

ANUARIO  
DE LA  
FACULTAD DE DERECHO  
Y CIENCIAS POLÍTICAS



ANUARIO  
DE LA  
FACULTAD DE DERECHO  
Y CIENCIAS POLÍTICAS

Universidad Abierta Interamericana  
- 2008 -

EDICIONES CATHEDRA JURÍDICA  
Lavalle 1292  
C1048AAF-Ciudad de Buenos Aires  
República Argentina  
Tel.: (54-11) 4382-4780/0295  
Fax: (54-11) 4382-4780  
E-mail: cathedrajuridica@speedy.com.ar  
www.cathedrajuridica.com.ar

Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas:  
Universidad Abierta Interamericana 2008 - 1ª ed.  
Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2008.  
296 ps.; 23 x 16 cm.

ISBN 978-987-1419-19-7

1. Derecho.  
CDD 340

Fecha de catalogación: 3/12/08

*Edición al cuidado de*  
MARTA ALCORTA

Hecho el depósito que dispone la ley 11.723  
Está prohibida y penada por la ley la reproducción total o parcial de este libro  
por ninguna forma o procedimiento. Reservados todos los derechos.

## **Autoridades**

### **UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA**

*Rector:* Dr. Edgardo Néstor DE VINCENZI  
*Vicerrector académico:* Dr. Francisco ESTEBAN  
*Vicerrector de gestión y evaluación:* Dr. Marcelo DE VINCENZI  
*Vicerrector de extensión:* Ing. Luis FRANCHI  
*Vicerrector administrativo:* Lic. Rodolfo N. DE VINCENZI  
*Secretaria académica:* Lic. Silvia ÁLVAREZ  
*Secretaria pedagógica:* Lic. Ariana DE SABRA  
*Secretaria de investigación:* Arq. Cecilia AMSTUTZ

### **FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

*Decano:* Dr. Carlos María CLOPPET  
*Vicedecano:* Dr. Alejandro LAJE  
*Secretaria académica:* Dra. María Alejandra PASQUET  
*Directora Carrera de Abogacía, sede Rosario:*  
Dra. Stella Maris SCIRETTA  
*Directora Carreras de RR. II. y Ciencia Política, sede Buenos Aires:*  
Lic. Susana DURÁN SÁENZ  
*Directora Carreras de RR. II. y Ciencia Política, sede Rosario:*  
Dra. Elsa DALMASO  
*Secretaria técnica, sede Buenos Aires:* Dra. Eloísa RAYA DE VERA  
*Secretaria técnica, sede Rosario:* Dra. Verónica Castro  
*Asesora pedagógica:* Lic. Andrea GARAU

### **CONSEJO ASESOR**

Dr. Carlos AGOSTINELLI: Profesor Titular de Derecho Administrativo II  
Dr. Marcelo HERSALIS: Profesor Titular de Obligaciones Civiles  
y Comerciales  
Dr. Raúl MAIZTEGUI: Profesor Titular de Derecho Administrativo I  
Dra. Alejandra PASQUET: Profesora Titular de Derechos Reales  
Dr. Roberto PARADÍS: Profesor Titular de Derecho Societario  
Dr. Elbio RAMOS: Profesor Titular de Derecho de Familia

### **EDITOR UAI**

Lic. Juan Manuel ARANA



## Presentación

Es muy grato presentar este segundo número del *Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* que significa un nuevo aporte a la difusión del trabajo académico y de investigaciones que desarrollan nuestros profesores.

Al igual que en nuestro primer número, se recoge el trabajo realizado por nuestros profesores y por profesores invitados durante este año. Resulta especialmente grato presentar el trabajo del Dr. Klaus Schmidt, profesor Asociado de Ciencias y Tecnología Aplicadas de la Universidad Estatal de Illinois, quien este año nos acompañó en un curso sobre delitos informáticos. Del mismo modo resulta un honor presentar el trabajo del Dr. Gustavo Calvino, profesor de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, quien fue profesor invitado en nuestra Jornada de Derecho Procesal de este año.

Agradecemos el aporte de nuestro claustro de profesores en las personas de Adrián Martín, Sebastián Sancari y Leonardo Del Bene; Analía Hebe Puigdégolas, Mauricio Auguadra, y Eloísa Raya de Vera; Roberto Cacheiro Frías, Julián E. Jalil y Verónica Castro. Finalmente, agradecemos muy especialmente el aporte de nuestros profesores titulares, Dr. Marcelo Hersalis y Jorge Bercholc.

La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Abierta Interamericana ofrece tres carreras de grado:

## Abogacía, Licenciatura en Relaciones Internacionales y Licenciatura en Ciencia Política.

Nuestros estudiantes y docentes trabajan en planes altamente integrados en ejes socioprofesionales. Se impulsa la educación en valores de personas autónomas y creativas. Asimismo, se busca formar universitarios que participen en el proceso de universalización del conocimiento, capaces de percibir nuevos contextos y paradigmas emergentes, desempeñándose ética y eficazmente en el ejercicio de su profesión.

La educación que se imparte en las tres carreras de la Facultad enfatiza el desarrollo de la conciencia de la responsabilidad individual y social de los estudiantes en la formación de una sociedad justa. Los estudios tienen una importante carga dirigida a brindar visión estratégica y capacidades orientadas a la resolución práctica de las problemáticas jurídicas, políticas y sociales. Se promueve el trabajo en equipo de forma colaborativa e interdisciplinaria.

Nuestro cuerpo de profesores es diverso y de mentalidad abierta. Está sólidamente formado pedagógicamente y especializado en las diversas áreas que integran las carreras. Se destaca su producción científica, que consta de numerosas publicaciones nacionales e internacionales.

La Carrera de Abogacía desarrolla las capacidades requeridas para la integración del abogado en la problemáticas de las relaciones interpersonales, el desarrollo y organización de la sociedad local y global, y para la resolución del conflicto a través de distintos mecanismos y herramientas.

Las carreras de Licenciatura en Relaciones Internacionales y de Licenciatura en Ciencia Política centran su atención en el desarrollo de las capacidades requeridas por los futuros profesionales para actuar en un entorno globalizado, adquirir una visión estratégica regional, y participar en los procesos de toma de decisión en contextos de alta conflictividad.

Los estudiantes, provenientes de los más diversos ambientes sociales, se caracterizan por su motivación para participar



en las diferentes instancias de la vida ciudadana, así como por su interés en desarrollar su propia formación profesional.

En el nivel de posgrado se dictan cursos en diversas áreas, entre otras: Derecho de Daños y Contratos, Derecho del Deporte, Relaciones Internacionales, Derecho del Comercio Internacional, Derecho Administrativo, Defensa de Consumidores y Usuarios, Derecho Ambiental, y Filosofía del Derecho.

Actualmente, la Facultad mantiene seis líneas de investigación: 1) Familia, Derecho y Política; 2) Aspectos jurídicos relacionados al consumidor; 3) Integración y Regionalización; 4) Medio Ambiente; 5) Medios adecuados para la resolución de conflictos; 6) Nuevas áreas de incumbencias del derecho de propiedad, y 7) Organización de la sociedad.

*Diciembre, 2008*

MARÍA ALEJANDRA PASQUET  
Secretaria académica

ALEJANDRO LAJE  
Vicedecano

CARLOS MARÍA CLOPPET  
Decano

# Índice

<i>Presentación</i> .....	9
<b>I. El positivismo y las lagunas del Derecho: su implicancia en el derecho de los contratos,</b> por <i>MARCELO HERSALIS</i>	
1. Introducción .....	19
2. La teoría de la imprevisión .....	20
3. El componente valorativo en la solución de un caso difícil .....	25
4. Colofón .....	27
<b>II. El aporte del Derecho Procesal desde una visión abierta y sistemática,</b> por <i>GUSTAVO CALVINHO</i>	
1. Introducción .....	31
2. La apertura del Derecho Procesal hacia otras disciplinas y el desarrollo de una visión sistemática .....	32
3. Contribución democrática del Derecho Procesal .....	34
3.1. Los sistemas procesales .....	36
3.2. El proceso, instrumento para efectivizar los derechos fundamentales .....	38
3.3. Características democráticas del proceso dispositivo-acusatorio .....	40
4. Conclusión .....	43
<b>III. El proceso de investigación de delitos cometidos a través de Internet,</b> por <i>KLAUS N. SCHMIDT</i>	
1. Introducción .....	47
2. Etapas en el Procedimiento Standard (SOP) .....	47
2.1. Pasos del proceso .....	48
3. El rol de la evidencia digital .....	48
4. La metodología investigativa. “Case Management” .....	50

5.	Secuencia de escalones .....	50
5.1.	Incidente que alerta y acusación .....	51
5.2.	Evaluación del mérito de la evidencia .....	52
5.3.	Protocolos de la escena del crimen .....	53
5.4.	Identificación y confiscación .....	53
5.5.	Preservación .....	54
5.6.	Recuperación .....	54
5.7.	Cosecha .....	55
5.8.	Reducción .....	55
5.9.	Organización y búsqueda .....	55
5.10.	Análisis .....	56
5.11.	Reportar .....	56
5.12.	Persuasión y testimonial .....	56

**IV. Responsabilidad internacional del Estado por detenciones policiales arbitrarias,**

por *ADRIÁN N. MARTÍN*

1.	Introducción .....	61
2.	La facultad de detención con el fin de establecer identidad .....	61
3.	Las reglas constitucionales e internacionales sobre detención arbitraria .....	70
3.1.	Reglas supraconstitucionales que condicionan la posibilidad de restringir el derecho a la libertad ambulatoria .....	70
3.2.	Algunos casos paradigmáticos de la CIDH .....	78
4.	El caso "Bulacio c/Argentina" .....	81
5.	Los procedimientos penales fraguados a fines de la década de los noventa .....	86
6.	Aspectos generales sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos .....	88
7.	La responsabilidad internacional del Estado argentino .....	91

**V. Límites de la participación política institucionalizada en el sistema político argentino,**

por *SEBASTIÁN SANCARI*

1.	Fundamentos de la participación institucionalizada .....	97
2.	La lógica del <i>free-rider</i> y los incentivos selectivos .....	102
3.	Iniciativa popular .....	106
3.1.	Actuación del Defensor del Pueblo de la Nación .....	112
4.	El rol de las OSC en la generación de incentivos selectivos .....	113
5.	Los grupos olvidados .....	119
6.	Consulta popular .....	121
7.	Consideraciones finales .....	125

<b>VI. Justicia y medios de comunicación,</b> por <i>ANALÍA H. PUIGDÉNGOLAS</i> .....	127
<b>VII. El arreglo pacífico de las controversias según la Carta de las Naciones Unidas,</b> por <i>MAURICIO F. AUGUADRA</i> .....	169
<b>VIII. El régimen jurídico latinoamericano de las inversiones: ¿una nueva construcción hegemónica?,</b> por <i>ELOÍSA B. RAYA DE VERA</i>	
1. Introducción .....	179
2. El particularismo del Derecho Internacional latinoamericano .....	180
3. El régimen jurídico internacional de las inversiones .....	183
4. Conclusiones .....	188
<b>IX. La prohibición del uso de la fuerza: ¿quién mató al art. 2.4?,</b> por <i>ROBERTO CACHEIRO FRÍAS</i>	
1. Introducción .....	191
2. Legítima defensa .....	192
3. Uso de la fuerza por parte de las Naciones Unidas .....	193
4. Otras posibilidades de uso de la fuerza .....	195
5. ¿Legítima defensa preventiva? .....	196
6. Estado de guerra, un habitual estado .....	199
<b>X. Aproximación al caso de cobro por subrogación pretendido por empresas de medicina prepaga, contra el agente productor del daño. Su legitimación activa,</b> por <i>LEONARDO DEL BENE</i> .....	201
<b>XI. Contrato electrónico: sobre la innecesidad de una abundancia legislativa,</b> por <i>JULIÁN E. JALIL</i>	
1. Introducción .....	213
2. Orígenes de esta modalidad contractual .....	215
3. La comercialización por Internet y su vinculación con la contratación tradicional .....	215
4. Forma que reviste el contrato electrónico .....	216
4.1. Instrumentos públicos .....	218
4.2. Instrumentos privados .....	218

5. La prueba del contrato y el Derecho aplicable .....	220
6. El consentimiento contractual .....	223
6.1. La indeterminación de los sujetos .....	223
6.2. La capacidad como presupuesto del consentimiento: la cuestión del contratante incapaz .....	225
7. Los requisitos del objeto en la contratación electrónica .....	225
8. Colofón .....	226

## **XII. Resarcimiento del daño moral a concubinos,**

por *VERÓNICA CASTRO*

1. Referente teórico: concubinato .....	231
1.1. Etimología y conceptos .....	231
1.2. Antecedentes y evolución .....	234
1.3. Tratamiento legal .....	239
1.4. Regulación del concubinato en nuestras jurisprudencia y legislación .....	241
2. Resarcimiento del daño moral al concubino/a .....	245
3. Reflexiones finales .....	254

## **XIII. Un estudio empírico-cuantitativo de la institución presidencial a través del análisis de contenido de los discursos de apertura de las asambleas legislativas (1983-2007),**

por *JORGE O. BERCHOLC*

1. Epistemología del análisis de contenido .....	261
2. El análisis de contenido de los discursos presidenciales de apertura de las asambleas legislativas (1983-2007) .....	267
3. Estado actual del arte. La institución presidencial como área específica de estudio .....	269
4. Objetivos e hipótesis de la investigación .....	272
5. Metodología de la investigación .....	275
5.1. Presupuestos teóricos .....	275
5.2. Recolección y análisis de los datos .....	275
5.3. Tablas y gráficos demostrativos .....	276
5.4. Niveles de análisis y cuadros comparativos .....	293
5.5. Medios a utilizar .....	294
6. Bibliografía .....	295

# I. EL POSITIVISMO Y LAS LAGUNAS DEL DERECHO: SU IMPLICANCIA EN EL DERECHO DE LOS CONTRATOS

*Marcelo Hersalis\**

\* Profesor Titular en las cátedras de Obligaciones Civiles Comerciales, y Contratos Civiles y Comerciales, UAI.



## 1. Introducción

Es materia más o menos pacífica el que el positivismo no reconoce que el sistema jurídico pueda estar conformado por algo más que un universo de normas, prescindiendo para la solución del universo de conflictos de intereses posibles de todo auxilio que pueda provenir del exterior a este sistema, que se halle informado por connotaciones sociológicas o valorativas.

Sin embargo, y no obstante tal extremo, que constituye un legado del pensamiento de Hans Kelsen<sup>1</sup>, la realidad demuestra que para la solución de lo que en terminología de Ronald Dworkin constituyen los denominados “casos difíciles”, con frecuencia, tanto juristas como filósofos del Derecho y magistrados deben acudir a fuentes extranormativas, cual lo son los denominados “principios generales del Derecho”.

Ello así, pues el concepto general de *laguna jurídica* que es manejado por la doctrina se afirma sobre la idea de que un determinado sistema adolece de una “laguna” cuando no

<sup>1</sup> NINO, Carlos S., *Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Fontamara, México, 2003, p. 74.



da respuesta al caso concreto que se propone al análisis. Más aún: decimos que no se da solución normativa —a diferencia de lo sostenido por Alchourrón y Bulygin— cuando es necesario que el sistema la ofrezca; vale decir, que el sistema es incompleto sólo si la falla radica en la ausencia de solución de un caso que cuente con una propiedad relevante.

Si acudimos a la historia reciente de nuestro Derecho Privado en el ámbito contractual, podemos hacer un estudio consustanciado de la cuestión al estudiar la manera en la que en el Derecho de los Contratos se pretendían solucionar los conflictos de intereses que se operaban entre los actores sociales cuando una de las prestaciones se tornaba excesivamente onerosa para uno de ellos sin que hubiese concurrido a ello con su culpa, volviendo casi imposible de cumplir su obligación. Esto, abarcado por el sistema de ideas denominado “teoría de la imprevisión”, suponía un escollo de dificultad meridiana para quien profesando un esquema de pensamiento positivista pretendiera solucionar con justicia un conflicto de intereses de estas características, antes de la reforma que a través del dec. ley 17.711 se hiciese sobre el art. 1198 del Cód. Civil.

No debe olvidarse que el cumplimiento del *pacta sum servandae*, propiciado por el art. 1197, Cód. Civil, podía conducir a una solución del caso concreto *sensitivamente injusta*.

¿Cómo resolver, desde la lógica de los sistemas estrictamente positivos, un conflicto de intereses para el cual el articulado de normas no asigna una respuesta axiológica compatible con nuestras intuiciones de justicia?

Para mejor abordar la cuestión se impone dar una noticia de lo que se ha entendido por *teoría de la imprevisión*, sus fundamentos y sus posibles aplicaciones.

## **2. La teoría de la imprevisión**

Suele ocurrir que luego de la celebración de un contrato de ejecución diferida o continuada se produzca una altera-

ción profunda en las circunstancias (principalmente de carácter económico) existentes en el momento de la celebración. Los precios de la mercadería varían sustancialmente, la escasez de la mano de obra consecuente a una movilización militar hace dificultosa la producción o fabricación. No es imposible cumplir (si lo fuera se trataría de un caso de fuerza mayor) pero el cumplimiento se hace sumamente gravoso y quizás origine la ruina del deudor. La *teoría de la imprevisión* postula, ya sea la resolución del contrato, ya sea el reajuste de sus cláusulas.

Los contratos son el motor de toda economía, tanto en el ámbito local como en el internacional, y desde muy antiguo el contrato ha sido uno de los pilares de la ciencia del Derecho, no sólo por ser la principal fuente de las obligaciones (otra de las materias involucradas en la presente tesis), sino que también es la base de toda relación comercial, ya que su centro se encuentra en la propia libertad de los individuos que lo celebran.

El fundamento legal de la teoría general de los contratos se encuentra en el principio de la *autonomía de la voluntad*, establecido en el art. 1197 del Cód. Civil argentino y en el Derecho Constitucional, pero es de hacer notar que también la Corte Suprema de la Nación establece la operatividad de las normas, respecto de la libertad, con lo cual bastaría su propia invocación para cada caso concreto.

En la Carta Magna se encuentran normas como el art. 14 —enunciativo de los derechos individuales—, y el art. 17 —referido al derecho de la propiedad—, pero también es importante resaltar que las normas contractuales deben ser redactadas en concordancia con las normas constitucionales, por ejemplo, los arts. 53 y 910, Cód. Civil.

La *teoría de la imprevisión* puede ser definida como aquel instituto del Derecho por el cual, cuando una de las prestaciones surgidas del acuerdo se torne excesivamente onerosa para una de las partes —por acontecimientos objetivamente imprevisibles y sin que medie culpa del deudor—, se impone su morigeración por razones de justicia y equidad.

El principio del estudio en análisis se retrotrae al derecho romano, en el que se aplicaba la cláusula llamada *rebus sic stantibus*, que se entendía implícita en las convenciones y que significaba que éstas se entienden concluidas en la inteligencia de que subsistirán las condiciones en las cuales se contrató, y que cuando tal supuesto no se cumple y se produce una modificación de tales circunstancias, los jueces podrán rever el contrato. Posteriormente fue utilizada por los glosadores y canonistas, y la teoría se mantuvo vigente hasta que, a fines del siglo XVIII, sufrió un verdadero revés como consecuencia del triunfo del capitalismo y del liberalismo, tanto en el aspecto jurídico como en el económico.

