandada del Hon. Marc Lalonde como Árbitro Presidente y del Prof. Francisco Orrego Vicuña como co-árbitro, 30/09/2013, parágr. 66.

13. *Caratube International Oil Company LLP & Mr. Devincci Salah Hourani c. Kazakhstan* (caso CIADI N° ARB/13/13), Decisión sobre la propuesta de recusación del Sr. Bruno Boesch, 20/03/2014, parágr. 90.

que el prejuicio demuestre la falta de independencia o imparcialidad”, sino que “[l]a apariencia de tal prejuicio desde el punto de vista de un tercero razonable e informado es suficiente para justificar las dudas sobre la independencia o imparcialidad de un árbitro”.¹⁴ De modo que, “la impugnación de la imparcialidad e independencia de un árbitro depende de la apariencia de parcialidad y no de la parcialidad real”.¹⁵ Asimismo, en el caso *Blue Bank c. Venezuela*, el CIADI afirmó que los “artículos 57 y 14(1) del Convenio CIADI no exigen prueba de dependencia o parcialidad reales; más bien es suficiente establecer la apariencia de dependencia o parcialidad”.¹⁶

Este estándar de “apariciencia” de parcialidad también ha sido aplicado o reconocido por otros tribunales internacionales, en particular sobre derechos humanos.¹⁷

III. La nacionalidad de los jueces regulares de tribunales judiciales internacionales

¿La nacionalidad influye en la independencia o la imparcialidad de los miembros regulares de tribunales judiciales internacionales?

La respuesta es compleja. Si bien la nacionalidad es un vínculo jurídico que une a una persona con un Estado, lo que implica de alguna manera una

14. *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. República Argentina* (caso CIADI N° ARB/07/26), Decisión sobre la propuesta de recusación del Profesor Campbell McLachlan, presentada por las demandantes, 12/08/2010, parágr. 43.

15. *Perenco Ecuador Limited c. Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (“Petroecuador”)* (caso CPA N° IR-2009/1), Decisión sobre recusación de un árbitro, 08/12/2009, parágr. 43.

16. *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. c. Venezuela* (caso CIADI N° ARB/12/20), Decisión sobre las propuestas de las partes de recusación de la mayoría del tribunal, 12/11/2013, parágr. 59.

17. *Palamara Iribarne c. Chile*, Corte IDH, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 22/11/2005, parágr. 147; *Apitz Barbera y otros c. Venezuela*, Corte IDH, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 05/08/2008, parágr. 56; *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Corte IDH, Opinión Consultiva OC-20/09, 29/09/2009, parágr. 77; *Pullar c. Reino Unido*, TEDH, 10/06/1996, parágrs. 30 y 37.

“dependencia”, no obstante, algunos autores entienden que como los jueces son elegidos “de entre personas que gocen de alta consideración moral” (art. 2, ECIJ), puede asumirse que actuarán independientemente de cualquier influencia, incluso gubernamental.¹⁸ De ahí que, en la mayoría de los tribunales judiciales, los jueces de nacionalidad de una de las partes en disputa no deben apartarse del caso por el solo hecho de la nacionalidad¹⁹ (sí, obviamente, si existieran otros factores).

Por el contrario, juristas más escépticos afirman que no puede haber personas imparciales en disputas entre Estados, puesto que los hombres asumen actitudes y tendencias intelectuales, producto de los valores sociales de su entorno nacional y local.²⁰

A fin de verificar el impacto de la nacionalidad en las sentencias, se han hecho observaciones acerca de cómo vota cada juez regular en los casos en los que actúan los Estados de los cuales son nacionales, en comparación con el voto del resto de los jueces que integran el tribunal. Varios estudios muestran un fuerte apoyo al Estado de su nacionalidad (aunque el porcentaje no es tan elevado como el de los jueces *ad hoc* que votan a favor del Estado que los propuso).²¹ No obstante, existen ejemplos concretos de jueces de la nacionalidad de uno de los Estados parte en la controversia que al fallar votaron en contra de la posición del Estado, incluso cuando otros jueces votaban a favor.²²

De modo que, por lo general –habiendo excepciones en los mecanismos de derechos humanos–, el juez de nacionalidad de una de las partes tiene derecho a entender en la controversia. Sin embargo, por una cuestión de equidad o igualdad, la otra parte litigante también tendrá el mismo derecho, y si el tribunal no cuenta con un magistrado de su nacionalidad, podrá proponer

18. Aznar-Gómez, M., “Article 2”, en *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, Zimmermann, A. y otros (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2ª edic., 2012, p. 238.

19. Por ejemplo, ver art. 31(1) del ECIJ.

20. Brown Weiss, E., “Judicial Independence and Impartiality: A Preliminary Inquiry”, en *The International Court of Justice at a Crossroads*, Damrosch, L. (ed.), Transnational Publishers, Dobbs Ferry, 1987, pp. 124-125 (citando un trabajo de T. Franck de 1967).

21. *Ibid.*, p. 125.

22. *Ibid.*

un juez *ad hoc*. La paradoja es que este último no necesariamente tendrá que tener la nacionalidad del litigante que lo propone, como veremos más adelante. Asimismo, también por razones de equidad, el juez de nacionalidad de una de las partes no podrá actuar como presidente del tribunal.²³ Con acierto se ha dicho que el equilibrio es imposible en el rol de presidente.²⁴

Además, por una cuestión de balance entre las distintas nacionalidades, no debe haber dos personas de la misma nacionalidad integrando simultáneamente el tribunal en su composición regular –por lo menos en lo que hace a la nacionalidad efectiva–, a menos que una de ellas tenga el carácter de juez *ad hoc* elegido por un Estado de distinta nacionalidad.²⁵

Como mencionamos, en algunos tribunales de derechos humanos, como la Corte Interamericana, se considera pertinente que el juez de nacionalidad del Estado demandado cuando actúa en el marco de un procedimiento que se originó en una petición individual, se abstenga de actuar en dicho caso. En efecto, al tratarse la Opinión consultiva 20 ante la Corte Interamericana, la República Argentina enfatizó que “la independencia e imparcialidad de los jueces resultan pilares fundamentales que sostienen la esencia misma de un estado de derecho. [...] Desde tal perspectiva, el Estado argentino entiende que sería saludable para el sistema que aquel magistrado nacional de un Estado que fuera parte en una demanda ante la [...] Corte Interamericana de Derechos Humanos se inhibiera de participar en las deliberaciones y en la decisión que esta adopte en relación al caso, tal como se ha venido registrando en la más reciente práctica”.²⁶

Esto es otra paradoja, ya que si el juez es una persona de altos valores morales, independiente e imparcial, ¿por qué no habría de confiarse en su independencia e imparcialidad de juicio al fallar en dicho caso, sobre todo

23. Artículo 32(1), RCIJ. Recordemos que, en caso de empate, el voto del Presidente suele ser ponderado (por ejemplo, ver artículo 55.2, ECIJ).

24. Santulli, C., *Droit du contentieux international*, Montchrestien, París, 2005, p. 451.

25. Este último supuesto se presentó en varias oportunidades ante la CIJ. Por ejemplo, en el caso de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos), Nicaragua eligió como juez *ad hoc* al Sr. C.-A. Colliard (Francia), mientras que como juez regular de la CIJ se encontraba el Sr. G. Ladreit de Lacharrière, también francés.

26. *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión consultiva OC-20, Corte IDH, 29/09/2009, parágr. 11.

teniendo en cuenta que en tales procedimientos con frecuencia el peticionario tiene la nacionalidad del Estado demandado?

En tal sentido, hubo Estados –como Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, El Salvador, Guatemala y México– que se pronunciaron a favor de mantener la participación del juez nacional en los procedimientos originados en una petición individual. Barbados planteó la necesidad de que la composición de la Corte fuera representativa de los distintos sistemas jurídicos existentes en América, motivo por el cual, salvo cuando existiera un conflicto de intereses, el juez nacional debería seguir participando, “precisamente para compensar por la falta de conocimiento de los otros jueces en cuanto al derecho del país que es parte en el litigio”.²⁷ Según Guatemala, un juez nacional “no pierde su imparcialidad e independencia de sus apreciaciones por el hecho de ser nacional de un Estado parte en un litigio”, por el contrario, “el análisis del caso será más objetivo por estar apegado al contexto real existente de su país, coadyuvando al mismo tiempo, a promover cambios legislativos, administrativos y judiciales en el país que lo ha nombrado, en beneficio de todos los actores del sistema interamericano de derechos humanos”.²⁸

La Corte Interamericana interpretó el artículo 55(1) de la Convención Americana a la luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) y llegó a la conclusión de que solo se aplicaba en casos contenciosos originados en comunicaciones interestatales,²⁹ motivo por el cual el juez nacional del Estado demandado no debía participar en el conocimiento de casos contenciosos originados en peticiones individuales. Asimismo, agregó que no encontraba persuasivo el argumento en cuanto a que el juez nacional tenía el propósito de garantizar un mejor conocimiento del sistema jurídico del Estado demandado, y que, de permitirse su actuación, se generaría una situación de desigualdad, por cuanto en el proceso originado en una petición individual el Estado no es el único actor.³⁰

La Corte reconoció que “la sola nacionalidad del juez que deba conocer en un caso contencioso originado en una petición individual contra el Estado del cual ostenta dicha nacionalidad no es una cualidad que, por sí misma y a

27. *Ibid.*

28. *Ibid.*

29. *Ibid.*, parágrs. 74-75.

30. *Ibid.*, parágrs. 76 y 85.

priori, pueda suscitar sospechas sobre su carencia de imparcialidad o sobre su falta de independencia”,³¹ no obstante también sostuvo que “el tema de la nacionalidad de los jueces está vinculado a la apreciación de la justicia que imparte la Corte en el marco de controversias que no corresponden más al derecho internacional clásico y en las cuales el ser humano es el destinatario de la protección ofrecida por el sistema”.³² Por lo tanto, se expidió teniendo presente el carácter especial de los tratados de derechos humanos, así como la tendencia creciente en los últimos años de la abstención de los jueces nacionales de participar en el conocimiento de tales casos.³³

Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos garantiza la presencia de jueces de la nacionalidad del Estado demandado en la Sala y Gran Sala. Incluso si ese juez no puede actuar, el Estado puede nombrar –en su reemplazo– un juez *ad hoc*.³⁴

A diferencia de los tribunales judiciales, la cuestión de la nacionalidad tiene un tratamiento distinto en el arbitraje internacional que, por su propia naturaleza, implica la constitución *ad hoc* de un tribunal. No obstante, en los reglamentos de algunas instituciones de arbitraje existen ciertas restricciones en materia de nacionalidad para la composición de los tribunales arbitrales internacionales.³⁵

IV. Los jueces *ad hoc*

En cuanto a los jueces *ad hoc*, se trata de una institución cuyo origen se remonta a la creación de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), primer tribunal judicial internacional. En esa época dominaba la

31. *Ibid.*, párr. 81.

32. *Ibid.*, párr. 85.

33. *Ibid.*, párr. 82.

34. Artículo 27(2) de la Convención Europea de Derechos Humanos y artículo 29 del Reglamento del Tribunal.

35. El artículo 39 del Convenio CIADI establece que la mayoría de los árbitros no podrá ser de la nacionalidad del Estado litigante o del Estado al que pertenezca la otra parte litigante (salvo acuerdo de partes). El artículo 38 dispone que los árbitros nombrados por el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI tampoco podrán ser nacionales de tales Estados.

preocupación por mantener la igualdad de los Estados, no sólo respecto de las normas sustanciales sino también en los aspectos procedimentales; por ello cuando se elaboró el Estatuto de la CPJI un grupo de juristas propuso que el juez nacional que integraba la Corte se abstuviera de votar cuando decidiera un caso que tuviera como parte al Estado de su nacionalidad, propuesta que no fue aceptada por las grandes potencias.³⁶ La solución que se encontró para este problema fue –en lugar de excluir al juez de nacionalidad de un Estado litigante– permitir que el otro Estado litigante nombrara un juez *ad hoc*.³⁷

Pero entonces, ¿qué sentido tiene que se permita que el Estado nombre un juez *ad hoc* de distinta nacionalidad? Además, ¿por qué se autoriza a que las dos partes litigantes nombren jueces *ad hoc*, cuando el tribunal no está integrado por ningún juez de la nacionalidad de esos Estados, si en ese supuesto no habría problemas de desigualdad? La otra razón esgrimida para justificar esta figura es que el juez *ad hoc* contribuye a velar por que la Corte tome en consideración y entienda los argumentos, tanto de hecho como de derecho, de la parte que lo designa, aunque él mismo no los comparta –sin que ello signifique que tenga que defenderlos–;³⁸ para que se comprendan ciertas cuestiones que requieran conocimiento específico ya que conciernen a las diferencias entre los distintos sistemas jurídicos.³⁹ Esta justificación vendría a dar respuesta a aquellas dos preguntas.

De cualquier forma, la independencia y la imparcialidad de la que deben gozar los jueces *ad hoc*, al igual que un miembro regular del tribunal, impide que un juez *ad hoc* se comporte como un representante o abogado de la parte que lo nombró, o que siga sus instrucciones.⁴⁰

36. Von Bahten, G., “The role of judges *ad hoc* on international permanent courts: a critical analysis”, *Ars Boni et Aequi*, año 8, N. 2, 2012, p. 29.

37. *Ibid.*, p. 30.

38. Thierry, H., “A sujet du juge *ad hoc*”, en *Liber Amicorum ‘In Memoriam’ of Judge José María Ruda*, Armas Barea, C. y otros (eds.), Kluwer Law International, La Haya, 2000, p. 286.

39. Kooijmans, P., “Article 31”, en *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, *op. cit.*, p. 532.

40. Thierry, H., *op. cit.*, p. 287.

En esta línea, el juez *ad hoc* Lauterpacht, sostuvo en el caso concerniente a la Convención de Genocidio, lo siguiente:

“Al mismo tiempo, no puede olvidarse que la institución del juez *ad hoc* fue creada con el propósito de dar a una parte, que de otro modo no tiene un juez de su nacionalidad en la Corte, una oportunidad para unirse al trabajo del tribunal. La evidencia al respecto de la actitud de quienes participaron en la redacción del Estatuto original de la Corte Permanente de Justicia Internacional difícilmente pueda ser rebatida. Esto ha llevado a muchos a asumir que un juez *ad hoc* debe ser considerado como un representante del Estado que lo nombra y, en consecuencia, como necesariamente pre-comprometido con la posición que el Estado pueda adoptar.

Esta presunción es, en mi opinión, contraria al principio y no puede ser aceptada. Sin embargo, consistente con el deber de imparcialidad al cual el juez *ad hoc* está obligado, hay algo específico que distinguió su rol. Según creo, tenía la obligación especial de comprometerse a asegurar, tan lejos como fuera razonable, que cada argumento relevante a favor de la parte que lo nombró haya sido apreciado plenamente en el curso del debate colegiado y, finalmente, se haya reflejado –aunque no fuera aceptado– en cualquier opinión separada o disidente que [el juez *ad hoc*] pudiera escribir [...].”⁴¹

Algunos juristas consideran que la institución del juez *ad hoc* es arcaica, y que debe prescindirse de ella en el futuro, porque afecta la imparcialidad. Por el contrario, a favor se menciona que la institución enriquece a los juristas que tienen la oportunidad de ser nombrados y también puede representar un aporte para los miembros regulares del tribunal.⁴² Además, que la presencia de un juez *ad hoc* puede resultar hasta necesaria

41. *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia –Serbia y Montenegro–), CIJ, Providencia, 13/09/1993, Opinión separada del Juez Lauterpacht, *ICJ Reports 1993*, p. 409, parágrs. 5 y 6 (traducción libre).

42. Thierry, H., *op. cit.*, p. 289.

para que algunos Estados que ven a la corte como una institución lejana y desconocida sientan más confianza en ella y decidan someter un caso ante dicho mecanismo,⁴³ argumento este que se esbozó cuando se instituyó por primera vez la figura del juez *ad hoc*.

También se ha afirmado, en el contexto de la CIJ, que “[n]inguno de los efectos negativos alegados ha afectado la credibilidad de la Corte y la independencia” y que esta institución la hace más transparente al adoptar formalmente decisiones razonadas, que tengan en cuenta plenamente los argumentos de la parte en cuestión.⁴⁴

En cuanto al árbitro de parte, también se ha afirmado que de él “se espera la misma imparcialidad, independencia y neutralidad”, si bien se permite que “se asegure de que las afirmaciones de la parte que lo ha designado se ventilen de forma adecuada a lo largo del procedimiento arbitral y que ellas reciban la consideración debida y no sean pasadas por alto”.⁴⁵ Ello no autoriza los contactos inapropiados con los abogados de la parte que lo designa.⁴⁶

De cualquier manera, cabe resaltar que la imparcialidad no excluye la convicción.⁴⁷ Esto resulta aplicable tanto a los jueces *ad hoc* como a los árbitros de parte o jueces de nacionalidad de uno de los litigantes.

En el ámbito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la República Argentina expresó que la noción misma de juez *ad hoc*, tradicionalmente aceptada en el contexto de los tribunales internacionales clásicos, llamados a decidir controversias entre Estados, debía ser reexaminada y eventualmente descartada en los casos ante la Corte originados en una

43. Thierry, H., *op. cit.*, p. 289.

44. Kooijmans, P., *op. cit.*, p. 542.

45. Draetta, U., *La otra cara del arbitraje*, traducción de María Cecilia Brusa, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, Editorial Universidad del Rosario, 2012, p. 59.

46. Draetta sostiene que resulta criticable cuando los co-árbitros mantienen contactos inapropiados con una de las partes o expresan sus opiniones (coincidentes con las de esa parte) acerca de las cuestiones de fondo de la controversia ante el presidente mientras el procedimiento se encuentra en curso. También cuando revela completamente su postura al comienzo del procedimiento, corriendo el riesgo de dejar de ser considerado imparcial. Draetta, U., *op. cit.*, p. 60.

47. Thierry, H., *op. cit.*, p. 288.

petición individual, ya que generaría “una palmaria afectación del derecho a la igualdad de armas en el proceso, entre la presunta víctima –demandante material ante el tribunal–, la propia Comisión Interamericana, demandante formal o procesal ante la Corte, y el Estado demandado”.⁴⁸ Ello por cuanto el juez *ad hoc* resulta elegido por un Estado en un caso concreto y ni la presunta víctima ni la Comisión tienen derecho a hacerlo, siendo que tanto la presunta víctima como sus familiares tienen derecho a que la controversia sea resuelta por magistrados independientes e imparciales.⁴⁹ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, también se expidió a favor de la aplicación restrictiva de la institución del juez *ad hoc*.⁵⁰

Otros Estados, en cambio, sostuvieron otra posición, tales como Barbados, Bolivia, Brasil, El Salvador, Guatemala, México y Venezuela. De acuerdo con Barbados, “[l]a figura del juez *ad hoc* aporta una garantía fundamental en cuanto a que la composición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos incluya, como mínimo un juez que comprenda las complejidades y los valores del sistema jurídico nacional de que se trate”.⁵¹ Brasil agrega que esta práctica ha contribuido al esclarecimiento de los ordenamientos jurídicos nacionales y a aclarar cuestiones de compleja comprensión, a la vez que advierte que el análisis empírico acerca de la actuación de los jueces *ad hoc* permite inferir que sus votos en gran mayoría han sido favorables a los argumentos presentados por la Comisión Interamericana y por los representantes de las víctimas, lo que demuestra “la independencia e imparcialidad que guía la actuación de los jueces *ad hoc*, así como la buena fe de los Estados que orienta su designación”.⁵² Asimismo, según El Salvador, la posibilidad de nombrar un juez *ad hoc* “coadyuva a que exista mayor participación de los Estados miembros de la OEA en la Corte Interamericana [...] haciendo más transparente el Sistema y fortaleciéndolo”.⁵³ Para Guatemala,

48. Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-20, Corte IDH, 29/09/2009, parágr. 11.

49. *Ibíd.*

50. *Ibíd.*

51. *Ibíd.*

52. *Ibíd.*

53. *Ibíd.*

al igual que México, se trata de “una norma de derecho consuetudinario que debe reconocerse como tal, y seguir recurriendo a ella”.⁵⁴

La paradoja de esto es, como ya adelantamos, si resulta importante para la comprensión del sistema jurídico nacional, ¿por qué en algunos mecanismos judiciales el juez *ad hoc* puede tener una nacionalidad distinta de la del Estado que lo designa?

Sin perjuicio de que la Corte Interamericana, al decidir la opinión consultiva, interpretó que conforme al sentido corriente de los términos del artículo 55, consecuente con el objeto y fin de la Convención Americana, la figura del juez *ad hoc* es aplicable solamente a casos contenciosos originados en comunicaciones interestatales,⁵⁵ no obstante se refirió al resto de los argumentos esbozados por Estados y otros sujetos y entidades en carácter de *amicus curie*. En cuanto al argumento de la existencia de una norma consuetudinaria –debido a la práctica previa de los Estados de nombrar jueces *ad hoc*, y la invitación de la propia Corte a hacerlo, en casos originados en peticiones individuales–, la Corte arguyó que “ninguna interpretación de la Convención realizada por la Corte, inclusive de manera reiterada, puede entenderse como una práctica de los Estados en el sentido del artículo 38.1 b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, de tal forma que impida al Tribunal modificar sus criterios”.⁵⁶ En cuanto a la función orientadora de los jueces *ad hoc*, la Corte no lo consideró un justificativo suficiente y se refirió a su propia capacidad para recibir la prueba y presentaciones de *amicus curiae* y “analizar los hechos a la luz de las disposiciones aplicables, propiciando resoluciones que demuestren comprensión de los sistemas jurídicos nacionales y ordenamientos legales, así como de los conceptos, instituciones y prácticas involucradas en el caso a fin de favorecer su análisis, y la aplicación de la Convención Americana”.⁵⁷ Por último, la Corte también descartó el argumento vinculado a la representatividad del juez *ad hoc* de los diferentes sistemas jurídicos de la región, esgrimiendo que la representatividad está suficientemente garantizada a través de las disposiciones de la Convención Americana y su Estatuto.⁵⁸

54. *Ibid.*

55. *Ibid.*, párrs. 33 y 34.

56. *Ibid.*, párr. 53.

57. *Ibid.*, párr. 59.

58. *Ibid.*, párrs. 63-65.

V. Los árbitros y sus relaciones laborales o profesionales

La participación de un árbitro en múltiples arbitrajes, la actuación de una misma persona como árbitro en un caso y como abogado o asesor en otros, así como las relaciones laborales o profesionales que algunos árbitros mantuvieron –o incluso mantienen– con una de las partes son temas recurrentes en la actualidad, que plantean numerosas complicaciones y ponen sobre el tapete el cumplimiento de las cualidades de independencia e imparcialidad.⁵⁹

Es común –y en cierta medida lógico– que los árbitros que se dedican exclusivamente a esta tarea acepten ser nombrados en varios arbitrajes a la vez o con carácter sucesivo. No existe norma alguna que limite la cantidad de arbitrajes que deba aceptar un árbitro simultáneamente, lo que queda librado a la decisión de cada uno en función de su capacidad de trabajo y disponibilidad de tiempo. Sin embargo, como veremos más adelante, en el arbitraje de inversión no han faltado cuestionamientos debido al número de arbitrajes en los que participa o ha participado algún árbitro, en especial si ha sido nombrado por el estudio jurídico de una de las partes litigantes en una controversia. ¿Es posible que esta situación afecte la independencia o la imparcialidad del árbitro?

En cuanto a la actuación paralela como juez y abogado, por lo general, esto directamente no está permitido en el ámbito de algunos tribunales judiciales internacionales.⁶⁰ Pero en el arbitraje ocurre con frecuencia, sobre todo en el arbitraje de inversión y el arbitraje comercial internacional. Ello puede generar relaciones cruzadas, es decir, una persona es árbitro en un caso (A), mientras que uno de los abogados del estudio que patrocina a una de las partes en ese caso es, a su vez, árbitro en otro caso (B) en el que el primer

59. Ver Bernasconi-Osterwalder, N., Johnson, L. y Marshall, F., “Arbitrator independence and impartiality: examining the dual role of arbitrator and counsel”, IV Annual Forum for Developing Country Investment Negotiators Background Papers, Nueva Delhi, 27-29 de octubre de 2010; Daele, K., *Challenge and disqualification of arbitrators in international arbitration*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2012.

60. Por ejemplo, el artículo 16(1) del ECIJ dispone: “Ningún miembro de la Corte podrá ejercer función política o administrativa alguna, ni dedicarse a ninguna otra ocupación de carácter profesional”. El artículo 17(1) establece: “Los miembros de la Corte no podrán ejercer funciones de agente, consejero o abogado en ningún asunto”.

árbitro es abogado o socio del estudio que lleva dicho caso. Esta situación, ¿puede condicionar a alguno de los árbitros en fallar de determinado modo para favorecer al abogado que es árbitro de un caso de su estudio, afectando así la imparcialidad?

Otro motivo de preocupación han sido las actividades académicas o profesionales que los árbitros comparten –o han compartido– con una de las partes de un caso que dirimen. ¿Cuál es el límite para estas actividades y el grado de relación que puede unir a las personas involucradas, de modo que no se conculque la independencia o la imparcialidad del árbitro?

Debido a la ausencia de normas claras y la no aplicación uniforme de las existentes respecto a qué hechos y relaciones son las que el árbitro –o candidato propuesto– debe revelar a las partes litigantes, y qué situaciones son las que representan un conflicto de interés y no deben permitirse, existe abundante práctica en materia de recusaciones, aunque con resultados disímiles.

Es por ello que la *International Bar Association* (IBA) elaboró unas directrices que pueden servir de guía para prevenir posibles conflictos o brindar una respuesta uniforme al decidir una recusación.⁶¹ Incluso pueden convertirse en reglas vinculantes si las partes en un asunto así lo estipulan previamente.

Estas directrices contienen una serie de normas generales y tres listados que conciernen a la aplicación práctica de tales reglas. Uno de los principios generales es que “[c]ada árbitro será imparcial e independiente de las partes a la hora de aceptar la designación como árbitro y permanecerá así a lo largo del procedimiento arbitral hasta que se dicte el laudo o el procedimiento se concluya de forma definitiva por cualesquiera otros medios” (norma general 1). Asimismo, “[e]l árbitro no deberá aceptar su designación si tuviere dudas acerca de su imparcialidad o independencia y, si le surgieren dudas una vez comenzado el procedimiento, deberá negarse a seguir actuando como árbitro” (norma general 2). En la misma regla se aclara que las dudas justificadas existen “si hubiere identidad entre una de las partes y el árbitro, si el árbitro fuera el representante legal de la persona jurídica

61. Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, aprobadas por el Consejo de la *International Bar Association* el 22 de mayo de 2004. El párrafo 6 de la introducción aclara: “Estas directrices no son normas jurídicas”.

parte en el arbitraje o si tuviere una participación económica significativa o interés personal en el asunto en litigio”. Otra de las directrices establece que el árbitro deberá revelar los hechos o circunstancias que pudieran generar dudas acerca de su imparcialidad o independencia (antes de aceptar su designación o después, al momento en que sobrevengan tales situaciones) (norma general 3). Además, “[l]a omisión de revelar un posible conflicto de interés no puede ser excusada por la ignorancia de su existencia, cuando el árbitro no haya hecho el esfuerzo, en el ámbito de lo razonable, por averiguar la existencia del posible conflicto de intereses” (norma general 7). En el propio instrumento se aclara: que se revelen ciertos hechos no equivale a admitir que existe un conflicto de intereses.

Si bien se establece como pauta que “[p]ara determinar qué hechos o circunstancias habrá de revelar, el árbitro deberá tener en cuenta todos los factores que sean de su conocimiento, incluyendo, hasta donde le sea posible, la cultura y costumbres del país del cual provengan o estén domiciliadas las partes” (nota explicativa de la norma general 3), en la práctica esto no parece ser suficiente y, muchas veces, para ciertos juristas determinada circunstancia no califica como conflicto de interés ni genera dudas, por lo que no siente la necesidad de tener que revelarlo, mientras que para una de las partes en litigio –probablemente por el sistema jurídico del que proviene– ello será causal de conflicto, que pone en vilo la independencia o imparcialidad del árbitro. Por ejemplo, en las directrices se estipula que “para juzgar si existe un posible conflicto de intereses o si se han de revelarse en cada caso particular, deberán tenerse en cuenta razonablemente las actividades del bufete de abogados del árbitro, de haberlo, para cada caso en concreto. Por consiguiente, el simple hecho de que el bufete de abogados del árbitro intervenga en alguna actividad con una de las partes no quiere decir que automáticamente este hecho dé lugar a un conflicto de intereses, ni que haya que revelarlo”. Esto para ciertas culturas es inadmisibles. Asimismo, “si una de las partes fuere una persona jurídica que formare parte de un grupo de sociedades con el cual el bufete de abogados del árbitro tuviere alguna vinculación, dicho hecho o circunstancia ha de ser tomado en consideración razonablemente y examinarse cada caso particular. Por consiguiente, este tipo de circunstancias por sí solas no originan automáticamente un conflicto de intereses, ni requieren de revelación automáticamente” (norma general 6).

En cuanto a los listados antes mencionados, estos cubren muchas de las situaciones que se pueden presentar; sin embargo, al no ser exhaustivos,

en la práctica se suelen presentar circunstancias no contempladas que generen dudas razonables respecto de la independencia o imparcialidad de un árbitro.

El listado rojo consta de dos partes: el listado rojo irrenunciable y el renunciabile, que “contienen una enumeración no exhaustiva de situaciones específicas susceptibles de crear dudas acerca de la imparcialidad e independencia del árbitro, según el caso. Es decir, que si se presentan tales hechos o circunstancias, una persona prudente cualquiera y con conocimiento de los hechos principales, va a considerar que existe un conflicto de intereses”. Las situaciones contenidas en el listado renunciabile permiten que las partes, habiendo tomado conocimiento de los hechos, manifiesten que de todas formas desean que cumpla funciones como árbitro. Por ejemplo, en el pasado el árbitro intervino en ese asunto (directriz 2.1.2.). El listado irrenunciable, por el contrario, incluye situaciones que representan un conflicto grave de interés (como consecuencia de que nadie puede ser juez y parte a la vez) y que, por lo tanto, no pueden ser objeto de renuncia. Por ejemplo, “[e]l árbitro tiene un interés económico significativo en una de las partes o el resultado del asunto lleva aparejado consecuencias económicas significativas para el árbitro” (directriz 1.3).

El listado naranja, que tampoco es exhaustivo, refleja situaciones que “(dependiendo de los hechos o las circunstancias particulares del caso), a los ojos de las partes, pudieran crear dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro”, situaciones que, en consecuencia, el árbitro debe dar a conocer. Por ejemplo, “[d]entro de los tres años anteriores el árbitro fue socio o de alguna otra manera estuvo asociado con otro árbitro o con uno de los abogados que intervienen en el mismo arbitraje” (directriz 3.3.3).

El listado verde recoge de manera no exhaustiva “situaciones específicas que, desde un punto de vista objetivo, no son susceptibles de crear ni crean un conflicto de intereses”, motivo por el cual el árbitro no tiene el deber de revelarlas. Por ejemplo, “[a]nteriormente el árbitro expresó en público su opinión general (en una revista jurídica o en una conferencia abierta al público) sobre una cuestión materia del arbitraje (pero esta opinión no se refiere específicamente al arbitraje en cuestión)” (directriz 4.1.1).

Estos listados, si bien pueden servir de guía en algunos casos, presentan algunas relaciones como permisivas que podrían no ser aceptables en todas las culturas. Así también, algunas de las reglas siguen dejando un amplio margen de apreciación a quien las aplica o son extremadamente ambiguas.

A título de ejemplo, en algunos de los enunciados se utilizan expresiones muy ambiguas, tales como que “el árbitro tenga un interés económico significativo”. Pero, ¿qué es significativo? ¿Qué porcentaje de los ingresos del árbitro provenientes del asesoramiento a una de las empresas en litigio por parte del Estudio jurídico del cual es socio debe considerarse significativo como para generar un conflicto de interés?

En el marco de los arbitrajes de inversión, la República Argentina ha cuestionado el nombramiento de algunos árbitros por considerar que tenían relaciones vinculadas a la contraparte en el litigio, que representaban un conflicto de interés e implicaban que no se podía confiar en su independencia o imparcialidad de juicio.

Así, en los casos *Siemens* y *Azurix*, bajo las reglas del CIADI, la República Argentina recusó al presidente de ambos tribunales por ser socio de un estudio jurídico que había nombrado a uno de los abogados de la parte demandante como árbitro en otro arbitraje (*Duke c. Perú*) que llevaba dicho estudio. Aquí se presentaba una situación de roles cruzados que no podía ser aceptada por la demandada. No obstante, ninguna de las recusaciones prosperó.⁶²

En los casos *Suez*, *Anglian Water* y *EDF*, la República Argentina recusó a uno de los árbitros por considerar que ya no inspiraba plena confianza en su imparcialidad de juicio al enterarse de que había sido nombrada como directora ejecutiva del grupo UBS (Unión de Bancos Suizos) –hecho que no había puesto en conocimiento ni de las partes ni de los demás árbitros de tales arbitrajes–, siendo que UBS era accionista de Suez y Vivendi, que eran demandantes en aquellos casos. El árbitro sostuvo que no tenía conocimiento de las relaciones de negocios entre las demandantes y UBS y que, en la fecha de su designación como directora ejecutiva, había presentado a UBS una lista de todos los arbitrajes en que participaba y, ulteriormente, UBS le había informado que no afectaban su imparcialidad e independencia como árbitro.

En los casos *Suez* y *Anglian Water* (el primero CIADI y el segundo bajo el Reglamento de la CNUDMI) la propuesta de recusación fue rechazada por

62. *Siemens A.G. c. República Argentina* (caso CIADI N° ARB/02/8), Laudo, 06/02/2007, parágr. 38; *Azurix Corp. c. República Argentina* (caso CIADI N° ARB/01/12), Laudo, 14/07/2006, parágr. 33.

los otros árbitros al considerar que “una supuesta conexión entre una parte y un árbitro no es de por sí suficiente para probar la carencia manifiesta de imparcialidad e independencia de ese árbitro”, a la vez que, para explicitar que “los árbitros mantienen diversas y complejas conexiones con todo tipo de personas e instituciones”, llamativamente señalaron: “[l]os árbitros no son espíritus incorpóreos que viven en Marte, descienden a la tierra a participar en el arbitraje de un caso y regresan de inmediato a su retiro marciano para esperar, inertes, que se les llame para otro arbitraje”.⁶³ Para la mayoría del tribunal, el haber informado a UBS de todos los arbitrajes en los que participaba y confiar en lo que dicha entidad le informara fue una actuación razonable, no creyendo que el árbitro tuviera la obligación de realizar investigaciones adicionales.⁶⁴

En *EDF* (caso CIADI), los otros dos árbitros asimismo rechazaron la solicitud de recusación de la República Argentina por considerar que la vinculación entre el banco internacional y EDF era trivial y *de minimis*.⁶⁵

En el caso *Vivendi*, en la etapa de anulación, la República Argentina planteó la anulación del laudo, entre otras causales, por incorrecta constitución del tribunal, debido a la mencionada relación del árbitro con UBS, como se señaló en los casos anteriores. Aquí no se presentó recusación, por cuanto la Argentina tomó conocimiento de tales hechos en noviembre de 2007, o sea después de que se hubiera emitido el laudo en agosto de ese año.⁶⁶ El comité de anulación reconoció que un director de un banco internacional de importancia tiene la responsabilidad de favorecer los intereses

63. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina* (caso CIADI N° ARB/03/17), *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina* (caso CIADI N° ARB/03/19), *AWG Group c. República Argentina*, Arbitraje CNUDMI, Decisión sobre una Segunda Propuesta de Recusación de un Miembro del Tribunal de Arbitraje, 12/05/2008, parágr. 32.

64. *Ibíd.*, parágr. 48.

65. *EDF International S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. c. República Argentina* (caso CIADI N° ARB/03/23), Decisión sobre la Recusación relativa a la Profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler, 25/06/2008, parágrs. 73, 122 y 133-134.

66. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina* (caso CIADI N° ARB/97/3), Decisión sobre Anulación, 10/08/2010, parágr. 22.

de los accionistas del banco y que esa responsabilidad se contradice con la tarea de un árbitro independiente en un arbitraje que involucra a una parte en la cual el banco tiene acciones u otro tipo de participación, sin importar lo pequeña que pueda ser,⁶⁷ por lo tanto existe un conflicto de interés. No obstante no anuló el laudo al entender que dicho árbitro recién había tomado conocimiento de la conexión entre UBS y la parte demandante luego de la emisión del laudo.⁶⁸

Con carácter previo, en el mismo caso *Vivendi* (antes denominado *Compañía de Aguas del Aconquija*) la República Argentina había presentado, también sin éxito, la recusación del presidente del comité *ad hoc* que decidió la anulación del primer laudo, debido a que uno de sus socios en su firma de abogados había asesorado impositivamente a Vivendi SA. El miembro del Comité había declarado esta situación al aceptar el cargo, indicando que no había tenido participación directa en este asesoramiento y, luego de ser recusado, aclaró que las remuneraciones implicadas eran *de minimis*. Para rechazar la recusación, los otros dos miembros del comité de anulación tuvieron en cuenta que esta relación había sido voluntariamente declarada por el involucrado; que no tenía ni había tenido ninguna relación de abogado-cliente con las demandantes o sus filiales; que el trabajo efectuado por su colega no tenía nada que ver con el presente caso y que no consistía en dar asesoría legal o estratégica de carácter general a las demandantes sino que involucraba una transacción específica que había llegado a su fin.⁶⁹

Con absoluta justicia, en el caso *ICS c. República Argentina*, bajo el Reglamento CNUDMI, se hizo lugar a la recusación planteada en razón de que la persona designada por ICS en ese caso formaba parte del equipo de abogados que defendía a la parte demandante en otro asunto contra la Argentina (*Vivendi*), en el que –como si ello fuera poco– se debatían cuestiones similares a las de este arbitraje. De acuerdo con la autoridad que tomó la decisión, la posición del candidato propuesto como árbitro en la firma de abogados lo

67. *Ibid.*, párrafs. 217-218.

68. *Ibid.*, párrafs. 234-235.

69. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal c. República Argentina* (caso CIADI N° ARB/97/3), Decisión acerca de la recusación del Presidente del Comité, 03/10/2001, párraf. 26.

ponía en una situación de adversidad contra la República Argentina que, en principio, debía ser evitada.⁷⁰

Otros Estados y partes litigantes también han presentado un buen número de recusaciones en arbitrajes de inversión. Cabe mencionar el caso *Universal c. Venezuela*, en el cual la demandada recusó a uno de los árbitros de parte por haber trabajado previamente como abogado con una de las abogadas de la parte que lo había nombrado, representando también a inversores en otros arbitrajes. El Presidente del Consejo Administrativo del CIADI no hizo lugar a la recusación por considerar, entre otros motivos, que la relación laboral entre la abogada y el árbitro en el pasado era en asuntos con partes diferentes a las involucradas en este caso y sobre la base de distintos hechos; tampoco se había demostrado en qué medida el caso involucraba situaciones legales similares a las de aquellos arbitrajes compartidos. Además, que la abogada en cuestión era una asociada junior del estudio jurídico en el cual trabajaba con el árbitro, hecho que había ocurrido años atrás. En consecuencia, tales circunstancias no afectaban la independencia e imparcialidad del árbitro.⁷¹

En el arbitraje *Blue Bank c. Venezuela*, el CIADI hizo lugar a la propuesta de recusación de un árbitro designado por la demandante, que integraba una firma global de abogados que representaba al inversor demandante en otro caso contra el mismo Estado (*Longreef c. Venezuela*). Aunque el árbitro había declarado que sus principales ingresos provenían de los resultados de los casos llevados por la firma de abogados de Madrid, y que sus ingresos provenientes de la firma que llevaba el caso *Longreef* eran insignificantes,⁷² el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI entendió que había un grado de conexión entre las diferentes firmas que integraban el Estudio jurídico internacional y, además, que dada la similitud de los hechos de este

70. *ICS Inspection and Control Services Limited (Reino Unido) c. República Argentina* (caso CNUDMI), Decisión sobre la recusación del árbitro, 17/12/2009.

71. *Universal Compression International Holdings, S.L.U. c. República Bolivariana de Venezuela* (caso CIADI N° ARB/10/9), Decisión sobre la propuesta de recusación de la Prof. Brigitte Stern y el Prof. Guido Santiago Tawil, Árbitros, 20/05/2011, parágrs. 102 y 106.

72. *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela* (caso CIADI N° ARB/12/20), Decisión sobre las propuestas de las partes de recusación de la mayoría del tribunal, 12/11/2013, parágr. 40.

caso con los discutidos en *Longreef*, era altamente probable que –de ser árbitro– estuviera en una posición de tener que decidir cuestiones que eran relevantes para el otro caso.⁷³

En algunos arbitrajes, al resolver un pedido de recusación, se le dio al árbitro la opción entre seguir con la actividad cuestionada o ser árbitro en el caso en el que fue recusado. Por ejemplo, en el caso *Vito G. Gallo c. Canadá*, bajo las reglas de la CNUDMI, la autoridad designada para resolver la recusación (en este caso del CIADI) entendió que un árbitro al actuar como miembro de un tribunal en un arbitraje que involucraba a un Estado parte en el NAFTA y simultáneamente actuar como asesor de otro Estado parte del NAFTA que tenía el derecho legal de participar en tales procedimientos (por más que este asesoramiento fuera mínimo), inevitablemente corría el riesgo de crear dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.⁷⁴ En consecuencia, el árbitro recusado debía informar dentro de un plazo de siete días, su opción de seguir asesorando a México o actuar como árbitro en este caso.

En otros asuntos, la actuación de un árbitro en múltiples arbitrajes así como las relaciones alegadas entre el árbitro y una de las partes o sus abogados no fueron consideradas de entidad suficiente (en sí mismas o en el caso concreto) como para afectar la independencia o imparcialidad. Por ejemplo, el no haber divulgado un miembro de comité *ad hoc* de anulación su prolongada relación profesional en el pasado con uno de los abogados de la parte demandada en el arbitraje,⁷⁵ el haber asesorado en materia tributaria al accionista principal de la compañía demandante,⁷⁶ los lazos familiares de un árbitro con otro designado en otro arbitraje paralelo por la misma parte

73. *Ibid.*, parágrs. 67-68.

74. *Vito G. Gallo c. Canadá*, Deputy Secretary-General, CIADI, Decisión sobre la recusación del Sr. J. Christopher Thomas, QC, 14/10/2009, parágr. 31.

75. *Nations Energy Corporation, Electric Machinery Enterprises Inc., y Jaime Jurado c. República de Panamá* (Caso CIADI No. ARB/06/19), Procedimiento de Anulación, Decisión sobre la Propuesta de Recusación del Dr. Stanimir A. Alexandrov, 07/09/2011.

76. *Amco Asia Corp. c. República de Indonesia* (caso CIADI N° ARB/81/1), Decisión sobre la propuesta de recusación de un árbitro, 24/06/1982 (inédita). Citado en Tupman, M., "Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Commercial Arbitration", *I.C.L.Q.*, vol. 38 (1989), p. 26.

demandante que lo nombró a él,⁷⁷ la actividad académica del árbitro que consistía en la supervisión de estudiantes en un curso práctico de casos de derechos humanos,⁷⁸ haber sido designado como árbitro en varias ocasiones por el mismo estudio jurídico,⁷⁹ entre otros supuestos.

La República Argentina ha planteado recusaciones infructuosamente en otros casos, así como lo han hecho otros Estados, sin embargo creemos que los aquí referidos constituyen una muestra suficiente de los hechos que motivan los cuestionamientos de árbitros y las diferencias de criterio a la hora de poner en práctica las cualidades de independencia e imparcialidad.

VI. Algunas conclusiones

Si entendemos la independencia como la inexistencia de relaciones con una parte y la imparcialidad como la ausencia de predisposición o sesgo hacia alguna de las partes, resulta difícil poder aseverar que la nacionalidad de una persona no influye en aquellos valores. Sin embargo, la existencia de votos de jueces nacionales (o incluso árbitros) en contra del Estado de su nacionalidad es prueba de que es posible decidir un caso con total independencia e imparcialidad.

En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la Corte Interamericana se ha expedido a favor de la inhibición por parte

77. *Getma International, NCT Necotrans, Getma International Investissements & NCT Infrastructure & Logistique c. República de Guinea* (caso CIADI N° ARB/11/29), Decisión sobre la solicitud de recusación del Sr. Bernardo M. Cremades, Árbitro, 28/06/2012.

78. *Grand River Enterprises et al. c. EE.UU.* (caso NAFTA/UNCITRAL), Carta de la Secretaria General del CIADI, 28/11/2007.

79. *Tidewater Inc. y otros c. República Bolivariana de Venezuela* (caso CIADI N° ARB/10/5), Decisión sobre la propuesta de los demandantes de recusación de la Prof. Brigitte Stern, 23/12/2010. Con algunas diferencias conceptuales, aunque con el mismo resultado ver *OPIC Karimum Corporation c. República Bolivariana de Venezuela* (caso CIADI N° ARB/10/14), Decisión sobre la propuesta de recusación del Prof. Philippe Sands, 05/05/2011. Ver también *Universal Compression International Holdings, S.L.U. c. República Bolivariana de Venezuela* (caso CIADI N° ARB/10/9), Decisión sobre la propuesta de recusación de la Prof. Brigitte Stern y el Prof. Guido Santiago Tawil, Árbitros, 20/05/2011 (en particular respecto de la recusación de la Prof. Stern).

de los jueces nacionales para actuar en los casos originados en peticiones individuales contra el Estado de su nacionalidad. Lo paradójico es que tales jueces han sido nombrados por sus altos valores morales, independencia e imparcialidad, pero no puede confiarse en su imparcialidad de juicio en casos que involucran no sólo al Estado de su nacionalidad sino también, como ocurre la mayoría de las veces, a sus propios connacionales. Si un juez no puede juzgar a un Estado porque este lo propuso como juez, entonces, con el mismo criterio la mayoría de los tribunales locales no podrían juzgar demandas contra el propio Estado, a menos que sus jueces fueran electos por órganos distintos del Estado, requisito que no siempre se cumple.

En cuanto a los jueces *ad hoc*, lo paradójico es que, desde que se instituyó esta figura en el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, se pensó como alternativa en lugar de excluir al juez nacional del otro Estado, para mantener la igualdad. Sin embargo, el juez *ad hoc* no necesariamente tiene que ser de la nacionalidad del Estado que lo nombra.

De todas maneras, creemos que en el caso de que en el tribunal haya un juez de nacionalidad de solo una de las partes, se justifica más permitirle al otro Estado en la controversia designar un juez *ad hoc* que exigir que el juez nacional se abstenga de entender en el caso. Ello por cuanto aunque el juez regular se abstenga, seguirá estando en la Corte y compartiendo el análisis del resto de los casos con sus colegas, quienes deberán decidir la suerte del caso contra el Estado de su nacionalidad, y probablemente hasta alternando socialmente con ellos por el hecho de compartir el mismo ámbito de trabajo. Distinto es el supuesto en que ninguna de las dos partes litigantes tenga un juez nacional. Ahí, las dos partes se encuentran en absoluto pie de igualdad, y podrían jugar otros fundamentos, como la necesidad del juez *ad hoc* para la comprensión del sistema jurídico nacional. Pero, en tal supuesto, el juez *ad hoc* tendría que ser de su propia nacionalidad.

En definitiva, la cuestión será sopesar las ventajas y desventajas de mantener la institución del juez *ad hoc* o de la actuación del juez nacional en los tribunales judiciales internacionales, y en qué medida se pone en riesgo la independencia o la imparcialidad, sobre la base de observaciones empíricas –que al parecer demuestran inexistencia de riesgo–, a fin de decidir en el marco de cada tribunal, conclusiones finales al respecto.

Respecto de los árbitros internacionales, los casos reseñados muestran que las expresiones “independencia e imparcialidad” representan conceptos claros en teoría, pero que causan grandes dificultades en la práctica, sobre

todo cuando se pretende resolver las recusaciones debido a situaciones o relaciones que mantienen o han mantenido con una de las partes en la controversia que han sido llamados a resolver. Ello aun en el supuesto de que se aplique el estándar menos estricto de “apariencia de parcialidad”, ya que la mayoría de los casos han sido resueltos a partir de una interpretación restrictiva sobre la base de los propios hechos.

Lo paradójico también es que muchas recusaciones por alegada falta de independencia o imparcialidad son decididas por los propios colegas del árbitro recusado o incluso, por las mismas autoridades que los han nombrado, con lo que podríamos preguntarnos hasta qué punto son independientes o imparciales para decidir la cuestión que les ha sido sometida. Este inconveniente podría resolverse acudiendo siempre a un tercero neutral e imparcial, no solo respecto de las partes litigantes, sino también de la institución que procedió al nombramiento del árbitro o presidente del tribunal que ha sido recusado.

Respecto de la falta de jurisprudencia uniforme en la resolución de conflictos de interés de los árbitros, ello podría subsanarse con la inclusión de normas más detalladas y con términos precisos, en los tratados o reglamentos de los tribunales arbitrales.

Somos conscientes de que los árbitros no viven en el planeta Marte, y que muchos de ellos tampoco viven exclusivamente de su trabajo como árbitros. Sin embargo, la conexión de los árbitros con las partes litigantes o sus abogados, más allá de una mera relación académica, por más mínima que sea, genera desconfianza y, en definitiva, pone en riesgo la credibilidad del arbitraje como mecanismo para la solución pacífica de las controversias.

Bibliografía

- Aznar-Gómez, M., “Article 2”, en *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, Zimmermann, A. y otros (eds.), Oxford, Oxford University Press, 2ª edic., 2012.
- Bernasconi-Osterwalder, N., Johnson, L. y Marshall, F., “Arbitrator independence and impartiality: examining the dual role of arbitrator and counsel”, IV Annual Forum for Developing Country Investment Negotiators Background Papers, Nueva Delhi, 27-29 de octubre de 2010.
- Bottini, G., “Should Arbitrators Live On Mars? Challenge of Arbitrators

- In Investment Arbitration”, *Suffolk Transnational Law Review*, vol. XXXII, N. 2 (2009), pp. 341-366.
- Brown Weiss, E., “Judicial Independence and Impartiality: A Preliminary Inquiry”, en *The International Court of Justice at a Crossroads*, Damrosch, L. (ed.), Dobbs Ferry, Transnational Publishers, 1987, pp. 123-154.
- Daele, K., *Challenge and disqualification of arbitrators in international arbitration*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2012.
- Draetta, U., *La otra cara del arbitraje*, traducción de María Cecilia Brusa, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, Editorial Universidad del Rosario, 2012.
- Fry, J. y Stampalija, J. I., “Forged independence and impartiality: conflicts of interest of international arbitrators in investment disputes”, *Arbitrator International, The Journal of the London Court of International Arbitration*, vol. 30, N. 2 (2014), pp. 189-264.
- Park, W., “Arbitrator integrity: the transient and the permanent”, *San Diego Law Review*, vol. 46, N. 3 (2009), pp. 629-703.
- Santulli, C., *Droit du contentieux international*, París, Montchrestien, 2005.
- Thierry, H., “A sujet du juge *ad hoc*”, en *Liber Amicorum ‘In Memoriam’ of Judge José María Ruda*, Armas Barea, C. y otros (eds.), La Haya, Kluwer Law International, 2000, pp. 285-289.
- Von Bahten, G., “The role of judges *ad hoc* on international permanent courts: a critical analysis”, *Ars Boni et Aequi*, año 8, N. 2 (2012), pp. 25-80.

Activismo judicial y derechos sociales

*Gustavo D. Caramelo Díaz**

Resumen

El autor aborda el tema del “activismo judicial”, distinguiendo el rol profesional de los jueces, según la rama del derecho en la cual desarrollan sus tareas y especificando los aspectos relativos a las garantías de los derechos humanos de naturaleza social.

Palabras clave: juez, activismo judicial, derechos humanos.

Judicial activism and social rights

Abstract

The author addresses the issue of the “judicial activism”, distinguishing the professional roles of judges, according to the branch of law in which they develop their tasks and specifying the aspects related to the guarantee of social human rights.

Keywords: judge, judicial activism, human rights.

I. ¿Qué es el activismo judicial?

Es difícil determinar qué se entiende por “activismo judicial”. La expresión es a menudo utilizada en forma peyorativa, para señalar una supuesta desubicación institucional de algún magistrado que desconocería los límites que quien lo interpela asigna a su función. La noción suele asociarse con cierta idea de “progresismo” judicial, actitud frente a las cosas que suele causar escozor en un amplio sector del ámbito forense, y sería la desplega-

da por magistrados que desarrollan una actividad fuera de lo habitual para ejercer una suerte de rol de promoción de derechos o de desarrollo de políticas arquitectónicas desde la función judicial.

En el excelente blog “Saber leyes no es saber derecho”, Gustavo Arballo se preguntaba, hace tiempo, “¿Qué es el activismo judicial?”¹ y enunciaba como posibles respuestas que podría ser el del juez que: 1) “cambia la jurisprudencia”; 2) genera interpretaciones “vanguardistas”; 3) “crea” derecho; 4) resuelve con decisorios abarcativos; 5) en versión procesal, expresa desinterés por los “ápices procesales frustratorios”; 6) en versión política, interpela al poder con sus fallos y 7) en versión SÉRPICO, se compromete con el esclarecimiento de delitos o hechos complejos; y también se preguntaba si la Constitución quiere jueces activistas, a lo que respondía que no quiere jueces acomodaticios o con apego patológico al rito procesal, pero tampoco jueces que manipulen el derecho *ad libitum*.

Comparto con Gustavo Arballo la exclusión de la posibilidad de admisión de la manipulación del derecho existente según el arbitrio del juez,² porque constituye una violación de las reglas de distribución de poder institucional de nuestro sistema constitucional, pues por esa vía el juez se erige en legislador, apropiándose de funciones que en una democracia están reservadas a un conjunto de voluntades institucionalizadas y coadyuvantes que participan del complejo mecanismo de formación de la voluntad política por vía del debate participativo entre una pluralidad de sujetos y en diversos estamentos. Pero sí considero que un juez debe tener un rol activo en la adopción de las medidas que resultan necesarias para maximizar las garantías constitucionales en todos los casos en los que le toca intervenir y, en especial, en aquellos en los que la violación de derechos proviene de los obligados a darles tutela; lo que a menudo exige que deba ocuparse, por ejemplo, de cuestiones funcionales o de gestión, porque hacen a la posibilidad de que el órgano jurisdiccional a su cargo esté en aptitud de

1. <http://www.saberderecho.com/2006/04/qu-es-el-activismo-judicial.html>, del viernes 28 de abril de 2006.

2. Entendiendo por tal la que se deriva de una decisión arbitraria, o de la creación de la propia regla por desacuerdo personal o político con la norma vigente, y no de una razonable interpretación de las normas vigentes o aun de su fundada declaración de inconstitucionalidad, potestades inherentes a la función de todo juez en un sistema de control difuso como el nuestro.

proporcionar tutela judicial efectiva a quien la demanda con fundamento en derecho.

Desde tal punto de vista, es claro que los jueces tienen roles políticos. Existe una dimensión política de la juridicidad. La función judicial es la función propia de un poder de Estado y tiene a su cargo la realización de los principios fundamentales sobre los que se asienta la organización del sistema republicano y democrático adoptado por la Constitución Nacional. La circunstancia de que sea una tarea especializada, estilizada, basada en un complejo conjunto de conocimientos, técnicas y procedimientos que son parte de una muy larga tradición cultural, no le resta aquel carácter. Un paradigma jurídico definitivamente en crisis, de orientación formalista e instrumental, ha contribuido a mostrar sólo las dimensiones “tecnológicas” del derecho y a escamotear, correlativamente, esas otras en las que este discurso social se despliega en su función de legitimación y organización del poder, en su función política.³

II. Activismo y roles judiciales

Como ocurre con tantas otras actividades o conductas, el denominado “activismo judicial” no es bueno ni malo en sí, sino que sus defectos o virtudes se determinan por la forma en la que es ejercida la función judicial.⁴ Es claro que la sociedad no quiere un modelo de juez burócrata o indolente, pero sí uno que tenga un rol activo en las tareas a su cargo y, centralmente, en la protección de las garantías de los justiciables. ¿Acaso no fueron producto de un claro buen “activismo judicial” las decisiones dictadas por el máximo tribunal en casos como “Siri”,⁵ “Kot”,⁶ “Sejean”⁷ y “Halabi”?,⁸ por mencionar algunos

3. Cárcova, Carlos María, *Derecho, Política y Magistratura*, Buenos Aires, Biblos, 1996, p. 106.

4. Pablo Manili realizó una clasificación de casos relevantes de la Corte, según lo que clasificó como “activismo bueno” y “activismo malo”, la que puede encontrarse en Manili, Pablo Luis, “El activismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, *La Ley* 2006-D, 1285.

5. Fallos 239:459 (1957).

6. Fallos 241:291 (1958).

7. Fallos 308:2268 (1986).

8. Fallos 332:111 (2009).

de tantos. O, ¿no lo hay también en las medidas implementadas por la Corte en el caso “Mendoza”?⁹

Pero en los últimos tiempos vemos que mientras en el ámbito penal se exige cierta retracción en el rol activo de los jueces en la investigación de las circunstancias del proceso; en el civil se impulsa, tanto desde la legislación como de la doctrina mayoritaria y de la jurisprudencia, una actitud proactiva de ellos. Tal circunstancia, en apariencia paradójica, obedece a razones sistémicas que intentaré exponer.

Para ello, es necesario tener en claro que el grado de actividad que deba o no desplegar razonablemente un juez se encuentra determinado por factores diversos, entre los que cabe señalar: 1) el ámbito del derecho en el que desarrolla su función y 2) la organización del sistema de justicia en él. Para plantear la idea me valdré de la comparación entre los roles pasados y presentes de los jueces penales y de los jueces civiles, sin desconocer que esos estereotipos no agotan la diversidad de matices que se presentan en la práctica judicial. Tras ello, centraré la mirada en la compleja situación que enfrenta el sistema de justicia para avanzar en tutela judicial efectiva en materia de derechos económicos y sociales.

III. Una cuestión de roles

III. A. El rol del juez penal

Por tiempo los jueces penales han ejercido férreamente facultades instructorias, admitidas, consentidas o propiciadas por la finalidad primaria con la que se operaba en ese ámbito que era la de determinación de la existencia de un ilícito y la determinación de su autor, ello a los fines de la concreción de una sanción que no dejara un delito impune, lo que, se entendía, era factor necesario para mantener la paz social. En ese esquema, el rol del fiscal era secundario a esa tarea principal a cargo del juez, y el de la defensa del imputado, primariamente de control, con la mirada focalizada en el resguardo de las garantías constitucionales del acusado y de la prueba de su inocencia, de ser ella posible. El impulso procesal se encontraba a cargo del propio juez,

9. Fallos 330:2746 (2007).

con un rol secundario de los otros sujetos del proceso. Se trataba de un juez sumamente “activo”, pero a menudo en el peor de los sentidos, tanto que no han faltado denuncias respecto de magistrados que asistieron a interrogatorios de imputados bajo tortura.

Ese esquema funcional cambió conceptualmente tras la última dictadura, cuyas atrocidades actuaron como catalizador para el proceso de incorporación de normas protectorias de los derechos humanos a nuestro sistema jurídico y la actuación cuasi-discrecional de los instructores penales fue encontrando las limitaciones planteadas por un sistema “garantista”, que desde hace años –y en especial desde la incorporación de la CADH a nuestro ordenamiento jurídico, por vía de la sanción de la Ley 23.054 (1984)– procura construir y robustecer un sistema de enjuiciamiento criminal basado en el respeto de los derechos humanos. Como parte de ese esquema, se avanza hacia modelos acusatorios en los que la investigación y el impulso de las causas queda en manos del Ministerio Público Fiscal y los jueces pasan a tener el rol de garantes de los derechos de los imputados y del respeto del debido proceso, que hace a una construcción axiológicamente valiosa para la sociedad toda.

En dicho esquema, no corresponde que el juez despliegue activismo judicial alguno, como no sea el vinculado con la labor de determinación y sanción de las violaciones a las garantías del proceso y de la defensa de los imputados y derechos de las víctimas, que el sistema requiere en forma inexcusable para su adecuado funcionamiento. Es que los derechos humanos de primera generación, principalmente involucrados en ese ámbito, se satisfacen primariamente disponiendo las medidas para que no sean violados.¹⁰

Pero el que en un sistema acusatorio no sea el juez quien desarrolle determinadas funciones de avance de los procesos es posible porque ese cometido es asignado por el sistema a otro magistrado: el fiscal. Es que pueden cambiar los actores, pero hay determinados roles inexcusables según el tipo de proceso del que se trate, sin los cuales, la obra no puede ser desarrollada y las funciones a cargo del Estado, cumplidas.

10. Me refiero a su protección primaria, pues es claro que un sistema de enjuiciamiento criminal debe integrarse con medidas destinadas a proteger aspectos que pueden vincularse con otros derechos y garantías distintas de las de libertad y debido proceso.

Esta es una diferencia importante con el esquema funcional del proceso civil, en el que los fiscales han tenido una actividad limitada básicamente al control de legalidad en cuestiones atinentes al orden público, circunstancia que ha comenzado a variar gradualmente a partir de la asignación de funciones efectuada por la ley de Defensa del Consumidor, modificada por la Ley 23.661; norma que, lamentablemente, es interpretada por muchos fiscales con criterio restrictivo.

2. *El rol del juez civil*

El rol de los jueces civiles ha sido, por tiempo, dirimir conflictos planteados entre partes que se presumen iguales desde una posición de nula o prácticamente nula intervención en los contenidos del debate desarrollado en el proceso o en la dirección, una suerte de “umpire” de tenis, que mira las jugadas que proponen y desarrollan otros, desde un sitio del que no baja a ensuciar su calzado con el polvo de la cancha. El sistema operó por tiempo con la idea de igualdad formal, que tan fuertemente impregnó nuestro derecho decimonónico, que era una herramienta fraguada por la Revolución Francesa para deconstruir el sistema de distribución de derechos del “ancien régime”,¹¹ pero los cambios operados en la sociedad y en los derechos en el transcurso del siglo XX, en especial los derivados de la tragedia de la Segunda Guerra Mundial,¹² determinaron que hoy nos encontremos con categorías de sujetos que gozan de una protección jurídica especial, no ya vinculada con su poder sino con su vulnerabilidad social, jurídica y económica¹³ y que ello proyecte sus efectos en el ámbito del

11. Tedeschi, Sebastián, “El Waterloo del Código Civil Napoleónico”, en Christian Curtis (comp.), *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2001, pp. 159-181.

12. Entre otros, la Convención sobre Derechos del Niño fue impulsada por Polonia, con la finalidad expresa de evitar que volvieran a producirse atrocidades como las padecidas por los chicos polacos en los campos de concentración y exterminio nazis.

13. El artículo 75, inc. 23 de la CN establece como mandato para el Congreso el adoptar medidas de acción positiva destinadas a generar condiciones de igualdad estructural, no meramente formal, con relación a las categorías de mujeres, niños, ancianos y discapacitados; se trata de una norma que, sin perjuicio de su destinatario inmediato, tiene proyección sistémica. Y en el artículo 42 de la Constitución Nacional se establece el derecho de los consumidores y usuarios de bienes y servicios a que se respeten sus intereses, su derecho a la salud y su seguridad.

derecho privado, provocando una suerte de licuación de los límites entre los ámbitos del derecho público y del privado, que parecían tan claros para los autores, hasta las últimas décadas.

Pero el derecho privado no fue fácilmente permeable a esa evolución, que vivió como ajena, recluso en su territorio, alimentado por un proceso de retroalimentación conceptual endogámica, usualmente propiciado por los intereses en juego. Las primeras variaciones en el modelo de actuación anteriormente descrito se produjeron por vía de la modificación de normas procesales que inicialmente otorgaron a los jueces facultades ordenatorias e instructorias, luego transformadas en deberes;¹⁴ y con el tiempo, ya desde el plano sustantivo, se fueron identificando situaciones de vulnerabilidad que merecían una tutela especial, porque ella estaba prevista en las normas que integran nuestro bloque de constitucionalidad federal. Pero el sistema inmunológico de la matriz privatista se encargó por tiempo de resistir los cambios desde una concepción del proceso en la que la retracción de funciones de los jueces era presentada como prudencia y autorrestricción republicana, confundiendo la cuestión de la limitación constitucional de las áreas de actuación establecidas para cada uno de los poderes de gobierno con el soslayo de los deberes constitucionales de quien debe garantizar tutela judicial efectiva, en los términos de los artículos 18 de la Constitución Nacional, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Ocurre también que no es inusual que algunos abogados consideren, y planteen, que el juez que dicta medidas de oficio o interviene activamente en la incorporación de información a las causas, quiebra las normas del debido proceso, por lo que formulan contra él recusaciones o denuncias que, sin perjuicio de su rechazo, generan al magistrado alteraciones en el trabajo y demoras en el trámite de la causa en la que se formulan, por lo que actuó como un factor natural para que muchos jueces eviten avanzar en el ejercicio de un rol más activo, que los expone inevitablemente a tales situaciones.

Pero, hoy un juez civil tiene ante sí un delicado balance de derechos de naturaleza constitucional, algo evidente en casos como los que involucran

14. En el ámbito nacional, la Ley 22.434, de 1981, preveía en su artículo 36 diversas facultades ordenatorias e instructorias que con la sanción de la Ley 25.488, que entró en vigencia en 2002, se transformaron en deberes.

cuestiones de salud, educación o vivienda; en los que suele plantearse un conflicto entre el derecho de propiedad y derechos humanos de naturaleza social, con un problema de asimetría constitutivo, como es que el primero tiene una matriz protectoria muy fuerte en nuestro sistema jurídico,¹⁵ que ha desarrollado todo un sistema logístico para su control y resguardo, mientras que la satisfacción de los derechos sociales requiere de políticas concretas e inversión del Estado, que no siempre da respuestas efectivas a esas necesidades, generando tensión para la resolución de los casos.

Los derechos económicos, sociales y culturales no requieren solamente obligaciones de garantizar o promover, sino que en determinados casos exigen un deber de respeto o de protección del Estado, que tiene a su cargo cuatro obligaciones básicas en la materia: respetar, proteger, garantizar y promover el derecho humano de naturaleza social del que se trate.¹⁶

Se inició hace tiempo, y continúa su evolución, un proceso de “constitucionalización del derecho privado”, que enriquece profundamente a este ámbito de lo jurídico y exige una respuesta jurisdiccional acorde. Ya las normas de derecho privado incorporan institutos como los de la función preventiva en materia de daños o la aplicación de las cargas dinámicas de la prueba que pone en evidencia que se ha atravesado hace tiempo el punto de no retorno en la materia.

IV. La compleja dimensión de los derechos sociales en el proceso judicial y el rol de los jueces; el “activismo imprescindible”

La realidad social supera periódicamente los límites preestablecidos por el mundo ficcional de lo jurídico, que no siempre está en condiciones de dar respuestas adecuadas a los problemas que se presentan, a menudo derivados

15. Tan fuerte que cuando en el artículo 15 de nuestra Constitución Nacional se previó la libertad de los esclavos que pudiera haber en el territorio nacional al tiempo de su sanción, se previó también un mecanismo resarcitorio para sus propietarios, como si la libertad de las personas requiriera de una suerte de expropiación o rescate, concepto de cuño medieval.

16. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 29-30.

de crisis internacionales, avances tecnológicos, catástrofes ambientales, etc., que por su magnitud o gravedad pueden no encontrar regulación preestablecida por lo que son llevados a las mesas de entradas de los juzgados, a los escritorios de los “pequeños jueces” de los que habla Garapón.¹⁷

Siempre han existido factores que han determinado que la tarea de los jueces no pueda ser considerada una labor simple, pero en las últimas décadas se ha incrementado notoriamente la complejidad de las circunstancias propias del contexto en el que deben emitir sus decisiones y en el marco de una crisis global de la razón jurídica,¹⁸ que no facilita ciertamente la tarea. Tal complejidad se traslada en ocasiones a los procesos y nutre la decisión.

Debe tenerse en cuenta que por más “activista” que sea un juez, no va a buscar los casos, sino que ellos llegan a él por mecanismos de asignación preestablecidos, y una vez recibidos tiene obligación de resolverlos,¹⁹ lo que debe hacer según los principios y reglas incorporados a nuestro sistema constitucional. Es lógico que si tal es el requerimiento funcional, no se ate de manos a ese servidor público; a quien corresponde exigir, como lógica derivación de su irrestricto deber de protección de las garantías constitucionales, que asegure el debido proceso para las partes, desde la básica efectividad del principio de contradicción y bilateralidad.

17. Garapón, Antoine, *Juez y Democracia*, Madrid, Flor del Viento, 1997, p. 12 y ss., señala que este fenómeno se observa en la Europa Latina (Francia, España, Italia, Bélgica) e indica que se presenta como un activismo bajo dos modalidades, bien la de una nueva clecía de juristas, cuando la corporación judicial es poderosa, bien la de individualidades apuntaladas por los medios de comunicación, cuando la magistratura no tiene una gran tradición de independencia. Lo cierto es que la actividad de los jueces importa, a menudo, la única respuesta efectiva del Estado frente a conflictos que eran tradicionalmente procesados por otros poderes de gobierno o sectores de la comunidad.

18. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, 7ª edición. Madrid, Trotta, 2010, p. 18.

19. El ordenamiento jurídico exige a los jueces encontrar una respuesta a los casos que se presentan a su consideración y que, a diferencia de los abogados que ejercen libremente la profesión, no han podido elegir. Así, el art. 15 del Código Civil establece que “los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes” y en el nuevo Código Civil y Comercial se impone al juez, en el artículo 3, el deber de resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

Debe tenerse en consideración que la reforma constitucional de 1994 generó un bloque de constitucionalidad federal, integrado por la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a ella incorporados por el art. 75, inc. 22, que conlleva una exigencia normativa elevada para el Estado. Ello determina que, a menudo, no se dé cumplimiento a lo que es disposición obligatoria de la máxima jerarquía normativa, situación que puede conducir a la responsabilidad internacional del Estado Nacional²⁰ y que exige de los jueces el ejercicio efectivo de su rol de custodios de las garantías constitucionales de toda la población²¹ y la evaluación de situaciones complejas, como las inherentes a la asignación de recursos presupuestarios,²² a fin de examinar los procesos desarrollados por los otros poderes del Estado, algo impensado hace décadas, cuando imperaba extensamente la doctrina de las “cuestiones políticas no justiciables”.²³

Nuestra sociedad, por factores complejos de vertiente causal diversa, presenta hoy un severo grado de anomia que obsta notoriamente a su desarrollo.²⁴ Ese es, por otra parte, el terreno y las condiciones en las que se

20. El Estado Federal tiene responsabilidad internacional por el cumplimiento de las disposiciones de los tratados en el ámbito de su territorio.

21. Rol que los legitima desde el punto de vista de la teoría de la Democracia, pese a tratarse de servidores públicos que no han sido electos directamente por el voto popular y que se encuentran habilitados para declarar la inconstitucionalidad de normas generadas por representantes del Pueblo que sí han accedido a sus cargos por dicho mecanismo. Ver Gargarella, Roberto, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, *Isonomía*, N°6, abril de 1997.

22. Porque, por ejemplo, dentro del marco del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, el compromiso del Estado es el de adoptar medidas económicas y técnicas “...hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos...” reconocidos en el tratado.

23. Es claro que ello no importa convalidar el “gobierno de los jueces”, pues el diseño y la implementación de las políticas públicas es prerrogativa de los otros poderes de gobierno; pero sí establecer que, ante una denuncia de violación de una disposición constitucional, los magistrados deben evaluar si en el caso concreto se han respetado las prerrogativas establecidas en el bloque de constitucionalidad.