Luego de la Primera Guerra Mundial, la *teoría de la imprevisión* fue estudiada nuevamente en virtud de los cambios que se habían producido en el mundo. Las profundas alteraciones provocadas en la economía mundial por las dos grandes guerras, y el fenómeno de la inflación que en algunos países como Alemania, que desencadenó en el nazismo, llegó a tener características catastróficas, no podía dejar impasibles a legisladores, jueces, filósofos y estudiosos del Derecho. Nuevamente la *teoría de la imprevisión* cobró vigencia, no sin vencer resistencias, las que han provenido sobre todo de los juristas de cuño liberal, cuyas objeciones pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- a) el contrato es un acto de previsión: Quien acuerda un contrato, cualquiera sea su naturaleza, se propone asegurarse contra todo cambio, modificación o transformación y por lo tanto tal previsión quedaría frustrada por la aplicación de esta teoría;
- b) los pactos se nacen para ser cumplidos: Toda teoría que lleve a apartarse de esta regla produce un factor de inseguridad;
- c) en el cumplimiento de los contratos hay también una cuestión moral: Es decir, el respeto de la palabra empeñada como cuestión de honor y como dice Demolombe, “la buena fe es el alma de los contratos”;

- d) la teoría de la imprevisión le da al juez herramientas que pueden ser consideradas como peligrosas, llevando en algunas circunstancias al intervencionismo estatal, debilitando el principio de la autonomía de la voluntad.

Los supuestos mencionados precedentemente son concepciones coherentes con la idea liberal del Derecho, cuya rigidez, en muchos casos, es incompatible con el espíritu actual del Derecho; para ejemplificar, bastaría recordar el Derecho de Defensa del Consumidor.

Todo esto debe mantenerse dentro de los límites de la razonabilidad, ya que el contrato debe ser cumplido a pesar de que se haya hecho más oneroso para una de las partes que en el momento de suscribirlo. Pero se debe resaltar y remarcar que cuando la alteración o modificación de las circunstancias es fatalmente imprevisible, cuando esa alteración ha agravado tan sustancialmente las obligaciones del deudor que éste no podría ser obligado a cumplirlas sino a costa de su ruina o de sacrificios excesivos, no se puede mantener en todo su rigor la letra del contrato sin contrariar su espíritu. Ya que las partes han tratado de realizar un acuerdo que impone, a ambas, condiciones equitativas, y ello es una de las previsiones del contrato, que se vería desvirtuado por una aplicación inexorable de sus cláusulas.

Pero dicha libertad no es absoluta, ya que cuestiones de tipo moral la limitan, fundamentalmente basándonos en el orden público.

Actualmente, el Derecho lo realiza por intermedio del instituto de la *teoría de la imprevisión*.

Es de destacarse que el principio de *rebus sic stantibus* se enfrenta al de *pacta sunt servandae*, pues frente a una situación desigual, como, por ejemplo, y muy común, como es el caso de la compra de un automóvil, en donde la equidad, la equivalencia de las prestaciones y la buena fe, en definitiva, prevalecerán por sobre la autoobligación y la seguridad jurídica.

Los problemas planteados tienen gran relevancia en el mundo del Derecho privado, y diariamente se discuten dentro y fuera de los Tribunales.

Antes de la reforma de 1968 desde lo normativo sólo se advertía la presencia de uno de los términos expuestos: el *pacta sunt servandae* —como señala Juan Carlos Rezzónico “somos siervos de nuestros pactos”— cuando la voluntad no sea expresada ni con violencia ni que exista dolo o que el acuerdo sea contrario a la ley, moral o buenas costumbres.

Puede afirmarse sin hesitaciones que no existía desde el mismo sistema normativo posibilidad de resolver un caso haciendo aplicación del *rebus sic stantibus* (los contratos deben ser cumplidos en la medida que se mantengan las mismas condiciones sobre las que se contrataron), vale decir, que el contrato se debe cumplir siempre y cuando las condiciones no varíen. Hay recordar que se debe mantener el equilibrio contractual, basado en lo que las partes pactaron.

En la Argentina se ha rechazado al comienzo la posibilidad de aplicar la *teoría de la imprevisión* por los tribunales en virtud de la inexistencia de textos legales. Fue nuestra jurisprudencia la que ha ido creando las condiciones de su aplicación, y fue también auspiciada por la doctrina nacional y en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, reunido en Córdoba en 1961. Por tanto, con la reforma de 1968 al Código Civil estaba dado todo el panorama para la *teoría de la imprevisión* en nuestra legislación, recepción tanto más necesaria cuanto que si bien el principio podía considerarse admitido, no estaban delineados con suficiente precisión los perfiles y efectos de la institución.

Recordemos que el célebre maestro Marco Aurelio Risolía denostaba la aplicación de la lógica que anima a la *teoría de la imprevisión*, pues, a su entender, no hace más que socavar los cimientos morales de la contratación a la vez que en el texto de la obra de Vélez no hallaría sustento normativo<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> RISOLÍA, Marco A., *Soberanía y crisis del contrato en la legislación civil argentina*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 233.

¿Cómo resolverían los jueces un conflicto de intereses de las características del planteado antes de la reforma del '68?

### **3. El componente valorativo en la solución de un caso difícil**

Si como se postula, en lo medular para un positivista, el Derecho es un fenómeno social que puede identificarse sobre la base exclusiva de ciertas propiedades que provienen de lo fáctico, procediéndose para su identificación a criterios formales, sin acudir a elemento valorativo alguno, antes de la reforma de 1968, no hay solución posible más que condenar al deudor al pago, no obstante que ello significase su ruina.

Nótese que por más que se ha sostenido que,

la adopción de posturas morales es decisiva para muchas otras cuestiones como la de decidir si se debe obedecer lo que el Derecho dispone,

el positivismo sostiene que una toma de posición axiológica es irrelevante para la identificación de un orden jurídico.

Claro que este precepto aplicable a la conducta de los actores sociales que deben cumplir —o pueden no hacerlo, al menos aparentemente— con la norma, no es aplicable al juez, que debería hacerla cumplir sin contar con esa facultad.

La posición de autores, cual lo son Kelsen, Olivecrona y hasta el mismo Half Ross, es sumamente crítica acerca de toda posibilidad de demostrar, mediante procedimientos racionales, la validez de juicios valorativos.

Para ellos, si un juicio no cuenta con un contenido meridianamente cognoscitivo —y las valoraciones no lo tendrían— no son demostrables en sentido estricto.

Los juicios valorativos vendrían a ser, entonces, simples expresiones de emoción que por ello mismo difieren entre los diferentes agentes que componen una comunidad y seguramente de sociedad en sociedad y de época en época.

Aquellas racionalizaciones por medio de las cuales los hombres han pretendido captar a través de la historia el significado de expresiones éticas tales como justicia, para hacerlas formar parte de un ordenamiento, no constituyen más que “bromas macabras”, de ordinario propiciadas por hombres que se han creído con derecho suficiente para imponer su parecer a los demás.

Sin embargo, no es posible sacrificar, en pos de la salvaguarda del estatus de cientificidad, toda luz valorativa en nuestra disciplina.

¿O alguien hoy —y luego de un siglo xx en el cual las más grandes masacres han sido justificadas mediante obediencias debidas a órdenes jurídicos hijos de la tiranía— puede preferir órdenes normativos, que ayunos de válvulas de escape hacia sistemas de principios jurídicos supranormativos consagren soluciones injustas no obstante preservar su barniz científico merced la salvaguarda que se hiciere de sus consistencias normativas?

Sostenemos que la intervención del juez, como instrumento por medio del cual se logra una mayor equidad y justicia en las relaciones particulares, no puede ser sino saludada como una de las grandes conquistas del Derecho moderno, un Derecho menos formalista y más sustancial que no se siente ligado tanto a las formas y las palabras como a las esencias, que está impregnado de una acuciante sed de justicia, no de una justicia vaga, genérica e impersonal, sino de la justicia concreta de cada caso, de cada relación humana.

El juez tiene un papel primordial, ya que deberá determinar si un derecho es ejercido en forma abusiva —como, p.ej., la conducta del usurero— o bien si hubo necesidad, inexperiencia o ligereza en la lesión, o si se produjo un acontecimiento extraordinario que fue inimputable a las partes y determinó el desequilibrio contractual.

La figura estudiada tiene un rol importantísimo, ya que por su intermedio se tiende a evitar el aprovechamiento indiscriminado de la posición más fuerte frente a la más débil.

#### 4. Colofón

La consideración esencial para no compartir la tesis impugnada es que todo sistema jurídico debe reposar sobre la articulación de normas que decidirán la suerte de los conflictos que puedan ser resueltos mediante disposiciones generales y principios generales del Derecho que permitan la solución de casos difíciles, en los cuales la justicia de lo general diera lugar a soluciones groseramente contraintuitivas en el plexo de lo valorativo.

Así, aun antes de la reforma de 1968, tanto en el caso de los contratos de ejecución diferida como en los de ejecución continuada, sin la transformación de las circunstancias se convertía en excesivamente onerosa la prestación de una de las partes, y cuadraba perfectamente la aplicación del correctivo a lo justo general, que supone la teoría de la imprevisión.

La razón de justicia que inspira la *teoría de la imprevisión* imponía esta solución a una meramente formalista.

En sentido coincidente sostenía Messineo que el remedio contra la excesiva onerosidad encuentra su razón de ser en la distancia en el tiempo que media entre la estipulación del contrato y el momento de su ejecución. Aquel célebre maestro lo explicaba con sencillez:

Si una persona vende a otra un material determinado, que por ser de fabricación extranjera, promete entregar en un plazo dado. Suscripto el contrato, se declara una guerra, el material se convierte en crítico y su precio aumenta diez o veinte veces. ¿Es justo aplicar con todo rigor las cláusulas originarias, sin tener en cuenta la alteración de las circunstancias? Tal solución es contraria a la misma filosofía de la teoría de la imprevisión; sería imposible justificar esta teoría, si el supuesto aludido quedara fuera de su marco de aplicación. Por lo demás, no es exacto que se quite al acreedor lo que se reconoce al deudor, alterando los términos del contrato; pues de lo que se trata en verdad, es de mantener incólume el espíritu del con-



trato, y la equivalencia de las prestaciones, alterada por un acontecimiento extraordinario e imprevisible<sup>3</sup>.

En un país como el que nos toca vivir, en el que recientemente los contratos fueron, una vez más, víctimas de todo el descalabro que se estaba viviendo, en donde se firmó un contrato conforme al art. 1137, se debía respetar como la ley misma, de acuerdo con lo establecido en el art. 1197 y que, además, se encontraba regido e iluminado por la buena fe del art. 1198, frente a ello, todos esperábamos una respuesta del Derecho.

Pero, además, nos encontrábamos frente a dos sistemas contractuales: los “viejos”, es decir, aquellos celebrados hasta el 5 de enero de 2002, y los posteriores a esa fecha o los “nuevos”, con lo cual la moneda podía ser \$1 = u\$s1 o u\$s1 = \$3 o más, vale decir que teníamos frente a nosotros distintos tipos de monedas y además con diferente cotización. La no intervención activa de los jueces en pos de la concreción de soluciones que, aun fuera del marco estrictamente normativo, consagren soluciones de estricta justicia, sólo puede traer acarreados nuevos pesares y desventuras a una, ya de por sí, golpeada comunidad.

<sup>3</sup> MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato*, t. II, El Foro, Buenos Aires, 1986, ps. 373 y ss.

## II. EL APOORTE DEL DERECHO PROCESAL DESDE UNA VISIÓN ABIERTA Y SISTEMÁTICA

*Gustavo Calvino\**

\* Profesor en la Cátedra de Derecho Procesal, UBA.



## **1. Introducción**

En los albores de este siglo, el fenómeno de la globalización marca una influencia notable en muchos aspectos jurídicos. De allí que sea necesario un cambio de actitud tanto al pensar como al aprender y enseñar el Derecho. Lo que torna vital propiciar una apertura de todas y cada una de sus ramas en la búsqueda de dos factores: afianzar las relaciones y vínculos entre las distintas disciplinas y, a la vez, enriquecerlas mediante el intercambio que se puede fomentar con otras áreas del conocimiento humano.

En lo que atañe al Derecho Procesal, se observa como muestra de su necesaria apertura que en más de una ocasión se plantean interrogantes y dudas acerca del respeto que guardan ciertas normas procedimentales hacia las garantías consagradas en la Constitución y en los pactos internacionales de Derechos Humanos, y al profundizar el examen se advierten fricciones sistemáticas a partir de los distintos enfoques que inspiran a unas y otras.

Esta percepción impulsa a revisar diversos desajustes. Es así que se encuentra que el mayor atractivo de esta disciplina no está en repetir definiciones como dogmas, sino en aprender a pensar manejando conceptos en forma amplia y sin temor a enlazarlos con otras ramas del saber humano.

Es interesante incorporar una visión multidimensional y con plena conciencia de los importantísimos cambios que se verificaron en el mundo del Derecho en los últimos sesenta años a partir de la adopción y proclamación por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

El horizonte del Derecho Procesal, sin dudas, se extiende en gran medida merced a la posibilidad de desarrollar un nuevo enfoque que —de la mano de los derechos fundamentales reconocidos por el derecho internacional de los Derechos Humanos— permita analizar y reelaborar conceptos que se consideraban casi dogmáticos. La idea de que el hombre es el centro y fin del sistema jurídico<sup>1</sup> abrió paso a una nueva perspectiva. Perspectiva que será guía del presente trabajo.

## **2. La apertura del Derecho Procesal hacia otras disciplinas y el desarrollo de una visión sistemática**

El enfoque generalmente difundido del procesalismo, más preocupado por la autoridad que imparte justicia que por la persona que acude a ella, presentaba ciertos inconvenientes a la hora de brindar respuestas adecuadas al cambio originado en la Declaración. Pareciera más apropiado, pues, estudiar de manera sistemática la defensa y la efectivización de los derechos fundamentales del hombre posando la mirada en él.

Para ello es imprescindible aumentar el campo de observación y enhebrar las ideas con nociones arrimadas por otras disciplinas: la economía, la política y la sociología; la an-

<sup>1</sup> Cfr. BIDART CAMPOS, Germán, *Nociones constitucionales. Las intersecciones iusnaturalistas de la Constitución*, Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 105.

tropología, la psicología y la filosofía colaborarán para el avance de los estudios.

Hace poco más de sesenta años el biólogo austríaco Ludwig von Bertalanffy señalaba que era necesaria una nueva forma de pensar basada en los sistemas<sup>2</sup>. Se observaba que las propiedades del todo o sistema eran diferentes a la de sus partes o subsistemas. En consecuencia, no cabía explicar el todo por la mera sumatoria de las partes.

Nacía de este modo un nuevo paradigma científico en contraposición al tradicional de ribetes lineales, causales y analíticos.

La Teoría General de los Sistemas brinda importantes pautas que sin dudas ayudan para ordenar el camino a transitar.

En primer término, enseña que los sistemas están formados por partes que son puestas juntas en funcionamiento de una cierta manera para obtener un objetivo. La relación entre las partes determina qué hace el sistema y cómo funciona en general. Ergo, las relaciones en el sistema son normalmente más importantes que cada parte individualmente. En general, los sistemas que son construidos como bloques de otros sistemas se llaman “subsistemas”. La dinámica de un sistema se relaciona con el cambio<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> La palabra “sistema” tiene diferentes significados, entre ellos el conjunto de actos y elementos interrelacionados que de destinan al cumplimiento de un objetivo. Específicamente sobre el sistema normativo —basándose en algunas ideas de Alfred Tarski— Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin indican que es definido como un conjunto de enunciados que tiene (algunas) consecuencias normativas (para algún Universo de Casos y algún Universo de Soluciones). La definición del concepto de sistema en términos de consecuencias normativas permite dar cuenta de enunciados no normativos que pueden figurar en un sistema normativo, sin necesidad de tratarlos como normas incompletas o mutiladas; cfr., de los autores citados, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 23.

<sup>3</sup> Cfr. GARCÍA VELÁSQUEZ, Mario D. A., *La tutela de urgencia y el desajuste sistémico constitucional*, Tesis de Maestría en Derecho Procesal, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 2007, inédita, p. 13.

En segundo lugar, implica y sostiene la importancia de una relación de coordinación entre los componentes normativos del sistema jurídico en perfecta armonía y congruencia de la parte con el todo. Por lo tanto, la compatibilidad sistemática —esto es, la sintonía entre el sistema y los subsistemas que lo componen— representa uno de los principales aspectos a atender.

Por último, la coherencia constituye un aspecto primordial dentro del sistema: es una opinión difundida, tanto entre los que aplican el Derecho como entre sus teóricos, que los sistemas jurídicos —a pesar de que no sean coherentes— deben tender a la coherencia<sup>4</sup>.

### **3. Contribución democrática del Derecho Procesal**

De los laboratorios procesales pueden surgir toda clase de códigos, figuras o recomendaciones que a su vez pueden ser adoptados por diferentes formas de Estado —totalitarismo, autoritarismo y democracia. Ello motivó que un sector propiciara y difundiera una visión aséptica de un Derecho Procesal que únicamente cobijaba tecnicismos.

Sin embargo, esta posición fomentó un desarrollo introvertido del procesalismo sin mayores avances en la exploración junto con otros campos del saber jurídico o del conocimiento humano. Para colmo, este aislamiento fue útil a la hora de sostener códigos y normas desentendidas de la ideología política del Estado en que regían. No tardaron en aparecer las fricciones entre los ordenamientos adjetivos y los postulados constitucionales en muchos países, que influyeron negativamente en sus sistemas de justicia.

<sup>4</sup> Cfr. VELLUZZI, Vito, “Interpretación sistemática: ¿Un concepto realmente útil? Consideraciones acerca del sistema jurídico como factor de interpretación”, trad. castellana de Amalia Amaya, *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 21-I, 1998, p. 72.

Si la democracia necesita del proceso jurisdiccional para efectivizar, en última instancia, los Derechos Fundamentales, va de suyo que el sistema democrático sólo puede alojar en su seno un proceso que comparta y respete sus valores.

Se observa en lo apuntado que el reduccionismo del Derecho Procesal a lo técnico se ve desbordado por la necesidad de cotejar las propuestas con muchas otras variables.

Juan Montero Aroca insiste en que ya en estos tiempos no tendría que ser necesario recordar que en la configuración esencial del proceso concurren evidentes elementos ideológicos, que son determinantes de la existencia de varios modelos teóricos de ese proceso y de que en las leyes se plasme un modelo u otro<sup>5</sup>.

Destaca el catedrático español que el debate sobre la pretendida neutralidad ideológica de la regulación del proceso es algo que quedó hace mucho tiempo superado, siendo absurdo intentar desconocer que todo Derecho Procesal viene determinado por la concepción que se tenga de las relaciones entre lo colectivo y lo individual, entre el Estado y la persona<sup>6</sup>.

De tal suerte que no podemos negarle al procesalismo la posibilidad de extender sus lazos con otras disciplinas ni de alimentar su crecimiento multidimensional, a fin de que derrame contribuciones de mejor calidad sobre el sistema democrático.

Más allá de otros relevantes aportes del procesalismo —entre los que se cuentan las pautas de organización judicial y los procedimientos—, en lo sucesivo se limitó el análisis a los sistemas procesales y al proceso. Esta elección se justifica en el entendimiento de que el examen de los siste-

<sup>5</sup> Cfr. MONTERO AROCA, Juan, “Libertad y autoritarismo en la prueba”, en AA.VV., *Confirmación procesal*, Colección Derecho Procesal Contemporáneo (dir. por Adolfo Alvarado Velloso y Oscar Zorzoli), Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 208.

<sup>6</sup> *Ibidem*.



mas procesales ayuda a que el proceso comparta y respete los lineamientos democráticos posibilitando la viabilidad y subsistencia de un modelo *pro homine*.

### **3.1. Los sistemas procesales**

En el estudio de los sistemas procesales queda aún terreno desconocido<sup>7</sup>.

A lo largo de la historia se presentaron dos sistemas procesales: originalmente, el acusatorio o dispositivo; más tarde, el inquisitorio o inquisitivo —en ambos casos, según sea materia penal o no—. El primero consiste en un método donde dos sujetos naturalmente desiguales discuten pacíficamente en igualdad jurídica ante un tercero imparcial que actúa en carácter de autoridad, conduciendo el debate para, llegado el caso, sentenciar toda pretensión discutida. El segundo se presenta como un método de enjuiciamiento de carácter unilateral donde la autoridad es su eje, dado que tiene plenas facultades para acusar, investigar, probar y juzgar.

La elección del método de enjuiciamiento corresponde a la sociedad —ya sea directamente o a través de representantes tales como el constituyente o, en su defecto, el legislador— siendo sumamente importante el cuidado de la compatibilidad sistémica. De lo contrario, las consecuencias repercutirán negativamente más allá del sistema procesal, complicando el desenvolvimiento del macrosistema. Por lo tanto, la selección de origen muestra innegables raíces democráticas, sin que en ello influya la mentada calidad contramayoritaria del Poder Judicial que se ve en muchos países.

<sup>7</sup> Cfr. CALVINHO, Gustavo, *El sistema procesal de la democracia*, San Marcos, Lima, 2008, ps. 75-80.

Gracias a la globalización jurídica, el sistema procesal que se implemente en las naciones respetuosas del derecho internacional de los Derechos Humanos debe ajustarse a sus parámetros. Por lo tanto, debido a que éste emana directamente de la naturaleza humana —cuyos derechos fundamentales están a salvo únicamente en una democracia *pro homine*— es de toda lógica que el método de enjuiciamiento respete sus lineamientos.

No obstante, existen numerosos ejemplos donde en el orden constitucional se establece un diseño procesal que no es seguido por los Códigos de Procedimientos. Acertadamente se ha advertido sobre la incompatibilidad que se observa en América, donde el sistema acusatorio es el adoptado por todas las Constituciones del siglo XIX —la mayoría vigente hasta hoy con sus paradigmas originales—, en tanto que el sistema inquisitorio es el contenido en las leyes procedimentales, que ostentan, obviamente, un rango jurídico menor, de donde surge clara su inconstitucionalidad. En otras palabras, las Constituciones instrumentan el diseño triangular, en el cual el juez puede actuar con imparcialidad y, en cambio, las leyes adoptan el diseño vertical, en el que el juez no puede actuar con imparcialidad por mucha que sea su buena fe y voluntad puesta al efecto<sup>8</sup>.

Lo apuntado representa un problema que requiere urgente solución si lo que se busca es una mejor respuesta del Poder Judicial a la sociedad. No es un dato menor que toda la estructura jurisdiccional debe establecerse en función al sistema procesal que se fije. Sin embargo, el hecho de que las leyes procedimentales inferiores no respeten el sistema procesal de las Constituciones o, si se quiere, del derecho internacional de los Derechos Humanos, en modo alguno debe entenderse como alguna atribución o posibilidad de aqué-

<sup>8</sup> Cfr. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “La imparcialidad judicial y la prueba oficiosa”, en AA.VV., *Confirmación procesal*, cit., p. 12.

llas de modificar a éstos. Por tal motivo es preferible dejar a salvo al sistema procesal por encima de los ordenamientos procedimentales contingentes, ya que —en una democracia *pro homine*— aquél tiene la vital misión de brindar la herramienta capaz de hacer efectivos los derechos fundamentales cuando sea menester. Ello no obsta a la existencia, en otros modelos autocráticos, estatistas o totalitarios, de un sistema procesal cuyos objetivos sean muy distintos, dado que el hombre no es el centro y fin de su ordenamiento jurídico.

### **3.2. *El proceso, instrumento para efectivizar los derechos fundamentales***

Si bien el procesalismo no se ha ocupado aún lo suficiente de los sistemas procesales, lo contrario ha acontecido —más en lo cuantitativo que en lo cualitativo— al estudiar el concepto más trascendente que aquéllos contienen: el proceso.

Humberto Briseño Sierra, insistiendo sobre la distinción conceptual entre proceso y procedimiento, sostenía que éste, por ser visible y encontrarse en evidencia, llamó la atención de la doctrina y de la legislación por siglos y tanto los estudios como las leyes fueron calificados de procedimentales, cuando en realidad atendían al proceso. Pero a partir de la mitad del siglo XIX cambió la tendencia y se puso énfasis doctrinario en el proceso<sup>9</sup>.

Adiciona el autor, en cita, que este empeño por liberar al proceso del procedimiento condujo a una exacerbación de las ideas y el procedimiento fue casi olvidado o minimizado. Los especialistas —remata— ahondaron en los conceptos, las ideas y las nociones sobre el proceso en general<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Cfr. BRISEÑO SIERRA, Humberto, *El derecho procedimental*, Cárdenas, México D.F., 2002, p. 631.

<sup>10</sup> Ídem, ps. 631-632.

Sin embargo, este intenso abordaje del proceso no quedó exento de confusiones y asimilaciones erróneas que, en definitiva, aislaron el concepto en detrimento del análisis de sus relaciones sistémicas.

Si se busca que el Derecho se adapte definitivamente a los profundos cambios que presentó el mundo en las últimas décadas, es conveniente enfocarse en detectar y corregir la inoperatividad de los derechos fundamentales —allí donde se los quiere respetar— que puede llegar a ocasionar un sistema procesal inadecuado.

Entonces aparecen las ventajas de volcar los mayores esfuerzos en el perfeccionamiento de las herramientas con que cuenta el sistema para efectivizar derechos fundamentales, donde puede apreciarse cabalmente la relevante contribución que realiza el Derecho Procesal brindándose al proceso jurisdiccional como el método por excelencia para lograr este objetivo<sup>11</sup>.

Bajo esta tesitura, se observa al proceso como derivación de la garantía de peticionar a las autoridades que, a través de la acción procesal, conforma la única instancia bilateral. De esta manera se alinean con los derechos fundamentales, pues su punto convergente es el ser humano, que convive en una sociedad necesitada de paz y que crea al Estado para su beneficio.

Por lo tanto, el proceso jurisdiccional debe ser considerado como un método —no una meta— que permite al hombre mantener la paz social, ya que es el instrumento idóneo

<sup>11</sup> La antigua separación entre proceso civil y proceso penal —que implicaba diverso tratamiento a uno y otro, llegando inclusive a sentarse principios diferentes para cada uno— ha sido superada en los últimos tiempos con la aceptación bastante generalizada de la teoría unitaria. Dicha teoría unitaria se adapta cabalmente a una orientación respetuosa de los derechos y garantías de las personas —que no pueden ser soslayados bajo ningún pretexto— al no limitar su alcance o aplicación según la clase o rama de los derechos llevados a proceso.

para hacer respetar su libertad y efectivizar sus derechos ante cualquier limitación, conculcación, impedimento o interferencia que emane de otras personas —cualquiera sea su naturaleza—, incluido el Estado.

En suma, el proceso jurisdiccional es un método de debate pacífico que sigue reglas preestablecidas, y se desarrolla entre partes antagónicas que actúan en condición de perfecta igualdad ante un tercero imparcial<sup>12</sup> con el objetivo de resolver heterocompositivamente<sup>13</sup> un litigio.

Esta visión del proceso como el medio de debate por excelencia para el resguardo pleno de los derechos debe aplicarse siempre que éstos estén en litigio, porque es el método que necesariamente se debe respetar a fin de lograr una decisión que no desarticule el macrosistema. Por ello no parece apropiado que se deje de lado la imparcialidad o la igualdad de las partes aduciendo casos especiales basados en la clase de derecho que se trate o en la debilidad de un contendiente frente a otro, porque, en definitiva, o no se estará discutiendo y oyendo adecuadamente, o se terminará privilegiando la aplicación del criterio personal de justicia de quien resuelve, más allá de lo que mande el ordenamiento jurídico.

### ***3.3. Características democráticas del proceso dispositivo-acusatorio***

Básicamente, un macrosistema democrático enfocado en el hombre y en la vigencia de sus derechos fundamentales no puede prescindir de un sistema procesal que comparta y asista a estos fines.

<sup>12</sup> Imparcialidad entendida en un sentido amplio, compuesta por la imparcialidad propiamente dicha, la independencia y la *imparcialidad* del juzgador.

<sup>13</sup> En los casos en que no funciona la autocomposición, la solución de un litigio determinado se hará a través de la heterocomposición, desde que el

En líneas generales, el método de enjuiciamiento inquisitivo o inquisitorio muestra un esquema de concentración de poder, actividades y protagonismo en la persona del juzgador preferentemente compatible con regímenes de características autocráticas, pues el acento está puesto más en la jurisdicción que en las partes litigantes. Como consecuencia directa, la imparcialidad y la independencia del decisor no se encuentran sostenidas desde el sistema, que, a su vez, contiene pocos controles y demasiada discrecionalidad.

En cambio, el sistema dispositivo o acusatorio permite diferenciar las actividades que se despliegan a lo largo del procedimiento, otorgando roles precisos tanto al decisor jurisdiccional como a las partes. Reconociendo que se trata de un método, promueve el debate de los contendientes en pie de igualdad y acepta el consenso de la autocomposición de manera previa a la resolución heterocompositiva.

En Latinoamérica, es el procesalismo penal el que recién a finales del siglo xx comprendió en buena medida la correlatividad entre democracia y sistema acusatorio, pese a que las Constituciones de la región consagraban —algunas desde hacía más de un siglo, como la Constitución de la Argentina de 1853— dicho método de enjuiciamiento. Por tal motivo se viene generando una corriente ya no de simple reforma, sino de absoluto cambio sistémico del procedimiento penal, sobre todo en Chile, Perú, y parte del territorio argentino. Pese a ello, la influencia inquisitiva derivada de la tradición colonial sobrevive en leyes y códigos aún vigentes, sobre todo en materia no penal.

En la actualidad, se está abriendo paso y marcando tendencia la aceptación de un paralelismo entre democracia y sistema acusatorio. Más aún, mucho se avanza inclusive en la correlación entre sistema acusatorio y regímenes demo-

---

pretendiente ocurre a la autoridad para que sentencie una vez tramitado un proceso. Por lo tanto, como el proceso es un medio de debate que busca la heterocomposición, su objetivo no es otra cosa que la sentencia.

cráticos, y entre sistemas inquisitivos y regímenes absolutistas<sup>14</sup>.

Quizás haya que intensificar esfuerzos en la adecuación conceptual de la democracia, el proceso y el procedimiento considerando el derecho internacional de los Derechos Humanos, al tiempo que se deben afinar las ideas sobre sistemas, principios y reglas procesales.

Empero, no hay duda de que el método de enjuiciamiento acusatorio en materia penal y dispositivo en las restantes es el único compatible con la idea bidimensional de democracia —que contiene una faceta procedimental o formal y otra material o sustancial—, pues comparten fundamentos esenciales, posibilitando a la persona su plena realización.

En este orden de ideas, la dignidad humana respetada por la democracia se refleja en el proceso acusatorio o dispositivo merced al ejercicio del derecho de defensa y el estado de inocencia del que goza todo acusado hasta que una sentencia firme lo condene.

La igualdad jurídica, fomentada por la democracia, constituye nada menos que un principio angular en el proceso que posibilita un debate sin preferencias ni privilegios que beneficien a una de las partes en detrimento de su oponente. Porque en el proceso, el rico y el pobre, el grande y el pequeño, la mayoría y la minoría, el bueno y el malo, el fuerte y el débil tienen idénticas oportunidades de actuar, defenderse y ser oídos. Igualdad que se conjuga con la imparcialidad del juzgador.

El consenso también es recibido, confirmando a las partes el protagonismo en el impulso del proceso y reconociendo que si su derecho es transigible antes que sea involucrado en un litigio, también lo será en el proceso, motivo por el cual podrán autocomponerlo.

<sup>14</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, p. 636, nota 84.

El diálogo, imprescindible para la democracia, también lo es en el proceso acusatorio o dispositivo, ya que se sustenta en el debate entre las partes que, a su vez, debe ser ineludiblemente escuchado por la autoridad antes de pronunciarse. Tan es así que el objeto del proceso es el debate mismo.

La seguridad, otro de los pilares del sistema democrático, es acogida en un método de enjuiciamiento que sigue reglas preestablecidas y conocidas, pero que también resuelve los litigios respetando el derecho y no pareceres voluntaristas de quien decide.

Y la libertad, finalmente, no sólo se mira en el espejo de la iniciativa de la acción procesal, de la pretensión, del impulso procedimental y de la autocomposición tal como las acepta el sistema acusatorio o dispositivo. Porque el proceso que sigue lineamientos democráticos, ni más ni menos, constituye el bastión de la libertad de las personas y la última alternativa para hacer efectivos los derechos.

Sin dudas, el proceso jurisdiccional enmarcado en el sistema dispositivo-acusatorio es inherente a la propia naturaleza humana. Sin él, la realización de los derechos fundamentales quedaría a merced del poder, fulminándose toda posibilidad de subsistencia de una democracia *pro homine*, ya que el hombre deja de ser el centro del macrosistema. En rigor de verdad, el proceso hace posible que el sistema reconozca a los derechos fundamentales como inherentes a las personas, y no como una dádiva que otorga el Estado —*rectius*, el que ejerza el poder—.

#### 4. Conclusión

Estudiar la vinculación e interdependencia del Derecho Procesal con otras ramas del conocimiento exige la problemática del examen de su entorno, a fin de contribuir a su evolución con una mirada extravertida, lo que abrirá las puertas a una sistematización adecuada, aunque los menta-



dos inconvenientes que genera la variación del lenguaje impongan la necesidad adicional de explicar los conceptos que integran la perspectiva en desarrollo.

En una visión de democracia —integrada por una dimensión formal o procedimental y otra sustancial o material— cuyo objetivo es priorizar el respeto por el hombre y sus derechos fundamentales, comienza a tomar protagonismo el Derecho Procesal.

Toda contribución que se realice tendiente a la mejora de los mecanismos de efectivización de ciertos derechos aún no del todo bien protegidos en razón de falencias sistémicas, redundará en beneficio de la democracia.

Esta evolución se obtendrá en la medida en que se dote al sistema de una herramienta idónea para realizar, en última instancia, todos los derechos que se le reconocen al ser humano. Y el instrumento por excelencia creado por el mismo hombre —cuando otras vías fracasaron— es el proceso jurisdiccional.

El proceso trasciende a la disciplina para convertirse en un instrumento fundamental de la democracia, realizando su imprescindible aporte desde sistema procesal, subsistema de aquél.

Entre las principales contribuciones del procesalismo al sistema democrático —donde se encuentran las pautas de organización judicial y los procedimientos— se destaca la relevancia del examen de los sistemas procesales y del proceso, ya que el análisis de aquéllos ayuda a que el proceso comparta y respete los lineamientos democráticos permitiendo la viabilidad y subsistencia de un modelo cuyo centro sea el hombre.

### III. EL PROCESO DE INVESTIGACIÓN DE DELITOS COMETIDOS A TRAVÉS DE INTERNET

*Klaus N. Schmidt\**

\* Profesor Asociado de Ciencias y Tecnología Aplicadas, Illinois State University.



## **1. Introducción**

La meta de la investigación de delitos cometidos a través de Internet, es recurrir a los hechos a través de la evidencia para llegar a la “verdad” en forma de evidencia digital y para servir a la justicia. Por eso es importante tener una metodología sólida y fiable, y una tecnología que averigüe que el proceso, el análisis, y la denuncia hasta la presentación de la evidencia sea confiable y objetiva. Eso es importante porque si la evidencia está presentada como la “verdad” de un alegato, puede privar a una persona de sus libertades y, en países con pena capital o pena de muerte, de su vida.

## **2. Etapas en el Procedimiento Standard (SOP)**

Las etapas en el Procedimiento Standard (Standard Operating Procedures, SOP) vienen de la experiencia y el discurso en el campo, y está considerado completo y suficiente en la esfera de acción. Además, SOP provee un marco de trabajo y un fundamento sobre el cual construir.

El Proceso de Investigación empieza con la denuncia, progresa a través de la maniobra de evidencia y llega a una

precisa explicación de hechos y técnicas de los testimonios del experto. Ese proceso puede ser lineal, pero en el mundo “real”, las investigaciones pueden ser *non-lineal*.

### **2.1. Pasos del proceso**

- Descubrimiento/Acusación
- Confiscación
- Preservación
- Examen
- Análisis
- Comunicación de los hallazgos
- Proceso de admisión en la Corte

Las consideraciones durante el proceso incluyen que el proceso de investigación requiera que cada caso sea visto como algo único, con sus propios ensamblajes de circunstancias y evidencias. Simplemente tratar de validar un aserto aumenta la probabilidad de cometer un error. Los investigadores no deben imponer sus prejuicios durante la reunión y análisis de evidencia, y tienen que saber que ninguna observación o análisis está libre de la probabilidad de errores, y la investigación no debe ser guiada en favor de una sola hipótesis.

Por eso, hace falta desarrollar varias teorías para que el investigador no termine apropiándose de ninguna hipótesis, pues procurar evidencia para rechazar cada una de las hipótesis aumenta la probabilidad de un análisis objetivo.

### **3. El rol de la evidencia digital**

El objetivo mayor de cada investigación es atribuir el delito a los perpetradores descubriendo convincentemente los vínculos entre el ofensor, la víctima, y la escena del crimen.

En los EE.UU., la teoría comúnmente aplicada para la reunión de evidencia se llama *Locard's Exchange Principle*. Este "principle" significa que "cualquier persona o cualquier cosa que entra a una escena de crimen lleva algo de la escena consigo y deja algo de sí mismo atrás cuando se va".

Eso es ciertamente así en el mundo físico, pero también en el mundo digital, aunque la evidencia es más "virtual" y menos "tangible".

Ese "principle" ayuda a establecer que toda evidencia se pueda categorizar como "Evidencia con características generales" y "Evidencia con características individuales". Por ejemplo, en el mundo físico, el perfil de un zapato está considerado como una característica general, y la huella de un pie es una característica individual. Un vínculo individual establece una conexión entre víctima, sospechoso, y escena del crimen, y se reduce significativamente el margen del error, pues la conexión es menos circunstancial y más difícil de refutar.

La noción de la identidad individual casi se opone y es contradictoria con la filosofía de apertura y anonimato que está asociada con las comunidades que usan Internet. Por ejemplo, es necesario un *subpoena* (permiso de un juez o del Estado o gobierno federal para observar o acceder a las actividades en la red). No obstante, "intercambios" de evidencia similares ocurren, por ejemplo, con datos de la computadora de un potencial ofensor, grabados por un servidor, o datos de un servidor instalado en la computadora del potencial ofensor. Aun cuando todo el material de evidencia no permite determinar concluyentemente un vínculo o una conexión entre el sospechoso y la computadora, se considera la evidencia como individual con relación a la computadora. Otro ejemplo de *Locard's Exchange Principle*: si un individuo manda un mensaje amenazante por hotmail, su *browser* grabará archivos, *links*, e información respecto del horario, fecha, etc. Los investigadores pueden encontrar información en el disco duro del delincuente, y también en el

*web server*, incluyendo registros del acceso, registros del *email*, dirección de IP, y la versión del *browser*.