24. Ver Nino, Carlos, *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Ariel, 2005. Las distintas clases de “vivos” que eluden las normas, al tiempo que se quejan del estado general

establecen las relaciones jurídicas evaluadas por los jueces quienes, a su vez, integran una estructura de gobierno con notorio desprestigio en la sociedad, cuyos integrantes recelan de los motivos que subyacen en las decisiones que adoptan los magistrados judiciales. Se establece así un proceso de retroalimentación de factores negativos que afecta el buen desarrollo de la labor judicial, frente al que es importante contar con jueces que muestren con transparencia su trabajo y ejerzan diariamente la intermediación, con activa participación en la incorporación de las pruebas al proceso, en especial por vía del interrogatorio personal y directo de las partes en las audiencias preliminares y de los testigos y peritos, luego.²⁵

Existen grandes sectores de la población que viven en situación de exclusión, la que alcanza la esfera jurídica, pues sus integrantes operan cotidianamente fuera de la normativa común:²⁶ “grandes contingentes sociales padecen una situación de postergación, de pobreza o de atraso que produce marginalidad y anomia. Ello implica, entre otras cosas, que el mensaje del orden jurídico estatal no llega –materialmente– a la periferia de la estructura social”.²⁷ Dada tal situación, las intervenciones judiciales efectivas pueden permitir generar condiciones de inclusión y confianza en el sistema de derecho, al tiempo que solucionar un conflicto y prevenir la generación de otros,²⁸ demostrando que desde el Poder Judicial es posible generar alter-

de las cosas, y, en el terreno procesal, los “chicaneros”, son expresiones de esa patología.

25. Explicaba hace ya tiempo Cueto Rúa que la tarea principal del juez consiste en formular un juicio normativo individual sobre los concretos comportamientos humanos constitutivos del litigio traído a su conocimiento para su resolución y que poco lo ayuda el permanecer en la abstracción de la doctrina general, porque su tarea no es la de formular juicios teóricos abstractos, sino la de pronunciarse sobre casos individuales de comportamiento humano, lo que requiere la aprehensión intelectual de las fuentes y la comprensión del sentido de los actos relevantes del conflicto traído a su conocimiento (Cueto Rúa, Julio, “El buen juez de primera instancia”, *La Ley* 1990-D, 766).

26. Por ejemplo, las modalidades y formas de transmisión de las casillas en la mayoría de las villas de emergencia del país se efectúa según pautas absolutamente ajenas a las establecidas en nuestro Código Civil.

27. Cárcova, Carlos María, *La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta, 1998, p. 19.

28. En el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil 1, a mi cargo, un proceso en el que se solicitaba un desalojo de varias familias que habitaban desde décadas atrás un inmueble del barrio porteño de La Boca concluyó con la compra del edificio por ellas, que formaron una cooperativa de vivienda; ello sin que el gobierno local tuviera que po-

nativas al ejercicio del monopolio de la fuerza, orientado por el “imperium” judicial, que respondan de mejor modo al desarrollo del proyecto de vida el respeto de los derechos humanos, función primaria del derecho civil.

Las normas evolucionan ampliando el rol de los jueces de derecho privado, quienes hoy deben garantizar el derecho de los chicos a ser oídos y a que se tomen en consideración sus opiniones en la toma de decisión sobre sus intereses (art. 24 de la Ley 26.061 y art. 26 del inminente CCCN), aun cuando nadie lo requiera en el proceso. Es un deber constitucional y los jueces deben cumplir primordialmente las normas constitucionales, que tienen fuerza operativa y no meramente programática.²⁹

V. Reflexiones finales

Tradicionalmente, los conceptos de “activismo judicial” fueron forjados en la fragua del derecho procesal;³⁰ pero con el tiempo se fue haciendo evidente el profundo entrecruzamiento con las normas sustantivas en el que se asienta actualmente el concepto y así, hace ya más de dos décadas, un reconocido procesalista señalaba: “El mayor protagonismo que la comunidad

ner más dinero que el que le habría exigido sustentar soluciones habitacionales mayoritariamente transitorias que podrían haber concluido con esas personas en situación de calle –solo dos grupos familiares calificaron para el otorgamiento de préstamos para la adquisición de vivienda, dado por el Instituto de la Vivienda de la Ciudad–. A la solución contribuyeron otros actores institucionales, como la Sra. Representante del Ministerio Público de la Defensa de Menores e Incapaces, Dra. Ana María González de Verrastro, la Secretaría de Hábitat del Gobierno Nacional y el voluntariado de la Facultad de Diseño y Arquitectura de la Universidad de Buenos Aires, a cuyo cargo estuvo la elaboración de un proyecto de mejora edilicia actualmente en curso de ejecución. La escritura por la que los vecinos obtuvieron la titularidad del inmueble fue realizada por la Escribanía General de la Nación, actuando personalmente el escribano Natalio Etchegaray, quien desde el retorno a la Democracia ha intervenido en la transmisión del mando de todos los presidentes de la Nación y, visiblemente emocionado, participó de la solución habitacional alcanzada en un proceso judicial que requirió de un enorme esfuerzo de “activismo” judicial por parte del equipo de trabajo que me toca liderar.

29. García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1994, pp. 19-31.

30. Peyrano, Jorge W., “El cambio de paradigmas en materia procesal civil”, *La Ley* 2009-E, 785.

espera de los jueces –y la correlativa responsabilidad que les reclama– se sustentan no sólo en la paralela expansión de las otras “ramas” del gobierno, a partir del encumbramiento del Estado de bienestar (Welfare State), con el consiguiente reconocimiento de nuevos derechos sociales, y como modo de lograr un renovado equilibrio en las funciones públicas (checks and balances), sino además –y no menos principalmente– en la cada vez mayor participación social, derivada de la directa injerencia de los diversos grupos en el diseño y aun en la toma de decisiones que interesan a la comunidad. Porque los resultados de la actividad jurisdiccional –su eficacia global– no le resulta indiferentes...”³¹

Todo juez desarrolla actividad política en sentido “arquitectónico”, no partidario, y esa dimensión política de su tarea tiene que centrarse en garantizar los derechos constitucionales de quienes sufren una violación de derechos.

Cuando se habla de “activismo judicial”, es necesario estar atento a las variaciones y matices que presentan las distintas áreas del derecho y que proyectan sus principios y reglas a la forma en la que el magistrado ejerce su función. Mientras que en el ámbito penal el diseño constitucional requiere de una restricción de funciones; en el ámbito del derecho privado, del derecho laboral y del contencioso administrativo y tributario, la satisfacción de las normas constitucionales y convencionales requiere de un despliegue de creatividad y de actividad mayores.

Siempre hay, pues, una dimensión política involucrada en la labor judicial; ella se da vívidamente cuando el juez evalúa la proyección política, económica o social que podrá tener la decisión que debe adoptar, procurando minimizar los efectos negativos en el marco general de respeto y protección de los derechos humanos. Ello requiere de un delicado balance de derechos involucrados, que el juez debe hacer constantemente para decidir.

En materia de derecho privado, la tarea de un juez, en otros tiempos casi un árbitro distante de los casos, se complejizó notoriamente y el máximo grado de dificultad para la toma de decisiones se encuentra en los casos en los que ambas partes litigantes son vulnerables. Hoy se requiere un juez “convencional”, entendiéndolo por tal a un juez que interprete las normas jurídicas y busque las soluciones desde el territorio conceptual de las convenciones y

31. Berizonce, Roberto O. “El activismo de los jueces”, *La Ley* 1990-E, 920.

tratados de derechos humanos; un juez que no sea nada convencional, en el sentido vulgar de la palabra.

Un juez que así desarrolle sus funciones no es neutral, en el sentido con el que tal neutralidad es concebida como crítica al activismo judicial y no lo es porque no lo es nuestro sistema constitucional, que reconoce vulnerabilidades que responden a una evaluación estructural del derecho a la igualdad;³² está forzado a adoptar medidas concretas para la tutela judicial efectiva de las personas vulnerables³³ y de las víctimas y debe hacerlo sin violación de los derechos de quienes resulten sus contrapartes, quienes deben también tener conciencia de las exigencias de esta función judicial y contribuir en la medida de sus posibilidades para que ella pueda ser desplegada. No le debe dar igual cualquier solución que alcancen las partes en el proceso, porque sólo puede convalidar las que se ajusten al sistema convencional vigente. El juez debe ser así necesariamente “activista”, porque no es posible gestionar el trámite de procesos complejos, en los que se requiere ordenar que el Estado adopte medidas de cumplimiento de tratados internacionales de derechos humanos –y a menudo articular la implementación de recursos correspondientes a distintos ámbitos (municipal, provincial, federal) u organismos–, desde una actitud expectante o pasiva, sin un involucramiento activo, sin la creación de soluciones o mecanismos procesales novedosos.³⁴ Ese “buen activismo” judicial debe ir acompañado de transparencia en la actividad, lo que puede lograrse con

32. Sobre el concepto de igualdad estructural ver, Saba, Roberto, “(Des)igualdad estructural”, en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El Derecho a la igualdad, Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, pp. 163-197; y, en la misma obra, Grossman, Lucas Sebastián, “La igualdad estructural de oportunidades en la Constitución Argentina”, pp. 199-226.

33. A título de ejemplo, la del niño discapacitado puede considerarse la categoría de personas acreedoras de la mayor protección que nuestro sistema normativo acuerda a los habitantes del país por razones de vulnerabilidad; para evaluar ello puede seguirse la línea argumental desplegada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social”, Fallos 323:3229 (2000).

34. Un lúcido jurista y activo juez ha expuesto la categoría del “juez poscolonial”, al que considera “...un tipo ideal de juez [...] ideal pero no imposible [...] [que] se compromete con el Derecho, [...] No con cualquier derecho sino con las normas que desde el vértice más eminente de la estructura deóntica defienden al ser...”; ver, Trionfetti, Víctor, “El juez poscolonial”, en *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni, 2014-2, pp. 129-142.

mecanismos como los implementados por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando convoca a audiencias públicas en casos que involucran decisiones políticamente sensibles, como la de la Ley de Medios; cuestiones ambientales, como en materia de saneamiento de la Cuenca del Riachuelo (caso Mendoza) o derechos humanos de naturaleza social, como el de acceso a la vivienda adecuada (caso “Q”).

Debe tenerse en consideración que el sistema de justicia es eso, un sistema, y por ello, algunos de sus componentes tienden a realizar funciones necesarias que no cubren otros. Por ello, si la tutela judicial efectiva de las víctimas y de las personas en situación de vulnerabilidad se identifica como una necesidad, como un imperativo de nuestro orden jurídico, debe ser concretada en los procesos judiciales y si las partes o los representantes de los Ministerios Públicos no solicitan las medidas tendientes a articular los recursos necesarios para concretar la protección, debe el juez disponer lo necesario. Por ello, lo deseable es un cambio general en la cultura operacional del sistema judicial en sentido amplio y que los requerimientos partan de los abogados que ejercen la defensa de las partes o de los representantes de los ministerios públicos.

Debe llegar el momento en el que no hablemos, pues, de activismo de los jueces; que la puesta en acto de la Constitución y de las normas convencionales que integran nuestro bloque de constitucionalidad federal, por parte de todos los operadores del sistema de justicia, sea lo habitual cuando de tutela judicial efectiva se trata.

Bibliografía

- Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- Berizonce, Roberto O., “El activismo de los jueces”, *La Ley* 1990-E, 920.
- Cárcova, Carlos María, *Derecho, Política y Magistratura*, Buenos Aires, Biblos, 1996.
- *La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta, 1998.
- Cueto Rúa, Julio, “El buen juez de primera instancia”, *La Ley* 1990-D, 766.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, 7ma. edición. Madrid, Trotta, 2010.
- Garapón, Antoine, *Juez y Democracia*, Madrid, Flor del Viento, 1997.
- García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1994.

- Gargarella, Roberto, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, *Isonomía*, N°6, abril de 1997.
- Grossman, Lucas Sebastián, “La igualdad estructural de oportunidades en la Constitución Argentina”, en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El Derecho a la igualdad, Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, pp. 199-226.
- Manili, Pablo Luis, “El activismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, *La Ley* 2006-D, 1285.
- Nino, Carlos, *Un país al margen de la ley*. Buenos Aires, Ariel, 2005.
- Peyrano, Jorge W., “El cambio de paradigmas en materia procesal civil”, *La Ley* 2009-E, 785.
- Saba, Roberto, “(Des)igualdad estructural”, en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El Derecho a la igualdad, Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, pp. 163/197
- Tedeschi, Sebastián, “El Waterloo del Código Civil Napoleónico”, en Christian Courtis (comp.), *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.

Artículos recibidos por convocatoria abierta

Alcances de la Responsabilidad Civil de los Proveedores de Servicios de Internet (ISP) y de los Proveedores de Servicios Online (OSP) a nivel internacional, regional y nacional. Las disposiciones de Puerto Seguro, Notificación y Deshabilitación

Adriana Norma Martínez y Adriana Margarita Porcelli***

Resumen

La nueva economía es una economía global y una economía organizada en red, ninguno de esos factores puede funcionar sin el otro. Por consiguiente, tiene una base tecnológica, de información y comunicación y una forma central de organización cada vez mayor, que es Internet. Internet no es una tecnología, es una forma de organización. El equivalente de Internet en la era industrial fue la fábrica: lo que fue la fábrica en la era industrial, es

* Abogada, Escribana, Posgraduada en Derecho del Turismo (UBA), Magíster en Ambiente Humano (UNLZ). Profesora Adjunta Regular Facultad de Derecho (UBA). Jefa de la División Derecho, Consejera Titular del Consejo Directivo Departamental, Investigadora y Profesora Asociada Ordinaria, Departamento de Ciencias Sociales (UNLu). Directora de proyectos de investigación interdisciplinarios. Profesora de posgrado en diversas universidades nacionales. Profesora visitante de las Universidades Complutense de Madrid y Málaga (España); info@anmart.com.ar.

** Abogada (UBA), Magíster en Relaciones Internacionales (Universidad Maimónides), Cursando el Programa de Actualización en Derecho Informático (UBA), investigadora. Profesora Adjunta de Derecho Internacional Privado. Derecho Internacional Público. Estudio de la Constitución Nacional y de los Derechos Humanos. Legislación Sanitaria en la Universidad Nacional de Luján (UNLu), Miembro de Comisiones de Plan de Estudio y del Comité Académico de Bioética (UNLu); adporcell@yahoo.com.ar.

Internet en la era de la información. La divulgación de obras intelectuales por la red es el acontecimiento más reciente relacionado con los derechos de autor, y plantea numerosas cuestiones, entre las que se encuentran la descarga masiva de archivos en la mayoría de los casos, en forma gratuita, de contenido ilegal en violación de los derechos de propiedad intelectual, y la supuesta responsabilidad de los proveedores de servicios en la Web en dicha actividad. El presente trabajo tiene por objeto diferenciar entre los diversos sujetos que intervienen en el proceso de “publicación” de una obra a través de Internet, los intermediarios necesarios, los que prestan servicios de acceso y mera transmisión y analizar la responsabilidad civil de cada uno de ellos y en especial de los buscadores de Internet en el marco de las legislaciones internacional, regional y nacional así como la evolución jurisprudencial al respecto.

Palabras clave: Proveedores de Servicios de Internet, Proveedores de Servicios Online, Responsabilidad Civil, Puerto Seguro, Notificación y Deshabilitación.

Scope of the Civil Liability of Internet Service Providers (ISP) and Online Service Providers (OSP) at international, regional and national level. The Safe Harbor provisions, Notice and Takedown

Abstract

The new economy is a global economy and an economy organized as a network, and none of these factors can operate without the other. Therefore, it has a technological base, of information and communication and has a central way of growing organization, that's the Internet. Internet isn't a technology, it's a way of organization The equivalent of the Internet in the industrial age was the factory: what the factory was in the industrial age, the Internet is in the information age. The dissemination of intellectual property by the network is the most recent event related to copyright, and raises many issues, including the massive download of files in most cases, free of charge, to illegal content in violation of intellectual property rights and the

alleged liability of service providers in the Web in such activity. The aim of this paper is differentiate between the various subjects involved in the process of “publication” of a work via the Internet, the necessary intermediaries, providing access services and mere transmission and analyze the civil liability of each of them and especially Internet browsers in the frameworks of international, regional and national laws, as well as the evolution of relevant jurisprudence.

Keywords: Internet Service Provider, Online Service Provider, Civil Liability, Safe Harbor, Notice, Takedown.

I. Introducción. El régimen de la Responsabilidad Civil

En el siglo XX aparece un nuevo bien, consistente en una lista más o menos larga de unos y ceros, al que se le denomina bien digital. La digitalización hace posible su masificación transformándolos en bienes abundantes, de disponibilidad ilimitada y común, en la medida en que permanezcan bajo el dominio público. Los bienes digitales son todos aquellos bienes culturales y no culturales que tienen forma digital, interpretados y presentados por las computadoras en forma de información, bases de datos, programas de computadora, imágenes, música, sitios Web, textos, libros, videos, entre muchos otros.

Según Negroponte (1995), entre las principales características de los bienes digitales se encuentran: la capacidad de las personas para que, con una computadora, puedan realizar infinitas copias perfectas del mismo, modificarlo, mezclarlo y transformarlo, sin necesidad de invertir grandes cantidades de dinero y distribuirlos, de manera instantánea y muy económica alrededor del mundo, gracias a Internet.¹

Además de que su copia se puede realizar a un coste insignificante podemos agregar que se diferencia de los bienes tradicionales por las siguientes características: su transmisión no implica la desposesión del anterior titular, son no antagónicos y no excluibles, sus componentes no son átomos,

1. N. N., *Being Digital*. Londres, Coronet, 1996.

sino unos y ceros, y, en la actualidad, su distribución es instantánea desde su origen hasta todos los puntos del globo.

En virtud de esta última característica es que aparecen como intermediarios indispensables los proveedores de servicios de Internet, ya que sin su intervención dicho proceso nunca se podría efectuar e Internet como tal desaparecería.

En primer lugar, para analizar la responsabilidad civil de los Proveedores de Servicios de Internet (ISP, Internet Service Providers) y, en general, no sólo en el marco de la Red, de los Proveedores de Servicios Online (OSP, Online Service Providers), conviene determinar brevemente los contenidos capaces de generar dicha responsabilidad. El *Libro Verde de la Comisión Europea sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los servicios audiovisuales y de información*² diferencia entre el acceso a tipos de material que pueden afectar el desarrollo físico y mental de los menores, pero que está permitido sólo a los adultos, de los contenidos que pueden ser prohibido para todos, independientemente de la edad de la audiencia potencial o el medio utilizado. Estos temas se confunden a veces pero es esencial mantener la distinción; son objetivos diferentes, que plantean problemas diferentes y exigen soluciones diferentes.

En el caso de contenidos ilegales es necesario definir las responsabilidades de las partes que intervienen en dicha publicación o difusión de los materiales; en cambio, en los contenidos perjudiciales o inconvenientes para menores, la Comisión recomienda la autocensura, partiendo del principio de autonomía individual mediante la utilización de un software de filtrado adecuado.

A. El Régimen de Responsabilidad Civil en el Código Civil

A modo de repaso, recordamos que el artículo 1107 del Código Civil vigente traza una división entre dos ámbitos de responsabilidad civil: contractual y extracontractual. El Código dispone de un sistema principalmente resarcitorio, que tiende a restablecer el equilibrio de patrimonios entre el

2. CE, *Libro Verde sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los servicios audiovisuales y de información*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas COM (96) 483, octubre de 1996.

autor del daño y la víctima. La responsabilidad extracontractual se origina por la producción de un daño a otro sin que exista un nexo contractual.

Los requisitos para que se configure tal responsabilidad son: la existencia de un daño, la existencia de una relación de causalidad entre el daño y el hecho que dio lugar al mismo, el cual debe ser ilícito o antijurídico y debe existir un factor de imputabilidad de la responsabilidad.

A su vez existen dos factores de atribución de responsabilidad: la responsabilidad subjetiva y la objetiva.

Tradicionalmente, el fundamento de la responsabilidad por los daños causados se basaba en la culpa del sujeto causante del daño, entendiendo por tal la omisión de las diligencias debidas de acuerdo a la naturaleza de la obligación, y sus circunstancias de personas, tiempo y lugar, a diferencia del dolo que es la intención de perjudicar la persona o los derechos de otro. La teoría de la culpa, fundada en criterios totalmente subjetivos, establece así que no es suficiente que una persona sufra un daño para responsabilizar al causante del mismo, ya que es necesario que este haya actuado con dolo o culpa para que surja su responsabilidad.

Pero con el paso del tiempo fueron surgiendo nuevos criterios de atribución de responsabilidad basados en factores objetivos que consideran que el daño siempre debe ser reparado más allá de la existencia de culpa o dolo por parte del causante, como por ejemplo el riesgo: la potencialidad dañosa de una cosa o una actividad. Ese daño puede ser “riesgo provecho” desarrollado por Josseland: cuando compromete la responsabilidad de aquel que aprovecha de la cosa o actividad, o daño creado: cuando compromete la responsabilidad de aquel que lo ha introducido, o simplemente daño de empresa, cuando determinado emprendimiento encierra la posibilidad de ciertos daños.

En la legislación argentina vigente, la responsabilidad subjetiva está regulada en los artículos 512 y 1109 del Código Civil que establecen fundamentalmente que la culpa consiste en la omisión de las diligencias debidas y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, y el que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a reparar el perjuicio.

Mientras que la responsabilidad objetiva está regulada en los artículos 1113, 1071, 1071 bis, y complementarios del Código Civil. El artículo 1113 establece la responsabilidad genérica del principal por los daños que causen los que están bajo su dependencia, la responsabilidad del guardián por

las cosas de que se sirve o que tiene a su cuidado, la responsabilidad de los daños causados con cosas y la responsabilidad de los daños causados por el riesgo o vicio de la cosa.

B. La Responsabilidad en el Nuevo Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por Ley N°26.994 del 1° de octubre de 2014 y promulgado según Decreto N°1795/2014, conforme al artículo 7 de la ley aprobatoria, entraría en vigencia el 1° de enero de 2016; sin embargo, la Ley N°27.077 de diciembre de 2014 la adelantó al 1° de agosto de 2015.

El Dr. Ameal (2012) nos ilustra sobre los alcances del Anteproyecto de Reforma en materia de Responsabilidad Civil que tomó como base el Proyecto de Código Civil de 1998, y que, con las modificaciones del Poder Ejecutivo, finalmente se convirtió en ley en 2014. El mismo trae aparejado una unidad conceptual entre el Derecho Civil y el Derecho Comercial que se pregonaba ya hacía mucho tiempo y esa unificación del derecho privado se materializa con la unidad del derecho civil y comercial y dentro del derecho civil con la unidad de la responsabilidad contractual y extracontractual. Con anterioridad, la doctrina entendía que no era conveniente la escisión establecida en el artículo 1107 del actual Código Civil entre la órbita contractual y la extracontractual, porque si partimos del daño injustamente padecido para su resarcimiento, es igual que el mismo provenga de fuente contractual como de fuente extracontractual.

Sin embargo, es menester aclarar que esta unidad no significa una identidad, hay diferentes estructuras entre ambos sistemas, pero los institutos pueden ser manejados, en muchos casos, de la misma manera.

La responsabilidad civil no la denomina derecho de daños porque, en los fundamentos, parte del supuesto de que el derecho de daños es más estricto o restringido y no abarcaría, por ejemplo, la sanción pecuniaria disuasiva, es decir, que se le asigna, a la responsabilidad, otras funciones que posiblemente no tenga el derecho de daños. No obstante, no todos los doctrinarios están de acuerdo con estos fundamentos ya que el derecho moderno tiene que tener muy en cuenta la persona de la víctima y no tanto la persona del dañador.

En principio, en el artículo 1708, identifica a la prevención del daño y a la reparación como funciones de la responsabilidad.

Del análisis integral de las disposiciones del título surge que las funciones de la responsabilidad, conforme ha quedado estructurado el régimen son: 1. Preventiva, 2. Sancionadora y 3. Reparadora.

Actualmente, si bien es importante reparar el daño, de la misma manera es importante prevenir el daño para no tener que posteriormente repararlo, no sólo desde el punto de vista legal sino también desde el punto de vista ético y económico (Ameal, 2012).³

1. Función Preventiva: el artículo 1710 establece el deber de prevenir el daño, es decir, evitar ocasionar el daño. Tiene por objeto convencer a la persona que actúa que es más conveniente comportarse correctamente que no hacerlo así y anticiparse al acaecimiento del daño marcando tres posibilidades:

a) evitar causar un daño injustificado;

b) adoptar, de buena fe, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud;

c) no agravar el daño, ya producido.

A este respecto, Kemelmajer de Carlucci (2013) nos enseña que el Código se propone una regulación más completa de la función preventiva incluyendo la acción, la legitimación y las facultades judiciales, conforme con criterios señalados por la doctrina, con los siguientes alcances:

a) que la posibilidad de prevenir el daño se encuentre en su esfera de control, que dependa de ella, de lo contrario afectaría su libertad;

b) que adopte las diligencias como una persona que obra de buena fe, disponiendo medidas razonables para evitar el daño o disminuir su magnitud o no agravarlo, si ya se ha producido;

c) reconocerle el derecho al reembolso del valor de los gastos en que ha ocurrido siguiendo las reglas del enriquecimiento sin causa.⁴

3. A. O., "La responsabilidad civil en la reforma del Código Civil", Parte 1: Primera Parte, Facultad de Derecho UBA. Grabado en 2012 [Consultado: 13/3/2015] Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/academica/derecho-abierto/derecho-abierto-clase-Reforma-Codigo-Civil-Ameal-So1.php>.

4. K. C. A., "Conferencia: El ambiente en el proyecto de código civil y comercial de 2012", Escuela de la Magistratura. Salta, 2013 [Consultado el 21/3/2015] Disponible en: <http://www.esuelamagistratura.gov.ar/uploads/documentos/MA2013/Kemelmajer.pdf>.

La omisión del deber de prevención da lugar a la acción judicial preventiva, la cual procede, según el artículo 1711, si se cumplen los siguientes presupuestos:

a) autoría: un hecho o una omisión de quien tiene a su cargo un deber de prevención del daño;

b) antijuridicidad: constituye una violación del deber de prevención;

c) causalidad: la amenaza de daño debe ser previsible;

d) no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución, que es lo que, además de la función, diferencia a esta acción de la obligación de resarcir.

Como cierre de esta acción preventiva, establece, en el artículo 1713 referido a la Sentencia, que el juez puede establecer obligaciones de dar, hacer o no hacer, sea en la tutela definitiva como provisoria, y el contenido y extensión de estas obligaciones debe estar guiado por:

a) la necesidad de evitar el daño con la menor restricción de derechos posible;

b) la utilización del medio más idóneo;

c) la búsqueda de la eficacia en la obtención de la finalidad.⁵

2. Función Punitiva o Sancionadora: ha sido muy controvertida en la doctrina argentina ya que algunos autores entienden que es una función ajena a la responsabilidad proponiendo una regulación limitada a algunos casos, mientras que otros se inclinan decididamente por su incorporación sin límites porque es un instrumento general.

No se trata de una indemnización por daño, sino de una sanción pecuniaria disuasiva, daño punitivo o multa civil que se impone para evitar graves menoscabos o graves desaprensiones a los derechos básicos. En algunos casos, no es suficiente con la reparación del daño por lo que es conveniente buscar una especie de sanción ejemplar que disuada no sólo a la sociedad para que no cometan este tipo de daños sino para aquel que pretende realizar esa situación concreta. Varios son los vocablos a través de los que se conoce esta condena: “multa civil”, “pena civil”, “daño punitivo”, o “sanción pecuniaria disuasiva”. Por la traducción literal de los términos *punitive damage*, de origen inglés, se lo denomina comúnmente “daño punitivo”.

5. *Ibidem*.

El **daño punitivo** fue definido en la jurisprudencia, explica Lorenzetti, como aquellas “sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentadas por el damnificado, que están destinadas a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro” (Lorenzetti, 2009: 557).⁶

Dicha pena opera de manera independiente a los distintos resarcimientos conocidos, tales como: daño emergente, lucro cesante, daño moral, pérdida de chance, entre otros.

El *leading case* es el caso “*Grimshaw v. Ford Motor Company*” de la Corte de Apelaciones de California, Cuarto Distrito, Segunda División. El automóvil Ford Pinto introducido a principios de los 70 por la Compañía Ford poseía una serie de defectos en su fabricación tales que al ser embestido por detrás, aun a velocidades bajas, causaba la rotura de su tanque de combustible y ello ocasionaba su incendio. La compañía detectó esta falla y estimó que, por la cantidad de unidades vendidas, retirarlas del mercado y hacer las modificaciones necesarias implicaría afrontar costos mucho mayores que el de las eventuales indemnizaciones por los daños sufridos, por lo que decidió dejarlo en esas condiciones.

Posteriormente, al menos 60 personas perdieron la vida y más del doble de esta cifra sufrió quemaduras graves y lesiones en el cuerpo. Entre ellas, actor Richard Grimshaw, un menor de edad que viajaba como pasajero en un Ford Pinto modelo 1972. El vehículo –conducido por Lilly Gray, quien sí falleció en el accidente– se encontraba atascado en una autopista cuando fue embestido por otro en su parte posterior, procediendo a incendiarse y causarle quemaduras graves y desfiguración permanente en su cara y cuerpo entero. El juicio determinó que Grimshaw recibiera además de indemnización por daños compensatorios, 125.000.000 de dólares en concepto de daños punitivos (*punitive damages*),⁷ monto que se redujo en segunda instancia. El caso es que era más gravoso mantener ese modelo que sacarlo del mercado porque no convenía afrontar una indemnización y multa civil

6. L. R., *Consumidores*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2ª Ed., 2009, p. 557.

7. Ver caso CAC, Cuarto Distrito de Apelación, Segunda División. 29 de mayo de 1981 “*Grimshaw v. Ford Motor Company*” 119 757 CA3d.Civ. 20095.

de esa naturaleza. En este caso no se tuvo en cuenta el daño producido, sino la gravedad de la conducta evidenciada por el dañador.

Desde abril de 2008 se encuentra vigente en la Argentina la “multa civil” o “daño punitivo”, para los contratos de consumo, que fue una de las novedades de la Ley N° 26.361 que reformó a la Ley de Defensa del Consumidor N°24.240. El artículo 52 bis de la mencionada norma expresa que los **proveedores de bienes y servicios** pueden sufrir la aplicación de **una multa a favor del consumidor de hasta 5 millones de pesos**, en caso de incurrir en incumplimientos de las obligaciones legales o contractuales a su cargo.

El primer caso de condena por daño punitivo que resolvieron nuestros tribunales fue en la causa “*Machinandiarena Hernández Nicolás c/Telefónica de Argentina s/reclamo contra actos de particulares*”. Los jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, confirmaron la sentencia del Tribunal inferior que condenó a Telefónica a abonar \$30.000 pesos en concepto de daño punitivo conforme al artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor por no haberle proporcionado el trato digno que exige el artículo 8 bis de dicha ley. La demanda fue iniciada porque Telefónica de Argentina SA tenía un local comercial en Mar del Plata sin rampa que permitiera el acceso a personas que, como el actor, poseían movilidad reducida. Esto implicó, según los jueces, un acto discriminatorio para la persona que inició la demanda ya que le provocó una dolencia íntima que debía ser reparada.⁸

No obstante, Telefónica de Argentina interpuso un recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley ante la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, el cual fue desestimado porque el agraviado no pudo acreditar la inexistencia del acto discriminatorio ni el error en lo que respecta a la aplicación del daño punitivo.⁹

El artículo 1714 del Anteproyecto Original de la Comisión era claro al respecto, se denominaba Sanción pecuniaria disuasiva y le otorgaba al juez

8. CACyC, Mar del Plata, Sala II, Sentencia del 27 de mayo de 2009, “*Machinandiarena Hernández Nicolás c/Telefónica de Argentina s/reclamo contra actos de particulares*”. Registrado bajo el N° 257 Fo. Expte. N° 143.790.

9. SCBA (Argentina). Sentencia del 6 de noviembre de 2012, “*Machinandiarena Hernández Nicolás c/Telefónica de Argentina s/reclamo contra actos de particulares*”. C. 109.005.

amplias atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actuara con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva.

Sin embargo, este artículo fue modificado por el Poder Ejecutivo y en su redacción actual alude a la Punción excesiva, disponiendo que el juez debe tener en cuenta si hay otras sanciones pecuniarias civiles, administrativas o penales que provocan una punición irrazonable o excesiva, para computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto y por el 1715 dejarla sin efecto, total o parcialmente.

3. Función Reparadora: siguiendo las consideraciones del Profesor Ameal (2012), tradicionalmente fue la más importante y tiene por objeto volver las cosas al estado anterior, vale decir lo que se busca con tal función es poner al damnificado en las mismas condiciones que estaría si no se hubiese ocasionado el daño, volver al equilibrio quebrado por el accionar disvalioso. Se tiene en cuenta, en el artículo 1716, el deber de no dañar al otro y sobre todo la antijuridicidad como primer presupuesto, introduciéndola, en el artículo 1717, siempre que no exista una causal de justificación de la acción (Ameal, 2012).¹⁰

El daño está justificado y por lo tanto no hay antijuridicidad, según el artículo 1718, cuando:

- a) en ejercicio regular de un derecho;
- b) en legítima defensa propia o de terceros;
- c) para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, estado de necesidad.

Otro tema relacionado es la asunción de riesgo; por ejemplo, en las competencias de deportes de alto riesgo no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal (artículo 1719). En caso del consentimiento libre e informado del damnificado, el artículo 1720 libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles siempre que no constituya una cláusula abusiva, es un

10. A. O., "La responsabilidad civil en la reforma del Código Civil", Facultad de Derecho UBA, Parte 2: Segunda Parte (2012) [Consultado: 13/3/2015] Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/academica/derecho-abierto/derecho-abierto-clase-Reforma-Codigo-Civil-Ameal-So2.php>.

derecho protectorio desde el punto de vista del consumidor y se da en los contratos de adhesión.

Finalmente, en cuanto al factor de atribución, esa conducta antijurídica tiene que ser atribuida a alguna persona para que exista reparación, ya sea por un factor objetivo o subjetivo. El artículo 1067 del Código de Vélez nos dice que no hay responsabilidad sin culpa. Dicho artículo fue desplazado por la reforma. Con el avance del derecho sabemos que, aunque no exista reproche de conductas, en algunas ocasiones puede exigirse reparación y es cuando entran a jugar los factores objetivos. La responsabilidad objetiva es aquella en que se incurre prescindiendo de la culpa, la persona responde porque es el dueño o guardián de la cosa.

El Nuevo Código Civil y Comercial, en el artículo 1721, Factores de atribución, nos dice en forma tajante que la atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos y en ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa. En este artículo se entiende que la culpa tiene un papel importante, es la llave que cierra el sistema de responsabilidad, es residual, es decir, cuando la ley dice que hay responsabilidad objetiva, la hay y si la ley no la establece, entonces entra a jugar la culpabilidad.

En el sistema objetivo de responsabilidad, conforme al artículo 1722, Factor objetivo, la culpa es irrelevante, indiferente, prescindible y el que pretende reparación debe probar nada más que el daño proviene del uso de la cosa y la relación de causalidad y la otra parte, para eximirse de responsabilidad, tendrá que probar:

a) el hecho del damnificado o culpa de la víctima, artículo 1729, o

b) el hecho de un tercero por quien no se debe responder, artículo 1731,

o

c) el caso fortuito o fuerza mayor, artículo 1730.

En el artículo 1724: Factores subjetivos, son la culpa y el dolo y define la culpa más o menos similar al artículo 512 del Código Civil actual. Además, hace mención a la forma en que debe ser apreciada, cosa que en Vélez no resulta de la aplicación directa del artículo 512, hay que adosar los artículos 902 y 909. El Nuevo Código diferencia la valoración de la conducta de la apreciación de la misma, no son conceptos idénticos.

La valoración de la conducta se encuentra legislada en el artículo 1725, y cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia, y cuando existe una confianza especial,

se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. En los contratos que suponen una confianza especial entre las partes para valorar la conducta se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada.¹¹

En el artículo 1757 sobre el hecho de las cosas y actividades riesgosas, obliga a las personas a responder 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. Siendo la responsabilidad objetiva, por lo tanto, no se exime de responsabilidad la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención y en el artículo 1758 responsabiliza, en forma concurrente al dueño o guardián de las cosa.

En cuanto a la prueba de los factores de atribución la carga de la prueba, conforme al artículo 1734, corresponde a quien los alega, salvo que la ley diga lo contrario; pero en materia procesal existe el sistema de prueba dinámica, la teoría de la carga probatoria dinámica es decir cuando un juez no tiene certeza puede distribuir la carga de la prueba y es lo que dispone el artículo 1735 cuando faculta al juez a distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se encuentra en mejor situación para aportarla, debiendo durante el proceso comunicar a las partes que aplicará este criterio.

En realidad, lo que realizó el codificador con esta reforma, por cierto necesaria, fue cristalizar todos los avances y evolución jurisprudencial y doctrinaria que se fueron dando en la ciencia del derecho (Ameal, 2012).¹²

A partir de dichos conceptos analizaremos entonces cuál es la responsabilidad de las personas que intervienen en Internet por daños a terceros, pero previamente debemos clasificarlos.

11. Por ejemplo, cuanto mayor es la experiencia y jerarquía, mayor es el deber de obrar con diligencia; no es la misma diligencia debida a un profesional recién recibido que a uno con experiencia.

12. Op. cit. en Nota 8.

II. Concepto y clasificación de los Proveedores de Servicios de Internet (ISP, Internet Service Providers) y de los Proveedores de Servicios Online (OSP, Online Service Providers)

En primer lugar, es conveniente aclarar que si los actos ilícitos se realizan mediante publicaciones en los medios tradicionales, el responsable es de fácil identificación, pero cuando se realizan mediante la red nos encontramos ante el problema fáctico y jurídico de establecer quiénes serán los autores responsables. Entonces, como responsable directo, o de primer nivel, ubicamos al autor intelectual del contenido de la página y por aplicación del artículo 1109 de nuestro Código Civil y de los artículos 1716 y 1721 del Nuevo Código Civil y Comercial, el autor ideológico de la página Web es sin lugar a dudas el primer responsable de la acción antijurídica desde el momento en que ha subido el contenido ilícito.

Pero para que ese contenido se encuentre “publicado” en Internet, es necesaria la intervención de otras personas, que son los responsables indirectos, o de segundo nivel, y, según las funciones que desarrollan, pueden distinguirse los siguientes:

A- *Titular del sitio* donde se vuelca el contenido y diagramador de página Web.

B- *Proveedores de Servicios de Internet (ISP)*, quienes transmiten la información a la red, entre los que encontramos:

1. Proveedores de Acceso a Internet (IAP, Internet Access Provider): son quienes proveen el acceso a Internet y transmiten los datos. Este acceso puede, sin embargo, asumir múltiples modalidades. En su nivel más básico consistirá únicamente en la posibilidad de “navegar” en la Red y disponer de una casilla de correo electrónico.

2. Proveedor de Red (NSP, Network Service Provider): brindan la conexión técnica, proveen la infraestructura. *Rotures*, cables, *switches*, que permiten o facilitan la transmisión de información desde un punto a otro.

3. Proveedores de Servicio de Alojamiento (Hosting): servidor en cuyo sistema informático se encuentra alojada la página Web; permite almacenar a los usuarios la información que queda guardada en los servidores.

4. Proveedores de localización o Proveedores de Acceso Lógico, Motores de Búsqueda (es decir Buscadores), como Google, Yahoo, Altavista. La actuación de los buscadores en Internet ha sido caracterizada como:

“Servicios que facilitan enlaces a otros contenidos o incluyen en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos [...] Cuando se pide información sobre algún tema, el buscador realiza la búsqueda por medio de palabras clave o con árboles jerárquicos por temas. El resultado de la búsqueda es un listado de direcciones Web en los que se mencionan temas relacionados con las palabras clave buscadas” (Altmark, Molina Quiroga, 2012: 64).¹³ Los buscadores han sido definidos específicamente como proveedores de herramientas de localización de información de indudable relevancia para la comunicación y el negocio que plantea la red y la Web 2.0, que permiten que el usuario acceda a bases de datos con programas de búsquedas de las expresiones por él solicitadas, mediante diversos hipervínculos. Su función consiste en reflejar contenidos que son el resultado del uso de herramientas de localización de información (motores de búsqueda) incluyendo directorios, referencias y enlaces de hipertexto.

5. Los operadores de Bulletin Board System (BBS) o Sistema de Tablón de Anuncios, salas de chat y *newsgroups*, que permite a los usuarios conectarse al sistema (a través de Internet o a través de una línea telefónica) y realizar funciones tales como descargar software y datos, leer noticias, intercambiar mensajes con otros usuarios, disfrutar de juegos en línea, leer los boletines.¹⁴

13. A. D. - M. Q. E., *Tratado de Derecho Informático*, Argentina, Tomo I, La Ley, 2012.

14. En los años 90 fue el más popular, hasta que llegó Internet, de acceso más sencillo y fácil; aun así sigue siendo una alternativa de gran calidad en lo que a correo electrónico se refiere frente a foros, grupos de news o listas de correo de Internet. En el caso de los foros, designados también bajo el término “Newsgroup”, representan un lugar virtual de discusión en torno a un tema de interés común; mediante esta aplicación, cada internauta puede emitir mensajes dirigidos a otros participantes, quienes pueden o no responder. Los foros pueden ser abiertos o cerrados, públicos o privados, gratuitos o pagos; el proveedor de acceso puede ver comprometida su responsabilidad por el contenido del material que se transmite en un foro determinado, del mismo modo que el “moderador” designado, quien tiene precisamente por función la de “controlar” el contenido de los mensajes que se intercambian. Es decir, que existe un deber de vigilancia y de prudencia y el poder correlativo de decidir que determinado mensaje no sea transmitido, sea bloqueado o sea dado de baja el internauta, cuando los mensajes puedan ser ilícitos, agraviantes, ofendan la moral o las buenas costumbres o afecten los derechos de terceros.

III. Responsabilidad Civil de los Proveedores de Servicios de Internet (ISP)

En primer término, tanto los proveedores de contenidos, los titulares de los sitios y los proveedores de servicios son plenamente responsables con relación a los contenidos propios, generándose en ese supuesto su plena responsabilidad, tanto por incluir en el sitio, como por transmitir o alojar estos contenidos que le pertenecen, pero la situación presenta divergencias y diferentes posiciones doctrinarias y legislativas internacionales en cuanto a los contenidos que le son ajenos, es decir, archivos que suben otros.

Esta situación se produce porque los consumidores son no sólo usuarios, sino también, y cada vez más, creadores y distribuidores de contenidos. Las aplicaciones Web 2.0, como los *blogs*, *podcasts*, *wikis*, o las Web de videos compartidos, permiten a los usuarios crear y compartir fácilmente textos, videos o imágenes, y desempeñar un papel más activo y participativo en la creación de contenidos y en la difusión de conocimientos. Sin embargo, existe una diferencia importante entre los contenidos creados por los usuarios y los contenidos existentes que los usuarios se limitan a cargar y que normalmente están protegidos por derechos de autor.

Ahora bien, como Internet involucra a varios sujetos como enumeramos anteriormente debemos diferenciar que, el proveedor de Red, NSP, Network Provider, que es el que brinda la conexión técnica, la infraestructura, sólo se obliga al acceso del usuario al Server, a los lugares en que están alojadas las páginas de Internet, es un deber de resultado en cuanto a que el usuario tiene su acceso garantizado por el proveedor. Ninguna responsabilidad tiene respecto a los contenidos, simplemente da las vías para acceder, pero en relación al acceso de su cliente su obligación es de resultado, y el factor de atribución es objetivo (artículo 1723 del Nuevo Código Civil y Comercial).

Con relación a la responsabilidad del Proveedor de Acceso y del Proveedor de Hosting, que posibilitan tal incorporación, que facilitan tal incorporación ilícita, tanto en la doctrina como en la normativa internacional existen dos posiciones netamente diferenciadas:

A- Factor de atribución subjetivo

Algunos, adoptando un criterio de responsabilidad subjetiva, opinan que la responsabilidad de los ISP, siempre en el caso de los contenidos ajenos, se

produce cuando el contenido ilícito sea manifiesto o en la medida que hayan advertido o hayan sido advertidos de la infracción al derecho de propiedad intelectual, y pese a ello, no hayan impedido la introducción de la obra al sitio, es decir, se les comunicó la existencia de un contenido ilícito o causante de un daño y no tomaron las medidas necesarias para evitar que ese contenido sea incluido en el sitio o transmitido a los usuarios. Esta posición es la que ha adoptado la mayoría de las legislaciones, tomando como modelo la Digital Millenium Copyright Act, DMCA, de Estados Unidos, la Unión Europea en la Directiva 2000/31/CE, España en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, y la Ley Multimedia de Alemania, entre otras, que analizaremos más adelante.

B- Factor de atribución objetivo

Otros en cambio, con fundamento en criterios objetivos de la responsabilidad, consideran que los ISP son siempre responsables frente a la infracción cometida, se lo compara con el editor de una publicación, y como tal sería solidariamente responsable con el autor por la edición dañina a los derechos de los terceros a quien se refiere la información, ya que al ser editores tienen la responsabilidad de controlar los contenidos de los sitios a los que prestan sus servicios. También argumentan que la actividad informática es riesgosa y que los buscadores o motores de búsqueda y cualquier otro software son una cosa riesgosa, basada, actualmente, en el artículo 1757 del Nuevo Código. En este sentido incluso, pretenden comparar factor de responsabilidad que tiene el dueño de una fábrica por el daño que puedan provocar sus productos con la responsabilidad de las empresas de buscadores de Internet por los resultados de sus búsquedas.

C- Posición Doctrinaria Mayoritaria

En este sentido, autores como Fernández Delpéch (2004)¹⁵ afirman que existe un consenso doctrinario hoy, en cuanto que sólo cabe hacer responsable

15. F. D. H., "La injuria a través de Internet a raíz del fallo JUJUY.COM" [Consultado el 14/3/2015] Disponible en <http://www.hfernandezdelpéch.com.ar/ARTICULO%20FALLO%20JUJUY.pdf>.

a los titulares de los sitios y a los proveedores de Acceso o de Hosting, por los contenidos ilícitos o que pueden causar un daño, en dos situaciones:

1. Cuando la incorporación del contenido es manifiesta y no pudo ser ignorada por el proveedor.

2. Cuando la incorporación del contenido no es manifiesta, pero el titular del sitio o el proveedor ha sido notificado de la existencia de esos contenidos y no toma de inmediato las medidas necesarias para retirar dicho contenido. La Digital Millennium Copyright Act, DMCA de los Estados Unidos ha llamado a esta notificación: *notice and takedown*.

Fuera de estos casos no existe responsabilidad ya que razones generalmente tecnológicas les impiden ejercer un control permanente de los contenidos de terceros que transmiten o alojan, dado a la imposibilidad de controlar, por la cantidad, la información que se encontraba en el servidor. Además, obligarlos a eliminar o bloquear contenidos que creen ilícitos, implicaría ni más ni menos que legalizar la privatización de la censura, toda vez que los ISP, fuera de los casos de contenidos manifiestamente ilícitos, serían quienes disciernen si un contenido es lícito o ilícito, si es nocivo o no. Sin embargo, en el caso de la red GreenNet, los administradores fueron denunciados por censura por el retiro de una página Web en la que se podía observar a Lady Diana moribunda.¹⁶ También se compara la situación con la de las llamadas “cartas de lector” a través de las cuales el público ejerce su derecho de informar, emitiendo opiniones que pueden ser dañosas para el honor, la intimidad u otros derechos de la persona (Villate, 2005).

En igual sentido, De la Maza Gazmuri (2004: 62)¹⁷ considera que “resulta atractiva la idea de liberar a los proveedores de una obligación general de vigilancia sobre la utilización que hagan sus clientes de sus instalaciones y, en general, exigir a quienes alegan la vulneración de derechos de autor, la notificación de ésta a los representantes del ISP, exigiendo a estos últimos que, cumplidos ciertos requisitos, remuevan o hagan inaccesible la información”.

16. V. J., “Censura privatizada: ¿quiénes son los editores en Internet?”, *alfa-redi, Derecho y Nuevas Tecnologías*, 17/6/2005, España.

17. De la Maza G., I., “Responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet por Infracción a los Derechos de Autor”, en *Temas de Responsabilidad Civil*, Universidad Diego Portales, Chile, 2004.

D- Argumentos a favor de los buscadores

En el caso puntual de los buscadores han argumentado distintas defensas entre las que se destacan (Tomeo-Abieri, 2009):¹⁸

1. El buscador no es responsable por el contenido publicado en sitios o páginas Web de terceros, el responsable es la persona que escribió o publicó el contenido difamatorio. El buscador es un mero intermediario, un simple mensajero que no responde por el contenido que “simplemente vinculó” pero que no creó ni publicó. Para ilustrar este argumento podemos remitirnos a un caso resuelto por el juez inglés David Eady de la High Court Judge, en el Reino Unido, en donde “Metropolitan Internacional School”, un proveedor europeo de cursos de entrenamiento para adultos, demandó a Google U.K. y a un boletín *online* por comentarios negativos sobre sus prácticas de negocios. El 16 de julio de 2009 el juez consideró que Google no era responsable por el material difamatorio que aparecía en sus resultados de búsqueda ya que sólo había actuado como un mero facilitador de acceso a la información pero no podía considerarse su editor y comparó a los buscadores con las personas que compilan información en un catálogo de librería: al consultar dicho catálogo encontraremos distintos libros con distinto contenido pero no puede atribuirse responsabilidad por el contenido de los libros a quien ha compilado el catálogo.

2. Las órdenes judiciales que imponen el bloqueo de páginas Web afectan el derecho a la libertad de expresión protegido por las Constituciones y por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

3. Los contenidos que se suben a la red son de imposible control y la dinámica de los mismos es enorme. El motor de búsqueda es un espejo de la información de Internet y hay miles de páginas Web.

4. Los buscadores no se encuentran en condiciones de identificar contenidos ilegales ni de determinar el carácter de los mismos. No puede un operador técnico discernir si un contenido es moral o ético, o si su publicación viola la propiedad intelectual o los derechos de terceros; eso sería obligar a los proveedores a realizar un juicio de valor o técnico; no son los jueces, no son parte de sus funciones ni de su competencia.

18. T. F. A. R., “Responsabilidad de los Buscadores de Internet”, *RCyS*, 2009-XII, 66.

5. Las órdenes judiciales de bloqueo de contenidos desalientan la inversión en el sector y atentan contra el desarrollo futuro de Internet, la cual no existiría sin los ISP.

IV. Disposiciones de Puerto Seguro (Safe Harbor) y Notificación y Deshabilitación (Notice & Takedown) a niveles internacional, regional y nacional

La disputa para establecer un régimen especial de responsabilidad civil para los ISP comenzó en 1995 en Estados Unidos, en el seno de la Nacional Information Infrastructure (NII), y continuó en ámbito internacional, con los denominados Tratados Internet de la OMPI de 1996. En ambas instancias, los ISP consiguieron evitar que se les declarara responsables por las infracciones de propiedad intelectual cometidas en Internet. Finalmente se alcanzó un compromiso incorporado, por primera vez, en la Digital Millennium Copyright Act de Estados Unidos, el 28 de octubre de 1998 y dos años después en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el Comercio Electrónico).

A. Estados Unidos

En Estados Unidos, otras leyes sectoriales completan la regulación de responsabilidad de los ISP de la DMCA como la *Communications Decency Act*, 1996, CDA, Ley de Decencia en las Comunicaciones, que, a través de la cláusula del buen samaritano, *Good Samaritan* permite la exención de responsabilidad de algunos ISP por las actuaciones de sus usuarios en Internet, es decir, estableció una regla de inmunidad para el proveedor de servicios al disponer que no puede ser tratado como un editor de información provista por terceros. En materia de responsabilidad derivada de ilícitos relacionados específicamente con contenidos obscenos establece pautas bajo la denominación de Protección para el “Buen Samaritano” consistente en el bloqueo y filtrado del material ofensivo y que ningún proveedor o usuario de un sistema interactivo de computación será tratado

como el editor o anunciante de cualquier información provista por otro proveedor de contenido de información (Brizzio, 2010).¹⁹

El precedente “*Reno*” marcó la postura por la que se derogaron artículos de leyes norteamericanas en pos de la libertad de expresión en Internet y afirmó que el gobierno no puede por ningún medio interrumpir esa forma más participativa de discursos desarrollada a través de Internet, por lo que merece la mayor protección ante cualquier intromisión. Estas palabras marcaron la inmunidad para los intermediarios de Internet dispuesta por la Communications Decency Act.

El Título II de la DMCA añade una nueva sección 512 a la Copyright Act, llamada “Online Copyright Infringement Liability Limitation Act” (OCILLA), Acta sobre las Limitaciones y Responsabilidades a la Violación de los Derechos de Autor en Línea. Esta nueva sección fue diseñada para clarificar la responsabilidad de los proveedores de servicios que transmiten material potencialmente infractor en sus redes y el Congreso de los Estados Unidos optó por dejar la ley en su estado actual y creó una serie de puertos seguros que operan respecto a ciertas actividades comunes de los proveedores de servicios. Así, estableció cuatro puertos seguros (*safe harbors*) que permiten a los proveedores de servicios limitar o eximir de su responsabilidad respecto a pretensiones de infracción en materia de copyright. Es importante aclarar que la DMCA se refiere exclusivamente a la violación de los derechos de autor y no a cualquier otro tipo de conducta ilícita realizada por sus usuarios.

A los efectos de beneficiarse de tal protección los proveedores deben cumplir una serie de criterios mínimos:

1. Condiciones de elegibilidad: el interesado debe, de hecho, ser un proveedor de servicio, el cual es definido, en sentido amplio, como “un proveedor de servicios en línea o de acceso a la red, o el operador de las instalaciones de los mismos”. Dicho proveedor debe, asimismo, cumplir con dos requisitos generales para proteger los derechos de los autores, dos deberes positivos:

19. B. C., “El rol de los actores en Internet como determinante de la responsabilidad - Segunda parte”, *Infojus*: DACF100068 2010 [Consultado: 14/3/2015] Disponible en web: [www.microjuris.com MJ-DOC-4228-AR/MJD4228](http://www.microjuris.com/MJ-DOC-4228-AR/MJD4228).

a) “adoptar y aplicar una política razonable” de terminación de cuentas de los suscriptores que son infractores repetidos o reincidentes de derechos de autor y

b) *debe abstenerse y no interferir con “medidas técnicas estándar”*, es decir, las medidas de protección tecnológicas que son las utilizadas por los titulares de derechos de autor para identificar o proteger sus trabajos.

2. Hipótesis de exención: son los denominados cuatro puertos seguros o *safe harbors*.

a) *Comunicaciones transitorias*: la limitación de responsabilidad se aplica únicamente en aquellos casos en que el ISP transmita los datos desde un punto a otro a requisición de otra persona, cubre todos los servicios necesarios para la transmisión y la provisión de acceso a la Red. Los requisitos que debe cumplir para beneficiarse de esta exención son:

i) no debe haber iniciado la transmisión;

ii) el procedimiento de transmisión debe ser automático;

iii) no debe seleccionar los receptores de dicho material ni mantener en su sistema copia de ese material más allá de lo razonable para cursar la comunicación, y

iv) el proveedor no debe seleccionar o modificar de alguna manera el material enviado.

b) *Almacenamiento en memoria caché*: en este caso, para gozar del beneficio es necesario:

i) que el material no haya sido modificado;

ii) que el proveedor actualice los contenidos que conserva en su memoria caché;

iii) que no interfiera en las medidas que permiten al titular del sitio obtener información sobre quienes acceden a sus contenidos;

iv) que mantenga las condiciones de acceso, y

v) es obligación del proveedor retirar o hacer inaccesibles aquellos materiales que hayan sido puestos sin autorización de su titular, debiendo remover o hacer inaccesible el material siempre que sea notificado inmediatamente.

c) *Alojamiento*: para beneficiarse con esta causal de exención el Título II exige que el ISP:

i) no tenga conocimiento que la actividad o el material disponible en su sistema infringe derechos de autor;

ii) no sea consciente de hechos o circunstancias de las cuales la actividad infractora es aparente, o que la actividad infractora sea evidente y que, obteniéndolo,

iii) actúe expeditamente para removerlo o hacerlo inaccesible. La ausencia de conocimiento, por parte del ISP, acerca de la ilicitud de la información almacenada se entiende como *actual knowledge*, puede ser por aviso del titular del derecho de autor, y *awareness*: siendo conocido este último como el *red-flag-test*: la ilicitud debe ser aparente y el *onus probandi* recae sobre el ISP quien deberá demostrar que no tenía conocimiento de la infracción. La simple existencia de circunstancias sospechosas de que ocurre un ilícito no es suficiente para responsabilizar al ISP. De esta manera se refuerza el principio de que el ISP no tiene obligación de supervisar ni controlar las páginas y acciones de sus usuarios, ni siquiera cuando existan circunstancias sospechosas y,

iv) no reciba un beneficio económico directamente atribuible a la actividad ilícita, siempre y cuando el proveedor tenga el derecho y la capacidad de controlar dicha actividad. Sin embargo, no siempre es fácil determinar la calificación de un beneficio financiero directo. Un ejemplo del beneficio económico directo de la actividad infractora fue el caso Napster. En “A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.”, el tribunal sostuvo que el material con derechos de autor en el sistema Napster creó un “sorteo” para los clientes que se tradujo en un beneficio económico directo, ya que sus futuros ingresos dependían directamente del aumento de la base de usuarios. En cambio, en *Ellison v. Robertson*, el tribunal sostuvo que AOL no recibió dicho beneficio ya que el usuario almacenó material infractor en su servidor pero no atrajo nuevos suscriptores;

v) frente a una notificación de vulneración de derechos de autor debe responder expeditamente removiendo o haciendo inaccesible los contenidos que violan derechos de autor.

El puerto seguro en mención, además, dispone de un detallado esquema de notificación que requiere a los proveedores de servicios designar un agente para recibir comunicaciones de supuestas infracciones, y especifica los componentes de una adecuada notificación a tal agente; notificación que es comúnmente conocida como *takedown notice* o *notice & take down* (notificación y deshabilitación).

El proceso está minuciosamente reglamentado: quien considere que sus derechos de propiedad intelectual han sido violados a través de los servicios

del ISP debe notificar a este a través de una comunicación escrita al delegado designado que contenga:

i) la firma de la persona autorizada para actuar a nombre del titular de los derechos de autor supuestamente infringidos;

ii) la identificación del material protegido por derechos de autor que fue infringido o una lista representativa de ellos si existe una multiplicidad en el mismo sitio;

iii) identificación suficiente del material e información para que el ISP lo pueda detectar;

iv) información de contacto de quien formula el reclamo;

v) su declaración de buena fe en el reclamo y,

vi) una declaración sobre la exactitud de la información contenida en la notificación y del hecho que quien realiza la notificación representa al titular de los datos. No cumpliéndose con estos requisitos, la regla general es que se considerará que el ISP no tuvo conocimiento de la infracción. Una vez notificada la infracción y cumplidos los requisitos anteriores surge la obligación para el ISP de remover o hacer inaccesibles los contenidos, con lo cual el proveedor no podrá ser, por regla general, responsabilizado por la remoción o inaccesibilidad del material y se establece un sistema análogo de contra-notificaciones a través del cual el suscriptor del ISP puede oponerse a las pretensiones del titular de derechos de propiedad intelectual.

Este proceso es ventajoso para los ISP porque les permite evitar decisiones acerca de la ilegalidad o no del material, es decir, si se está o no infringiendo los derechos de autor, decisiones un tanto complejas, porque es difícil determinar si ha expirado el copyright sobre un material ya que puede no tener acceso a una completa información como la fecha de publicación, o porque el material con derechos de autor, incluso se puede utilizar en algunos casos bajo la doctrina de uso justo, *fair use*.

En consecuencia, en lugar de hacer una determinación legal compleja, la Sección 512 permite a los ISP evitar la responsabilidad cumpliendo con los términos de la ley, independientemente de la validez de cualquier reclamo.

c) *Herramientas para la localización de información*: contempla la exención en el caso de los motores de búsqueda. En esta exención quedan comprendidos los hipervínculos, los directorios en línea, los motores de búsqueda y otras herramientas de búsqueda semejantes. Las condiciones para que opere la exención son las mismas que en el caso anterior.

3. Deber de Vigilancia: la sección no exige un deber de vigilancia como requisito para beneficiarse de las exenciones de puerto seguro y es porque se establece la protección de la privacidad de los usuarios, indicándose que el proveedor no estará obligado a monitorear sus servicios o a buscar hechos que indiquen la actividad infractora. Una excepción es el hecho de que el proveedor puede verse obligado a asumir un deber de monitorear sus servicios en caso que existan medidas estándares técnicas que protejan los derechos de autor a las cuales el proveedor deba poner atención.

En principio, el simple incumplimiento de alguna de estas condiciones impide al ISP beneficiarse de la exención, pero no necesariamente le asigna responsabilidad por la infracción. El régimen de *safe harbors* sólo sirve como un primer “filtro”: la responsabilidad de cada ISP se establecerá de acuerdo con las reglas generales de responsabilidad: la responsabilidad directa, *direct liability*, es la que le corresponde al usuario por subir material ilegal; la responsabilidad vicaria, *vicarious liability*, siempre que se cumplan dos requisitos: que el demandado tenga el derecho y capacidad de controlar los actos del infractor y que reciba beneficio económico directo de la infracción y la responsabilidad; y la contributiva, *contributory liability*, conocimiento de la actividad infractora.²⁰

Debido a la fuerte presión de las industrias de la cultura en el Congreso norteamericano, el 20 de enero de 2012 la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, instaron a Estados Unidos a proteger enérgicamente la libertad de expresión en Internet. Los relatores especiales recordaron que las leyes que regulan Internet deben tener en cuenta sus características especiales como herramienta única de transformación, que permite a miles de millones de personas ejercer su derecho a la libertad de pensamiento y expresión, además de otros derechos humanos. Los relatores especiales han observado atentamente los debates relativos a los dos proyectos de ley sobre piratería en Internet que estaban siendo tratados en el Congreso de Estados Unidos: la Ley contra la Piratería en Línea (Stop Online Piracy Act, SOPA), la Ley de Protección de la Propiedad Intelectual (Protect IP Act, PIPA) y

20. U.S., The Digital Millennium Copyright Act of 1998, U.S., Copyright Office Summary, December 1998, 1 Pub. L., N° 105-304, 112 Stat. 2860.Oct. 28, 1998.

tratados internacionales como el Acuerdo Comercial Anti-Falsificación (Anti-Counterfeiting Trade Agreement, ACTA). No obstante el objeto legítimo de procurar proteger los derechos de propiedad intelectual, existen serias preocupaciones con respecto a su impacto sobre el derecho a la libertad de expresión, en especial al crear un procedimiento extrajudicial de “notificación y rescisión”, al exigir a los sitios Web que controlen el contenido generado por sus usuarios, para identificar violaciones de los derechos de autor, y al permitir que la totalidad de un sitio Web pueda verse afectada aun cuando solo una pequeña proporción de sus contenidos se consideren ilícitos.

B. Unión Europea

La Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, Directiva sobre el Comercio Electrónico, DCE Esta directiva fue implementada en varios países europeos: en España, por la Ley 34/2002, de 11 de Julio 2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, modificada por la Ley 32/2003, Ley General de Telecomunicaciones del 3 de Noviembre del 2003 , en Austria por la Ley 152/2001 de 21 Diciembre 2001, en Bélgica por las Leyes de 11 de marzo de 2003, en Dinamarca por la Ley 227/2002 de 22 abril 2002, en Finlandia por la Ley 458/2002 de 5 junio 2002, en Francia por la Ley 719/2000 de 1 agosto 2000 y por la Ley 575/2004 de 21 junio 2004, en Grecia por el Decreto 131/2003 de 16 mayo 2003, en Islandia por la Ley 30/2002 de 16 abril 2002, en Irlanda por el Reglamento 68/2003 de 24 febrero 2003, en Italia por el Decreto 70/2003 de 9 abril 2003, en Luxemburgo por la Ley de 14 agosto 2000 sobre comercio electrónico que se modifica el Código Civil, el nuevo código de procedimiento civil, el código comercial, código penal, en Noruega por la Ley Nº 35 de 23 mayo 2003 sobre Determinados Aspectos del Comercio Electrónico y otros Servicios de la Información, en Portugal por el Decreto 7/2004 de 7 enero 2004, en Suecia por la Ley de 6 junio 2002, en el Reino Unido por el Reglamento 2013/2002 de 21 agosto 2002 y en Holanda por la Ley de 13 de mayo 2004 que completa la Ley de Derecho

de Autor de 1912 por una ampliación de la responsabilidad para el vendedor sobre una copia privada.²¹

En primer lugar, y a diferencia de la DMCA que sólo exige de responsabilidad a los ISP por las infracciones contra la propiedad intelectual, la Directiva sobre el Comercio Electrónico los exige de responsabilidad por cualquier tipo de infracciones. El motivo se fundamenta, en el considerando 40, en que la divergencia normativa y jurisprudencial nacional podría “entorpecer el correcto funcionamiento del mercado interior al obstaculizar el desarrollo de servicios transfronterizos y producir distorsiones de la competencia [...] Lo dispuesto en la presente Directiva deberá constituir una base adecuada para elaborar mecanismos rápidos y fiables que permitan retirar información ilícita y hacer que sea imposible acceder a ella ...” (DCE, 2000: 6).²²

En términos generales, la Directiva no establece una regulación general de la responsabilidad de los prestadores intermedios, sin embargo, uno de sus objetivos principales ha sido el de establecer un sistema de exenciones de responsabilidad para la prestación de servicios de intermediación en Internet. Respecto de la responsabilidad de los ISPs este cometido se encuentra regulado en su sección 4, entre los artículos 12 y 15.

Peguera Poch (2007) afirma que la exención establecida en la Directiva 2000/31/CE se funda en que el prestador del servicio intermediario no es parte ni en la creación ni en la decisión de transmitir o de hacer accesibles los contenidos ilícitos, fue un tercero quien lo ha hecho, lo que significa que los contenidos que un ISP almacena o transmite no son propios sino que son contenidos ajenos, resultando esencial desde la perspectiva de la exención de responsabilidad. Además, es técnicamente imposible, o bien excesivamente costoso, supervisar todo lo que circula por sus redes o se aloja en sus servidores; normalmente ni siquiera tiene conocimiento de los contenidos concretos, y aún menos de su carácter ilícito. En consecuencia, cuando el

21. X. P. R., “La responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios”, *IDP*, 2006, N°2, Universitat Oberta de Catalunya España.

22. U. E., Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el Comercio Electrónico) 08/06/2000, *Official Journal of the European Communities*, OJ L 178, 17.7.2000, pp. 1-16.

prestador de servicios coloca en la red o transmite contenidos propios, la exención de responsabilidad pierde su razón de ser.²³

El legislador europeo distingue tres puertos seguros (*safe harbors*) a diferencia del norteamericano, que regula cuatro: de mera transmisión (*mere conduit*), de almacenamiento automático, provisional y temporal denominado memoria tampón (*caching*) y de alojamiento de datos (*hosting*), en los que la responsabilidad del ISP puede quedar exenta cuando se cumplan con las condiciones específicas que se establecen para cada uno de ellos.

1. Mera transmisión (*mere conduit*): en este caso opera una exención de carácter objetivo ya que el artículo 12 dispone que si el servicio consiste en transmitir en una red de comunicaciones, los datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones, el prestador de servicios de este tipo no será responsable de los datos transmitidos, siempre que:

- a) no haya originado él mismo la transmisión;
- b) no seleccione al destinatario de la transmisión, y
- c) no seleccione ni modifique los datos transmitidos.

Respecto del primer requisito lo que se exige es que la decisión de iniciar la transmisión de los datos haya sido exclusivamente del destinatario del servicio.

Por otra parte, la exención opera únicamente si la transmisión fue pasiva y automática, por lo mismo la selección del destinatario, de la transmisión y los datos transmitidos debe haber sido realizada por el suscriptor y el prestador no debe haber modificado los datos.

No obstante lo anterior, al final del artículo establece que nada se opone a que un tribunal o autoridad administrativa le ordene que cese dicha transmisión para poner fin a una infracción o que la impida y en caso que no lo haga será responsable por los daños que genere.

2. Almacenamiento automático, provisional y temporal (memoria tampón, *caching*): a diferencia del anterior, en este caso la exención es de carácter subjetivo al exigir, en el artículo 14, un cierto deber de diligencia por parte del ISP cuando su servicio consista en el almacenamiento automático, provisional y temporal de datos facilitados por el destinatario del servicio,

23. P. P. M., *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, Granada, Comares, 2007. ISBN: 978-84-9836-272-5.

realizado con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la misma a otros destinatarios del servicio, a petición de estos, siempre que cumpla con las siguientes condiciones:

- a) no modificar la información;
- b) cumplir las condiciones de acceso a la información;
- c) cumplir con las normas relativas a la actualización de la información para que las copias mantenidas en la memoria caché exhiban la misma información que el documento alojado en el sitio Web original;
- d) no interferir en la utilización lícita de tecnología ampliamente reconocida y utilizada por el sector, y
- e) actuar con prontitud para retirar la información que haya almacenado, o hacer que el acceso sea imposible, en cuanto tenga conocimiento efectivo del hecho que la información ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente, que se ha imposibilitado el acceso a dicha información o que un tribunal o una autoridad administrativa ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella.

En último lugar, como en el caso anterior, un tribunal o una autoridad administrativa podrán exigir al proveedor poner fin a una infracción o impedirla.

3. Alojamiento de datos, *hosting*: exención establecida en el artículo 14 y, como la anterior, de carácter subjetivo, y se produce cuando la función del ISP consiste en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio. La descripción de la actividad no es precisa; en este sentido, no se advierte si es necesario que los datos sean accesibles al público o basta con su almacenamiento, sin embargo, parece necesario distinguir si el prestador ejerce alguna actividad editorial respecto de los contenidos. En este último caso resulta claro que la exención tampoco lo alcanza. Las condiciones son:

a) el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo que la actividad o la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o que,

b) en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible. En este supuesto no define el término conocimiento efectivo, es decir, si debe saber que parte de los contenidos que aloja violan derechos de autor o si es suficiente que alguien alegue que parte de sus contenidos violan derechos de autor; además permanece en silencio sobre en quién recae la carga de la prueba de tales extremos.

Además distingue implícitamente, entre responsabilidad en general, por un lado, y responsabilidad en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, por otro, y las sujeta a un diferente nivel de conocimiento. La vaguedad y falta de concreción jurídica de este artículo deja amplio margen a los Estados miembros al interpretar para qué tipo de responsabilidad se exige la ausencia de conocimiento.

Aun, concurriendo los dos requisitos, la exención no operará en los casos en que el destinatario actúe bajo la autoridad o control del prestador de servicio y dicha exención no obsta, como en los casos anteriores, a la intervención de un tribunal o una autoridad administrativa exigiendo al ISP poner fin a una infracción o impedirlo.

En síntesis, un ISP podrá beneficiarse de las exenciones de mera transmisión y de memoria tampón cuando su participación sea de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, de manera que el ISP no tenga ni conocimiento ni control sobre la información transmitida o almacenada, que no modifique la información transmitida, que no interfiera con los mecanismos establecidos en origen, y, en el caso del *caching*, que actúe con prontitud para retirar los datos o impedir su acceso.

El artículo 15 libera al ISP del deber de supervisar los contenidos y realizar búsquedas activas de ilícitos en el uso de sus servicios. Sin embargo, este artículo se entiende como que el Estado puede fijar al ISP un deber de supervisión específico y, además, puede exigirle un cierto deber de diligencia general en la prevención y detección de determinados tipos de actividades ilegales.

A diferencia de la DMCA, la DCE no contiene: ningún *safe harbor* para motores de búsqueda y enlaces, ningún proceso de aviso y retirada, *notice and takedown* y tampoco una disposición sobre la posibilidad de ordenar al ISP que comunique al titular de los derechos infringidos la información relativa al supuesto infractor. En lugar de una regulación expresa de un proceso de detección y retirada, la DCE optó por encargar a los Estados miembros y a la Comisión, conforme al artículo 16, que fomenten la elaboración de códigos de conducta a nivel comunitario, a través de asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales o de consumidores.

En cuanto a la responsabilidad de los motores de búsqueda e *hyperlinks*, al no ser regulado por la Directiva Europea, varios legisladores nacionales establecieron alguna referencia al tema pero de manera poco uniforme. Así, por ejemplo, la Ley de España y de Portugal introduce una

cuarta exención específica para motores de búsqueda e *hyperlinks*, similar a la DMCA norteamericana. En España, la Ley N°34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE) en sus artículos 13 a 17 exime de responsabilidad a los Operadores de Redes y Proveedores de Acceso por las informaciones transmitidas a menos que ellos hayan originado la transmisión, modificado los datos o seleccionado estos o a los destinatarios de dichos datos, disponiendo también que las actividades de transmisión y provisión de acceso incluyen el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos, siempre que sirva exclusivamente para permitir su transmisión por la red de telecomunicaciones y su duración no supere el tiempo razonable necesario para ello.

El 4 de noviembre de 2014, en España, comenzó a regir la Ley 21/2014 por la cual se modificó el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y el Real Decreto N°1889/2011 relativo al funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual. El objetivo básico de la misma fue dotar, en el nuevo artículo 158 ter. de la ley de propiedad intelectual, a la Comisión de Propiedad Intelectual de mecanismos más eficaces frente a las vulneraciones cometidas por prestadores de servicios de la sociedad de la información que no cumplieran voluntariamente con los requerimientos de retirada dirigidos por aquella incluyendo la posibilidad de solicitar la colaboración de intermediarios de pagos electrónicos y de publicidad y además de la posibilidad de bloqueo técnico, motivada adecuadamente en consideración de su proporcionalidad Asimismo, se prevé que, en caso de incumplimiento reiterado de los requerimientos de retirada, los prestadores que vulneren derechos de propiedad intelectual serán sancionados administrativamente. A estos efectos, se prevé que **será responsable como infractor** quien induzca dolosamente la conducta infractora; quien coopere con la misma, conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla; y quien, teniendo un interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, cuente con una capacidad de control sobre la conducta del infractor En concreto, en el extenso artículo 158 ter. sobre la **función de salvaguarda de los derechos en el entorno digital**, se establece que la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual ejercerá las funciones de protección de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información a través de un procedimiento cuyo objeto será el restablecimiento de la legalidad. Este procedimiento de restablecimiento de la legalidad se iniciará

de oficio y se dirigirá contra: los prestadores de servicios de la sociedad de la información que vulneren derechos de propiedad intelectual y, facilitando la descripción o la localización de obras y prestaciones que indiciariamente se ofrezcan sin autorización, desarrollando a tal efecto una labor activa y no neutral, y que no se limiten a actividades de mera intermediación técnica.

Por su parte, Hungría optó por introducir una exención para motores de búsqueda, pero no para los *hiperlinks*. También Austria y Liechtenstein han introducido exenciones específicas pero sujetándolas a condiciones distintas: la exención de responsabilidad por motores de búsqueda queda sujeta a las mismas condiciones establecidas, en el artículo 12 de la DCE, es decir la Directiva Europea comentada, para la exención por mera transmisión y la exención de responsabilidad por los *hiperlinks* queda sujeta a las condiciones del *hosting* previstas en el artículo 14 de la DCE.

En Francia, en cambio, tal responsabilidad no fue tratada por el legislador, sino por el *Forum des Droits sur Internet*, una organización compuesta por la industria y usuarios, concluyendo que quien introduce un enlace a un contenido infractor sólo puede ser declarado responsable penalmente si se demuestra que tenía la intención de cometer una infracción o de participar en la misma y sólo civilmente, es decir, indemnización por daños y perjuicios, cuando su actuación carezca de la mínima prudencia debida. En cuanto a la jurisprudencia, en el caso *SACEM vs. VR & VR*, del 24 de octubre de 2000, el Tribunal resolvió que, si bien el operador de una página Web que contenía enlaces a ficheros mp3 ilícitos fue declarado responsable por tal infracción, no se dijo nada respecto a la responsabilidad del ISP que alojaba esa página. En cambio, *voilà.fr* no fue declarado responsable por los enlaces resultantes de las búsquedas efectuadas por sus usuarios a través del motor de búsqueda de *voilà.fr* a una página Web que contenía fotos ilícitas de un cantante, en el caso *Lorie vs. Wanadoo*, el 12 de mayo de 2003.

En otros países, la jurisprudencia se ha adelantado al legislador, con soluciones también dispares. En materia de enlaces, las soluciones jurisprudenciales adoptaron los criterios recogidos en la exención por *hosting*, como por ejemplo en Bélgica, en el caso *IFPI Belgium vs. SA Belgacom Skynet*, del 2 de noviembre de 1999; Belgacom Skynet fue declarado responsable por el alojamiento de páginas Web que contenían enlaces a ficheros de mp3 ilícitos, argumentando que el ISP debería tener conocimiento del carácter ilícito de tales enlaces y los debería haber deshabilitado diligentemente. En Holanda, en el caso *Deutsche Band vs. Indymedia*, el Tribunal de Distrito

de Ámsterdam el 20 de junio de 2002 obligó al operador de una página Web que contenía enlaces a escritos de grupos, que eran constitutivos de delito, a deshabilitar tales enlaces, aplicándole las mismas reglas y condiciones previstas para la exención por *hosting*.²⁴

En Alemania, un Tribunal de Munich cuestionó la responsabilidad del proveedor de acceso CompuServe mediante resolución de 28 de mayo de 1998 y obligó al demandado a cerrar el acceso a foros pornográficos cuyas imágenes y textos infringían los artículos del Código Penal alemán que reprimían la difusión de algunas formas de pornografía, pederastia en particular. No pudiendo técnicamente limitar la medida a Alemania, la medida de prohibición tuvo como efecto bloquear temporalmente el acceso de todos los lugares a los cuales CompuServe daba acceso en el mundo entero.

La “Multimedia Act” dictada en Alemania en el año 1997, establece diferentes tipos de responsabilidades según sea la clase de Proveedor de Servicio de Internet, distinguiendo tres tipos de proveedores: *Information Providers*, *Hosting Providers* y *Access Providers*. Con relación al primero, dispone la plena responsabilidad por los contenidos que incorpora al sitio; mientras que con relación a los *Access Providers* y *Hosting Service Providers* determina que son responsables sólo si tienen conocimiento de los contenidos y teniendo en cuenta si tomaron las medidas técnicas adecuadas frente a tal conocimiento.

Recientemente el Tribunal Supremo de Alemania, en agosto de 2013, y adoptando una postura más controladora y exigente, confirmó las sentencias dictadas en las dos instancias anteriores, en virtud de las cuales el sitio Web RapidShare tenía la obligación de vigilar en forma activa los enlaces a material protegido por derechos de autor que publicaran otros sitios Web y, en su caso, bloquear los contenidos infractores que alojaran. Como resultado, la compañía suiza de hosting se convirtió en el primer proveedor de cloud hosting requerido por la ley para vigilar sitios Web externos para los enlaces entrantes a archivos infractores. Además, los usuarios del servicio de alojamiento de archivos ahora se enfrentan a la posibilidad de que el compartir archivos anónimamente a través del servicio sea anulado en el futuro. Durante los últimos años RapidShare ha hecho enormes esfuerzos para cooperar con los titulares de los derechos de autor

24. *Op. cit.* en Nota 20.

y limitar dichas infracciones; por esa actitud, en sentencias anteriores fue absuelto y lo declararon no responsable de piratería, además de que el sitio es utilizado para compartir archivos legales.

No obstante, el tribunal aclaró que RapidShare no tiene obligación de monitorear proactivamente los archivos cargados por los usuarios. Su deber consiste en monitorear los sitios externos que enlacen a archivos con derechos de autor en RapidShare, y asegurar que estos archivos se vuelvan inaccesibles para el público y en caso que tales medidas no resulten ser eficaces, el sitio de alojamiento de archivos debe limitar la posibilidad de las personas a utilizar el sitio de forma anónima es decir que la organización no tiene la obligación de asumir el pleno control de su conducta de modo activo, lo que implica la toma de iniciativa en el desarrollo de acciones creativas y audaces para generar mejoras, no significa asumir la responsabilidad de hacer que las cosas sucedan.²⁵

Otro caso que mereció nuestra atención fue el resuelto en Bérghamo, Italia, mediante Decreto del 1 de agosto de 2008. La jueza Raffaella Mascarino dispuso un secuestro preventivo en el territorio del Estado italiano disponiendo, tanto para los prestatarios de servicios de Internet como para los operadores de la Red, la prohibición a los respectivos usuarios del acceso a la dirección www.thepiratebay.org, a los relativos alias y a los nombres de dominio presentes y futuros. La acusación se dirigió contra la acción de los ISP que, según el magistrado, estarían facilitando que los usuarios registrados en el sitio intercambiaran, con comodidad, copias íntegras o parciales de obras diversas protegidas con el derecho de propiedad intelectual. Los titulares de los ISP estarían lucrando con los ingresos de las publicidades pagas insertas sobre el sitio, como también con una tarifa aplicada a los usuarios que accedían al sitio en contravención a las políticas de utilización prescritas de los administradores.²⁶

Por el contrario, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el procedimiento entre Scarlet Extended SA y la Société Belge des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs SCRL, SABAM resolvió que era ilegal que un juez ordenara a una operadora de telecomunicaciones realizar una supervisión

25. "Rapidshare, obligado en Alemania a convertirse en Policía de Internet", *El Mundo*, España, 21/8/2013.

26. *Op. cit.*, en Nota 18.

general de los datos que transmitía en su red para evitar descargas ilegales de archivos protegidos por derechos de autor. La sentencia aseguró que el establecimiento de este tipo de sistema de filtrado vulneraba los derechos fundamentales de los clientes, como la protección de datos o la libertad de recibir y comunicar informaciones, y también infringía la libertad de empresa. La petición fue presentada por la negativa de Scarlet Extended a establecer un sistema de filtrado de las comunicaciones electrónicas mediante programas de intercambio de archivos, *peer to peer*, con el fin de evitar que los mismos vulneren los derechos de autor. En síntesis, el Tribunal Europeo consideró que se debía respetar, en particular, el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2000/31, que prohíbe a las autoridades nacionales adoptar medidas que obliguen a un ISP a proceder a una supervisión general de los datos que transmita en su red y a una supervisión activa del conjunto de datos de cada uno de sus clientes con el fin de evitar cualquier futura lesión de los derechos de propiedad intelectual. La protección de ese derecho fundamental debía ponderarse con respecto a la protección de otros derechos fundamentales, garantizando un justo equilibrio entre la protección de ese derecho y los de las personas afectadas por tales medidas ya que el sistema de filtrado litigioso también podría vulnerar los derechos fundamentales de los clientes de ese ISP, a saber, su derecho a la protección de datos de carácter personal y su libertad de recibir o comunicar informaciones, a riesgo de que el citado sistema no distinga suficientemente entre contenidos lícitos e ilícitos, por lo que su establecimiento podría dar lugar al bloqueo de comunicaciones de contenido lícito (Molina Quiroga, 2012).²⁷

C. Canadá

Una nueva ley sobre derechos de autor en Internet entró en vigencia el 2 de enero de 2015 después de varios años de debates públicos y privados. La ley introdujo grandes mejoras en términos de uso justo, del intercambio no comercial de archivos, y también adopta la política de notificación y aviso, *notice and notice*. Este esquema de aviso crea un puerto seguro para los

27. M. Q. E., "Internet, libertad de expresión y viabilidad de su regulación. Tercera Parte", *Revista de Derecho de las Telecomunicaciones, Internet y Medios Audiovisuales*, 7/11/2012 IJ-LX-VI-583.

proveedores de Internet que los protege de las demandas de los titulares del copyright y para los suscriptores, los efectos se limitan a las advertencias sin llegar al bloqueo de la conexión a la Red que otros países han implementado.

Las empresas canadienses que ofrecen servicio de Internet están obligadas a dar aviso a sus clientes que están infringiendo la ley de derechos de autor al usar archivos bittorrent o bajando música de sitios no autorizados, de lo contrario serán pasibles de multas.

D. Australia

En Australia se reconoció la importancia que el caso *Roadshow Films Pty Ltd v iiNet Limited* del 16 de abril de 2012 revestía, no solo en razón de su atención mediática derivada de un precedente que confrontó a la industria del entretenimiento cinematográfico contra el segundo Proveedor de Servicios de Internet más grande de Australia, sino además, por ser considerado como un modelo para la aplicación de las disposiciones de puertos seguros de la ley australiana de copyright. Dicho caso enfrentó a 30 estudios de televisión y cinematográficos, incluyendo Village Roadshow, Universal Pictures, Warner Bros, Paramount Pictures, Sony Pictures Entertainment, 20th Century Fox y Disney, quienes enviaron sendas cartas a iiNet, cada semana hasta el mes de agosto de 2009, alegando infracciones a los copyrights de los Estudios cometidas por sus clientes por el uso del sistema de BitTorrent, las que involucraban la comunicación al público de copias no autorizadas de películas y programas de televisión compartidos con otros usuarios de Internet a través del sistema BitTorrent y llegaron a afirmar que el hecho de no evitar las supuestas infracciones que se cometieron podía llegar a constituir una autorización de violación de copyright por iiNet. No obstante las denuncias de infracciones al copyright contenidas en los avisos enviados, iiNet no suspendió y mucho menos canceló alguna cuenta de sus clientes. Otro dato relevante fue que, en el período comprendido entre 2008 y 2009, iiNet tenía aproximadamente 490.000 clientes, y era el tercer ISP más grande de Australia.

En cuanto a los fundamentos legales, el problema jurídico del caso redundaba, principalmente, en determinar si iiNet, al no haber adoptado ninguna medida para detener las conductas ilícitas autorizó la infracción al copyright por parte de sus usuarios.

La Sección 101(1A), la cual fue parte de un grupo de enmiendas hechas por el *Copyright Amendment, Digital Agenda, Act 2000* a la Ley del Copyright de Australia dispone que los tribunales deberán tener en cuenta, entre otros, los siguientes asuntos:

1. La extensión del poder de la persona para evitar el acto en cuestión.
2. La naturaleza de cualquier relación existente entre la persona, quién pudo haber autorizado, y las que cometieron los actos en cuestión.
3. Si se adoptó cualquier medida razonable para evitar o prevenir la ocurrencia del acto, incluyendo si se cumplió con algún código de práctica de la industria.

El referido marco legal fue adherido a las Secciones 116AA a 116AJ, conocidas como las disposiciones relativas a los puertos seguros que fueron introducidos por la Ley de Implementación, 2004, del Acuerdo Comercial de Libre Comercio con los Estados Unidos, con el propósito de limitar los recursos disponibles en contra de los proveedores de servicios por infracciones de copyright en relación con sus actividades, a saber: proveer acceso a Internet, servicios de almacenamiento, almacenamiento en caché y herramientas de búsqueda en línea.

Otra disposición relevante en el caso reseñado establece que una persona que ofrece servicios para preparar una comunicación no será considerada como que autorizó una infracción al copyright, simplemente porque otra persona utiliza sus servicios ilegalmente en infracción al mismo.

En consecuencia, la Corte de Australia tuvo en cuenta que la sección 101(1A) de la Ley de Copyright requiere que el supuesto infractor indirecto tenga un poder de prevenir o evitar las infracciones directas y concluyó que iiNet no tuvo un poder directo de prevenir a un cliente de utilizar el sistema BitTorrent para descargar las películas en su ordenador, solamente podía prevenir las infracciones directas de una forma indirecta terminando con la relación contractual. Más aún, consideraron que el iiNet no tenía el poder o capacidad para prevenir o evitar que sus clientes accedieran a Internet a través de otros ISP y, por lo tanto, seguir cometiendo sus infracciones. Los jueces fueron contundentes al sostener que la información contenida en las notificaciones enviadas por los actores no eran lo suficientemente precisas como para esperar que el demandado pudiera adoptar acciones, por ejemplo, a través de su política contra el infractor reincidente. Por el contrario, con tales tipos de notificaciones un ISP, como iiNet, enfrentaría el riesgo de ser responsable de haber injustamente terminado la cuenta de uno de sus

clientes. El suministro de los servicios por parte de un ISP, como iiNet, no equivaldría a una autorización simplemente por el uso que un usuario hace de tales servicios.

Además, la Corte tuvo en cuenta que el sistema de notificación que un proveedor de servicios tiene que establecer a los efectos de cumplir con la adopción de la política contra el infractor reincidente no le impone, *per se*, las obligaciones de monitoreo o de supervisión de sus servicios o redes para efectos de localizar y activamente prevenir, infracciones cometidas por sus usuarios.

En cuanto a las disposiciones de los puertos seguros, la Corte consideró que la ley requiere, principalmente, claridad y precisión en la presentación de avisos de notificación al proveedor de servicios acerca de las infracciones cometidas por sus usuarios a través de sus servicios. Tal claridad y precisión se asoció, indiscutiblemente, con la necesidad de proporcionar al ISP un conocimiento específico, y no abstracto, en relación con sistema utilizado por sus usuarios para infringir el copyright o derecho de autor de terceros.

En ausencia de tal conocimiento específico, no era razonable exigir a un proveedor de servicios llevar a cabo un oneroso, complicado e intenso proceso de revisión, análisis y determinación de denuncias poco claras y precisas que indiquen de una manera abstracta la actividad infractora.

Finalmente, los jueces en cada una de las tres instancias sostuvieron que iiNet no permitió o no autorizó que sus usuarios y/o clientes infringieran copyright de terceros (Castellanos Rubio, 2012).²⁸

E. Brasil

En su reciente ley 12.965, sancionada en abril de 2014, sobre “Marco Civil de Internet”, se establece en el artículo 18 que los proveedores no son responsables civilmente por los daños provenientes de contenidos generados por terceros, lo que armoniza con la inexistencia de una obligación general de monitoreo.

28. C. R. C., “El Caso IINET en Australia. (El Inicio del Precedente Jurisprudencial en Materia de ‘Puertos Seguros’ en Australia, y sus Tendencias Impartidas en la Materia)”, 2012, *ODAI* [Consultado: 14/3/2015] Disponible en web: <http://www.odai.org/archivos/IINET.pdf>.

Entre otros puntos, el Marco Civil obliga a las empresas extranjeras de servicios de Internet a obedecer la legislación local, incluso en los casos en que no estén instaladas en el país. También obliga a los proveedores a respetar la inviolabilidad de las comunicaciones de los usuarios y les prohíbe suministrar a terceras personas o empresas informaciones sobre sus clientes, sin la autorización de estos.

Además, establece el principio de neutralidad, o “isonomía” en la red, que implica que los prestadores de conexión deben garantizar a sus clientes la velocidad contratada, independientemente del contenido al que estos accedan.

La necesidad de crear un sistema de regulación se venía discutiendo desde hacía tiempo en Brasil, aunque tomó fuerza después que los documentos de la Agencia de Seguridad Nacional (NSA), filtrados por el ex analista estadounidense Edward Snowden, indicaran que Estados Unidos espió a la empresa Petrobras y hasta a la misma presidenta Dilma Rousseff.

F. Chile

En el año 2003, Chile suscribió un Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos (TLC), que cubre una amplia gama de materias, incluyendo un capítulo específico sobre propiedad intelectual, el que, entre otras obligaciones, requiere la implementación en el derecho interno de Chile de un régimen de limitación de responsabilidad a favor de los prestadores de servicio por la infracción de derechos autorales cometida por sus abonados en línea. Después de tres años de discusión legislativa, en 2010, se aprobó la Ley N°20.435 que modificó la Ley N°17.336 sobre Propiedad Intelectual, que, entre otras reformas, implementó algunos de los compromisos asumidos en materia de observancia de los derechos de autor. La modificación contribuyó a reducir la incertidumbre jurídica al clarificar los casos en los cuales un prestador de servicio de Internet no podrá ser considerado responsable por la infracción de derechos de autor cometida por sus usuarios, lo cual refleja la normativa prevista en la Digital Millennium Copyright Act de los Estados Unidos definiendo el concepto de prestador de servicios de Internet, sobre el cual gira todo el análisis ulterior, las obligaciones generales y especiales a que se encuentra sujeto un prestador de servicios de Internet a fin de obtener la exoneración de responsabilidad, en lo que se suele denominar “puerto seguro” (*safe harbor*) a saber: la comunicación de infracciones, la identificación de usuarios, la notificación

y bajada de contenidos infractores, y la terminación de ciertos servicios provistos a los usuarios, que no difieren en lo sustancial de lo dispuesto por el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y del Digital Millennium Copyright Act explicado anteriormente. Sin embargo, en lo referido a la finalización del servicio, la medida de terminación de cuentas determinadas de infractores reincidentes sólo es aplicable a aquellos usuarios que proveen material protegido, es decir, quienes suben contenido infractor a Internet, y no es aplicable a aquellos usuarios que simplemente navegan por Internet, incluso si descargan contenido infractor. Además, la decisión de finalizar con las cuentas determinadas es una decisión discrecional de tribunales y no de los ISP. De hecho, los tribunales no están obligados a expedir la orden, pues la ley les requiere equilibrar los intereses en competencia, incluso les habilita para adoptar una medida menos gravosa y en ningún caso implica una prohibición absoluta de disponer de Internet por tal usuario. Por un lado, la ley sólo establece la terminación de cuentas determinadas respecto de servicios de alojamiento de contenidos y, en consecuencia, no es procedente la terminación de cuentas que proveen mero acceso a la red. En orden a prevenir el abuso por los titulares de derechos de autor de los mecanismos provistos por la ley, esta se ha encargado de establecer ciertas medidas de resguardo. El mecanismo clave es la intervención judicial, una orden judicial para la terminación de sus servicios y dar de baja material supuestamente infractor. Pero los tribunales no deben expedir dichas órdenes automáticamente, pues, deben cerciorarse de que la respectiva solicitud cumple con todos los prerequisites exigidos en la ley. Así, si un tribunal lo estima apropiado, puede emitir una orden para que se proceda a la identificación de un supuesto infractor, pero también puede denegar la orden. Del mismo modo, al decidir sobre la terminación de ciertos servicios provistos a los usuarios y acerca de la bajada de contenidos, los tribunales también deben equilibrar los intereses en juego. Una medida adicional de resguardo es la adopción de normas específicas en materia de responsabilidad civil y criminal aplicable a quien, a sabiendas, proporcione información falsa relativa a supuestas infracciones a los derechos de autor: deberá indemnizar los daños a toda persona afectada por los perjuicios resultantes de las acciones adoptadas por el prestador de servicios de Internet respectivo sobre la base de tal información (Cerdá Silva, 2014).²⁹

29. C. S. A., "Limitación de Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet

G. Costa Rica y Paraguay

Costa Rica y Paraguay, al firmar Tratados de Libre Comercio con Estados Unidos, han implementado un régimen de limitación de responsabilidad para los prestadores de servicio. La normativa costarricense guarda similitudes con la chilena pero la paraguaya difiere, primero, por cuanto no es el resultado de la implementación de tratado alguno y, segundo, porque ella se refiere a la responsabilidad de prestadores de servicios por contenidos en línea, esto es, tiene efectos generales y no limitados a derechos de autor.

H. Argentina

Nuestro país hasta el momento no cuenta con ley alguna que reglamente la responsabilidad de los proveedores de servicios ni los define; sí hay proyectos en tratamiento por el Congreso. En el ámbito nacional, la ley N°25.690 Proveedores de Internet del 2 de enero de 2003 establece en su artículo 1 la obligación de las empresas ISP de ofrecer software de protección que impida el acceso a sitios específicos al momento de ofrecer los servicios de Internet, y la Ley N°26.032 sobre Servicios de Internet, vigente desde el 16 de junio de 2005, establece que la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendida dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión.

Justamente, la Constitución de la Nación Argentina garantiza ampliamente la libertad de expresión, y tanto los Convenios Internacionales con jerarquía constitucional suscriptos por Argentina como la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema establecen una prohibición a la censura previa de los contenidos, aun cuando con ellos se cometa un delito, pero el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, y tiene ciertas restricciones cuando se trata de contenidos ilícitos o prohibidos por la ley. Tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional e internacional han admitido el establecimiento de restricciones sobre el derecho de libertad de expresión. Las restricciones conforme lo dispuesto por el artículo 13 de la Convención

por Infracción a los Derechos de Autor en Línea”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XLII, Valparaíso, Chile, 2014, pp. 121-148.

Americana de Derechos Humanos refieren a los espectáculos públicos que pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia y la admisibilidad de responsabilidad ulterior expresamente fijada por ley para asegurar el respeto a la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o morales públicas. En consecuencia, el autor de la incorporación de ese contenido puede resultar responsable con posterioridad al acto, en lo que ha dado en llamarse “responsabilidad ulterior” cuando existan las causales de responsabilidad previamente definidas expresa y taxativamente por la ley, legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas y que esas causales de responsabilidad sean necesarias para asegurar los mencionados fines.

Ello es coincidente con el criterio sentado por la “Declaración conjunta sobre la protección de la libertad de expresión e Internet” generada en el seno de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El documento, adoptado el 1 de junio de 2011, por los relatores para la libertad de expresión de las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos, y representantes de organismos intergubernamentales de Europa y África, amplía lo sentado por la Opinión Consultiva 05/85, y señala las formas en que los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos deberán dar protección al ámbito de libertad que funda Internet, así como los parámetros para el establecimiento de límites y responsabilidad de los actores que participan como intermediarios de Internet. En virtud del mismo, se proclama la aplicación de la libertad de expresión a Internet del mismo modo que a los medios de comunicación, y se establece un triple estándar para la restricción legítima de este medio: “Deberán estar previstas por ley y perseguir una finalidad legítima reconocida por el derecho internacional, y ser necesarias para alcanzar dicha finalidad”. A este control se exige una evaluación de proporcionalidad entre la medida restrictiva adoptada y la ponderación del impacto en la capacidad de Internet para garantizar y promover la libertad de expresión respecto de los beneficios que la restricción reportaría para la protección de otros intereses. Asimismo, señala que los actores que ofrezcan servicios como acceso, búsquedas o conservación de información no serán responsables por contenidos de terceros, siempre que no intervengan específicamente en dichos contenidos ni se nieguen a cumplir una orden judicial que exija su eliminación cuando estén en condiciones de hacerlo. Y en este

marco, caracteriza al bloqueo, filtrado de sitios Web enteros, direcciones IP o protocolos de Internet como medidas extremas que sólo podrían fundarse en materia de delitos internacionales.³⁰

En la Declaración emitida el 1 de junio de 2011, en su apartado 2) sobre Responsabilidad de Intermediarios, se expresa:

“a. Ninguna persona que ofrezca únicamente servicios técnicos de Internet como acceso, búsquedas o conservación de información en la memoria caché deberá ser responsable por contenidos generados por terceros y que se difundan a través de estos servicios, siempre que no intervenga específicamente en dichos contenidos ni se niegue a cumplir una orden judicial que exija su eliminación cuando esté en condiciones de hacerlo (“principio de mera transmisión”). b. Debe considerarse la posibilidad de proteger completamente a otros intermediarios, incluidos los mencionados en el preámbulo, respecto de cualquier responsabilidad por los contenidos generados por terceros en las mismas condiciones establecidas en el párrafo 2 (a). Como mínimo, no se debería exigir a los intermediarios que controlen el contenido generado por usuarios y no deberían estar sujeto a normas extrajudiciales sobre cancelación de contenidos que no ofrezcan suficiente protección para la libertad de expresión como sucede con muchas de las normas sobre “notificación y retirada”.³¹

En Argentina, la causa contra el portal de películas y series Cuevana se caracterizó en principio por el dictado de una medida cautelar que ordenaba el bloqueo de algunas de las páginas disponibles en el sitio Web. En sintonía con la declaración de los Relatores de Libertad de Expresión, la solicitud de una cautelar que bloqueara el acceso al sitio fue denegada, en el año 2013, por la Sala II de la Cámara Federal porteña que confirmó el rechazo a una medida cautelar promovida por la cadena televisiva **HBO Ole Partners**, donde se solicitaba el bloqueo del acceso al sitio Web Cuevana por considerarlo excesivamente amplio y desproporcionado.³²

30. OEA, Declaración conjunta sobre la protección de la libertad de expresión e Internet, Washington, DC, 2011.

31. *Op. cit.*, en Nota 48, apartado 2.

32. “La Justicia rechazó bloquear acceso a Cuevana”, *Infobae*, 6 de febrero de 2013 [Consultado: 14/3/2015]. Disponible en Web: <http://www.infobae.com/2013/02/06/695159-la-justicia-rechazo-bloquear-acceso-cuevana>.

Por otra parte, la Ley N°26.032 fue citada en varios fallos judiciales, por ejemplo, la Sala II de la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal en las causas “Macedo, María Isabel”, N°4.235/06, del 18/12/2009 y “Battan, Viviana del Carmen”, N°8.865/09, del 30/06/2010 consideró que para poder juzgar si un sitio de Internet lesiona derechos personalísimos del peticionario, es menester examinar su contenido, recayendo la carga de la prueba sobre quien pretende una restricción por vía cautelar, teniendo en cuenta la protección constitucional que goza la actividad realizada por Google Inc. y por quienes resultan responsables del sitio en cuestión. De igual manera en los casos “Servini de Cubría”, causa N°7.183/08, del 03/06/2009; “Bernstein, Luis Marcelo”, causa N°4.718/09, del 08/06/2010; “Nara, Wanda Solange”, causa N°8.952/09, del 30/11/2010, citados todos en los autos “Dragonetti, Hugo Alberto c. Google Inc. S/medidas cautelares”.³³

No obstante, la jurisprudencia no es uniforme en cuanto a la responsabilidad de los buscadores; los jueces han utilizado diferentes fundamentaciones para comprometer dicha responsabilidad en resonados casos, basándose sintéticamente en lo siguiente:³⁴

1. Los buscadores han diseñado los motores de búsqueda para facilitar el acceso a sitios que de otra manera sería dificultoso llegar y se encuentran en mejores condiciones técnicas para prevenir la generación de daños eventuales, por lo tanto no pueden desligarse de las consecuencias derivadas de sus diseños. En consecuencia, ante un material dañoso, cuya eliminación es reclamada por el sujeto damnificado, el proveedor debe actuar y, de ser técnicamente posible, acoger esa petición, por estar en mejores condiciones técnicas y fácticas de actuar ante la prevención o reparación del daño injusto.
2. Entre el derecho de publicar, la libertad de prensa, amparados por los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional, y los derechos

33. CNACCF, Sala II (Argentina), 12/07/2011, “*Dragonetti Hugo Alberto c/ Google Inc s/ medidas cautelares*”, elDial.com - AF5E7A.

34. CNCCF, Sala III (Argentina), Resolución del 17-6-2008 “*Crivocapich, Priscilia c/ Google Inc y otro s/medidas cautelares*”.

CNCCF, Sala I (Argentina), Resolución del 26-6-2008 “*Cupito, Alejandro Martín c/ Yahoo de Argentina S.R.L. s/ incidente de apelación medida cautelar*” y CNCCF, Sala III (Argentina) 5 de noviembre de 2008. “*De Grazia, Jazmín c/ Yahoo de Argentina S.R.L. y otro s/ medidas cautelares*”. Causa N°3247/06.

personalísimos a la imagen, como un derecho autónomo del derecho al honor o al decoro y a la intimidad existe una clara tensión y, ponderados en el caso “*Da Cunha*”, el derecho personalísimo a la imagen personal prevaleció, teniéndose en consideración que el derecho a la libre expresión debía ejercerse en forma razonable y regular ya que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos conforme al artículo 1071 del Código Civil. De igual manera, nuestro máximo tribunal sostuvo, en reiteradas oportunidades, que si bien en Argentina no existe la censura previa, quien realiza determinadas manifestaciones debe hacerse responsable por los daños que pudiere causar, que su ejercicio puede generar responsabilidad en caso de abuso, como en el renombrado caso “*Ponzetti de Balbín c. La Razón*”, *La Ley*, 2000 C 1244, es decir, aquel reconocimiento no implica impunidad frente a la responsabilidad por los daños provocados en su ejercicio. En relación a los conflictos con el derecho a ejercer la libre expresión, el famoso caso de *Jujuy digital.com*³⁵ del 28 de junio de 2005, resuelto por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy en virtud de una demanda por la cual los actores reclamaban, a los titulares del sitio Web, una indemnización por daño moral a raíz de comentarios injuriosos que estaban publicados dentro de la sección del “libro de visitas” de dicho sitio Web. Al resolver el caso, el Tribunal entendió que los demandados eran responsables objetivamente conforme lo previsto por el artículo 1113 segundo párrafo del Código Civil con fundamento en que la informática reunía características similares a los de la energía eléctrica a la cual, según el fallo, se le aplicaría el régimen de las cosas regulado por el artículo 2311 del Código Civil, aplicando en consecuencia la responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa. En concordancia con la opinión de Arballo (2005),³⁶ el fallo confunde conceptos porque se refiere al propietario de la página Web como el servidor de Internet cuando este último tiene

35. STJ, Jujuy Sentencia Nro. 53629, junio 28, 2005. “*Sm y Lem de M c. Jujuy Digital y/o Jujuy.com y Omar Lozano (ordinario por daños y perjuicios)*”; ED 11/10/05, N°11.360, Año XLII.

36. A. C., “Imputación de responsabilidad civil al administrador de una página web por expresiones injuriosas contenidas en los foros públicos de su sitio”. Comentario a fallo del STJ de Jujuy, publicado en el diario *El Derecho* del 11 de octubre de 2005. Compilado en *El Derecho*, T 214, pp. 455 a 460.

por única función facilitar al usuario la posibilidad de acceder a la red de computadoras y omite precisar que quien edita una página Web es una persona distinta del servidor, asimilándose este último al que provee el medio técnico de comunicación.

3. Los buscadores son fundamentales para el desarrollo de Internet pero también debe reconocerse su capacidad de producir daño afectando los derechos individuales; la sanción no es a Internet sino a los daños que provoquen algunos modos de su uso.

Parellada (2007) considera que el problema, a la hora de legislar, es que Internet avanza de manera muy rápida, y, cuando se aprueba una ley, la tecnología ya ha cambiado. Por ende, destaca el rol interpretativo del juez, en base al principio de la analogía y el de razonabilidad, estableciendo un balance de los derechos en juego, combinándolos con el interés público, privilegiando el de mayor jerarquía en la búsqueda de la solución más equitativa, por resultar menos gravosa al interés general, y más justa de acuerdo a las particularidades de hecho. Además establece, junto con Cavanillas Mujica, que si la decisión es ser tolerante con los proveedores de hosting, se hace necesario al menos consagrar la obligación de identificar a los almacenantes, pues de lo contrario se vuelve demasiado gravosa la situación de las víctimas de los daños.³⁷

Antes de comentar los proyectos de ley presentados en Argentina sobre la responsabilidad de los ISP, consideramos importante desarrollar brevemente el caso resuelto recientemente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 28 de octubre de 2014, que generó expectativas en el ámbito académico ya que sentó las bases y principios de responsabilidad sobre el tema.

En los autos caratulados “*Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios*”,³⁸ se planteó el grado de responsabilidad de los “motores de búsqueda” de Internet. En el considerando 15 adelanta su decisión al no juzgar la eventual responsabilidad de los “motores de búsqueda” conforme las normas que establecen una responsabilidad objetiva, desinteresada de la idea de culpa; por el contrario le aplica los principios de responsabilidad subjetiva, siendo esta última la tendencia dominante a nivel internacional.

37. P. C., “Responsabilidad por la actividad anónima en Internet”, *La Ley* 06/11/2007.

38. CSJN (Argentina), Sentencia del 28/10/2014, “*Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios*” - R.522. XLIX.

Hay países que tienen legislación específica para regular estos problemas y otros que, a falta de ella, recurren a los principios generales de la responsabilidad civil. En ambos se afirma que los “buscadores” no tienen una obligación general de “monitorear”, supervisar o vigilar los contenidos que se suben a la red provistos por los responsables de cada una de las páginas Web. En consecuencia, en principio, concluye que no son responsables por esos contenidos que no han creado.

En el considerando 16 deduce que a la inexistencia de una obligación general de vigilar le sigue la inexistencia de responsabilidad. Sin embargo, advierte que hay casos en que el buscador puede llegar a responder por un contenido que le es ajeno: y es cuando tuvo *efectivo conocimiento* de la ilicitud de ese contenido, siempre y cuando no sea seguido de un actuar diligente, en ese momento, que la “ajenidad” del buscador desaparece y, de no bloquear el resultado, sería responsable por culpa por aplicación del artículo 1109 del Código Civil.

A los efectos de determinar el *efectivo conocimiento*, en el considerando 18, analiza si es suficiente que el damnificado curse una notificación privada al “buscador” o si, por el contrario, es exigible la comunicación de una autoridad competente.

En ausencia de una regulación legal específica, la Corte sentó una regla para distinguir nítidamente los casos en que el daño es manifiesto y grosero, a diferencia de otros en que es opinable, dudoso o exige un esclarecimiento y realiza una enumeración de contenidos dañosos, como ser: la pornografía infantil, datos que faciliten la comisión de delitos, que pongan en peligro la vida o la integridad física de alguna o muchas personas, que hagan apología del genocidio, del racismo o de otra discriminación con manifiesta perversidad o incitación a la violencia, que desbaraten o adviertan acerca de investigaciones judiciales en curso y que deban quedar secretas, como también los que importen lesiones contumeliosas al honor, como montajes de imágenes notoriamente falsos.

Por el contrario, en los casos en que el contenido dañoso que importe eventuales lesiones al honor o de otra naturaleza exija un esclarecimiento en sede judicial o administrativa para su efectiva determinación, no puede exigirse al “buscador” que supla la función de la autoridad competente ni menos aún la de los jueces, en estos casos corresponde exigir la notificación judicial o administrativa competente, no bastando la simple comunicación

del particular que se considere perjudicado y menos la de cualquier persona interesada.

Finalmente y teniendo en cuenta todas estas circunstancias, por voto mayoritario, aplicando la doctrina de la *responsabilidad subjetiva*, entendió que el obrar de Google fue diligente toda vez que ante los requerimientos judiciales de la actora, el buscador había dado de baja los resultados que enlazaban al contenido dañoso por lo que no se le podía imputar responsabilidad ni deber de reparación económica ulterior.

Sin embargo, parte de la doctrina no está de acuerdo considerando que la informática es una actividad peligrosa o riesgosa, por lo cual se le aplicaría la responsabilidad objetiva. Afirman que los resultados que el buscador arroja son seleccionados y ordenados en forma automática, de acuerdo a criterios definidos por seres humanos. Siempre existe un obrar humano que ha seleccionado los resultados que aparecen cuando el usuario tipea las palabras en el buscador, recordando el artículo 1757 del Código Civil y Comercial que entrará en vigencia en agosto de 2015.

Proyectos de Ley: Responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet: Proyecto Pinedo

El primer intento de regulación legal sobre la materia fue propiciado por el otrora senador Jorge Capitanich, quien en el año 2006 presentó el proyecto de ley de Comercio Electrónico (S-3812/06) el cual regulaba, en el artículo 14, la responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda. El proyecto no trascendió. En igual sentido el proyecto presentado por el Senador Jujéño Guillermo Jeneffes, a mediados de 2009.

En marzo de 2013, el Diputado Federico Pinedo presentó un proyecto de ley ante la Cámara de Diputados de la Nación sobre la Responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet, cuyas principales disposiciones son las siguientes:³⁹

1. En el artículo 1 define a los ISP como intermediarios tecnológicos que permiten, entre otras cosas, el acceso, la conexión o la interconexión a redes de datos en entornos de Internet como también la transmisión,

39. H. C. de Diputados de la Nación Argentina, Pinedo, F., *Proyecto de Ley: Responsabilidades de los Proveedores de los Servicios de Internet* N° de Expediente: 1508-D-2013 Trámite Parlamentario: 019 (27/03/2013).

alojamiento, publicación, dirección y búsqueda de contenidos e información. Dicha definición incluye pero no está limitada a:

a) *proveedores de acceso interconexión, transmisión o direccionamiento de datos*: aquellos que operan una red de datos propia o ajena o que proveen servicios de acceso o interconexión a su red u a otras redes;

b) *proveedores de servicios de almacenamiento automático o memoria temporal (caché)*: los que almacenan en sus sistemas los datos provistos o solicitados por los terceros usuarios de forma automática, provisional y temporal, con el fin de hacer más eficaz la transmisión ulterior de dichos datos a otros destinatarios del servicio;

c) *proveedores de servicios de alojamiento de datos*: son aquellos que, por sí o por intermedio de terceros, almacenan datos a requerimiento de terceros usuarios, para su posterior acceso o transmisión a través de redes de datos, y

d) *proveedores de servicios de enlace, búsqueda y directorios de contenidos o información*: son los que brindan servicios de búsqueda, vinculación y/o referencia a contenidos o información de terceros existente dentro de una red de datos, mediante la utilización de diversos recursos tecnológicos como motores de búsqueda o hipervínculos.

2. Asimismo, el contenido es definido como toda información, archivo, dato o mensaje de cualquier naturaleza al que se pueda acceder a través de Internet.

3. En cuanto a la responsabilidad de los ISP por los contenidos generados por terceros, en el artículo 2 establece por regla general que los proveedores de alojamiento de datos y los de almacenamiento automático o memoria temporal (caché), es decir los enumerados en b) y c) del artículo 1, no serán considerados responsables por los mismos; salvo que tuvieran conocimiento efectivo de la ilegalidad según nuestra legislación o que infringe derechos de terceros, y se negaren a eliminarlo o a bloquear su acceso. En este sentido, el proyecto de ley establece que los ISP serán responsables a partir del momento en que sean notificados de la resolución judicial que ordene la remoción o el bloqueo al acceso de determinado contenido.

4. Los proveedores que ofrezcan únicamente servicios de intermediación técnica no serán considerados responsables por contenidos originados por terceros que se difundan a través de estos servicios, siempre que no

originen dichos contenidos, no los alteren y no elijan a los destinatarios. En igual sentido, los proveedores de acceso, transmisión, interconexión o direccionamiento de datos tampoco serán considerados responsables de los datos de terceros por las consecuencias de la transmisión o direccionamiento, siempre que no sean quienes originen el contenido transmitido, no modifiquen o seleccionen los datos y/o los destinatarios de la información. La variación estrictamente técnica del formato de los datos para facilitar tal transmisión como la división de un mensaje en paquetes de datos no se considerará modificación de datos.

5. Los buscadores, es decir proveedores de servicios de enlace, búsqueda, y directorios de contenidos e información, los contemplados en d), sólo serán responsables por contenidos publicados por terceros en los casos en que tengan conocimiento efectivo de que la información indexada **viola normas legales o derechos de terceros**, considerando que tendrán “conocimiento efectivo” cuando sean notificados de alguna medida judicial que ordene bloquear o eliminar un contenido según lo dispuesto en el artículo 3.

6. Fija otro principio, ya consagrado por el artículo 12 de la Directiva Europea 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico, por el cual los ISP serán responsables de la transmisión de contenidos generados por terceros **cuando ellos mismos originen dicha transmisión o cuando modifiquen o seleccionen los contenidos** y/o seleccionen a los destinatarios de la información transmitida.

7. En el artículo 6 establece otro concepto general, similar al previsto en el “Proyecto Jenefes”, en virtud del cual cualquier persona, física o jurídica, puede solicitar a un juez que elimine o bloquee un contenido que lesione derechos o garantías constitucionales. En tal caso **el juez competente podrá ordenar tales extremos verificando la verosimilitud del derecho invocado** y que dicho derecho es objeto de una violación inminente, previa caución juratoria o fianza prestada por el requirente.

8. A su vez, los motores de búsqueda que operen bajo el código país, ccTLD, AR, deberán incluir en sus sitios Web una dirección de correo electrónico destinada a la atención de reclamos de consumidores.

9. El proyecto de ley establece claramente que ningún artículo debe interpretarse como una limitación a la facultad de autorregulación que poseen los ISP en relación a la notificación, remoción, suspensión

o bloqueo de todo contenido sospechado de ser violatorio. Esto será así siempre que la autorregulación no establezca un menor nivel de protección al establecido por el proyecto de ley.

10. Por último, otorga a todo legitimado la posibilidad de iniciar acciones ante el juez competente en su domicilio y a requerirle la adopción de una medida preliminar ordenándole al proveedor de servicios de Internet eliminar o bloquear cualquier contenido violatorio de sus derechos. A tal fin, el actor deberá acreditar que a *prima facie* posee un interés legítimo y el juez podrá dictar la medida *inaudita parte*.

V. Conclusión

La movilidad y el acceso a la información desde diversos lugares en forma simultánea, ubicua y asincrónica constituyen características inseparables de la nueva economía. El fenómeno de interconexión global y permanente generado por Internet y por los servicios que se prestan a través de ella está provocando complejos conflictos de derechos. Por un lado, la protección de los derechos del autor de la obra, retribuir al creador por su esfuerzo, es un principio de justicia y por el otro lado, el público, la sociedad en general que quiere acceder a la cultura que forma parte del patrimonio cultural. Es decir, los conflictos que surgen cuando se protegen los derechos fundamentales de todas las personas. El desafío principal de la ley es encontrar un equilibrio, entre los intereses de los titulares de derechos y los usuarios, promover el acceso y la libertad de intercambios por medio de la Red.

Las normas que se dicten en relación a Internet deben tener en cuenta que la información difundida a través de la misma goza de la protección constitucional a los derechos de libertad de expresión sin censura previa y de prensa, defensa en juicio, intimidad, decoro y honor, reconocidos por todo el bloque de constitucionalidad.

En caso que prosperara la responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet en forma masiva e indiscriminada, Internet tendería a desaparecer, porque es imposible para cualquiera de ellos hacerse responsable por todas las cosas dañosas que se digan en la red y por sus eventuales consecuencias económicas; además existe una imposibilidad tecnológica de controlar, por la cantidad, la información que se encuentra en el servidor, siempre y cuando no tenga conocimiento del hecho dañoso, en virtud de una

notificación o reclamo previo del interesado, en tal caso reaparece el deber jurídico de removerlo.

Finalmente, hay que recordar el principio de neutralidad de Internet reconocido en numerosas legislaciones que propone dar a todos los datos que circulan por la Red un tratamiento igual, independientemente de su contenido u origen, garantizando a los usuarios el ejercicio de su derecho de libre acceso a la información.

A lo largo de este trabajo hemos desarrollado los principios de responsabilidad civil, clasificando a los diferentes Proveedores de Servicios de Internet y analizando su responsabilidad en las legislaciones de los países que se refieren al tema y las tendencias doctrinarias y jurisprudenciales actuales.

Ahora resta a nuestros legisladores, en base a los argumentos esgrimidos por nuestros tribunales y las diferentes posiciones doctrinarias, clarificar el tema aportando seguridad jurídica tanto para los usuarios como para los intermediarios de Internet.

Bibliografía

- Altmark, D.; Molina Quiroga, E., *Tratado de Derecho Informático*, Argentina, Tomo I La Ley, 2012.
- Ameal, O., “La responsabilidad civil en la reforma del Código Civil”, Parte 1: Primera Parte. Facultad de Derecho UBA. Grabado en 2012 [Consultado: 13/3/2015]. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/academica/derecho-abierto/derecho-abierto-clase-Reforma-Codigo-Civil-Ameal-S01.php>
- “La responsabilidad civil en la reforma del Código Civil” Parte 2: Segunda Parte. Facultad de Derecho UBA. Grabado en 2012 [Consultado: 13/3/2015]. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/academica/derecho-abierto/derecho-abierto-clase-Reforma-Codigo-Civil-Ameal-S02.php>.
- Arballo, C., “Imputación de responsabilidad civil al administrador de una página web por expresiones injuriosas contenidas en los foros públicos de su sitio”. Comentario a fallo del STJ de Jujuy, publicado en el diario *El Derecho* del 11 de octubre de 2005. Compilado en *El Derecho*, T. 214, pp. 455 a 460.
- Brizzio, C., “El rol de los actores en Internet como determinante de la responsabilidad” - Segunda parte. *Infojus*: DACF100068 [Consultado:

- 14/3/2015]. Disponible en web: www.microjuris.com MJ-DOC-4228-AR/MJD4228, 2010.
- Castellanos Rubio, C., *El Caso IINET en Australia* (El Inicio del Precedente Jurisprudencial en Materia de “Puertos Seguros” en Australia, y sus Tendencias Impartidas en la Materia). Observatorio Iberoamericano del Derecho de Autor. ODAI [Consultado: 14/3/2015]. Disponible en web: <http://www.odai.org/archivos/IINET.pdf>, 2012.
- Cerda Silva, A., “Limitación de Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet por Infracción a los Derechos de Autor en Línea”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XLII, Valparaíso, Chile, 2014, pp. 121-148.
- Comisión de las Comunidades Europeas, *Libro Verde sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los servicios audiovisuales y de información*. Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, COM, (96) 483, octubre de 1996.
- Consejo de la Unión Europea, Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el Comercio Electrónico) 08/06/2000, *Official Journal of the European Communities*, OJ L 178, 17.7.2000, pp. 1-16.
- De la Maza Gazmuri, I., “Responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet por Infracción a los Derechos de Autor”, en *Temas de Responsabilidad Civil*, Universidad Diego Portales, Chile, 2004.
- Fernández Delpech, H., “La injuria a través de Internet a raíz del fallo JUJUY.COM” [Consultado el 14/3/2015]. Disponible en <http://www.hfernandezdelpech.com.ar/ARTICULO%20FALLO%20JUJUY.pdf>.
- Kemelmajer de Carlucci, A., “Conferencia: El ambiente en el proyecto de código civil y comercial de 2012”, Escuela de la Magistratura, Salta, 2013. [Consultado el 21/3/2015]. Disponible en: <http://www.escuelamagistratura.gov.ar/uploads/documentos/MA2013/Kemelmajer.pdf>.
- H. C. de Diputados de la Nación (Argentina). Pinedo, F., *Proyecto de Ley: Responsabilidades de los Proveedores de los Servicios de Internet*, N° de Expediente: 1508-D-2013 Trámite Parlamentario: 019 (27/03/2013).
- Lorenzetti, R., *Consumidores*, 2ª Ed., Buenos Aires, Rubinzal Culzoni,

2009, p. 557.

“La Justicia rechazó bloquear acceso a Cuevana”, *Infobae*, 6 de febrero de 2013 [Consulta: 15/3/2015]. Disponible en Web: <http://www.infobae.com/2013/02/06/695159-la-justicia-rechazo-bloquear-acceso-cuevana>.

Molina Quiroga, E., “Internet, libertad de expresión y viabilidad de su regulación. Tercera Parte”, *Revista de Derecho de las Telecomunicaciones, Internet y Medios Audiovisuales*, 7/11/2012 IJ-LXVI-583.

Negroponte, N., *Being Digital*. Londres, Coronet, 1996.

OEA, Declaración conjunta sobre la protección de la libertad de expresión e Internet, Washington, DC, 2011.

Parellada, C., “Responsabilidad por la actividad anónima en Internet”, *La Ley*, 06/11/2007.

Peguera Poch, M., *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, Granada, Comares, 2007 ISBN: 978-84-9836-272-5.

“Rapidshare, obligado en Alemania a convertirse en Policía de Internet”, 21/8/2013, *El Mundo*, España.

Villate, J., “Censura privatizada: ¿quiénes son los editores en Internet?”, *alfa-redi, Derecho y Nuevas Tecnologías*, 17/6/2005, España.

Tomeo, F.; Abieri, R., “Responsabilidad de los Buscadores de Internet”, *RCyS*, 2009-XII, 66.

U.S., The Digital Millennium, Copyright Act of 1998, U.S., Copyright Office Summary, December 1998, 1 Pub. L. N°105-304, 112 Stat. 2860. Oct. 28, 1998.

Xalabarder Plantada, R., “La responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios”, *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, N°2 Universitat Oberta de Catalunya, España, 2006.

Jurisprudencia

CAC, Cuarto Distrito de Apelación, Segunda División (Estados Unidos). Sentencia del 29 de mayo de 1981 “*Grimshaw v. Ford Motor Company*” 119 757 CA3d.Civ. 20095.

CACyC, Mar del Plata, Sala II, Sentencia del 27 de mayo de 2009. “*Machinandiarena Hernández Nicolás c/Telefónica de Argentina s/*

- reclamo contra actos de particulares*” Registrado bajo el N°257 Fo. Expte. N°143.790.
- CNACCF., Sala II (Argentina) Sentencia del 12/07/2011, “*Dragonetti Hugo Alberto c/ Google Inc s/ medidas cautelares*”, elDial.com - AF5E7A.
- CNCCF, Sala I (Argentina), Resolución del 26-6-2008 “*Cupito, Alejandro Martín c/ Yahoo de Argentina S.R.L. s/ incidente de apelación medida cautelar*”.
- CNCCF, Sala III (Argentina) 5 de noviembre de 2008 “*De Grazia, Jazmín c/ Yahoo de Argentina S.R.L. y otro s/ medidas cautelares*”. Causa N°3247/06.
- CNCCF, Sala III (Argentina), Resolución del 17-6-2008, “*Crivocapich, Priscilla c/ Google Inc y otro s/medidas cautelares*”.
- CSJN (Argentina), Sentencia del 28/10/2014 “*Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios*” - R.522. XLIX.
- SCBA (Argentina), Sentencia del 6 de noviembre de 2012 “*Machinandiaarena Hernández Nicolás c/Telefónica de Argentina s/reclamo contra actos de particulares*” C. 109.005.
- STJ Jujuy (Argentina), Sentencia N°53629, junio 28, 2005 “*Sm y Lem de M c. Jujuy Digital y/o Jujuy.com y Omar Lozano (ordinario por daños y perjuicios)*”. ED 11/10/05, N°11.360 Año XLII.

Las razones del castigo retributivo. ¿Alternativas a los juicios de lesa humanidad?

*Gustavo A. Beade**

Resumen

La reapertura de los juicios contra los militares después de la decisión de la Corte Suprema de Justicia (“Simón”) inició un debate largo e interesante sobre su conveniencia. Muchos críticos de los juicios comenzaron a pensar en otras posibilidades (por ejemplo, en comisiones de la verdad). Argumentan que si seguimos el camino de los juicios penales vamos a renunciar a la verdad y además no van a ser útiles para restaurar las bases de la comunidad. Estos argumentos son muy interesantes, pero no son convincentes. En este artículo sostengo que hay razones para defender y justificar los juicios penales y para castigar a los autores por los delitos que cometieron. En la primera parte del trabajo voy a defender los juicios penales de algunos de estos críticos. En la segunda parte intento presentar algunas reflexiones sobre un tipo de retributivismo que podría ajustarse a los nuevos juicios en Argentina.

Palabras clave: Juicios penales, retribución, comisiones de la verdad, castigo penal.

* Investigador del Instituto A.L. Gioja. Doctor en Derecho (UBA). Profesor de Filosofía del Derecho (UP) y Jefe de Trabajos Prácticos del Departamento de Derecho Penal (UBA). Becario Doctoral del CONICET (2012/2014). Becario del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) en la Universidad de Kiel (2009-2011). Investigador visitante en la Universidad de Heidelberg (2013-2014). Visiting Scholar, Rutgers University (2014); gbeade@derecho.uba.ar. Este trabajo forma parte del proyecto de investigación DeCyT “La reconstrucción de la memoria comunitaria a través de los juicios por delitos de lesa humanidad: ¿el único camino posible?”. Quisiera agradecer por los comentarios y sugerencias a Fernando Gauna Alsina, Belén Gulli, Gonzalo Penna y Santiago Roldán y un árbitro anónimo de la revista.

Reasons of retributive punishment I ¿Alternatives to the trials against humanity?

Abstract

The reopening of the trials against the military after the decision of the Supreme Court (“Simón”) started a long and interesting debate about its convenience. Many critics of the trials began to think on other possibilities (e.g. truth commissions). They argue that if we follow the path of the criminal trials we will resign truth and that they will not serve to restore the bases of the community. These arguments are very interesting but unpersuasive. In this paper I argue that there are reasons to defend and justify the criminal trials and to punish the perpetrators for their committed crimes. In the first part of the work I will defend the criminal trials from some of these critics. In the second part I attempt to present some rumination about a type of retributivism that would fit with the new trials in Argentina.

Keywords: Criminal trials, retribution, truth commissions, criminal punishment.

La reapertura de los juicios contra los militares luego de que la CSJN declarara inconstitucional las leyes de obediencia debida y punto final (en el fallo “Simón”) ha generado debates sobre la conveniencia de retomar el camino interrumpido por estas normas dictadas en 1987. Las opiniones en torno a esta posibilidad son variadas. Mientras que algunos de los críticos señalan las dificultades intrínsecas de los juicios penales para averiguar la verdad, otros afirman que los procesos penales y el derecho penal no sirven para reconstruir las bases de una comunidad democrática luego de las violaciones a derechos humanos y el horror atravesado. Sin embargo, estos argumentos, en contra de los juicios, no me parecen persuasivos. Creo que hay razones para defender y justificar los juicios penales y los eventuales castigos para quienes cometieron estos delitos. Mi propósito en este ensayo está dirigido a discutir algunas de esas críticas y defender, modestamente, algunos aspectos de los juicios penales.

En la primera parte de este trabajo me ocupo de criticar estas propuestas alternativas y ofrecer una justificación para la continuidad de los juicios penales en Argentina. Creo que, en nuestro contexto, los juicios penales tienen una importancia que no es valorada por estos comentaristas. Mi objetivo es, en primer lugar, destacar el valor de los juicios penales. En segundo lugar, intento argumentar que, de acuerdo a las circunstancias que nos tocaron vivir, no es posible pensar en una alternativa al castigo criminal. Desde la reapertura de los juicios de lesa humanidad, los juicios penales han sido criticados porque, según una opinión corriente, sólo pretenden satisfacer los deseos de venganza de las víctimas y sus familiares. Este cuestionamiento se basa en la idea de que estos procesos son puramente retributivos, *i.e.* que sólo tienen como finalidad imponer un mal contra todos aquellos que causaron males previamente. Esta afirmación se refuerza con la idea de que, si seguimos este criterio, los juicios penales contra los militares y sus partícipes no van a concluir en mucho tiempo. La extensión de estos procesos de inculpación y condena, dicen estos críticos, sólo contribuirá a la profundización de la brecha que divide, desde hace tiempo, a nuestra comunidad. Creo que esta caracterización de la finalidad de los juicios de lesa humanidad y, en particular, del retribucionismo es equivocada. En la segunda parte de este trabajo me encargo de cuestionar algunas de estas afirmaciones sobre el castigo retributivo e intento mostrar que esta tesis tiene más funciones que las de devolver un mal.

1. La reconstrucción de la comunidad. ¿Por qué mirar a Sudáfrica?

El modo en el que decidimos reconstruir nuestra memoria comunitaria es dependiente de las circunstancias del lugar del que hablamos. Creo que cada lugar debe decidir cuál es la solución plausible para resolver su propio pasado. Las comunidades toman decisiones, a veces cuestionables, tendientes a lograr la reconstrucción de la memoria y conocer la verdad luego de atravesar un pasado turbulento. Estos largos procesos que se construyen, mayormente en períodos democráticos, conocen dos caminos concretos. Por un lado, están los juicios penales. Por el otro, la constitución de comisiones de la verdad. La decisión de implementar juicios penales fue tomada por

Argentina con el retorno de la democracia.¹ Tuvo su inicio con la decisión de enjuiciar a los comandantes con el regreso de la democracia impulsada por la administración del Presidente Alfonsín. Luego de la resolución del caso “Simón” la continuación de los juicios vuelve a presentarse como la decisión correcta y obvia, después del indulto y las leyes de obediencia debida y punto final. Sin embargo, por diferentes razones,² muchos teóricos y expertos han comenzado a manifestar críticas a los juicios y simpatías por ciertas modalidades de las comisiones de la verdad, citando como ejemplo, aquello ocurrido en Sudáfrica.³ Optar por este camino, dicen estos teóricos, nos permitiría, en una ponderación hipotética, favorecer un grado mayor de verdad por sobre la justicia que obtenemos de los juicios y castigos penales. Mientras los juicios penales son ineficaces para conseguir la información, que nos permitiría acercarnos a la verdad de lo ocurrido durante la dictadura, las comisiones de la verdad se acercan bastante más a este ideal.⁴ Según este argumento, la información que pudiera obtenerse mediante la participación de los perpetradores en las comisiones de la verdad sería importante para conducirnos a encontrar a los desaparecidos y entender las razones de las acciones militares. La escasa información obtenida durante los juicios penales y la aparente distancia que existe entre las condenas y la verdad, a la que aspiran estas críticas,

1. Existe una tercera posición que sostendría que bastaba con la realización de los primeros juicios. Sería, probablemente, la posición de quienes apoyaron las leyes de obediencia debida y juicio final. Esta posición sería consistente si no hubiera habido un indulto posterior. La decisión, no consensuada, del indulto, debería modificar el argumento. [Agradezco a Belén Gulli por obligarme a hacer esta aclaración.]

2. Un reparo sobre la plausibilidad de los juicios es que ha transcurrido un tiempo que excede el establecido por la ley penal para perseguir estos crímenes. Este cuestionamiento implica separar dramáticamente al derecho de la moral. Este argumento puede verse principalmente en Pastor, Daniel, *Tendencias. Hacia una aplicación más imparcial del derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2012.

3. Cfr. entre otros Gargarella, Roberto, “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman”, paper presentado en el SELA 2013. Disponible en: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf.

Hilb, Claudia, *Usos del Pasado*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013, y Hilb, Claudia, Zalazar Philippe-Joseph y Martín, Lucas (eds.), *Les Humanidad. Argentina y Sudáfrica: reflexiones después del Mal*, Buenos Aires, Katz Editores, 2014.

4. Hilb, Claudia, *Usos del pasado*, op. cit., pp. 93-94.

debilitan la opción del castigo. Sin embargo, algunas decisiones de tribunales internacionales⁵ han intentado desterrar la posibilidad de recurrir a comisiones de la verdad asegurando que es necesario evitar la impunidad de violaciones a derechos humanos como las ocurridas, por ejemplo, en Uruguay. Según estas sentencias, la impunidad sólo se evita mediante el juicio y el castigo de quienes fueron responsables de esas perpetraciones.⁶

Creo que la reconstrucción de la memoria de la comunidad puede alcanzarse de distintos modos. Sudáfrica ha sido una muestra de que esto puede ocurrir, satisfactoriamente, mediante la creación de comisiones de la verdad. Uruguay también es un buen ejemplo para considerar que los juicios penales no son la mejor solución para rever su pasado.⁷ Sin embargo, pienso que las experiencias comparadas, *e.g.* las comisiones de la verdad, nos sirven sólo para pensar aquello que podría implementarse complementariamente en nuestro país, o en otras ocasiones. No creo que los juicios penales y los castigos sean la única opción para resolver cuestiones de pasados turbulentos. Entiendo que los juicios penales en Argentina no deberían ser reemplazados por otras alternativas. Nuevamente, creo que cada lugar

5. *e.g.* el caso “Gelman” decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

6. Una gran cantidad de trabajos críticos sobre esta jurisprudencia internacional puede encontrarse en Pastor, Daniel (dir.), *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013.

7. Allí, la Ley N°15.848, de *Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado* (“Ley de Caducidad”) que fue promulgada el 22 de diciembre de 1986 impedía que fueran llevados a juicio quienes habían cometido graves violaciones de derechos humanos durante la dictadura militar. El 2 de mayo de 1988, la Suprema Corte de Justicia (SCJ) uruguaya se pronunció respecto de la Ley de Caducidad y sostuvo su constitucionalidad. Con posterioridad a esta ratificación judicial, la ley resultó puesta bajo escrutinio popular en dos oportunidades: la primera, a través de un referéndum, organizado por una Comisión Nacional Pro Referéndum creada en 1987. El escrutinio se realizó en abril de 1989 y con él se propuso derogar los primeros 4 artículos de la Ley de Caducidad. La ley, sin embargo, fue sostenida por el 56,65% de los votos. Años después y ya con el Frente Amplio en el poder, la ciudadanía llegó a juntar 340.000 firmas (más de las 260.000 necesarias) para hacer un plebiscito sobre la norma objetada. El plebiscito se terminó realizando el 25 de octubre de 2009 y en él se propuso anular y declarar inexistentes a los primeros 4 artículos de la Ley 15.848. Los votos a favor de la invalidación de la ley llegaron aproximadamente al 48%, con lo cual mantuvo su vigencia.

debe poder decidir cuál es la alternativa más plausible, y adecuada, para sus propias circunstancias.⁸ Me parece que los juicios son la opción elegida por Argentina y es necesario defenderlos y mejorarlos. Este es el argumento que voy a sostener durante el trabajo. Sin embargo, antes me ocupé de criticar la versiones que, enfáticamente, cuestionan los juicios penales y defienden opciones como las de Sudáfrica.

2. Los juicios y la pérdida de la verdad

Uno de los argumentos más sólidos sobre la conveniencia de continuar con los juicios penales está en el trabajo de Claudia Hilb. Desde una visión retrospectiva, Hilb afirma que haber optado por los juicios penales implicó sacrificar la posibilidad de acercarnos a la verdad.⁹ Esta afirmación tiene muchas derivaciones posibles. Particularmente, el argumento que me interesa reconstruir es el siguiente: según dice Hilb, el establecimiento de juicios penales es el antecedente más claro del silencio de los perpetradores. Es la amenaza del castigo, implícita en los juicios, lo que condicionó y obligó a los militares a guardar un silencio absoluto desde el regreso de la democracia. Además, la posibilidad de que los militares pudieran autoinculparse durante el proceso era un precio demasiado elevado que nadie quiso pagar. Hilb intenta reforzar su argumento citando el caso de Adolfo Scilingo. Luego de la ley de obediencia debida y punto final y del indulto decretado en 1990, Adolfo Scilingo, en una entrevista con el periodista Horacio Verbitsky, relató, de un modo detallado, su intervención en los llamados vuelos de la muerte, en la que desde aviones de la Armada, prisioneros con vida, fueron

8. Esto implica que defendiendo decisiones como las de Uruguay, ver: Malamud Goti, Jaime & Beade, Gustavo A., “El problema con la memoria: el caso de Uruguay”, en Galain Palermo, Pablo (ed.), *¿Justicia de Transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015 (en prensa). Admito que estoy simplificando, quizá demasiado, procesos políticos muy complejos que, difícilmente pudiera explicar en detalle. Sin embargo, mi argumento pretende mostrar que, debido a lo dificultoso y complejo que resultan los procesos transicionales, no existe una única solución correcta para todos los casos.

9. Hilb, Claudia, *Usos del pasado*, op. cit., p. 94. Si bien, también reconoce que en Sudáfrica la opción por las comisiones por la verdad supuso la pérdida de cierto grado de justicia.

arrojados al mar. La imposibilidad de ser juzgado en Argentina, no impidió que el juez español Baltazar Garzón lo citara a declarar en España donde luego fue condenado a 640 años de prisión por la comisión de crímenes de lesa humanidad.

La condena de Scilingo en España sirvió para disuadir a cualquiera que pudiera intentar un camino similar. Pese a que en nuestro país la condena fue celebrada, según Hilb, esto impidió que otros involucrados pudieran continuar aportando información y reconociendo su participación en distintas actividades criminales. Esta interpretación de Hilb no me parece convincente. Creo que el silencio obedece a otras circunstancias que ella menciona en su trabajo. Pero vayamos por partes. Primero voy a analizar el argumento de la disuación.

La relación que hace Hilb entre la amenaza del castigo y el silencio de los perpetradores encierra un interrogante demasiado amplio que, en cierto modo, la debilita. Si entendí bien, la idea es que si no hubiéramos seguido el camino del juicio y el castigo hubiera habido más militares dispuestos, por diversas razones, a contar aquellas actividades en las que participaron. Habría habido más información y, quizá, hubiéramos podido acercarnos más a la verdad. Probablemente, habríamos conocido el destino de las personas desaparecidas o hubiéramos podido encontrar cuerpos enterrados sin una identificación en lugares todavía no descubiertos.¹⁰ Sin embargo, la opción planteada por Hilb, lejos de ser una hipótesis o un argumento contrafáctico es algo que, en los hechos, no ocurrió.

Poco tiempo después de la sanción de la leyes de obediencia debida y punto final y hasta la reapertura de los juicios penales, es decir entre 1987 y 2005 los perpetradores no eran perseguidos penalmente. Más aún, después de 1990, muchos de ellos tampoco estuvieron encarcelados. Sin embargo, durante todo ese tiempo no hubo confesiones ni información relevante que pudiera acercarnos a conocer la verdad de lo ocurrido. Es más, podría decir que sólo ocurrió lo contrario a lo que Hilb imagina: una reivindicación de lo sucedido durante la dictadura y una falta de arrepentimiento que es impor-

10. Este argumento es diferente al que plantea, en un trabajo reciente, Claudio Tamburrini. Según Tamburrini, la avanzada edad de los perpetradores y la nula información obtenida en los juicios sobre el destino de los desaparecidos nos obligaría a iniciar negociaciones con los militares enjuiciados. Con más detalles ver Tamburrini, Claudio, “Trading Truth for Justice?”, *Res Publica* 16:153 (2010).

tante para cuestionar la idea reconciliadora de las comisiones de la verdad. Muchos militares y policías tuvieron posibilidades de expresar sus opiniones libremente y, en esas oportunidades, sólo aprovecharon para defender sus conductas y enmarcar la dictadura como una “guerra contra la subversión”.¹¹ Estas circunstancias sólo arrojan aún más dudas sobre el planteo optimista de Hilb. Si no hubo información cuando había una garantía legal de que no iba a haber enjuiciamiento, no hay razones para pensar que ahora, 30 años después, pudiera haber nuevos datos o probables arrepentimientos. Esto nos lleva a pensar que si es correcto que los juicios penales y las posibles condenas nos acercan (al menos) a la justicia, como lo sugiere Hilb, tendríamos que preguntarnos si tenemos razones para resignar esta ideal a cambio de la incertidumbre que se percibe en su planteo. Además, aun si compartimos el ideal de verdad que defiende Hilb, su implausibilidad nos debería llevar a pensar en el ideal de justicia, al menos como un segundo mejor. ¿Por qué descartar los juicios penales y el ideal de justicia tan rápido?

Hilb le atribuye al castigo penal la responsabilidad por el silencio de los perpetradores. Quizá esto se deba a una interpretación del castigo retributivo demasiado cercano a la venganza. Así, este razonamiento sólo tiene en cuenta el mal que devolvemos a los perpetradores por el mal causado.¹² De esta tesis de la retribución no se desprende ningún beneficio para el resto de la comunidad. Creo que esta interpretación es limitada y me encargo más adelante de cuestionarla. Por otra parte, en el argumento de Hilb está escondida la verdadera razón del silencio. Antes de referirse a la situación de Scilingo, Hilb dice: “¿Quién, de entre los militares o sus cómplices, estaría dispuesto a pagar el precio no sólo del ostracismo entre sus pares, sino de su propia inculpação?”¹³ Creo que la primera parte de la pregunta es la que responde, correctamente, al interrogante sobre el silencio de los perpetradores. Es el miedo al ostracismo, al cuestionamiento entre sus pares,

11. Es posible recordar las intervenciones de Massera y Etchecolatz en televisión defendiendo su participación en lo que llamaban “una guerra”. También los comentarios de Julio Simón en algunos programas sobre distintos asuntos del país.