Las características generales en el mundo digital incluyen el servidor, el encapsulamiento y el *nic* usados. Estas características se pueden utilizar para determinar la probabilidad del involucramiento. Las características individuales incluyen fecha, sello de tiempo, MD5, valores, direcciones IP, nombres del anfitrión, historial, información sobre la cuenta y clave o contraseña.

#### **4. La metodología investigativa. “Case Management”**

Gracias a esta metodología seguimos una secuencia de escalones ascendentes para posibilitar una investigación completa y rigurosa, y asegurar el manejo apropiado de la evidencia, al reducir la oportunidad de errores originados en teorías preconcebidas. Los investigadores y examinadores trabajan juntos para ascender estos escalones de abajo hacia arriba, de una manera sistemática y determinada en el esfuerzo de presentar una historia convincente y después alcanzar la cima. En este punto su trabajo será entregado a los fiscales, quienes van a escudriñar los hallazgos y decidirán si continúan, recusan o reenfocan los recursos para la resolución de los asuntos. En la Corte, los investigadores van a presentar sus hallazgos al “Trier-of-Fact” (el juicio o el jurado), quien decide si la evidencia es suficientemente meritoria como para dar lugar a un caso y proceder a un juicio.

#### **5. Secuencia de escalones**

Este modelo permite a los investigadores un recorrido lógico de los eventos, por lo que está aceptado y tiene consenso profesional. Los métodos utilizados apoyan los encuen-

tros y son fiables. Además, el modelo tiene integridad; esto significa que la evidencia no ha sido cambiada ni alterada.

- Persuasión y testimonial
- Reporte
- Análisis
- Organización y búsqueda
- Reducción
- Cosecha
- Recuperación
- Preservación
- Identificación y confiscación
- Protocolos de la escena del crimen
- Evaluación de evidencia
- Incidente que alerta y acusación

Es importante que el proceso se pueda repetir por otros investigadores, independientemente del lugar y del tiempo. Solamente con este sistema se logra establecer “causa y efecto”, el vínculo lógico entre ofensor, eventos y evidencia.

### ***5.1. Incidente que alerta y acusación***

Cada proceso tiene su comienzo, un lugar, un evento que señalan que la carrera ha comenzado.

Este paso puede ser señalado por una alarma de un sistema de detección de intrusos, un sistema administrativo que observa (“Firewall Logs”), o cualquier combinación de indicadores de múltiples sensores de seguridad instalados en las redes y en los anfitriones. Este primer paso puede ser lo mismo en el mundo físico y en el mundo digital. Además, este primer escalón es muy delicado, porque cada acción en la escena puede alterar la evidencia. Ahondar en la investigación prematuramente, sin la autorización o los protocolos apropiados, puede minar o desvirtuar el proceso entero. Por ejemplo, un individuo puede reportar una actividad potencial-



mente criminal; este hecho puede llevar a la policía a investigar la escena física. En la escena se pueden encontrar pruebas instrumentales digitales, además de evidencia física.

El uso masivo de computadoras vuelve posible que los crímenes tradicionales contengan alguna información digital. Cuando la acusación o una alerta automática aparece, es muy importante considerar la fuente y su fiabilidad. Hay que balancear las fuerzas, debilidades y matices con relación a las fuentes incluyendo los factores humanos y digitales. Para evaluar una acusación o una alerta rigurosamente, hace falta una verdadera investigación, porque a menudo algo normal en la actividad del sistema es falsamente identificado como una intrusión.

## ***5.2. Evaluación del mérito de la evidencia***

Todas las actividades supuestamente criminales deben ser investigadas, pero los recursos son limitados. Por eso, cada investigador se involucra en varios casos al mismo tiempo. Estos casos pueden incluir casos civiles, de negocios, de operaciones militares, actividades sospechosas que están siendo investigadas, pero pueden ser priorizadas dependiendo de las “Políticas y continuidad de operaciones”. En otras palabras, el investigador se pregunta cuáles son los problemas más severos (de varios casos), y dónde necesita efectivamente sus recursos vitales.

Los factores que influyen en este escalón incluyen la existencia de:

- a) una amenaza física;
- b) un potencial de pérdidas masivas, y
- c) una amenaza que puede destruir o corromper la red de la compañía.

El resultado de este escalón puede ser que no se requiera ninguna investigación posterior, pues la suspicacia pro-

bada es injustificable, o se continúen aplicando los recursos investigadores basados en los méritos de la evidencia, llevando el proceso al próximo escalón: los protocolos de la escena del crimen.

### ***5.3. Protocolos de la escena del crimen***

En caso de que sea necesaria una investigación completa, el primer desafío es retener y documentar el estado y la integridad de los artículos de la escena criminal; por ello, los protocolos y procedimientos se aplican en esta coyuntura crítica para minimizar la probabilidad de cometer errores. Estos protocolos incluyen asuntos de salud y de seguridad, información sobre otras autoridades que deben ser informadas, y qué medidas se deben tomar para asegurar la escena.

Los responsables que aseguran la escena criminal (así como los examinadores de la evidencia digital) necesitan mucha experiencia y un conocimiento profundo de los protocolos aceptados. Al asegurar las redes, una escena del crimen puede incluir fuentes de evidencia en varias localizaciones físicamente distantes. La colección de la evidencia es, por lo tanto, una cuestión más complicada que en el mundo físico. La información recopilada durante este paso con respecto al estado de una escena del crimen está en el nivel más alto.

### ***5.4. Identificación y confiscación***

El “Good Practices Guide for Computer Based Electronic Evidence” contiene cuatro principios que son necesarios para asegurar un proceso de identificación y confiscación que sea aceptado en la Corte y complete en sí mismo:

*Principio 1º:* Ninguna de las medidas tomadas por la policía deben cambiar los datos guardados en una computadora.

*Principio 2º:* En circunstancias excepcionales donde un investigador encuentra necesario tener acceso a los datos originales contenidos en una computadora, este investigador debe ser competente y brindar evidencias que expliquen la importancia y la implicancia de su acción.

*Principio 3º:* Un *audit trail* u otro expediente de todo proceso aplicado a la evidencia digital debe ser creado y ser preservado. Los terceros independientes deben poder examinar esos procesos y alcanzar el mismo resultado.

*Principio 4º:* El oficial a cargo del caso es responsable de asegurarse de que la ley y estos principios sean cumplidos. Esto se aplica a la posesión de y al acceso a la información contenida en una computadora.

Cualquier persona que tiene acceso a la computadora debe actuar conforme con estas leyes y principios.

### **5.5. *Preservación***

Para asegurar la integridad de la evidencia potencial, artículos potencialmente volátiles tienen que permanecer sin cambios; por eso una copia exacta del material original será escudriñada como la investigación continúa. El material original se cataloga y se almacena (sin modificar) en una localización segura. La terminal de salida de esta etapa es, por lo general un sistema de copias duplicadas de todas las fuentes de datos digitales.

### **5.6. *Recuperación***

Puede ser necesario reconstituir los fragmentos de los datos para recuperar todos los que no estén disponibles, o todos los artículos perdidos. Puede utilizar solamente las copias de los datos originales, nunca usar los originales en sí mismos. La

terminal de salida debe estar disponible a los investigadores para avanzar al paso siguiente: la cosecha.

### **5.7. Cosecha**

La cosecha incluye las actividades diseñadas para recolectar datos y “metadata” sobre los objetos de interés. Los hechos concretos comienzan a tomar forma, que confirme o niegue las hipótesis construidas por el equipo investigador. Comienza el momento de escudriñar los datos usando la razón o la lógica. La salida esperada es cosechar extensos conjuntos de datos que tienen el potencial de evidencia y permitan el próximo paso: reducción.

### **5.8. Reducción**

La reducción empieza con la identificación de los ítems específicos en el conjunto de datos que potencialmente apuntan a la investigación y eliminar el resto.

*Objetivo:* Identificar el conjunto más pequeño de la información digital que tiene el potencial más alto para contener datos del valor probatorio. En otras palabras: “separar la paja del trigo”.

### **5.9. Organización y búsqueda**

En este escalón se incluye la información dentro de unidades significativas para ordenar y agrupar archivos, con el objeto de acelerar los pasos de análisis y facilitar al investigador encontrar e identificar información durante el análisis. Esta etapa permite al investigador obtener una referencia de esta información de forma significativa a los reportes finales y testimoniales.

### **5.10. *Análisis***

*Asesoramiento* (contenido y contexto): Objetos digitales que tengan contenidos o sustancias que pueden ser percibidas por el ojo humano. La sustancia será escudriñada para intentar determinar factores tales como medios, motivación y oportunidad.

*Experimentación*: A veces se hace necesaria la implementación de nuevos métodos y técnicas durante la investigación. Todas las metodologías probadas comenzaron como experimentos, así que lo que sigue siendo crucial es que toda la experimentación esté documentada rigurosamente, de modo que la comunidad, así como las Cortes, tengan la oportunidad de probarla.

*Fusión y validación*: Unificar fuentes digital y *non-digital*. La evidencia digital por sí misma no contará la historia completa. Los datos, por lo tanto, se deben fundir y correlacionar para poblar las estructuras de la evidencia necesaria.

### **5.11. *Reportar***

El reporte provee una vista “transparente” del proceso investigativo; contiene importantes detalles de cada paso en el proceso investigativo, e incluye el análisis que guía cada conclusión y descripción de la evidencia corroborada. La mayor parte del informe se ocupa, generalmente, del análisis que lleva a cada conclusión y a las descripciones de la evidencia de apoyo. Debe contener teorías que hayan sido eliminadas por contradictorias o por falta de evidencia.

### **5.12. *Persuasión y testimonial***

A veces será necesario presentar los resultados en un informe y responder preguntas relacionadas con el caso, antes

de que los responsables puedan llegar a una conclusión. Una cantidad significativa de esfuerzo se requiere para preguntar y para convencer en asuntos técnicos de una manera clara y viable. Por eso, este último paso incluye las técnicas y los métodos usados para ayudar al analista y a los expertos a traducir el detalle tecnológico en una narrativa comprensible para la discusión con los responsables.

## IV. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR DETENCIONES POLICIALES ARBITRARIAS

*Adrián N. Martín\**

\* Profesor Adjunto en la Cátedra de Derecho Penal I, UAI.





## **1. Introducción**

El objetivo de este trabajo es exponer brevemente las facultades policiales que posee la Policía Federal, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para detener personas por fuera de la regulación procesal penal y de la regulación contravencional, y establecer que la Argentina ha incumplido con la obligación de evitar detenciones arbitrarias generando, con ello, responsabilidad internacional.

## **2. La facultad de detención con el fin de establecer identidad**

Esa facultad presuntamente destinada a establecer la identidad de personas se halla contenida en la ley nacional 23.950, que ha modificado el dec. ley 333/58 que permitía la detención por no más de veinticuatro horas para conocer los antecedentes del detenido.

La Policía Federal Argentina, como cuerpo policial del Gobierno federal, posee funciones de policía de seguridad y judicial en materia federal y de único cuerpo de policía, también de seguridad y judicial en la Ciudad Autónoma de

Buenos Aires. Ambas facultades se hallan explicitadas en su Ley Orgánica (dec. ley 333/58, ratificado por ley 14.467 y modif.) de la siguiente forma:

- a) Funciones de policía de seguridad y judicial, exclusivamente en materia federal, en territorio de las provincias; a excepción de las zonas portuarias sujetas a jurisdicción de la Prefectura Naval o de las zonas de seguridad de fronteras, sujetas a jurisdicción de Prefectura o Gendarmería; y
- b) Cuerpo de policía de seguridad y judicial, en jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires.

Desde la concepción liberal se establece que las injerencias estatales, para ser consideradas legales, deberán basarse en supuestos de hecho subsumibles en fórmulas legales previamente establecidas para habilitar el ejercicio del poder punitivo del Estado<sup>1</sup>. Sin embargo, desde fines del siglo XIX se ha instalado fuertemente en el discurso jurídico (académico, legal y judicial) una concepción del delito “sustancialista” que, de la mano del positivismo criminológico, ha tenido en nuestro país una fuerte impronta. A través de tales ideas, ajenas a las contenidas en la Constitución política y, por ello, contrarias a una concepción del “Estado de Derecho”, se plasmaron en la legislación y en las prácticas tanto

<sup>1</sup> ZAFFARONI, Eugenio R., “Derechos humanos y sistemas penales y América latina”, en AA.VV., *Criminología crítica y control social*, t. 1, “El poder punitivo del Estado”, Juris, Rosario, 1993, p. 61; ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 105; SOZZO, Máximo, “¿Hacia la superación de la táctica de la sospecha. Notas sobre prevención del delito e institución policial”, en FRUHLING, Hugo (ed.), *Control democrático en el mantenimiento de la seguridad interior*, CED, Santiago de Chile, 1998, también publicado en [www.cels.org.ar]; del mismo autor, “Usos de la violencia y construcción de la actividad policial en la Argentina”, en GAYOL, Sandra, y KESSLER, Gabriel (comps.), *Violencias, delitos y justicia en la Argentina*, Manantial, Buenos Aires, 2002, p. 229; FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, (2ª ed.), Madrid, 1997, ps. 373-382.

de la agencia policial como judicial. Las elites morales que hegemonizaron el debate sobre la cuestión del orden urbano y la cuestión del castigo y, por lo tanto, de la actividad policial, quedaron vinculadas a la eliminación de grupos catalogados como peligrosos y por ello con alto grado de “temibilidad”. En ese contexto, el control poblacional y la táctica de la sospecha surgieron como instrumentos eficaces<sup>2</sup>.

Es posible, en consecuencia, establecer tres grandes supuestos normativos de detención policial autorizada legalmente en la Argentina, es decir, en el plano infraconstitucional.

El primero de tales grupos no es más que la reproducción de la regla constitucional que exige, como forma paradigmática de restringir el derecho a la libertad ambulatoria, que se expida una “orden escrita de autoridad judicial competente”. Ante ello, y dado el alcance y objetivo del presente trabajo, este grupo de reglas legales no merecerá mayor tratamiento.

El segundo grupo de supuestos se conforma por las disposiciones de los códigos procesales que establecen, como excepción a esa regla general, que las agencias policiales podrán detener a personas si verificaran diversos supuestos de los que pudiera deducirse la vinculación del sujeto con un delito. Si bien, en abstracto, este tipo de estándares parecería encontrar razón de ser en la misma regulación constitucional, debe destacarse que no siempre los códigos procesales regulan este tipo de casos como supuestos de delito *in fraganti*, tal como lo hace el art. 68 de la C.N., sino que ellos se amplían a otro tipo de casos. Este tipo de casos, en el que se autoriza legalmente a que un miembro de una agencia policial intercepte a una persona en el espacio público,

<sup>2</sup> Sozzo, “¿Hacia la superación...?”, ob. cit., p. 229; TISCORNIA, Sofía, “Seguridad y cultura de la violencia. El teatro de la furia”, en *Encrucijadas*, UBA, Año 1, n° 1, nov. 2000, también publicado en [www.filo.uba.ar].

puede, además, ser dividido en tres subgrupos de casos que poseen características particulares.

El primero de los subgrupos es el que componen las reglas que facultan al personal policial a practicar la “detención” de una persona que evidencia signos de estar cometiendo o haber cometido un delito. En la regulación federal, este subgrupo está compuesto por los estándares de “flagrancia” y de “indicios vehementes de culpabilidad y peligro inminente de fuga”. Asimismo, existen otros dos subgrupos que deben ser tratados en forma separada, al menos en esta primera instancia. Uno de ellos está constituido por las reglas que facultan a la agencia policial ya no a “detener”, sino a “registrar o requisar” a una persona. En el ordenamiento federal el estándar legal exigía, hasta el año 2001, la corroboración de “motivos suficientes para presumir que [una persona] oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito”, y actualmente requiere, además, “la concurrencia de circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas”. Un último subgrupo está constituido por los supuestos que facultan a practicar un “allanamiento”. Si bien los allanamientos usualmente no son efectuados en el espacio público, ya que su forma paradigmática es la del allanamiento de domicilio y, en consecuencia, esos casos no implican la interceptación de persona alguna, ha habido un grupo de supuestos en los que las reglas del allanamiento se vieron involucradas: la inspección de vehículos, por cuanto se discutió largamente si los automóviles se allanaban o se requisaban. Desde el año 2001, una reforma legal corrigió la regulación, aunque ello no implica que se haya zanjado la cuestión en el orden constitucional.

Por último, el tercer grupo de supuestos de interceptación policial es el que ha sido mayoritariamente regulado en el marco de las leyes orgánicas de las policías provinciales y de la policía del Estado federal. Estos supuestos se asemejan más a verdaderos controles poblacionales arbitrarios,

propios de estados de policía o absolutos, puesto que permiten la detención de personas con el fin de conocer sus antecedentes penales, sus medios de vida, etcétera.

Este trabajo se centra en el análisis del tercer grupo de casos que no se halla habitualmente regulado en los códigos procesales penales, sino en normas de igual o menor jerarquía pero, sin duda, mucho más invisibilizadas.

La otra norma de gran importancia en las prácticas de la agencia policial en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en especial luego de que se derogaran los edictos policiales, es la ley 23.950. Dicha norma, en su art. 1º, actualmente establece:

Fuera de los casos establecidos en el Código de Procedimientos en Materia Penal, no podrá detenerse a personas sin orden de juez competente. Sin embargo, si existiesen circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiere cometer algún hecho delictivo o contravencional y no acreditare fehacientemente su identidad, podrá ser conducido a la dependencia policial que correspondiese, con noticia al juez con competencia en lo correccional en turno y demorada por el término mínimo necesario para establecer su identidad, el que en ningún caso podrá exceder de diez horas. Se le permitirá comunicarse en forma inmediata con un familiar o persona de su confianza a fin de informarle su situación. Las personas demoradas para su identificación no podrán ser alojadas junto ni en lugares destinados a los detenidos por delitos o contravenciones<sup>3</sup>.

Esta ley reformó la Ley Orgánica de la Policía Federal Argentina, en cuanto autorizaba la detención de personas fuera de las disposiciones del Código de Procedimiento para averiguar sus antecedentes. Esa norma establecía como facultad policial, la de “detener con fines de identificación, en circunstancias que lo justifiquen, y por un lapso no mayor

<sup>3</sup> B.O., 11/9/91, p. 6.

de veinticuatro horas, a toda persona de la cual sea necesario conocer sus antecedentes”.

Respecto de la norma modificada por la ley 23.950, dijo Alejandro Carrió<sup>4</sup> que en comparación con el régimen anterior implicaba un paso adelante, ya que no podría ser detenido en los términos de esa norma quien tuviera en su poder el Documento de Identidad y además es requisito legal que existan razones que hagan presumir la comisión de un delito o contravención. Respecto de estas causales, el autor dijo que la disposición “ofrece algunas dudas”, las que radican, a su criterio, en el lenguaje utilizado para comprender a las situaciones de que “pudiere cometer”. Ante ello precisó que “[e]n abstracto, es claro que todos los habitantes estamos en esa situación”, por lo que consideró que

será de suma importancia que los tribunales exijan, llegado el caso, que el policía que cumplió la detención identifique cuáles fueron las “circunstancias debidamente fundadas” que lo llevaron a presumir que se estaba ante la inminencia de la comisión de un hecho ilícito<sup>5</sup>.