12. Así, por ejemplo, la caracterización de Martín Böhmer. Ver su trabajo “¿Puede ser que no haya una sola respuesta correcta?”, en Hilb *et al.*, *Les Humanidad. Argentina y Sudáfrica*, op. cit., pp. 122-123.

13. Hilb, Claudia, *Usos del pasado*, op. cit., p. 98.

lo que obliga a los militares a permanecer en silencio. Quizá, sólo es posible entender este tipo de comportamiento dentro del contexto de instituciones verticales y jerárquicas como las fuerzas armadas. Sin embargo, creo que es posible pensar en la importancia que tiene el honor en comunidades como las nuestras.¹⁴ Cuando apreciamos el compromiso “contra la lucha subversiva” que tuvieron las fuerzas de seguridad durante la dictadura es posible entender un poco más las razones de su conducta: por un lado, nadie quiere ser deshonrado por sus camaradas. Nadie está dispuesto, en ningún contexto, a ser acusado de traidor.¹⁵ Por otra parte, es probable que muchos de los miembros de las fuerzas de seguridad que intervinieron en la dictadura aún crean que hicieron lo correcto. Vuelvo sobre este último punto en la sección siguiente.

La incertidumbre que se vislumbra en los buenos deseos de Hilb, y de muchos otros, debilita severamente su argumento. Las probabilidades de que acusados o condenados brinden información o revelen su participación parece remota. Tampoco es convincente la idea de que hubo un momento en el que estaban dispuestos a decir algo. Sin embargo, el planteo de Hilb es bastante más complejo que lo que acabo de presentar. Me ocupo de otra parte importante de sus ideas en lo que sigue.

3. ¿La obturación del perdón? ¿Es posible la reconciliación sin arrepentimiento?

Otro argumento que emplea Hilb para cuestionar la relevancia de los juicios penales es que el castigo obtura la eventualidad del perdón, del arrepentimiento y de la reconciliación porque no excluye la posibilidad de asumir la responsabilidad. Según Hilb, en los juicios penales, la intervención del acusado perjudica sus propios intereses. Cualquier relato o descripción

14. Un argumento similar es desarrollado en Malamud Goti, Jaime, *Game Without End: State Terror and the Politics of Justice*, Oklahoma, Oklahoma Press, 2008.

15. Ver por ejemplo la discusión en torno al “traidor a la patria” que establece la Constitución Nacional. Malamud Goti, Jaime, “A propósito de una sentencia bien intencionada”, *Nueva Doctrina Penal* (2000/B); Sancinetti, Marcelo, “Las leyes argentinas de impunidad y el art. 29 de la Constitución de la Nación Argentina”, en *Dogmática y Ley Penal - Libro Homenaje al Profesor Enrique Bacigalupo*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

de hechos que ofrezca el acusado sólo logra aumentar su culpabilidad y su posterior castigo. Hilb tiene razón en destacar las limitadas posibilidades que tienen los juicios penales actuales para favorecer la intervención en el proceso de los acusados. El modo en que pensamos los juicios penales tiene la acotada finalidad de determinar si alguien es culpable o inocente. No entran en juego otras consideraciones al momento de enjuiciar a alguien penalmente. Tengo la impresión de que para pensar cuál debería ser la finalidad de los juicios penales hay que tener alguna mínima idea de las razones por las cuales vamos a castigar a alguien.¹⁶ Si bien, no pretendo aquí ensayar una justificación del castigo penal, creo que, dentro de un contexto democrático, castigar a otro tiene como fin último la reincorporación del ciudadano a la comunidad a la que pertenece. Debemos intentar recuperar lo más rápido posible a un individuo que cometió un error. Para eso, es necesario *inter alia* que quien recibe el castigo efectúe un aporte para lograr reconciliarse con el resto de la comunidad *arrepintiéndose* de lo que hizo.

El juicio penal debería ser el momento indicado para que el acusado explique el hecho por el que se lo acusa, brinde razones que justifiquen su comportamiento y también información útil para aclarar lo que ocurrió. El juicio también debería ser el momento en el que, luego de reflexionar acerca de lo que hizo, el acusado se arrepienta de lo que hizo. No intento con esto sugerir que debemos construir obligaciones legales que exijan el arrepentimiento ni la confesión; tampoco creo que debemos obligar al acusado a colaborar con la investigación. En cambio, pienso que debemos establecer normas morales que construyan en nuestras comunidades democráticas la obligación de arrepentirse por las lesiones que causamos contra intereses de nuestros conciudadanos. La censura y el reproche de las conductas prohibidas son dos actos que se concretan cuando llamamos a alguien a rendir cuentas en un juicio. Cuando un acusado acude a rendir cuentas ante sus pares, tiene la oportunidad para reconocer sus errores y aclarar lo que desea aclarar. También es el momento en el que un acusado pueda enfrentar a testigos y víctimas del hecho que cometió. Esta circunstancia también le permitiría

16. Esto, nos advierte Víctor Tadros, es una de los problemas más antiguos y complejos de la filosofía del castigo. Cfr. Tadros, Víctor, *The Ends of Harm: The Moral Foundations of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

reflexionar sobre lo que hizo. De nuevo, creo que los juicios podrían tener esa misión.

Pero volvamos por un momento al argumento de Hilb. La pregunta que habría que responder se vincula con las obligaciones que tenemos en una comunidad para poder lograr la reconciliación luego del horror. Hilb cree que los juicios penales son un obstáculo para la reconstrucción de la comunidad. Su argumento es que no es posible reconciliarnos con la amenaza del castigo de por medio. Tengo la intuición contraria: creo que sería difícil reconciliarnos si, al menos, no hubiera un reproche de por medio. Sería extraño pensar que alguien pudiera venir a mi casa, romper todo lo que encuentra a su alcance, y yo sólo atinara a decir “destrozaste mi casa, pero no te culpo por ello”. La inculpación es la base que constituye a nuestras comunidades.¹⁷ Las violaciones a los derechos humanos ocurridas durante la dictadura militar hacen aún más complejo entender correctamente el argumento de Hilb. Si bien ella podría decir que hubo juicios y castigos en los juicios a los comandantes de 1985 y que estos nuevos juicios no son conducentes para los objetivos que tendríamos que tener ahora, *i.e.* averiguar la verdad, creo que hay razones para pensar lo contrario. Vuelvo sobre algo que mencioné en el apartado anterior. Si durante el período en el que los perpetradores no estuvieron amenazados por el castigo penal sólo intentaron reivindicar aquello que hicieron, y desconocieron los juicios y los testimonios de las víctimas, creo que tenemos una razón para pensar que abandonar estos juicios es muy similar a garantizarles un grado elevado de impunidad. Por otra parte, me interesa preguntarme: ¿qué razones tenemos para reconciliarnos con aquellos que creen que hicieron lo correcto?

La reconciliación requiere que quienes están enfrentados dejen de lado sus posiciones y logren un acercamiento. Esto no siempre es sencillo. De nuevo, creo que los crímenes de los que estamos hablando requieren de algo más que “poner la otra mejilla”. En un trabajo reciente, Martín Böhmer afirma que la reconciliación es un intento de que los ciudadanos se encuentren

17. Contrariamente a lo que defienden autores como Carlos S. Nino creo que la importancia del reproche en comunidades como las nuestras es central para pensar la justificación del castigo. Ver este argumento en Beade, Gustavo A., “Retribución, Inculpación y ¿Perfeccionismo moral?”, en *Análisis Filosófico* (2015).

en un espacio que existe entre la culpa y la vergüenza.¹⁸ La culpa es de quien causó daños severos y la vergüenza es de las víctimas que sufrieron esos ataques. Según Böhmer, para que esto pudiera funcionar, las víctimas deben estar convencidas de que las disculpas del perpetrador son sinceras y que la descripción de los hechos ilegales es verdadera. El perpetrador debe tener la certeza de que la víctima no busca vengarse y que, al menos, va a considerar su arrepentimiento como un acto sincero o cercano. La explicación de Böhmer tiene el siguiente problema: poder encontrar un lugar entre la culpa y la vergüenza no implica que no debamos reprochar esas conductas que causaron daños graves hacia miembros de nuestra comunidad. El castigo, no necesariamente, obstruye la reconciliación. Es la inculpación y, tal vez, el castigo lo que da lugar a que el agresor reflexione sobre aquello que hizo y pueda, entonces, arrepentirse. La comunidad debe estar abierta a percibir esas señales y hacer esfuerzos por la reconciliación. Pero la reconstrucción de la comunidad sólo será posible si aquellos que causaron males graves a otros se arrepienten de lo que hicieron. Esto no es lo que sucede en el caso argentino.

Si hubiera un deber moral de arrepentirse podría explicarse sólo entendiendo que alguien está a gusto dentro de su comunidad y quiere volver a ella. Así, me preocuparía seriamente si mis amigos toman a mal mi ausencia en un festejo. Mi interés en seguir perteneciendo a esa pequeña comunidad de amigos me llevaría a arrepentirme de aquello que considero como un error. Debo reconocer que me equivoqué y que tuve la posibilidad de hacer lo que debí hacer.¹⁹ Quiero seguir siendo parte de ese grupo de amigos y por eso estoy dispuesto a reconocer mi equivocación y espero que los otros estén dispuestos a reincorporarme. Por su parte, en una comunidad política, sus miembros, deben escuchar todo aquello que el ciudadano acusado quiere expresar, así como también deben atender a su arrepentimiento. Luego de eso, debemos exigir que sea la propia comunidad la que recoja ese arrepentimiento y lo considere para reincorporar al ofensor como un conciu-

18. Böhmer, op. cit., p. 125.

19. Pertenecer a una comunidad del modo en que lo planteo en el texto implica un cierto grado de empatía, *i.e.* debo poder creer que a mí puede sucederme lo que le ocurrió al otro. Es decir que debemos admitir las posibilidades de que actúe equivocadamente. Si mi participación en la creación de ciertas reglas que rigen en la comunidad, no es que me conviene seguirlas, sino que son *mis* propias reglas y me identifico con ellas.

dadano que, simplemente, cometió un error. La reconciliación requiere de la participación necesaria del resto de la comunidad. En mi interpretación, es necesario exigir a la propia comunidad que tome en consideración ese arrepentimiento. La comunidad debe responder a la obligación que tiene de volver a reconocer al ofensor como uno de sus miembros. Esta obligación comunitaria implica reconocer que sus miembros pueden cometer errores y causar daños que afectan a otros conciudadanos. En este sentido, la comunidad debe respetar el trato con igual consideración y respeto que le debe al ofensor para que, luego de cumplido el castigo, su reincorporación sea absoluta. No pretendo discutir en esta instancia si el arrepentimiento debería reducir o alterar el castigo que debe recibir el ofensor.²⁰ Mi punto se vincula con el hecho de que luego de que una persona es condenada criminalmente, su reincorporación a la comunidad debe ser total y su situación debe retrotraerse al momento anterior al castigo. No hay deudas pendientes entre nosotros (comunidad y ofensor) que posibiliten algún tipo de trato diferente. En ese sentido, el arrepentimiento y la reconciliación deberían ser obligaciones morales de todos los miembros de una comunidad. En otras palabras, así como el ofensor debería arrepentirse, si esto ocurre, la comunidad debe reconciliarse con él. Sin embargo, y como ocurre en este caso, sin arrepentimiento de los perpetradores no hay reconciliación posible.²¹

4. La importancia de estos nuevos juicios penales

Los juicios penales contra quienes intervinieron en la dictadura militar han tenido una gran repercusión en todo el mundo. El juicio a los comandantes, por ejemplo, ha sido de una importancia central para aquellas comunidades,

20. Mis intuiciones sobre el punto no son demasiado claras. Sin embargo, utilizar al arrepentimiento como un modo de lograr una reducción en el castigo contradiría el ideal moral que intento presentar y la importancia del vínculo entre el agresor y la comunidad que trato de mostrar en el texto. Le agradezco a Santiago Roldán por obligarme a aclarar esta cuestión.

21. Con más detalles ver Beade, Gustavo A., “Vivir para ser castigado: arrepentimiento y reconciliación en una comunidad democrática”, en Juan M. Mocoora (ed.), *Justicia Transicional: logros, desafíos y problemas*, Didot, 2015 (en preparación); y Beade, Gustavo A., “Arrepentimiento, castigo y reconciliación en una comunidad democrática”, *Revista Pensamiento Jurídico* N°38, Universidad Nacional de Colombia, 2013.

en particular las latinoamericanas, que aún aspiran a resolver su pasado turbulento. La pregunta que habría que responder es si estos nuevos juicios (*post-fallo Simón*) tienen una importancia similar. Creo que sí y que también tuvieron, tienen y van a tener efectos políticos muy importantes sobre los ciudadanos.²² Carlos Nino destaca que la importancia de los juicios penales radica en la posibilidad de la participación ciudadana en ellos. Los ciudadanos pueden ir y participar de las audiencias escuchando, directamente, testimonios de víctimas, perpetradores y formarse, eventualmente, su propia opinión de aquello que allí sucede. No hay intermediarios que puedan modificar aquello que los ciudadanos pueden apreciar directamente. Este fue uno de los fundamentos que explicara Nino para justificar la importancia de las decisiones que tomaron en 1984.²³ Sin embargo, a diferencia de los juicios llevados a cabo hasta 1987, que sólo tuvieron lugar en Buenos Aires, los nuevos juicios se llevan adelante en todo el país. La participación de jueces, fiscales y defensores del lugar donde ocurrieron los hechos es importante para que, en cada lugar, se perciba que los hechos ocurridos durante la dictadura son delitos que también sufrieron quienes no fueron torturados, asesinados o desaparecidos. Fue la propia comunidad la que sufrió esos hechos. Ya no se trata de pensar en situaciones que ocurrieron sólo en Buenos Aires sino que son hechos que sucedieron en muchas partes del país. A diferencia de lo que ocurre en Buenos Aires, en las provincias y en las ciudades pequeñas, la convivencia entre perpetradores y ciudadanos inocentes es mucho más estrecha. Tomando en cuenta estas circunstancias, es probable, que los juicios tengan ciertas particularidades que no las tienen los juicios que suceden en Buenos Aires.

Por otra parte, creo que los nuevos juicios refirman los principios de justicia que impusieron los juicios a los comandantes y que pulverizó el indulto.²⁴ La condena que recibieron los comandantes sirvió para reconocer

22. En este apartado intento responder a las preguntas que se hace Böhmer en su trabajo: *cf.* Böhmer, op. cit., p. 135.

23. Este argumento está Nino, Carlos, *Radical Evil on Trial*, New Haven, Yale University Press.

24. Dejo de lado aquí las leyes de obediencia debida y punto final porque creo que respondieron, en algún modo, al plan original ideado por Nino y Malamud Goti: limitar la responsabilidad sólo a los altos mandos de las fuerzas armadas. En este sentido, ver Malamud Goti, Jaime/Entelman, Ricardo, "La 'ley de punto final'. Respuesta al Profesor Julio Maier", en *Doctrina Penal* N°38, 1987, p. 339 y ss.

que hubo una cantidad de delitos cometidos durante la dictadura que deben ser castigados en un estado democrático. Entre otras cosas, ese juicio sirvió para establecer que entre 1976 y 1983 no hubo una guerra sino que hubo un grupo de personas que violaron la Constitución, tomaron el poder ilegítimamente y cometieron una gran cantidad de delitos. El indulto, que fue decidido sólo por el presidente Menem, intentó lograr la reconciliación nacional sin que las condenas hubieran concluido. Este mensaje reconciliador implica, de algún modo, cuestionar el mensaje que surgió de los juicios.

Existen otra circunstancias importantes de los nuevos juicios penales. Por un lado, ha sido posible acusar y castigar a militares y miembros de las fuerzas de seguridad que habían quedado excluidos de los juicios anteriores debido a la ley de obediencia debida. Así, generales y comisarios han sido enjuiciados y castigados por los crímenes que cometieron directamente u ordenaron llevar a cabo. Las acusaciones contra estos agentes son importantes porque son impulsadas, individualmente, por las familias de los desaparecidos. Así, cada familia recibe, al momento de tratar su caso la atención del tribunal. Esta circunstancia es importante porque, en términos simbólicos, las víctimas y sus familiares pretenden que su caso particular sea atendido en un juicio penal. Si, además, en el juicio, quien torturó y asesinó a su familiar es condenado, la víctima tiene la certeza de que alguien se encargó de su asunto y la trató con igual consideración y respeto. Los acusados también han tenido la posibilidad de confrontar los testimonios de las víctimas y de los testigos de las acusaciones que deben enfrentar por vejaciones, torturas y otros delitos más graves.

Estos juicios han permitido, también, el descubrimiento de la comisión de nuevo delitos y de la intervención de nuevos agentes. Algunos de estos agentes, incluso, no pertenecen a ninguna fuerza de seguridad. Estas dos circunstancias pueden ser problemáticas. Es posible que nuevos juicios o nuevas acusaciones amplíen significativamente los sujetos inculpadados o investigados penalmente. Esto, sin duda, tiene grandes problemas que no puedo enfrentar aquí. Sin embargo, por el momento, esto es sólo una posibilidad. No hay una cantidad importante de civiles involucrados en los juicios en curso. Por otra parte, aun si hubiera una cantidad incalculable de civiles esa no es, *a priori*, una razón para no avanzar con nuevas investigaciones. Si ese hubiera sido el criterio en 1983 no hubiera habido ningún juicio penal. Lo que sí creo que es que hay que determinar concretamente quién participó en la comisión de un delito y quién no. Empero, esto no deja de ser algo complejo.

La venganza no ha sido el motivo que origina estos nuevos juicios. Creo que, como señalé anteriormente, la interrupción del cumplimiento de las condenas a través del indulto y las conductas de los condenados al ser liberados contribuyeron con la necesidad de reafirmar que aquellos eran delitos que no podemos olvidar. Vengarse hubiera implicado tomar medidas de otra índole. Es cierto que el castigo conlleva sentimientos de venganza que no podemos explicar.²⁵ Sin embargo, defender un tipo de castigo retributivo, no necesariamente implica basarse con exclusividad en estos sentimientos.²⁶ Creo que es posible pensar el castigo retributivo en otros términos. Me encargo de presentar esta tesis en lo que sigue.

5. Castigo y retribución

Existen muchas razones para pensar que la imposición de un castigo penal a otro sólo es un acto de venganza en el que el Estado únicamente interviene para garantizar cierto grado de proporcionalidad, *i.e.* asegurar que no ocurran castigos desmedidos. En su forma más cruda, la máxima “ojo por ojo, diente por diente” expresa nuestra intuición de que, quienes sufren a mano de otro, tienen el derecho de reconducir el sufrimiento que padecen a donde este se originó.²⁷ La teoría del castigo que mejor representa ese ideal es el retribucionismo. Según los manuales y los textos con los que estudiamos la retribución, en su versión más conocida (la versión kantiana), implica la devolución de un mal a ese mal causado previamente. Esta modalidad faculta al Estado a castigar al delincuente y le impone el deber de hacerlo de acuerdo con (y en la medida de) su culpabilidad. Esta versión kantiana

25. Mackie, J. L., “Morality and the Retributive Emotions”, *Criminal Justice Ethics* 3, 1982 (Winter/Spring).

26. La venganza aparece como la primera opción disponible cuando pensamos el castigo en términos retributivos. Sin embargo, también es posible pensar que la retribución ha tomado otras formas que lo alejan de ese ideal tradicional. Creo que construir a la retribución en esos términos, como lo hacen autores tales como Carlos S. Nino, implica cimentar un muñeco de paja que puede ser derribado con cierta facilidad. En cambio, es más difícil considerar que quienes defienden, en la actualidad, ciertos ideales retributivos toman en cuenta las consecuencias de castigar a otro y se diferencian del retribucionismo tradicional o retribucionismo *puro*.

27. Malamud Goti, “A propósito de una sentencia bien intencionada”, *op. cit.*, p. 496.

se basa en el principio de igualdad entre las personas que obliga al Estado a tratarlos según se lo *merecen* siguiendo el principio “a cada cual su culpabilidad”.²⁸ Este principio implica, además, que todos los culpables deben ser castigados. Esta afirmación supone que no es posible elegir quiénes deben ser castigados y quiénes no. En esta versión kantiana del retribucionismo las víctimas no pueden tener ningún derecho a exigir que se castigue a sus perpetradores. Las víctimas no tienen ningún interés legítimo que el Estado tuviera que seguir. El interés de las víctimas podría estar presente en otro tipo de retribucionismo que podría llamar “de las víctimas”. En este tipo de retribución, las víctimas tienen un interés legítimo en que sus agresores sean castigados y el Estado tiene la obligación de satisfacer esa demanda y castigar a todos los culpables. La comisión del delito ha colocado al criminal en una situación de superioridad respecto de sus víctimas y por esta razón los jueces deben asegurarle a las últimas la realización de su derecho al castigo del transgresor.²⁹

Las críticas al castigo retributivo de los juicios de lesa humanidad se basan en una combinación de ambas tesis. Sin embargo, apelar a una tesis invalida la posibilidad de recurrir a la otra. No quiero analizar esta cuestión aquí.³⁰ En cambio, voy a cuestionar el modo en que los críticos del retribucionismo construyen a la teoría como un hombre de paja para ser derribado sin demasiado esfuerzo. Pensar en el castigo en términos retributivos quizá no quiera decir lo mismo que hace algún tiempo atrás. En general, la idea de retribución *pura*, esto es, que el castigo debe imponerse según lo que merece cada uno por lo que hizo, no es representada por lo que se ha denominado el renacimiento del retribucionismo.³¹ Actualmente, el retribucionismo es una tradición o un grupo de teorías que comparten algunas similitudes.³²

28. Malamud Goti, “A propósito de una sentencia bien intencionada”, op. cit., pp. 494-496.

29. Ídem.

30. Ver Malamud Goti, “A propósito de una sentencia bien intencionada”, op. cit., y Sancinetti, op. cit. p. XX.

31. Esta idea de la retribución es aún presentada en trabajos actuales. Cfr. Tadros, Victor, op. cit. Sobre el renacimiento del retribucionismo ver Duff, Antony & Garland, David, *A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 1994.

32. Husak, Douglas, “Retributivism *in extremis*”, 32 *Law and Philosophy* 3, 2013, p. 4.

Filósofos del castigo y teóricos penales optan por versiones alteradas de aquel ideal retributivo, también en la actualidad.³³ En este sentido, castigar a alguien bajo el rótulo de retribucionismo requiere de una explicación adicional.

Castigar a alguien tiene la finalidad de que la comunidad exprese la desaprobación de un acto, en principio, prohibido. De este modo, castigamos para señalar que teníamos un acuerdo en el que establecimos que eso no era lo que íbamos a hacer. Llegamos a ese acuerdo comunitario en el que todos participamos y por eso, esa regla no debía ser violada. Castigar a otros es una forma de expresar nuestras emociones reactivas. En este sentido, el castigo es un modo de dar razones que expresan sentimientos de resentimiento, indignación, además de ser un juicio de reprobación y desaprobación de una conducta.³⁴ La expresión de la desaprobación y la censura que implica castigar a alguien tiene como finalidad que la comunidad le comunique al ofensor que ese acto está prohibido. Además, el castigo le recuerda el mal que infligió a otros mediante una conducta que es incorrecta.³⁵ Este componente comunicativo es una característica definitiva del castigo y, en parte, lo distingue de meros actos de venganza en donde la finalidad de causar un mal como respuesta a otro es todo lo que uno desea.³⁶

Castigar tiene, como puede apreciarse, al menos dos finalidades: en primer lugar una dirigida hacia al ofensor que requiere aceptar su error además de llevarlo a reflexionar con el objetivo de lograr su arrepentimiento y la reparación del daño, de ser eso posible. Por el otro lado, la segunda finalidad que tengo en mente se relaciona con la víctima y la comunidad. Es

33. Con más detalles en Beade, Gustavo A., "Las razones del castigo retributivo II. Retribución y comunicación" (MS).

34. Feinberg, Joel, "The expressive function of punishment", en *Doing and Deserving, Essays in the Theory of Responsibility*, New Jersey, Princeton University Press, 1970, p. 98.

35. Morris, Herbert, "A Paternalistic Theory of Punishment", *American Philosophical Quarterly*, Vol. 18, N°4 (oct. 1981), p. 268. Esto también es parte de la función expresiva del castigo según Feinberg, op. cit., 98. Sin embargo, no creo que la teoría del castigo tenga una función educativa, por argumentos que brindo más adelante. Esto difiere de otras teorías similares, comparar con Hampton, Jean, "The Moral Education Theory of Punishment", *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 13 No. 3, 1984., pp. 212 y 216.

36. Morris, op. cit., p. 264.

importante centrarnos en los miembros de la comunidad quienes toman en cuenta que el hecho prohibido es censurado y castigado. Sin duda que esto difiere bastante de la tradicional primera versión kantiana de “ojo por ojo, diente por diente”. Esta tesis que defiende se enrola en las llamadas teorías comunicativas que ven en la imposición de un castigo un proceso reformador y que aspira, a través de la censura y la inculpación, a la reconciliación del ofensor con la comunidad.³⁷

Esta forma de castigar tiene, como ya lo señalara, una forma compuesta de entender la idea de la inculpación. La imposición de un castigo obedece a la finalidad de expresar la reprobación de la comunidad al agresor, pero también de concentrarse en el resto de los ciudadanos, de su relación con el transgresor y de los vínculos que nacen con las reglas morales y legales. Entiendo que la expresión de la reprobación tiene un componente comunicativo relevante que no sólo se enfoca en el ofensor sino también vincula al resto de la comunidad. La expresión de la reprobación no sólo le comunica al agresor de una forma clara que lo que hizo era moral y legalmente incorrecto, sino que también se dirige al resto de la comunidad, cuyos miembros a partir de ese momento comienzan a tener ciertas obligaciones respecto del proceso que implica imponer un castigo.³⁸ Estas obligaciones no sólo incluyen el modo en que el ofensor es castigado sino, principalmente, la forma en que será recuperado para la comunidad.

De este modo, la inculpación no sólo es esencialmente retributiva, esto es, no se trata sólo de conseguir la imposición de una condena criminal sino también de tomar en cuenta la intervención, en el reproche, del resto de los miembros de la comunidad. Para ello es necesario tomar en consideración los sentimientos de las víctimas como miembros de la comunidad y no como un grupo aislado y desprotegido. Dentro de esta visión que ofrezco se vislumbran objetivos ulteriores como reconstruir una comunidad a través de la

37. Ver Morris, op. cit.; también Duff, R. A., *Punishment, Communication and Community*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

38. Esto difiere de lo que expresa Antony Duff, para quien expresión y comunicación no pueden entenderse conjuntamente. Según Duff, la expresión sólo se enfoca en el agresor y no en el resto de la comunidad. Entiende que en la expresión no hay diálogo, sólo reprobación. Ver Duff, R. A., *Trials and Punishment*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, p. 235. Decididamente en *Punishment, Communication, and Community*, op. cit., p. 79.

promoción de la reconciliación. El fin es lograr que el ofensor advierta el mal causado con su conducta, pero además que tenga una oportunidad para que él se arrepienta, se disculpe y repare su daño en la medida de lo posible.³⁹

6. Palabras finales

Para intentar vincular esta última parte con el comienzo del trabajo, creo que los juicios penales pueden cumplir, si bien en forma acotada, las funciones que le atribuyo al castigo penal. En particular, en los juicios de lesa humanidad, la comunidad, mediante sus representantes, expresan su rechazo a la conducta de los perpetradores. Los límites de este rechazo es un punto para seguir discutiendo. Habría muchas circunstancias particulares sobre los modos en los que se hacen efectivas esas condenas y sobre el trato que debemos darle a los condenados. Sin embargo, nada de los que ocurre en esos juicios es un acto de venganza. Creo que es importante pensar cuáles son aquellas consecuencias que son relevantes para el resto de la comunidad y cuáles son los intereses de las víctimas que son atendidos en los juicios. Defender estos procesos implica también hacer esfuerzos por intentar mejorarlos. Para eso es necesario seguir pensando sobre las razones para castigar a otro. Como sabemos, esto es uno de los grandes temas del derecho penal y la filosofía del castigo que, por supuesto, debemos seguir discutiendo.

39. Duff, *Punishment, Communication, and Community*, op. cit., pp. 79-80. Para Duff la disculpa y el arrepentimiento antes de su sentencia puede afectar el castigo que merece sólo en el caso especial en que ocurra inmediatamente e íntimamente conectado con el mal causado de un modo en que altere nuestro entendimiento de la seriedad del daño causado. Sin embargo, en general, el arrepentimiento no altera el merecimiento; ver Duff, "The Intrusion of Mercy", 4 *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2007, p. 384; también Tasioulas, "Where is the Love? The Topography of Mercy", en Cruft, Kramer & Reiff (eds.), *Crime, Punishment and Responsibility. The Jurisprudence of Antony Duff, The Jurisprudence of Antony Duff*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 46-49. En este sentido, Scanlon señala que la disculpa implica dejar al lado la inculpación o morigerarla; Scanlon, T. M., "Interpreting Blame", en Coates & Tognazzini (eds.), *Blame. Its Nature and Norms*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 94.

Bibliografía

- Beade, Gustavo A., “Arrepentimiento, castigo y reconciliación en una comunidad democrática”, en *Revista Pensamiento Jurídico* N°38, Universidad Nacional de Colombia, 2013.
- “Retribución, Inculpación y ¿Perfeccionismo moral?”, en *Análisis Filosófico*, 2015.
- Beade, Gustavo A., “Vivir para ser castigado: arrepentimiento y reconciliación en una comunidad democrática”, en Juan M. Moco-roa (ed.), *Justicia Transicional: logros, desafíos y problemas*, Didot, 2015 (en preparación).
- Böhmer, Martín, “¿Puede ser que no haya una sola respuesta correcta?”, en Hilb, Claudia, Zalazar Philippe-Joseph y Martín, Lucas (eds.), *Les a Humanidad. Argentina y Sudáfrica: reflexiones después del Mal*, Buenos Aires, Katz Editores, 2014.
- Duff, Antony & Garland, David, *A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 1994.
- Duff, R. A., *Trials and Punishment*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986.
- *Punishment, Communication and Community*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- Duff, “The Intrusion of Mercy”, 4 *Ohio State Journal of Criminal Law* (2007).
- Feinberg, Joel, “The expressive function of punishment” en *Doing and Deserving, Essays in the Theory of Responsibility*, New Jersey, Princeton University Press, 1970.
- Gargarella, Roberto, “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman”, SELA, 2013.
- Hampton, Jean, “The Moral Education Theory of Punishment”, *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 13 No. 3, 1984.
- Hilb, Claudia, *Usos del Pasado*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013.
- Hilb, Claudia, Zalazar Philippe-Joseph y Martín, Lucas (eds.), *Les a Humanidad. Argentina y Sudáfrica: reflexiones después del Mal*, Buenos Aires, Katz Editores, 2014.
- Husak, Douglas, “Retributivism in extremis”, 32 *Law and Philosophy* 3, 2013.
- Mackie, J. L., “Morality and the Retributive Emotions”, *Criminal Justice*

- Ethics* 3, 1982 (Winter/Spring).
- Malamud Goti, Jaime/Entelman, Ricardo, “La ‘ley de punto final’. Respuesta al Profesor Julio Maier”, *Doctrina Penal* N° 38, 1987.
- Malamud Goti, Jaime, “A propósito de una sentencia bien intencionada”, *Nueva Doctrina Penal* (2000/B).
- *Game Without End: State Terror and the Politics of Justice*, Oklahoma, Oklahoma Press, 2008.
- Malamud Goti, Jaime & Beade, Gustavo A., “El problema con la memoria: el caso de Uruguay”, en Galain Palermo, Pablo (ed.), ¿Justicia de Transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015 (en prensa).
- Morris, Herbert, “A Paternalistic Theory of Punishment”, *American Philosophical Quarterly*, Vol. 18, N°4 (oct. 1981).
- Nino, Carlos, *Radical Evil on Trial*, New Haven, Yale University Press, p. XXX.
- Pastor, Daniel, *Tendencias. Hacia una aplicación más imparcial del derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2012.
- Pastor, Daniel (dir.), *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013.
- Tadros, Victor, *The Ends of Harm: The Moral Foundations of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- Tamburrini, Claudio, “Trading Truth for Justice?”, *Res Publica* 16:153, 2010.
- Sancinetti, Marcelo, “Las leyes argentinas de impunidad y el art. 29 de la Constitución de la Nación Argentina” en *Dogmática y Ley Penal - Libro Homenaje al Profesor Enrique Bacigalupo*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- Tasioulas, “Where is the Love? The Topography of Mercy”, en Duff, Cruft, Kramer & Reiff (eds.), *Crime, Punishment and Responsibility. The Jurisprudence of Antony*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- Scanlon, T. M., “Interpreting Blame”, en Coates & Tognazzini (eds.), *Blame. Its Nature and Norms*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

Los acuerdos en Derecho penal en Karlsruhe y Estrasburgo: análisis de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

*Leandro Dias**

Resumen

La práctica de los acuerdos en derecho penal presenta diversos problemas de legitimación en los sistemas jurídicos continentales. En el siguiente artículo el autor explora esos inconvenientes a partir de dos decisiones fundamentales. En los apartados II y III el lector podrá encontrar un resumen del debate jurídico sobre acuerdos en derecho penal que se ha producido en Alemania y un análisis de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, en la cual el Tribunal presentó su propia interpretación de la nueva ley alemana sobre acuerdos en materia penal. En el apartado IV, el autor examina una sentencia relativamente nueva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el tema. En la última sección, se ofrece una concisa reflexión.

* Abogado, Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente de la facultad de Derecho (UBA) en la asignatura Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal (cátedra prof. Dr. Marcelo A. Sancinetti). Esta investigación fue realizada en el marco de la asignatura “Derecho Procesal Penal Comparado”, correspondiente a la Especialización en Derecho Penal de la Universidad Torcuato Di Tella. Agradezco a los profesores Dres. Máximo Langer, Patricia Ziffer y Marcelo Lerman por los comentarios realizados a una versión preliminar de este texto. El agradecimiento también tiene que hacerse extensivo a José Béguelin y Carla Salvatori, por sus valiosos aportes a un primer borrador del artículo; leandrodiasder@gmail.com.

Palabras clave: acuerdos en derecho penal, derecho penal comparado, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional Federal Alemán, derecho del imputado, legitimidad.

Plea Bargaining in Karlsruhe and Strasbourg: An analysis of the recent judgments of the Federal Constitutional Court of Germany and the European Court of Human Rights

Abstract

The practice of plea bargaining presents several issues of legitimacy in legal systems of civil law. In the following article the author explores those issues through the lens of two seminal decisions. In sections II and III the reader can find a summary of the legal debate on plea bargaining in Germany and an analysis of the recent judgment of the Federal Constitutional Court of Germany, in which the Court put forward its own interpretation of the new German law on agreements in criminal matters. In section IV the author examines a relatively new judgment of the European Court of Human Rights on the matter. In the final section, a concise conclusion is offered.

Keywords: plea bargaining, comparative criminal law, European Court on Human Rights, Federal Constitutional Court of Germany, rights of the accused, legitimacy.

I. Los acuerdos en materia penal en los sistemas procesales continentales

Los acuerdos en derecho penal, surgidos originalmente en los Estados Unidos y en otras jurisdicciones anglosajonas, son examinados con escepticismo desde el derecho procesal penal de tradición continental europea.¹ Esto

1. Cfr. Turner, J., "Plea Bargaining", en Carter, L. y Pocar, F. (eds.), *International Criminal Procedure. The Interface of Civil Law and Common Law Legal Systems*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, p. 34.

se debe a que estos últimos sistemas procesales representaron, al menos hasta la década del 80,² lo que podría llamarse “modelo de la investigación oficial”, como contrapartida del modelo de la disputa, usualmente asociado al derecho anglosajón.³ En este último, el proceso penal se organiza como una disputa entre dos partes, acusador y acusado, y ellas son las dueñas de la contienda.⁴ Aparece entonces como natural que las partes puedan dialogar y ponerse total o parcialmente de acuerdo sobre cuál es el objeto de la controversia, o sobre si siquiera existe alguna.⁵ En cambio, en el modelo de investigación oficial el proceso penal es una investigación realizada por uno o más oficiales estatales,⁶ donde se encuentra vedada la negociación sobre cuestiones tales como la pena que se le impondrá al acusado. En particular en Alemania, el juez históricamente tuvo encomendada la tarea de buscar la llamada verdad material e incluso de impulsar de oficio la acción penal, sin que la fiscalía o el acusado pudiesen disponer de ella.⁷ La práctica de la prueba en un debate y la determinación de la pena, entonces, no podían ser reemplazadas por un reconocimiento de culpabilidad, como el que podría darse a través de acuerdos.⁸

2. Sobre la evolución posterior y la reforma penal de los últimos años en Latinoamérica, vid.: Langer, M., “Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas desde la periferia”, en García Yomha, D. y Martínez, S. (eds.), *Revista de Derecho Procesal Penal, Número Extraordinario: El Proceso Penal Adversarial. Lineamientos para la reforma del sistema judicial*, Tomo II, 2009, pp. 53-134. En lo que se refiere a los cambios que viene sufriendo el sistema continental europeo, vid.: Schünemann, B., “¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)”, *Revista de Derecho Penal*, N°11, 2000, pp. 111-118.

3. Se utiliza, en ese sentido, la terminología elaborada por Langer en: Langer, M., “La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado”, en Maier, J. B. y Bovino, A., *El Procedimiento Abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, p. 114 y ss.

4. Cfr. Langer, M., “La dicotomía acusatorio-inquisitivo...”, op. cit., p. 116.

5. Íd., p. 121.

6. Íd., p. 117.

7. Cfr. Schünemann, B., “¿Crisis del procedimiento penal?...”, op. cit., p. 112.

8. Ibíd. El autor hace referencia a la práctica conocida como *plea bargaining* en los sistemas angloamericanos, especialmente en Estados Unidos, como sinónimo de acuerdos en derecho penal. Por lo general se intentará evitar esta terminología en el presente artículo, debido a que los acuerdos en países de tradición continental difieren bastante

Con la incorporación de estos últimos al ordenamiento jurídico, se produjo el choque entre los rasgos esenciales del sistema y un mecanismo procesal que le era ajeno y esto ha dado lugar en las últimas décadas a un importante debate, tanto doctrinario como jurisprudencial.⁹

En otros países de la misma tradición procesal, como Italia, Francia, España o Argentina¹⁰ ha sucedido algo similar y ha sido necesario lidiar con las contradicciones que el instituto generaba con muchos caracteres básicos del proceso penal continental.¹¹ Incluso las razones para la incorporación de estos mecanismos de negociación aparecen como coincidentes en los distintos Estados: se ha buscado reducir la duración del procedimiento a partir de las negociaciones entre los distintos participantes, eliminando la necesidad de un juicio, y ayudar a los fiscales a obtener información vital para la

del llamado *plea bargaining* americano, y eso puede dar lugar a confusiones. Se utilizará, por lo tanto, el concepto genérico de “acuerdos”. Coincide en la apreciación: Herrmann, J., “Bargaining Justice – A Bargain for German Criminal Justice?”, *U. Pitt. L. Rev.*, vol. 53, 1991-1992, p. 755.

9. Lo expuesto no significa que la práctica de los acuerdos penales sea aceptada de modo acrítico en países de tradición anglosajona. Es así que importantes autores anglosajones se han mostrado críticos respecto de esta clase de mecanismos (véase, sólo a modo de ejemplo, Langbein, J., “Torture and Plea Bargaining”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 46, 1978, pp. 3-22). Con esta contraposición entre sistemas procesales simplemente se quiere mostrar que en aquellos sistemas basados en el modelo de la disputa resulta más sencillo concebir esta clase de prácticas, mientras que en el modelo de la investigación oficial los caracteres básicos de los acuerdos resultan, en principio, extraños.

10. En Argentina la situación resulta similar, debido a que se ha compartido, en líneas generales, la tradición procesal alemana en lo que se refiere a la investigación oficial. Del mismo modo, los mecanismos de negociación aparecían como algo curioso, proveniente de una tradición jurídica distinta. Con la llegada del llamado “juicio abreviado” –entre otros mecanismos consensuales– se ha dado lugar a múltiples discusiones sobre su adecuación al sistema jurídico argentino. Sobre las causas que derivaron en el desarrollo de estas prácticas en Alemania, vid. Dubber, M. y Hörnle, T., *Criminal Law: A Comparative Approach*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 169. En cuanto a los motivos que llevaron a la creación del llamado “juicio abreviado” en el Código Penal Nacional, vid. Córdoba, G., “El juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la Nación”, en Maier, J. B. y Bovino, A. (eds.), *El Procedimiento Abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, pp. 229-232.

11. Vid. Turner, J., “Plea Bargaining”, op. cit., pp. 38-39.

resolución de casos complejos, con múltiples acusados.¹² Estos rasgos comunes permiten afirmar que un análisis comparativo entre la forma en que se reaccionó ante esta situación en un sistema puede resultar de suma utilidad para el otro.

A partir de estas premisas, en el siguiente trabajo se intentará ofrecer un panorama respecto del debate que desde hace varias décadas viene produciéndose en dos sistemas normativos que por diversas razones ejercen una gran influencia en los ordenamientos jurídicos de Latinoamérica. Por un lado, se presentará la discusión que se ha dado en uno de los principales representantes del modelo de la investigación oficial, como Alemania, sobre los acuerdos en derecho penal, para luego presentar uno de sus hitos más recientes: la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfG) del 13 de marzo de 2013.¹³ Por otro lado, y para complementar la exposición, se analizará un fallo sobre el tema que ha emitido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en los últimos meses,¹⁴ y que trata en profundidad el problema del *plea bargaining*, a la luz de los derechos del acusado. La relevancia del análisis de esta última sentencia puede apreciarse, en primer término, por la incidencia que puede tener sobre el derecho procesal de los distintos países de Europa. Si bien el sistema europeo de derechos humanos no requiere que todos los Estados realicen un “control de convencionalidad”, en el que cada juez interno deba examinar la adecuación del derecho nacional a la jurisprudencia del TEDH,¹⁵ lo cierto es que la jurisprudencia sentada por este último tribunal resulta importante

12. Cfr. Turner, J., “Plea Bargaining”, op. cit., p. 36; Dubber, M. y Hörnle, T., *Criminal Law: A Comparative Approach*, op. cit., p. 169.

13. BVerfG, 2 BvR 2628/10, sentencia del 19 de marzo de 2013. Disponible en: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2013/03/rs20130319_2bvr262810.html> [Consulta: 29.03.2015].

14. TEDH, Case of Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia, Judgment, Application N°9043/05, sentencia del 29 de abril de 2014.

15. Esta ha sido la doctrina adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que ha recibido diversas críticas. Sobre el tema, vid. Malarino, E., “Activismo Judicial, Punitivización y Nacionalización. Tendencias Antidemocráticas y Antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ambos, K., Malarino, E. y Elsner, G. (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, 2010, Montevideo, Konrad-Adenauer-Siftung e. V, p. 46 y ss.

para quienes forman parte de este sistema regional. Como ejemplo de esta tendencia puede traerse a colación, nuevamente, lo que viene sucediendo en Alemania, donde se ha reconocido que el derecho procesal penal interno está recibiendo una considerable presión para adecuar el procedimiento criminal a los estándares europeos,¹⁶ por lo que los avances que se producen en el Tribunal con sede en Estrasburgo han de ser tenidos en cuenta. En segundo término, la jurisprudencia del TEDH no sólo tiene una incidencia en los Estados que forman parte del sistema regional, sino también en aquellos países de Latinoamérica que han aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sobre el tema debe decirse que este último tribunal internacional, intérprete último de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con frecuencia utiliza la jurisprudencia de su par europeo para definir estándares interamericanos. Esta práctica ha sido particularmente importante en materia de garantías procesales y sólo a modo de ejemplo puede nombrarse al caso *Fermín Ramírez*. Allí la Corte Interamericana, valiéndose de una sentencia del TEDH,¹⁷ redefine el principio de congruencia,¹⁸ como derivación del derecho de defensa en juicio.¹⁹ En esa medida la jurisprudencia del TEDH merece especial atención para académicos y operadores judiciales de Latinoamérica, y esa es otra razón por la que se analizará una sentencia reciente en la que el Tribunal ha expresado su parecer respecto de la adecuación de los acuerdos en derecho penal a la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

El objetivo final de la investigación será el de determinar hasta qué punto las conclusiones esgrimidas por el BVerfG y por el TEDH pueden aportar argumentos novedosos a la discusión continental sobre los acuerdos

16. Cfr. Hoven, E. y Safferling, C., "Foreword: Plea Bargaining in Germany after the Decision of the Federal Constitutional Court", en Hoven, E. y Safferling, C. (eds.), *German Law Journal. Special Issue – Plea Bargains in Germany*, 2014, p. 4.

17. TEDH, *Pélissier and Sassi v. France*, Judgment, Application N° 25444/94, 25 de marzo de 1999, párr. 51-54.

18. CoIDH, *Fermín Ramírez Vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, 20 de junio de 2005, párr. 65-69.

19. Vid. Rusconi, M., "Iura novit curia y congruencia: la garantía del derecho de defensa entre hechos y normas", [En línea] *Boletín Semestral GLIPGö*, 2013, N°5, p. 6. Disponible en <http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/component?option=com_docman/Itemid,71/gid,765/task,doc_download/> [Consulta: 11.07.2014].

en materia penal. Pero antes de comenzar a relatar estos desarrollos, debe aclararse que los procedimientos consensuales han generado discusiones de todo tipo en el marco del derecho penal y que realizar un abordaje comprensivo excedería por mucho los objetivos de este trabajo. Por lo tanto, se hará hincapié en dos aspectos de la discusión: la legitimación de esta clase de mecanismos y las colisiones que podrían producirse con distintos derechos fundamentales, aspectos que se encuentran presentes –en mayor o menor medida– en los distintos sistemas jurídicos continentales.²⁰

Respecto del primero de los problemas, se asumirá que la posibilidad de un acuerdo en derecho penal, mediante el pacto sobre un reconocimiento de culpabilidad sin juicio previo a cambio de una rebaja discrecional, tiene numerosos déficits desde el punto de vista de la legitimación moral del instituto.²¹ El más grave de ellos quizá tenga que ver con la facilitación de la punición de inocentes –quienes pueden aceptar una pena por temor a que, en caso contrario, sean condenados a una mucho mayor–,²² a la vez que se incita a la disminución de la pena justa de los autores culpables.²³ Además,

20. En otras palabras, las discusiones que sólo tengan relevancia en uno u otro sistema jurídico, por características eminentemente locales, serán excluidas del análisis. Este sería el caso, por ejemplo, de los problemas que se genera al modificarse, en la Argentina, el sistema de la acción penal establecido en el código penal a través de una ley de procedimiento. Con esto no se quiere restarle valor a estos debates, sino simplemente delimitar los alcances de la investigación.

21. Vid. Sancinetti, M., “Avenimiento y mediación: ¿la pena como ‘objeto de negocios jurídicos’?”, [En línea] *elDial.com*, Doctrina, DC138 F, publicado el 11 de junio de 2010.

22. Se señala que esta clase de situaciones pueden producirse no sólo a través de la presión hacia el imputado, sino que los incentivos para aceptar un acuerdo pueden inducir a un acusado racional a reconocerse culpable, a pesar de ser inocente: quien sabe que es inocente de un cargo puede encontrar buenas razones para aceptar el acuerdo, en vez de arriesgarse a sufrir una pena mucho más alta (o una condena por un delito más grave) a partir de la afirmación de una pena y de una condena errónea. Cfr. Duff, A., Farmer, L., Marshall, S. y Tadros, V., *The Trial on Trial: Volume 3. Towards a Normative Theory of Criminal Law*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2007, p.171.

23. Cfr. Sancinetti, M., “Avenimiento y mediación: ¿la pena como ‘objeto de negocios jurídicos’?”, cit. Con razón, Ferrajoli añade lo siguiente: “Existe, en suma, y más allá de las fórmulas de legitimación, el peligro de que la práctica del pacto –como por lo demás ha demostrado la experiencia estadounidense– pueda provocar una importante perversión burocrática y policial de una buena parte de la justicia penal, transformando el juicio en un lujo reservado sólo a quienes estén dispuestos a afrontar sus costes y sus riesgos. Y de

pueden hacerse objeciones a partir del principio de autonomía. Este último subyace a todo sistema moderno de imposición de una pena y podría formularse de la siguiente forma: el castigo estatal sólo puede estar justificado en la medida que un imputado autónomo participa en la aplicación a sí mismo de las normas penales que gobiernan a su comunidad,²⁴ lo que requeriría la celebración, en principio, de un debate oral –idealmente con jurados– y de un proceso de comunicación dialógico entre el acusado y los miembros de la comunidad, ausente en acuerdos muchas veces secretos,²⁵ o que representan una admisión no sincera de culpabilidad u obtenida por coerción.²⁶

Vinculada con esta cuestión,²⁷ está la colisión de la práctica de los acuerdos con distintos derechos fundamentales del acusado, aspecto que ha recibido la mayor atención por parte de académicos especializados en derecho procesal penal.²⁸ En ese sentido, se ha mencionado que los mecanismos con-

que el proceso pueda quedar reducido a un juego de azar en el que el imputado, incluso inocente, se coloque ante la disyuntiva entre condena a una pena reducida y el albur de un juicio ordinario que puede cerrarse con la absolución, pero también con una pena mucho más grave”, Ferrajoli, L., “Las lesiones legales al modelo constitucional del proceso penal”, en Maier, J. B. y Bovino, A. (eds.), *El Procedimiento Abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, p. 45.

24. Cfr. Dubber, M., “American Plea Bargains, German Lay Judges, and the Crisis of Criminal Procedure”, *Stan. L. Rev.*, vol. 49, 1996-1997, p. 551.

25. Vid. Dubber, M., “American Plea Bargains, German Lay Judges, and the Crisis of Criminal Procedure”, *Stan. L. Rev.*, vol. 49, 1996-1997, pp. 603-605.

26. Cfr. Duff, A., Farmer, L., Marshall, S. y Tadros, V., *The Trial on Trial: Volume 3. Towards a Normative Theory of Criminal Law*, op. cit., p. 170.

27. Se habla de una vinculación porque muchos de los problemas de legitimación, a su vez, se producen como consecuencia de una posible afectación de derechos fundamentales. A modos de ejemplo, el riesgo de condenar a un inocente al que se hizo referencia en el párrafo anterior se relaciona íntimamente con la prohibición de autoincriminación, en virtud de que la estructura misma de los acuerdos en derecho penal hace posible que una persona racional en ocasiones prefiera confesar una culpabilidad inexistente con el fin de evitar los riesgos de una condena o las penurias de un proceso penal, pudiendo quedar viciada la libertad de su confesión.

28. Cfr. Dubber, M., “American Plea Bargains, German Lay Judges, and the Crisis of Criminal Procedure”, *Stan. L. Rev.*, vol. 49, 1996-1997, p. 602. Sin embargo, señala Dubber que los procesalistas no han podido producir una perspectiva basada en principios del sistema de imposición de castigo apta para poner en tela de juicio las políticas actuales, concentrándose en demasía en los defectos constitucionales del sistema procesal. En ese

sensuales pueden vulnerar garantías tales como las de un juicio oral y público, ya que importan directamente la supresión de esa etapa procesal,²⁹ o la del *nemo tenetur se ipsum accusare*, en virtud de que la herramienta para la eliminación del juicio público es la presión al imputado para que se declare culpable y acepte la pena que se le “propone”.³⁰ Por estas razones, en los párrafos siguientes se emprenderá la tarea no sólo de indagar en las propuestas de legitimación que ofrecen las dos sentencias que serán el objeto de este trabajo, sino también la de constatar cuáles son las respuestas que se esgrimen ante la posibilidad de violaciones a distintos derechos fundamentales desde una perspectiva que, como mínimo, desconfía de este tipo de prácticas que priorizan fines distintos a la obtención de justicia –en especial aquellos vinculados con la eficiencia del sistema– al momento de emitir una sentencia.³¹

II. Los acuerdos en Alemania hasta 2013

II.A. Orígenes y características de la práctica

Históricamente, el sistema jurídico alemán fue reacio a aceptar prácticas consensuales en el marco del derecho penal, básicamente por las características del modelo procesal de investigación oficial.³² Sin ir más lejos,

sentido, la pregunta por la legitimidad de un sistema de imposición de castigo no ha sido resuelta, al igual que aquella sobre si resulta deseable: se ha dado por sentado no sólo el hecho del castigo estatal, sino también el método para su imposición.

29. Cfr. Díaz Cantón, F., “Juicio abreviado vs. Estado de derecho”, en Maier, J. B. y Bovino, A. (eds.), *El Procedimiento Abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, p. 255. Sobre el tema, señala Ferrajoli que “[I]a negociación entre acusación y defensa es exactamente lo contrario al juicio contradictorio característico del método acusatorio y remite, más bien, a las prácticas persuasorias permitidas en el secreto de las relaciones desiguales propias de la inquisición”, Ferrajoli, L., “Las lesiones legales al modelo constitucional del proceso penal”, op. cit., p. 45.

30. Cfr. Díaz Cantón, F., “Juicio abreviado vs. Estado de derecho”, op. cit., p. 258.

31. Vid. Frisch, W., “Transformaciones del Derecho Penal como Consecuencia del Cambio Social”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N°21, 2014, p. 40.

32. Cfr. Langer, M., “From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure”, en Thaman,

la Ordenanza Procesal alemana (StPO) rige desde el año 1877 –más allá de sus agregados y enmiendas parciales–³³ y uno de sus principios básicos es el de legalidad (*Legalitätssprinzip*). Este último obliga a perseguir obligatoriamente todos los delitos cometidos, con el fin de evitar la discrecionalidad de los operadores del sistema y garantizar una aplicación igualitaria del derecho penal.³⁴ Sin embargo, a comienzos de la década del 70 la sobrecarga de trabajo en la administración de justicia tuvo como consecuencia el surgimiento de negociaciones y acuerdos informales (*Absprachen*)³⁵ realizados fuera de la sala de audiencias.³⁶

S. (ed.), *World Plea Bargaining. Consensual Procedures and the Full Criminal Trial*, Durham, Carolina Academic Press, 2010, p. 50.

33. Cfr. Dubber, M. y Hörnle, T., *Criminal Law: A Comparative Approach*, Oxford, University Press, 2014, p.166.

34. Íd., p.167.

35. Existen en el derecho procesal penal alemán al menos otras dos prácticas que guardan cierta relación con los mecanismos consensuales del modelo de la contienda, pero que, a diferencia de los acuerdos, encontraban regulación expresa en el StPO. El primero de ellos es el procedimiento sumario para el caso de ofensas leves, en el cual el fiscal, en vez de requerir el caso a juicio le solicita el juez la aplicación de una orden penal, a partir de la cual se le comunican al imputado los hechos y la consecuencia jurídica –por lo general multas, inhabilitaciones para conducir o hasta un año de pena de prisión condicional–. Solamente en caso de que el acusado manifieste su oposición, tras el libramiento de la orden por parte del juez, se produce un juicio en estos casos. En este procedimiento (llamado *Strafbefehlverfahren*) se permite que el fiscal y el imputado se pongan de acuerdo respecto de la consecuencia jurídica. Por otro lado, y como se verá más adelante, en el apartado §153a se permite que en los casos de delitos leves se dé lugar a un sobreseimiento condicionado –entre las condiciones suelen encontrarse las tareas comunitarias o la reparación del daño causado–, tras un acuerdo entre fiscal e imputado, con el consentimiento del tribunal. Sobre este tema, que excede el objeto de esta investigación, véase la síntesis realizada por Langer en: Langer, M., “From Legal Transplants to Legal Translations...”, op. cit., pp. 51-52, nota al pie número 187.

36. Cfr. Swenson, T., “The German ‘Plea Bargaining’ Debate”, *Pace International Law Review*, vol. 7, Nº2, 1995, p. 377. Se ha señalado, de todos modos, que la sobrecarga en la administración de justicia, producto en especial del mayor enfoque en procesos de gran envergadura vinculados con evasiones fiscales, derecho penal ambiental y drogas, no puede explicar por sí solo el surgimiento de esta clase de mecanismos informales. Esto se debe a que la sobrecarga de trabajo estuvo acompañada por un aumento en la cantidad de empleados judiciales y de presupuesto, por lo que algo más influyó en la necesidad de descomprimir el sistema a través de pactos que tenían por fin evitar la realización de un

En cuanto al procedimiento, el mecanismo se presentaba como una negociación que tenía lugar durante la preparación del juicio o durante el debate mismo, en la que el acusado podía ofrecer su confesión a cambio de que el juez garantizase que la pena no excedería un máximo determinado, o de que ciertos cargos fuesen dejados de lado por parte del fiscal.³⁷ Esta clase de negociaciones podían ser iniciadas por la defensa, el fiscal o el magistrado, aunque no se requería de la participación de todos ellos,³⁸ y por lo general el acuerdo se daba entre el juez, que tenía un rol activo,³⁹ y la defensa.⁴⁰ Al no haber regulación,⁴¹ las promesas que eventualmente

juicio oral. Es así que Rauxloh considera que las razones se vinculan más con los cambios en el derecho penal sustantivo, vinculados con la transición desde los clásicos delitos de resultado que conformaban el derecho penal nuclear hacia los delitos de peligro, que ofrecían complicaciones adicionales a nivel probatorio y hacían más compleja la producción de prueba de cargo. También un cambio en las concepciones sobre los fines de la pena, en especial a través del fortalecimiento de las concepciones basadas en la prevención por sobre la retribución a través de una pena justa, habrían incidido en el surgimiento de estos mecanismos consensuales. Sobre el tema, véase: Rauxloh, R., “Formalization of Plea Bargaining in Germany: Will the New Legislation Be Able to Square the Circle?”, *Fordham International Law Journal*, vol. 34, N°2, 2001, p. 299 y ss. En un sentido similar, Frisch, W., “Transformaciones del Derecho Penal como Consecuencia del Cambio Social”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N°21, 2014, p. 34.

37. Vid. Langer, M., “From Legal Transplants to Legal Translations...”, op. cit., p. 51.

38. Para más detalles, vid. Swenson, T., “The German ‘Plea Bargaining’ Debate”, op. cit., pp. 378-379.

39. Íd., p. 377.

40. Cfr. Herrmann, J., “Bargaining Justice...”, cit. p. 764; Langer, M., “From Legal Transplants to Legal Translations...”, op. cit., pp. 51-52. Puede observarse que los acuerdos por lo general son negociados sólo entre tribunal, fiscalía y defensa, por lo que regularmente el imputado carece de la posibilidad de influir en el contenido y esto ha llevado a que algunos autores consideren que esta práctica conduce a un proceso breve ilegal, con un acusado desnaturalizado del objeto procesal. Vid. Gössel, K. H., “¿‘Quo vadis’, proceso penal? (¿A dónde vas, proceso penal?)”, *Revista de Derecho Procesal Penal*, 2010-1: la defensa penal, p. 21, con referencias adicionales.

41. Justamente por esta razón se hablaba de acuerdos informales: como el StPO no permitía esta clase de acuerdos, las partes y los jueces intentaban esconder las negociaciones. Estas últimas solían tener lugar en los pasillos de los tribunales, en la oficina del juez e incluso a través de conversaciones telefónicas. Cfr. Frommann, M., “Regulating Plea-Bargaining in Germany: Can the Italian Approach Serve as a Model to Guarantee

podían realizarse no eran vinculantes *de jure*, por lo que el funcionamiento dependía, en gran medida, de la confianza entre los profesionales intervinientes.⁴²

Debido a que esta clase de conductas contradecía principios básicos del derecho procesal alemán y además carecía de reconocimiento legal, no se las discutía en público.⁴³ Recién en 1982 el fenómeno salió a la luz, a partir de la publicación de un artículo bajo un seudónimo, que daba cuenta de la práctica que venía forjándose en los tribunales.⁴⁴ Esto dio lugar a un intenso debate sobre la legalidad de los acuerdos, y ya a comienzos de la siguiente década la cantidad de material sobre el tema se había vuelto inabordable.⁴⁵ Y más allá de la discusión doctrinaria, lo cierto es que hasta mediados de los noventa, los tribunales alemanes habían tenido escasas oportunidades de determinar la legalidad de los acuerdos informales. Esto se debía a que las negociaciones daban lugar a resultados consensuados en los que desaparecía cualquier necesidad de recurrir la sentencia.⁴⁶

A pesar de ello, en 1987 el BVerfG tuvo que resolver una causa en la que un condenado afirmaba que su defensa, el juez y el fiscal habían llegado a un acuerdo no permitido sobre el veredicto.⁴⁷ Allí el Tribunal consideró

the Independence of German Judges?”, *Hanse Law Review*, vol. 5, N°1, 2009, p. 200.

42. Cfr. Swenson, T., “The German ‘Plea Bargaining’ Debate”, op. cit., p. 378. El acusado y los jueces legos solamente solían participar de las discusiones si las mismas tenían lugar durante el debate oral. Cfr. Altenhain, K., “*Absprachen* in German Criminal Trials”, en Thaman, S. (ed.), *World Plea Bargaining. Consensual Procedures and the Full Criminal Trial*, Durham, Carolina Academic Press, 2010, pp. 160-161.

43. Cfr. Herrmann, J., “Bargaining Justice...”, op. cit., p. 755. Resulta, por lo tanto, comprensible que un autor americano como Langbein haya escrito un artículo en 1979 señalando a Alemania como la tierra sin *plea bargaining*. Vid. Langbein, J., “Land without Plea Bargaining: How the Germans Do It”, *Mich. L. Rev.*, 1979, vol. 78, N°2, pp. 204-225.

44. Vid. Deal, D., “Der strafprozessuale Vergleich”, *Strafverteidiger*, 1982, vol. 2, pp. 545-552.

45. Cfr. Swenson, T., “The German ‘Plea Bargaining’ Debate”, op. cit., p. 375. El autor señala como un hito la reunión bianual de juristas de 1990 (*Juristentag*), en la que los acuerdos figuraron como uno de los temas de discusión.

46. Cfr. Herrmann, J., “Bargaining Justice...”, op. cit., p. 766.

47. BVerfG, sentencia del 27 de enero de 1987, publicada en NJW, 1987, p. 2662, cit. en Swenson, T., “The German ‘Plea Bargaining’ Debate”, op. cit., p. 420.

que los agravios carecían de méritos, debido a que un compromiso sobre el fallo y la imposición de consecuencias jurídicas, teniendo en vista la producción de una confesión y el desistimiento de la persecución penal respecto de otros hechos, resultaba conforme a la Constitución. Se mencionó expresamente que la idea de Estado de Derecho (*Rechtsstaat*),⁴⁸ que engloba como componentes esenciales la noción de justicia, los deberes de garantía de un eficaz funcionamiento de la administración de justicia y aquellos vinculados con que los delincuentes sean perseguidos, enjuiciados y condenados a una condena justa, no prohíbe que las partes intervinientes puedan llegar a un acuerdo.⁴⁹ Finalmente, se reiteró que, de todos modos, ciertos principios esenciales deben ser respetados, como el de persecución obligatoria, el deber del juez de investigar para determinar los hechos del caso y la correspondencia entre castigo y culpabilidad del autor.⁵⁰ Así, el Tribunal hizo hincapié en que las negociaciones no pueden en ningún caso reemplazar la decisión independiente de un juez con respecto a la pena y a la determinación de la culpabilidad.⁵¹

Puede observarse que los criterios expuestos para decidir la constitucionalidad de los acuerdos resultaban un tanto vagos.⁵² A su vez, poco después de la decisión la práctica condujo a resultados insostenibles, en los que la elección de la tramitación de los procesos pasaba a depender del arbitrio de los jueces y se producían situaciones de fuerza cercanas a la coacción.⁵³ Es por ello que el Tribunal Supremo Federal (BGH) debió analizar distintas situaciones problemáticas, imponiendo límites más concretos.

48. Sobre el principio de Estado de Derecho en el sistema jurídico alemán, y su incidencia en el problema de los acuerdos en derecho penal, vid.: Swenson, T., "The German 'Plea Bargaining' Debate", op. cit., pp. 383-392.

49. Vid. Gössel, K. H., "El principio de investigación de oficio en la praxis del proceso penal alemán", *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2005, vol. 26, N°79, pp. 35-36.

50. Para una sistematización de los principios esgrimidos por el BVerfG, junto con otros señalados por la doctrina, vid. Herrmann, J., "Bargaining Justice...", op. cit., p. 768; Swenson, T., "The German 'Plea Bargaining' Debate", op. cit., p. 420.

51. BVerfG, sentencia del 27 de enero de 1987, publicada en NJW, 1987, p. 2662, cit. en Swenson, T., "The German 'Plea Bargaining' Debate", op. cit., p. 420.

52. Cfr. Herrmann, J., "Bargaining Justice...", op. cit., pp. 768-769.

53. Sobre el tema, vid. Gössel, K. H., "El principio de investigación de oficio...", op. cit., pp. 36-37.

II.B. Los principios de la decisión del BGH de 1997 y su cristalización legislativa

En 1989, el BGH tuvo que analizar un caso en el que se impuso una pena más elevada que la acordada por las partes y consideró que el imputado debe poder confiar en las expectativas generadas por el tribunal con su conducta, por lo que todo cambio de parecer debe ser notificado con el fin de preservar el derecho a un proceso equitativo.⁵⁴ De esa forma, y al imponer determinados límites, el tribunal implícitamente avaló la práctica de los acuerdos, más allá de no haber mencionado, en concreto, las cuestiones vinculadas con su legitimidad.⁵⁵

En los años siguientes la jurisprudencia del tribunal estableció otras exigencias, como la prohibición de que el fiscal realice una acusación por otros delitos cuando había acordado no hacerlo,⁵⁶ o la necesidad de que se les avise a todos los acusados de las negociaciones entabladas.⁵⁷ Sin embargo, también comenzaron a aparecer decisiones contradictorias en las distintas salas.⁵⁸ Sólo a modo de ejemplo, en una sentencia se llegó a considerar que los acuerdos informales sobre confesiones resultaban incompatibles con el principio de Estado de Derecho,⁵⁹ en contra de lo que previamente había manifestado el BVerfG. Allí se mencionó que si bien el juez puede “tantear” a las partes por fuera del juicio y alentarlas para que realicen ciertas presentaciones, nunca podría realizar sugerencias sobre la pena o su ejecución. A

54. 36 BGHSt, sentencia del 7 de junio de 1989, cit. en Swenson, T., “The German ‘Plea Bargaining’ Debate”, op. cit., p. 420.

55. Cfr. Swenson, T., “The German ‘Plea Bargaining’ Debate”, op. cit., p. 420; Herrmann, J., “Bargaining Justice...”, op. cit., p.767.

56. 37 BGHSt, sentencia del 18 de abril de 1990, cit. en Swenson, T., “The German ‘Plea Bargaining’ Debate”, op. cit., p. 421.

57. 37 BGHSt, sentencia del 4 de julio de 1990, cit. en Swenson, T., “The German ‘Plea Bargaining’ Debate”, op. cit., p. 421.

58. Cfr. Roxin, C., *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, p. 100. Sobre este tema, véase el desarrollo del tema en: Swenson, T., “The German ‘Plea Bargaining’ Debate”, op. cit., pp. 420-424.

59. 37 BGHSt, sentencia del 23 de enero de 1991, cit. en Swenson, T., “The German ‘Plea Bargaining’ Debate”, op. cit., pp. 422-423.

su vez, un acuerdo sobre el veredicto en ningún caso sería consistente con el principio mencionado.⁶⁰

Por estas razones, la Cuarta Sala Penal del BGH intentó armonizar la práctica que venía dándose con los principios rectores del proceso penal⁶¹ a través de una sentencia del 28 de agosto de 1997,⁶² en la que estableció una serie de requisitos que debían darse en los acuerdos para que pudiesen ser considerados admisibles.⁶³ Como paso previo, la Sala intentó solucionar el problema general de la legitimidad de estas prácticas, mencionando que el StPO no las prohíbe, de modo general.⁶⁴ Además, a través de un argumento *a minore ad maius*, consideró que esta clase de procedimientos no resultan incompatibles con el derecho procesal alemán, en tanto existen otros similares, como el §153a StPO, que permite que se dé un sobreseimiento con imposiciones, para supuestos de ofensas de escasa entidad, en caso de que exista consentimiento entre el acusado y la fiscalía.⁶⁵

Por otro lado, y como se mencionó previamente, el BGH intentó sistematizar diversos requisitos que en la práctica deben reunirse para que pueda haber un acuerdo legítimo y que deberán ser analizados a partir de un enfoque casuístico.⁶⁶ El primero de ellos se vincula con la garantía del

60. *Ibid.* Para mayor información sobre estas decisiones, véase: Rauxloh, R., “Formalization of Plea Bargaining in Germany: Will the New Legislation Be Able to Square the Circle?”, *op. cit.*, pp. 316-320.

61. Cfr. Roxin, C., *Derecho procesal penal*, *op. cit.*, p. 100.

62. 4 BGHSt, sentencia del 28 de agosto de 1997, publicada en Thaman, S., *Comparative Criminal Law. A Casebook Approach*, 2nd. Edition, Durham, Carolina Academic Press, 2008, pp. 151-156. Las referencias que siguen pertenecen a esa publicación –en inglés– de la sentencia.

63. Cfr. Langer, M., “From Legal Transplants to Legal Translations...”, *op. cit.*, 2010, p. 55.

64. 4 BGHSt, sentencia del 28 de agosto de 1997.

65. Cfr. Roxin, C., *Derecho procesal penal*, *op. cit.*, p. 100; Altenhain, K., “*Absprachen* in German Criminal Trials”, *op. cit.*, p. 164. Si bien el argumento lógico funciona para afirmar que el StPO no rechaza los acuerdos, eso no implica que automáticamente los acuerdos informales deban ser considerados legítimos. La diferencia que no tuvo en cuenta la Sala es que los llamados *Absprachen* no estaban explícitamente regulados, a diferencia del procedimiento que podía encontrarse en el § 153a StPO.

66. 4 BGHSt, sentencia del 28 de agosto de 1997.

principio de investigación, que básicamente impide que la confesión sea la única base del fallo condenatorio y que obliga al tribunal a que evalúe los hechos desde una perspectiva penal.⁶⁷ Por el contrario, el juez debe analizar su credibilidad, en virtud del mandato de búsqueda de la verdad.⁶⁸

En lo que se refiere a la publicidad del acuerdo, este último no debe quedar relegado a lo que sucede fuera del debate y debe ser examinado en el juicio oral y asentado en el acta a los fines de permitir un recurso, aunque sin incluir las conversaciones previas llevadas a cabo por los intervinientes.⁶⁹ También debe respetarse en esos casos la intermediación, negándose la posibilidad de que se fije de antemano la pena, porque de lo contrario se impediría que el juez tome la decisión teniendo en cuenta la totalidad del debate, y se perdería el piso de una punición adecuada a la culpabilidad.⁷⁰ Solamente podría hacerse una promesa vinculante sobre el máximo de pena,⁷¹ sin perjuicio de que el magistrado podría imponer una pena superior en casos de descubrimiento de nuevos datos sobre la gravedad de los hechos, en atención al principio de culpabilidad, y previa advertencia de esta posibilidad.⁷² A su vez, una promesa respecto del veredicto en sí, siguiéndose lo señalado en anteriores decisiones, se encontraría vedada.⁷³

En lo que se refiere al *nemo tenetur*, el BGH enfatizó que el acusado no debe ser presionado para obtener una confesión a través de amenazas de

67. 4 BGHSt, sentencia del 28 de agosto de 1997. En otras palabras, el tribunal sigue obligado a descubrir la verdad de los acontecimientos y debe analizar si, en definitiva, la confesión resulta creíble. Véase: Roxin, C., *Derecho procesal penal*, op. cit., p. 101; Gössel, K. H., “El principio de investigación de oficio...”, op. cit., p. 39.