La Policía Federal Argentina, hasta el año 1998, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, contó con la facultad de detener personas por supuestas transgresiones a los Edictos Policiales. Tal normativa prohibía, con fórmulas vagas, conductas que de ninguna forma implicaban lesiones a los derechos de un tercero, sino que eran verdaderas normas habilitantes para que la agencia policial realizara control poblacional, y además se prestaba a actos de corrupción. Estas detenciones, en el año 1992, alcanzaron la cifra de 35.350 personas, elevándose paulatinamente hasta llegar, en el año

<sup>4</sup> CARRIÓ, Alejandro, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1994, p. 130.

<sup>5</sup> Ídem, p. 135.

1994, los 135.038 casos; en el año 1995, 150.830; en 1996, 153.476 y en 1997, un número similar<sup>6</sup>.

Paralelamente, la agencia policial también contaba, hasta el año 1991, con la facultad de detener para “averiguar los antecedentes” de cualquier persona en tanto existieran “causas justificadas” (dec. ley 333/58, ratificado por ley 14.467) y desde el año 1991, para establecer identidad en los supuestos ya mencionados (ley 23.950). Las detenciones alegando estos motivos fueron, entre 1995 y 1997, cercanas a los 53.000 casos por año, subiendo considerablemente en 1998 a 69.029, y ascendiendo marcadamente en los años siguientes.

Cumpliendo con la cláusula transitoria mencionada, en el mes de marzo de 1998 entraron en vigencia el Código Contravencional (o Código de Convivencia Urbana —ley 10—) y el Código de Procedimiento Contravencional (ley 12), y con ellos quedaron automáticamente derogados los tristemente célebres Edictos Policiales.

La eliminación de la facultad de detener por Edictos y la sustitución de tal normativa por un Código Contravencional, con intervención judicial inmediata ante medidas de arresto, que implicaba judicializar al presunto contraventor inmediatamente, no pudiendo ser conducido a la seccional policial sino a una dependencia judicial, tuvo por efecto que las estadísticas anuales de personas detenidas por establecimiento de identidad se elevaran considerablemente, paliando el déficit originado por la pérdida de la facultad de detener por

<sup>6</sup> La cifra exacta de 1997 no fue suministrada por la Policía Federal Argentina, pero es posible aseverar que el número se mantuvo constante respecto de 1996, pese a la disposición constitucional que indicaba que no regía la detención preventiva en materia contravencional. Así, en un informe elevado por la Policía Federal al Ministerio del Interior resaltó lo siguiente: “Detenidos por contravenciones: para contener la marginalidad y el estado predelictual, se apeló a las contravenciones, con un récord histórico de detenidos (150.830 durante 1995) y en el 96 se mantienen esos valores”; cfr. *CELS-HRW*, 1998, p. 94.

infracción a la normativa de Edictos, pese a que importaban tipificaciones de supuestos de hecho diferentes.

La mencionada ley 23.950 fue sancionada en el año 1991 como respuesta a las críticas a su antecesora (art. 5º, inc. 1º, dec. ley 333/58, ratificado por ley 14.467), motivadas en el hecho de que a través de esta última se había justificado la detención, a la salida de un recital de rock, de Walter Bulacio, quien habría muerto en la comisaría a raíz de los golpes allí recibidos.

Esa norma antecesora se encontraba inserta en la Ley Orgánica de la Policía Federal Argentina, y facultaba a

detener con fines de identificación, en circunstancias que lo justifiquen, y por un lapso no mayor de veinticuatro horas, a toda persona de la cual sea necesario conocer sus antecedentes.

Como se advierte de su simple lectura, la absoluta discrecionalidad policial para privar de libertad a una persona durante veinticuatro horas y sin otro control judicial que el *habeas corpus* que pueda ser presentado dentro de ese término por alguien a favor del detenido, no resiste ningún análisis en cuanto a su validez constitucional.

Al respecto, se ha dicho:

La norma se refiere a la posibilidad de averiguar los antecedentes de las personas que son detenidas por la policía. Ello se basa en un aparente principio de defensa social y se sostiene en el supuesto de que una persona que haya cometido un delito o una contravención en el pasado resulta peligrosa en el presente o futuro. Bajo este esquema las personas no son juzgadas por sus actos, sino que por sus posibles conductas en función de una historia de vida construida y registrada en los antecedentes policiales<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> TISCORNIA, Sofía; EILBAUM, Lucía, y LEKERMAN, Vanina, "Detenciones por averiguación de identidad. Argumentos para la discusión sobre sus usos y abusos", en FRUHLING, (ed.), ob. cit.



A su vez, esta normativa reconoce antecedentes en la legislación de principio del siglo pasado, atravesada por los discursos de la defensa social, el higienismo y el positivismo criminológico peligrosista. En efecto, la policía ha contado, desde inicios del siglo xx, con facultades legales de detener a quienes se “conocía como profesionales del delito”, o bien a quienes pudieran, a su criterio, eventual o habitualmente, “alterar la tranquilidad y el orden social”<sup>8</sup>.

En este marco de análisis es necesario destacar que la reforma de la ley 23.950 vino sólo a reducir la arbitrariedad policial y a menguar los efectos de las detenciones, acotando el plazo máximo de privación de libertad a diez horas. Por otra parte, la comunicación al juez no resulta más que una formalidad no idónea para el efectivo control, puesto que dado el plazo máximo de detención y que el aviso judicial es dilatado varios días desde que la persona recupera la libertad, todo control es abstracto<sup>9</sup>.

Sozzo ha presentado las técnicas “preventivas” de la institución policial clasificándolas en dos subclases: la presencia y vigilancia policial, por un lado, y la detención policial sin orden judicial, por el otro. Dentro de esta última, ha sostenido que en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos

<sup>8</sup> SALESSI, Jorge, *Médicos, maleantes y maricas. Higiene, criminología y homosexualidad en la construcción de la Nación Argentina (Buenos Aires: 1871-1914)*, Beatriz Viterbo Editora, 2ª ed., Buenos Aires, 2000, ps. 150-154; ANITUA, Gabriel I., “¡Identifíquese! Apuntes para una historia del control de las poblaciones”, en BAIGÚN, David, *et. al., Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Prof. Julio Maier*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 519; MARTÍN, Adrián N., “La impronta de la ideología positivista del peligrosismo y la defensa social como construcción imaginaria que sigue atravesándonos como sociedad (pasado y presente de una lógica filial)”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Criminología n° 3, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, ps. 298-299.

<sup>9</sup> BARTUMEU ROMERO, Marcelo, “Visión crítica de los supuestos de aplicación de la ley 23.950”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n° 12, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 405.

Aires operaban indistintamente las subtécnicas de detención por Edictos Policiales y la detención por “averiguación de identidad”. Es por ello que ante la abolición de la primera de ellas se ha tendido a reconstruir la técnica policial preventiva en torno a la otra subtécnica subsistente legalmente: *la detención por averiguación de identidad*<sup>10</sup>. Es decir que la táctica de la sospecha no ha sido abandonada como táctica de prevención del delito, sino que simplemente, se ha operado un reacomodamiento en la fórmula legal sobre la que pretenden justificarse las detenciones que vienen decididas con prescindencia de los supuestos habilitantes contenidos en cada una de esas reglas legales.

Este tipo de normativa y una interpretación sumamente laxa de los preceptos legales contenidos en los códigos procesales ha operado en una amalgama jurisprudencial por momentos sumamente difusa, como una forma de cubrir vacíos de aquéllos fundamentando muchas prácticas policiales tendientes a llevar a cabo meros controles poblacionales respecto de ciertas personas con alto grado de vulnerabilidad, sin otra justificación racional más que un puro ejercicio de poder que nada tiene que ver con el modelo del Estado democrático.

### **3. Las reglas constitucionales e internacionales sobre detención arbitraria**

#### **3.1. *Reglas supraconstitucionales que condicionan la posibilidad de restringir el derecho a la libertad ambulatoria***

Como primer acercamiento al núcleo central de este trabajo resulta necesario explicitar que la Argentina ha plas-

<sup>10</sup> SOZZO, M., “Institución policial y prevención del delito. Apuntes para una ‘Historia del presente’”, en PEGORARO, Juan S., y MUÑAGORRI, Ignacio, *La*

mado la protección del derecho a la libertad ambulatoria mediante diversas disposiciones constitucionales, pero especialmente a través de la ratificación de instrumentos internacionales protectores de derechos humanos.

El reconocimiento del derecho de libre circulación de las personas, y la consiguiente restricción de las posibilidades de injerencia estatal a través de lo que se ha denominado “arresto”, en el plano supralegal se ha mantenido inalterado desde 1853 al menos hasta el año 1984, momento desde el cual la Argentina ratificó diversos instrumentos internacionales protectores de derechos humanos entre los que se encuentran la *Convención Americana de Derechos Humanos* (CADH) ratificada por ley 23.054 de 1984 y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCYP) por la ley 23.313 de 1986. Estos tratados, junto con la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* (DADDH) y la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (DUDH) formaron un plexo normativo que en 1994 se incluyeron expresamente en la Constitución Nacional (art. 75.22).

Durante esa década, la discusión sobre el lugar que en la pirámide normativa ocupaban los tratados se reeditó respecto de aquéllos. Buena parte de la doctrina y la jurisprudencia sostenía que tenían jerarquía infraconstitucional, aunque superior a las leyes, mientras que otro sector simplemente los asimilaba a una ley dado que de esa forma eran incorporados al Derecho interno. En el año 1992, la CSJN dictó un fallo trascendente que abriría una nueva doctrina en el marco de ese debate. Así, en el caso “Ekmekdjian c/Sofovich” sostuvo:

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (...) confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango inte-

gra el ordenamiento jurídico argentino. La Convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno (consid. 18)<sup>11</sup>.

La línea jurisprudencial iniciada en este caso se afirmó definitivamente en el año 1994, cuando a través de una reforma constitucional esos tratados y otros instrumentos internacionales protectores de derechos humanos que ya habían sido suscriptos por la Argentina fueron incorporados con jerarquía constitucional. Así, el art. 75.22 de la C.N. quedó redactado de la siguiente manera:

Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos... Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los

<sup>11</sup> Resuelto el 7/7/92, *Fallos*, 315:1492.

miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional<sup>12</sup>.

Con relación a la última frase del art. 75.22, C.N., en tanto indicaba que la vigencia de los tratados lo sería “en las condiciones de su vigencia”, la CSJN sentenció que ella no hacía referencia sencillamente a las reservas efectuadas por la Argentina, sino a las pautas de interpretación dictadas por los organismos internacionales creados en tales tratados, con lo cual la hermenéutica constitucional necesariamente debe incluir el estudio de las sentencias de la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Corte IDH) y al menos tener en consideración los dictámenes de la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (Comisión IDH).

Esta posición fue reafirmada en la jurisprudencia penal del Tribunal, luego de la reforma constitucional de 1994 en el caso “Girolodi”<sup>13</sup>, donde la CSJN dijo que las condiciones de su vigencia de la CADH implicaba que se debía efectuar,

tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.

A ello añadió el Tribunal que la jurisprudencia internacional debía servir de

guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> B.O., 23/8/94, p. 1.

<sup>13</sup> Resuelto el 7/4/95, *Fallos*, 318:514.

<sup>14</sup> Consid. 11 del fallo ya citado.

Por otra parte, la CSJN, en el fallo de referencia, explicitó que la inobservancia de tales disposiciones convencionales conforme la interpretación internacional podría comprometer la responsabilidad de la Argentina, por cuanto el art. 1° de la CADH establece que los Estados parte deben “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella”, y además “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción”.

Así, se señaló que

a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno federal, le corresponde —en la medida de su jurisdicción— aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional<sup>15</sup>.

Así, la CSJN se hizo eco de lo dispuesto en los arts. 1.1 y 1.2 de la CADH y de la inveterada línea que han mantenido la Corte IDH y la Comisión IDH en cuanto se ha sostenido que:

“garantizar” implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce,

y que por ello la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituyan una violación de tales disposiciones. Así ha sido sostenido, por ejemplo por la Corte IDH, en la Opinión Consultiva 11/90 del 10 de agosto de 1990, “Excepciones al agotamiento de los recursos internos”<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Consid. 12 del fallo ya citado.

<sup>16</sup> Corte IDH OC-11/90, parágr. 34.

En ese sentido, el Tribunal Internacional sostuvo:

“garantizar” entraña, asimismo, el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos<sup>17</sup>.

Asimismo y, en cuanto a la forma de llevarlo a cabo, específicamente en un caso de detención ilegítima contra la Argentina (caso “Bulacio”), ha señalado la Corte IDH que el Estado tiene un deber de “protección activa” de los derechos enumerados en la CADH, y que este deber exige que adopten las medidas para prevenir nuevas violaciones a tales derechos, más allá de las reparaciones que en el caso se resuelvan a favor de la víctima que motivó el caso.

Al respecto, Luis García indicó que la Corte IDH “se enrola en la idea de una reparación que tiene a su vez efectos preventivos bajo la forma de ‘garantía de no repetición’”, y que en esa línea se han pronunciado estudios vinculados al análisis económico del Derecho explicitando que, “generalmente las reparaciones a menudo subvaloran los derechos lesionados, y resulta que ‘pagar para violar es más barato que cumplir las obligaciones’”<sup>18</sup>.

Ante ello, resulta ineludible para establecer los límites de la actuación policial en cuanto a la restricción del derecho a la libertad, no sólo recurrir a los consabidos arts. 18 y 19, C.N. sino también a las reglas convencionales establecidas, al menos, en la CADH y en el PIDCYP y a la interpretación que de ellas han efectuado los organismos creados por

<sup>17</sup> Corte IDH OC-11/90, parágr. 23.

<sup>18</sup> GARCÍA, Luis M., “Boogie del preso. Cuando la Argentina hace bailar a los niños debe hacerse cargo del costo del baile: La sentencia de la Corte Interamericana en el caso de Walter David Bulacio”, comentario al fallo de la Corte IDH, “Bulacio c/Argentina”, en *LL*, 2004-A-682.

tales instrumentos internacionales. Estos derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad, conforme lo ha establecido la CADH y la Corte IDH son un “piso” de derechos y de ninguna forma deben ser utilizados para acotar los eventuales y mayores derechos que pudieran hallarse acordados por la legislación interna.

En consecuencia, la legislación que dictare el Congreso nacional y las legislaturas locales no podrán autorizar detenciones que contraríen las reglas constitucionales señaladas, sin que aquéllas pudieran ser tachadas de inconstitucionales. Sin embargo, vale destacar en este apartado, que algunos Estados provinciales efectuaron reforma a sus constituciones donde se establecían cláusulas más explícitas en cuanto a la restricción de las facultades policiales de interceptación de personas en el espacio público, y que otras, en cambio, ya disponían de esas cláusulas en su Constitución originaria. Estas disposiciones también son determinantes para restringir las facultades policiales, en tanto son constituyentes de la normativa interna del Estado y en caso de que eleven el “piso de exigencia” su aplicabilidad deviene obligatoria.

La CADH y el PIDCYP establecen, en cuanto al derecho a la libertad ambulatoria y a la posibilidad estatal de coartarla, cuáles son los requisitos a cumplir en esos casos. Asimismo señalan expresamente que nadie puede ser sometido a una detención arbitraria (art. 7.3, CADH y 9.1, PIDCYP) que toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, de los cargos formulados (art. 7.4, CADH y 9.2, PIDCYP).

En suma, la jurisprudencia y la doctrina más autorizada, han entendido que del plexo constitucional nacional se derivan, al menos, dos reglas centrales. En primer lugar, que toda privación de libertad debe ser dispuesta por escrito de parte de autoridad competente, es decir, un juez. En segundo lugar, que, además de escribir la orden de detención, el juez deberá contar con razones legalmente válidas que de-



berá expresar en ella. Es decir que sólo será legítima una privación de libertad si fuera ordenada por un juez mediante una orden fundada y apoyada en una norma habilitante. Sólo en forma excepcional otra autoridad distinta de la judicial podrá disponer el arresto de una persona, y en tales casos también deberán, ineludiblemente, concurrir razones fundadas que justificaran la medida basada en una norma que la habilite, prescindiendo de la orden judicial.

Esta última elaboración se ha efectuado a partir de la redacción del art. 68, C.N. que autoriza el arresto de miembros del Congreso a condición de que sean sorprendidos *in fraganti* delito. Ante ello se ha dicho que no sería razonable concluir que la C.N. permite el arresto sin orden de autoridad competente de legisladores sorprendidos en la comisión de un delito, y no lo admita respecto de los demás habitantes en equivalentes situaciones.

Este supuesto constituye una excepción a la primera de las reglas, es decir a la exigencia de orden escrita de un juez, mas no a la segunda. Por ello no es posible para la autoridad no judicial prescindir o extralimitarse de lo indicado por la ley habilitante, ni del cumplimiento de su obligación de fundamentar qué supuestos fácticos hicieron pertinente la aplicabilidad de dicha autorización. En ese sentido, la doctrina ha destacado innumerable cantidad de veces que esta excepción exime a la agencia policial de la correspondiente orden judicial previa, mas nunca de las razones debidamente fundadas<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> CARRIÓ, Alejandro, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Hammurabi, 3ª ed., Buenos Aires, 1994, p. 135; en el mismo sentido, "Requisas personales, privacidad y actuación policial (La Casación habló y los derechos encogieron)", *LL*, 1994-E-143; MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal: fundamentos*, Editores del Puerto, 2ª ed., Buenos Aires, 1996, ps. 521-522; SAGUÉS, Néstor P., "Libertad personal, seguridad individual y debido proceso", en *Ius et praxis. Derecho en la región*, Año 5, n° 1, Universidad de Talca, Chile, 1997, p. 211.

### **3.2. Algunos casos paradigmáticos de la CIDH**

Respecto de las interpretaciones que de tales reglas ha hecho uno de los organismos internacionales creados por la CADH (la Corte IDH), baste señalar algunos pasajes de las sentencias de algunos casos paradigmáticos.

En el caso “Gangaram Panday c/Suriname”, del 21 de enero de 1994, la Corte IDH dijo en el párag. 47, con referencia al art. 7° de la Convención Americana:

Esta disposición contiene como garantías específicas, descritas en sus incs. 2° y 3°, la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, respectivamente. Según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que —aun calificados de legales— puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad<sup>20</sup>.

El 12 de noviembre de 1997 la Corte IDH resolvió otro caso vinculado a este tópico: el de “Suárez Rosero c/Ecuador”, donde reforzó nuevamente su doctrina y luego de citar el párrafo referido del caso citado anteriormente, añadió en el páragr. 44:

No fue demostrado que el señor Suárez Rosero haya sido aprehendido en delito flagrante. En consecuencia, su detención debió haberse producido en virtud de una orden emitida

<sup>20</sup> Corte IDH, caso “Gangaram Panday c/Suriname”, sent. del 21/1/94, serie c. 16.

por una autoridad judicial competente. Sin embargo, la primera actuación judicial respecto de la privación de libertad del señor Suárez Rosero fue de fecha 12 de agosto de 1992 (*supra*, párr. 34, aparte i), es decir, más de un mes después de su detención, en contravención de los procedimientos establecidos de antemano por la Constitución Política y el Código de Procedimiento Penal del Ecuador<sup>21</sup>.