68. 4 BGHSt, sentencia del 28 de agosto de 1997. Cfr. Roxin, C., *Derecho procesal penal*, op. cit., p. 101; Gössel, K. H., “El principio de investigación de oficio...”, op. cit., p. 39.

69. 4 BGHSt, sentencia del 28 de agosto de 1997. Cfr. Altenhain, K., “*Absprachen* in German Criminal Trials”, op. cit., p. 173; Roxin, C., *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, op. cit., p. 101.

70. Cfr. Gössel, K. H., “El principio de investigación de oficio...”, op. cit., p. 39.

71. En particular, el tribunal señala que el acuerdo que tiene lugar en una audiencia pública, incluyendo a todas las partes, obliga al juez en caso de que se hayan cumplido todos los requisitos. Caso contrario, se violaría el derecho a un proceso equitativo del acusado. Véase, Roxin, C., *Derecho procesal penal*, op. cit., p. 101.

72. Íd., p. 101.

73. Cfr. Altenhain, K., “*Absprachen* in German Criminal Trials”, op. cit., p. 165.

una pena más alta, o por medio de promesas sobre ventajas no previstas en la ley.⁷⁴ Sí sería permisible, en cambio, el ofrecimiento de una atenuación de la pena por confesión, debido a que eso se encuentra permitido en virtud de los principios generales de la medición de pena.⁷⁵ Finalmente, se negó la posibilidad de que el imputado pueda renunciar a su derecho al recurso antes de la sentencia,⁷⁶ algo que era muy común en la práctica, en virtud de que las facultades recursivas son independientes de la medida de la pena, y de que no puede exigírsele a una persona que desista de controlar su sentencia de antemano.⁷⁷

La recepción de estos requisitos fue heterogénea. Algunos autores consideraron que el establecimiento de estándares mínimos resultaba bienvenido, mientras que la mayoría de ellos se mostraron críticos.⁷⁸ A modo de ejemplo, basta mencionar las objeciones de Gössel, quien manifestó que más allá de que los esfuerzos por limitar una práctica desordenada resultan valorables, los parámetros no tenían en cuenta los intereses de las víctimas –quienes no pueden intervenir en el acuerdo–, ni resultan compatibles con lo que sucede en la realidad de los procesos.⁷⁹

El debate retomó su vigencia en el año 2005, cuando la Gran Sala en Asuntos Penales del BGH (*Großer Senat für Strafsachen*) emitió otra importante decisión,⁸⁰ en la que reafirmó los principios básicos sentados en

74. 4 BGHSt, sentencia del 28 de agosto de 1997. Vid. Altenhain, K., “*Absprachen* in German Criminal Trials”, p. 169.

75. Cfr. Roxin, C., *Derecho procesal penal*, op. cit., p. 101. Esto sin embargo no ayuda demasiado para solucionar el problema de la llamada *Sanktionsschere* (tijera o abanico de sanciones), es decir, casos en los que al mencionarse una atenuación se está haciendo una comparación entre un escenario en el que se produce la confesión (pena atenuada) y otro en la que no se produce, con una amplia distancia entre las sanciones. Estos inconvenientes, que pueden afectar la voluntariedad del acuerdo, serán analizados más adelante en este texto.

76. 4 BGHSt, sentencia del 28 de agosto de 1997.

77. Íd, p. 102; Altenhain, K., “*Absprachen* in German Criminal Trials”, op. cit., pp. 173-174.

78. Vid. Altenhain, K., “*Absprachen* in German Criminal Trials”, op. cit., p. 165.

79. Cfr. Gössel, K. H., “El principio de investigación de oficio...”, op. cit., p. 40. Según este autor, la opinión predominante en Alemania (al menos hasta hace unos años) consideraba que el acuerdo que pone fin al proceso penal entra en conflicto con casi todos los principios del procedimiento penal alemán. Cfr. Gössel, K. H., “¿‘Quo vadis’, proceso penal?...”, op. cit., p. 24.

80. 50 BGHSt, sentencia del 3 de marzo de 2005.

1997,⁸¹ pero al mismo tiempo realizó algunas precisiones sobre, entre otras cosas, la imposibilidad de renunciar de antemano a la apelación, el contenido de la confesión y el peligro de presentarle al acusado una distancia desmedida entre las sanciones.⁸² Lo más notable en cuanto a la argumentación estuvo basado en la consideración de que los acuerdos no sólo eran legítimos porque había disposiciones similares regladas en el StPO, sino también por razones consecuencialistas, como su efecto de ahorro de trabajo.⁸³ También el tribunal mostró su preocupación, debido a que en los hechos no se seguían los lineamientos planteados, y porque las renunciaciones usuales al derecho al recurso impedían la puesta en marcha de los mecanismos de control.⁸⁴ Afirmó, además, que la práctica de *Absprachen* se estaba alejando de un modelo procesal de discusiones abiertas para sumergirse en uno de arreglos cuasi contractuales entre el tribunal y los demás participantes. Al darse cuenta de sus posibilidades limitadas de modificar la práctica, el BGH finalizó su decisión con un llamado urgente a la legislatura para establecer una regulación legal del tema.⁸⁵

Este llamado fue escuchado y finalmente en 2009 el Parlamento Federal alemán (*Deutscher Bundestag*) sancionó una ley modificatoria del StPO, que entró en vigor el 4 de agosto de ese año,⁸⁶ para autorizar expresamente las

81. Cfr. Bittmann, F., “Consensual Elements in German Criminal Procedural Law”, en Hoven, E. y Safferling, C (eds.), *German Law Journal. Special Issue – Plea Bargains in Germany*, 2014, p. 19.

82. Para una transcripción de los segmentos más importantes de la decisión, junto con una crítica pormenorizada, véase: Gössel, K. H., “‘Quo vadis’, proceso penal?...” , op. cit., p. 24 y ss.

83. En particular, mencionó como razón importante los escasos recursos de la justicia, que impedirían el correcto funcionamiento de proceso penal, en especial si se tiene en consideración que el principio de agilización es un componente esencial del Estado de Derecho. Para una mirada crítica de esta argumentación: Gössel, K. H., “‘Quo vadis’, proceso penal?...” , op. cit., p. 18 y ss.

84. Cfr. Altenhain, K., “*Absprachen* in German Criminal Trials”, op. cit., p. 177.

85. Cfr. Altenhain, K., “*Absprachen* in German Criminal Trials”, op. cit., pp. 177-178.

86. Cfr. Bittmann, F., “Consensual Elements in German Criminal Procedural Law”, op. cit., p. 19. La ley en cuestión fue sancionada el 29 de julio de 2009 y llevó el nombre de “Ley sobre la regulación de los acuerdos en el proceso penal” (*Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren*).

negociaciones sobre un caso penal con el fin de acelerar el procedimiento.⁸⁷ La ley consistió en incorporar una nueva disposición (§ 257c), en la que se codificaron los distintos requisitos expresados por el BGH en sus decisiones.⁸⁸ Estos últimos podrían resumirse de la siguiente forma:⁸⁹ se permiten los acuerdos solamente en lo que se refiere a las consecuencias legales a imponerse (básicamente, sobre la pena)⁹⁰ a partir de una confesión y no puede incluirse una cláusula sobre la renuncia al derecho de recurrir;⁹¹ el pacto no puede versar sobre la eventual condena, en tanto el tribunal debe considerar que el acuerdo refleja la verdad material; el juzgador puede invitar a las partes a realizar acuerdos y sigue teniendo un rol activo, incluso indicando un límite máximo y mínimo de pena para acordar; las negociaciones tienen que anunciarse durante el juicio y ser leídas para que formen parte de las grabaciones, promoviendo la transparencia del proceso; los acuerdos en principio son obligatorios, pero excepcionalmente los jueces pueden apartarse de lo estipulado, cuando la sentencia no tiene en cuenta la gravedad del delito y/o la culpabilidad del imputado, y en estos casos la confesión resulta inadmisibles en el proceso. Pero más allá de los esfuerzos, los problemas de constitucionalidad no quedaban resueltos por la mera homologación legislativa de la práctica y los críticos de los acuerdos reposaron sus esperanzas en una decisión del BVerfG sobre la ley, que llegaría el 19 de marzo de 2013.

87. Cfr. Weigend, T. y Turner, J., “The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments in Germany”, en Hoven, E. y Safferling, C (eds.), *German Law Journal. Special Issue – Plea Bargains in Germany*, 2014, p. 89.

88. Íd., p. 91.

89. Se toma como referencia el resumen realizado por Frommann, “Regulating Plea-Bargaining in Germany: Can the Italian Approach Serve as a Model to Guarantee the Independence of German Judges?”, op. cit., pp. 203-205.

90. Se deja de lado, por lo tanto, la posibilidad de que se produzca formalmente una negociación respecto de los cargos (*charge bargaining*). Cfr. Rauxloh, R., “Formalization of Plea Bargaining in Germany: Will the New Legislation Be Able to Square the Circle?”, op. cit., p. 321.

91. En caso de que la defensa de todos modos desee renunciar a este derecho, el tribunal deberá explicarle al acusado que si esa renuncia formó parte del acuerdo, el tribunal no está obligado a mantenerla. Sólo tras esta notificación agravada podrá ser válida la mencionada renuncia. Cfr. Rauxloh, R., “Formalization of Plea Bargaining in Germany: Will the New Legislation Be Able to Square the Circle?”, op. cit., p. 322.

III. La sentencia del BVerfG de 2013

III.A. Hechos y decisión de la Corte

El caso llegó al BVerfG a partir de los agravios constitucionales (*Verfassungsbeschwerden*) de tres personas que, separadamente, fueron condenadas a partir de procedimientos negociados. El punto en común de los tres casos era la supuesta violación de los requisitos dispuestos específicamente en el § 257 StPO, lo que habría dado lugar a acuerdos informales no reglados y, por lo tanto, inconstitucionales.⁹² En particular, dos de los condenados especificaron que el tribunal de juicio había violado la Constitución por no realizar el aviso previsto en el § 257c, 5 StPO y que consistía en informar que el tribunal cuenta con la posibilidad de establecer una pena distinta a la negociada en caso de que se hayan ignorado importantes circunstancias jurídicas o fácticas relevantes para la culpabilidad del imputado.⁹³ Si bien en los hechos el tribunal de grado no había hecho uso de esa facultad, el BVerfG señaló que la falta de cumplimiento del aviso produjo una vulneración al derecho del acusado a un proceso equitativo y la garantía del *nemo tenetur*.⁹⁴ Con respecto al tercer condenado, dos agravios constitucionales fueron esgrimidos.⁹⁵ Por un lado, el juez no habría comprobado la compatibilidad de la admisión de culpabilidad con los hechos de la imputación, a pesar del deber de realizar esa tarea. Por otro, al haberse considerado a la conducta del acusado como un robo menor, no sólo se habría dejado de lado la medida de la culpabilidad del imputado, sino que el exceso en la reducción de la pena –de cuatro a dos años– a cambio de una confesión habría

92. Vid. Weigend, T. y Turner, J., “The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments in Germany”, en Hoven, E. y Safferling, C (eds.), *German Law Journal. Special Issue – Plea Bargains in Germany*, 2014p. 94.

93. BVerfG, 2 BvR 2628/10, sentencia del 19 de marzo de 2013, párr. 5.

94. Esto dio lugar a un reenvío al tribunal *a quo* para determinar si esto efectivamente le generó un perjuicio al acusado. Cfr. BVerfG, 2 BvR 2628/10, sentencia del 19 de marzo de 2013, párr. 124.

95. Sobre el tema, se sigue el análisis propuesto por Weigend y Turner en: Weigend, T. y Turner, J., “The Constitutionality...”, op. cit., p. 94, nota al pie 67.

afectado la garantía contra la autoincriminación.⁹⁶ El BVerfG hizo lugar a estos argumentos, considerando que se habían violado ambas normas constitucionales.⁹⁷

Sin embargo, el núcleo de la decisión no se encuentra en la solución que se le dio a los casos puntuales, sino en el análisis que hace el Tribunal tanto de la legislación alemana, como de la práctica que se ha generado desde la sanción de la ley en 2009. En cuanto a la primera cuestión, consideró que las normas resultan compatibles con la Constitución, debido a que esta última no prohíbe que se produzcan negociaciones en el derecho penal. Por lo tanto, la legislatura democrática no tendría vedada la facultad de regular esta clase de procedimientos.⁹⁸ Agregó, además, que el poder legislativo tomó las precauciones adecuadas para garantizar que los acuerdos se realicen respetando los requisitos constitucionales.⁹⁹ Al no haber una contradicción entre la ley y la norma fundamental alemana, no fue necesario realizar una interpretación de la legislación conforme a la Constitución.¹⁰⁰

Pero lo interesante de la argumentación es que el BVerfG llegó a esta conclusión a partir de un análisis detallado de las previsiones legales, a la luz de los distintos principios que podrían verse afectados. Para ello recurrió a una interpretación “precisa” (*präzisierung*) de la normativa,¹⁰¹ que en los hechos termina haciendo las veces de un comentario autorizado de la ley.¹⁰² En ese sentido, el Tribunal recordó que el poder legislativo solamente

96. BVerfG, 2 BvR 2628/10, sentencia del 19 de marzo de 2013, párr. 34.

97. Íd., párr. 128.

98. Íd., párr. 107.

99. Íd., párr. 100.

100. Íd., párr. 121. Una disposición legislativa debe ser interpretada conforme a la Constitución cuando existen varias posibilidades interpretativas de las cuales por lo menos una conduce a la conformidad de la norma con la Constitución, y por lo menos otra, a la inconstitucionalidad de una norma. Solamente en los casos en que no resulta posible realizar esta clase de interpretación, una norma debe ser declarada inconstitucional. Cfr. Kuhlen, L., *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 24 y 28. En el presente caso, ni siquiera hizo falta realizar tal interpretación, a criterio del tribunal.

101. BVerfG, 2 BvR 2628/10, sentencia del 19 de marzo de 2013, párr. 64 y 67.

102. Cfr. Schemmel, A., Corell, C. y Richter, N., “Plea Bargaining in Criminal Proceedings: Changes to Criminal Defense Counsel Practice as a Result of the German Constitu-

autorizó la práctica de los acuerdos en derecho penal dentro de un contexto limitado y dotado de mecanismos de protección, y que cuando se interpretan y aplican con exactitud estos últimos puede esperarse que se cumpla con los requisitos constitucionales del proceso penal.¹⁰³ Esta exégesis fue expuesta en los distintos apartados de la decisión a partir de diversos parámetros para determinar la legitimidad de esta clase de procedimientos en la práctica y que, en gran medida, ayudan a establecer límites.

En segundo lugar, el BVerfG analizó los problemas vinculados ya con lo que sucede en la práctica. Para eso se basó en un estudio dirigido por Altenhain,¹⁰⁴ cuyos resultados fueron utilizados para indagar en el estado actual de la cuestión en Alemania.¹⁰⁵ Se trata de una investigación empírica, en la que se intenta demostrar que quienes participan en la negociación y aprobación de esta clase de procedimientos se apartan de lo establecido por la ley. Las cifras son contundentes, y dan cuenta de que suele reemplazarse el procedimiento reglado por uno de acuerdos informales,¹⁰⁶ de que los procedimientos de divulgación de las negociaciones se consideran como una formalidad innecesaria, de que un 35,5% de los jueces no ha controlado la credibilidad de las confesiones en todos los casos y de que frecuentemente se incluye en el acuerdo una renuncia al derecho de recurrir en apelación.¹⁰⁷

tional Court Verdict of 19 March 2013?”, en Hoven, E. y Safferling, C (eds.), *German Law Journal. Special Issue – Plea Bargains in Germany*, 2014, p. 48.

103. BVerfG, 2 BvR 2628/10, sentencia del 19 de marzo de 2013, párr. 64.

104. El estudio se produjo en el año 2012 y partió de la entrevista de 190 jueces de Renania del Norte-Westfalia. A su vez, se entrevistaron a 68 fiscales y 76 abogados defensores, que actuaron como grupo de control. Para conocer la investigación completa, vid. Altenhain, K., Dietmeier, F. y May, M., *Die Praxis der Absprachen in Strafverfahren*, Baden Baden, Nomos Verlag, 2013.

105. BVerfG, 2 BvR 2628/10, sentencia del 19 de marzo de 2013, párr. 48.

106. Por “informales”, entonces, se entenderá aquellos procedimientos que no respetan las formas que establece la normativa local, y que actuarían como garantías impuesta por el legislador. Vid. Schemmel, A., Corell, C. y Richter, N., “Plea Bargaining in Criminal Proceedings...”, op. cit., p. 48.

107. BVerfG, 2 BvR 2628/10, sentencia del 19 de marzo de 2013, párr. 49. Un análisis detallado de las cifras puede encontrarse en: Schemmel, A., Corell, C. y Richter, N., “Plea Bargaining in Criminal Proceedings...”, op. cit., pp. 48-49.

Sobre este tema, el Tribunal consideró que todo acuerdo realizado informalmente, por fuera de lo que establece el StPO, se encuentra prohibido,¹⁰⁸ y criticó el hecho de que muchos procedimientos no estén sujetos a una revisión jurisdiccional posterior.¹⁰⁹ Empero, y a pesar de los datos objetivos y del rechazo de estas prácticas, consideró que la ejecución defectuosa de los acuerdos todavía no ha dado lugar a la inconstitucionalidad de la regulación legal.¹¹⁰ El razonamiento utilizado para llegar a esta conclusión fue el siguiente: una norma infringida a partir de una aplicación inconstitucional de la ley sólo produce una violación a la constitución si la práctica inconstitucional resulta atribuible a la regulación en sí misma, por contar con un déficit normativo estructural. Este último déficit no podría derivarse aún del mero hecho de permitir acuerdos en derecho penal, más allá de que esto ha demostrado ser peligroso para la realización del principio de culpabilidad.¹¹¹

Esta situación, evidentemente, podría cambiar en los próximos tiempos. Por esta razón el Tribunal le encomendó la tarea al poder legislativo de mantenerse alerta respecto de los futuros desarrollos en la práctica judicial. Si esta última sigue haciendo caso omiso a la regulación legal en una medida considerable y las garantías sustantivas y procedimentales de la ley resultan insuficientes para eliminar este déficit, el poder legislativo debe contrarrestar este desarrollo defectuoso.¹¹² Por lo tanto, la decisión funciona como una advertencia de que en un futuro, de seguir intensificándose las prácticas ilegítimas, podría darse lugar a una declaración de inconstitucionalidad.¹¹³

III.B. La interpretación “precisa” de la normativa sobre acuerdos

Se decía que a pesar de que el BVerfG no ve una contradicción entre la normativa legal que reguló los acuerdos en derecho penal con las distintas

108. BVerfG, 2 BvR 2628/10, sentencia del 19 de marzo de 2013, párr. 76.

109. Íd., párr. 117.

110. Íd., párr. 116.

111. Íd., párr. 118.

112. Íd., párr. 121.

113. Cfr. Schemmel, A., Corell, C. y Richter, N., “Plea Bargaining in Criminal Proceedings...”, op. cit., p. 53.

disposiciones de la Constitución alemana, de todos modos realizó una serie de aclaraciones respecto de cómo debe realizarse la interpretación.¹¹⁴ Esas pautas que ayudan a precisar la interpretación y aplicación del StPO, dan lugar a una serie de efectos individuales¹¹⁵ vinculados especialmente con las garantías que deben respetarse en la negociación, aprobación y control de los acuerdos, para evitar la colisión con derechos constitucionales.

Como ya se anticipó en el apartado anterior, el Tribunal descartó la posibilidad de que se realicen acuerdos informales, por lo que solamente serían válidos aquellos realizados de conformidad con la normativa procesal. Para ello, partió de dos consideraciones. En primer lugar, consideró que una conducta abierta y comunicativa del tribunal resulta un requisito evidente,¹¹⁶ por lo que las discusiones que tengan los participantes deben ser reveladas en juicio.¹¹⁷ En segundo lugar, resaltó que de la redacción de los límites impuestos en el StPO se puede inferir, sin lugar a dudas, que la intención de los legisladores era la de considerar admisibles los acuerdos sólo si se cumplían las obligaciones vinculadas con favorecer la transparencia y la documentación.¹¹⁸ En cuanto a estas últimas, el juez debe, tras la primera lectura de la acusación al comienzo del juicio, hacer saber si tuvieron lugar conversaciones entre las partes y cuál ha sido su contenido.¹¹⁹ Y si bien ciertas cuestiones técnicas vinculadas a la organización del procedimiento pueden no difundirse,¹²⁰ se establece el principio de que ante la duda debe producirse la divulgación.¹²¹ Lo mismo sucede cuando el acuerdo se produce durante el juicio oral, ya que debe mencionarse, y dejarse asentado en el expediente, quién sugirió

114. Cfr. Mosbacher, A., "The Decision of the Federal Constitutional Court...", op. cit., p. 6.

115. El término "efectos individuales" ha sido el utilizado por Mosbacher, y hace referencia a que la interpretación "específica" que propone el Tribunal afecta a todas las disposiciones particulares del StPO en lo que respecta a los acuerdos en derecho penal, como el contenido, el procedimiento y las garantías que deben respetarse. Vid. Mosbacher, A., "The Decision of the Federal Constitutional Court...", op. cit., p. 7.

116. BVerfG, 2 BvR 2628/10, sentencia del 19 de marzo de 2013, párr. 106.

117. Íd., párr. 85.

118. Íd., párr. 96-97.

119. Íd., párr. 85.

120. Íd., párr. 84.

121. Íd., párr. 85.

que comenzasen las negociaciones, cuál es el contenido de cada una de las intervenciones de las partes y del juez, cuáles han sido los hechos tenidos en cuenta y qué propuestas de solución surgieron.¹²²

Un detalle no menor tiene que ver con las consecuencias de las violaciones a los deberes de transparencia y documentación de las negociaciones. El Tribunal no consideró a estas cuestiones como optativas. Por el contrario, afirmó que todas estas obligaciones forman parte de la inseparable unidad de disposiciones que dan lugar a la permisión o prohibición de los acuerdos.¹²³ Esto parecería dar lugar a que cada una de las infracciones a los deberes que permiten el control de lo actuado tiene el efecto de transformar en ilegítimo el acuerdo en su conjunto, salvo en casos verdaderamente excepcionales.¹²⁴

En lo que se refiere a las obligaciones derivadas del principio de legalidad procesal, que se vinculan con el objetivo del proceso penal de buscar la verdad material como realización del principio de culpabilidad, el Tribunal sostuvo que la obligación del juez de realizar una investigación exhaustiva sigue en pie a pesar de la decisión consensuada.¹²⁵ En otras palabras, el acuerdo en ningún caso puede ser suficiente para permitir una condena,¹²⁶ sino que esta última tiene que estar lo suficientemente fundada en hechos y circunstancias independientes.¹²⁷ Esto termina dando lugar a que el acuerdo pueda llegar a implicar una renuncia al derecho del acusado a presentar prueba, pero sin perjuicio de ello los hechos deben quedar lo suficientemente acreditados, reteniendo el juez el deber de buscar la verdad.¹²⁸

122. Íd., párr. 86.

123. Íd., párr. 96.

124. Íd., párr. 97. Coinciden en esta interpretación: Cfr. Mosbacher, A., “The Decision of the Federal Constitutional Court...”, op. cit., p. 10; Schemmel, A., Corell, C. y Richter, N., “Plea Bargaining in Criminal Proceedings...”, op. cit., p. 62.

125. BVerfG, 2 BvR 2628/10, sentencia del 19 de marzo de 2013, párr. 104. Se trata de un entendimiento sustantivo del principio de culpabilidad, que asocia que solamente la culpabilidad “real” del acusado puede legitimar la imposición de una pena estatal. Cfr. Weigend, T. y Turner, J., “The Constitutionality...”, op. cit., p. 97.

126. BVerfG, 2 BvR 2628/10, sentencia del 19 de marzo de 2013, párr. 105.

127. Íd., párr. 68.

128. En un mismo sentido: Cfr. Mosbacher, A., “The Decision of the Federal Constitutio-

A una solución similar se llegó respecto de los efectos de la confesión. Así como un pacto entre las partes nunca puede ser la única base para una condena, tampoco lo puede ser una mera confesión,¹²⁹ y su veracidad debe ser revisada durante el juicio.¹³⁰ Incluso el Tribunal recordó que una oferta de reducción en la pena puede dar lugar a confesiones al menos parcialmente falsas, por lo que resulta necesario un examen durante la audiencia.¹³¹ Parecería claro que, más allá del acuerdo, deben obligatoriamente presentarse otros medios de prueba, como la lectura de documentos o el interrogatorio como testigo de quien realizó los principales actos de la investigación.¹³² Por último, el Tribunal le encomendó a los fiscales la tarea de controlar que se cumpla con los requisitos constitucionales al momento de negociar. Incluso consideró que deben abstenerse de negociar cuando no se siga el procedimiento legal y luego apelar esa clase de acuerdos.¹³³

III. C. Valoración crítica

Lo primero que debe señalarse respecto de esta sentencia son los esfuerzos realizados por ofrecer un poco de claridad sobre un tema complejo, en el que suelen exponerse posturas completamente incompatibles entre sí. No sólo eso, sino que la utilización de información empírica sobre las prácticas vinculadas con los acuerdos ayuda a fomentar un debate integral sobre la problemática, que trasciende lo meramente especulativo e intenta dar cuenta de las arbitrariedades que suceden en los tribunales. Esta clase de investigaciones no son usuales en el contexto latinoamericano, por ejemplo, y sería por demás interesante la producción de tales emprendimientos a los fines de analizar las características que en la práctica tienen los acuerdos en derecho penal.

nal Court...”, op. cit., pp. 7-8.

129. BVerfG, 2 BvR 2628/10, sentencia del 19 de marzo de 2013, párr. 70.

130. Íd., párr. 71.

131. Íd., párr. 110.

132. Cfr. Mosbacher, A., “The Decision of the Federal Constitutional Court...”, op. cit., p. 8.

133. BVerfG, 2 BvR 2628/10, sentencia del 19 de marzo de 2013, párr. 93.

Aun así, la decisión del BVerfG no termina de resolver ciertos problemas básicos que genera la incorporación de los acuerdos en el proceso penal continental. A nivel de fundamentación de la legitimidad de estos mecanismos, se vuelve a mencionar que los mecanismos consensuales no se encuentran prohibidos ni en el StPO ni en la Constitución, pero eso no ayuda a resolver el aspecto central de la cuestión. La verdadera incógnita está en advertir si un procedimiento abreviado, en el que se relativizan principios clave como el de una investigación pormenorizada o la búsqueda de la verdad puede aceptarse en un Estado de Derecho,¹³⁴ respetuoso de la dignidad humana,¹³⁵ en donde la justicia debería estar por encima de la eficiencia.¹³⁶ Buscar la respuesta a una pregunta teórica compleja en una disposición constitucional da lugar a una tarea tanto estéril como ingenua y pierde de vista los aspectos esenciales del interrogante. A su vez, esta clase de argumentos resultan por demás problemáticos en sistemas jurídicos que establecen el derecho a un juicio oral y público como una garantía de rango constitucional. En ese sentido, puede que una constitución nada diga respecto de los acuerdos en materia penal, pero que explícitamente establezca el derecho del acusado a un juicio público, como sucede en Argentina, a través del establecimiento de, por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos, como instrumento internacional con jerarquía constitucional.¹³⁷ Esa discrepancia entre lo que se establece normativamente respecto de la publicidad del juicio y una práctica centrada en la celebración de acuerdos sin juicio oral debe ser explicada con fundamentos más fuertes que la mera ausencia de una prohibición expresa respecto de los mecanismos consensuales en materia penal.¹³⁸

134. Cfr. Weigend, T. y Turner, J., “The Constitutionality...”, op. cit., p. 95.

135. Vid. Hassemer, W., “Human Dignity in the Criminal Process: The Example of Truth-Finding”, *Israel Law Review*, 2011, vol. 44, pp. 197-198.

136. Sobre el tema, vid. Sancinetti, M., “Avenimiento y mediación: ¿la pena como ‘objeto de negocios jurídicos?’”, op. cit.

137. Art. 75, inc. 22 CN y art. 8(5) CADH.

138. En un sentido similar, pero con referencia al derecho constitucional a un juicio por jurados en los Estados Unidos, véase: Langbein, J., “On the Myth of Written Constitutions: The Disappearance of Criminal Jury Trial”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 15, N°1, 1992, p. 120.

Por otro lado, el establecimiento de ciertos límites basados en principios constitucionales resulta por demás bienvenido a los fines de proporcionar un mayor control del mecanismo. Es cierto que muchas de las dificultades que pueden llegar a generarse, como eventuales violaciones al derecho al recurso o a la publicidad de los juicios, podrían evitarse a través del seguimiento de los estándares fijados por el Tribunal. Sin ir más lejos, en sistemas en los que se permite la celebración del juicio abreviado a través de una regulación escueta que relega a un segundo plano los mecanismos de control, las salvaguardas señaladas por el BVerfG aparecen como instrumentos de gran utilidad práctica, dignos de ser implementados. Pero más allá de este rasgo positivo, el excesivo énfasis en estas garantías resulta un tanto superficial, por el siguiente motivo: los procedimientos negociados en derecho penal de por sí están asociados a diversos riesgos de vulneración de derechos y garantías. Estas prácticas suelen llevarse a cabo en privado y elevan notablemente el peligro de condenar a personas inocentes, en tanto estas últimas pueden verse compelidas a brindar falsas confesiones para evitar una eventual condena, en especial en procesos complejos o con un amplio seguimiento mediático.¹³⁹ Sin ir más lejos, se ha llegado a considerar que el proceso penal alemán se encuentra amenazado, porque el procedimiento de negociación tiene como consecuencia *de facto* la abolición del juicio oral.¹⁴⁰ No se trata sólo de un problema de la práctica actual, como parece considerar el Tribunal, sino de los inconvenientes estructurales de toda legislación que permite los acuerdos en materia penal. Habría que preguntarse, entonces, si un sistema jurídico que pone de relieve los derechos de los acusados puede legítimamente darse el lujo de correr estos riesgos, bajo pretexto de celeridad y eficiencia. Es así que la afirmación del Tribunal de que la estructura de la ley en principio no es contraria a la Constitución y que, por lo tanto, los acuerdos (todavía) no son inconstitucionales puede, cuando menos, ser puesta en duda.

Ya en lo que se refiere a las limitaciones y salvaguardas, también deben realizarse algunas aclaraciones. Resulta al menos extraño que se les haya asignado a los fiscales la tarea de controlar que los otros participantes del

139. Cfr. Hassemer, W., "Human Dignity in the Criminal Process...", op. cit., p. 197.

140. Cfr. Huber, B., "Últimas tendencias en material de negociaciones en el proceso penal alemán", *Revista Penal*, 2008, N°22, p. 44.

proceso cumplan con las disposiciones legales. Debe recordarse que la parte acusadora en efecto tiene un interés en el resultado de la controversia,¹⁴¹ por lo que parecería ser poco realista un control, con un deber de apelación incluido, cuando un acuerdo informal “beneficiaría” también al fiscal.¹⁴² Este rasgo se debe, probablemente, al hecho de que en Alemania el rol del juez resulta preponderante ya en la celebración del acuerdo, debiendo ser buscadas instancias de control externas a los magistrados. Sin embargo, el traslado de consideraciones de este tipo a otros ordenamientos jurídicos debería ser cauteloso y quizá resulte preferible proteger al imputado de todo riesgo de afectación a la imparcialidad del juzgador, relegando a este último a un rol meramente pasivo en la negociación. De este modo, el juez quedaría en una mejor posición para controlar la legalidad que el fiscal,¹⁴³ mientras que este último podría tener un rol más activo en las negociaciones.

Por otro lado, los inconvenientes que genera el abanico o tijera de sanciones entre la pena que eventualmente se impondría tras un proceso y la que se ofrece para la confesión, no han sido definidos con la profundidad necesaria. En particular, el Tribunal no ofreció una guía clara para determinar cuándo la diferencia es tan amplia como para que pueda ser considerada desproporcionada y, de ese modo, apta para afectar la voluntariedad de la aceptación por parte del acusado.¹⁴⁴ Puede incluso que la diferencia entre dos sanciones posibles no sea coercitiva en sí, como señalan algunos autores,¹⁴⁵ pero aun así debería determinarse cuáles son los alcances, en

141. Cfr. Weigend, T. y Turner, J., “The Constitutionality...”, op. cit., p. 99.

142. Suele señalarse sobre el tema que tanto el fiscal como la defensa tienen diversas razones para querer declaraciones rápidas y, por lo tanto, estarán tentados de presionar a los acusados –muchos de los cuales pueden llegar a estar en una mala situación para resistirse– para que acepten un acuerdo. Cfr. Duff, A., Farmer, L., Marshall, S. y Tadros, V., *The Trial on Trial: Volume 3. Towards a Normative Theory of Criminal Law*, op. cit., p. 172.

143. En un mismo sentido, Duff, A., Farmer, L., Marshall, S. y Tadros, V., *The Trial on Trial: Volume 3. Towards a Normative Theory of Criminal Law*, op. cit., p. 178.

144. Cfr. Weigend, T. y Turner, J., “The Constitutionality...”, op. cit., p. 99.

145. Sobre el tema, véase, Langer, M., “Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure”, *Am. J. Crim. L.*, vol. 33, N°3, 2006, p. 229 y ss.

términos normativos, del concepto de coerción,¹⁴⁶ para lo cual la sentencia en análisis no resulta de demasiada utilidad. A su vez, la conflictiva relación entre un acuerdo beneficioso en relación con la pena en expectativa, aunque no desproporcionado, y el principio de culpabilidad, tampoco fue explorada de forma suficiente.

Finalmente, señalan Weigend y Turner que sigue habiendo interrogantes respecto del rol de las víctimas en estos procedimientos y también sobre las eventuales cuestiones de imparcialidad.¹⁴⁷ En cuanto al primer interrogante, las víctimas no tienen la posibilidad de coparticipar en el acuerdo, por lo que sus intereses ni siquiera serían tenidos en cuenta al momento de adoptar una decisión.¹⁴⁸ Y en lo que concierne al segundo interrogante, el problema básico puede apreciarse cuando un acuerdo sobre la confesión falla y el juicio debe continuar.¹⁴⁹ Asimismo se producen problemas en los casos tradicionales, en los que el pacto termina siendo exitoso, pero el juez ha tomado parte en las negociaciones y ha intentado inducir al acusado para que

146. Langer ofrece una interesante perspectiva que puede hacer las veces de punto de partida para una solución a este problema, a través de argumentos basados en nociones asentadas de filosofía moral. Es así que considera que los acusados en un proceso penal cuentan con ciertos derechos que puede anteponer tanto ante el fiscal como ante el sistema de justicia penal en su conjunto y que constituyen una base que no puede ser dejada de lado al momento de negociar un acuerdo –es decir, si se le ofrece menos que esa base al imputado, el acuerdo se vuelve coercitivo–. Estos derechos serían el de no soportar amenazas de un fiscal en casos en los que ningún jurado razonable llegaría a una condena; el de no recibir una pena desproporcionada, incluso en caso de ser culpable; y el de no ser acusado por ilícitos que no representen adecuadamente la conducta, o por la realización de acciones relativamente inocuas. Un análisis de esta posición ciertamente excede los límites de la presente investigación, pero al menos debe decirse que esta línea de trabajo merece ser explorada con mayor detenimiento. Para un resumen de la posición, véase: Langer, M., “Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure”, *Am. J. Crim. L.*, vol. 33, N°3, 2006, pp. 225-226.

147. Cfr. Weigend, T. y Turner, J., “The Constitutionality...”, *op. cit.*, p. 99.

148. Sobre el tema, vid. Gössel, K. H., “‘Quo vadis’, proceso penal?...”, *op. cit.*, p. 47.

149. Cfr. Frommann, M., “Regulating Plea-Bargaining in Germany: Can the Italian Approach Serve as a Model to Guarantee the Independence of German Judges?”, *Hanse Law Review*, vol. 5, N°1, 2009, p. 209.

admita su culpabilidad.¹⁵⁰ Y es que la imparcialidad del juez y la credibilidad del poder judicial se ven estorbadas por la participación del magistrado en las negociaciones, en la medida en que el rol que la ley le confiere para intervenir en el acuerdo se encuentra en conflicto con las tareas que se le han dispuesto constitucionalmente y que se centran en la toma de decisiones jurisdiccionales sin interferencias externas.¹⁵¹ En esos supuestos, el derecho del acusado a obtener un pronunciamiento de un juez que no cuente con prejuicios respecto de su culpabilidad, debería llevar no sólo a la inadmisibilidad de una eventual confesión por parte del acusado, sino también al apartamiento del magistrado que participó de las negociaciones, pero esta consecuencia no ha sido mencionada en la sentencia.¹⁵²

IV. El caso Natsvlishvili y Togonidze v. Georgia del TEDH

IV.A. Estado de la cuestión hasta el año 2014

Otra sentencia de gran interés para el debate en sistemas continentales es la que ha sido emitida por el TEDH el 29 de abril de 2014.¹⁵³ Allí el Tribunal se pronunció por primera vez en detalle sobre la adecuación de los acuerdos en derecho penal a los estándares que ha ido forjando en materia

150. Cfr. Weigend, T. y Turner, J., “Negotiated Justice”, en Sluiter, G. *et al.* (eds.), *International Criminal Procedure: Principles and Rules*, 2013, p. 1400.

151. Cfr. Frommann, M., “Regulating Plea-Bargaining in Germany: Can the Italian Approach Serve as a Model to Guarantee the Independence of German Judges?”, *Hanse Law Review*, vol. 5, N°1, 2009, p. 210.

152. Indispensable para comprender los problemas vinculados con la garantía de ser juzgado ante un tribunal imparcial: Sancinetti, M., *La Violación a la Garantía de la Imparcialidad del Tribunal. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación al “caso Cabezas”*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001. Para un análisis de la más reciente jurisprudencia del TEDH sobre el tema, vid: Grabenwarter, C., *The European Convention on Human Rights. Commentary*, München/Oxford/Baden-Baden/Basel, C.H. Beck/Hart/Nomos/Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014, pp. 120-122

153. TEDH, Case of Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia, Judgment, Application N°9043/05, sentencia del 29 de abril de 2014, párr. 10.

de garantías procesales.¹⁵⁴ No se trata de un tema menor, en tanto las prácticas de negociación generan, como ya se ha señalado, contradicciones con derechos fundamentales del acusado, de compleja solución. En los próximos párrafos se verá hasta qué punto el TEDH ha reconocido esos problemas y qué soluciones ha propuesto, pero antes se hará un breve esbozo de los estándares que hasta el año 2014 regían sobre el tema en el marco del sistema europeo de derechos humanos.

Si bien la Convención Europea no cuenta con disposiciones específicas respecto de la posibilidad de celebración de acuerdos en derecho penal, las previsiones sobre garantías procesales estuvieron muy influidas por principios propios de los sistemas procesales del *common law*, por lo que podía asumirse que esta clase de mecanismos no iban a ser sospechados de ilegitimidad durante las primeras etapas del Tribunal.¹⁵⁵ Es así que la vieja Comisión Europea de Derechos Humanos –cuyas funciones de instancia previa al TEDH fueron suprimidas por el Protocolo 11 de 1998– había considerado que no se producían conflictos entre las garantías judiciales de la Convención y la práctica de *plea bargaining*.¹⁵⁶

No obstante, el artículo 6 de la Convención Europea establece una serie de garantías que hacen al derecho a un proceso equitativo, que en principio deberían ser renunciados para que pueda proceder un acuerdo sobre la pena o sobre los cargos: el derecho a una audiencia pública y el derecho a examinar testigos, entre otros.¹⁵⁷ Sobre la posibilidad de renunciar a estos derechos, y en particular al de una audiencia pública, el TEDH ha considerado válida esa decisión por parte del acusado, siempre y cuando se trate de una mani-

154. Suele señalarse como causas para el surgimiento de negociaciones informales en Alemania que el énfasis en los derechos humanos, derivado en parte por la ambiciosa jurisprudencia del TEDH, dio lugar a obstáculos potenciales para un proceso fluido, a través de, por ejemplo, limitaciones para la incorporación de prueba. Esto debe agregársele el incremento de crímenes “sofisticados”, generalmente con dimensiones internacionales, que requieren grandes recursos y esfuerzos para la investigación. Cfr. Weigend, T. y Turner, J., “The Constitutionality...”, op. cit., p. 86. Sobre estos estándares, vid. Grabenwarter, C., *The European Convention on Human Rights. Commentary*, op. cit., pp. 153-170.

155. Cfr. Weigend, T. y Turner, J., “Negotiated Justice”, op. cit., p. 1398.

156. CEDH, Case of X. v. United Kingdom, Application N°5076/71, 23 de marzo de 1972; Case of R. O. v. United Kingdom, Application N°23094/93, 11 de mayo de 1994.

157. Cfr. Weigend, T. y Turner, J., “Negotiated Justice”, op. cit., p. 1398.

festación inequívoca, que no vaya en contra de un importante interés público y existan un mínimo de garantías alrededor del procedimiento.¹⁵⁸ Por el contrario, no puede predicarse tal validez cuando se ha ejercido coerción sobre el imputado, como en el caso en el que este último se ve forzado a aceptar un trato propuesto por la fiscalía bajo amenaza de cierre de su negocio y de una multa gravosa en caso de querer ir a juicio.¹⁵⁹ Pero más allá de estos supuestos puntuales, hacía falta una sentencia en la que se analizase detalladamente la regulación sobre acuerdos de un Estado como una cuestión central para la solución del caso, con especial hincapié en el problema de la validez del consentimiento del acusado al momento de celebrar el pacto. En la decisión que termina de delinear el objeto de estudio de esta investigación, *Natsvlshvili y Togonidze v. Georgia*, sí se produce el mencionado análisis, como se verá a continuación.

IV.B. Natsvlshvili y Togonidze v. Georgia: hechos del caso

El caso tiene lugar a partir de una demanda realizada contra el Estado de Georgia, en virtud del artículo 34 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, realizada el día 9 de marzo de 2005 por el señor Amiran Natsvlshvili y la señora Rusudan Togonidze –esposa del primero–, ambos nacionales georgianos.¹⁶⁰ El señor Natsvlshvili fue el director de una importante empresa estatal de automóviles desde 1995 hasta 2000, año en que fue designado presidente del comité supervisor de la compañía por los accionistas.¹⁶¹ Con el tiempo, se

158. TEDH, Case of Håkansson and Sturesson v. Sweden, Judgment, Application N°11855/85, sentencia del 21 de febrero de 1990, párr. 66; TEDH, Case of Schöps v. Germany, Judgment, Application N°25116/94, sentencia del 13 de febrero de 2001, párr. 48, entre otros.

159. TEDH, Case of Deweer v. Belgium, Judgment, Application N°6903/75, sentencia del 27 de febrero de 1980, párr. 50-54. A partir de esta sentencia se consideró que la renuncia a derechos procesales como producto de una negociación no sería aceptable en los casos en los que ninguna persona razonable, incluso siendo inocente, habría tomado el riesgo de exponerse a un juicio. Cfr. Weigend, T. y Turner, J., “Negotiated Justice”, op. cit., p. 1399.

160. TEDH, Case of Natsvlshvili and Togonidze v. Georgia, Judgment, Application N°9043/05, sentencia del 29 de abril de 2014, párr. 1.

161. Íd., párr. 9.

convertiría en el principal tenedor de acciones después del Estado y sufriría un secuestro en el año 2002.¹⁶²

El día 12 de marzo de 2004, el demandante fue acusado de haber reducido ilegítimamente el capital accionario de la empresa, a partir de la realización de ventas ficticias, transferencias y condonaciones de deudas.¹⁶³ Esto dio lugar a un arresto ampliamente cubierto por los medios de comunicación,¹⁶⁴ y tras la designación de un abogado y la negación de los hechos imputados,¹⁶⁵ se le impuso prisión preventiva al señor Natsvlishvili hasta el 15 de julio, que luego se extendería hasta el 15 de septiembre.¹⁶⁶ Durante los primeros cuatro meses de la detención, el demandante debió permanecer en la misma celda que la persona que lo habría secuestrado en 2002 y que un condenado por homicidio.¹⁶⁷

La investigación finalizó el día 6 de septiembre de 2004 con una imputación formal que fue rechazada por el señor Natsvlishvili, quien reafirmó su inocencia y su interés en cooperar con la investigación, asesorado por dos abogados y con la posibilidad de acceder al expediente en su totalidad.¹⁶⁸ A su vez, ese día tanto el imputado como su esposa transfirieron gratuitamente al Estado sus acciones en la empresa de automóviles.¹⁶⁹

Según el TEDH, el expediente cuenta con la declaración de la cuñada de la demandante en la que se afirmaba que el fiscal le habría demandado a la familia del acusado el pago de aproximadamente € 21.000 a un fondo de desarrollo, con el fin de realizar un acuerdo procedimental que permitiría terminar con la detención. Ese pago habría tenido lugar el día 8 de septiembre.¹⁷⁰

Al día siguiente, el demandante presentó ante el fiscal una declaración por escrito en la que solicitaba la realización de un acuerdo a través

162. Íd., párr. 10.

163. Íd., párr. 12.

164. Íd., párr. 13.

165. Íd., párr. 15 y 16.

166. Íd., párr. 19.

167. Íd., párr. 20.

168. Íd., párr. 22.

169. Íd., párr. 23.

170. Íd., párr. 25 y 26.

del procedimiento que había sido introducido en febrero de 2004 al sistema jurídico georgiano. Allí el acusado especificó que a pesar de considerarse inocente estaba dispuesto a llegar a un compromiso respecto de la pena y reparar el daño generado al Estado mediante el pago de € 14.700. Mencionó, además, que comprendía los términos del acuerdo.¹⁷¹ Ese mismo día, el fiscal realizó el ofrecimiento, que fue aceptado por el señor Natsvlshvili. En ese sentido, si bien no hubo confesión de los hechos, sí se produjo una cooperación activa con la investigación a través de la reparación del daño, incluyéndose la donación de las acciones de la empresa al Estado. Y a pesar de que la acusación se basó en un delito con una escala penal de seis a doce años, se consideró que a partir de la compensación económica y de los intereses en la eficiencia de la administración de justicia, podría ofrecerse un pacto que daría lugar a la imposición de una multa de € 14.700. El acuerdo fue firmado por el fiscal, el imputado –quien dejó asentado que su decisión no se produjo como consecuencia de coacción, presión o algún tipo de promesa indebida– y sus dos abogados.¹⁷² Posteriormente, pero también en el mismo día –9 de septiembre–, el fiscal requirió la aprobación del acuerdo al Tribunal de la Ciudad de Kutaisi (*Kutaisi City Court*) y una familiar del acusado realizó el pago de la multa a través de una transferencia bancaria.¹⁷³

Al día siguiente se celebró una audiencia oral ante el tribunal y allí el juez le explicó al demandante, quien estaba asistido por uno de sus dos abogados, cuáles eran sus derechos procedimentales. La respuesta por parte del acusado fue que estaba enterado de sus derechos y que aceptaba voluntariamente lo acordado, sin haber sido coaccionado durante las negociaciones por parte del fiscal. Estas afirmaciones fueron confirmadas por el abogado, quien además agregó que fue su cliente quien insistió en la realización del acuerdo con el fiscal y que, en su función de letrado, le brindó la necesaria asistencia jurídica.¹⁷⁴ En virtud de ello, y valiéndose de la prueba documental y los testimonios de distintos testigos brindados durante la etapa de investigación, el juez consideró que los cargos eran fundados, aprobó el acuerdo, declaró al señor Natsvlshvili culpable, sentenciándolo a una multa de €

171. Íd., párr. 27.

172. Íd., párr. 28.

173. Íd., párr. 29 y 30.

174. Íd., párr. 31.

14,700 y liberándolo de modo inmediato.¹⁷⁵ Esta decisión, según el ordenamiento jurídico de Georgia, no podía dar lugar a un recurso de apelación.¹⁷⁶

IV.C. Derechos en juego y argumentos de la parte demandante¹⁷⁷

En este caso estaban en juego distintos derechos. En particular, los demandantes consideraron que el procedimiento que culminó en el acuerdo había dado lugar a un proceso abusivo e injusto, contrario al artículo 6 (derecho a un proceso equitativo) de la Convención Europea y el artículo 2 de su Protocolo Facultativo N°7 (derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal). Los siguientes párrafos de esta investigación se centrarán en estos derechos, sin perjuicio de que también se argumentó una violación a la presunción de inocencia (artículo 2, apartado segundo de la Convención) como consecuencia de las condiciones en las que produjo el arresto, al derecho a realizar peticiones individuales y al derecho a la propiedad (artículo 1 del Protocolo Facultativo N°1).

Con respecto a la violación del derecho a un proceso equitativo y al doble conforme en materia penal, el demandante consideró que la aceptación del acuerdo implicaba la renuncia de ciertos derechos procesales y que esa renuncia no fue acompañada de resguardos efectivos contra abusos por parte del acusador. Para sustentar esta afirmación, se mencionó que a diferencia de lo que sucede en otros Estados, el modelo de *plea bargaining* en Georgia no le permitió el acceso a un abogado desde el comienzo de la investigación, ni facultó al juez para ejercer una revisión judicial suficiente de las circunstancias que dieron lugar al acuerdo.¹⁷⁸

175. Íd., párr. 33.

176. Íd., párr. 34.

177. Los argumentos del gobierno de Georgia serán dejados de lado tanto por una cuestión de espacio, como por el hecho de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que en el caso no se ha producido una violación a ninguno de los artículos invocados de la Convención Europea. A los fines del trabajo, por lo tanto, resulta relevante la argumentación del Tribunal, que en gran medida dio la razón al Estado. De todos modos, la síntesis de la presentación del gobierno puede encontrarse en: TEDH, *Case of Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia*, Judgment, Application N°9043/05, sentencia del 29 de abril de 2014, párr. 78-84.

178. Íd., párr. 85.

Hizo referencia también a los informes realizados por el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa¹⁷⁹ y por Transparency International,¹⁸⁰ en los que se había afirmado que el sistema de justicia georgiano operaba con una tasa de condenas superior al 99%. En virtud de que el acuerdo sería la única alternativa del acusado para obtener una pena reducida, su decisión nunca podría haber sido voluntaria. A esto deben sumársele las intolerables condiciones de detención, que llegaron a colocar al señor Natsvlshvili con quien lo secuestró años antes.¹⁸¹

Por otro lado, se hizo referencia a que el sistema jurídico de Georgia le brinda derechos y privilegios ilimitados a la fiscalía, lo que excluye toda posibilidad de que los acuerdos puedan celebrarse entre partes iguales.¹⁸² Este argumento referido a la ausencia de una verdadera igualdad se vería reforzado por el hecho de que ni el fiscal ni el juez habrían alertado al demandante de que estaba renunciando a sus derechos procesales. También alegó este último que el magistrado no estuvo en condiciones de controlar las condiciones en las que se llevó a cabo la negociación, debido a la ausencia de transcripciones o grabaciones. Además, el mero interrogatorio de un juez en una audiencia de conocimiento jamás habría podido ser una garantía efectiva, debido a que el imputado se encontraba detenido.¹⁸³

Finalmente, recordó que el tribunal aprobó el acuerdo en sólo un día, por lo que resultaba objetivamente imposible el estudio del caso en un período tan corto de tiempo. Esta situación daría cuenta de que en realidad la culpabilidad del acusado y su pena habrían sido determinadas por el fiscal. Y como agravante de la situación se manifestó que la transferencia de acciones y el pago de la multa se produjeron incluso antes del control jurisdiccional del acuerdo, por lo que en caso de abstenerse de negociar el señor Natsvlshvili se habría visto privado de su propiedad sin obtener nada a cambio.¹⁸⁴

IV.D. Solución del Tribunal

179. Íd., párr. 57.

180. Íd., párr. 58-61.

181. Íd., párr. 86.

182. Íd., párr. 87.

183. Íd., párr. 88.

184. Íd., párr. 89.

En primer lugar, el TEDH recordó que no es su tarea revisar si el derecho interno de un Estado es, *per se*, incompatible con los estándares de la Convención Europea, sino que debe analizar el caso concreto. Resaltó que los sistemas consensuales, que le permiten obtener al acusado una reducción en la pena o en los cargos a cambio de una declaración de culpabilidad o de no contradecir la imputación antes del juicio, o una cooperación sustancial con la investigación, resultan una característica común de los sistemas jurídicos europeos. Por lo tanto, llegó a la conclusión de que no hay nada de indebido en esta clase de mecanismos de negociación y señaló que, por el contrario, no sólo ofrecen beneficios al momento de acelerar los casos penales y aliviar la carga de trabajo de los tribunales, sino que también pueden ser una herramienta exitosa para combatir la corrupción y el crimen organizado, si se los utiliza correctamente.¹⁸⁵

A pesar de esta consideración, el Tribunal reconoció que al ser el efecto principal del *plea bargaining* una determinación de la culpabilidad del acusado a través de un examen jurisdiccional más breve, se da lugar a la renuncia de varios derechos procesales. Y si bien recordó que cualquiera de estos derechos procesales puede ser renunciado voluntariamente, también resaltó que esa renuncia debe estar acompañada de un mínimo de garantías, proporcionales a su importancia.¹⁸⁶ En casos como el de análisis, dos requisitos mínimos deben darse para que la renuncia pueda ser considerada convencionalmente adecuada. El primero de ellos se refiere a la necesidad de que el pacto sea aceptado de una forma verdaderamente voluntaria, por un acusado plenamente consciente de los hechos del caso y de las consecuencias jurídicas. En segundo término, el contenido del acuerdo y las condiciones de igualdad entre las partes negociantes deben estar sujetos a un control judicial suficiente.¹⁸⁷

Una vez sentados los dos elementos que deben estar presentes, el Tribunal pasó a analizar si además se daban en el caso. En efecto, señaló que estaban presentes y para ello se valió de diversos indicios. Entre ellos consideró relevante señalar que el demandado había sido quien solicitó la realización de un acuerdo, que contó con acceso al expediente y con el ase-

185. Íd., párr. 90.

186. Íd., párr. 91.

187. Íd., párr. 92.

soramiento de dos letrados seleccionados por él mismo y que aun así afirmó inequívocamente que deseaba reparar los daños señalados al Estado.¹⁸⁸

Si bien no se hizo referencia expresa a la oralidad y publicidad de los juicios penales, el Tribunal consideró importante que el control de lo acordado se había realizado en una audiencia pública.¹⁸⁹ También destacó el examen jurisdiccional realizado por el juez, quien preguntó al acusado y a su abogado si habían sido sometidos a algún tipo de presión indebida en la negociación, y las distintas ocasiones en las que se le recordaron al señor Natsvlshvili cuáles eran las consecuencias jurídicas de su accionar. En este contexto, el imputado habría manifestado en varias oportunidades que comprendía los términos del acuerdo y que no había sido sometido a coacciones o a falsas promesas.¹⁹⁰

Con respecto a las negociaciones previas, parecería bastar, a los fines del control jurisdiccional posterior, que el juez indague sobre su voluntariedad y que el acuerdo haya sido redactado por escrito.¹⁹¹ Se agregó, por otro lado, que la facultad que el ordenamiento procesal de Georgia le otorgaba al magistrado para disminuir la pena respecto de la solicitada por el fiscal, actuaba como garantía a favor del imputado.¹⁹²

Finalmente, el Tribunal descartó que se haya violado el derecho a un doble conforme en materia penal, por argumentos análogos a los que permitirían la existencia de los acuerdos en primer lugar. Así, consideró que resulta normal que el alcance de este derecho se viese limitado en un supuesto de *plea bargaining*, ya que se está renunciando expresamente al análisis jurisdiccional de los méritos de la causa. Por lo tanto, al aceptar el acuerdo, el demandante también habría renunciado a su derecho a una revisión en apelación y esta restricción no resulta arbitraria.¹⁹³

IV.E. Valoración crítica

188. Íd., párr. 93.

189. Íd., párr. 95.

190. Íd., párr. 93.

191. Íd., párr. 94.

192. Íd., párr. 95.

193. Íd., párr. 97.

El TEDH comienza a delinear su postura a través de una diferenciación entre el análisis de la adecuación convencional de la legislación de Georgia, que excedería sus facultades, y la resolución del caso concreto. Sin embargo, como señala Sancinetti, estas afirmaciones no hacen más que señalar lo que sucede en todo problema jurídico: se trata de establecer cuál es la solución correcta conforme a las circunstancias relevantes del caso.¹⁹⁴ Pero si lo que en realidad se quiere decir es que determinadas cuestiones básicas, como el alcance de los derechos establecidos en la Convención Europea, pueden variar de caso en caso a través de soluciones *ad hoc*, sin que puedan establecerse patrones generales, estaríamos en presencia de una forma arbitraria de resolver los problemas jurídicos.

En lo que se refiere a la legitimidad de los acuerdos, la justificación ofrecida resulta problemática. La mención del dato fáctico vinculado con la adopción de mecanismos consensuales como característica común a los sistemas jurídicos europeos aparece como un argumento de autoridad, que no aporta demasiado a la discusión. Puede que esta clase de constataciones sobre la existencia de un consenso en los distintos Estados parte sea necesaria, debido a que un tribunal internacional debe ser particularmente cauteloso al intentar revertir una práctica claramente asentada. Empero, la apelación a una práctica y a su aceptación en los hechos ignora un postulado kantiano elemental: del ser no surge ningún deber ser, por lo que con esos argumentos se podría justificar tanto la legitimidad de los acuerdos como la comisión de distintos delitos, por su ocurrencia masiva.¹⁹⁵

Puede observarse que subsiste el interrogante sobre las razones que darían legitimidad a esta clase de mecanismos, que suponen riesgos para la efectividad de ciertos derechos y garantías, en el marco de un Estado de Derecho respetuoso de los derechos humanos. Es así que el Tribunal intenta encontrar una justificación en los beneficios de los acuerdos en derecho penal, como la reducción del número penas y el fortalecimiento en la lucha contra la criminalidad compleja. Pero una justificación de este tipo debería ofrecer una mayor evidencia empírica ya que estas supuestas bondades sólo pueden ser consideradas en caso de ser reales –y hay razones para al

194. Cfr. Sancinetti, M., *La Violación a la Garantía de la Imparcialidad del Tribunal...*, op. cit., pp. 95-96.

195. Cfr. Gössel, K. H., “¿‘Quo vadis’, proceso penal?...”, op. cit., p. 22.

menos desconfiar de estos supuestos beneficios, tanto desde el punto de vista del imputado como desde el de las víctimas—. ¹⁹⁶ Por otro lado, esta clase de fundamentaciones que se centran en la necesidad de dar lugar a una administración de justicia más eficiente o más conveniente no resultan adecuadas para responder a las objeciones principales que se alzan contra los acuerdos. Estas objeciones, como ya se señaló, están basadas en nociones de justicia, no de resultados, tales como el aumento de las probabilidades de condenar inocentes –o de que culpables sean condenados por delitos más serios que los cometidos–, de afectar la equidad del proceso o de dar lugar a condenas que no reflejen la gravedad de la ofensa o que aparezcan como desproporcionadas. ¹⁹⁷ A su vez, y ya en lo que se refiere al caso concreto, la argumentación brindada sobre la posibilidad de evitar la imposición de una pena por el tribunal solamente sería razonable en aquellos casos en los que no tiene lugar una sentencia, y no en los supuestos como el del caso en donde el imputado fue efectivamente penado, más allá de no haber sido privado de la libertad tras la condena.

También el TEDH señaló que los derechos procesales establecidos en la Convención pueden ser renunciados voluntariamente por los acusados. Este argumento resulta atractivo, porque implícitamente está resaltando que los únicos que pueden disponer de las garantías son los imputados y no otras partes del proceso. El problema, de todos modos, está en desconocer la faceta de las garantías no ya como derecho, sino como limitación al poder estatal. Al considerar que pueden dejarse de lado cuestiones tales como el juicio previo, el derecho a producir prueba o de recurrir, se está olvidando que la imposición de penas en un Estado de Derecho presupone restricciones al poder discrecional del Estado, no disponibles por los ciudadanos. ¹⁹⁸ Esto último se vincula con la noción de publicidad del debate, que tiende a brindarle transparencia al procedimiento, que puede ser considerado como

196. Cfr. Duff, A., Farmer, L., Marshall, S. y Tadros, V., *The Trial on Trial: Volume 3. Towards a Normative Theory of Criminal Law*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2007, p. 173.

197. *Ibíd.*

198. Sobre el tema, vid. Córdoba, G., “El juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la Nación”, en Maier, J. B. y Bovino, A. (eds.), *El Procedimiento Abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, p. 236.

un principio fundamental en una sociedad democrática y que por lo tanto trasciende la faceta meramente individual.¹⁹⁹ Con esto no se quiere decir que el argumento de la renunciabilidad sea incorrecto, sino que hacen falta razones más fuertes que las ofrecidas para poder sostenerlo, que no pierdan de vista que el rol de las garantías como herramienta de la ciudadanía para controlar y limitar los actos estatales.

Al considerar legítimos los mecanismos consensuales el TEDH, al igual que el BVerfG, intenta ofrecer límites para su práctica. En este caso se presentan dos elementos que funcionarían como *conditio sine qua non* para la celebración de un acuerdo legítimo: la voluntad del acusado y el control judicial posterior. Si bien ambos resultan adecuados en principio, deben realizarse algunas distinciones respecto del criterio del Tribunal. En lo que se refiere a la voluntariedad no se trata simplemente de determinar si el acusado conocía las consecuencias de su decisión, como parecería desprenderse de la solución del caso, sino de garantizar una igualdad real entre quienes negocian y la ausencia de presiones derivadas del accionar de las otras partes, o bien de la estructura del modelo procesal.²⁰⁰ Y si bien en la sentencia se habla de una voluntad “genuina”, lo cierto es que la aplicación del principio al caso concreto resulta, como mínimo, superficial. Esto se debe a que el Tribunal se conforma con que se le haya avisado al acusado del contenido del acuerdo y sus consecuencias, pero no toma en cuenta factores tales como el hecho de haber negociado en prisión preventiva, las precarias condiciones de detención, la enorme brecha de sanciones o el hecho de haber tenido que ceder parte de su patrimonio antes de siquiera comenzar a negociar. Estas turbias circunstancias del caso deberían haber bastado para considerar que las garantías del imputado habían sido violadas, como bien afirma el voto en disidencia.²⁰¹

199. Cfr. Gössel, K. H., “¿‘Quo vadis’, proceso penal?...”, op. cit., p. 24.

200. Vid. Langer, M., “La dicotomía acusatorio-inquisitivo...”, op. cit., p. 128 y ss.

201. En su voto parcialmente disidente, el juez Gyulumyan resalta justamente que las oscuras circunstancias del caso (*shady factual circumstances*) impiden afirmar que el acusado y el fiscal se encontraban en una situación de igualdad, y que las garantías deben ser aplicadas de un modo más estricto que el propuesto por la mayoría. Por esos motivos, y a través de un análisis breve pero incisivo de los hechos del caso, concluye que ha habido una violación al derecho a un proceso equitativo y al derecho a recurrir en apelación. Vid. TEDH, Case of Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia, Judgment, Appli-

Un problema similar puede encontrarse en la aplicación del requisito del control judicial, ya que bastaría con la incorporación del acuerdo al expediente y la celebración de una audiencia en extremo abreviada. Esto de ningún modo resulta suficiente para que el juez encargado de la revisión pueda controlar lo que verdaderamente sucedió, sino que sería necesario incorporar e incluso grabar las negociaciones en su totalidad, tanto que permita afirmar la verosimilitud de los hechos imputados. Las preguntas que el juez que homologa el acuerdo pudiese llegar a realizar en una audiencia de conocimiento, vinculadas con la existencia de coacciones al momento de celebrarse el acuerdo, pueden ser relevantes para la protección de los derechos del acusado, pero de ningún modo suficientes. Lo importante debería ser no otorgarle a la declaración de culpabilidad más valor que aquel que debería tener en un proceso ordinario. Es decir, la eventual confesión del imputado sobre la comisión de un hecho punible todavía debería corroborarse según los estándares probatorios requeridos para dar lugar a una condena.²⁰² Una salvaguarda importante para asegurar este aspecto podría ser la obligación de que el fiscal, como mínimo, presente por escrito un resumen de su caso, con el fin de que pueda afirmarse que al menos *prima facie* había una chance razonable de obtener una condena.²⁰³

Por último, el Tribunal considera que el derecho al recurso también es renunciable y que una imposibilidad legal de apelar resulta una restricción razonable que el acusado debe tener en cuenta antes de someterse voluntariamente a un procedimiento abreviado. Esta concepción pasa por alto que el condenado debe saber cuál es el contenido de la sentencia para poder recurrir. Si de antemano se lo obliga a renunciar a las vías recursivas, o directamente no se prevé la posibilidad de apelar, se estaría cercenando el derecho, más que restringiéndolo legítimamente.²⁰⁴ No sólo eso, sino que

cation N°9043/05, sentencia del 29 de abril de 2014, Partly Dissenting Opinion of Judge Gyulumyan.

202. Vid. Duff, A., Farmer, L., Marshall, S. y Tadros, V., *The Trial on Trial: Volume 3. Towards a Normative Theory of Criminal Law*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2007, p. 178.

203. Íd., pp. 178-179.

204. El Tribunal, además, debería haber realizado un análisis de proporcionalidad más profundo, de acuerdo a los estándares que viene manejando para determinar si una restricción a derechos convencionales resulta legítima. La mera afirmación de que en estos

la renuncia debería verse con extremo recelo, debido a que de esta forma se impide la posibilidad de un control jurisdiccional posterior, cuando este último puede resultar indispensable para asegurar que la condena se adecua a la realidad. Piénsese en el caso de un imputado inocente que se vio coaccionado por el fiscal para celebrar un acuerdo que incluía la cláusula de renuncia “voluntaria” al derecho al recurso. Si se considera que un pacto así resulta válido, el imputado se vería imposibilitado de obtener un control jurisdiccional simple de una condena injusta y sólo contaría con remedios excepcionales, que pueden estar o no receptados en el ordenamiento procesal, para obtener la anulación del acuerdo por coacción. Esta última situación, además, probablemente requeriría que el imputado acredite una situación de presión que quizá tuvo lugar a puertas cerradas y de la que pueden no quedar rastros.

V. Reflexiones finales: ¿enseñanzas para el debate latinoamericano?

De todo lo expuesto, resta extraer cuáles son los aspectos que pueden resultar útiles para enriquecer el debate sobre los acuerdos en los sistemas procesales de tradición continental. La conclusión general podría plantearse de la siguiente manera: el problema de la legitimidad de los mecanismos consensuales en un Estado de Derecho sigue estando sin resolver. Si bien tanto el BVerfG como el TEDH intentan justificar estas prácticas, los argumentos resultan insuficientes y no aportan demasiado a un debate caracterizado por posiciones que parten de posturas filosóficas y jurídicas muchas veces contrapuestas. De más está decir que estas decisiones no darán cierre a una discusión que probablemente no pueda ser resuelta a través de una sentencia.

En cambio sí pueden encontrarse argumentos interesantes en lo que se refiere a los requisitos y límites a los que deben ser sometidos los mecanismos de negociación en derecho penal, más allá de que resulta compleja la tarea de delinear los alcances de un instituto cuando los fundamentos que lo sustentan son endeble. Es así que por más que se parta de la base de que es-

casos el acusado se somete voluntariamente a un proceso con menos garantías, y que de eso resulta una restricción razonable, luce insuficiente desde todo punto de vista.

tos acuerdos son legítimos y de que no violentan derechos fundamentales, lo cierto es que se corre el riesgo de que estos últimos se vean vulnerados en la práctica. Por ese motivo, los altos estándares impuestos por el BVerfG, más allá de las críticas expuestas y de que puedan ser engorrosos en la práctica, resultan valiosos. En especial el esfuerzo por garantizar de la mejor forma posible la transparencia de los procedimientos, el respeto por el principio de culpabilidad y el *nemo tenetur*, resulta indispensable.

En el caso del TEDH, la perspectiva parecería ser un poco menos auspiciosa, debido a que determinó requisitos más generales que en el caso del BVerfG, acompañados de una aplicación bastante laxa al caso que debió resolver. Sin embargo, esto podría tener una explicación: se trata de un tribunal internacional que verifica el cumplimiento de ciertos estándares de protección *mínimos* en materia de derechos humanos, que deben cumplirse en el territorio de todos los Estados parte. Esto implica que en los ordenamientos jurídicos internos pueden (y deben) establecerse medidas de protección más intensas, que aparezcan como verdaderos derechos del acusado. Así, los dos elementos que deben verificarse en los acuerdos para ser convencionalmente adecuados pueden servir de punto de partida para evitar arbitrariedades, pero no constituir un techo en lo que se refiere al establecimiento de salvaguardas.

Resulta particularmente interesante, en ambos casos, que se ha recurrido a investigaciones empíricas para resolver los casos jurídicamente. Esta clase de prácticas no es común en el marco de la ciencia jurídica de países como Argentina, por lo que estos ejemplos deberían servir de enseñanza y, quizá, de punto de partida para futuros proyectos de investigación.

Como conclusión debe decirse que en las sentencias recientes del BVerfG y del TEDH demuestran que el problema que generan los acuerdos en derecho penal no es algo privativo de la práctica y academia latinoamericana. Sólo resta esperar que estas sentencias recientes colaboren a fomentar la discusión y que sus aspectos positivos sean tenidos en cuenta por nuestros tribunales, con el fin de forjar un derecho procesal penal cada vez más justo y transparente.

Bibliografía

Altenhain, K., “*Absprachen* in German Criminal Trials”, en Thaman, S. (eds.), *World Plea Bargaining. Consensual Procedures and the Full*

- Criminal Trial*, Durham, Carolina Academic Press, 2010, pp. 157-178.
- Altenhain, K., Dietmeier, F. y May, M., *Die Praxis der Absprachen in Strafverfahren*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2013.
- Bittmann, F., “Consensual Elements in German Criminal Procedural Law”, en Hoven, E. y Safferling, C (eds.), *German Law Journal. Special Issue – Plea Bargains in Germany*, 2014, pp. 15-42.
- Córdoba, G., “El juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la Nación”, en Maier, J. B. y Bovino, A. (eds.), *El Procedimiento Abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, pp. 229-250.
- Deal, D., “Der strafprozessuale Vergleich”, *Strafverteidiger*, vol. 2, 1982, pp. 545-552.
- Díaz Cantón, F., “Juicio abreviado vs. Estado de derecho”, en Maier, J. B. y Bovino, A. (eds.), *El Procedimiento Abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, pp. 251-276.
- Dubber, M. y Hörnle, T., *Criminal Law: A Comparative Approach*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- Dubber, M., “American Plea Bargains, German Lay Judges, and the Crisis of Criminal Procedure”, *Stan. L. Rev.*, vol. 49, 1996-1997, pp. 547-605.
- Duff, A., Farmer, L., Marshall, S. y Tadros, V., *The Trial on Trial: Volume 3. Towards a Normative Theory of Criminal Law*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2007, p. 171.
- Ferrajoli, L., “Las lesiones legales al modelo constitucional del proceso penal”, en Maier, J. B. y Bovino, A. (eds.), *El Procedimiento Abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, pp. 31-50.
- Frisch, W., “Transformaciones del Derecho Penal como Consecuencia del Cambio Social”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N°21, 2014, pp. 15-40.
- Frommann, M., “Regulating Plea-Bargaining in Germany: Can the Italian Approach Serve as a Model to Guarantee the Independence of German Judges?”, *Hanse Law Review*, vol. 5, N°1, 2009, pp. 197-220.
- Gössel, K. H., “¿‘Quo vadis’, proceso penal? (¿A dónde vas, proceso penal?)”, *Revista de Derecho Procesal Penal*, 2010-1: La defensa penal, pp. 11-52.
- “El principio de investigación de oficio en la praxis del proceso penal alemán”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2005, vol. 26, N°79, pp. 33-45.
- Grabenwarter, C., *The European Convention on Human Rights*.