Con fecha 7 de septiembre de 2004, en el caso “Tibi c/Ecuador” la Corte IDH citó la doctrina mencionada en el caso “Gangaram Panday”, en el parágr. 98, y luego indicó en el parág. 103:

De conformidad con los arts. 19.17.h de la Constitución Política y 172 y 174 del Código de Procedimiento Penal del Ecuador, vigentes al momento de los hechos, se requiere orden judicial para detener a una persona, salvo que haya sido aprehendida en delito flagrante. En el presente caso, está probado que en la detención del señor Daniel Tibi no se cumplió el procedimiento establecido en las citadas normas. Efectivamente, la presunta víctima no fue sorprendida *in fraganti*, sino que fue detenida cuando conducía su automóvil en la ciudad de Quito, sin que existiera orden de detención en su contra, que se expidió al día siguiente de dicha detención, es decir, el 28 de septiembre de 1995 (*supra*, párr. 90.13). A la luz de lo anterior, la detención ilegal del señor Daniel Tibi configura una violación al art. 7.2 de la Convención Americana<sup>22</sup>.

En suma, los pasajes de las sentencias de la Corte IDH permiten diferenciar las detenciones que la CADH califica de ilegales de las que cataloga como arbitrarias. En las primeras, la privación de libertad se realiza en infracción a las disposiciones internas del país que si bien constituye una

<sup>21</sup> Corte IDH, caso “Suárez Rosero c/Ecuador”, sent. del 12/11/97, serie c. 35.

<sup>22</sup> Corte IDH, caso “Tibi c/Ecuador”, sent. del 7/9/04, serie c. 114.

violación grave, su determinación no resultará demasiado compleja por cuanto no posee norma legal que la avale. En cambio, la riqueza mayor de las resoluciones citadas se da en tanto diferencian otro tipo de detenciones, en principio formalmente legales pero incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales por ser irrazonables, imprevisibles o faltas de proporcionalidad.

Es por ello que las leyes internas que autorizan detenciones no sólo deben establecer expresamente las causas, casos o circunstancias que permiten una privación de libertad, sino que adicionalmente deben otorgar precisiones que permitan establecer a cualquier persona bajo qué supuestos puede un sujeto ser legítimamente detenido, sin que tales resoluciones queden a exclusiva discrecionalidad del funcionario.

En ese sentido se expidió la Comisión IDH en el Informe 66/01 (caso 11.992, “Levoyer Jiménez, Dayra María vs. Ecuador”) en el que en los parágrs. 35 a 37 señaló que la ley debe fijar de antemano las condiciones la detención pero que esa definición deberá ser “pormenorizada y precisa, y que por ello no basta con prescripciones genéricas e indefinidas”. En esa línea la Comisión IDH consideró contraria al art. 7º, CADH la disposición del Código de Procedimientos ecuatoriano que permitía a la policía a detener personas cuando existiese “grave presunción de culpabilidad” porque, a su criterio, era una disposición vaga y dejaba librada a la apreciación subjetiva del agente estatal los presupuestos fácticos de una detención.

También el derecho de toda persona privada de la libertad ambulatoria, contenido en el art. 7.4 de la CADH, a recibir en el mismo momento de la detención la información sobre las razones que la motivaron, constituye otra forma de limitar las detenciones formalmente apoyadas en una normativa habilitante, pero materialmente arbitrarias e infundadas. Luis García señaló al respecto:

La finalidad que persigue[n] estos deberes de información es evitar detenciones arbitrarias, esto es, que se detenga bajo un título, o sin título alguno, y que *ex post* se provean razones que no existían, y que por ende no había modo de informar al momento de la detención<sup>23</sup>.

#### 4. El caso “Bulacio c/Argentina”

La Corte IDH resolvió, con fecha 18 de septiembre de 2003, el caso “Bulacio c/Argentina”, relacionado directamente con un caso de detención policial. Allí señaló que en el ítem “Garantía de no repetición de los hechos lesivos” que reconocía, tal como se había hecho en casos anteriores<sup>24</sup>, “la existencia de la facultad, e incluso, la obligación del Estado de ‘garantizar su seguridad y mantener el orden público’”, pero que el poder del Estado en esa materia no podía ser ilimitado, estando su actuación condicionada por el respeto a los derechos fundamentales de los individuos, y por la “observación de los procedimientos conforme a Derecho”<sup>25</sup>.

Así, en lo que hace al tópico en análisis la Corte sostuvo, entre otras cosas, en los párrs. 125, 128 y 137:

En cuanto a la facultad del Estado de detener a las personas que se hallan bajo su jurisdicción, esta Corte ha señalado, al

<sup>23</sup> GARCÍA, ob. cit., p. 682.

<sup>24</sup> Cfr., caso “Juan Humberto Sánchez”, *supra*, nota 4, párr. 86; caso “Hilaire, Constantine y Benjamin y otros”, *supra*, nota 5, párr. 101 y caso “Bámaca Velásquez”, *supra*, nota 30, párr. 174, y caso “Durand y Ugarte”, *supra*, nota 30, párr. 69. Véase, en un sentido parecido, caso “del Caracazo”, *supra*, nota 3, párr. 127.

<sup>25</sup> Cfr., caso “Juan Humberto Sánchez”, *supra*, nota 4, párr. 86; caso “Hilaire, Constantine y Benjamin y otros”, *supra*, nota 5, párr. 101 y caso “Bámaca Velásquez”, *supra*, nota 30, párr. 174. En igual sentido, cfr., Eur. Court H.R., “Ribitsch v. Austria”, Judgment of 4 December 1995, Series A, n° 336, parágrafo 38, y Eur. Court H. R., “Tomasi v. France”, Judgment of 27 August 1992, Series A, n° 214-A, parágrafo 115.

analizar el art. 7° de la Convención Americana, que existen requisitos materiales y formales que deben ser observados al aplicar una medida o sanción privativa de libertad: nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal) (cfr., caso “Juan Humberto Sánchez”, *supra*, nota 4, párr. 78; caso “Bámaca Velásquez”, *supra*, nota 30, párr. 139; y caso “Durand y Ugarte”, *supra*, nota 30, párr. 85).

y, además, que

el detenido y quienes ejercen representación o custodia legal tienen derecho a ser informados de los motivos y razones de su detención cuando ésta se produce, lo cual “constituye un mecanismo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias desde el momento mismo de la privación de libertad y, a su vez, garantiza el derecho de defensa del individuo” (cfr. caso “Juan Humberto Sánchez”, *supra*, nota 4, párr. 82), y además contribuye, en el caso de un menor a mitigar el impacto de la detención en la medida de lo posible. [...]

Las *razzias* son incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales, entre otros, de la presunción de inocencia, de la existencia de orden judicial para detener —salvo en hipótesis de flagrancia—.

Asimismo, en lo que hace específicamente a los procedimientos a cumplir inmediatamente luego de la detención, la Corte IDH destacó, en los párrs. 129 y 132, en lo que aquí interesa:

Otra medida que busca prevenir la arbitrariedad o ilegalidad es el control judicial inmediato, tomando en cuenta que en un Estado de Derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general un trato consecuente con la presunción de inocencia que ampara al inculgado mientras no se

establezca su responsabilidad. “[U]n individuo que ha sido privado de su libertad sin ningún tipo de control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez, pues el contenido esencial [de este] art. 7° de la Convención Americana es la protección de la libertad del individuo contra la interferencia del Estado”<sup>26</sup>.

Los establecimientos de detención policial deben cumplir ciertos estándares mínimos<sup>27</sup>, que aseguren la observancia de los derechos y garantías establecidos en los párrafos anteriores. Como ha reconocido este Tribunal en casos anteriores, es preciso que exista un registro de detenidos que permita controlar la legalidad de las detenciones<sup>28</sup>. Esto supone la inclusión, entre otros datos, de: ...motivos de la detención, notificación a la autoridad competente.

En el marco de ese caso, la Corte IDH ha reiterado lo ya dicho en materia de responsabilidad internacional, en tanto que “toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente” de manera que al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de la norma internacional de que se trata, con el consecuente deber de reparar y hacer cesar las consecuencias de la violación.

Por su parte, en lo que hace a la reparación, es necesario un análisis de lo que Corte denomina “medidas de carácter

<sup>26</sup> Cfr., caso “Juan Humberto Sánchez”, *supra*, nota 4, párr. 84; y caso “Castillo Petruzzi y otros”, *supra*, nota 30, párr. 108. En igual sentido, cfr., Eur. Court H. R., “Brogan and Others v. The United Kingdom”, Decision of 23 March 1988, Series A, n° 145-B, parágrs. 58-59, 61-62.

<sup>27</sup> Cfr. Eur. Court HR, “Dougoz v. Greece Judgment” of 6 March 2001, *Reports of Judgments and Decisions*, 2001-II, párrs. 46 and 48, Council of Europe, Committee on the Prevention of Torture, European Union, 9th General Report [CPT/Inf (99), 12], parágrs. 33-34.

<sup>28</sup> Cfr. caso “Juan Humberto Sánchez”, *supra* nota 4, párr. 189 y caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros), Reparaciones, *supra*, nota 30, párr. 203.

positivo que el Estado debe adoptar para asegurar que no se repitan hechos lesivos como los del presente caso”<sup>29</sup>.

En este punto, el Estado argentino alegó que, entre las medidas por él adoptadas se hallaba

la ley 23.950, de conformidad con la cual no podrá ser detenida una persona sin orden del juez competente, y el tiempo para establecer su identidad no excederá en ningún caso de diez horas (cfr. párr. 108, pto. b).

En cuanto al ítem “Adecuación de la normativa interna a la normativa de la Convención Americana”, la Corte IDH en los párr. 139 y ss. indicó que

toma[ba] nota de los esfuerzos realizados por el Estado con posterioridad a los hechos del presente caso (*supra*, 108.b), con el fin de adecuar su régimen interno a las exigencias de sus obligaciones internacionales en esta materia.

Sin embargo, e inmediatamente, en los párrs. 140 a 143, destacó la Corte:

El derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas<sup>30</sup>.

De conformidad con el art. 2º de la Convención Americana, los Estados Partes se encuentran en la obligación de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de

<sup>29</sup> Cfr., caso “Juan Humberto Sánchez”, *supra*, nota 4, párr. 150; caso “Trujillo Oroza”, Reparaciones, *supra*, nota 30, párr. 62 y caso “Bámaca Velásquez”, Reparaciones, *supra*, nota 30, párr. 40.

<sup>30</sup> Cfr., caso “Cinco Pensionistas”, *supra*, nota 4, párr. 164; caso “Cantos”, *supra*, nota 6, párr. 59 y caso “Hilaire, Constantine y Benjamin y otros”, *supra*, nota 5, párr. 111.



otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por la misma Convención. La Corte ha señalado en otras oportunidades que esta norma impone a los Estados Partes la obligación general de adecuar su Derecho interno a las normas de la propia Convención, para garantizar así los derechos consagrados en ésta. Las disposiciones de Derecho interno que sirvan a este fin han de ser efectivas (*principio del effet utile*), lo que significa que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido. El deber general establecido en el art. 2º de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías<sup>31</sup>.

Es decir que, por un lado el Estado argentino hizo referencia a la ley 23.050 y la Corte IDH “tomó nota del esfuerzo”, pero sólo en lo que hace a que *a)* no podrá detenerse a una persona sin orden del juez competente, y *b)* que el tiempo para establecer su identidad no excederá en ningún caso de diez horas. Como se advierte, éstos son aspectos no nodales de la ley en su práctica habitual. El primero de ellos porque la misma ley trae consigo la excepción a la regla de detención con orden judicial y el segundo porque es la única limitación que con cierta habitualidad cumple la agencia policial. Así, en este primer punto es destacable que no se profundizó sobre las razones que en esa ley autorizan a la agencia policial a la detención de una persona ni sobre las prácticas policiales que esa autorización amplia ha acarreado.

<sup>31</sup> Cfr. caso “Cinco Pensionistas”, *supra*, nota 4, párr. 165; caso “Cantos”, *supra*, nota 6, párr. 61 y caso “Hilaire, Constantine y Benjamin y otros”, *supra*, nota 5, párr. 113.

Pero aún más trascendente es la segunda cuestión. La Corte añadió cuatro párrafos dejando allí claramente asentado que los Estados tienen la obligación de “introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas”, en el caso las de respetar y hacer efectivos los derechos y libertades de no ser detenido en forma ilegal o arbitraria. A tal fin, afirmó la Corte IDH, es que los Estados deben adecuar su Derecho interno no sólo desde una perspectiva formal sino también que es parte de la obligación internacional que las disposiciones de Derecho interno que sirvan a este fin sean “efectivas (*principio del effet utile*)”, concluyendo que se deberán adoptar “todas las medidas necesarias” para que lo estipulado convencionalmente “sea realmente cumplido”.

Este deber establecido en el art. 2º de la CADH importa no sólo la supresión y expedición de normas que fueran formalmente adecuadas para cumplir con la finalidad de garantía de derechos. Además de ello, los Estados deben tener en consideración las prácticas que esas normas entrañan y desarrollan. Sobre ellas también el Estado es garante, máxime cuando son llevadas a cabo por sus propios órganos como ocurre con las agencias policiales.

## **5. Los procedimientos penales fraguados a fines de la década de los noventa**

En la Ciudad de Buenos Aires, al menos, entre mediados y fines de la década del noventa ocurrieron algunos sucesos que merecen destacarse. Estos sucesos han sido prácticas policiales que por la extensión espacial en que se desarrollaron, la cantidad de personas que involucraron, con la reiteración temporal en que fueron ejecutadas y las similitudes en cuanto a la forma de actuación, resultan de sumo interés en el marco de cualquier análisis sobre el estudio de la agencia policial y el modelo de Estado hegemónico.

Tal vez una de las cuestiones o aspectos de mayor interés de estas prácticas es que, por las características señaladas en el párrafo anterior, no es posible adjudicarlas a una actividad delictual de una persona o grupo de personas acotado sino que representan en buena medida una referencia a la ideología autoritaria de la agencia policial que se entronca con su tradición histórica, pese a hallarse inserta formalmente en las estructuras organizativas de los Estados de Derecho.

Hacia comienzos del año 2000, la Procuración General de la Nación elaboró un informe que tuvo origen en otro elaborado por el entonces secretario de la Fiscalía General N° 2 ante los Tribunales Orales Federales de la Ciudad de Buenos Aires, Daniel Eduardo Rafecas. En ellos se dejaba constancia de la existencia de un número importante de casos en los que se habían detectado indicios de que personal de la Policía Federal habría “fabricado” procedimientos penales con el consiguiente secuestro de elementos cuya tenencia estaba prohibida y la detención de inocentes. Estos procedimientos se iniciaban, al menos en lo formal, con la solicitud de documentos con fines de identificación o directamente con la requisita de un bolso que a una persona se le había entregado. En el informe se refería que los casos daban cuenta de un mismo *modus operandi*, a saber:

Un hombre (“carnada”), tras ganarse la confianza de una persona con escasa posibilidad de reacción —analfabeto, inmigrante, drogadicto, desocupado, marginal— lo convence para que lo acompañe, generalmente con la promesa de darle trabajo; se traslada la mayoría de las veces en taxi o remise junto con la víctima; la lleva hasta al interior de una estación de tren, un centro comercial u otro lugar público (drogas); o a las inmediaciones de un banco o transporte de caudales (asaltos, tenencia de armas); en muchos casos le invita a tomar o comer algo; efectúa llamadas telefónicas, desde un celular o un teléfono público; luego deja sola a la víctima por unos instantes con cualquier excusa; sobreviene inmediatamente el procedimiento policial, que se dirige directamente a la per-

sona, con resultado exitoso, seguido en casi todos los casos, de la presencia inmediata de la prensa<sup>32</sup>.

Tales procedimientos se efectuaban en lugares donde las personas sin trabajo buscaban “changas”, o bien en las inmediaciones de las estaciones de ferrocarril. Actualmente se han detectado más de 100 causas en las que personal perteneciente a la Policía Federal Argentina habría fraguado pruebas a fin de inculpar a más de un centenar y medio de inocentes los que, en su enorme mayoría, pasaron una buena cantidad de tiempo en prisión preventiva e inclusive, algunos murieron en la cárcel o sufrieron daños irreparables.

Lo interesante a los fines de este trabajo es que estos procedimientos se iniciaron con el pretendido uso de la facultad policial previsto en la ley 23.950, sin que las agencias policiales se esforzaran en lo más mínimo en intentar justificar ante la autoridad judicial el cumplimiento de los vagos, ambiguos y difusos extremos que requiere esta ley para la detención. A partir de allí, esta facultad amplia ha operado como una suerte de cheque o autorización en blanco para que la agencia policial prive de libertad arbitrariamente a innumerable cantidad de personas y, respecto de algunas de ellas, los involucre con fines inconfesados en un proceso penal indebidamente.

## **6. Aspectos generales sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos**

Los principios sobre responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos han sido aplicados y reconocidos por los organismos protectores de Derechos Humanos. Sin embargo, es de relevancia el proyecto que ha efectuado la Comisión de Derecho Internacional.

<sup>32</sup> PGN, 2000:15.

En ese instrumento, precisamente en su art. 1º, se enuncia el principio fundamental de que la responsabilidad se deriva de todo hecho internacionalmente ilícito realizado por un Estado. Por lo tanto, en virtud de la comisión del hecho nace la serie de relaciones jurídicas que conforman la responsabilidad internacional. Tradicionalmente se entendía que estas relaciones eran *bilaterales* pero se ha aceptado progresivamente que existen hechos que implican responsabilidad incluso respecto de la comunidad internacional por la violación de normas *erga omnes*.

Se atribuye un hecho ilícito a un Estado cuando un comportamiento, consistente en una acción u *omisión*, es atribuible al Estado y constituye violación de una de sus *obligaciones* internacionales.

La violación existe cuando el *comportamiento* de un Estado no se ciñe a lo que le exigen sus obligaciones, sea cual sea la *fuerza* y naturaleza de éstas. La obligación debe estar en vigor para el Estado en el momento en que se realiza el hecho ilícito.

La licitud o ilicitud del hecho se establece de acuerdo con el Derecho internacional. Es irrelevante que el Derecho interno del Estado infractor califique el hecho como lícito.

El Estado, por su naturaleza, actuará siempre por medio de sus *agentes* o *representantes*. Se considera hecho atribuible al Estado el provocado por el comportamiento de cualquiera de sus órganos, incluso aunque éstos se excedan en sus *competencias*. También los de las personas o entidades que, sin ser órganos del Estado, estén facultadas por el *Derecho interno* para ejercer atribuciones del poder público y actúen en el ejercicio de dicha capacidad. Finalmente, el Estado será responsable por los hechos cometidos por particulares bajo sus instrucciones o control o si reconoce, ampara o comparte la actuación de aquéllos.

Es posible invocar la responsabilidad internacional respecto de un Estado en relación con las actuaciones de otro Estado. En primer lugar, cuando un Estado ayuda o presta

asistencia a otro en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. En segundo lugar, cuando dirige y controla a otro Estado en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. Finalmente, cuando coacciona a otro Estado para la comisión de un hecho internacionalmente ilícito.

El Estado que incurre en responsabilidad internacional queda sujeto a una serie de consecuencias jurídicas. En primer lugar, no cesa el *deber* de cumplir con la obligación violada. El Estado debe también poner fin a la conducta infractora si ésta continúa, y a ofrecer *garantías* de que no se repetirá.