- Commentary*, München/Oxford/Baden-Baden/Basel, C.H. Beck/Hart/Nomos/Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014.
- Hassemer, W., “Human Dignity in the Criminal Process: The Example of Truth-Finding”, *Israel Law Review*, 2011, vol. 44, pp. 185-198.
- Herrmann, J., “Bargaining Justice – A Bargain for German Criminal Justice?”, *U. Pitt. L. Rev.*, vol. 53, 1991-1992, pp. 755-776.
- Hoven, E. y Safferling, C., “Foreword: Plea Bargaining in Germany after the Decision of the Federal Constitutional Court”, en Hoven, E. y Safferling, C. (eds.), *German Law Journal. Special Issue – Plea Bargains in Germany*, 2014, pp. 1-4.
- Huber, B., “Últimas tendencias en material de negociaciones en el proceso penal alemán”, *Revista Penal*, 2008, N°22, pp. 44-49.
- Kuhlen, L., *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- Langbein, J., “Land without Plea Bargaining: How the Germans Do It”, *Mich. L. Rev.*, 1979, vol. 78, N°2, pp. 204-225.
- “On the Myth of Written Constitutions: The Disappearance of Criminal Jury Trial”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 15, N°1, 1992, pp. 119-127.
- “Torture and Plea Bargaining”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 46, 1978, pp. 3-22
- Langer, M., “From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure”, en Thaman, S. (eds.), *World Plea Bargaining. Consensual Procedures and the Full Criminal Trial*, Durham, Carolina Academic Press, 2010, pp. 3-80.
- “La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado”, en Maier, J. B. y Bovino, A. (eds.), *El Procedimiento Abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, pp. 97-133.
- “Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure”, *Am. J. Crim. L.*, vol. 33, N°3, 2006, pp. 223-299.
- “Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas desde la periferia”, en García Yomha, D. y Martínez, S. (eds.), *Revista de Derecho Procesal Penal, Número Extraordinario: El Proceso Penal*

- Adversarial. Lineamientos para la reforma del sistema judicial*, Tomo II, 2009, pp. 53-134.
- Malarino, E., “Activismo Judicial, Punitivización y Nacionalización. Tendencias Antidemocráticas y Antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ambos, K., Malarino, E. y Elsner, G. (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, 2010, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung e. V, pp. 25-61.
- Mosbacher, A., “The Decision of the Federal Constitutional Court of 19 March 2013 on Plea Agreements”, en Hoven, E. y Safferling, C (eds.), *German Law Journal. Special Issue – Plea Bargains in Germany*, 2014, pp. 5-14.
- Rauxloh, R., “Formalization of Plea Bargaining in Germany: Will the New Legislation Be Able to Square the Circle?”, *Fordham International Law Journal*, vol. 34, N°2, 2001, pp. 296-331.
- Rusconi, M., “Iura novit curia y congruencia: la garantía del derecho de defensa entre hechos y normas”, [En línea] *Boletín Semestral GLIPGö*, 2013, N°5, pp. 2-22. Disponible en <http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/component?option=com_docman/Itemid,71/gid,765/task,doc_download/> [Consulta: 11.07.2014].
- Sancinetti, M., “Avenimiento y mediación: ¿la pena como ‘objeto de negocios jurídicos?’”, [En línea] *elDial.com*, Doctrina, DC138 F, publicado el 11 de junio de 2010.
- *La Violación a la Garantía de la Imparcialidad del Tribunal. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación al “caso Cabezas”*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001.
- Schemmel, A., Corell, C. y Richter, N., “Plea Bargaining in Criminal Proceedings: Changes to Criminal Defense Counsel Practice as a Result of the German Constitutional Court Verdict of 19 March 2013?”, en Hoven, E. y Safferling, C (eds.), *German Law Journal. Special Issue – Plea Bargains in Germany*, 2014, pp. 43-64.
- Schünemann, B., “¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)”, *Revista de Derecho Penal*, N°11, 2000, pp. 111-118.
- Swenson, T., “The German ‘Plea Bargaining’ Debate”, *Pace International Law Review*, vol. 7, N°2, 1995, pp. 373-429.

- Thaman, S., *Comparative Criminal Law. A Casebook Approach*, 2nd. Edition, Durham, Carolina Academic Press, 2008.
- Turner, J., “Plea Bargaining”, en Carter, L. y Pocar, F. (eds.), *International Criminal Procedure. The Interface of Civil Law and Common Law Legal Systems*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, pp. 34-65.
- Weigend, T. y Turner, J., “Negotiated Justice”, en Sluiter, G. *et al.* (eds.), *International Criminal Procedure: Principles and Rules*, 2013, pp. 1375-1413.
- “The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments in Germany”, en Hoven, E. y Safferling, C (eds.), *German Law Journal. Special Issue – Plea Bargains in Germany*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 81-106.

Deuda soberana: problemas y soluciones en la encrucijada

*Agustina María Ranieri**

Resumen

Las decisiones recientes de la justicia estadounidense en el caso “NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina” volvieron a poner la deuda soberana en el centro del debate internacional. Existe un consenso académico e institucional sobre la importancia de resolver las dificultades que enfrentan los Estados en un escenario de reestructuración de su deuda externa; sin embargo, la solución definitiva aún está pendiente. El objetivo de este trabajo es explicar, mediante las herramientas del análisis económico del derecho, cuáles son los problemas actuales de la deuda soberana y cómo se dieron en la experiencia argentina reciente. Después de abordar los problemas desde un enfoque teórico y práctico, se analizan las dos principales alternativas sugeridas desde el derecho para resolverlos: la “solución contractual” o de mercado, a través del uso difundido y universal de las cláusulas de acción colectiva, y la “solución regulatoria”, mediante la implementación de un tratado internacional que regule los procesos de reestructuración. El trabajo concluye que la segunda herramienta está en mejores condiciones de dar una respuesta integral y comprensiva para lograr reestructuraciones de deuda soberana ordenadas y predecibles.

Palabras clave: deuda soberana, deuda externa, reestructuración de deuda, análisis económico del derecho.

* Abogada (UBA), Master en Análisis Económico del Derecho (Universidad Complutense de Madrid - Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset), Docente de Sociología del Derecho (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires); agustinaranieri@derecho.uba.ar.

Sovereign Debt: Problems and Solutions at the Crossroads

Abstract

Recent decisions of the U.S. courts *in re*: “NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina” put sovereign debt at the center of the international debate once again. There is an academic and institutional consensus regarding the relevance of solving the problems faced by countries within a debt restructuring scenario. However, the definitive solution is still pending. The purpose of this paper is to explain the current problems of sovereign debt and how they developed in the recent Argentine experience from an economic analysis of law perspective. After considering such concerns under a theoretical and practical approach, the analysis focuses on the two main alternatives suggested to solve them from the legal standpoint: the free market or “contractual solution”, by means of the widespread and universal use of collective action clauses, and the “regulatory solution”, through the implementation of an international convention which regulates the restructuring process. The paper concludes that the second tool is in better conditions to provide a comprehensive solution to achieve the goal of having orderly and predictable sovereign debt restructurings.

Keywords: sovereign debt, external debt, debt restructuring, economic analysis of law.

I. Introducción. Un debate recurrente en un nuevo escenario

El debate que gira en torno a la necesidad de solucionar los problemas de la reestructuración de la deuda soberana no es nuevo. Desde fines de la década de 1970 hasta el presente la discusión se reedita cada vez con más fuerza, como consecuencia de la evolución de la relación entre los Estados y sus acreedores. Esta relación ha ido mutando a través de los años y continúa en plena transformación hasta el presente. El resultado del devenir está a la vista: las reestructuraciones de deuda soberana no son ordenadas ni predecibles, y su característica más notoria es su alta vulnerabilidad al fracaso.

Esta preocupación de trascendencia internacional se cristalizó recientemente mediante la resolución aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en el mes de septiembre de 2014. Allí se decidió elaborar y aprobar, mediante negociaciones intergubernamentales, un marco jurídico multilateral para los procesos de reestructuración de deuda soberana con el objetivo de “aumentar la eficiencia, la estabilidad y la previsibilidad del sistema financiero internacional y lograr un crecimiento económico sostenido, inclusivo y equitativo y el desarrollo sostenible”.¹ No es casual que esta resolución de la ONU haya sido emitida apenas tres meses después de que una decisión judicial dictada en el caso “NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina” –iniciado por acreedores que no aceptaron ninguna de las reestructuraciones llevadas a cabo por la República Argentina en 2005 y 2010– implicara, en la práctica, el bloqueo de algunos pagos destinados a los acreedores que sí las aceptaron.

En los hechos, hasta el presente, la litigación *holdout*² no había logrado tener un impacto negativo directo en el normal cumplimiento de los pagos debidos por un Estado bajo su deuda reestructurada. En la experiencia previa al caso argentino, las decisiones de la justicia extranjera no habían afectado la relación entre el deudor soberano frente a sus acreedores reestructurados, que seguía un camino separado al de la relación Estado-acreedores litigantes o *holdouts*. Como fiel reflejo de los hechos, en la literatura reciente sobre deuda soberana se observa un escepticismo³ acerca de la relevancia práctica de las

1. Resolución aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 9 de septiembre de 2014 N°68/304, titulada “Hacia el establecimiento de un marco jurídico multilateral para los procesos de reestructuración de la deuda soberana”, p. 4.

2. Por “litigación *holdout*” nos referimos a las demandas iniciadas por los acreedores de deuda soberana en *default* que deciden no aceptar los términos de la reestructuración propuesta por el soberano (que implica una quita, una espera, o ambas, habitualmente mediante la instrumentación de un canje de sus títulos en *default* por nuevos títulos) y, en cambio, optan por litigar contra el Estado para obtener el cobro de la totalidad de su crédito.

3. Ver Schumacher, Julian, Christoph Trebesch & Henrik Enderlein, *Sovereign Defaults in Court: The Rise of Creditor Litigation 1976-2010* (en publicación, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2189997>, 2013, p. 1); Gelper, Anna, “What Bond Markets Can Learn from Argentina”, *International Financial Law Review*, abril de 2005, p. 21; Weidemaier, W. Mark C., “Sovereign Debt after NML v. Argentina”, *Capital Markets Law Journal*, Vol. 8, 2013, p. 123, entre otros autores. Sin embargo, en la literatura más reciente los autores ya vislumbraron el potencial cambio drástico a producirse en la

sentencias judiciales para obligar a los Estados a pagar su deuda en *default*.⁴ Sin embargo, los últimos acontecimientos ocurridos en el marco del caso argentino produjeron un quiebre. La posibilidad de que una sentencia judicial favorable a los acreedores *holdouts* pudiera impactar de manera efectiva en el normal cumplimiento de la deuda reestructurada de un país, exponiéndolo a un “segundo” *default*, plantea un escenario hasta ahora inexplorado que refuerza la necesidad de encontrar una alternativa que por fin solucione no sólo este nuevo problema sino también las dificultades históricas que afectan los procesos de reestructuración de la deuda soberana.

En este contexto, el derecho podría tener algo para decir. Mediante el diseño de una solución óptima a nivel jurídico, se podrían crear los incentivos correctos para operar sobre las conductas de los distintos agentes involucrados en el proceso de reestructuración y así revertir las ineficiencias actuales. El trabajo se propone analizar cuáles son los problemas de la deuda soberana desde el enfoque del análisis económico del derecho, y estudiar las dos principales alternativas planteadas para solucionar dichos problemas, como también sus virtudes y debilidades.

El trabajo se divide en dos partes. La primera está destinada a analizar los cuatro principales problemas o ineficiencias que actualmente impiden lograr reestructuraciones de deuda ordenadas: el problema de la acción colectiva, el problema del acreedor *holdout*, el problema de la ejecución de las sentencias y, por último, el novedoso problema de la afectación de la deuda reestructurada. Se pretende contrastar la teoría con los hechos mediante el análisis de esos cuatro problemas a la luz de lo ocurrido en el caso de la deuda soberana argentina: el *default* de fines de 2001, las reestructuraciones de deuda de 2005 y 2010 y el caso iniciado por los *holdouts* ante los tribunales de Nueva York.

La segunda parte analiza las dos alternativas que se discuten en la literatura reciente –y no tan reciente– para solucionar estos problemas: la

dinámica entre deudores soberanos y sus acreedores a partir del litigio argentino ante los tribunales de Nueva York (ver Weidemaier, W. Mark C., “Sovereign Immunity and Sovereign Debt”, *University of Illinois Law Review*, Vol. 1, 2014, p. 107, y Weidemaier, W. Mark C. & Anna Gelper, “*Injunctions in Sovereign Debt Litigation*”, *Yale Journal on Regulation*, Vol. 31, 2014, p. 190).

4. Por “deuda en *default*” nos referimos a aquellos pasivos respecto de los cuales el Estado soberano haya declarado la suspensión de pagos.

contractual y la regulatoria. Los partidarios de la solución contractual (también llamada “de mercado”, por prescindir de un marco regulatorio específico) abogan por el uso de las llamadas cláusulas de acción colectiva en los contratos de préstamo que subyacen a los bonos. Los que apoyan la solución regulatoria proponen la implementación de un tratado que regule el proceso de reestructuración de deuda soberana. Esta última es la alternativa que estaría en marcha a partir de la resolución de la ONU antes mencionada.

Después de analizar los problemas desde una perspectiva teórica y empírica, de evaluar las fortalezas y debilidades de las soluciones en cuestión, y teniendo particularmente en cuenta las decisiones recientes de la justicia estadounidense en el caso “NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina”, se concluye que la alternativa jurídica eficiente y, por lo tanto, socialmente deseable para atender todos los problemas actuales de la deuda soberana es la solución regulatoria.

II. Problemas actuales de la deuda soberana

a. Contexto actual y antecedentes relevantes

Ante un escenario de cesación de pagos, se genera una tensión entre el derecho de los acreedores a cobrar sus créditos y el derecho de los Estados a resurgir de la insolvencia mediante un proceso de reestructuración. Esta tensión desencadena una serie de dificultades que en ciertas ocasiones impide a los Estados reestructurar la totalidad de sus deudas y recuperar su salud financiera sin contingencias litigiosas que puedan reabrir la discusión. Sin embargo, estas dificultades no fueron siempre las mismas o, mejor dicho, no se habían materializado de la manera en que hoy lo hacen: el contexto actual en el que se desenvuelven las relaciones entre el Estado deudor y sus acreedores difiere del contexto de otras épocas. Las crisis financieras son un fenómeno universal e histórico que ocurre sistemáticamente desde la edad media. Si bien en la actualidad se hace hincapié en las crisis de deuda de los países emergentes de las décadas de 1980 y 1990, lo cierto es que los ahora prósperos países europeos han caído en *default* numerosas veces en el pasado.⁵

5. Para un análisis desarrollado de las crisis financieras de los últimos ocho siglos ver

Para poder analizar y comprender los problemas específicos que se presentan en este campo en el contexto actual, resulta necesario repasar algunas circunstancias históricas, legislativas y de práctica contractual que delimitaron la situación presente de la deuda soberana.

1. *El concepto y la práctica de la deuda soberana. La teoría del contrato con “notas de soberanía”*

En primer lugar, nos referimos al concepto de la deuda soberana. Si bien es una cuestión meramente terminológica, la expresión “deuda soberana” (*sovereign debt*) se usa habitualmente en la práctica de mercado internacional actual para denominar a la deuda de un país instrumentada en bonos que cotizan en el ámbito de la oferta pública, mientras que la expresión “deuda externa” se refiere en términos más genéricos a la totalidad de la deuda de un país que –por exclusión– no sea considerada deuda interna, que comprendería tanto los bonos como el resto de las modalidades de deuda (por ejemplo, los préstamos otorgados por entidades multilaterales de crédito u otros países). Existiría, por lo tanto, una diferencia de género a especie entre la deuda externa (género) y la deuda soberana (especie). Sin embargo, la elección de uno u otro término no está exenta de arbitrariedad. Debido a que en nuestro ámbito resulta más difundido el uso del término deuda externa, tanto en la legislación como en la doctrina, en el presente trabajo usaremos de manera indistinta los términos “deuda externa” y “deuda soberana”.⁶

No hay unanimidad en la doctrina local acerca de la definición del concepto de deuda externa. Los autores adoptan distintos criterios para determinar si un endeudamiento del Estado recae bajo esta categoría:⁷ lugar

Reinhart, Carmen & Rogoff, Kenneth, “This Time Is Different: A Panoramic View of Eight Centuries of Financial Crises”, *Annals of Economics and Finance* 15 (2), Cambridge, Harvard University, 2014, pp. 1065-1188. Mediante el análisis de la evidencia empírica, el estudio concluye que el *default* “serial” es un fenómeno universal que ocurre cuando los países se transforman de economías emergentes a economías avanzadas.

6. También se utiliza el término “deuda internacional” ver Giuliani Fonrouge, Carlos M., op. cit., 2011, p. 1137.

7. Existe también una relación de género a especie entre crédito público (género) y deuda interna y externa (especies). “En cuanto a la caracterización jurídica de lo que debe consi-

de emisión de los títulos, moneda de pago, lugar de pago y ley aplicable. La opinión mayoritaria⁸ considera que el criterio determinante es el lugar de pago: la deuda califica como externa cuando el pago debe hacerse en el exterior. La Ley de Administración Financiera N°24.156 adopta el doble criterio del domicilio del acreedor y del lugar de pago.⁹

Sin embargo, independientemente de las definiciones dadas por la doctrina *a priori* o por la legislación local del soberano deudor, lo relevante será la definición concreta de deuda externa o soberana que esté prevista en cada contrato específico que instrumente el préstamo y los títulos bajo análisis. Ese será, en definitiva, el término que utilizará un juez para interpretar las obligaciones de las partes en cada caso, principalmente las obligaciones

derarse deuda externa, no hay unanimidad doctrinal, y los autores han empleado diversos criterios (lugar de emisión de los títulos, moneda elegida, lugar del pago de la deuda, etcétera). Jurídicamente, la deuda es externa cuando el pago debe hacerse en el exterior, mediante transferencia de valores, y especialmente cuando no es aplicable la ley nacional sino la extranjera” (Villegas, Héctor B., *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, 8ª ed., Buenos Aires, Depalma, 2002, p. 110). Por su parte, Jarach da preeminencia al lugar de emisión de los títulos y al lugar de pago dado que considera que “deuda externa es aquella que se contrae en el mercado de capitales del exterior” y “la deuda externa y sus servicios son pagaderos en el exterior”. Sin embargo, admite que las diferencias no son esenciales y pueden admitir muchas excepciones (Jarach, Dino, *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, p. 881). En el mismo sentido, se ha dicho que la deuda externa no es tan fácil de establecer, por ser variable el elemento considerado para su clasificación y “los factores de localización más utilizados son estos, el lugar y mercado de emisión de los títulos; la moneda o divisa elegida; el lugar de pago de la deuda. [...] lo que caracteriza el pago internacional no es la moneda empleada, sino la transferencia de divisas al exterior. [...] lo que importa, sí, es el lugar de pago de la deuda” (Giuliani Fonrouge, Carlos M., 2011; Navarrine, Susana C. (Act.); Asorey, Rubén O. (act.), *Derecho Financiero*, 10ª ed., Buenos Aires, La Ley, p. 1138).

8. Ver Villegas, Jarach y Giuliani Fonrouge (con cita de Van Hecke y Schoo, entre otros autores), obras citadas en la nota al pie anterior.

9. Ley de Administración Financiera N°24.156, artículo 58 (parte pertinente): “A los efectos de esta ley, la deuda pública se clasificará en interna y externa [...]. Se considerará deuda interna, aquella contraída con personas físicas o jurídicas residentes o domiciliadas en la República Argentina y cuyo pago puede ser exigible dentro del territorio nacional. Por su parte, se entenderá por deuda externa, aquella contraída con otro Estado u organismo internacional o con cualquier otra persona física o jurídica sin residencia o domicilio en la República Argentina y cuyo pago puede ser exigible fuera de su territorio. [...]”.

bajo la llamada cláusula *pari passu*, aspecto sobre el cual volveremos más adelante.¹⁰

Es por ello que, en el presente trabajo, al referirnos a la categoría de deuda externa o soberana nos referimos a aquellos contratos de préstamo celebrados por el Estado que se instrumentan mediante bonos emitidos en distintas monedas, se ofrecen a través de distintas bolsas y mercados de múltiples jurisdicciones, están sujetos a leyes y/o jurisdicción distintas a las locales,¹¹ y sus acreedores son privados.¹² Como hemos mencionado, existen otras modalidades de deuda externa que no son objeto de análisis del presente estudio: los préstamos contraídos por el Estado con otros países o grupo de países (por ejemplo, el Club de París), o los préstamos contraídos con organismos multilaterales de crédito (como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Interamericano de Desarrollo, entre otros).¹³

Otro aspecto que pareciera ser teórico pero que tiene implicancias prácticas de relevancia es la cuestión de la naturaleza jurídica del contrato de préstamo que instrumenta la deuda soberana. Hay dos posturas acerca de este punto: una que considera al préstamo como un acto de soberanía, que origina una obligación unilateral de derecho público, en la cual la deuda del Estado puede no implicar la obligación de devolver el capital prestado; y otra postura que considera al préstamo como un contrato, es decir, como

10. Ver Capítulo II.C.3.

11. Por ejemplo, los bonos emitidos por la República Argentina en el marco de las reestructuraciones de 2005 y 2010 (Bonos Discount, Bonos Par, Bonos Cuasi-Par y Bonos vinculados al PBI). Dichos bonos fueron emitidos en distintas monedas (Pesos, Dólares Estadounidenses, Euros y Yenes), bajo distintas leyes (ley argentina, ley de Nueva York, ley inglesa y ley de Japón) y en los que se prorrogó la jurisdicción a favor de distintos tribunales extranjeros (ubicados en las ciudades de Nueva York, Londres y Tokio). Ver Decretos del Poder Ejecutivo Nacional N°1735/04 y N°563/2010.

12. Generalmente, personas físicas y fondos de inversión (por oposición a las instituciones internacionales u otros Estados). También se la denomina “deuda externa privada” (ver Gelpern, Anna, “*A Skeptic’s Case for Sovereign Bankruptcy*”, *Houston Law Review*, Vol. 50, 2013, p. 1107).

13. Estas otras modalidades de préstamo tienen características propias que no serán analizadas en este trabajo.

un acto bilateral en el que se establecen obligaciones recíprocas para ambas partes (deudor y acreedor).¹⁴

La primera postura, de corte tradicional, ha sido desplazada por la segunda, esencialmente por una cuestión pragmática: el préstamo es un contrato porque su cumplimiento no depende de la voluntad unilateral del Estado sino que puede ser exigido mediante la intervención de un juez. Esta cuestión esencial, que produjo un giro en la concepción misma de la deuda externa, se relaciona con el abandono de la teoría de la soberanía absoluta (tema a tratarse en el punto 3 de este Capítulo), y con el hecho concreto de que, a partir de fines de la década de 1970, los Estados pueden ser demandados por sus acreedores ante un juez extranjero en procura del cumplimiento de las obligaciones bajo los contratos de préstamo. Ahora bien, dentro de esta postura que considera al préstamo internacional tomado por el Estado como un contrato, existen diferencias acerca del tipo de contrato. Para algunos, es un contrato de derecho privado, para otros es un contrato de derecho público y para una tercera postura es un contrato *sui generis*.¹⁵

En la actualidad, la teoría y fundamentalmente la práctica imponen el carácter contractual del préstamo que instrumenta la deuda externa.¹⁶

14. Giuliani Fonrouge, Carlos M., op. cit., 2011, pp. 1161-1166; y Jarach, Dino, op. cit., 1999, p. 878.

15. La doctrina que se orienta por el préstamo de estas características como un contrato regido por el derecho privado considera que el Estado celebra una convención de igual a igual con los particulares, quedando sometido a todos los efectos jurídicos del contrato privado y estaría regido, por lo tanto, por el derecho privado. La doctrina opuesta se orienta por considerarlo un contrato de derecho público (doctrina francesa) y, en especial, un contrato administrativo por ser relativo a un servicio público y ser voluntad de los contratantes someterse a un régimen especial de derecho público conforme a la ley elegida; sin embargo, esta postura no resulta convincente teniendo en cuenta el escenario actual. Por último, la tercera postura asigna al empréstito una naturaleza contractual que no puede ubicarse en las categorías corrientes, por eso la considera como un contrato *sui generis*, con elementos de derecho público y derecho privado que se entremezclan (ver Giuliani Fonrouge, Carlos M., op. cit., pp. 1161 a 1166).

16. Esta concepción es rechazada por algunos autores del ámbito nacional (por ejemplo, Giuliani Fonrouge y otros, quienes estiman “inaceptable la posición contractualista” y destacan que “es de notar que no puede haber ejecución ante autoridad judicial [...], porque ‘ni aun hipotéticamente’ puede concebirse la existencia de tribunal competente para enjuiciar un acto de soberanía” (Giuliani Fonrouge, Carlos M., op. cit., pp. 1166 y 1167,

Sin embargo, es importante destacar que este contrato tiene ciertas notas de soberanía dadas por la naturaleza misma del deudor (un Estado) que impone la aplicación de un régimen especial de inmunidades en la fase de embargo y ejecución de los bienes del Estado por parte de los acreedores.¹⁷ Esta es la diferencia esencial entre un contrato entre particulares, regido totalmente por el derecho privado, y un contrato de estas características. Es por ello que sugerimos denominarlo contrato con “notas de soberanía” por la aplicación de las mencionadas particularidades al momento de ejecutar la eventual sentencia contra el Estado deudor.

respectivamente). Sin embargo, creemos que esta postura es inaceptable en la realidad actual, dado que no se condice con la práctica llevada adelante por la República Argentina en la materia como consecuencia de la adopción de la teoría de la inmunidad soberana restrictiva implementada a partir de fines de la década de 1970 por los países. A solo título de ejemplo, mediante el decreto que dispuso la reestructuración del año 2005 (fundado en las leyes que la habían autorizado, mencionadas en los considerandos de dicho decreto) se autorizó “la prórroga de jurisdicción a favor de los tribunales estatales y federales ubicados en la ciudad de Nueva York (Estados Unidos de América); los tribunales ubicados en la ciudad de Londres (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte), y los tribunales ubicados en la ciudad de Tokio (Japón), y la renuncia a oponer la defensa de inmunidad soberana, exclusivamente, respecto de la jurisdicción que se prorrogue, según el “Suplemento de Prospecto (Prospectus Supplement)”, los contratos que el Ministerio de Economía y Producción suscriba, en los términos y condiciones de las emisiones de instrumentos de deuda pública nacional en el marco del presente decreto” (artículo 3 del Decreto N°1735/04). Por su parte, los bonos que se encuentran en litigio en el caso “NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina”, emitidos en el año 1994 bajo el contrato de agencia fiscal (Fiscal Agency Agreement) celebrado entre la República Argentina y Bankers Trust Company, del 19 de octubre de 1994, también contenían una renuncia a la inmunidad de jurisdicción, en base a la cual el litigio se encuentra hoy en trámite ante la jurisdicción de Nueva York. En consecuencia, estas circunstancias refutan la tesis de los autores que rechazan la jurisdicción de los tribunales extranjeros, en tanto su competencia ha sido reconocida por el propio Estado deudor, tanto expresa como tácitamente (mediante las declaraciones en normas, contratos y prospectos de emisión; y mediante su participación en juicio, respectivamente). Otra cuestión distinta es la relacionada con la inmunidad de ejecución de ciertos bienes, sobre la cual volveremos más adelante (ver Capítulo II. D).

17. Estas cuestiones se regirán por lo dispuesto mediante el acto que autorice la operación y por la ley a la cual se someta el préstamo que, como veremos, suelen ser la ley del Estado de Nueva York, Estados Unidos, o la ley inglesa. Ver Capítulo II.A.3 del presente trabajo.

2. *El cambio de acreedor: de la concentración a la dispersión*

Un segundo aspecto a tener en cuenta desde el punto de vista práctico es el cambio producido en el tipo de acreedor del Estado. Se pasó de un acreedor concentrado (un banco o un grupo reducido de bancos) a una gran cantidad de acreedores dispersos por todo el mundo (bonistas). Ello impacta en la forma en que actualmente se concibe a la deuda externa y, desde luego, en el modo en el que se generan los problemas en los procesos de reestructuración principalmente a partir del aumento de los costos de coordinación.

La literatura sostiene que a partir de la década de 1990 los Estados con necesidad de financiamiento pasaron de tomar préstamos de los bancos a acudir a los mercados de capitales; siendo los bonos la forma más difundida de deuda soberana de aquel momento hasta hoy, en particular respecto del mercado de deuda de los países emergentes.¹⁸ Esta circunstancia genera problemas de coordinación de acreedores ante la necesidad del Estado de iniciar negociaciones de cara a la reestructuración. Mientras que los préstamos bancarios eran más fáciles de reestructurar porque estaban concentrados en un pequeño número de bancos comerciales, por oposición, los bonos resultan difíciles de reestructurar porque están dispersos en manos de muchos y distintos tenedores. Ello genera altos costos de coordinación y mayor riesgo de litigio. Volveremos sobre este problema puntual más adelante.¹⁹

3. *El abandono de la doctrina de la inmunidad absoluta y su reflejo en las legislaciones estadounidense e inglesa*

Uno de los mayores hitos en el campo de la deuda soberana que resulta determinante del escenario actual fue el abandono de la teoría de la inmunidad absoluta por parte de Estados Unidos y el Reino Unido. Dicha teoría

18. Ver Gelpert, Anna, *op. cit.*, pp. 1101 y 1102; Weidemaier, W. Mark C., "Sovereign Immunity and Sovereign Debt", *University of Illinois Law Review*, Vol. 1, 2014, p. 69; Buchheit, Lee & Mitu Gulati, "Sovereign Bonds and the Collective Will/Sovereign Bonds and the Collective Will", *51 Emory Law Journal*, 2004, p. 1334; y Weidemaier, W. Mark C & Mitu Gulati, "Sovereign Debt and the 'Contracts Matter' Hypothesis", *Oxford Handbook of Law and Economics* (en publicación), 2014b, p. 3.

19. Ver Capítulo III.B.

postulaba la inmunidad total de jurisdicción y de ejecución de los Estados. Este cambio operó a mediados del siglo XX en los dos países principales bajo cuyas leyes suelen regirse las emisiones de deuda soberana, de allí su relevancia.²⁰ Ello significó la apertura de los tribunales de estos dos países a reclamos de demandantes particulares contra Estados extranjeros, habilitando la posibilidad de: (i) demandar a los Estados ante dichos tribunales; y (ii) ejecutar en ciertos casos determinados bienes a los fines de cobrar sus créditos.

La adopción de la llamada doctrina de la inmunidad restringida o limitada se implementó en Estados Unidos mediante el dictado de la Ley de Inmunidad Soberana de 1976 (*Foreign Sovereign Immunities Act*), y en el Reino Unido mediante la Ley de Inmunidad del Estado de 1978 (*State Immunity Act*). Por ejemplo, bajo la ley estadounidense se prevén excepciones a la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros en relación con actos comerciales desarrollados en los Estados Unidos o cuando han renunciado a dicha inmunidad en un contrato.²¹ Dicha ley también prevé excepciones a la inmunidad de embargo y ejecución de los bienes del Estado extranjero: cuando se trate de bienes situados en el territorio de los Estados Unidos utilizados para actividades comerciales siempre que se haya renunciado a dicha inmunidad de manera explícita o implícita.²²

Esta circunstancia marcó un antes y un después en la dinámica de la deuda soberana. Previo a estas leyes no existía la posibilidad real de los acreedores de demandar a los Estados frente a un juez extranjero en caso

20. Se considera que los Estados Unidos y el Reino Unido son las dos principales jurisdicciones en las cuales tiene lugar la litigación por deuda soberana (ver Weidemaier, W. Mark C., op. cit., 2014, p. 101). “Los bonos regidos por ley extranjera son mayormente considerados como inversiones más seguras en comparación con los bonos regidos por la ley local del soberano. La razón es que el soberano podría estar facultado para cambiar su ley *ex post* para facilitar una reestructuración. [...] La preferencia por los bonos regidos por ley extranjera podrían explicar por qué una porción sustancial de los bonos de deuda de mercados emergentes se rige por ley de Nueva York o ley inglesa” (traducción libre al castellano de Weidemaier, W. Mark C. & Mitu Gulati, op. cit., 2014b, p. 9).

21. Párrafo 1605 (a) 1 - 2 de la Ley de Inmunidad Soberana Extranjera de Estados Unidos (*Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*).

22. Párrafo 1610 (a) 1 de la Ley de Inmunidad Soberana Extranjera de Estados Unidos (*Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*).

de falta de pago para lograr el reconocimiento de sus derechos y cobrar sus créditos. El pago de la deuda por parte del Estado se regía por otros incentivos,²³ pero de ninguna manera existía el riesgo de ser demandado ante un tribunal de otro país por el cobro de deuda impaga. Es así como, durante la vigencia de la inmunidad absoluta, los acreedores de deuda soberana tenían principalmente dos opciones frente al incumplimiento del deudor soberano: (i) coordinar con otros acreedores la imposición de sanciones informales al Estado, tales como negarle nuevos préstamos hasta que pague los anteriores o negocie un acuerdo aceptable; o (ii) descansar en la voluntad de gobiernos poderosos para forzarlo al pago a través de medios diplomáticos o militares.²⁴ Sin embargo, con el advenimiento de la doctrina Drago, el empleo de la fuerza militar para lograr el cobro compulsivo de la deuda pública fue dejado de lado.²⁵ Es por ello que durante buena parte del siglo XX –antes del cambio legislativo operado a fines de los años 70–, frente a la imposibilidad de acudir a los tribunales, se recurrió a la vía arbitral. Se promovió entonces el uso de cláusulas arbitrales que preveían la formación de tribunales arbitrales, principalmente para casos de préstamos entre Estados, no con acreedores privados. En la práctica, la función de estos tribunales no era producir un laudo ejecutable –que la inmunidad soberana habría impedido–, sino lograr un *impasse* en las negociaciones y producir un acuerdo de reestructuración aceptable para ambas partes.²⁶

23. Por ejemplo, los incentivos reputacionales de un Estado generados por su potencial necesidad de volver a acceder a los mercados de capitales en un futuro.

24. Ver Weidemaier, W. Mark C., op. cit., 2014, p. 68. Fue así como en 1903, Inglaterra, Alemania e Italia ejercieron actos de fuerza contra Venezuela (ver Villegas, Héctor B., op. cit., 2002, p. 110).

25. Villegas, Héctor B., op. cit., 2002, p. 110.

26. Ver Weidemaier, W. Mark C., “Contracting for State Intervention: The Origins of Sovereign Debt Arbitration”, *73 Law & Contemporary Problems* 335, 2010, p. 340. En este artículo, el autor hace un desarrollo detallado acerca del origen de las cláusulas arbitrales en los contratos de préstamo soberanos. Weidemaier señala que la difusión del arbitraje internacional en general podría haber llevado a los prestamistas a pedir la inclusión de cláusulas arbitrales en los contratos de préstamo. El autor considera que los dos tratados multilaterales en materia de arbitraje de mediados del siglo XX que generaron un incentivo para recurrir a este método alternativo de resolución de conflictos según el autor son: (i) la Convención de Nueva York, que entró en vigencia en 1959; y (ii) la creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) en 1966. Si

En el trabajo se estudia en qué medida el giro legislativo generó un cambio en la práctica mediante el análisis de las diferencias operadas en ambos aspectos (jurisdicción y ejecución). Mientras que la posibilidad efectiva de demandar a un Estado se verifica plenamente al analizar los datos sobre el número de litigios desde la sanción de estas normas; no ocurre lo mismo respecto de la posibilidad de embargar y/o ejecutar bienes de un Estado, porque ningún litigante ha resultado exitoso en este aspecto aún.²⁷

4. La progresiva analogía entre el Estado y un deudor privado

¿Es posible establecer una analogía entre el deudor soberano y un deudor privado? Si bien la pregunta está abierta, ya hay un camino recorrido que sugiere una tendencia.

Si se presta atención a los tres factores clave analizados anteriormente en este apartado, la práctica indicaría una respuesta afirmativa, aunque con particularidades. El abandono de la inmunidad absoluta de jurisdicción y ejecución, la interpretación de la relación entre el deudor soberano y sus acreedores como un contrato regido por el derecho privado (si bien con notas de soberanía principalmente en la fase de embargo y ejecución), y la experiencia práctica de emisión de bonos en características equiparables a las de una sociedad comercial que acude a los mercados de capitales internacionales para obtener financiamiento; son todos aspectos que denotarían un abandono de la diferencia histórica que existía entre un Estado y un privado en el rol de deudor.

La pregunta acerca de la posibilidad de equiparar un Estado a un particular en determinados aspectos no es un intento meramente teórico, sino que intenta ser un disparador para encontrar potenciales soluciones a los problemas que hoy enfrentan los Estados allí donde ya se han dado respuestas a problemas similares sufridos por los sujetos privados. Por la naturaleza misma del deudor es claro que la equiparación no puede ser total, principalmente si consideramos los escollos prácticos al embargo y ejecución de los

bien estos tratados no sorteaban el escollo de la inmunidad absoluta, potenciaron el uso del arbitraje internacional y, según el autor, podrían haber llevado al uso de la cláusula arbitral en los contratos de préstamo soberano (Weidemaier, W. Mark C., op. cit., 2014, p. 77).

27. Ver Capítulo II. D.

bienes de un Estado para obtener el cobro por parte de los acreedores. Pero el ejercicio bien vale la pena si se pone el foco en un estadio anterior: en las dificultades generadas en el proceso de reestructuración.

Los autores fundamentan la analogía en el hecho de que el debate actual sobre la necesidad de encontrar un procedimiento de reestructuración de deuda soberana es el mismo debate que el que se dio, por ejemplo, en los Estados Unidos hace cien años para el deudor privado.²⁸ Aquel debate giraba en torno a la búsqueda de una solución distinta a la quiebra para las grandes compañías emisoras de bonos en dificultades financieras y derivó en la modificación de la legislación de quiebras y fue el antecedente del actual *Chapter 11*²⁹ que regula el procedimiento de reorganización para las compañías locales de aquel país como una alternativa a la quiebra o liquidación de los bienes del deudor. Las opciones que se debatieron en ese momento para aliviar a los deudores privados son las mismas que se discuten hoy en día para los deudores soberanos.³⁰ Esta es la prueba de cómo el derecho puede dar respuesta a nuevos problemas con viejas soluciones.

28. Buchheit y Gulati analizan el problema de la voluntad colectiva en el marco de la deuda soberana y las alternativas disponibles para solucionarlos partiendo de la siguiente premisa: hace cien años, en los Estados Unidos, se buscaba con urgencia un procedimiento que permita manejar la deuda de grandes compañías de la industria de los ferrocarriles que tenían deuda instrumentada en bonos, dado que la única solución legal de aquel momento era la quiebra de la compañía que implicaba la liquidación inexorable de sus activos. La comunidad financiera discutía principalmente dos opciones: 1) modificar la Ley de Quiebras para permitir la reorganización y no sólo la liquidación de las compañías deudoras (reforma que resultó predecesora del actual *Chapter 11*); y 2) incluir cláusulas contractuales en los bonos subyacentes que permitiría una reestructuración de dichos títulos con el consentimiento de una supermayoría de bonistas. Un siglo después, frente a la necesidad urgente de encontrar un procedimiento para los emisores de deuda soberana, las mismas opciones son las que se discuten: 1) la posibilidad de implementar el equivalente de un “*Chapter 11* para países” a nivel supranacional; y 2) el uso de las llamadas “cláusulas de acción colectiva” (ver Buchheit, Lee & Mitu Gulati, op. cit., 2004, pp. 1318-1322). Ver también Rogoff, Kenneth & Jeromin Zettelmeyer, *Bankruptcy Procedures for Sovereigns: A History of Ideas, 1976–2001*, 49 IMF Staff Papers 470, 2002, p. 471.

29. Capítulo 11 (*Chapter 11*) de la Ley de Quiebras de los Estados Unidos (*United States Bankruptcy Code*).

30. Según Buchheit y Gulati, “[u]n emisor de bonos soberanos de principios del siglo XXI está parado casi en el mismo punto que las compañías ferroviarias emisoras de bonos de principios del siglo XX” (Buchheit, Lee & Mitu Gulati, op. cit., 2004, p. 1322).

b. El problema de la acción colectiva

Luego de repasar los antecedentes que delinearon el contexto actual de la deuda soberana, se tratarán los problemas específicos. Estos problemas no son compartimentos estancos, sino que están concatenados entre sí. Unos son potenciados o mitigados por otros. Algunos son un problema para el soberano, otros lo son para el acreedor. Lo relevante es que, sea cual fuere el germen de cada una de estas dificultades, el resultado sigue siendo insatisfactorio para todas las partes porque el proceso de reestructuración de deuda sigue siendo desordenado e incierto.

1. El desdoblamiento del problema de la acción colectiva

El principal problema³¹ que, en la actualidad, impide a los Estados lograr reestructuraciones ordenadas y previsibles es el problema de la acción colectiva: frente a la insolvencia o *default* del Estado y la consecuente necesidad de reestructurar sus pasivos, no hay un procedimiento que regule de manera coordinada las relaciones entre el Estado deudor y todos sus acreedores. La ausencia de un procedimiento de acción colectiva se desdobra en las siguientes circunstancias de hecho: 1) la inexistencia de una ley o tratado internacional que regule los procedimientos de insolvencia de los Estados (es decir, no hay una ley de “quiebras”³² aplicable al Estado deudor como sí lo hay para los deudores privados), y 2) la inexistencia de un procedimiento previsto a nivel contractual, es de-

31. Existe consenso en la doctrina en considerarlo el mayor de los problemas en este campo (ver Rogoff, Kenneth & Jeromin Zettelmeyer, op. cit., 2002, p. 470; Buchheit, Lee & Mitu Gulati, op. cit., 2004, p. 1322; Bolton, Patrick & Skeel, David A. Jr., “Inside the Black Box: How Should a Sovereign Bankruptcy Framework Be Structured?”, *Emory Law Journal*, Vol. 53, 2004, p. 763; Gelpern, Anna, op. cit., 2013, p. 1101; Schwarcz, Steven L., “Sovereign Debt Restructuring Options: An Analytical Comparison”, *Harvard Business Law Review*, Vol. 2, 2012, p. 98; y Buchheit, Lee & Elena Daly, “Minimising Hold Out Creditors: Sticks”, en *Sovereign Debt Management*, Oxford University Press, 2014b, p. 15). Así fue receptado en la Resolución de la Asamblea General de la ONU del 9 de septiembre de 2014 N°68/304, titulada “Hacia el establecimiento de un marco jurídico multilateral para los procesos de reestructuración de la deuda soberana”.

32. Si bien hablar de “quiebra” de un Estado es impropio porque, a diferencia de los deudores particulares, no se puede liquidar al Estado como entidad, es un término de uso frecuente en la doctrina que evoca la analogía con el deudor privado.

cir, no hay una cláusula incluida en los términos y condiciones de los bonos que permita, mediante la aprobación de una supermayoría de acreedores, lograr la reestructuración de la deuda en *default* a través de una quita, una espera, o ambas. La primera de estas dos circunstancias fácticas es fácilmente observable; sin embargo, la segunda ofrece ciertos matices.

La llamada “cláusula de acción colectiva” (CAC o *collective action clause*)³³ consiste en un procedimiento de toma de decisión a nivel colectivo que permite que, mediante la obtención de determinada mayoría calificada de acreedores (por ejemplo, el 75% de los bonistas), se modifiquen los principales términos de los bonos: cambio en las fechas de pago de capital y/o intereses, reducción del monto de la deuda; cambio del lugar o la moneda de pago, entre otros. Estos términos principales del préstamo son los que habitualmente están en juego en toda reestructuración de deuda. Este mecanismo de decisión colectiva permite, por lo tanto, que una mayoría determinada de acreedores (la que indique el bono soberano respectivo) obligue a la totalidad de los acreedores –aun a los disidentes– a aceptar una reestructuración. Esta cláusula actuaría como un dispositivo para mitigar el problema de la acción colectiva en caso de crisis del soberano. Es por ello que se la considera como una de las soluciones.³⁴

Por el contrario, aquellos bonos que no tienen CAC, tienen las cláusulas llamadas de consentimiento unánime (*unanimous consent*) que requieren, como su título lo indica, del consentimiento de todos y cada uno de los bonistas para modificar los términos principales de la obligación. Esta circunstancia dificulta significativamente el proceso de reestructuración, dado que todo acreedor cuenta con un “derecho de veto” que le permitiría frustrar cualquier intento del soberano por reacomodar su situación financiera.

En consecuencia, habrá que analizar en cada caso particular si el bono soberano contiene una CAC o una cláusula de consentimiento unánime para determinar si una reestructuración de deuda tiene probabilidades de éxito o si se deberá considerar el problema del acreedor disidente o *holdout*.

33. Las cláusulas de acción colectiva también son denominadas “cláusulas de acción de la mayoría” (*majority action clauses*, ver Buchheit, Lee & Mitu Gulati, op. cit., 2004, p. 1322).

34. Ver Capítulo III.A.

2. El uso difundido de las cláusulas de acción colectiva desde México, 2003

Hay estudios que analizan de manera comprensiva la evolución de las CACs en los bonos a lo largo de la historia.³⁵ En todos ellos se atiende a una circunstancia histórica fundamental para poder comprender la situación actual: mientras que las CACs fueron incluidas a partir de la segunda mitad del siglo XIX en los bonos regidos por ley inglesa,³⁶ no ocurrió lo mismo con los bonos regidos por otras legislaciones, como lo es Nueva York.³⁷

35. Ver Buchheit, Lee & Mitu Gulati, op. cit., 2004, pp. 1317-1363; Weidemaier, W. Mark C. & Mitu Gulati, op. cit., 2014a, pp. 51-95; Gelpern, Anna, “*How Collective Action Is Changing Sovereign Debt*”, *International Financial Law Review*, 2003, pp. 19-23; Gelpern, Anna & Mitu Gulati, “*Innovation After the Revolution: Foreign Sovereign Bond Contracts Since 2003*”, *Capital Markets Law Journal*, Vol. 4, 2009, 85-103.

36. Buchheit y Gulati (2004) indican que en Inglaterra, en aquella época (segunda mitad del siglo XIX), consideraron que la estructura legal rígida que impedía la actuación de los bonistas como grupo era contraria a los intereses de la mayoría de los bonistas. Las compañías emisoras de bonos que atravesaban problemas de liquidez temporarios eran forzadas a la quiebra cuando, en realidad, podrían haber sido salvadas por un simple diferimiento de los pagos o una reducción del monto del crédito. Como respuesta a esta rigidez, el mercado de Londres comenzó a incluir en las emisiones de bonos corporativos una cláusula contractual (hoy denominada “cláusula de acción de la mayoría” –*majority action clause*–) que le permita a una supermayoría de bonistas votar en una asamblea para aceptar modificaciones a los términos y condiciones de los bonos, incluyendo cambios a las condiciones de pago. Dichas modificaciones, una vez aceptadas y votadas de manera afirmativa por la supermayoría requerida, devenían obligatorias para todos los bonistas, independientemente del sentido en el que hubieran votado. La paternidad de las cláusulas de acción colectiva inglesas se le atribuye al abogado Francis Beaufort Palmer, quien consideró que la inclusión de este tipo de cláusulas “puede salvar a la mayoría de la tiranía de la minoría” (haciendo alusión a los acreedores *holdout* que pueden trabar la reestructuración con su derecho de veto bajo las cláusulas que requieren el consentimiento unánime para modificar los términos de pago de los bonos) (ver Buchheit, Lee & Mitu Gulati, op. cit., 2004, pp. 1324-1325).

37. En relación a lo ocurrido en los Estados Unidos, Buchheit y Gulati (2004) explican que a fines del siglo XIX, los emisores de bonos de aquel país enfrentaron un dilema parecido a los ingleses: las compañías con problemas temporarios de liquidez podían requerir el consentimiento de sus acreedores para diferir o reducir el monto, pero siempre corriendo el riesgo de la negativa por parte de los disidentes. La quiebra era una opción, pero terminal. Es por ello que años más tarde, en 1934, se modificó la ley de quiebras para incluir un procedimiento de “reorganización” (concurso) para los deudores privados que

En los bonos emitidos y regidos bajo ley de Nueva York (tanto los corporativos como los soberanos) la regla de la necesidad del consentimiento unánime de los acreedores para modificar términos sustanciales de los bonos se mantuvo hasta principios del siglo XXI. La literatura adjudica esta circunstancia a que en la década de 1990 –momento en el cual el mayor volumen de deuda soberana dejó de instrumentarse en préstamos bancarios para volcarse al mercado de los bonos–, los formatos de la documentación que se usó para esta nueva tanda de bonos soberanos se tomaron de los formatos usados para los bonos corporativos.³⁸ Dichos formatos contenían la cláusula de consentimiento unánime. Fue recién a partir de los sucesivos *defaults* de fines de la década de 1990 y principios de los años 2000 (como el ocurrido en Argentina a fines del año 2001) que se comenzó a incentivar el uso de las cláusulas de acción colectiva en las emisiones de deuda soberana de los países emergentes para facilitar reestructuraciones de deuda ordenadas,³⁹ teniendo en cuenta la experiencia de los crecientes litigios iniciados por los acreedores (*holdouts*) que decidieron no aceptar la reestructuración y litigar para obtener el cobro del cien por cien de sus créditos, instrumentados en bonos emitidos en la década de los 90.

Se suele considerar al año 2003 como bisagra, porque a partir de ese momento se empezó a difundir el uso de las CACs en los bonos regidos por la ley de Nueva York como consecuencia de su incorporación en la emisión de bonos de México.⁴⁰ Así, recién a partir de ese momento, los bonos so-

quisieran salvar a la compañía de la quiebra y liquidación de sus bienes, salvaguardándola de los acreedores disidentes. La solución inglesa a este dilema (el uso de cláusulas de acción colectiva) no ganó demasiados adeptos en Estados Unidos (ver Buchheit, Lee & Mitu Gulati, “Sovereign Bonds and the Collective Will”, 51 *Emory Law Journal*, 2004, pp. 1326 a 1330).

38. Buchheit, Lee & Mitu Gulati, op. cit., 2004, p. 1335.

39. Buchheit, Lee & Mitu Gulati, op. cit., 2004, p. 1333.

40. En el año 2003 México emitió bonos por un monto de US\$1.000 millones bajo ley de Nueva York permitiendo la modificación de los términos de pago con el consentimiento del 75% de los acreedores del monto en circulación (ver la cláusula de acción colectiva incorporada en los bonos mexicanos en Gelpern, Anna & Mitu Gulati, op. cit., 2009, p. 88). Sin embargo, los autores indican que México no fue el primero en incluir una CAC bajo sus bonos soberanos regidos por ley de Nueva York. Kazajistán y Líbano usaron estas cláusulas en el año 1997 (Gelpern, Anna & Mitu Gulati, op. cit., 2009, p. 89). Para un de-

beranos regidos bajo ley de Nueva York se equipararon a los bonos bajo ley inglesa en este aspecto. Desde el año 2005, todos los bonos soberanos emitidos bajo ley de Nueva York –con la excepción de cinco bonos emitidos por Jamaica– contienen CAC.⁴¹

Ahora bien: si se parte de la premisa de que la CAC es una de las posibles soluciones al problema de la acción colectiva,⁴² ¿cuál sería, entonces, el foco de preocupación para los Estados que hoy se encuentren en peligro de *default* y potencialmente deban reestructurar su deuda? Si bien hay que atender a la situación de cada bono en particular, podemos ensayar una respuesta aproximada atendiendo a estas tendencias generales.

La respuesta sería que aquellos bonos cuya reestructuración esté en riesgo por carecer de CAC son aquellos que: (i) hayan sido emitidos antes de 2003; (ii) estén regidos por la ley del Estado de Nueva York; (iii) estén en circulación o vencidos pero aún no prescriptos; y (iv) cuyo deudor soberano haya suspendido los pagos.⁴³

Tal es el caso de los bonos que están actualmente en litigio ante los tribunales de Nueva York en el caso “NML Capital, Ltd. v. Argentina”: fueron

sarrollo sobre el giro producido a partir del caso mexicano, ver también: Gelpern, Anna, op. cit., 2003, pp. 19-23.

41. Así lo expresó la Sentencia de la Cámara de Apelaciones del Segundo Circuito, Estados Unidos, del 26 de octubre de 2012, en el caso “NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina”, p. 27 (traducción libre al castellano): “Las cláusulas de acción colectiva –que efectivamente eliminan la posibilidad de litigación ‘holdout’– han sido incluidas en el 99% de los bonos emitidos bajo ley de Nueva York desde enero de 2005, incluidos los bonos del canje de los años 2005 y 2010 de la Argentina. Sólo 5 de 211 emisiones bajo ley de Nueva York durante ese período no incluyeron cláusulas de acción colectiva, y todas esas emisiones provienen de una sola nación, Jamaica”. Adicionalmente, y reafirmando lo ya expresado, en su segundo fallo emitido en el caso (de fecha 23 de agosto de 2013), la Cámara señaló que “observamos que es poco probable que ocurran casos como este en el futuro porque [...] los bonos nuevos casi universalmente incluyen cláusulas de acción colectiva (‘CACs’) que permiten a una super-mayoría de tenedores de bonos imponer una reestructuración sobre potenciales holdouts” (Sentencia de la Cámara de Apelaciones del Segundo Circuito, Estados Unidos, del 23 de agosto de 2013, pp. 23-24.

42. Ver Capítulo III.A.

43. Se excluyen, por lo tanto, a los bonos regidos por ley inglesa (dado que el uso de las CACs se difundió desde fines del siglo XIX) y a los bonos regidos por ley de Nueva York a partir del año 2003 (a excepción de los ya mencionados bonos jamaíquinos).

emitidos en el año 1994, se rigen por ley de Nueva York, no tienen CAC (dado que para modificar los términos de pago y/o reducir la deuda se requiere la unanimidad de todos los acreedores –cláusula “*unanimous consent*”–)⁴⁴ y la Argentina declaró la suspensión de pagos (*default*) a su respecto a fines del año 2001. Los demandantes en el caso no entraron en ninguna de las dos reestructuraciones lanzadas por la Argentina en 2005 y 2010, que implicaron un canje de bonos en *default* por nuevos bonos que contenían nuevos términos de pago y, en cambio, optaron por litigar para cobrar la totalidad del valor de los bonos emitidos en 1994. En consecuencia, se observa que la falta de un procedimiento de acción colectiva (tal como es la CAC) genera el problema del *holdout* que desarrollamos en el punto C del presente Capítulo.

3. La exposición del Estado en default ante la ausencia de un procedimiento de acción colectiva

El hecho de no tener un procedimiento regulado por un tratado internacional o por una cláusula contractual incluida en los bonos soberanos genera problemas de incentivos por parte de los acreedores: al ser necesaria la unanimidad para modificar los términos de pago, cada uno de los bonistas cuenta con un derecho de veto que genera incentivos a no aceptar la reestructuración y optar por litigar. El Estado en *default* tiene que negociar con todos y cada uno de ellos para que acepten los nuevos términos de pago, pero al no haber una regla que obligue a la minoría a aceptar el acuerdo votado por la mayoría, quedan acreedores remanentes con incentivos a demandar. Por lo tanto, el resultado es ineficiente porque existe el riesgo de litigación *holdout* con eventual impacto en la deuda reestructurada. No es un simple fantasma, se da en la realidad.

Para dimensionar el grado de exposición del Estado bajo la hipótesis de suspensión de pagos de sus obligaciones bajo los bonos, es necesario comprender la complejidad del escenario de la deuda soberana. Generalmente, el Estado emisor de bonos tiene su deuda instrumentada en distintos

44. Párrafo 16(b)(ii) del Contrato de Agencia Fiscal (*Fiscal Agency Agreement*) celebrado entre la República Argentina y Bankers Trust Company (como Agente Fiscal), del 19 de octubre de 1994. disponible en: <http://www.shearman.com/en/services/practices/argentine-sovereign-debt?section=related-source-materials> (consultado el 26 de marzo de 2015).

grupos de acreedores. Estos grupos están dados por cada uno de los bonos emitidos en distintas monedas, regidos por distintas leyes y sometidos a distintas jurisdicciones, con términos y condiciones de pago también distintas. Por lo tanto, la deuda soberana que comprenda una multiplicidad de jurisdicciones deberá ser reestructurada en todos los países involucrados, existiendo un alto grado de fragmentación y dificultades de coordinación que se traducen en altos costos de transacción. Pongamos el ejemplo de la República Argentina, que es considerado el caso de reestructuración más grande y compleja en la historia de la deuda soberana: antes de la reestructuración, debía 82.000 millones de dólares en capital y 20.000 millones de dólares en intereses devengados. Cientos de miles de acreedores eran tenedores de 150 tipos de bonos en *default* emitidos en seis monedas bajo las leyes de ocho jurisdicciones.⁴⁵

A la complejidad mencionada anteriormente debe sumarse la hipótesis bajo análisis en la cual los bonos emitidos por el deudor soberano no contienen una CAC que aglutine a todos estos acreedores bajo un mismo procedimiento y permita una reestructuración de la deuda mediante el acuerdo de una mayoría que obligue a todos los acreedores en cuestión. La suma de todos estos factores trae la consecuencia de un resultado incierto, dado que obtener un acuerdo unánime en todos los grupos es altamente improbable. Para demostrarlo, se puede observar nuevamente el caso argentino. Mediante las dos ofertas de canje implementadas en 2005 y 2010, la Argentina reestructuró aproximadamente el 93% de su deuda pública.⁴⁶ El 7% remanente de acreedores pudieron no aceptar los términos de la reestructuración, precisamente por la ausencia de CAC. Algunos de ellos iniciaron litigios en distintas jurisdicciones que aún están en trámite, otros ya obtuvieron sentencia favorable y se encuentran desplegando esfuerzos de ejecución

45. Fuente de los datos: Gelpern, Anna, “*What Bond Markets Can Learn from Argentina*”, *International Financial Law Review*, abril de 2005, p. 19.

46. Los términos de los bonos canjeados implicaron una quita nominal del 66,3% (para el caso de los acreedores que optaron por bonos Discount), y la reestructuración también incluía la oferta de bonos sin quita (bonos Par) con vencimiento posterior, más intereses pagaderos en efectivo. Para ambos tramos de la oferta se previó la emisión de un cupón accesorio atado al producto bruto interno (PBI), cuyo monto depende de los índices de PBI de la Argentina desde la fecha de su emisión y, a partir de determinado momento, podían ser negociados de manera independiente de los bonos principales.

que han impactado en el cumplimiento de la deuda reestructurada, como los litigantes en el caso “NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina”.⁴⁷

La incertidumbre y la falta de una solución definitiva generan, por un lado, un daño al deudor que se traduce en la demora en su camino a la rehabilitación financiera y, por otro lado, un daño a una parte significativa de acreedores a través de la potencial puesta en riesgo de la deuda reestructurada.

4. *¿Por qué es deseable un procedimiento de acción colectiva?*

Desde el enfoque del análisis económico del derecho,⁴⁸ la acción colectiva de los acreedores en cualquiera de sus dos versiones bajo análisis (tanto la prevista bajo la regulación para deudores privados –leyes de concursos y quiebras– como la incorporada contractualmente en los bonos soberanos –bajo una cláusula de acción colectiva–) es vista como un procedimiento en el que obligar a mantener actitudes cooperativas entre los acreedores es eficiente.

Mediante estos mecanismos se prevé la reunión de acreedores como un prerrequisito para adoptar cualquier decisión relacionada con sus créditos frente al deudor. Así, la junta obligatoria de acreedores puede ser entendida como un medio de reducir los costos de transacción involucrados en estos procesos de recuperación de créditos, ya que las negociaciones individuales entre los acreedores y el deudor serían mucho más difíciles e implicarían mayores costos. Máxime considerando el contexto complejo en el que opera la deuda soberana. Aun cuando estos procesos no garantizan un acuerdo *a priori* (dado que dependerá, en el caso concreto, de que se reúnan las mayorías requeridas para la toma de decisiones), los costos de transacción se reducen sustancialmente.

El objetivo del procedimiento de acción colectiva es, entonces, la cooperación de las partes entre sí con el fin de evitar los mayores costos proce-

47. Ver Capítulo II.E.

48. En los últimos treinta años han surgido estudios sobre la economía de los procedimientos de concursos y quiebras que demuestran que detrás de los tecnicismos de la regulación legal hay un racional económico subyacente (ver Cabrillo, Francisco & Ben W. F. Depoorter, “Bankruptcy Proceedings”, *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 261).

sales que se generarían si cada acreedor pretendiera iniciar una ejecución individual para cobrar su crédito. Como contrapartida, los costos sociales aumentarían si cada acreedor litigara individualmente para obtener el mayor porcentaje posible de su crédito. Si no existieran reglas que regulen estos procesos colectivos, los acreedores adoptarían estrategias no cooperativas que darían el mismo resultado que se genera en el dilema del prisionero:⁴⁹ cada acreedor tendrá incentivos a litigar por su cuenta para recuperar la máxima cantidad posible de su crédito. Sin embargo, la estrategia no cooperativa, en donde cada uno persigue su propio interés, no es la eficiente. Si, en cambio, adoptaran la estrategia cooperativa, todos obtendrían un beneficio mayor.⁵⁰

En consecuencia, desde la perspectiva económica, se considera eficiente contar con procedimientos de acción colectiva de acreedores que regulen el curso de acción a seguir en caso de *default* del deudor a los fines de lograr el mejor resultado con el menor costo social posible. En el Capítulo III se analiza cuál de las dos alternativas concretas en discusión resulta más eficiente.

c. El problema de la litigación holdout

El segundo problema está íntimamente relacionado con el anterior. La ausencia de un procedimiento de acción colectiva deriva en el problema del acreedor litigante o *holdout*: el acreedor que opta por no entrar en la reestructuración y recurre a un tribunal extranjero en procura del cobro de la

49. En términos de la teoría de juegos, podemos plantear la quiebra como un dilema del prisionero: si se obliga a los acreedores a actuar en forma conjunta, se reducen los costos y así se genera un beneficio mayor para todos, dado que la existencia de costos de transacción hace que la toma de decisión colectiva sea un posible modelo para solucionar este tipo de problemas (para un desarrollo sobre la aplicación de la teoría de juegos como justificación de la ley de quiebras, ver Picker, Randall C., “An Introduction to Game Theory and the Law”, *Coase-Sandor Institute for Law & Economics*, Working Paper N. 22, 1994, p. 19).

50. Para una aplicación del dilema del prisionero a un procedimiento de acción colectiva en términos prácticos, ver Ranieri, Agustina M., *Default y después: Argentina, reestructuración y holdouts desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho*, 2013 (en publicación) (Capítulo 5: “La acción colectiva de los acreedores desde la perspectiva del análisis económico del derecho y la teoría de juegos”).

totalidad de su crédito, por oposición al resto de los acreedores que aceptan la reestructuración que implica una quita, una espera o ambas con respecto a la deuda original.

1. *Los datos: demandas contra soberanos en default en aumento*

La probabilidad de que un bonista elija litigar en vez de entrar en la reestructuración existe, entonces, debido a un encuentro de cuatro factores principales: (i) la ausencia de un procedimiento de acción colectiva que lo obligue a aceptarla, aun contra su voluntad; (ii) el cambio legislativo operado en Estados Unidos e Inglaterra a fines de la década de 1970 mediante la adopción de la teoría de la inmunidad restringida, que creó la posibilidad de demandar al Estado soberano ante un tribunal extranjero a cuya jurisdicción se sometió; (iii) el cambio operado en el mercado de deuda soberana, que implicó el paso de un acreedor concentrado (bancos) a una heterogeneidad de acreedores dispersos en distintos mercados (bonistas); y (iv) la interpretación judicial favorable a los acreedores basada en la cláusula *pari passu*, que funciona como precedente para otros bonistas.⁵¹ Esta conjunción de factores marcó el inicio de la era de litigación *holdout*, que tiende a aumentar.

En efecto, los estudios muestran un incremento drástico de los litigios contra los deudores soberanos, principalmente en los últimos años.⁵² Sus resultados indican las siguientes tendencias: (i) aumento significativo en la probabilidad de litigación, dado por un notable incremento en el número de casos; (ii) aumento en los costos del litigio, debido a un aumento en la duración los procesos judiciales (cuyo promedio es de seis años); y (iii) el 90% de los demandantes son fondos de cobertura durante el período 2000-2010 (mientras que durante la década de los 80 y 90 lo eran los bancos).⁵³

51. Este último factor se analiza en detalle en el siguiente punto 3 del presente capítulo. Los restantes factores han sido analizados en el Capítulo anterior (II.A).

52. Para un estudio econométrico sobre las distintas fases de la litigación *holdout* y el aumento operado desde 1976 en adelante en el territorio de los Estados Unidos, ver Schumacher, Julian, Christoph Trebesch & Henrik Enderlein, op. cit., 2013.

53. Schumacher, Julian, Christoph Trebesch & Henrik Enderlein, op. cit., 2013, pp. 2-3.

2. ¿Por qué litigar?

Para explicar los resultados empíricos del punto anterior es pertinente hacernos la pregunta de la microeconomía: ¿qué incentivos tiene un acreedor para demandar a un Estado en *default* tendiente a cobrar la totalidad del monto adeudado bajo sus bonos? ¿Qué maximiza el acreedor *holdout*?

Desde la perspectiva del análisis económico del derecho, todo litigio es visto como un problema de costos. El modelo económico de un juicio está determinado por el beneficio esperado: una persona va a demandar si el costo de la demanda es menor al beneficio esperado.⁵⁴ El beneficio esperado de la demanda incluye: (i) el monto total del juicio si se obtiene una sentencia favorable, multiplicado por la probabilidad esperada de éxito; (ii) el valor de recuperación que quedará en caso de sentencia desfavorable, multiplicado por la probabilidad esperada de fracaso; y (iii) los costos asociados al litigio, que son independientes del resultado (tasa de justicia, honorarios de abogados, honorarios de peritos o expertos y costas procesales). Por lo tanto, la idea subyacente del modelo económico del litigio radica en que un acreedor sólo demandará al deudor soberano si el valor esperado de la demanda excede el valor de no hacerlo.⁵⁵

En el caso concreto del acreedor *holdout*, su percepción y su cálculo de beneficio esperado en el escenario del litigio (cuya base es el cobro total de la deuda) supera los costos y los beneficios a obtener bajo el escenario de ingresar en la reestructuración. Bajo ese panorama concreto y estimación de alternativas, deciden demandar.

Si bien en las reestructuraciones de deuda el acreedor que acepta el canje es la regla (pensemos en el caso argentino, con un 93% de aceptación) y las demandas siguen siendo la excepción, lo cierto es que por residual y pequeña que sea la proporción de litigantes tiene la virtualidad suficiente para poner en peligro la reestructuración.⁵⁶

Por lo tanto, para minimizar el riesgo de litigación *holdout*, lo esencial son los incentivos: el Estado tiene que dar los incentivos suficientes para que

54. Shavell, Steven, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2004, p. 390.

55. Schumacher, Julian, Christoph Trebesch & Henrik Enderlein, op. cit., 2013, p. 13.

56. Ver Capítulo II.E.

los acreedores acepten las nuevas condiciones y aprueben la reestructuración, y dar los desincentivos necesarios para disuadirlos de litigar. El Estado tendrá, entonces, que diseñar su propio esquema de palo y zanahoria.⁵⁷

3. *La estrategia del acreedor litigante: cláusula pari passu*

El argumento de los acreedores litigantes se basa en que las obligaciones subyacentes a los bonos declarados en *default* por el deudor soberano permanecen válidas. Según su postura, la suspensión o el diferimiento de los pagos bajo sus bonos soberanos se implementan mediante la legislación interna del país emisor, que es –por lo tanto– ajena a la legislación que rigen los bonos en cuestión. En el caso argentino, el *default* de la deuda externa con motivo de la grave crisis que estalló a fines del año 2001, se implementó mediante el Decreto 256/2002 y la Resolución 73/2002 del Ministerio de Economía.⁵⁸ Se dispuso el diferimiento de los pagos de los servicios de la deuda pública del Estado Nacional hasta el 31 de diciembre de 2002 o hasta que se complete el proceso de refinanciación.⁵⁹

57. Por un desarrollo de los incentivos que el Estado debe crear en sus acreedores, ver: Buchheit, Lee & Elena Daly, “Minimising Hold Out Creditors: Carrots”, en *Sovereign Debt Management*, 2014a, pp. 3-13, Oxford University Press. En el caso de la reestructuración de deuda de la República Argentina, además del incentivo dado por las condiciones financieras de los bonos, para lograr que los acreedores ingresen en el canje, el Congreso de la Nación sancionó la Ley 26.017 o “Ley Cerrojo”, que prohíbe al Poder Ejecutivo reabrir el proceso de canje en el futuro y efectuar cualquier tipo de transacción judicial, extrajudicial o privada, respecto de los bonos en *default* (artículos 2 y 3 de la Ley 26.017, sancionada el 9/2/2005). El canje del año 2010 se llevó a cabo mediante la Ley 26.547 (sancionada el 18/11/2009) que suspendió la vigencia de los mencionados artículos de la Ley Cerrojo para permitir la reapertura del canje anterior hasta tanto finalice el segundo canje.

58. Dichas normas declararon “la escasez de recursos con que cuenta el Tesoro Nacional, motivo por el cual, corresponde llevar a cabo un proceso de reprogramación de las obligaciones y pago de la deuda del Gobierno Nacional” y la necesidad de “determinar aquellos pagos que seguirán siendo atendidos por razones de extrema necesidad personal de los deudores y por otro lado aquellas deudas en las que pueda esperarse de ciertos acreedores apoyo financiero para superar la grave situación económica y social que atraviesa el país” (considerandos del Decreto 256/2002 del Poder Ejecutivo Nacional, del 6/2/2002; y de la Resolución 73/2002 del Ministerio de Economía, del 25/4/2002, respectivamente).

59. Mediante las leyes de presupuesto de los años subsiguientes se dispuso el diferimiento del pago de las obligaciones bajo los bonos de deuda pública nacional allí iden-

Teniendo en cuenta lo anterior, dado que los acreedores inician su demanda ante un tribunal extranjero, con bonos regidos por ley extranjera, entonces su pretensión se basa en su derecho a cobrar el cien por cien de su crédito de acuerdo con los términos contractuales de sus bonos y con la legislación a la que se someten. Desde fines de la década de 1990, la cláusula relevante sobre la cual los acreedores litigantes edifican su pretensión es la cláusula *pari passu* o de trato igualitario. Según se analiza más adelante, en los hechos, los créditos por deuda soberana en mora resultan muy difíciles de cobrar,⁶⁰ y fue a partir de la estrategia legal basada en esta cláusula que los acreedores generaron un mecanismo para presionar a los Estados a pagar.

El primer antecedente en el que un acreedor hizo valer su novedosa interpretación de la cláusula *pari passu* fue en el año 2000 en el marco del caso “Elliot v. Republic of Peru”,⁶¹ que también tramitó ante la justicia estadounidense. Hasta ese momento, era una cláusula estándar incluida en todos los contratos de deuda soberana, a la que no se le prestaba particular atención y no era invocada de manera específica por los acreedores litigantes en el marco de los juicios por el cobro de deuda soberana en *default*.

Era y continúa siendo práctica habitual que los Estados incluyan esta cláusula como parte de los términos y condiciones de sus préstamos: figura tanto en la deuda tomada de bancos comerciales como en la deuda emitida en bonos.⁶² Si bien es una cláusula estándar de uso histórico, algunos autores consideran que no hay acuerdo acerca de su significado en el marco de contratos de deuda soberana.⁶³ Por el contrario, en el marco de contratos

tificados (entre los cuales figuran los bonos en litigio en el caso “*NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*”).

60. Ver puntos D y E del presente Capítulo.

61. Para un análisis detallado del caso peruano, ver Montegudo, Manuel, “Peru’s Experience in Sovereign Debt Management and Litigation: Some Lessons for the Legal Approach to Sovereign Indebtedness”, *73 Law and Contemporary Problems*, 2010, pp. 201-214.

62. Schumacher, Julian, Christoph Trebesch & Henrik Enderlein, op. cit., 2013, p. 8.

63. Gulati, Mitu & Kenneth N. Klee, “Sovereign Piracy”, *56 The Business Lawyer*, 2001, p. 646 (“[n]adie parece estar muy seguro de lo que realmente significa la cláusula, al menos en el contexto de un préstamo a un Estado”); Schumacher, Julian, Christoph Trebesch & Henrik Enderlein, op. cit., 2013, p. 8 (“[l]a cláusula *pari passu* es una cláusula estándar incorporada en la mayoría de los contratos de deuda soberana, aun cuando su

de bonos corporativos, hay consenso en que la cláusula está destinada a asegurar el tratamiento igualitario de los acreedores en caso de quiebra y liquidación de los bienes del deudor. Pero como esta situación no se da en un contexto de deuda soberana, la interpretación de la cláusula se encuentra debatida.⁶⁴ La falta de acuerdo en relación a la interpretación de la cláusula quedó en evidencia tanto en la discusión que se generó a partir del caso peruano⁶⁵ como en el fallo de cámara dictado en el marco del caso argentino.⁶⁶

Existen dos posturas acerca de la interpretación de la cláusula *pari passu* en el marco de contratos soberanos. Para algunos, la cláusula tiene por objeto brindar protección a los acreedores contra la subordinación legal, dado que el deudor soberano se compromete a no tener ni crear en el futuro una clase de acreedores cuyos créditos tengan un rango superior a los bonos objeto del contrato, en caso de cesación de pagos. Según esta postura, en el contexto de préstamos soberanos se pretende asegurar al acreedor que su préstamo tiene el mismo rango sólo en relación al resto de los acreedores de deuda externa.⁶⁷ Sin embargo, para otros autores, la cláusula tiene otro significado que excede al anterior: según esta segunda postura, permite a cada acreedor “compartir” en términos iguales y proporcionales junto con el resto de acreedores de deuda externa, de manera tal que si el soberano paga intereses a sus acreedores de deuda reestructurada, está obligado a hacer un “pago proporcional” a cualquier otro acreedor de deuda soberana que esté cubierta por una cláusula *pari passu*.⁶⁸ La

significado no está claro”); Weidemaier, W. Mark C. & Anna Gelper, op. cit., 2014, nota al pie N°29 (“[l]a cláusula *pari passu* ha atraído un amplio escrutinio a través de los años, que en gran medida se focalizó en la incertidumbre de sus orígenes y el significado de dicha cláusula”), entre otros autores.

64. Gulati, G. Mitu & Robert E. Scott, *The Three and a Half Minute Transaction: Boilerplate and the Limits of Contract Design*, University of Chicago Press, 2011.

65. Monteagudo, Manuel, op. cit., 2010, p. 209.

66. Cámara de Apelaciones del Segundo Circuito, Estados Unidos, sentencia del 26 de octubre de 2012 dictada en el caso “*NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*”.

67. Buchheit, Lee C., “How to negotiate eurocurrency loan agreements”, *International Financial Law Review*, London, 1995, pp. 77-78.

68. Declaración del Profesor Andreas F. Lowenfeld del 31 de agosto de 2000 presentada en el marco del caso “*Elliot v. Republic of Peru*”, citada por Monteagudo, Manuel, op. cit., 2010, p. 209.

segunda postura ha sido criticada por los defensores de la primera, quienes consideran que, si se llevara a situaciones extremas, la teoría del pago proporcional tornaría imposible realizar un pago completo a cualquier otro acreedor del soberano si una deuda *pari passu* se encuentra en *default*.⁶⁹

En el caso peruano, el fondo de cobertura demandante, acreedor de deuda soberana de Perú en *default* que había rechazado ingresar en la reestructuración, hizo su planteo en los términos de la segunda postura. Elliot argumentó que la cláusula *pari passu* incluida en los préstamos prohibía a Perú pagar a sus acreedores reestructurados si no les pagaban a ellos, antes o en simultáneo. Mediante esta estrategia, el acreedor obtuvo una sentencia favorable, y buscó ejecutar la sentencia en múltiples jurisdicciones para impedir que Perú realice el pago de intereses a los tenedores de su deuda reestructurada. Frente a la disyuntiva de caer en *default* bajo sus bonos reestructurados, Perú llegó a un acuerdo con los demandantes y les pagó la totalidad del monto reclamado antes de que la medida tuviera efecto, previo al inminente vencimiento de la cuota de intereses de la deuda reestructurada.⁷⁰

La misma estrategia fue utilizada por el fondo NML al demandar a la República Argentina ante los tribunales de Nueva York. Su pretensión principal consistió en que la cláusula *pari passu* o de trato equitativo prevista en los bonos de su titularidad emitidos en el año 1994 obligaba a la Argentina a pagarles a ellos si la Argentina realizaba pagos bajo los bonos canjeados en 2005 y 2010. La cláusula *pari passu* incluida en los bonos objeto del juicio prevé lo siguiente: “[l]os Bonos constituirán [...] obligaciones directas, incondicionales, no privilegiadas y no subordinadas de la República y gozarán en todo momento del rango *pari passu* y no existirá ningún privilegio entre ellas. El pago de las obligaciones de la República bajo los Bonos tendrá en todo momento el mismo rango que todo el resto de la deuda externa presente y futura no privilegiada y no subordinada [...]”.⁷¹ Así, sostuvieron que la Argentina incumplió

69. Buchheit, Lee C. & Jeremiah s. Pam, “The Pari Passu Clause in Sovereign Debt Instruments”, 53 *Emory Law Journal*, 2004, p. 886.

70. Ver Schumacher, Julian, Christoph Trebesch & Henrik Enderlein, op. cit., 2013, p. 8; y Montegudo, Manuel, op. cit., 2010, p. 208.

71. Párrafo 1(c) del Contrato de Agencia Fiscal (*Fiscal Agency Agreement*) celebrado entre la República Argentina y Bankers Trust Company (como Agente Fiscal), del 19 de

el contrato al realizar pagos a los bonistas reestructurados sin pagarles a ellos, y solicitaron una medida cautelar tendiente a obligar al país al cumplimiento específico de lo previsto en dicha cláusula.

El juez de primera instancia hizo lugar al reclamo de los demandantes y ordenó que cada vez que la Argentina hiciera un pago bajo los bonos de la reestructuración, la Argentina debía hacer un “pago proporcional” (*rateable payment*) a los demandantes. La Cámara de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos confirmó la decisión.⁷² En su fallo, la Cámara interpretó que se debían considerar conjuntamente las dos oraciones de la cláusula *pari passu* de los bonos objeto del juicio, y concluyó que en el contrato se manifestaba la intención de proteger a los tenedores de dichos bonos de algo más que una subordinación formal. La Cámara consideró que la primera oración de la cláusula (“[l]os Bonos constituirán [...] obligaciones directas, incondicionales, no privilegiadas y no subordinadas”) prohíbe a la Argentina, como “emisor” de bonos, subordinar formalmente los bonos por medio de la emisión de otras deudas de rango superior; mientras que la segunda oración (“[e]l pago de las obligaciones de la República bajo los Bonos tendrá en todo momento el mismo rango que todo el resto de la deuda externa presente y futura no privilegiada y no subordinada”) prohíbe a la Argentina, como “pagador” de bonos, pagar otros bonos excluyendo del pago a

octubre de 1994, disponible en: <http://www.shearman.com/en/services/practices/argentine-sovereign-debt?section=related-source-materials> (consultado el 26 de marzo de 2015).

72. Cámara de Apelaciones del Segundo Circuito, Estados Unidos, sentencia del 26 de octubre de 2012 dictada en el caso “*NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*”. Sin embargo, remitió el caso nuevamente al juez Griesa para que aclare cómo debe operar la fórmula de pago proporcional. El otro aspecto que la Cámara sometió a la decisión del juez Griesa fue el alcance de la aplicación de las medidas cautelares a terceros y a los bancos intermediarios (p. 29). La fórmula de pago del juez Griesa figura en su sentencia del 21 de noviembre de 2012. En su fallo del 23 de agosto de 2013, la Cámara confirmó la sentencia del juez Griesa y su fórmula de pago proporcional: si la Argentina paga el 100% de los montos debidos bajo los bonos canjeados, también debe pagar a los demandantes el 100% del monto debido a ellos bajo sus bonos en *default*. Esto implica que, tal como en el caso de Perú, para pagar cualquier cuota de intereses adeudada bajo los bonos reestructurados, la Argentina estaría obligada a pagar simultáneamente la totalidad de los US\$1.300 millones de capital e intereses que reclaman los demandantes bajo sus bonos en *default* (ver Beller, Ricardo W. & Agustina Ranieri, “The *pari passu* clause as applied in Argentine sovereign bonds litigation”, *Financier Worldwide*, N°123, 2013, p. 47).

los bonos objeto del juicio. Es así como –según la Cámara– las dos oraciones de la cláusula brindan protección contra diferentes formas de discriminación: la emisión de otras deudas con rango superior (primera oración) y el otorgamiento de prioridad a otras obligaciones de pago (segunda oración).⁷³

La medida cautelar dictada en el marco de este caso que obligó a la Argentina a pagar a los demandantes en los términos de la cláusula *pari passu* –según la interpretación de los tribunales de Nueva York– estuvo en suspenso hasta que se hizo efectiva a partir del 16 de junio de 2014, cuando la Corte Suprema de Estados Unidos rechazó el pedido de *certiorari* de la Argentina para revisar el fallo. Esta medida irradió sus efectos sobre los pagos adeudados bajo los bonos reestructurados, problema que se analizará en el punto E de este Capítulo.

d. El problema de la ejecución

A partir de lo que está ocurriendo en el presente en el marco de los litigios por deuda soberana, la literatura describe la fase actual de evolución como la etapa de “caza de activos”.⁷⁴ Esta etapa se caracteriza por el hecho de que la obtención por parte de los acreedores de una sentencia favorable basada en su interpretación de la cláusula *pari passu* no es suficiente para poder cobrar: así comienza una lucha por encontrar y ejecutar bienes del soberano, destinada a cazar activos. Si se observan los juicios argentinos actualmente en trámite ante los tribunales de Estados Unidos, hasta ahora, a pesar de sus varios intentos por encontrar, embargar y ejecutar bienes que les permitan cobrar, los demandantes no han tenido éxito. Por el contrario,

73. Cámara de Apelaciones del Segundo Circuito, Estados Unidos, sentencia del 26 de octubre de 2012 sentencia del 26 de octubre de 2012 dictada en el caso “*NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*”.

74. Ver Schumacher, Julian, Christoph Trebesch & Henrik Enderlein, op. cit., 2013, p. 8. Los autores consideran que existen tres fases en la evolución de la litigación *holdout*: (i) una primera fase de erosión de la inmunidad soberana, dada por la posibilidad de demandar a los Estados a partir del cambio legislativo implementado por la *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976; (ii) una segunda fase, iniciada a partir de la década de 1990, caracterizada por la entrada de los fondos de cobertura, con estrategias propias; y (iii) una tercera y actual fase, iniciada en los años 2000, a la que denominan la etapa de la “caza de activos” (pp. 6-7).

su único triunfo reciente en términos prácticos, luego de la obtención de la sentencia favorable sobre el fondo, está dado por haber logrado medidas cautelares con el poder de afectar el normal cumplimiento de la deuda reestructurada, problema que se trata aparte en el siguiente punto del presente Capítulo.

1. *La batalla pasa de la inmunidad de jurisdicción a la inmunidad de ejecución*

Si el primer paso del litigante *holdout* es obtener una sentencia que le dé derecho a cobrar la totalidad de su crédito bajo los bonos en *default*, el segundo paso es ejecutarla. Ante las dificultades de lograr el cobro efectivo, se observa un cambio de eje: el problema para el acreedor díscolo ya no se centra en sortear la inmunidad de jurisdicción del deudor soberano –ámbito en el que resultó exitoso–, sino que su principal objetivo es encontrar una manera de sortear la inmunidad de ejecución para poder cobrar.

Según las decisiones recientes de los tribunales de los Estados Unidos, foro usual al que se someten estos temas y principal país de estudio,⁷⁵ los activos del soberano son sólo embargables si se cumplen los siguientes requisitos: (i) que estén ubicados en el territorio de los Estados Unidos; (ii) que sean utilizados para fines comerciales y (iii) que el soberano haya renunciado a la inmunidad de ejecución. Esta sería la aplicación por parte de los tribunales de lo dispuesto en la legislación estadounidense en relación a las excepciones a la inmunidad de embargo y ejecución de los bienes de un Estado extranjero.⁷⁶

La experiencia hasta el presente demuestra que existe una dificultad práctica de ejecutar una sentencia mediante el embargo y ejecución de los activos del soberano.⁷⁷ Los autores coinciden en que la obtención de una sentencia favorable es sólo la mitad de la batalla, ya que un litigante exitoso

75. Para un desarrollo comprensivo de la inmunidad soberana en el marco de la deuda soberana, ver Weidemaier, W. Mark C., op. cit., 2014.

76. Párrafo 1610 (a) 1 de la Ley de Inmunidad Soberana Extranjera de Estados Unidos (*Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*). Ver también Weidemaier, W. Mark C., op. cit., 2014, p. 79.

77. Si bien existen casos de embargo y ejecución de bienes de Estados por reclamos de deuda soberana en un país extranjero, no suelen ser la regla.

deberá ejecutar dicha sentencia.⁷⁸ Esta circunstancia deriva en una cierta debilidad de los derechos litigiosos de los *holdouts* en tanto incentivo para lograr que los Estados paguen sus deudas, tornándolos irrelevantes. Sin embargo, las últimas decisiones recaídas en el juicio contra la Argentina nos demuestran lo contrario: si bien la ejecución de los bienes del Estado no les fue posible hasta hoy, los *holdouts* han encontrado la forma de interferir en los pagos a los acreedores reestructurados mediante una orden judicial.

2. Mitigación del problema de acción colectiva

La dificultad de ejecutar los bienes del Estado se traduce, en los hechos, en la existencia de una inmunidad de ejecución “práctica”, aun cuando el Estado haya renunciado a dicha inmunidad en el contrato de préstamo. Ello parece haber ayudado a mitigar los efectos nocivos de la acción colectiva y de la litigación *holdout* para el deudor soberano.

En los hechos, el acreedor *holdout* con sentencia favorable iniciará su intento de ejecución. Un deudor soberano suele tener bienes en el extranjero y en su propio país. Con respecto a los bienes situados en el extranjero, los litigantes deben atender a la legislación de inmunidad de cada país donde pretendan embargar y eventualmente ejecutar un determinado bien. Como hemos visto, las legislaciones permiten de manera restrictiva el embargo de los bienes de un Estado extranjero. Esto hace que ejecutar una sentencia en el extranjero sea problemático porque suele haber muy pocos bienes de un soberano situados físicamente fuera de sus fronteras que puedan ser objeto de embargo.⁷⁹ Además, el Estado tendrá incentivos a proteger sus bienes para evitar que caigan en manos de los acreedores, sacándolos de la jurisdicción donde se sustancian los juicios.⁸⁰ Con respecto a los bienes situados en el propio país, los Estados pueden modificar su legislación de manera

78. Así opinan Weidemaier, W. Mark C., “Sovereign Immunity and Sovereign Debt”, *University of Illinois Law Review*, Vol. 1, 2014, p. 80; Schumacher, Julian, Christoph Trebesch & Henrik Enderlein, op. cit., 2013, p. 8; y Buchheit, Lee & Mitu Gulati, “Responsible Sovereign Lending and Borrowing”, *United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD)*, Discussion Paper No. 198, 2010, p. 73.

79. Gelpern, Anna, op. cit., 2013, p. 1116.

80. Weidemaier, W. Mark C., op. cit., 2014, p. 89; y Weidemaier, W. Mark C. & Anna Gelpern, op. cit., 2014, p. 23.

tal que se prohíba la ejecución de la sentencia extranjera para proteger a los acreedores que sí decidieron entrar en la reestructuración, de manera tal que los tribunales repelan los intentos de ejecución con fundamento en estas normas en los casos concretos que se le presenten.

Si consideramos el caso argentino bajo análisis, los acreedores *holdout* con sentencias favorables de los tribunales de Estados Unidos intentaron embargar las reservas del Banco Central de la República Argentina en dicho país (invocando la teoría del *alter ego*), el avión presidencial en Alemania, y una embarcación militar en Ghana, entre otros intentos.⁸¹ Ninguno de ellos resultó fructífero. Algunos acreedores también intentaron ejecutar sus sentencias extranjeras aquí en la Argentina, mediante el procedimiento de *exequatur*. En dos fallos del año 2014,⁸² la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó los pedidos de ejecución de sentencias dictadas en los Estados Unidos por considerar que violaban principios de orden público del derecho argentino, ya que el diferimiento de los pagos de los títulos en *default* de los cuales los demandantes eran titulares formó parte de las medidas de emergencia tomadas como consecuencia de la grave crisis económica ocurrida en el país a fines de 2001. La Corte consideró que admitir el *exequatur* implicaría convalidar que el acreedor eluda el proceso de reestructuración dispuesto por el Estado argentino. Por lo tanto, los intentos de ejecución en territorio argentino tampoco prosperaron.

Desde el punto de vista de los incentivos, la dificultad de ejecución funcionaría como factor de disuasión a iniciar reclamos judiciales por parte de acreedores *holdouts*, dado que la búsqueda y el intento de embargo de bienes del soberano requieren recursos económicos y tiempo, y aun así suelen fracasar. Como contracara, se tornaría como un incentivo a los acreedores para entrar en la reestructuración, dado que –en este contexto– las probabilidades de cobro judicial son prácticamente nulas.

81. Gelpern, Anna, op. cit., 2013, p. 1117.

82. CSJN, “Claren Corporation c/ Estado Nacional (Artículos 517/518 CPCC Exequá-tur) s/ Varios” (sentencia del 6 de marzo de 2014) y “Crostelli, Fernando y otros c/ EN - Ministerio de Economía (arts. 517/518 CPCC exequá-tur) (BNNY) s/ varios” (sentencia del 6 de marzo de 2014).

e. *El problema de la afectación de la deuda reestructurada*

1. *¿El fin de la irrelevancia práctica de las sentencias judiciales?*

Cuando parecía que los problemas del acreedor para ejecutar la sentencia habían mitigado los problemas de la acción colectiva para el soberano, el novedoso problema de la afectación de la deuda reestructurada parece mitigar ahora el problema de la ejecución de la sentencia para el acreedor.

Las últimas decisiones de la justicia de Nueva York en el caso “NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina” sugieren que los jueces pueden desarrollar remedios efectivos a través de novedosas medidas dirigidas no sobre los bienes del soberano (como podría ser el embargo de activos), sino sobre los sujetos: el deudor y los terceros que intervienen en la cadena de pagos de los bonos reestructurados. A contramano de la irrelevancia práctica de las sentencias judiciales descrita en el acápite anterior, los últimos desarrollos en el caso argentino abrieron una puerta hasta ahora desconocida en el ámbito de la litigación *holdout*, con virtualidad de lograr un impacto significativo en la situación del Estado deudor.

En efecto, la resolución del juez Griesa⁸³ que fue confirmada por la Cámara de Apelaciones⁸⁴ y devino efectiva a partir del rechazo de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos del pedido de *certiorari*,⁸⁵ prohibió a la Argentina pagar a los bonistas reestructurados si antes no le pagaba a los demandantes la totalidad de su crédito bajo los bonos en *default*. Como se mencionó anteriormente, esta fórmula de pago deriva de una interpretación de la cláusula *pari passu*. En la práctica, la orden judicial (*injunction*) impactó en los pagos debidos por la Argentina bajo

83. Juzgado de Distrito (juez Thomas P. Griesa), decisión de fecha 23 de febrero de 2012 dictada en el caso “NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina”.

84. Cámara de Apelaciones del Segundo Circuito de Nueva York, decisión de fecha 16 de octubre de 2012 dictada en el caso “NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina”. La Cámara resolvió otorgar un efecto suspensivo a su sentencia (*stay*) hasta tanto se resolviera el pedido de *certiorari* de la República Argentina presentado ante la Corte Suprema de los Estados Unidos para revertir la sentencia.

85. Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, decisión de fecha 16 de junio de 2014 dictada en el caso “NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina”.

su deuda reestructurada, dado que –según los términos de la decisión– los intermediarios que participan en la cadena de pagos estarían obligados a cumplir con la sentencia y, por lo tanto, no podrían cooperar con la Argentina bajo apercibimiento de encontrarse en violación de la orden judicial. En consecuencia, algunos pagos fueron congelados por orden judicial y hasta el presente no habían sido recibidos por ciertos acreedores reestructurados. La Argentina sostuvo ante el juez que la medida podría generarle riesgos de incumplimiento frente a dichos acreedores, y un riesgo potencial frente al resto de los acreedores de los bonos en *default* remanentes que pretenden iniciar un litigio contra la Argentina bajo los mismos fundamentos que los demandantes en este caso.

Hasta el momento, la orden judicial descripta en el párrafo anterior es la victoria más notable de un acreedor obtenida en el marco de un litigio de deuda soberana⁸⁶ y pone de manifiesto la relevancia de las sentencias judiciales en estos casos. Previo a estos acontecimientos, predominaba el escepticismo acerca de la posibilidad cierta de que las sentencias judiciales impacten en la situación del Estado soberano porque no había evidencia de que las acciones de los acreedores litigantes fueran exitosas, ni en relación al embargo de bienes ni en el impacto en los acreedores reestructurados.⁸⁷

2. Una medida que va a los sujetos en vez de ir al objeto

Lo más novedoso de la decisión judicial bajo análisis consiste en que estableció la obligatoriedad de la sentencia no sólo para el deudor –la Argentina– sino también para los terceros involucrados en la cadena de pagos de los bonos reestructurados (esto es, los bancos intermediarios y los agentes de pago y de *clearing* encargados de hacer llegar los pagos a los bonistas que ingresaron en la reestructuración). Dado que la resolución judicial no podía recaer de manera directa sobre los fondos afectados al pago de los bonos reestructurados (es decir, sobre el objeto) por ser inembargables bajo la

86. Weidemaier, W. Mark C & Mitu Gulati, *op. cit.*, 2014b, p. 11.

87. Gelpert, Anna, “*A Skeptic’s Case for Sovereign Bankruptcy*”, *Houston Law Review*, Vol. 50, 2013, pp. 1095-1127. Es importante destacar que esta afirmación corresponde a las acciones tramitadas ante los tribunales de Estados Unidos, mientras que en otras jurisdicciones (por ejemplo, en países de Europa) se ha logrado embargar y ejecutar bienes de Estados soberanos.

legislación estadounidense, la innovación de esta medida está en que recae sobre los sujetos: todos los terceros e intermediarios que intervienen en la cadena de pagos entre la Argentina y los bonistas reestructurados.

La decisión judicial generó, asimismo, una discusión acerca de cuál es el universo de bonos que estarían alcanzados por los efectos de las sentencias relacionadas a la cláusula *pari passu*. En las reestructuraciones de 2005 y 2010, la República Argentina emitió bonos que están denominados en distintas monedas (dólares estadounidenses, euros, yenes y pesos) y se rigen bajo distintas leyes. Los bonos bajo ley argentina están denominados en pesos y en dólares; los bonos bajo ley de Nueva York están denominados en dólares; los bonos bajo ley inglesa están denominados en euros; y los bonos bajo ley de Japón están denominados en yenes. Al 25 de marzo de 2015, los únicos bonos excluidos definitivamente de la orden del juez Griesa eran los denominados en pesos sujetos a la ley argentina. El resto continúa bajo las órdenes del juez y, en algunos casos, los pagos de capital y/o interés han sido autorizados mediante resoluciones que permitieron el pago por única vez. El modo de cumplimiento de la sentencia de fondo aún es materia de negociación de las partes ya que, según lo ordenado por el juez, se debe encontrar una solución que contemple tanto los derechos de los demandantes como los derechos de los acreedores reestructurados. Algunos pagos bajo los bonos reestructurados continúan congelados.

Teniendo en cuenta la magnitud de terceros afectados y la mecánica bajo la que opera, la decisión judicial recaída en el caso argentino es el primer ejemplo de un remedio potente de un acreedor *holdout* contra un deudor soberano,⁸⁸ dado que hasta el presente los intentos por cobrar habían sido inocuos o, en cualquier caso, no habían tenido un impacto tan significativo. Es una alternativa heterodoxa diseñada para presionar al deudor soberano a que pague a los acreedores litigantes, de una manera indirecta y bajo la amenaza a terceros de ser declarados en desacato si actúan “en concertación o participación” con el deudor en el caso de que el país le pague a los bonistas reestructurados sin pagarle a los demandantes. Incluso, una medida planteada en estos términos podría tornar innecesarios los intentos de los acreedores por buscar activos específicos para embargar, dado que

88. Weidemaier, W. Mark C. & Anna Gelpern, “*Injunctions in Sovereign Debt Litigation*”, *Yale Journal on Regulation*, Vol. 31, 2014, p. 2.

por su impacto y significancia tiende a ser más eficaz desde el punto de vista del demandante.

III. Las posibles soluciones

Después de diagnosticar los problemas que afectan a la deuda soberana, corresponde analizar qué puede aportar el derecho en relación al diseño de alternativas que mejoren el *statu quo*.

Hemos visto que si se aborda el problema de la acción colectiva, se podrían neutralizar el resto de los males que se derivan a partir de la falta de un proceso que obligue a los acreedores a mantener actitudes cooperativas. La ausencia de un procedimiento que unifique a todos los acreedores para lograr la reestructuración total de la deuda soberana da pie a la posibilidad de que existan acreedores disidentes, lo cual redundaría en un aumento de costos, falta de previsibilidad y potencial afectación de derechos de terceros. Vale recordar que este es un mal que afecta principalmente a los bonos regidos por la ley de Nueva York emitidos antes del año 2003, que le otorgan a cada uno de los bonistas su derecho a no aceptar la reestructuración porque se requiere el consentimiento unánime para la modificación de los términos principales del préstamo. En estos bonos se centra el debate. Existe el riesgo de que un bonista haga uso de aquel derecho, no sólo demorando un acuerdo de reestructuración, sino también actuando *ex post* mediante el inicio de una demanda ante un tribunal extranjero que, en última instancia, terminará afectando a los bonistas que sí entraron en la reestructuración.⁸⁹

En este contexto, una posible solución para neutralizar el problema de base que desencadena el resto sería, entonces, establecer un procedimiento de acción colectiva. La literatura considera que ese procedimiento puede provenir de dos fuentes: del contrato o de un tratado internacional. Hay defensores de una y otra alternativa. A continuación se analiza en qué consiste cada una de ellas, sus ventajas y desventajas.

89. Ver Capítulo II.E.

a. Solución contractual: cláusula de acción colectiva

La primera de las alternativas considerada para dar una solución al problema es la incorporación de las llamadas cláusulas de acción colectiva (CAC) en los términos de todos los bonos soberanos a emitirse en el futuro.⁹⁰ Las CAC permiten establecer *ex ante* cómo proceder en caso de crisis: prevén la reestructuración obligatoria de la deuda si se obtiene la aprobación de una supermayoría de bonistas.⁹¹ Esta cláusula, por lo tanto, limita la capacidad de los bonistas disidentes de amenazar con litigios que tengan potencial impacto en la reestructuración acordada entre el soberano y el resto de los acreedores, por una sencilla razón: estarán obligados a cumplir con la decisión de la mayoría de reestructurar la deuda.

Es una alternativa a implementarse a nivel contractual, que se rige por el derecho privado y, al prescindir de una regulación específica, también se la llama solución “de mercado”,⁹² por oposición a la alternativa que se analiza en el punto siguiente, que requiere de un tratado multilateral de naturaleza obligatoria para los Estados que lo suscriban, a ser regido por el derecho internacional.

Hay un camino recorrido en este sentido. Con respecto a los bonos regidos por ley inglesa, la incorporación de las CACs para permitir la modificación de los términos principales del préstamo y poder reestructurar ha sido una práctica histórica que se mantiene en la actualidad. Sin embargo, para los bonos regidos por ley de Nueva York el uso de estas cláusulas se difunde recién desde principios del siglo XXI. Como hemos visto, fue a partir del cambio operado desde el año 2003 mediante la emisión de bonos soberanos de México regidos por ley de Nueva York, cuyos términos incluyeron una CAC para modificar los términos de la deuda.⁹³ A partir de allí, todos los bonos soberanos bajo dicha ley –a excepción de una ínfima

90. Para una definición de la cláusula de acción colectiva, ver Capítulo II.B.1.

91. Weidemaier, W. Mark C. & Mitu Gulati, op. cit., 2014a, p. 53.

92. Schwarcz, Steven L., op. cit., 2012, p. 103.

93. Ver Capítulo II.B.2. A fines del año 2002, un comité de expertos del G-10 preparó una serie de modelos de CAC para ser implementadas por los países emisores de bonos (ver “*Report of the G-10 Working Group on Contractual Clauses*”, disponible en <http://www.bis.org/publ/gten08.pdf>, consultado el 26 de marzo de 2015).

minoría– incluyen una CAC para evitar los males de no tenerla en caso de una situación de crisis.⁹⁴

En la Eurozona se consideró la necesidad de incluir CAC a partir del año 2013 para todos los nuevos bonos a emitirse con vencimiento superior a un año, como parte de las conclusiones arribadas por el Consejo Europeo para responder a la crisis de algunos países de la región.⁹⁵

Las principales ventajas destacadas por quienes abogan por el mecanismo de la CAC como una alternativa más deseable que la regulatoria (como Gelpern, quien se define a sí misma como una escéptica del régimen de quiebra para la deuda soberana),⁹⁶ es que resulta una solución menos intrusiva

94. Weidemaier, W. Mark C. & Mitu Gulati, *op. cit.*, 2014a, p. 69.

95. Conclusiones del Consejo Europeo adoptadas el 24 y 25 de marzo de 2011 en la Ciudad de Bruselas. Entre el conjunto global de medidas discutidas para “responder a la crisis, preservar la estabilidad financiera y establecer los fundamentos de un crecimiento inteligente, sostenible, socialmente integrador y creador de empleo”, se recomendó la siguiente en relación a las cláusulas de acción colectiva para todas las emisiones soberanas de los países de la zona euro: “A partir de julio de 2013 se incluirán cláusulas de acción colectiva (CAC) en todos los *nuevos* valores públicos de la zona del euro con un vencimiento superior a un año. El objetivo de dichas CAC será el de facilitar el acuerdo entre el prestatario soberano y sus acreedores del sector privado en el contexto de la participación del sector privado. [...] Ello implica la utilización de cláusulas idénticas y normalizadas para todos los Estados miembros de la zona del euro, que figuren de forma armonizada en las condiciones de los valores emitidos por los Estados miembros, sobre una base conforme a las CACs utilizadas habitualmente en Nueva York y en el Derecho inglés”, (disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_DOC-11-3_es.htm?locale=FR, consultado el 26 de marzo de 2015). Si bien estas conclusiones del Consejo Europeo no tienen efecto vinculante (porque el organismo no tiene competencias para aprobar legislación), fijan la agenda política de la UE en relación a estos temas.

96. Anna Gelpern podría ser considerada una de las principales defensoras de un mecanismo elegido por el deudor mediante un esquema contractual, antes que un esquema de tratado internacional que replique el régimen de quiebra, por considerar que este régimen no tiene sentido (al existir la solución contractual) y sería muy difícil de implementar (ver Gelpern, Anna, *op. cit.*, 2013, p. 1096; y Gelpern, Anna, *op. cit.*, 2003, p. 20). En el año 1995, esta propuesta había sido introducida por Eichengreen y Portes, quienes sugerían el uso universal de cláusulas que permitan la decisión de una mayoría como el principal dispositivo para combatir los problemas de acción colectiva. Por tal motivo, se los considera los padres de lo que hoy se conoce como el “enfoque contractual” para sobrellevar de manera ordenada una crisis de deuda soberana (ver Rogoff, Kenneth & Jeromin Zettelmeyer, *op. cit.*, 2002, p. 488).

para el Estado dado que es él mismo quien elige la solución *a priori* mediante un esquema contractual, sin tener que someterse a ninguna norma de rango internacional ni, eventualmente, a la autoridad de ningún organismo supranacional que deba ser creado a tales fines.⁹⁷ Además, es una solución más simple de implementar porque no requiere de la celebración de ningún tratado multilateral, con las dificultades y el tiempo que conlleva dicho proceso desde la negociación hasta su entrada en vigencia. Sin embargo, esta es la postura minoritaria.

La mayoría de los autores (Bolton y Skeel, Schwarcz, Schumacher, Weidemaier y Gulati, entre otros)⁹⁸ consideran que las CACs –como herramienta única y exclusiva para solucionar los problemas actuales de la reestructuración– tienen importantes limitaciones, que se analizan en el siguiente punto. Es por ello que, para superar dichas limitaciones y solucionar el problema de manera integradora, la segunda alternativa que se discute es la implementación de un único régimen de reestructuración de deuda mediante un tratado internacional.

b. Solución regulatoria: tratado internacional

1. Limitaciones de las cláusulas de acción colectiva

Las CAC tienen dos limitaciones. La primera limitación radica en que, como hemos visto, las CACs no están incluidas en todos los contratos de préstamo instrumentados mediante bonos soberanos. En consecuencia, existen en la actualidad –aunque en vías de desaparición– resabios de bonos

97. Los que se oponen a la tesis del régimen de quiebras internacional consideran que es de imposible implementación, indeseable o ambas cosas a la vez; y que un cambio en los términos contractuales soluciona el problema (ver Bolton, Patrick & Skeel, David A. Jr., “Inside the Black Box: How Should a Sovereign Bankruptcy Framework Be Structured?”, *Emory Law Journal*, Vol. 53, 2004, p. 765, y Rogoff, Kenneth & Jeromin Zettelmeyer, *op. cit.*, 2002, p. 487).

98. Ver Bolton, Patrick & Skeel, David A. Jr., *op. cit.*, 2004; Schwarcz, Steven L., “Idiot’s Guide’ to Sovereign Debt Restructuring”, *Emory Law Journal*, Vol. 53, 2004, pp. 1189-1218; Schumacher, Julian, Christoph Trebesch & Henrik Enderlein, *op. cit.*, 2013; Weidemaier, W. Mark C. & Mitu Gulati, *op. cit.*, 2014a.

con cláusulas que requieren el consentimiento unánime para modificar los términos de pago, es decir, para reestructurar.⁹⁹ Estos bonos sin CAC quedarían sin solución posible porque pesaría sobre el soberano un riesgo latente de litigación *holdout*, salvo que obtenga el acuerdo de la totalidad de los acreedores a su propuesta de reestructuración, lo cual es altamente improbable. Con un solo acreedor disidente que litigue y logre una medida similar a la que obtuvieron los demandantes en el caso argentino, se podría poner en peligro la deuda reestructurada.¹⁰⁰

La segunda limitación de las CACs –y la más difícil de superar– es que, aun cuando todos y cada uno de los contratos de préstamo subyacentes a los bonos incluyeran CAC como parte de sus términos, dichas cláusulas sólo funcionan sobre la base de cada acuerdo. Dado que la cláusula de acción colectiva sólo opera sobre cada bono específico, el deudor deberá negociar su reestructuración con cada grupo de acreedores de cada emisión, mediante un tratamiento “caso por caso”¹⁰¹ según los términos particulares de cada contrato, no pudiendo unir a todos los bonistas en un solo y único procedimiento. Es decir que las cláusulas operan de manera cerrada solamente bono por bono y no alcanzan al resto de los acreedores. Por lo tanto, un deudor soberano debe convencer de manera separada a cada grupo de bonistas a que ingresen en la reestructuración.

Supongamos el caso de un Estado que tiene una multiplicidad de bonos emitidos bajo distintas leyes, mercados, monedas y jurisdicción aplicable, como ocurre habitualmente. Este escenario le genera dificultades significativas para coordinar la negociación con cada grupo de acreedores, porque el fracaso con al menos uno de esos grupos lo convertiría en *holdout* frente al resto. Dado que las CACs operan dentro de las “cuatro esquinas de cada

99. Tal fue el caso de la deuda soberana argentina *pre-default*. En cambio, los bonos emitidos en el marco de las reestructuraciones 2005 y 2010 contienen una cláusula de acción colectiva que permite modificar los términos principales de la deuda mediante la aprobación de una supermayoría del 75% de los acreedores. Ver “Prospectus Supplement” del 10 de enero de 2005 correspondiente a la oferta de bonos regidos por ley de Nueva York, pp. 205-207. Disponible en: http://www.mecon.gov.ar/finanzas/download/us_prospectus_and_prospectus_supplement.pdf (consultado el 26 de marzo de 2015).

100. Ver Capítulo II.E.

101. Schwarcz, Steven L., *op. cit.*, 2012, p. 106.

bono” –como expresan Buchheit y Gulati–,¹⁰² no pueden ser usadas para atender los problemas de coordinación existentes entre todos los bonos. En consecuencia, las CACs no posibilitan una reestructuración suficientemente comprensiva en un contexto complejo.¹⁰³

Para superar esta segunda limitación, podría pensarse en una CAC que permita la unificación con los tenedores de otros bonos. Para que funcione, el deudor soberano debería incluir esa CAC en todos y cada uno de los bonos a emitir, bajo una misma redacción, de manera que la unificación sea obligatoria para todos los bonistas en los mismos términos. No sería el primer dispositivo que opere de manera cruzada entre los bonos, tal como ocurre con las tan frecuentes cláusulas que prevén incumplimientos cruzados (*cross default*) y aceleración cruzada (*cross acceleration*) entre los distintos grupos de acreedores frente al deudor, en las que se produce una interconexión entre los contratos de préstamo de un mismo deudor. Incluso podría pensarse en la formación de un comité de acreedores en el que estén representados los distintos grupos de bonistas, a los fines de ordenar y simplificar el procedimiento de toma de decisiones. Esta alternativa requiere el uso de cláusulas modelo que apliquen a todos los bonos a ser emitidos por el mismo soberano porque, de lo contrario, la finalidad unificadora no podría cumplirse. La cláusula –a operar entre los distintos bonos de manera interconectada– debe ser redactada en términos claros e inequívocos para lograr esta finalidad. El objetivo de la cláusula uniforme se logrará en la medida que un soberano pueda imponer sus propios términos al momento de la emisión de deuda nueva. Alternativamente, se podría lograr en la comunidad financiera el uso de cláusulas modelo preparadas por especialistas para ser difundidas alrededor del mundo¹⁰⁴ (tal como recomendó la Unión Europea al sugerir el uso de CACs “idénticas y normalizadas” provenientes de las dos principales jurisdicciones financieras –Reino Unido y Nueva York–). Sin embargo, aun cuando la opción de CAC “cruzada” mejora el escenario, no lograría impedir que ciertos tenedores adquieran posiciones de bloqueo de otras series de bonos, logrando así impedir cualquier reestructuración de deuda de esas series.¹⁰⁵

102. Buchheit, Lee & Mitu Gulati, *op. cit.*, 2004, p. 1344.

103. Bolton, Patrick & Skeel, David A. Jr., *op. cit.*, 2004, p. 773.

104. Gelpern, Anna, *op. cit.*, 2003, p. 20.

105. Ver punto 2 del presente Capítulo.

En este contexto, la solución contractual no sería la óptima porque, si bien la presencia de las cláusulas de acción colectiva en los términos contractuales mitiga el problema con un cierto grado de efectividad, lo sigue arrastrando al no dar una solución que comprenda todos los frentes.¹⁰⁶ Sólo serían adecuadas en un contexto de deuda soberana con una estructura relativamente simple, con poca cantidad de bonos regidos por contratos diferentes y asumiendo un escenario en el que no haya posiciones de bloqueo. Por lo tanto, no serían una solución adecuada para un contexto complejo. Es por ello que, frente a la existencia de complicaciones que hacen a la naturaleza contractual de las opciones propuestas, es pertinente considerar la necesidad de regulación.

2. *La relevancia de la norma jurídica frente a la existencia de costos de transacción*

Los costos de transacción en una negociación pueden impedir la asignación eficiente de los recursos. Desde el punto de vista económico, los problemas de coordinación referidos en el punto anterior recaen bajo la categoría de costos de transacción. La expresión “costos de transacción”, en términos de Coase,¹⁰⁷ se refiere a cualquier tipo de impedimento u obstáculo que lleve a evitar la eficiente reasignación de derechos mediante la negociación de las partes. Una especie de costos de transacción son los “costos de coordinación”, que comprende aquellos costos involucrados en acercar y reunir a todas las partes para iniciar la negociación.¹⁰⁸ En el caso de las

106. Weidemaier y Gulati, y Bolton y Skeel consideran que las cláusulas contractuales de los bonos podrían no contener los términos óptimos; de allí la necesidad de la regulación (ver Weidemaier, W. Mark C. & Mitu Gulati, op. cit., 2014a, p. 84, y Bolton, Patrick & Skeel, David A. Jr., 2004, p. 770).

107. Coase, Ronald, “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law and Economics*, Vol. III, 1960, p. 101 (versión traducida al español).

108. Además de los costos de coordinación también se suelen señalar como “costos de transacción” a los costos de negociación (costos involucrados en la implementación del acuerdo, en la consideración de los potenciales riesgos a futuro, en la asimetría de información entre las partes –propios del acuerdo–), y a los costos de supervisión y eficacia del acuerdo (costos de controlar y asegurar que las partes se comportarán de conformidad con el acuerdo alcanzado –posteriores al acuerdo–).

negociaciones destinadas a la reestructuración, hemos visto que los costos son altos.

Estas circunstancias sugieren que los procesos de reestructuración de deuda soberana pueden ser analizados bajo el prisma del teorema de Coase. Mediante la aplicación del teorema al caso bajo análisis,¹⁰⁹ llegaremos a la conclusión de que para lograr la eficiencia económica en las reestructuraciones de deuda, debemos atender a las normas jurídicas. En el caso de la deuda soberana, las normas se implementarían a través de un tratado internacional que recepte la solución óptima.

El teorema de Coase postula que si se da la condición de que los costos de transacción son inexistentes (iguales o cercanos a cero), las partes llegarán a la solución económica eficiente mediante la negociación, independientemente de cuál sea la regla jurídica que resuelva la asignación de los recursos para ese caso. Se ha dicho que un primer resultado del teorema es que la regla jurídica es irrelevante o fútil, dado que si partimos de la premisa de que la negociación entre las partes puede darse en un marco de costos de transacción cero, la negociación puede conseguir que si la asignación del derecho no es la más eficiente se corrija y que, entonces, el uso de los recursos sea el más eficiente para lograr el resultado óptimo, independientemente de lo que el sistema jurídico disponga para ese caso.¹¹⁰ Sin embargo, tal como lo expresa el propio Coase, resulta poco probable que la condición del teorema se de en la realidad porque, en la práctica, negociar involucra costos mayores a cero. Los costos de transacción suelen ser altos, con lo cual –bajo la perspectiva del teorema– partir de esta premisa nos lleva a la consecuencia lógica de que dichos costos serán un impedimento para llegar a la solución eficiente. Y aquí radica la importancia del derecho en tanto mecanismo de asignación de recursos: frente a la existencia de costos de transacción, el derecho es necesario para lograr el resultado eficiente. Por ello debe existir el

109. Una versión preliminar de la aplicación del teorema de Coase a la situación de la reestructuración de la deuda soberana desarrollada en este punto se incluye en Ranieri, Agustina M., *op. cit.*, 2013.

110. Shavell, al explicar el teorema, enseña que en un contexto de costos de transacción cero “el resultado socialmente deseable será alcanzado cualquiera sea el punto de partida de las partes al iniciar la negociación, cualquiera sean sus derechos o, en general, cualquiera sea la norma jurídica que rija el caso. Esto es, la norma jurídica es irrelevante a los fines del resultado” (Shavell, Steven, *op. cit.*, 2004, p. 102, traducción libre al castellano).

sistema jurídico que asigne y proteja derechos subjetivos. La conclusión del teorema es que las normas son las que finalmente establecen la asignación de los recursos.

En una reestructuración de deuda soberana, el gran número de acreedores afectados y su dispersión en distintos grupos ubicados en distintos países, con legislaciones dispares, hacen que los costos de manejar el problema a través de las cláusulas específicas de cada contrato (es decir, sus CACs) sean tan altos que se genera la necesidad de acudir a la regulación. En términos de Coase: ante la existencia de costos de transacción altos, la regulación es relevante y deseable. Ahora bien, el desafío está en que esa regulación recepte la solución óptima.

Luego de analizar los problemas de la deuda soberana y los resultados ineficientes que se han producido en los últimos años, no quedan dudas de que el resultado deseable es la reestructuración ordenada mediante procedimientos de acción colectiva que neutralicen el problema del acreedor *holdout*. Ello evitaría el resto de los problemas que se desencadenan a partir de esta carencia. Hemos visto que la reestructuración se puede llevar a cabo mediante la aplicación de las cláusulas contractuales (CACs) o de un régimen de quiebras internacional.

Al tratar la primera de las soluciones, de fuente contractual, se concluye que es inadecuada porque no resuelve de manera total y comprensiva el problema de la coordinación entre todos los acreedores ni evita el potencial bloqueo de la reestructuración de una determinada serie de bonos mediante la adquisición por parte de un solo acreedor de la porción necesaria para alcanzar la mayoría de los votos requeridos por la CAC –posición de bloqueo– a los fines de impedir el acuerdo y luego convertirse en litigante. En definitiva, la solución contractual resuelve de manera completa el problema de la acción colectiva. Es por ello que resta ahora analizar de qué manera un régimen que regule un proceso de reestructuración para los Estados puede resolver de manera eficiente la totalidad de los problemas.

A los fines de determinar si la solución regulatoria es la óptima para aplicar a la insolvencia soberana, podemos remitirnos a la analogía con el deudor privado y al fundamento económico de la existencia de un régimen de quiebras. Como se señaló anteriormente, el análisis económico del derecho

(modelo de Baird y Jackson)¹¹¹ postula que el régimen de quiebras para las personas de derecho privado es una respuesta al problema de acción colectiva: si no existiera, los acreedores de un deudor se embarcarían en una carrera entre ellos para lograr cobrar sus créditos. Ellos tendrían dos alternativas: (i) inducir al deudor a que pague voluntariamente, o (ii) litigar para lograr el pago. Frente a la falta de pago voluntario, la carrera por el cobro de la deuda y el embargo de los activos mediante acciones individuales de los acreedores genera costos que deberían evitarse. Asimismo, el deudor se tendría que defender en múltiples jurisdicciones frente a todos los intentos judiciales de cobro, lo cual también reduce el monto total disponible para los acreedores como grupo. De acuerdo al modelo, la ley de quiebras es la respuesta a este problema, ya que junta a todos los acreedores bajo un mismo y único procedimiento, asumiendo la ficción de un hipotético acuerdo previo por parte de todos ellos para solucionar el problema en estos términos. Ese acuerdo hipotético de los acreedores para someter y tratar todos los reclamos en un único procedimiento conduce al resultado eficiente, desde el punto de vista del análisis del costo social.

Si se aplicara esta hipótesis al caso de la deuda soberana, se llegaría a la misma conclusión. Para evitar los altos costos que implican los litigios de acreedores disidentes y el impacto de estos últimos en los bonistas que sí aceptaron la reestructuración –como ocurrió en el caso “NML Capital, Ltd. c. Argentina”–, es deseable que exista un régimen jurídico uniforme que junto a todos los acreedores de un soberano bajo un mismo procedimiento para discutir y aprobar los términos de la reestructuración. Este régimen se implementaría mediante un tratado multilateral.¹¹²

3. Hacia un tratado multilateral: defensores y opositores

La deseabilidad de un marco jurídico multilateral que regule los procesos de reestructuración de deuda soberana fue la conclusión a la que llegó la asamblea general de la ONU mediante su resolución recientemente

111. Por un desarrollo del análisis económico de la ley de quiebras, ver Rasmussen, Robert K., “Behavioral Economics and the Economic Analysis of Bankruptcy Law”, *Vanderbilt University Law School, Working Paper Number 99-15*, 2000.

112. Ver Schwarcz, Steven L., *op. cit.*, 2012, p. 100; y Bolton, Patrick & Skeel, David A. Jr., *op. cit.*, 2004, p. 818.

aprobada, que tiene por objeto iniciar las negociaciones entre los Estados para establecerlo.¹¹³ Sus fortalezas surgen como contracara de las debilidades de la opción contractual, que han sido descritas en los puntos precedentes.

Si bien este es un primer paso en el camino hacia la regulación, es importante destacar que se trata de una resolución de la asamblea general que no tiene efecto vinculante, especialmente si se considera que hay Estados que se oponen a avanzar con este marco. Entre los grandes opositores que votaron en contra de la resolución se encuentran Estados Unidos, el Reino Unido, Japón, Canadá y Australia, mientras que Francia, Italia y España, entre otros países, se abstuvieron. Estados Unidos se opuso a la resolución invocando el argumento de que un tratado internacional de reestructuración de deuda soberana crearía incertidumbre económica en el mercado. Sin embargo, esta afirmación parece difícil de sustentar si se tiene en cuenta que el marco multilateral puede estar basado en los mismos principios y normas que regulan la reestructuración de deuda privada bajo la ley de quiebras norteamericana, según se analizó en el presente capítulo y al tratar la analogía entre el Estado y un deudor privado.¹¹⁴ Parecería ser que las leyes de quiebras suelen crear más previsibilidad que incertidumbre para resolver contextos de crisis.

Otra de las críticas de los Estados que se oponen radica en que, según ellos, un mecanismo de quiebra soberana les facilitaría a los Estados caer en *default* generando así un problema de riesgo moral¹¹⁵ en el deudor. Según esta perspectiva, un mecanismo que permita la reestructuración generaría

113. Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de septiembre de 2014, *Hacia el establecimiento de un marco jurídico multilateral para los procesos de reestructuración de la deuda soberana*. El texto de la resolución fue promovido por Bolivia en su calidad de presidente del “G77” más China, y obtuvo 124 votos a favor, 11 en contra y 41 abstenciones. Ver <http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=30403#> (consultado el 26 de marzo de 2015).

114. Ver Capítulo II.A.4.

115. El “riesgo moral” es un término tradicionalmente utilizado en el contexto de los seguros, y es definido como “los esfuerzos deliberados del asegurado para que ocurra el evento asegurado, como ocurre cuando el asegurado por un seguro de vida se suicida” (definición dada por Richard A. Epstein –traducción libre al castellano–, citado por Schwarcz, Steven L., op. cit., 2004, p. 1194).

en el soberano incentivos a colocarse en una situación de insolvencia; pero si –por el contrario– su capacidad de reestructuración se viera limitada, se generarían incentivos al soberano a pagar lo que debe. Hay evidencia que sugiere que estas críticas están sobreestimadas porque los soberanos son reacios a caer en cesación de pagos, y sólo lo hacen como último recurso por temor a las consecuencias reputacionales que ello implica para el caso de que pretenda volver a los mercados financieros internacionales en un futuro.¹¹⁶

La oposición por parte de algunos Estados, especialmente de Estados Unidos y el Reino Unido, es de gran relevancia porque son las principales sedes financieras donde los soberanos suelen emitir sus bonos, y a cuyas leyes y jurisdicciones se someten. Es por ello que particularmente estos dos países tienen un control sustancial sobre la eficacia del tratado,¹¹⁷ lo cual demuestra las dificultades que existen en la actualidad para lograr su efectiva celebración y su posterior relevancia práctica, si ellos resultan no ser partes siendo actores principales en materia de deuda soberana.

4. *¿Cómo y quién debería implementarlo?*

Puertas adentro del enfoque regulatorio hay distintas propuestas y puntos de vista sobre cómo implementar el marco jurídico para la reestructuración de los Estados.¹¹⁸ El debate sobre la implementación no es nuevo,¹¹⁹ sino que surgió a fines de la década de 1970, resurgió luego a mitad de los años 90, después en el año 2001 mediante la propuesta impulsada por el

116. Bolton, Patrick & Skeel, David A. Jr., *op. cit.*, 2004, pp. 765-766.

117. Schwarcz, Steven L., *op. cit.*, 204, p. 1208.

118. La primera referencia sobre la deseabilidad de un procedimiento de quiebra para países es del año 1976. Sin embargo, el primer aporte relevante en esta materia se le atribuye a Chistopher Oeschli en el año 1981, quien propuso hacer una analogía entre la situación de insolvencia soberana con el procedimiento destinado a la rehabilitación financiera para los deudores privados dispuesto por el régimen estadounidense (*Chapter 11*) y así planteó la posibilidad de aplicar sus principios en el nivel internacional (Ver Rogoff, Kenneth & Jeromin Zettelmeyer, *op. cit.*, 2002, p. 473).

119. Por un desarrollo detallado de la evolución de las ideas en materia de procedimientos de quiebra para soberanos desde el año 1976 al 2001, ver Rogoff, Kenneth & Jeromin Zettelmeyer, *op. cit.*, 2002.

Fondo Monetario Internacional a través de Anne Krueger,¹²⁰ y nuevamente durante el año 2014 en la ONU. La presencia espasmódica del tema en el debate internacional en cada oportunidad respondió a las sucesivas situaciones de crisis de deuda soberana. Las propuestas institucionales se han nutrido de las contribuciones del ámbito académico.

Los dos principales aspectos prácticos que se discuten son: cómo se implementará este mecanismo y quién lo hará. En relación a cómo se implementará, se discute si los Estados suscribirán un tratado internacional nuevo o se enmendará uno existente; o si se modificará la ley de quiebras local de Estados Unidos (*Bankruptcy Code*) para que se recepte el mecanismo específico para deudores soberanos de manera tal que los estados que sometan los bonos a su legislación puedan optar por beneficiarse de dicho procedimiento.¹²¹

En cuanto a quién será el encargado monitorear o supervisar los procedimientos que recaigan bajo la órbita de este nuevo marco jurídico, también hay posiciones encontradas. Algunos consideran que debería crearse un organismo nuevo e independiente de los organismos multilaterales existentes, así se garantiza la neutralidad, mientras que otros sugieren que este nuevo mecanismo esté bajo la supervisión de algún organismo internacional existente como el FMI o el Banco Mundial. Otros autores sugieren no designar un organismo específico y, en cambio, someter estos temas a tribunales arbitrales a designarse en cada caso, tal como se hace en los casos ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) en relación a los tratados bilaterales de inversión.¹²² Hay autores que han sugerido un modelo posible de tratado.¹²³

120. En el año 2001, Anne Krueger propuso crear un “Mecanismo de Reestructuración de Deuda Soberana” (ver Krueger, Anne, “A New Approach To Sovereign Debt Restructuring”, International Monetary Fund, 2001, disponible en <https://www.imf.org/external/pubs/ft/exrp/sdrm/eng/sdrm.pdf>, consultado el 26 de marzo de 2015).

121. Sin embargo, el autor que propone esta alternativa (Miller) advierte que podría no proteger a los deudores soberanos de reclamos de acreedores no estadounidenses, y eso podría derivar en problemas jurisdiccionales (ver Rogoff, Kenneth & Jeromin Zettelmeyer, *op. cit.*, 2002, p. 482).

122. Ver Schwarcz, Steven L., *op. cit.*, 2012, p. 119.

123. Por ejemplo, Schwarcz incluyó como anexo de su artículo un modelo de tratado de reestructuración de deuda soberana, donde presenta la alternativa de que la autoridad

5. *Los principios aplicables bajo el derecho internacional: buena fe y transparencia*

La doctrina¹²⁴ considera que el nuevo marco regulatorio multilateral de reestructuración de deuda soberana debería reflejar ciertos principios generales del derecho, que son fuente del derecho internacional según fue reconocido mediante el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.¹²⁵ Se hace hincapié en dos principios: buena fe y transparencia. La pertinencia y aplicabilidad de estos principios en el marco de una reestructuración soberana surge de una interpretación analógica de los principios aplicables a las normas que rigen el procedimiento de quiebra de los deudores privados y de los principios vigentes en los mercados de capitales.

En el contexto de la reestructuración soberana, el principio de buena fe se traduciría, en la práctica, en: (i) el deber del deudor soberano y de los acreedores de participar en las negociaciones una vez que la situación financiera del Estado devino insostenible; (ii) el deber de no obstruir las negociaciones: los acreedores deben abstenerse de iniciar cualquier acción judicial tendiente al cobro del crédito, mientras que el deudor debe abstenerse de repudiar unilateralmente la deuda y de afectar la vigencia de sus obligaciones bajo los términos de los préstamos; y (iii) la prohibición del comportamiento abusivo por parte de un acreedor o grupo de acreedores para obtener un acuerdo preferencial frente al resto.¹²⁶

de supervisión sea el FMI u otra organización multilateral neutral (ver Schwarcz, Steven L., *op. cit.*, 2012, pp. 117-120, basado en su propio modelo propuesto en el año 1999 – ver Schwarcz, Steven L., “Sovereign Debt Restructuring: A Bankruptcy Reorganization Approach”, *85 Cornell Law Review*, 1999, pp. 956-1034).

124. Para un desarrollo de la aplicación de los principios del derecho internacional en el marco de un tratado multilateral para la reestructuración de deuda soberana, ver Goldmann, Matthias, “Good Faith and Transparency in Sovereign Debt Workouts”, Paper prepared for the Second Session of the UNCTAD Working Group on a Debt Workout Mechanism, 2014.

125. Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: “1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: [...] c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.

126. Esta variante del principio de la buena fe considera que los acreedores *holdout* que compran deuda soberana en *default* con el propósito de obtener un trato preferencial

El principio de transparencia –entendido como una derivación del principio de la buena fe– es de tradicional aplicación en el ámbito de los mercados financieros y se pone en práctica mediante el deber de informar al público la situación económica del deudor. De este modo, se neutraliza el problema de la asimetría de la información que surge cuando algunos actores del mercado cuentan con más y mejor información que otros, y ello deriva en la asignación ineficiente de los recursos en detrimento del funcionamiento óptimo de dicho mercado. En el contexto de un acuerdo de reestructuración, el deudor soberano deberá informar su situación financiera de acuerdo con los estándares internacionales, así como también las consecuencias del acuerdo; y los acreedores deberán registrar y hacer públicas sus tenencias de deuda soberana.¹²⁷

6. Aspectos del marco regulatorio multilateral

El ámbito en el que hoy se discuten los elementos a ser contemplados en el futuro tratado es la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés). A partir de la aprobación de la resolución de la asamblea general de la ONU sobre este tema se creó un comité *ad hoc* que sesiona mediante reuniones de trabajo.¹²⁸ Los aspectos que están bajo análisis se refieren al ámbito de aplicación del tratado y a la mecánica del procedimiento.

frente al resto de los acreedores actúan de manera abusiva. Para definir si este tipo de compra de deuda califica como “abusiva” se debería considerar: (i) la diferencia entre el precio nominal de la deuda y el precio de mercado al momento de adquisición; (ii) el momento de adquisición; (iii) el volumen comprado, especialmente si es suficiente para bloquear la decisión bajo la cláusula de acción colectiva –de existir–; y (iv) si el acreedor hizo esfuerzos de buena fe por llegar a un acuerdo de reestructuración (ver Goldmann, Matthias, op. cit., 2014, p. 16).

127. Ver Goldmann, Matthias, op. cit., 2014, pp. 17-24.

128. La información actualizada sobre las actividades del grupo de trabajo, los documentos remitidos por los países y los *papers* preparados en este marco están disponibles en <http://www.unctad.info/en/Debt-Portal/> (consultado el 26 de marzo de 2015). Los países y los representantes de la sociedad civil –incluido el sector privado– pueden opinar y remitir sus comentarios al comité, a los fines de elaborar conclusiones sobre las diferentes opciones disponibles para la creación del marco jurídico.

En cuanto al ámbito de aplicación, el tratado obligaría a todos los acreedores de los Estados parte, y también obligaría a los acreedores de un préstamo regido por la ley de un Estado parte porque una vez que un Estado ratifica el tratado, este se convierte en ley interna y pasa a formar parte de ella.¹²⁹ El universo de deuda sujeto al mecanismo de reestructuración incluiría la deuda instrumentada en bonos y excluiría, por lo tanto, la deuda incurrida con otros Estados u organismos multilaterales de crédito y la deuda “interna” (aquella sujeta a ley y jurisdicción locales).

Con respecto a cómo operará en la práctica el proceso de reestructuración bajo el tratado hay varios aspectos a definir. Un primer punto es la iniciación del proceso. Hay cierto consenso en que el mecanismo debería ser voluntario e iniciarse sólo a partir de la solicitud del Estado deudor, principalmente por una cuestión de soberanía: si los acreedores privados pudieran llevar a un Estado a la quiebra, podría ser visto como una interferencia en su autonomía, y hasta podría ser usado de manera estratégica con fines políticos antes que económicos.¹³⁰ Acerca de este aspecto sensible, se ha dicho que pocos Estados se someterían a un tratado bajo el cual los acreedores pudieran forzarlo a una quiebra involuntaria.¹³¹

Una vez iniciado el procedimiento bajo el tratado, el Estado deudor deberá notificar a todos sus acreedores su intención de negociar un acuerdo. Desde el inicio, se suspenderían las acciones litigiosas que hubieran sido iniciadas por acreedores.¹³²

La propuesta de acuerdo del soberano deberá contemplar las distintas clases de acreedores y dar un tratamiento igualitario dentro de cada clase, a los fines de someterla a votación. El proceso concluiría mediante el acuerdo de una mayoría calificada de acreedores,¹³³ o si dentro de un determina-

129. Schwarcz, Steven L., *op. cit.*, 2004, pp. 1206-1207 y Schwarcz, Steven L., 1999, pp. 1011-1012.

130. Bolton, Patrick & Skeel, David A. Jr., *op. cit.*, 2004, p. 786. Ver el modelo de tratado sugerido por Schwarcz, en el cual se especifica que “ninguna otra persona o entidad puede presentar un Plan de Reestructuración de Deuda Soberana” (traducción libre al castellano, Schwarcz, Steven L., *op. cit.*, 2004, p. 1216).

131. Schwarcz, Steven L., 1999, p. 982.

132. Bolton, Patrick & Skeel, David A. Jr., *op. cit.*, 2004, p. 781.

133. Por ejemplo, el modelo de tratado sugerido por Schwarcz sugiere una mayoría de

do plazo no se llega al acuerdo, con posibilidad de extenderlo mediante el acuerdo de la mayoría. El acuerdo de reestructuración aprobado por la mayoría requerida será obligatorio para todos los acreedores: este es uno de los puntos esenciales del mecanismo sobre el que hay consenso.

Por último, se debería contemplar un mecanismo de resolución de controversias entre los Estados parte en relación con la interpretación y la aplicación del mecanismo previsto bajo el tratado. Se ha sugerido implementar un primer intento de acuerdo a través de negociaciones y, si fracasan, someter la controversia a un tribunal arbitral o a la Corte Internacional de Justicia.¹³⁴

Se están generando los consensos necesarios para avanzar con el marco regulatorio. La implementación es un tema pendiente de resolución que se está discutiendo en el presente. Uno de los desafíos de cara a la instrumentación es lograr que los países escépticos de la regulación se integren a la discusión para llegar a una solución que comprenda a la mayor cantidad posible de actores. Será tarea de los Estados entablar el diálogo para negociar y acordar la alternativa que mejor responda a las necesidades de neutralizar los problemas actuales.

IV. Conclusiones

El contexto de la deuda soberana cambió a partir del caso “NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina”. La novedosa medida obtenida por los demandantes podría cambiar el esquema de incentivos de los acreedores de un Estado ante la reestructuración. La decisión judicial obliga a la Argentina a pagar el total de los montos debidos a los acreedores *holdout* que no aceptaron participar en ninguna de las dos reestructuraciones si el país pretende hacer pagos a los acreedores que aceptaron reestructurar la deuda.

tenedores de por lo menos dos tercios en monto y de más de la mitad en número de acreedores por clase con derecho a voto Schwarcz, Steven L., op. cit., 2004, pp. 1216-1217.

134. Por ejemplo, ver documento presentado ante la UNCTAD por la Misión de la República Argentina ante la ONU que contiene los comentarios respecto de los elementos a considerar para el establecimiento de un marco jurídico multilateral para los procesos de reestructuración de la deuda soberana (disponible en <http://www.unctad.info/en/Debt-Portal/>, consultado el 26 de marzo de 2015).

Ante la imposibilidad práctica de embargar y ejecutar bienes del soberano, esta herramienta heterodoxa que impacta en la deuda reestructurada aparece como el primer triunfo palpable de los litigantes para inducir al Estado a pagarles lo que reclaman. Si se difundiera para otros acreedores u otros casos futuros, esta medida aumentaría los incentivos de los acreedores a no ingresar en la reestructuración y optar por litigar, frustrando el esfuerzo del Estado tendiente a convencerlos de reestructurar la deuda.

El nuevo escenario profundizó el problema preexistente de la acción colectiva y volvió a poner en el centro del debate institucional y académico la importancia de solucionar las dificultades que enfrentan los Estados al momento de reestructurar su deuda. Para diseñar una herramienta que permita neutralizar los obstáculos que hoy impiden lograr una solución definitiva y duradera, se deben analizar y comprender todas las aristas del problema.

Después de analizar las dos soluciones, contractual y regulatoria, creemos que la alternativa regulatoria está en mejores condiciones de proponer una respuesta integral a todos los problemas que se generan en un contexto complejo de reestructuración. Es previsible que una norma que regule la tramitación de un único proceso bajo el cual todos los acreedores del deudor soberano discutan y decidan si aprueban la propuesta de reestructuración sea la herramienta adecuada para neutralizar el riesgo de litigios por acreedores disidentes y sus consecuencias. De todos modos, nada impide vislumbrar un escenario en el que la solución contractual y la regulatoria convivan pacíficamente. Sin embargo, en la medida en que países como Estados Unidos y el Reino Unido se resistan a la ratificación del tratado multilateral, su eficacia será, por lo menos, dudosa. El mayor desafío estará en generar consensos con los países escépticos para lograr una solución de relevancia práctica. La implementación del marco jurídico para la reestructuración de deuda soberana es un programa abierto que deberá ser discutido, negociado y acordado por los Estados.

Bibliografía

- Beller, Ricardo W. & Agustina Ranieri, "The *pari passu* clause as applied in Argentine sovereign bonds litigation", *Financier Worldwide*, N°123, 2013, p. 47.
- Bolton, Patrick & Skeel, David A. Jr., "Inside the Black Box: How Should a Sovereign Bankruptcy Framework Be Structured?", *Emory Law*

- Journal*, Vol. 53, 2004, pp. 763-822.
- Buchheit, Lee, “How to negotiate eurocurrency loan agreements”, *International Financial Law Review*, London, 1995.
- Buchheit, Lee C. & Jeremiah S. Pam, “The *Pari Passu* Clause in Sovereign Debt Instruments”, *53 Emory Law Journal*, 2004, pp. 869-913.
- Buchheit, Lee & Mitu Gulati, “Sovereign Bonds and the Collective Will”, *Emory Law Journal*, Vol. 51, 2004, pp. 1317-1363.
- “Responsible Sovereign Lending and Borrowing”, *United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) Discussion Paper No. 198*, 2010.
- Buchheit, Lee & Elena Daly, “Minimising Hold Out Creditors: Carrots”, en Rosa Lastra y Lee Bucheit (eds.), *Sovereign Debt Management*, Oxford University Press, 2014a, pp. 3-13.
- “Minimising Hold Out Creditors: Sticks”, en Rosa Lastra y Lee Bucheit (eds.), *Sovereign Debt Management*, Oxford University Press, 2014b, pp. 15-23, Oxford University Press.
- Cabrillo, Francisco & Ben W. F. Depoorter, “Bankruptcy Proceedings”, *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, pp. 261-289.
- Cámara de Apelaciones del Segundo Circuito, Estados Unidos, decisiones dictadas en el caso *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina* de fechas 26 de octubre de 2012 y 23 de agosto de 2013, disponibles en: <http://www.shearman.com/en/services/practices/argentine-sovereign-debt?section=related-source-materials> (consultado el 26 de marzo de 2015).
- Coase, Ronald, “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law and Economics*, Vol. III, 1960, pp. 1-44 (versión traducida al español, “El problema del costo social”, *Estudios Públicos*, N°45, 1992, pp. 81-134).
- Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, decisión dictada en el caso “*NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*” de fecha 16 de junio de 2014, disponible en: <http://www.shearman.com/en/services/practices/argentine-sovereign-debt?section=related-source-materials> (consultado el 26 de marzo de 2015).
- CSJN, “*Claren Corporation c/ Estado Nacional (Artículos 517/518 CPCC Exequátur) s/ Varios*” (sentencia del 6 de marzo de 2014) y “*Crostelli, Fernando y otros c/ EN – Ministerio de Economía (arts. 517/518 CPCC exequátur) (BNNY) s/ varios*” (sentencia del 6 de marzo de 2014).

- Gelpern, Anna, “*How Collective Action Is Changing Sovereign Debt*”, *International Financial Law Review*, 2003, pp. 19-23.
- “*What Bond Markets Can Learn from Argentina*”, *International Financial Law Review*, abril de 2005, pp. 19-24.
- Gelpern, Anna & Mitu Gulati, “*Innovation After the Revolution: Foreign Sovereign Bond Contracts Since 2003*”, *Capital Markets Law Journal*, Vol. 4, 2009, pp. 85-103.
- Gelpern, Anna (2013), “*A Skeptic’s Case for Sovereign Bankruptcy*”, *Houston Law Review*, Vol. 50, 2013, pp. 1095-1127.
- Giuliani Fonrouge, Carlos M.; Navarrine, Susana C. (Act.) y Asorey, Rubén O. (act.), *Derecho Financiero*, 10^a ed., Buenos Aires, La Ley, 2011.
- Goldmann, Matthias, “*Good Faith and Transparency in Sovereign Debt Workouts*”, Paper prepared for the Second Session of the UNCTAD Working Group on a Debt Workout Mechanism, 2014.
- Gulati, G. Mitu & Robert E. Scott, “*The Three and a Half Minute Transaction: Boilerplate and the Limits of Contract Design*”, University of Chicago Press, 2011.
- Gulati, Mitu & Keneth N. Klee, “*Sovereign Piracy*”, 56 *The Business Lawyer*, 2001, pp. 635-651.
- Jackson, Thomas H., *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1986, p. 287.
- Jarach, Dino, *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, 3^a ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.
- Juzgado Federal de Primera Instancia del Distrito Sur de Nueva York (juez Thomas P. Griesa), Estados Unidos, decisiones dictadas en el caso “*NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*” de fechas 7 de diciembre de 2011, 23 de febrero de 2012 y 21 de noviembre de 2012, disponibles en: <http://www.shearman.com/en/services/practices/argentine-sovereign-debt?section=related-source-materials> (consultado el 26 de marzo de 2015).
- Krueger, Anne, “*A New Approach To Sovereign Debt Restructuring*”, International Monetary Fund, 2001, disponible en <https://www.imf.org/external/pubs/ft/exrp/sdrm/eng/sdrm.pdf> (consultado el 26 de marzo de 2015).
- Monteagudo, Manuel, “*Peru’s Experience in Sovereign Debt Management and Litigation: Some Lessons for the Legal Approach to Sovereign Indebtedness*”, 73 *Law and Contemporary Problems*, 2010, pp. 201-

214.