Adicionalmente, el Estado está obligado a reparar el perjuicio causado, tanto material como moral, incluyendo el honor, dignidad y prestigio de un Estado. El proyecto recoge tres medidas, cada una de ellas subsidiaria entre sí.

La restitución o *restitutio in integrum* sí es posible, y no supone una carga desproporcionada.

La satisfacción, que puede consistir en “un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal” u otros actos adecuados, siempre que no sean desproporcionados respecto del perjuicio ni humillantes para el Estado responsable.

Además, el art. 48 del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional afirma que un Estado podrá invocar la responsabilidad de otro, aunque no pueda entenderse lesionado. Podrá, en primer lugar, si la obligación existe en relación con un grupo de Estados del que el Estado invocante forma parte y ha sido establecida para tutelar un interés colectivo del grupo; en segundo lugar, si la obligación existe frente a la comunidad internacional, es decir, obligaciones *erga omnes* en sentido estricto. Como ejemplos de esto cabe destacar la prohibición de los actos de *agresión* y *genocidio*, el cumplimiento de los “principios y normas relativos a los derechos fundamentales del ser humano, incluida la protección contra la *esclavitud* y la *discriminación racial*”,

y también el *derecho de los pueblos a la libre determinación*.

En estos casos cabe invocar la responsabilidad y solicitar la cesación de la conducta y la reparación de los daños pero no pueden adoptarse contramedidas sino sólo aquellas medidas que serían lícitas en todo caso.

## **7. La responsabilidad internacional del Estado argentino**

La Argentina generó responsabilidad internacional por el hecho internacionalmente ilícito de detener en forma ilegal a Walter Bulacio. Así, el Estado en el marco de la solución amistosa reconoció que

la detención fue ilegal porque se aplicó normativa que luego fue declarada inconstitucional como el memo 40, el cual era contrario a los estándares internacionales, y, además, porque se incumplieron normas internas que obligan a los funcionarios policiales a dar aviso a los padres, e informar a las personas menores de edad sobre las causas de la detención, y dar intervención a un juez sin demora<sup>33</sup>.

Este caso se enmarca en un conjunto de actos y omisiones de los órganos del Estado que tuvieron un punto nodal en el caso “Bulacio”, pero que son preexistentes a él y que, pese a lo dispuesto por la Corte IDH, aún subsisten.

En efecto, la facultad que la policía alegó para detener a Bulacio fue la prevista en la Ley Orgánica de la Policía Federal Argentina y que en ese entonces era la mencionada “detención por averiguación de antecedentes”. Esa norma, al igual que su continuadora introducida por ley nacional 23.950, resultan abiertamente contrarias al art. 7° de la CADH tal como

<sup>33</sup> Cfr. párr. 33, la sentencia de la Corte IDH.

lo ha interpretado la Corte IDH en los casos mencionados y especialmente en el caso “Bulacio”.

Pese a ello, el Congreso nacional no ha derogado o modificado esta norma para adecuarla a las previsiones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La agencia policial ha continuado de esa forma deteniendo personas a los fines de establecer su identidad, lo que no posee ninguna racionalidad y lesiona, además, los principios de proporcionalidad, legalidad y de reserva. Sobre el punto baste señalar que respecto de este tipo prácticas policiales afirmó Ferrajoli que resultan jurídicamente inaceptables, indicando:

De un lado, peligrosidad y sospecha son, por naturaleza, incompatibles con las exigencias de la legalidad estricta, dado que escapan a una clara predeterminación legal y dejan espacio a medidas “en blanco”, basadas en valoraciones tan opinables como incontrolables<sup>34</sup>.

Además esta facultad de detención arbitraria ha abierto una puerta y se ha convertido en condición de posibilidad para que la agencia policial, contemporáneamente con el curso del proceso Bulacio en la Corte IDH, efectuara detenciones fraguando luego procedimientos penales.

Por su parte, la agencia judicial no ha tenido un rol activo en el control de legalidad y, por sobre todo, en el control de constitucionalidad de estas facultades policiales de detención para establecer identidad. Ese escaso interés demostrado por la agencia judicial es coherente con el desinterés de la dogmática jurídico-penal sobre estas prácticas. El efecto de ello se ve representado por los criterios difusos, flexibles y permisivos que ha adoptado mayoritariamente la agencia judicial. Ferrajoli califica esta indiferencia desde la agencia judicial y académica como una “especie de esquizofrenia de la ciencia jurídica”, por cuanto por un lado

<sup>34</sup> FERRAJOLI, ob. cit., p. 767.



maximiza su atención en cuanto a los límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo, en especial en cuanto a los ilícitos de bagatela, pero, por otro lado, es desatenta e irresponsable “frente al universo de medidas policiales y administrativas restrictivas de la libertad personal”<sup>35</sup>.

En consecuencia, aceptar pasivamente estas reglas difusas, ambiguas y flexibles que poseen por efecto reafirmar la validez de discrecionales interceptaciones de personas en el espacio público implica consentirlas, permitir su reproducción y profundización y, aún más, hacer un aporte invalorable a favor de que ellas se constituyan como condiciones de posibilidad para consumir gravísimas y sistemáticas afectaciones de derechos humanos.

Es por ello que a través de lo realizado u omitido por esos tres órganos del Estado argentino se ha continuado generando responsabilidad internacional. Se ha señalado que la responsabilidad internacional del Estado está dada fuertemente por la ilicitud, y no sólo por el daño o por el *animus*. Aquí advertimos que más allá de los casos en los que los daños han sido demostrados y claros, el Estado está llevando adelante acciones (en especial de la agencia policial) y también omisiones (de las agencias legislativas y judiciales) que contrarían las disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que además lo hacen respecto de la sentencia del caso “Bulacio” precisamente contra la Argentina.

Esa ilicitud que genera responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos se hace evidente al analizar la obligación internacional que la Argentina incumple. Esta obligación no sólo se expresa en el Derecho Internacional, sino también deben valorarse las previsiones del Derecho interno (en especial el Derecho Constitucional) que la Argentina se ha comprometido a respetar y

<sup>35</sup> *Ibíd.*

que serán parte de los derechos de los habitantes con relevancia internacional si esas disposiciones elevan el estándar internacional o, al menos como ocurre en este caso, lo refirman y refuerzan.

Aquí entonces la obligación estatal está dada —al menos en lo que interesa centralmente en este trabajo— en la inobservancia de lo dispuesto por la Corte IDH en el caso “Bulacio”, en tanto la agencia legislativa no ha adecuadamente la normativa interna a fin de evitar la continuidad de prácticas policiales propias de una táctica de la sospecha y el peligrosismo y que, como también lo ha señalado la Corte IDH en el caso “Fermín Ramírez c/Guatemala”, atentan contra el Estado de Derecho.

Esta responsabilidad, sin duda, es atribuible al Estado argentino y, en particular, a la agencia policial que lleva materialmente adelante estas detenciones arbitrarias, pero también a la agencia legislativa que no derogó la facultad legal, y a la agencia judicial que se ha mostrado fuertemente permisiva a la subsistencia y amplitud interpretativa de estas normas inconstitucionales.

V. LÍMITES DE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA  
INSTITUCIONALIZADA EN EL SISTEMA  
POLÍTICO ARGENTINO

*Sebastián Sancari\**

\* Profesor Adjunto en la Cátedra de Sociología Aplicada al Derecho,  
UAI.



## **1. Fundamentos de la participación institucionalizada**

La necesidad de fomentar canales permanentes para la participación ciudadana parece ser hoy un ítem insoslayable del discurso político y académico predominante en la región, así como lo es la búsqueda de la inclusión, del consenso y del debate.

En tal sentido, *suele establecerse un vínculo entre las formas de participación institucionalizadas y la conformación de una democracia participativa, madura y consolidada*, desde que aquéllas aparecen como el resultado de un proceso de apertura del sistema político hacia la ciudadanía de una manera responsable, continua, pacífica y de acuerdo con normas preestablecidas. De manera que, merced a determinados instrumentos legales y normativos de promoción participativa, los ciudadanos obtendrían capacidad de incidencia en los procesos de elaboración y/o control de las políticas públicas.

Aparte del procedimiento para la elección de las autoridades públicas, se pueden mencionar numerosas herramientas participativas de este tipo, tales como la iniciativa popular, el presupuesto participativo y la propuesta de práctica; la audiencia pública, la elaboración participada de normas y el acceso a la información pública, entre otras.

Pero *hay otras modalidades de participación política*, generalmente asociadas a momentos de convulsión social y protesta generalizada, que *no están previstas normativamente*. Entre ellas, han cobrado protagonismo, a partir de la crisis de finales de 2001, tres modalidades novedosas: el *cacerolazo*, las asambleas barriales y los foros de discusión en Internet.

Empero, *estas nuevas modalidades participativas*, surgidas en forma más o menos espontánea y sintomáticas, en gran medida, del ímpetu participativo de los sectores medios de los centros urbanos de nuestro país, *han tenido baja receptividad en la agenda del poder político*.

El fugaz apogeo y actual letargo de las nuevas modalidades de participación política —en especial las asambleas barriales— ha evidenciado que, ante el descrédito de los carriles tradicionales de representación, la voluntad participativa de la ciudadanía requiere de una compleja articulación de espacios institucionales capaces de recibir y articular las demandas en propuestas plausibles y concretas que influyan sobre el diseño de políticas públicas.

Bien se ha dicho que uno de los primeros pasos que se deben andar con miras a garantizar la participación de la sociedad civil es la institucionalización de los canales que la promuevan. Esto es, que a través de las normas se consagren mecanismos de participación ciudadana y se asegure la obligatoriedad y permanencia de ellos. *Sin institucionalización clara la participación puede quedar en función del talante de los políticos o del alcalde de turno*<sup>1</sup>.

La doctrina mayoritaria coincide en señalar que *el alcance normativo que el tránsito desde una democracia re-*

<sup>1</sup> SANCARI, Sebastián, “Mendigos y pedigüenos de la palabra. El surgimiento de nuevas modalidades de participación política y su impacto en el sistema político argentino”; cfr. [www.eldial.com], 20/6/06.

DI PAOLA, María E., y OLIVER, María F., *Autonomía municipal y participación pública. Propuestas para la provincia de Buenos Aires*, FARN, Buenos Aires, 2002, p. 31.

*presentativa hacia un modelo de democracia participativa significativa*, consiste en *institucionalizar la participación* mediante la incorporación de mecanismos semidirectos, como los referéndum, plebiscitos, así como la *iniciativa popular* y otras formas de consulta a una ciudadanía que hoy parece no conformarse solamente con la emisión del sufragio activo en las elecciones generales<sup>2</sup>.

Más aún, al acudir al método exegético para intentar desentrañar la intención y la voluntad que tuvo el Constituyente en 1994 se ve que el discurso político predominante fue receptor de muchas de estas argumentaciones, teniendo como eje axiomático la conformación de una democracia participativa.

En efecto, los dos mecanismos de democracia semidirecta que han sido acogidos por la reforma constitucional de 1994 en los arts. 39 y 40, respectivamente, han tenido el fin de atenuar la rigidez del precepto del art. 22 (“el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes”), ampliando los espacios de la participación popular en la forma de decisión política<sup>3</sup>.

El dictamen mayoritario de la Comisión de Participación Democrática de la Convención Constituyente, a través del Convencional Brusca, señaló sin ambigüedades:

El art. 22 de la Constitución dice lo siguiente: “El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione en nombre de éste, comete delito de sedición...”; este artículo no va a ser objeto de modificaciones. Sin embargo, su vigencia va a ser complementada, enrique-

<sup>2</sup> Cfr. DALLA VIA, Alberto R., “Un jaque al modelo democrático y constitucional”, *La Nación*, 10/7/05.

<sup>3</sup> Cfr. GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina*, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 356.

cida y perfeccionada con instrumentos de democracia semidirecta: la iniciativa y la consulta popular...

Somos un país con nuevos comportamientos, con mayor demanda participativa de parte de sus ciudadanos, con mayor vocación de control de la gestión de gobierno y de sus representantes.

La iniciativa y consulta popular utilizados en la fórmula propuesta propician una mayor deliberación y participación acerca de las políticas públicas de relevancia.

Cuando la sociedad advierte que posee herramientas válidas para lograr el cambio de rumbo de las políticas, se involucra activamente en los conflictos, porque siente que existen mayores posibilidades de influir en su resolución<sup>4</sup>.

Se aprecia que estas definiciones guardan íntima relación con una concepción de la democracia alejada de lo meramente procedimental y asociada, en cambio, a un ideario de democracia sustantiva y participativa, en donde se pretende que los mecanismos de participación contribuyan a convertir al “ciudadano votante” en ciudadano directamente interviniente en el contenido, diseño y control de las políticas públicas.

En definitiva, si parece haber amplia coincidencia, entonces, en que la búsqueda de un modelo de democracia participativa requiere de la institucionalización de canales para la participación, con normas que la regulen y que aseguren su obligatoriedad y permanencia, ¿por qué, a más de una década de su consagración constitucional, aún no han tenido aplicación las modalidades de participación semidirecta ya receptadas por nuestro Derecho de mayor rango, es decir, la Iniciativa Popular y la Consulta Popular?

El uso de ciertas fórmulas discursivas bien intencionadas, pero sin estar sustentadas por análisis pormenorizados

<sup>4</sup> Convención Nacional Constituyente, *Diario de Sesiones*, 26/7/94, en [www.hcdn.gov.ar].



de los problemas que pueden suscitarse, a causa del mismo presupuesto axiológico del que parten las argumentaciones, puede llevar a un inevitable vaciamiento de contenido de las mismas, transformándolas en letra muerta.

El planteo es que si se hace una desagregación hermenéutica del discurso del dictamen de la mayoría que propuso y fundamentó en la Convención Constituyente de 1994 la incorporación constitucional de los mecanismos de democracia semidirecta antes mencionados, se advierte que esta intención de acortar las distancias entre la realidad política y las formas legales guarda íntimo parentesco con una teoría del actor racional subyacente<sup>5</sup>.

El presupuesto pluralista y utilitarista de la existencia de actores racionales no debe ser planteado —o al menos receptado— ingenuamente, sin considerar las dificultades participativas que tal lógica genera en el accionar colectivo.

Hay un sustrato analítico no siempre explicitado que puede ayudar a entender mejor la cuestión: la presencia de incentivos selectivos positivos que acompañen la promoción formal de la participación.

De lo contrario, la generación de incentivos participativos queda exclusivamente a cargo de determinadas Organizaciones de la Sociedad Civil (en adelante, OSC), alcanzándose

<sup>5</sup> Traducida en una teoría afirmativa de la opinión pública, que encuentra sus fuentes en el liberalismo clásico. La Opinión Pública es, de este modo, el agregado de una serie de opiniones particulares que contribuyen a la generación de un consenso racional. Renwick Monroe proporciona siete presupuestos fundamentales que subyacen a esta teoría (las cuatro primeras constituyen su núcleo): *a*) los actores persiguen objetivos; *b*) esos objetivos reflejan el propio interés percibido por los actores; *c*) el comportamiento es el resultado de un proceso que implica una elección consciente; *d*) el individuo es el actor básico en una sociedad; *e*) los actores poseen órdenes de preferencia que son estables y consistentes; *f*) dadas determinadas opciones, los actores eligen la alternativa que les proporciona la máxima utilidad esperada, y *g*) los actores poseen información exhaustiva tanto de las alternativas disponibles como de las probables consecuencias de sus elecciones.

así estándares participativos menores a los esperables si existiesen incentivos estatales.

Este es el estado de la cuestión en la que parecen encontrarse la Iniciativa y Consulta Populares: más allá de las declamaciones formales al respecto<sup>6</sup>, existe una palmaria falta de voluntad política en activar ambos mecanismos participativos.

En lo que a la Iniciativa Popular se refiere, ello se advierte en el desinterés en la remoción de los incentivos selectivos negativos que significan los obstáculos procedimentales por los que esta herramienta participativa debe transcurrir, los que impiden toda posibilidad que la participación sea continua y sin gravosos impedimentos formales. En cuanto a la Consulta Popular, es evidente su ausencia en el temario de la agenda pública nacional.

## **2. La lógica del *free-rider* y los incentivos selectivos**

Las consecuencias empíricas del enfoque de la acción racional y el individualismo metodológico fueron exhaustivamente estudiadas hace más de medio siglo por toda una corriente ligada a la teoría económica de la democracia, con precursores como Downs y Olson<sup>7</sup>, quienes se dedicaron a

<sup>6</sup> V.gr., entre los considerandos del dec. 1172/03 de Acceso a la Información Pública, se proclama: “Que para lograr el saneamiento de las Instituciones debe darse lugar primordial a los mecanismos que incrementan la transparencia de los actos de gobierno, a los que permiten un igualitario acceso a la información y a los que amplían la participación de la sociedad en los procesos decisorios de la administración”. Para ahondar en el decálogo gubernamental plasmado en este decreto, véase BRUNO, Marcelo, y otros, “La participación política y el acceso a la información, herramientas para mejorar la calidad institucional. Comentarios al dec. 1172/03”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Año XXVII-315, ps. 91-113.

<sup>7</sup> DOWNS, Anthony, *An economic theory of democracy*, Harper Collins Publishers, 1957, y OLSON, Mancur, *The logic of collective action. Public goods*

ponderar cómo la racionalidad estratégica del individuo<sup>8</sup> opera en la relación costo/beneficio de la ecuación participativa. Es interesante destacar aquí la paradoja planteada por Olson<sup>9</sup>: a menudo se da por supuesto que si todos los miembros de un grupo de individuos tienen determinado interés en común, el grupo manifestará una tendencia a lograr dicho interés. Pero si la ganancia obtenida por la acción colectiva se aplica a todos los miembros del grupo, aquellos que no contribuyen para nada al esfuerzo conseguirán tanto como los que efectuaron su aportación personal. Vale la pena “dejar que lo haga otro”, pero el otro tampoco tiene demasiados incentivos para actuar a favor del grupo. Ante tal situación, la paradoja consiste en que los grandes grupos, suponiendo que estén compuestos de individuos racionales, no actuarán a favor de sus intereses de grupo.

Esta es la génesis de lo que gran parte de la teoría política contemporánea identifica como “lógica del *free-rider*”, o “colado”. El ejemplo típico que se utiliza para describir esta conducta es la de quien no paga un determinado servi-

---

*and the theory of groups*, Harvard University Press, 1965. Para una visión general de esta perspectiva y sus aplicaciones al proceso político argentino, véase ACUÑA, Carlos H., “Algunas notas sobre los juegos, las gallinas y la lógica política de los pactos constitucionales (reflexiones a partir del pacto constitucional en Argentina)”, en ACUÑA, C. H. (comp.), *La nueva matriz política argentina*, Nueva Visión, Buenos Aires, 1995, y LODOLA, Germán, “Teoría de los juegos: enfoques y aplicaciones”, en KVATERNIK, Eugenio (comp.), *Elementos para el análisis político. La Argentina y el Cono Sur en los '90*, Paidós-Universidad del Salvador, Buenos Aires, 1998.

<sup>8</sup> Como explica Acuña (ob. cit.), por racionalidad se entiende un eficiente uso de los medios a disposición para alcanzar el objetivo buscado. Y por racionalidad estratégica se entiende aquella que, en oposición a la paramétrica, no asume como parámetro dado y constante el comportamiento de los otros sino que considera tanto el comportamiento propio como el de los otros como variables. El despliegue de esta lógica ha sido bien ilustrado por la teoría de los juegos.