- Picker, Randal C., “An Introduction to Game Theory and the Law”, *Coase-Sandor Institute for Law & Economics*, Working Paper No. 22, 1994.
- Ranieri, Agustina M., “*Default* y después: Argentina, reestructuración y holdouts desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho” (en publicación por el Departamento de Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho, UBA, como parte del concurso en homenaje al Prof. Eduardo Rafael Carrasco sobre deuda externa argentina), 2013.
- Rasmussen, Robert K., “Behavioral Economics and the Economic Analysis of Bankruptcy Law”, *Vanderbilt University Law School*, Working Paper No. 99-15, 2000.
- Reinhart, Carmen & Kenneth Rogoff, “This Time Is Different: A Panoramic View of Eight Centuries of Financial Crises”, *Annals of Economics and Finance* 15 (2), Cambridge, Harvard University, 2014, pp. 1065-1188.
- Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de septiembre de 2014, *Hacia el establecimiento de un marco jurídico multilateral para los procesos de reestructuración de la deuda soberana*.
- Rogoff, Kenneth & Jeromin Zettelmeyer, “Bankruptcy Procedures for Sovereigns: A History of Ideas, 1976–2001”, 49 IMF Staff Papers, 2002, pp. 470-507.
- Shavell, Steven, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2004.
- Schumacher, Julian, Christoph Trebesch & Henrik Enderlein, “Sovereign Defaults in Court: The Rise of Creditor Litigation 1976-2010”, 2013 (en publicación, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2189997> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2189997>).
- Schwarcz, Steven L., “Sovereign Debt Restructuring: A Bankruptcy Reorganization Approach”, *Cornell Law Review*, Vol. 85, 1999, pp. 956-1034.
- “Idiot’s Guide’ to Sovereign Debt Restructuring”, *Emory Law Journal*, Vol. 53, 2004, pp. 1189-1218.
- “Sovereign Debt Restructuring Options: An Analytical Comparison”, *Harvard Business Law Review*, Vol. 2, 2012, pp. 95-121.
- Villegas, Héctor B., *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, 8ª ed., Buenos Aires, Depalma, 2002.
- Weidemaier, W. Mark C., “Contracting for State Intervention: The Origins

- of Sovereign Debt Arbitration”, *73 Law & Contemporary Problems* 335, 2010, pp. 335-355.
- “Sovereign Debt after NML v. Argentina”, *Capital Markets Law Journal*, Vol. 8, 2013, p. 123.
 - “Sovereign Immunity and Sovereign Debt”, *University of Illinois Law Review*, Vol. 1, 2014, pp. 67-114.
- Weidemaier, W. Mark C. & Anna Gelper, “*Injunctions in Sovereign Debt Litigation*”, *Yale Journal on Regulation*, Vol. 31, 2014, pp. 189-218.
- Weidemaier, W. Mark C. & Mitu Gulati, “*A People’s History of Collective Action Clauses*”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 54, 2014a, pp. 51-95.
- “Sovereign Debt and the “Contracts Matter” Hypothesis”, *Oxford Handbook of Law and Economics*, 2014b (en publicación), disponible en http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/3380.

Comentarios bibliográficos

Teoría de la Reforma Constitucional, de Sergio Miguel Díaz Ricci, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Complutense de Madrid y Ediar (Argentina), 2004.

Por Jorge Horacio Gentile

La base de este libro es la tesis doctoral que Sergio Díaz Ricci ha presentado en 1988 en la Universidad Complutense, y que fuera aprobada con la máxima calificación, *Cum laude*, por un tribunal integrado nada menos que por los profesores Pedro de Vega, Francisco Fernández Segado, Ángel Sánchez de la Torre, Alfonso Padilla y Raúl Canosa.

El prólogo lo escribe un ilustre constitucionalista español, Pablo Lucas Verdú, quien comienza diciendo que Díaz Ricci tiene “inquietud didáctica”, lo que significa que es “propenso a promover cambios”, algo que a nadie de los que lo conocemos nos sorprende. Este antiguo profesor y director de tesis del autor ve reflejadas en este libro sus propias ideas, especialmente aquellas que vinculan los conceptos de representación política, de interpretación constitucional y de la reforma constitucional y destaca, porque le llama la atención, el capítulo dedicado a las mutaciones constitucionales, admisibles siempre que se respeten la *ratio* y el *telos* de la Constitución.

Desde el primer capítulo el autor pretende hacer un análisis completo de la Teoría Constitucional y elaborar un modelo teórico que brinde herramientas críticas para evaluar a cualquier proceso concreto de reforma constitucional. A la reforma constitucional la considera un acápite de la Teoría Constitucional y un instrumento de la transformación política. Citando a Verdú dice que la evolución del Estado de Derecho se da en tres fases: el Estado liberal de Derecho, el Estado Social de Derecho y el Estado Democrático de Derecho. Sostiene que el Pueblo es la fuente de legitimidad del sistema político, pero para poder expresarse necesita articularse a través de instituciones.

El concepto de Constitución lo entiende, como el “ordenamiento normativo fundamental del Estado”, que es el vehículo que canaliza la voluntad mayoritaria de la sociedad y, siguiendo a Konrad Hesse, en la misma se vinculan: los fundamentos del orden de la comunidad, la estructura estatal con sus instituciones, y el procedimiento de resolución de conflictos. La realización de la Constitución se concreta sólo cuando se incorpora a la conducta humana, y si ello no ocurre, considera, sus cláusulas son letra muerta.

La problemática de las “mutaciones constitucionales”, introducida por los alemanes, *comienza allí donde se renuncia a la Reforma de la Constitución*, como dice Klaus Stern, y es desarrollada por el profesor tucumano, quien percibe dos sentidos: el sociológico, cuando hay una incongruencia entre preceptos constitucionales y realidad sociopolítica, y cuando el precepto sufre una modificación de su contenido sin que haya alterado su expresión literal. Esto lo lleva a distinguir el Derecho Constitución formal; primario, de la constitución escrita, y, el secundario, de las leyes constitucionales del Derecho Constitucional material. Cuando las modificaciones en la realidad constitucional alteran el Derecho Constitucional material, se producen las “mutaciones constitucionales”. Estas a su vez las clasifica, teniendo en cuenta la naturaleza del hecho nuevo que las provoca, en actos normativos de naturaleza legislativa, en actos interpretativos y por una práctica constitucional o hechos políticos, pero en los tres casos producidos por órganos constitucionales. La admisibilidad de estas “mutaciones” tiene siempre por límite la Constitución escrita, y no da valor al argumento del “hecho consumado” como respuesta al hecho nuevo que las pretende justificar.

A la doctrina del Poder Constituyente la considera básica no sólo como fundamento del Derecho Constitucional sino de todo el Derecho, y tiene su origen el opúsculo *¿Qué es el tercer estado?*, publicado en París, antes de la revolución francesa, en enero 1789, por el abate Emmanuel Sièyes, y sostenido por el mismo ese año en el seno de la Asamblea Nacional y en 1791 en la Convención, que integró. El folleto de Sièyes (donde se afirmaba: “¿Qué es el Estado Llano? Todo. ¿Qué ha sido hasta el presente? Nada. ¿Qué quiere ser? Algo...”) tuvo una muy rápida difusión y en dos meses se vendieron treinta mil ejemplares, lo que hizo famoso a su autor. Nos recuerda el libro que comentamos, citando a Marcel Prelot, que se trataba de un personaje misterioso y quejumbroso, un sacerdote sin vocación, un orador nada brillante, con débil constitución física, pero muy grande y hábil político, elegido de casualidad como diputado para los Estados Generales de 1789 por el distrito de

París, ya que era el último en la lista de candidatos. Agregamos nosotros que este singular personaje, que fue uno de los que inició la revolución francesa, ya que además de publicar el popular folleto, antes referido, el 15 de junio de aquel año propuso que el Estado Llano se proclamara Asamblea Nacional, pero al mismo tiempo tuvo la rara virtud de ser el último que sobrevivió a la misma, ya que cuando llega Napoleón Bonaparte y la clausura, los revolucionarios más destacados, que no fueron guillotizados, habían dejado la escena política.

Este canónico de Chartes, venido a la política, que desdeñaba tanto a Rousseau como a Voltaire y a Montesquieu, basaba su teoría sobre el Poder Constituyente en que la Nación soberana no queda sujeta a las previsiones por ella misma establecidas a los poderes estatales creados, y en el referido opúsculo afirmaba: “[...] que se nos diga según qué criterios, según qué interés hubiera podido darse una Constitución a la Nación misma. La Nación existente antes que todo: es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, es la ley misma. Antes que ella y por encima de ella sólo existe el derecho natural [...] Y no solamente no está sometida a una Constitución, sino que no puede estarlo, lo que equivale a decir, que no lo está”. Agrega, además, que “sería ridículo suponer que a la Nación misma ligada por formalidades o por la Constitución a que ella ha sujetado a sus mandatarios”. De ello se concluye que el derecho natural es lo que precede al obrar del poder constituyente y al dictado de toda ley, conclusión que veremos reflejada luego en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, verdadero estandarte de la Revolución francesa, donde solemnemente se dice “[...] los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre [...]” que “reconoce y declara [...] lo son bajo los auspicios del Ser Supremo”.

Díaz Ricci afirma también que “la Constitución no surge de un Contrato Social de un acuerdo entre los miembros de la sociedad, sino que es Ley, acto normativo (*imperium*) por el que el pueblo toma la decisión de fijar una determinada forma de su convivencia política”. Niega que el poder constituyente pueda ser ejercido por gobiernos de fuerza o de facto, como ocurrió en Brasil en 1964 y 1965, y, más tarde, en Argentina en 1966 y 1976, en que gobiernos militares invocaron el ejercicio del poder constituyente que no poseían ni representaban, aprobaron actas institucionales o estatutos que suspendieron la vigencia o modificaron a las constituciones. Otro ejemplo, que se recuerda, es la Constitución chilena de 1980, recientemente modificada, donde se afirmaba que la Junta de Gobierno encabezada por el General

Augusto Pinochet podía “ejercer el poder constituyente sujeto siempre a la aprobación plebiscitaria”.

Hace también una distinción que vale la pena recalcar, entre el pacto social que crea la sociedad política, que la funda, para lo que hace falta unanimidad, del acto constituyente, que dicta la Constitución, donde basta la simple mayoría para su aprobación. Ello puede aplicarse al caso argentino con la Declaración de la Independencia aprobada por unanimidad en el Congreso de Tucumán en 1816, por un lado, y la sanción de la Constitución en Santa Fe en 1853, donde se la aprobó por el voto mayoritario de los convencionales.

La función constituyente se presenta como algo excepcional, efectiva, axiológica y políticamente superior. Afirma que el pueblo y no la nación es el titular del poder constituyente, por el cual el pueblo tiene derecho a modificar su forma de gobierno. Recuerda que la Constitución argentina se aparta del modelo norteamericano en cuanto emplea el principio representativo para ejercer el poder constituyente, como indica el Preámbulo, al decir “Nos los representantes” y como lo hace el artículo 22 al decir que “el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes...” y en el artículo 30 cuando “atribuye la función constituyente a dos instancias representativas: el Congreso y una Asamblea Constituyente”, desechando una afirmación muy frecuente en nuestra literatura constitucional de que el Congreso, al declarar la necesidad de la reforma, ejerce una función “preconstituyente”, y reservando el ejercicio del poder constituyente solo “a la convención convocada al efecto”. Sergio tiene para sí, algo que comparto plenamente, que la primera etapa del ejercicio del poder constituyente se lleva a cabo en el Congreso, cuando declara la necesidad de la reforma, según lo dispone el artículo 30, a lo que agrego que, desde la reforma de 1994, el Poder Legislativo puede ejercer el poder constituyente también cuando declara, con una mayoría especial, de jerarquía constitucional a tratados internacionales de derechos humanos (art. 75 inciso 22). Esta potestad del Congreso se reafirma con la prohibición del ejercicio de la iniciativa popular, en los términos del artículo 39 de la Ley Fundamental, para que los ciudadanos presenten proyectos de reforma constitucional a la Cámara de Diputados.

Cuando discurre sobre el poder constituyente reformador Sergio afirma que el mismo se manifiesta tanto cuando se aprueba –en forma originaria o primigenia– como cuando se reforma la Constitución, ejerciendo el poder constituyente derivado. Diferencia junto al maestro Jacques Maritain

el concepto de nación, que es una entidad ideal, difusa e inaprensible, del de pueblo, que está por encima del Estado, y que es el que tiene la titularidad del poder constituyente, en lo que veo un matiz diferente al de la teoría de Sièyes.

El capítulo sobre el poder constituyente federal concluye reconociendo que dictada la Constitución federal por obra del Poder Constituyente integrado por los pueblos de los Estados miembros, que tomaron parte en la formación de la Federación, para reformar esta Constitución el Poder Constituyente reformador estará en manos del pueblo de cada uno de los Estados miembros interactuando con el pueblo de la Federación. Como expresión del ejercicio dividido de la soberanía que se manifiesta en la función constituyente el procedimiento podrá oscilar o exigiendo el pronunciamiento, directo o indirecto, del pueblo de una mayoría de estados (Suiza y Estados Unidos) que obliga a los restantes, o el de la mayoría del conjunto de todos los estados miembros (Suiza).

A la Teoría de la Reforma Constitucional la resume en que su procedimiento guarda solidaridad con los fundamentos políticos del sistema institucional que la Constitución establece y, por ello, del tipo de procedimiento de reforma previsto se puede inferir los principios que informan al sistema político constitucionalizado y descubrir así el verdadero ejercicio de la función constituyente popular. Esto implica vincular un “medio”, que es el procedimiento de la reforma, con el “resultado”, que implica su modificación, derogación o enmienda de preceptos, como expresión de una voluntad popular de cambio de la Norma Fundamental.

Respecto de la diversidad de procedimientos de reforma constitucional el autor propone un modelo teórico que sirve de referencia crítica de los procedimientos de revisión, guardando coherencia con los principios antes estudiados, y señala cuatro fases: la de la iniciativa constituyente, la de la formación de un cuerpo de representantes, la de la deliberación y elaboración de un proyecto por el cuerpo representativo y, por último, la ratificación por el pueblo.

La obra termina con un capítulo muy interesante sobre el Control de Constitucionalidad de la Reforma donde encontramos un juicio terminante respecto de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 1999, en el caso “Fayt”, por el que se anuló un párrafo de la reforma de la Constitución de 1994, por no haber sido habilitado por el Congreso, con lo que se señala, por primera vez en la historia de la jurisprudencia argentina,

“un límite *material implícito*”, en beneficio directo de un ministro de la Corte, Santiago Fayt, que fue el actor en el juicio que se fallaba... Dice al respecto Sergio que: “La resolución de la Corte declarando inconstitucional un artículo de la reforma constitucional constituye un acto *revolucionario* que rompe la secuencia lógica intrínseca a una reforma constitucional, por cuanto un órgano constituido ataca el título del cual proviene su propia existencia. No sólo lo amañado de las argumentaciones sino el hecho de que la decisión beneficiaba al propio órgano convierte a este fallo en un grave precedente de extralimitación de funciones del órgano de control de constitucionalidad al inventar límites implícitos donde no los hay”.

El control de constitucionalidad lo considera admisible solo para verificar el cumplimiento de las reglas de procedimiento y, en caso de estar fijados límites expresos, para fiscalizar, en primera instancia, el respeto de los “contenidos protegidos” o, en su defecto, la observancia del doble procedimiento de revisión que estos imponen al Poder Constituyente de reforma. Para lo cual debe haber un órgano facultado para efectuar los “juicios de *subsunción lógico-normativos*” y tal resolución solo tendrá “valor indicativo”, de comprobación del carácter democrático de la reforma emprendida.

Este libro es, a mi humilde entender, dejando de lado la amistad que me une con su autor, uno de los tratados más importantes que se han publicado en los últimos tiempos en materia constitucional en Argentina y es, también, una importante contribución al derecho comparado sobre un tema que tanto se ha escrito en Europa, donde tuvo su primera redacción.

Su lectura me alegró mucho porque, además de la erudita fundamentación de las tesis sostenidas y la amplia bibliografía utilizada, que se describe en las últimas veintinueve páginas del libro, pude comprobar aquello que decía Cervantes de que “la pluma es lengua del alma”, y esta obra se sostiene en las sólidas convicciones que siempre mantuvo el autor.

El ímprobo esfuerzo de Sergio para escribir y concretar esta publicación tiene el sabor de las cosas que provienen del interior profundo de nuestro país, y refleja una tradición arraigada en la historia de San Miguel de Tucumán, ciudad donde se declaró la independencia, donde nació Juan Bautista Alberdi –el teórico de nuestra Constitución–; donde se eligió como uno de sus constituyentes a Fray José Manuel Pérez, el primer presidente que tuvo, en las sesiones preparatorias, el Congreso de Santa Fe, que luego dictaría la Constitución en 1853, y donde nacieron los dos presidentes más jóvenes que tuvo nuestro país: Nicolás Avellaneda y Julio Argentino Roca,

este último el que por más tiempo ejerció el Poder Ejecutivo en dos períodos de seis años cada uno, cuyas obras de gobierno serán, por siempre, recordadas por los argentinos.

Felicitaciones, querido Sergio Díaz Ricci, por este libro, felicitaciones a la Universidad Nacional y a la provincia de Tucumán por este importante aporte a la cultura jurídica argentina.

Hacer Sufrir. Imágenes del Hombre y la Sociedad en el Derecho Penal, de Alejandro Alagia, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2013.

*Por Guido Leonardo Croxatto**

En la Introducción de su trabajo el autor comienza, en la línea ya trazada por Zygmunt Bauman en su libro *Modernidad y Holocausto*, que reconoce antecedentes en la propia Escuela de Frankfurt (y en sus críticas a la modernidad instrumental) remarcando que en la institucionalización del genocidio (experiencia dramática del último siglo) se encuentra la materia de la que está hecha el castigo retributivo, es decir, una parte esencial del propio Derecho (penal). “La naturaleza punitiva del genocidio¹ tiene facilidad para sustraerse a la observación”.² El autor concluye en el primer párrafo de su libro (contra el extendido prejuicio de que el paso a la pena estatal “legítima” y concentrada es un “salto” de civilización y orden, de “paz”, de “freno a la violencia” de todos contra todos...), que “los mayores peligros para la población tienen origen en el poder punitivo” (y no su solución en él). Es decir, en eso que se presenta o se propone como una “solución” estaría escondido el mayor peligro para la humanidad. En consecuencia, esto que llamamos “civilización” moderna (Derecho, Estado, modernidad, sociedad civil) no es en modo alguno algo “mejor” ni más “civilizado” que una sociedad “primitiva”. Lo único que hizo la modernidad (el Estado, la sociedad “civil”) fue concentrar el castigo. Pero el “castigo” institucionalizado y concentrado no nos hace más “civilizados” ni menos violentos. Al contrario: el castigo reproduce y aumenta la violencia (que ya existe y) que dice venir

* Abogado (UBA), LL.M. (FU) Doctorando en Derecho Penal (UBA-Derecho / CONICET), gcroxatto@zedat.fu-berlin.de

1. Nosotros agregaríamos, la represión del cuerpo, en un sentido moral y antropológico.
2. P. 15.

a evitar en la sociedad. Aumenta lo que promete que disminuye. Por eso mismo nos expone a fenómenos (bárbaros, poco “civilizados”) como el genocidio. Lo notable es que la “materia” misma del genocidio se encuentra ya presente en el castigo que impone el Derecho. Entonces el genocidio no es algo distinto de la modernidad, no es una excepción a una “regla”, un desvío evitable en el camino del “progreso”: es un corolario, un producto. Libros como el de Alagia ayudan a ilustrar ese tortuoso camino que, como el propio autor reconoce en varios pasajes, “se sustrae con facilidad a la observación”. La forma de organizar y reproducir el saber no es algo ajeno a los campos de exterminio. “Desde hace alrededor de cinco mil años se vive bajo amenaza y padecimiento punitivo en la creencia de que alguien tiene que sufrir o morir para que la sociedad viva”. El Derecho Penal es el que vendría a organizar, en esta modernidad, ese sacrificio. Ya que el Derecho, como afirma Alagia, aun sacrifica personas. El Derecho se dedica, aún hoy, en suma, a “hacer sufrir”. A imponer el dolor como “camino”.

El autor pone en tela de juicio desde el comienzo el carácter mismo de “ciencia” de que se autotitulan e imbuyen los penalistas: la “ciencia penal”, el “derecho” penal, son una pantalla, una apariencia formal que se construye también desde el Estado. El Derecho no es una ciencia.³ Entre comillas, porque la pena (su estudio) no es una “ciencia”. Es una técnica del poder estatal.⁴ Como toda “técnica” no deja ver con facilidad sus propios objetivos falsamente presentados como “técnicos”, impolutos, presentados como puramente “apolíticos”. Sin mácula. Como “científicos”. Precisamente es el desarrollo de la “técnica”, como advierte Zygmunt Bauman, el que condujo al Holocausto.⁵ Allí también se puso en evidencia una forma de pensar y desarrollar el “saber”. Una forma de organizar el conocimiento.

Puede sostenerse incluso que el concepto mismo de “derecho penal” es un oxímoron, es una contradicción en los términos (la disciplina misma es una

3. Misma posición que sostienen autores como Mario Bunge, que también dedican duros argumentos al rol dogmático del positivismo en la ciencia.

4. Frankenberg, Günter, *Técnica Estatal. Perspectivas del Estado de Derecho y el Estado de Excepción*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2014.

5. Por eso no es una casualidad que esto haya sucedido en Alemania, un país con un gran desarrollo de la técnica instrumental. En un país con tanto progreso, tan avanzado en tantos aspectos.

contradicción estéril, no un “campo” de “estudio”, un “campo” mal fundado, el error mismo estaría incluido –como presupuesto– en el fundamento de lo que se “estudia”, de lo que se propone o se da por sentado como “estudio”) porque donde hay “pena” no puede haber en rigor (y de hecho en la práctica, como se ve en las cárceles de la región no hay)⁶ derecho alguno, no hay

6. “Las cárceles serán sanas y limpias para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas”, reza nuestra Constitución. Esta diferencia (entre el idealismo y el realismo, como advierte Zaffaroni, entre el deber ser del derecho y su “ser” concreto) entre lo que las cárceles deberían ser y lo que de hecho las cárceles “son” (diga lo que diga el Derecho en la Facultad), entre lo que promete la Constitución argentina, entre lo que promete el Derecho (“penal”) y lo que las cárceles “hacen” en la realidad, una vez que se sale del aula (su inhumanidad intrínseca, su crueldad, su violencia constante, su degradación estructural, la cárcel como institución no tiene nada de “sana”), es la que termina deslegitimando la pena en dos sentidos diferentes. El primero, interno, porque la pena no logra sus objetivos “presupuestos” declarados y explícitos: resocializar, reeducar, reintegrar a las personas (como advierte Massimo Pavarini en su libro *Un arte abyecto, ensayos sobre el gobierno de la penalidad*). El fracaso de todas las teorías “re” le quita legitimación “práctica” y simbólica al castigo: castigar “no sirve”. No logra “nada”. Al contrario, empeora a las personas, agrava los cuadros de exclusión (que en principio viene a solucionar el castigo...), violencia y delito: las cárceles son, para peor, escuelas del “crimen”. El sentido instrumental del “castigo” en la sociedad de la razón instrumental, como advirtió la Escuela de Frankfurt, aproxima estas lógicas a los campos de exterminio, como advierte también Bauman en su libro *Modernidad y Holocausto*, y como más actualmente afirman Zaffaroni y Alagia (y también la actual escuela de Frankfurt en el mundo del derecho penal, la más crítica de Alemania). El segundo es el objetivo latente o simbólico: disciplinar a la sociedad, ejercer algún tipo de “control” sobre ella. Este segundo aspecto es sin embargo un objetivo no “asumido” (como legítimo, como propio, no declarado) por el propio Derecho Penal, o como un objetivo propio y digno de la disciplina. Los presupuestos del derecho (penal) liberal moderno descansan en la filosofía de la Ilustración, una filosofía bienpensante, “progresista”, (basada en la idea de libertad como base del progreso, donde el castigo es la “última ratio”, la “excepción”, y no la “regla”) que parte del individuo como sujeto dotado de razón. El “control” constante –el “temor” al castigo como única o principal “razón” de conducta– no es un argumento especialmente reconfortante para el sujeto “libre” y racional y elevado por sobre los animales y la naturaleza (el sujeto cartesiano) de la Ilustración. Habla mal del “sujeto”. De allí que aparezca en Hegel (un retribucionista) una crítica al sujeto “mezquino” y egoísta; y al mismo tiempo una alabanza y una loa al Estado como único agente que puede trascender las mezquindades del individualismo. Al “individuo” mismo en cuanto tal. Eso a su vez se observa en los estilos arquitectónicos empleados en los tribunales y facultades de derecho, incluso en nuestro país: el gigantismo expresa esta necesidad de “empequeñecer” al individuo frente a la enormidad del

derecho (y en consecuencia, no hay ya “derecho penal”, no hay “ciencia” alguna); o hay pena o hay derecho, pero no ambas: el derecho (los derechos “humanos”) y la pena, como se ve en este libro, no se complementan, se contradicen. La pena contradice el (y contradice al) Derecho. La pena y el Derecho se excluyen. No se pueden defender al mismo tiempo. No se necesitan. Caminan en direcciones separadas y antagónicas. Donde crece el Derecho, decrece la pena y viceversa. El saber de la pena no es un saber especial ni un saber de especialistas. Pero precisamente se presenta como tal: como una “especialidad”. Por eso mismo no puede esperarse de la doctrina penal “una relación amistosa con las ciencias humanas y menos con el humanismo. Al contrario, la doctrina de la autoridad punitiva, entre todas, probablemente sea la más negada a los datos de realidad y, en los pocos casos en que una imagen del hombre o de la sociedad se hace inevitable, el derecho penal no tiene reparos en elegir la más conveniente con la idea dogmática de que sin castigo no hay sociedad humana posible, aunque mejores conocimientos lo contradigan”.⁷ Si el objetivo esencial es reducir el sufrimiento humano, debe ponerse en cuestión también la cultura punitiva liberal. También deben ponerse en cuestión, como quiere Wolfgang Naucke en Alemania, en Frankfurt, eso que aún hoy se presenta como un hallazgo: los albores de la legalidad moderna.⁸ El “aligeramiento” (“humanista”) de las penas evitó ver el error que, al fundar el derecho penal, al fundar-justificar la pena (incluso mientras le ponía “límites”), cometía o cometió el liberalismo.

El concepto mismo de derecho penal, pues, nos parece un oxímoron: una contradicción en los términos. Porque donde hay pena no puede haber nunca (un) “derecho”. Entonces no es correcto, no es posible, hablar, en el

Derecho. A su grandeza, su pureza. Su trascendencia. Su peso rotundo. Frente a eso el individuo, cada individuo, es por sí solo insignificante.

7. P. 16.

8. De allí las críticas de Wolfgang Naucke a autores como Anselm von Feuerbach, estandarte de la teoría de la coacción psicológica (*Psychologischer Zwang*) y artífice del principio de legalidad en Alemania. Naucke, W., “Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs”. In *Kieler Rechtswissenschaftliche Abhandlungen*. Nr. 3, Hamburg, 1962. También Alagia en este libro cuestiona el “aligeramiento humanista” (p. 162) de las penas, evidenciando que no fue un cambio de cosmovisión concreto sobre la pena misma. Al contrario, el “aligeramiento humanista” terminó consolidando lo que debía ser problematizado y discutido. Puesto en cuestión.

siglo XXI, después de todas las experiencias acumuladas, de los fracasos evidentes, los sufrimientos, las torturas (como afirma Masimo Pavarini),⁹ el fracaso de todas las teorías “re”, de un “derecho penal”, porque donde hay pena (hemos aprendido, sabemos bien que) no hay –no puede haber ya, hablarse de– “derecho” alguno, o tenemos “derecho” o tenemos “pena”, por eso es un oxímoron hablar de un “derecho penal”. Son dos términos que no van juntos, van siempre separados. No se condicen. Se oponen. La pena excluye al derecho. Y los derechos de las personas excluyen toda “pena”. Todo sufrimiento. Toda violencia institucional. Todo castigo. Todo encierro. Toda opresión.

Las cárceles no funcionan por otro lado como “deberían”. No se trata del (halagado) “deber ser” –que proclaman nuestras Constituciones– sino solo del “ser” del derecho, como denuncia lúcidamente Zaffaroni en el primer tramo de su libro *Crímenes de Masa*.¹⁰ No importa tanto, en el siglo XXI, lo que el Derecho promete: importa solo lo que el Derecho hace.

Como quiere el pragmatismo, que reemplaza la noción de verdad por la noción de “consecuencia”, se trataría de poner sobre la mesa no lo que el Derecho promete o dice que hace, sino de lo que el Derecho hace en concreto. Esa sería su única “verdad”. No habría otra mejor. La consecuencia es más importante (más realista) para el Derecho que la noción de Verdad. No importa lo que el Derecho “promete”: importa solo lo que el Derecho hace con esas promesas. Y lo que hace es muchas veces todo lo contrario de lo que nos “promete”. No reeduca. No rehabilita. No cura. No integra. No mejora: sencillamente –y solamente– hace sufrir. Sin sentido.¹¹ Pero tampoco sería legítimo si lo tuviera. En ninguno de los dos casos. No importa cómo las cárceles deberían funcionar: lo único que importa es, para el teórico pragmático, cómo las cárceles, tan inhumanas, funcionan de hecho, digan lo que digan (prometan lo que prometan) los manuales y los profesores de derecho.¹²

9. Pavarini, M., *Un arte abyecto. Ensayos sobre el gobierno de la penalidad*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006.

10. Zaffaroni, E. R., *Crímenes de Masa*. Buenos Aires, Madres de Plaza de Mayo, 2010. En este libro, Zaffaroni cuestiona el idealismo.

11. Pavarini, M., *Un arte abyecto. Ensayos sobre el gobierno de la penalidad*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007.

12. No en vano cuestiona M. Bakunin el lugar del idealismo en las disciplinas (ciencias)

Funcionan imponiendo, sin ningún sentido, y sin ningún miramiento, el más descarnado y cruento dolor. Y todo este sufrimiento (toda esta tortura) lo único que hace es acrecentar las cuotas de violencia que ya existen, como advirtió Antifonte hace más de 2500 años en la Grecia Antigua, en la sociedad. El derecho “penal” –la Pena que no es Derecho– termina en consecuencia acrecentando y no mitigando la violencia que ya existe. Curioso “objetivo” para un “derecho” penal. Aumentar la violencia: no disminuirla, sino hacer que esta (que en los papeles el Derecho dice que viene a disminuir) crezca. Esta contradicción de fuego (no atacar nunca las consecuencias de la violencia social: las consecuencias de la desigualdad y la injusticia, sino reforzar con castigos la violencia, esto es, la desigualdad y la injusticia que ya existe) es la contradicción (la injusticia “difícil de ver”, primera, fundante) de una disciplina que, como dijimos al comienzo, está mal nombrada. Falla desde el comienzo: falla desde la denominación. Falla desde el nombre. Desde su nombre mismo persiste en un equívoco. La contradicción primera está en el nombre mismo de este mal llamado “campo” de estudio: donde hay “pena” no puede haber (no ha habido nunca) un “derecho”. Ha habido lo contrario de derechos. Ha habido derechos (hombres y mujeres) conculcados, torturados, expuestos, encerrados, oprimidos, degradados, vejados. Entonces todos los abogados que nos dedicamos (independientemente de la postura que profesemos, más crítica o menos crítica) al “derecho penal” hacemos de esta contradicción, de este oxímoron, (de esta falsedad, de esta mentira, de esta falsa promesa, de este falso “campo”, de esta promesa jamás cumplida de “reintegración” a la sociedad), nuestro “oficio”.¹³

sociales como el Derecho (Bakunin, M., *God and the State*. Revised edition, Dover Publications, New York, 1970). El idealismo supone a su vez la necesidad imperiosa de contar con profesionales “mediadores” (abogados, curas, políticos “representantes”) entre esta realidad (pedestre) y el mundo “ideal” del conocimiento humano (accesible a unas pocas mentes “mediadoras”, poetas, curas, etc.), que sería –contra lo que postula el pragmatismo– el mundo más “verdadero” (el mundo más platónico, el más ideal, el mundo –aunque Platón no emplea ese término– de las “ideas”). Para el pragmatismo, la verdad no estaría en los libros (ni en los mediadores, curas, profesores, religiosos, filósofos, etc.) sino fuera de ellos.

13. Esto es lo que precisamente le imputa Wolfgang Naucke en Alemania (representante de la Escuela de Frankfurt, la más crítica del derecho penal actualmente en Alemania, junto a otros autores juristas como Klaus Günther, Fabricius, Prittwitz, entre otros) a Anselm von Feuerbach, padre del principio de legalidad moderna: haber puesto las bases

En el primer capítulo (“El mito de la pena inevitable”) el autor hace un recorrido crítico por la historia del derecho penal argentino, comenzando por el *Tratado de Derecho penal* de Sebastián Soler. Como contrapunto se destaca la figura de Eugenio Zaffaroni, que bajo la influencia de la nueva criminología o criminología crítica introduce el poder punitivo como objeto de conocimiento crítico del derecho penal, no como simple e impoluto “pre-supesto” técnico. “Nacía con ello una doctrina penal que, fundada en datos

“legitimantes” (bienpensantes, que nos habrían liberado en principio de los horrores del Antiguo Régimen) de algo que nunca debió haber sido en rigor legitimado ni justificado (por el liberalismo): la pena. Misma crítica que hace Zaffaroni al historial del liberalismo en el Derecho penal, al “liberalismo jurídico”. Este había sido su error fundamental y primero: haberle buscado una justificación –una “meta” (un sentido)– a la pena. Justificarla poniendo “límites” (y fijando supuestos “objetivos”, mientras se le ponen “límites”) que en ningún momento la pena respeta. Objetivos que la pena nunca buscó. La pena nunca buscó (y por eso nunca logró) “resocializar” personas (Scheerer, Sebastián, “Hacia el abolicionismo”, en AA.VV., *Abolicionismo penal*, Buenos Aires, Ediar, 1989). Esto abarca no solo las cárceles latinoamericanas, donde imperan el hacinamiento, la violencia, el hambre, la desolación y la tortura (digan lo que digan nuestras constituciones, “las cárceles serán sanas y limpias para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas”) sino también en las cárceles más “civilizadas” de Europa, donde impera la llamada por Zaffaroni “tortura blanca”. Y eso trasciende la “teoría agnóstica de la pena” pregonada por Eugenio Zaffaroni, asumiendo que esta es un “hecho del poder” con el que debe “contarse”. La pregunta es cómo, desde qué cosmovisiones, puede el Derecho (mal llamado “penal”) luchar contra eso mismo que lo destruye pero que el derecho penal lleva “inscripto” en su ADN, en su nombre mismo: la pena. El sufrimiento. El dolor. La violencia legitimada y perpetrada por el Estado. Un Derecho no penal (o como afirma Zaffaroni en sus últimos trabajos “un derecho penal no inhumano”, menos “inhumano”, más “humano”) es un derecho que debe restablecer el valor del cuestionado “garantismo”: el valor de las “Garantías” de los “delincuentes” que también deben tener “derechos” (y “humanos”), aunque ciertos discursos –demagógicos, imperantes en la región– sostengan lo contrario: la deshumanización. El derecho (“penal”) no puede ser funcional a discursos que deshumanizan continuamente a determinadas personas o grupos. La deshumanización es el primer paso: luego se tolera “todo” (torturas, linchamientos, hacinamiento) lo que se hará a esos grupos que ya fueron previamente deshumanizados (en medio de discursos que cuestionan el “garantismo”, despojados de todo derecho y de toda garantía, despojados, en suma, del debido proceso, de su rasgo de personalidad, de su carácter de personas, de fines, no de meros “medios”), a esas “no personas” (Jakobs). El derecho, tampoco el derecho producto de la modernidad y el humanismo, debiera ser funcional a esto. Tampoco la modernidad es compatible –en ningún concepto– con un derecho de “enemigos penales”. El “enemigo” no tiene derechos: las personas siempre los tienen o deberían tenerlos.

de realidad, en lugar de legitimar la organización pública de sufrimiento, tenía como meta –para ganancia de la posición del jurista– reducir el trato punitivo irracional: el peligro para la co-existencia humana no proviene del delincuente ni de su delito, sino de la reacción estatal para combatirlos”. El trato punitivo genocida no es en esencia ni en sustancia diferente del trato punitivo habitual del derecho de la pena. La “guerra al delito” hace un llamamiento (en contra de las garantías y de los “derechos humanos de los delincuentes”) que comparte la esencia y la estructura (deshumanización, castigo-reforma, eliminación de un “peligro”, sacrificios para que la parte buena de la sociedad pueda vivir) de cualquier genocidio.

El “mito de la pena” para que exista sociedad (para que exista civilización) es el mito central que cuestiona Alagia en su trabajo. El mito de la pena para que exista “cultura” puede agregarse también, porque desde las bases de la Antigüedad, desde la polis presocrática, está la idea de que la pena (el sufrimiento impuesto) no solo sirve para “corregir” sino que ayudaría también para “educar” (sobre todo para “aprender”, para *aprehender*) a las personas.¹⁴ Para disciplinar pero también como recurso de “formación”, de educación.

En este sentido, puede realizarse una consideración sobre el concepto de *pathei mathos* en el teatro de Esquilo, por su relevancia para comprender las raíces de la cultura punitiva. El concepto de *pathei mathos* (*pathei mathos: durch Leiden lernen*, aprender a través del sufrimiento, “conocer” a través del dolor: así se justificaba la tortura, así se sigue justificando, aún hoy, la “pena”) presente en el teatro griego de la Antigüedad, en las tragedias griegas en el teatro de Esquilo– es el concepto central, todavía hoy –aunque no se lo explicita, aunque no se lo entienda, aunque muy pocos abogados, incluso muy pocos teóricos del derecho penal lo conozcan– de su disciplina misma. El *pathei mathos* es la base oculta, el fundamento jamás explicitado del derecho penal, del (en nuestra opinión, mal llamado) “derecho de la pena”. Es el argumento final (latente) en nombre del cual se “tolera” (cuando no se justifican abiertamente) aún hoy las torturas, las cárceles inhumanas, la violencia institucional (“a ver si así aprenden”, “alguien les tiene que enseñar”, a estos tipos chorros y delincuentes “solo falta que alguien les sir-

14. De allí la ambigüedad elocuente del término disciplina. Sus dos acepciones.

va el café y les traigan el diario”)¹⁵ en el país, en la región y en el mundo.¹⁶ Las críticas al garantismo tienen el *pathei mathos* como presupuesto final, como basamento. Conocer a través del dolor. Sufrir como única forma de ser educado-disciplinado. Aprender significaría siempre “sufrir”, (disciplinarse... con las “disciplinas”, ser obediente) mediante el castigo-sufrimiento, el castigo como “reforma”.¹⁷ El castigo como “cura”. Como elevación, como “crecimiento”. Como “re-integración” a la sociedad.¹⁸ Como una forma de “aprendizaje”.¹⁹

Ya un presocrático hedonista (utilitarista, naturalista y hedonista) como Antifonte puso en cuestión la idea misma de la pena. Antifonte cuestiona la pena (el castigo) por aumentar la cadena de violencias que ya existen en una sociedad, incluso cuando el castigo fuera (pareciera) “justo”, supone siempre un aumento del dolor y la violencia. En consecuencia, en su visión naturalista, todo castigo es injusto. Antiutilitario, aunque se castigue a un

15. Este lenguaje coloquial referido a la punición, estas expresiones “comunes”, coloquiales, tan repetidas, son simbólicas. Dicen mucho (como cuando durante la última y sangrienta dictadura militar en Argentina se imponían frases como “no te metas”, “de eso no se habla” o “algo habrán hecho”).

16. Porque hay una rehabilitación judicial de la tortura, como advierte Judith Butler, con preocupación, en Estados Unidos. Véase Butler, J., *Violencia de Estado, guerra, resistencia. Por una nueva política de la izquierda*. Buenos Aires, Katz, 2011.

17. No muy distinta de la vinculación entre los conceptos de dignidad y de castigo en Hegel. El castigo no “dignifica” nunca a las personas. En rigor, no se las castiga porque sean (ni para que sean, lleguen a ser) un poco más dignas. El castigo –de hecho, como de hecho funciona en las cárceles cotidianamente– tiene muy poco que ver con la “dignidad”. Al contrario, presupone y se dirige hacia una degradación de la persona.

18. Albrecht, H. G. *et al.*, *Bausteine zu einer Ethik des Strafens: philosophische, juristische und literaturwissenschaftliche Perspektiven*. Würzburg: Ergon Verl., 2008.

19. Esto mismo refleja Franz Kafka en su célebre cuento *En la colonia penitenciaria*, cuando La Rastra –esa maquinaria de tortura y ley admirada y administrada por los funcionarios– “escribe” la condena en el cuerpo mismo del condenado, en su espalda, mientras se retuerce, para que este “aprenda”, para que finalmente “vea”, antes de morir (para que sufra). Para que La Ley se inscriba (entre en su cuerpo) con dolor. Para que se aprenda a través del sufrimiento. “La letra con sangre entra”, rezaba un proverbio en la Edad Media. Finalmente el condenado ve, llega un momento de la tortura y el suplicio en el que el condenado maniatado ve, afirma extasiado el funcionario que maneja la máquina de castigo. Se nota –el efecto del castigo– en sus “ojos”.

“culpable”. Porque todo castigo (aunque se castigue a un culpable) supone el incremento de un dolor. Un incremento de la violencia presente. Por eso Antifonte recomendaba nunca testificar en los procesos judiciales, incluso cuando se testificara contra un “culpable”²⁰ de un delito. Porque toda pena –todo proceso– conduce a un dolor (nuevo) y todo dolor es –supone, representa– una injusticia, no está justificado. Un aumento del dolor, un incremento de males. Y el Derecho debería tender siempre a su eliminación, nunca a su incremento. La pena no sería en consecuencia un “salto civilizatorio”. Al contrario: significaría siempre un retroceso.²¹ El camino sería tender a una desarticulación progresiva de la violencia. No a una prolongación del dolor a través de penas que esconden siempre venganzas y sacrificios.

“Es la venganza primitiva del salvaje irracional lo que para Soler impide el pasaje a la sociedad civilizada por efecto del estado permanente de guerra de todos contra todos.” Alagia cuestiona precisamente que se sacrifique la aspiración, nunca abandonada del todo por el penalista, de hacer del derecho penal una disciplina científica, en aras de la ficción de que el trato punitivo es constitutivo e inherente a la sociedad “civilizada”, que sin pena –sin castigo– la sociedad “civilizada” no puede sobrevivir. Reinaría la anarquía. La disolución de la sociedad.

Alagia reivindica en su trabajo la importancia del enfoque etnológico. De este modo cuestiona la pena como todo lo contrario de un “salto civilizatorio”, como fue presentada (y aún es presentada) por la doctrina penal. La pena no es estandarte de civilización alguna. No es ni representa un salto frente a “lo primitivo”. Antifonte, como vimos, invierte precisamente este mito (la pena como base de la sociedad civilizada) y sostiene que la pena produce esto que nuestras sociedades pretendidamente más civilizadas y evolucionadas quieren evitar (con la pena): que aumente la violencia en la sociedad. De allí la aproximación crítica de Alagia y Zaffaroni, que piensan y presentan al poder punitivo como un elemento central de todo genocidio, es decir, en el poder punitivo estaría ya presente la pulsión que conduce

20. Bieda, Esteban E., “Antifonte Sofista: un hedonismo naturalista”, en *Revista Methexis* XXI, 2008.

21. La Rastra en el célebre cuento de Kafka *En la colonia penitenciaria* refleja, como dijimos, esta idea de la pena con su “inscripción”, con su “mensaje”. Con su “saber” que se inscribe en los cuerpos. Con su “aprendizaje”, que se graba en la piel, de donde nunca más podrá ser borrado.

y produce masacres. Y esto es lo que debe combatir la doctrina. La pena no produce la eliminación de la violencia en la sociedad, sino su concreción e incremento más bárbaro e irracional. Al legitimar la pena, se abriría la puerta al genocidio. Nos exponemos a nuevos peligros. Existiría, con la pena legitimada, una masacre latente. Y este fue el error del liberalismo en el Derecho. Legitimar imitando, justificar las penas a la vez que, con diversos argumentos, trataba de aligerar su peso. Este movimiento “humanista” en las penas encarna en el fondo una contradicción del –y en el– propio Derecho. No se puede aligerar una pena. No se la puede humanizar, volver más suave.²² Existe un solo camino de humanización y libertad: la erradicación de la pena, del Derecho que aún hoy hace sufrir.

Detrás de la idea de pena está siempre presupuesta, como creía Antifonte, y como cree Alagia, la idea de una venganza. La pena es siempre un sacrificio (el desafío del Derecho es pensar sacrificio de qué, de quiénes, y ante quién y por qué seguimos con estos sacrificios, por qué seguimos sacrificando, por qué el Derecho aún hoy “sacrifica” personas). La pena es siempre un sacrificio: es siempre una venganza. Como afirma Antifonte: la pena siempre aumenta la cuota de violencia que existe en una sociedad, jamás la disminuye: por eso es un mal, no un bien. Y los males deben evitarse, no justificarse. Es contradictoria la idea misma de un Derecho *penal* que promueve y reproduce y legitima “el mal”, (la pena) legitima y justifica y defiende “males”: penas. Más violencia y no menos. En el medio plazo la tarea del derecho *penal* es erradicar todas las penas, de modo de erradicar la violencia, la selectividad: el sacrificio. El camino antagónico a la pena existe y es la generación de mayor igualdad.

En el capítulo segundo, precisamente *Sacrificio y pena*, el autor analiza esta vinculación a partir de la obra de Tobías Barreto. La relación de pena pública con sacrificio humano. La presentación del castigo, en suma, como un fenómeno irracional de la política. Detrás de la idea de sacrificio aparecerá más adelante la idea de vulnerabilidad social: los vulnerados son luego –y son ya– sacrificados por la sociedad. El autor muestra “la semejanza del

22. Por eso Zaffaroni advierte contra las formas de la “tortura blanca”, esto es, la posibilidad de que existan “cárceles sanas y limpias”. La opresión, la vejación, la degradación de las personas no desaparecen de la estructura de sometimiento, por más sanas o limpias que fueran las cárceles.

sacrificio con la selectividad penal. Las víctimas sacrificables son seres que pertenecen muy poco a la sociedad”.²³

La filosofía política clásica opone a la venganza privada ilimitada (salvaje), la pena pública civilizada, que termina en manos del Estado. Así se genera el mito de la inevitabilidad de la pena pública para que exista sociedad, para que exista la civilización. Contra este mito escribe Alagia. Contra este mito apela a la etnología, que mostraría cómo las sociedades más primitivas (así llamadas por las sociedades etnocéntricas) son en muchos aspectos mucho más “evolucionadas” y menos violentas (más civilizadas) que la mal llamada y autodenominada “civilización”.²⁴ Con la pena habría aumentado la violencia. Todo el libro de Alagia se dedica a cuestionar este presupuesto: el presupuesto de la inevitabilidad de la pena. Este imaginario es falaz: la pena no corta este círculo (de venganza ilimitada), como muestra Antifonte, lo reproduce por otros caminos, que es distinto. Muchas veces lo agrava. El sacrificio, inherente en toda pena, continúa en la civilización. Tenemos una civilización que todavía sacrifica.²⁵

La pena no evita entonces la disolución de la sociedad, como cree aún hoy gran parte de la doctrina. La convicción de que esto es así (este presupuesto, análogo al de “contrato social” como paso a la civilización en la filosofía política) es uno de los mitos contra los cuales, entiende el autor, debe luchar el Derecho.

Siempre está presente en la doctrina esta oposición entre la “sociedad primitiva” frente a la sociedad “civilizada”. Este recorrido etnológico que propone Alagia termina produciendo una inversión entre lo que consideramos “primitivo” y lo que consideramos “civilizado”. Porque al final del libro nos damos cuenta que en rigor la pena no civiliza, no representa en modo alguno (el paso a) la civilización. Al contrario: la pena nos expone a peligros mayores, a masacres estatales, como afirma Zaffaroni, a grados impensados

23. P. 59.

24. Con su enorme y peligroso desarrollo de la técnica, agregaría Bauman, una técnica que termina tratando también al hombre como un instrumento, como un “recurso”. Como una cosa. La cosificación de las personas es parte del tratamiento moderno de recursos en fábricas de trabajo, en “campos industriales”.

25. Y qué otra cosa sino esa (un sacrificio) es la Rastra en el cuento de Kafka; la inscripción de la condena en el cuerpo esconde y representa siempre un sacrificio.

tiempo atrás de barbarie, de genocidios, de “fábricas de la muerte” (en la expresión de Horkheimer), o de “jaulas de hierro” (Weber), a nuevos campos de opresión y disciplina. Es la pena en rigor (como se muestra en la oposición entre ambos tipos de sociedades) en realidad la que termina amenazando con disolver a las sociedades igualitarias más primitivas. La igualdad –una sociedad de iguales– es la única civilización posible donde la pena no tiene nunca un rol protagónico. Primera idea: donde hay pena no hay –no puede haber– igualdad. Segunda idea: la pena trabaja sobre la selectividad de lo que ya a través de la sociedad fue marginado. La pena agrava entonces una desigualdad y una injusticia. Legítima la violencia (y la desigualdad, que es violencia) que ya existe,²⁶ no la aminora.

La etnología sirve al autor para desarticular falsas oposiciones, como la falsa oposición (sobre la que se edifican mitos como el de la inevitabilidad de la pena en la sociedad moderna) entre un pueblo “salvaje” y un pueblo “civilizado”. La pena no es en modo alguno un avance en la civilización humanista. Es un profundo retroceso. Y una exposición a peligros mayores, cuyo origen, conceptualmente, como advierte el autor, se invisibiliza en la doctrina. Se enmascara. La doctrina muchas veces es cómplice de este ocultamiento. No solo no lo denuncia, no lo critica: lo enmascara para seguir con la ficción de un saber penal –el saber del castigo– como un saber de especialistas y profesores. Especialistas en “castigo”, especialistas en castigar. Especialistas, como el funcionario embelesado de la Rastra de Kafka, en *hacer sufrir*.

El autor escribe en los distintos capítulos (*Filosofía de la Violencia, Servidumbre Punitiva, Vulnerabilidad sacrificial, Fantasmas genocidas*,²⁷ donde analiza el caso argentino, *Goce punitivo*, títulos subsiguientes de su trabajo que hablan por sí solos) contra los dogmas del derecho penal. Para concluir con sus propias palabras: “Con el descubrimiento de formas sociales de vida que ante el conflicto interno emplean normas de intercambio y reparación, en las que el castigo es excepcional, queda demostrado que el castigo no es condición para que la sociedad sea posible,

26. No muy distinto es lo que se sostiene dogmáticamente dentro del marxismo sobre el lugar superestructural (de opresión de clase) del Derecho, que recubre (como el arte y la religión recubren) la desigualdad que genera la economía. Es decir, la injusticia, la desigualdad, la vulneración, la exclusión. El no-derecho.

27. El autor también analiza –en el marco de una crítica a las “masacres estatales”– el terrorismo de Estado en Argentina (1976-1983).

lo que constituye una herida irreparable para el dogma penal”. La doctrina penal, si fuera honesta, tendría esa misión primera que menciona Alagia: la misión de luchar contra los dogmas del derecho penal. Contra el primer dogma de todos, que es el dogma de la Pena. El de la pena como un salto civilizatorio inevitable. Insustituible. Como un mal necesario.²⁸

El autor analiza la evolución de la domesticación social civilizatoria como parte del avance de la vulnerabilidad social. El avance de la técnica, simultáneamente, presupone el avance del tratamiento de los hombres (vulnerables-vulnerados) como recursos. El avance de la domesticación y el desarrollo de la técnica no son avances separados. El autor analiza históricamente “las primeras experiencias de enjaulamiento punitivo” (vinculadas al avance de la agricultura), también las tendencias de “cercamiento” (propiedad) que van de la mano del auge de la apropiación de los medios de vida y el estado punitivo. El crecimiento de la “pena” va de la mano del crecimiento de la propiedad. La represión y la necesidad de poner “orden” van de la mano de los “cercamientos” y “enjaulamientos” que privan a enormes porciones de la población de los recursos más elementales, de sus medios

28. Porque la pena es un mal, no es nunca un “bien”. Es un mal que se “legitima” porque se lo presenta y se lo piensa como única garantía de la vida en sociedad. Como un mal necesario. Sin ella, cree gran parte de la doctrina penal, la sociedad misma no sería posible. No sobreviviría. Se disolvería. Reinarían la inseguridad, el temor: el caos (no muy distinto de los argumentos que se esbozan actualmente contra el garantismo, contra el discurso de las garantías civiles. No deja de ser preocupante que en muchos países de América Latina se estigmatice a los jueces “garantistas”, es decir, solo a aquellos que, como afirma Ferrajoli, se apegan estrictamente a lo que afirma la Constitución, que en el caso argentino es “garantista”, y no al revés, a los jueces antigarantistas, arbitrarios, que se separan abierta y peligrosamente de la legalidad en sus fallos, a estos se los presenta como jueces independientes. Lo notable y cuestionable es que se celebre, en nombre de la propia Constitución, lo segundo y no lo primero. Esta inversión no es casual, presentar lo inconstitucional como más republicano y correcto, representa y esconde a la vez la erosión gradual, constante, a la que está sometido el principio de legalidad en América Latina, donde crecen abiertamente la tortura y la represión “sin garantías” en nombre de la lucha al “delito”, de la “guerra al crimen”: las garantías son presentadas en esta guerra –en este genocidio por goteo, como advinó Zaffaroni, también Elías Carranza en 2014– como un escollo, como un discurso “a favor de los delincuentes”, de los “derechos humanos de los delincuentes”; la crítica al garantismo no sería casual, entonces, en este crítico contexto regional). Por eso, la pena sería un mal, nadie lo niega, pero un mal legítimo en tanto representaría “un mal necesario”.

de vida, de su propia subsistencia.²⁹ El crecimiento de la dependencia va de la mano –la vulnerabilidad humana– del sacrificio. De los grupos que son sacrificados, penados, elegidos para el sacrificio como chivo expiatorio.³⁰ Esta “selectividad” (penal-sacrificial) sobre los grupos ya de por sí económica y socialmente y culturalmente vulnerados configura un fenómeno estructural que se mantiene inalterado hasta nuestros días. La doctrina penal sin embargo no suele exponer estas tensiones inherentes. Suele negarlas.

“Lo importante en este velamiento no es lo que la pena no hace ni jamás podrá hacer, sino lo que hace y la doctrina oculta: que la población debe resistirse a la fuerza de los datos de realidad y obstinarse en una ilusión.”³¹ La ilusión de que hace falta penas –es decir, un trato cruel, inhumano y degradante– para vivir en sociedad. Este es el dogma que, según Alagia, debe ser desterrado. No harían falta penas, sino mayor justicia, mayor igualdad. Otros caminos, que a menudo son tildados desde la pretendida sociedad “civilizada” como formas de vida más “atrasadas”, menos “modernas”. Se trataría, en suma, de visitar el atraso, de pensarlo otra vez, de pensar la historia de colonización, genocidios, expoliaciones y torturas y masacres (gestas del “progreso”) que están debajo de la sociedad civilizada actual.

La expropiación del conflicto, a su vez, se vincula a la evolución (civilización) del Estado: “Víctima y reparación se borran con la destrucción de una sociedad de iguales”. Esa sería la sociedad que habría que reconstruir: una sociedad donde la reparación volviera a ocupar el lugar que hoy ocupa la pena: en modo alguno la pena ocupa un lugar –como proclama el derecho– de solución de *ultima ratio*. Al contrario, los índices de prisión preventiva –presos sin condena por su “peligrosidad”– revelan que la pena sigue siendo la primera alternativa, no la última. En rigor, es la única solución que parece encontrar y ofrecer nuestro Derecho: castigar parece ser el único camino, hacer sufrir.

29. Menéndez Pelayo emplea, en su trabajo *Las transformaciones del Estado moderno*, el concepto de “procura existencial”, que toma del jurista alemán Forsthoff. Se busca designar con este término el amplio espectro de necesidades que el individuo no está en capacidad de atender efectivamente por sí solo, requiriendo por ello de la asistencia del Estado, del cual depende para sobrevivir.

30. Nussbaum, M., *El ocultamiento de lo humano. Vergüenza, repugnancia y ley*. Buenos Aires, Katz, 2007.

31. P. 132.

Hecho paradójico: nunca en la historia humana la pena pública rescata a la sociedad de la violencia. El derecho penal está cargado de estos hechos paradójicos, de estas paradojas que requieren algún tipo de explicación. Este libro intenta darlas, desde la comparación primitivo-civilizada, mostrando en todo caso por qué la pena es un signo de atraso y no de civilización. Todo este libro está cruzado, como se dijo, por un análisis de “esta presencia fantasmal y terrorífica de lo primitivo”.³² La pena pública concentrada y legítima vendría a ser la falsa línea de demarcación que separaría un mundo (el mundo civilizado) del otro. La pena, paradójicamente, que aumenta y reproduce la violencia y expande el dolor, sería el signo del paso a la “civilización”. A la entrada en la “historia” (porque hay pueblos sin historia), como escribió Hegel, que pensaba la retribución y el castigo como un signo moral de dignidad para el “castigado”. Habría que ser digno del castigo.

Toda pena es sacrificial. Toda pena es, esconde y representa un sacrificio. El derecho penal de autor, la idea de enemigo absoluto, son cuestionados por el autor como parte de una crítica mayor y más abierta al derecho penal en sí mismo, como concepto, como campo de estudio, como disciplina.

Franz von Listz afirmaba que el punto de partida de la historia de la pena coincide con el punto de partida de la convivencia social de los hombres. Es decir, no hay –no habría, no sería siquiera pensable, imaginable (y luego deseable, no se puede desear ni buscar lo que no parece posible)– sociedad humana sin castigo. “La pena es un mal que afirma el Derecho”, escribió Mezger. Después de leer este libro de Alagia, la pregunta que queda sobrevolando es por qué no se puede en el siglo XXI afirmar el Derecho sobre un bien. Por qué se tiene que afirmar o seguir afirmando aún hoy el Derecho sobre un mal.

“La cultura jurídica penal dominante vive en el espejismo, presa de lo que la autoridad define como delito en un código o ley penal. Quizá porque resulte perturbador reconocer que el más grave peligro que padecen los humanos no proviene del delito sino de una pulsión genocida que alimenta cualquier tipo de norma jurídica penal.”³³ Terminar con los espejismos requiere doctrinarios críticos como Alagia dispuestos a no negar los datos que aporta la realidad.

32. P. 161.

33. P. 156.

En el Imperio Romano, en el 310, el emperado Constantino, que legitimó el culto cristiano y terminó con su persecución, mandó a abrir una ventana en cada celda del imperio, conmovido por las condiciones inhumanas de oscuridad total del encierro. Sostuvo entonces que ningún hombre merecía ser condenado a la oscuridad total. Todo hombre tendría o debería tener derecho a ver entrar en su celda un poco de luz, un pedazo del cielo.

La ventana que ordenó abrir el emperador Constantino es un símbolo moral para el derecho penal; la misión del derecho (penal) es seguir abriendo aún hoy esa pequeña ventana que mandó abrir hace tanto tiempo Constantino en la Nueva Roma. Es decir, abrir la ventana conceptual hasta que la prisión como tal desaparezca. El encierro de una persona como forma de castigo debería desaparecer: la pena no “repara”. Se opone a toda reparación. No suspende el conflicto: lo transforma en un conflicto nuevo. Degrada a las personas. Y esto es lo que no debe hacer el Derecho: propagar los conflictos, legitimarlos. Debe erradicarlos, no solo “suspenderlos”. Para eso haría falta indagar más profundo en las raíces histórico-sociales de la conflictividad y la violencia. Para eso el autor recurre al psicoanálisis, el marxismo, a la etnología, a la antropología filosófica. La pena es parte del problema, no de la solución.

“La ley penal como condición de posibilidad de lo social es la premisa fundamental de un mito político-jurídico.”³⁴ Este es el mito que debe ser desterrado de la doctrina, la cultura y la sociedad, que hagan falta penas – que hagan falta males, castigos, tortura, dolor, vejaciones, y encierro– para “reafirmar” a la sociedad habla, en definitiva, del tipo de sociedad (tan poco evolucionada, tan poco “civilizada”, tan atrasada) en que vivimos. Lo que Alagia busca en este libro es una respuesta para salir del “círculo sacrificial”.³⁵ El círculo de la pena, como diría Antifonte: porque el castigo no marca un comienzo, nos encierra en un círculo aciago, del que el Derecho (y la sociedad toda) deberían salir. El círculo de la venganza, el círculo del sacrificio, el círculo de la violencia interminable.

34. P. 169.

35. P. 165. En el marco de sociedades igualitarias, sostiene el autor, es más fácil entenderse con intercambios que con castigos. “Es posible que no haya otro camino para confinar trato sacrificial que con una drástica reducción de las condiciones de vulnerabilidad que habilitan la generalización de pulsiones punitivas”.

El trabajo del doctrinario es pensar un derecho y una cultura en los cuales la pena deje de tener, entonces, un lugar protagónico, no sea ni represente la solución unívoca a los problemas y conflictos sociales (que solo termina agravando y profundizando, ya que la esencia de toda pena es consolidar una injusticia previa al delito, no repararla sino agravarla, porque hay siempre una parte de la violencia que no se nombra, que se deja sin nombrar por el Derecho, hay violencias previas, básicas, que los Poderes Judiciales no nombran, no dicen, no ponen nunca en cuestión): vuelva a ser en todo caso lo que hoy no es (y en rigor nunca fue) una solución genuinamente de *ultima ratio*. No la primera y única “solución” posible.

Conclusión: el discurso jurídico-penal es portador del mito de la pena pública para que exista sociedad humana. “Hacer sufrir a alguien o a grupos vulnerables para que la sociedad viva es la creencia detrás de toda idea legitimante de pena.” Este retroceso que algunos llaman civilización tiene su punto de origen en la destrucción de la sociedad de iguales. La pena es funcional a la desigualdad: expresa una violencia que descansa sobre otra: la injusticia de la desigualdad, que es a su vez una violencia no nombrada, “fundante” de varios mitos modernos, que la disimulan (como el del contrato social, etc.). Combatir la pena supone intentar reconstruir una sociedad de iguales. De igualdad, no de castigo. “Desaparece la regla de reparación y toda falta se paga con sufrimiento.”³⁶ En conclusión, la mejor forma de combatir la pena es construyendo mayor igualdad. No de oportunidades, sino de derechos. Construir igualdad supone construir reparación. Y la reparación conduce a mitigar la vulnerabilidad (la vulneración oculta, la selectividad). De este modo desaparecen, con el crecimiento de la igualdad, los grupos que se sacrifican. Los grupos (vulnerados, mal llamados vulnerables) que aún hoy sacrifica el Derecho con la selectividad penal. La selectividad penal desaparece donde la igualdad social se impone como norma.³⁷ Donde hay

36. P. 302.

37. La teoría agnóstica de la pena (Zaffaroni, entre otros) postula la pena como “un hecho del poder” desnudo, al que habría que ponerle límites. Lo notable es que la pena, como afirma Pavarini, ha abandonado, en los albores del siglo XXI, toda pretensión civilizatoria-reintegradora, de resocialización, de mejoramiento, pero aun así sobrevive. Se mantiene pese a que se asume y se sabe y se reconoce que no sirve de nada. Se la conserva aun así como un “hecho del poder” desnudo. Ya no existe el eufemismo de un argumento que la sostenga.

igualdad (ya) no hay sacrificio. El castigo cede a la reparación. La pena es la que expresa el atraso: la pena es la que expresa, en definitiva, la barbarie. Toda pena, en tanto es la expresión y velamiento de tensiones y conflictos no asumidos como tales (nunca resueltos, siempre negados), es una injusticia muy poco civilizada. Un mal que no encuentra justificación, un mal que no tiene sentido, que aumenta la violencia que ya existe en la sociedad, agravando la desigualdad, agravando las tensiones, denegando derechos.

Tal vez merezca recordarse en este marco la llamada (y censurada por la propia Iglesia en un comienzo) “doctrina origenista de la salvación de los demonios”; se debería también tener que salvar a los “criminales” porque todos fuimos –somos– parte de la “creación”, todos actuamos como “parte” de lo que produce la sociedad, todos, creía el pensador Orígenes, teólogo, uno de los genuinos fundadores del pensamiento cristiano (pero de cuya obra gran parte fue destruida después del Concilio de Constantinopla de 553) somos parte de “lo mismo”, lo “uno”;³⁸ la “creación”; en consecuencia,

Pero aun así la pena sobrevive. Y este hecho expresa descarnadamente sus raíces sacrificiales, como afirma Alagia en su trabajo. La pena sobrevive aun así porque en rigor nunca fue otra cosa. Solo eso: solo imposición de un dolor irracional como sacrificio.

38. En otro contexto hoy se habla de la Pachamama, por ejemplo. La tierra no separada del hombre (del sujeto cartesiano que abre la modernidad) como recurso (recursos que el hombre mira desde arriba, desde su superioridad racional), sino siendo uno con él. Un todo con los recursos, la tierra, los animales: todo lo que es o representa cuerpo. Todo eso que la modernidad (el Derecho, la Religión) venía(n) censurando frente a la Razón. La reivindicación del cuerpo en la antropología filosófica posmoderna (el paso del dualismo cartesiano al monismo en autores como Nietzsche o Nancy, entre otros) puede ser un paso –un nuevo camino– en el descubrimiento de nuevas formas de cuestionamiento de la pena. La pena al penar el cuerpo dejaba sin embargo espacio para que el alma razonara, creciera, se arrepintiera, se elevara por encima de esa cárcel corporal, como afirmaba Platón, tan cuestionado en esto por Nietzsche. Esto escondía que tanto el Derecho como la Religión –como la filosofía– no valoraban positivamente los cuerpos encerrados/torturados, el cuerpo finito, que perece, frente al alma inmortal. Los valoraban negativamente. Este desprecio del cuerpo era otro pilar de la punición, otro pilar de la pena, otro pilar de la civilización moderna que se separaba precisamente en su desprecio de lo corpóreo de las culturas primitivas, más salvajes. Pero esto cambió con los giros de la antropología filosófica, que conducen actualmente a valorar y a reivindicar también los derechos humanos de los animales: porque eso que fueron siempre (mudo cuerpo, sin razón) también empieza a ser valorado, a no ser visto ya negativamente. El cuerpo también tiene derechos.

la sociedad (la Iglesia) debe hacerse cargo de todos, de todas las almas, no separando “elegidos” de “demonios”, “bienaventurados” de “criminales” sacrificados, la sociedad debería pues “comprender” a todos en su estructura, en su “salvación”, renunciando a todo sacrificio, a toda “pena” (eterna, terrenal, o sobrenatural); en lugar de generar una ficción de “encierro” “fuera” de la sociedad: todo queda dentro.³⁹ Nada se “separa”. Todo es producto de un mismo orden: lo bueno es inseparable de lo “malo”. Van juntos.⁴⁰ Son dos caras pero la moneda es siempre una sola. Forman parte de lo mismo. No hay “almas buenas” y otras descartables, que no merezcan ser “salvadas”. Este razonamiento de Orígenes, discípulo de Clemente de Alejandría, tan importante en la Antigüedad, no es muy distinto del razonamiento sociológico (en contra de la violencia propagada) de Antifonte. Por dos caminos (uno, el cristianismo; el otro, el de Antifonte, el naturalismo utilitarista) se llega a la misma conclusión: a la necesidad de eliminación de la pena. Para ello encontramos, como se ve, tantos argumentos cristianos como argumentos utilitarios. Sin embargo, como advierte muy bien Pavarini, hace tiempo que la pena abandonó el terreno de la “argumentación”. Hace tiempo que se conserva sin necesitar, para ello, de ningún sentido. Se conserva como lo

39. Este mismo razonamiento comunitario se aplica hoy al modelo social de la discapacidad (que trasciende al viejo modelo tutelar del derecho civil, que trataba verticalmente objetos, cosas, no sujetos con voz propia, con derechos), ya no existen en rigor discapacitados, personas discapacitadas, personas (ni “menores”) con “discapacidad”, lo que existen son solo barreras, que es muy distinto. La barrera es y esconde y reproduce desigualdad, la barrera es injusticia. La barrera no nace con la persona. Es la sociedad la que la impone (aunque se la arrogue a la persona, a la que luego llama falazmente incapaz, discapacitada, como si la barrera naciera con ella y no con la sociedad, no muy distinto es el mecanismo con que opera la pena) en función de criterios de selección, de eficiencia: de “mayorías”, de lo que es o debe ser visto como lo normal (lo útil): de acuerdo a la “norma”. La incapacitación es una forma de pena, de penalizar personas incapaces, que no sirven, que se excluyen, se encierran, o se matan. Se sacrifican porque son “vidas sin valor vital”, vidas sin valor de vida, vidas que “no merecen ser vividas”, como escribió Karl Binding en Alemania, citado por Alagia en su trabajo. La eugenesia, la “incapacidad” y la pena van de la mano.

40. Esta crítica sociológica cruza diversos campos, la salud mental es otro de los más importantes. Lo “sano” no se comprende sin (producir) lo que consideramos “enfermo”. Se producen mutuamente. La modernidad –el desarrollo de la modernidad, como dice Georg Simmel– no es por eso mismo separable, con sus (pretendidos, supuestos) “progresos”, como advierte también Bauman, del Holocausto.

que es: un mero hecho desnudo del Poder. De un poder que sostiene (y se sostiene sobre) una desigualdad. El poder mismo, su existencia (más allá del mito del contrato social, contracara del mito de que sin la pena no puede sobrevivir la sociedad, la “civilización”, la modernidad, el Estado mismo), expresa esa desigualdad. El Estado mismo expresa (por más que fuera un Estado benefactor o humanista) esta primera subdivisión entre soberanos y súbditos, esta primera contradicción, esta primera desigualdad, esta primera “vulneración” de derechos, de “cesión”, de renuncia, de ponerse (para salvarnos de la supuesta guerra de todos contra todos) como de algún modo advierte también Rousseau, en situación de ser vulnerado. De ser penado. De ser sacrificado. Anselm von Feuerbach escribió un *Anti-Hobbes* en Alemania, pero terminó sentando las bases de la legalidad moderna. Terminó justificando (ya que salió del retribucionismo kantiano, debía ponerle “límites” a la pena, de allí la importancia en Feuerbach del principio de legalidad, que se vincula precisamente a su visión sobre la función, misión o “utilidad” de la pena) lo que la modernidad no debiera haber justificado (“limitado”) nunca. La pena no admite límites. Siempre los trasciende. Porque la pena es, como advierte Zaffaroni, también Naucke, y sus colegas de Frankfurt, como Cornelius Prittwitz, como Dirk Fabricius, un hecho desnudo y crudo del poder. Un genocidio latente. Y esto tiene muy poco –realmente nada– que ver con la “resocialización” de una persona.

Existe, como advirtió Naucke a Zaffaroni en un seminario en la Universidad Goethe de Frankfurt en julio de 2014, una sola forma de construir un *menschliches Strafrecht* (un derecho penal más humano, o un derecho penal que fuera menos inhumano) y es construyendo un *null Strafrecht*. Libros como el de Alagia nos muestran crudamente que no hay –no ha habido nunca– en rigor otro camino. Solo uno. Solo ese. Construir un *null Strafrecht*. Construir, en suma, una civilización –y un Derecho– que no hagan sufrir.