<sup>9</sup> OLSON, ob. cit., y en *Auge y decadencia de las naciones*, Ariel, Buenos Aires, 1986, ps. 32 y ss.

cio (v.gr., el autobús) obteniendo mediante su utilización un beneficio neto mayor en relación a quien sí cumple con su obligación.

La estrategia dominante que consiste en “dejar que el otro haga el esfuerzo” puede ser revertida mediante diversos remedios. El más común de ellos e imprescindible para el proceso de socialización política está marcado por la aparición de un tercer actor colocado por sobre los jugadores, con capacidad suficiente como para aumentar los costos de aquellos que traicionan el accionar colectivo<sup>10</sup>. Por ejemplo, para Hume, la acción colectiva debe ser encauzada por el gobierno, quien fuerza a los hombres a buscar su propia ventaja mediante el acuerdo sobre cualquier fin o propósito común. De lo contrario, cada uno tratará de buscar un pretexto para librarse de la perturbación y gasto, dejando “todo el peso del asunto a los otros”<sup>11</sup>.

Olson explica la participación individual en la generación del bien colectivo apelando a la noción de *incentivo selectivo*. Para él,

un incentivo selectivo es el que se aplica selectivamente a los individuos, según contribuyan o no a suministrar el bien colectivo. Los incentivos selectivos pueden ser de tipo negativo o positivo. Puede tratarse, por ejemplo, de una pérdida o de un castigo impuesto únicamente a aquellos que no ayudan a proporcionar el bien colectivo<sup>12</sup>.

Además,

Los incentivos selectivos positivos (...) también son frecuentes (...). Existen muchas organizaciones con clientes urbanos que

<sup>10</sup> En términos de ACUÑA, ob. cit., ps. 119 y 120; además, véase DE JASSAY, Anthony, *Social contract, free ride. A study of the public good problem*, Clarendon Press Oxford, 1989.

<sup>11</sup> HUME, David, *Tratado de la naturaleza humana*, Porrúa, México, 1985, p. 347.

<sup>12</sup> OLSON, *Auge...*, cit., p. 37.

brindan incentivos selectivos (...) en forma de políticas de seguros, publicaciones, tarifas aéreas para viajes en grupo y otros bienes privados que sólo están a disposición de sus miembros<sup>13</sup>.

Cabe aclarar que Olson focaliza su análisis en la generación de bienes colectivos por parte de determinados grupos de la sociedad civil y no en los incentivos selectivos generados desde el aparato estatal.

Valiéndose de estas nociones, Olson plantea como principio general que en igualdad de circunstancias, cuanto mayor sea la cantidad de individuos o empresas que se beneficien de un bien colectivo, menor será el porcentaje de ganancias obtenidas a través de la acción a favor del grupo que le va a corresponder al individuo o empresa que lleva a cabo la acción. Así, en caso de no existir incentivos selectivos, el incentivo de la acción de grupo disminuye a medida que aumenta el tamaño del grupo, de modo que los grandes grupos necesitan más férreamente de incentivos selectivos que los pequeños, puesto que en éstos últimos la lógica del *free-rider* puede ser fácilmente detectable y cobran mayor peso incentivos selectivos adicionales de carácter social como la censura, el compañerismo, el ostracismo, etcétera.

Utilizando este marco de referencia teórico se analizarán, en los próximos apartados, la *Iniciativa* y *Consulta populares* teniendo en cuenta el disímil modelo de institucionalización participativa que proponen, a los fines de evaluar sus características centrales y el peso específico que han tenido en el sistema político argentino desde el momento de su incorporación en el texto constitucional hasta el presente.

<sup>13</sup> Ídem, p. 39.

### 3. Iniciativa popular

Ampliamente acogida en el continente, tanto en el Derecho interno como en el internacional<sup>14</sup>, en la Argentina ha sido reconocida en forma indirecta<sup>15</sup>. Concretamente, el art. 39 establece:

Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados. El Congreso deberá darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses.

Este derecho fue reglamentado con la sanción de la ley 24.747, cuyos requerimientos centrales se encuentran en su art. 5º, el cual establece que la iniciativa popular debe deducirse por escrito y contener:

- a) La petición redactada en forma de ley en términos claros;
- b) Una exposición de motivos fundada;
- c) Nombre y domicilio del o los promotores de la iniciativa;
- d) Descripción de los gastos y origen de los fondos previstos para su ejecución, de cómo se recibieron donaciones y demás orígenes de los recursos gastados; ...
- g) Los pliegos con las firmas de los peticionantes, con la aclaración del nombre, apellido, número y tipo de documento y domicilio que figure en el padrón electoral;
- h) El proyecto debe ser presentado ante el Defensor del Pueblo, quien debe prestar su conformidad. Una vez con-

<sup>14</sup> Especialmente mediante la Carta Democrática Interamericana, aprobada por la OEA en 2001. Su art. 6º establece que “la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia”.

<sup>15</sup> En la modalidad directa se otorga a los ciudadanos el derecho de exigir una consulta popular sobre determinados temas legislativos. Este mecanismo lo podemos encontrar, v.gr., en el Estado de California.

sentida la propuesta se comienza con la recolección de firmas.

Conforme al art. 6º, la verificación que debe realizar el Defensor del Pueblo consiste en establecer si el resumen impreso del proyecto de ley que consta en la planilla de recolección de firmas contiene la información esencial del referido proyecto que se le remite. Asimismo, si no se refiere a una de las materias prohibidas por el art. 39, de la C.N. Por lo tanto, no le corresponde expedirse acerca de las razones de oportunidad, mérito y conveniencia del proyecto de ley que se pretende remitir al Congreso mediante el procedimiento de iniciativa popular.

La ley establece que para suscribir una iniciativa popular en el ámbito nacional, debe contarse con un número de adherentes empadronados, mayores de 18 años, con dos limitaciones:

- 1) Una de tipo cuantitativo: se debe contar con el 1,5% de al menos 6 distritos electorales (es decir, una cifra que supera ampliamente las 350.000 firmas).
- 2) Otra cualitativa: según su art. 3º, no podrán ser objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal.

Desde el momento de su sanción, esta ley ha merecido críticas desde diversos ámbitos y se han presentado numerosos proyectos para reformarla. Las observaciones han coincidido especialmente en cuanto a que, *a priori*, sus requisitos tornarían oneroso y dificultoso el procedimiento encaminado a la presentación del proyecto<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> Véase SABSAY, Daniel A., y ONAINDIA, José M., *La Constitución de los argentinos*, Errepar, Buenos Aires, 1998, ps. 143 y ss. También desde el punto de vista politológico, en su momento se dijo que “la efectividad de estos ins-

En un texto en donde la Organización de la Sociedad Civil *Poder Ciudadano* vuelca la experiencia de las iniciativas populares por ella patrocinadas, en los casos *Jubilemos los privilegios* y *El hambre más urgente*, ambas de 2002 (esta última junto con el *Grupo Sophia*)<sup>17</sup>, se han identificado seis etapas necesarias para la implementación de esta herramienta participativa, a saber:

- Diagnóstico y decisión;
- Definición de la metodología de trabajo;
- Decisión y articulación del texto de la iniciativa;
- Presentación ante el Defensor del Pueblo;
- Movilización, publicidad y alianza con medios de comunicación para darle visibilidad pública al proyecto, y
- Campaña de recolección de firmas.

Para un exitoso tránsito por estos pasos conducentes a la implementación de la iniciativa popular, al menos en los primeros cuatro de ellos, se requiere de la asistencia de personal idóneo y de una infraestructura adecuada, todo lo cual difícilmente pueda ser llevado a cabo sin un sólido financiamiento.

Es claro que tal esfuerzo sólo puede ser aplicado a casos puntuales y esporádicos, por la obvia razón del tiempo que insumirá cada una de las iniciativas.

---

titutos de participación en macrodecisiones públicas depende de un diseño que no estaba siquiera entre las alternativas a discutir para la mayor parte de los convencionales. La fórmula aprobada es al respecto irrelevante, y para incorporarla en esos términos no era necesaria la reforma constitucional"; cfr. COLOMBO, Ariel, "Iniciativa y consulta populares. Aspectos institucionales y teóricos", *Ágora*, nº 2, 1995, p. 135.

<sup>17</sup> Sobre este tema, véase Poder Ciudadano, *Herramientas para la participación ciudadana*, Área Construcción de Ciudadanía, Buenos Aires, 2005, ps. 60-79, y CELS-Universidad de San Andrés-FLACSO, *Herramientas para la selección y gestión de proyectos*, Iniciativas para el fortalecimiento democrático y social, Buenos Aires, 2005.



A ello hay que agregar que toda la energía realizada puede ser estéril, en virtud de un aspecto imprescindible de la normativa analizada: el rechazo legislativo del proyecto de iniciativa popular es inapelable, no admitiéndose recurso alguno (art. 9º), lo que podría tornar en ilusorio a este derecho<sup>18</sup>.

Por estos aspectos mencionados, desde el sector académico se ha fagocitado su reforma en miras de hacerla más accesible. Bajo el auspicio del CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales), la Universidad de San Andrés y FLACSO (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales) se ha impulsado —en el marco del programa “Experiencias de fortalecimiento democrático y social”— la iniciativa “Fortaleciendo la democracia mediante el desarrollo de la Iniciativa Popular en Argentina”, que fue implementada exhaustivamente por tres organizaciones no gubernamentales (*Era Digital, Ciudadanos por el Cambio y Hagamos Algo*)<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Además, en palabras de Bidart Campos, “ni la Constitución ni la ley prevén qué ocurre si el congreso no se expide en el plazo de doce meses señalado en el art. 39 constitucional; no nos cabe duda que de ocurrir tal situación estaríamos ante una inconstitucionalidad por omisión” (en *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1998, p. 273). En igual sentido, Ekmekdjian sostuvo: “Claro está que este privilegio que el art. 39 otorga a los ciudadanos particulares es más aparente que real, ya que la obligación del Congreso de pronunciarse al respecto en un plazo de doce meses, no trae aparejada una sanción para el caso de incumplimiento, razón por la cual ésta no es una obligación jurídicamente exigible” (en *Tratado de derecho constitucional*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 618). Empero, este es un ítem que no estuvo ausente de las discusiones de la Convención Constituyente, adoptándose finalmente un criterio que nuevamente nos remite a una teoría racional de la Opinión Pública (véase nota 6). En caso de que el Congreso no se expida: “habrá una sanción pública y política que tendrá que someterse a la opinión pública”; *Diario de Sesiones*, ob. citada.

<sup>19</sup> ARGÜELLO, Gonzalo (dir.), “La iniciativa popular en la Argentina y en el Mundo. Una base para determinar la calidad del procedimiento y definir un diseño óptimo de esta herramienta”, en [www.iniciativapopular.org]. Luego de un profundo análisis realizaron las siguientes propuestas que vale reproducir: mejorar la difusión de la herramienta y las iniciativas populares particulares desde el Estado; que los CGP (Centros de Gestión y Participación) capaciten

Según este estudio, los dos proyectos auspiciados por Poder Ciudadano (*El Hambre más urgente* y *Jubilemos los Privilegios*),

alcanzaron tratamiento parlamentario sin haber pasado por el control de firmas, o sin haber terminado el proceso de control por parte de la Justicia Electoral. *La presión mediática fue lo suficientemente poderosa como para no tener que esperar el control de las firmas.*

Ninguno de los proyectos restantes pudo reunir la cantidad de firmas necesarias para ser presentados en el Congreso. En general es muy difícil lograr reunir el 1,5% de firmas en seis distritos, ya que las organizaciones impulsoras, salvo contadas excepciones, no tienen estructuras de alcance nacional. Sus áreas de acción se reducen a uno o dos distritos como máximo<sup>20</sup>.

No obstante, estas campañas motivaron la creación del Programa de Nutrición y Alimentación Nacional (ley 25.724) cuyo funcionamiento aun está en ciernes.

El 8 de septiembre de 2004, la Cámara de Diputados sancionó el proyecto de reforma de la ley 24.747 (presentado

---

empleados que se ocupen de difundir y promover la participación ciudadana y las iniciativas populares vigentes; formar a los funcionarios públicos; que apenas se presenten los proyectos de iniciativa popular ante la Dirección de Participación de la Legislatura sean explicados en el recinto para que los legisladores conozcan las iniciativas que están circulando; que las Comisiones de la Legislatura realicen un seguimiento de las iniciativas populares cuyos temas se relacionen con sus competencias; que no todos los proyectos tengan iguales requisitos. Cuando los proyectos sean barriales o no afecten a todo el distrito, las exigencias deberían ser menores; deben entrar en funcionamiento las comunas. Dentro de cada comuna se debe trabajar con el gobierno y crear redes de ONGs para implementar el mecanismo de iniciativa popular; que exista una relación entre la materia de la iniciativa popular y la franja de población cuyo apoyo se requiere; que se extienda el plazo para la recolección de firmas, que actualmente es de 12 meses.

<sup>20</sup> Idem, p. 33. El destacado es nuestro.

en el marco del proyecto “Iniciativas”), cuyos propósitos centrales fueron<sup>21</sup>:

- Reducir la cantidad de firmas del 1,5% al 1% del padrón nacional.
- Establecer un plazo máximo para la recolección de firmas de 18 meses, prorrogables por dos meses.
- Promover la difusión por parte del Estado de toda iniciativa que haya reunido el 20% de las firmas necesarias (previa verificación del 1% de ellas, que deberá efectivizarse en la radio, televisión y página de Internet estatales.
- Crear, a instancias de la Cámara de Diputados, una oficina de atención y asesoramiento al ciudadano que promueva el derecho de iniciativa popular para presentar proyectos de ley.
- Incorporar iniciativas que impliquen asignación de recursos.
- Reemplazo del Defensor del Pueblo como instancia previa revisora, por la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados.

En 1° de marzo de 2006 este proyecto perdió estado parlamentario luego de permanecer por más de un año sin el debido tratamiento en la Comisión de Asuntos Constitucionales.

De acuerdo con la Ley de Caducidad ya ha transcurrido el plazo reglamentario para su tratamiento en el Senado a través de la respectiva Comisión, por lo que ha sido archivado y devuelto a la Cámara de origen.

<sup>21</sup> El proyecto puede consultarse en Senado de la Nación, Secretaría Parlamentaria, *Diario de Asuntos Tratados*, n° 181, Año XX, Período 122, lunes 13 de septiembre, Dirección de Publicaciones, Buenos Aires, 2004, ps. 4507-4509.

Se debe señalar la falta de voluntad política del poder político en nutrirse de las experiencias y recomendaciones de quienes han intentado dotar de algún sentido práctico a alguna de estas herramientas participativas.

Indicador de ello ha sido el no tratamiento en el Senado del proyecto de reforma a la ley que reglamenta la Iniciativa Popular. La agenda de los temas a tratar la definen los propios miembros de la Comisión de Asuntos Constitucionales, en su mayoría oficialistas. Esta es una tarea políticamente delicada puesto que los asuntos sobre los que entienden tienen, en su mayoría, repercusiones políticas y porque, además, posee competencia en juicio político.

Y aquí reside el núcleo de la cuestión planteada al comienzo de este artículo sobre la falta de voluntad política en la materia: durante el tiempo en que estuvo el proyecto en la Comisión de Asuntos Constitucionales, ésta decidió abocarse al juicio político del entonces juez de la Corte Suprema, Antonio Boggiano, con lo cual el resto de los temas pasaron a ocupar un segundo plano.

De este modo se puede observar el accionar de un poder político más preocupado por finiquitar el trámite legislativo del proceso de remoción de los jueces de la Corte emparentados con el menemismo<sup>22</sup> que por activar procesos participativos institucionalizados.

### ***3.1. Actuación del Defensor del Pueblo de la Nación***

Como se señaló más arriba, el proyecto debe ser presentado ante el Defensor del Pueblo, quien debe prestar su con-

<sup>22</sup> Esta cuestión fue estudiada por BERCHOLC, Jorge, y SANCARI, Sebastián, *La Corte Suprema en el sistema político*, Ediar, Buenos Aires, 2006. Para ahondar en el trámite parlamentario del juicio político a Boggiano, véase GELLI, María A., y SANCINETTI, Marcelo, *Juicio político. Garantías del acusado y ga-*

formidad en un plazo no superior a diez días previo a la circulación y recolección de firmas, la que sólo puede iniciarse una vez consentida la propuesta.

Conforme el art. 6º, la verificación que debe realizar el Defensor del Pueblo consiste en establecer si el resumen impreso del proyecto de ley que consta en la planilla de recolección de firmas contiene la información esencial del referido proyecto que se le remite y además, si no se refiere a una de las materias prohibidas por el art. 39 de la C.N. Por lo tanto, no le corresponde expedirse acerca de las razones de oportunidad, mérito y conveniencia del proyecto de ley que se pretende remitir al Congreso mediante el procedimiento de iniciativa popular.

Hay un dato que permite contrastar empíricamente cómo ha funcionado este instituto: hasta la fecha, la Defensoría del Pueblo ha informado sobre la presentación de tan sólo dieciséis iniciativas populares desde la sanción de la ley 16.747. Observemos el cuadro de las páginas siguientes.

#### **4. El rol de las OSC en la generación de incentivos selectivos**

La valiosa experiencia realizada por *Poder Ciudadano* demuestra que no estaban equivocados quienes habían criticado la técnica legislativa de la Ley de Acción Pública, puesto que, en términos empíricos, aparece como una fenomenal usina de incentivos selectivos negativos, ya que que es mecanismo laberíntico y complejo de articular que no promueve una participación expedita y ágil y que requiere de una organización e infraestructuras de tal entidad que la convierten

---

*rantías del Poder Judicial frente al poder político. La defensa del juez Antonio Boggiano*, Depalma, Buenos Aires, 2005.

Iniciativas Populares presentadas ante el Defensor del Pueblo a partir de la sanción de la ley 24.747, según fecha de presentación, propósito, promotores de las mismas y resolución

Fecha de Presentación	Propósito	Promotores	Resolución del Defensor del Pueblo
29/9/97	Proyecto de Reforma Laboral	Grupo de Dirigentes sindicales y estudiantiles	VERIFICADO
1/4/98	Proy. "Conf. 62 Organ. Justicialistas"	No informado	VERIFICADO
16/10/98	No Informado	Osvaldo Loisi	VERIFICADO
10/6/99	No Informado	No Informado	VERIFICADO
19/5/00	No Informado	Victo Gennaro	VERIFICADO
28/2/01	Promoción de la Iniciativa Popular	Rodolfo Daer (CGT)	VERIFICADO
20/7/01	Obtener la declaración de interés nacional a la iniciativa popular de Unidad Nacional	Alberto Haber, Ruth Rapoport, Modesto Rodríguez, Hugo Scolari (Participación Libre Por la Unidad y la Solidaridad)	VERIFICADO
21/3/02	Derogación de jubilaciones de privilegio	Luis Majul	VERIFICADO
25/3/02	Recambio y transparencia política	Juan Carlos Rago	VERIFICADO
16/9/02	Programa de desarrollo infantil	Luis Moreno Ocampo Juan Carr Horacio Rodríguez Larreta	VERIFICADO
18/11/02	Derogación de las leyes N° 25.344, 25.557, 25.561 y 25.562	Pablo Mosca (Federación Argentina de Colegio de Abogados)	VERIFICADO

Fecha de Presentación	Propósito	Promotores	Resolución del Defensor del Pueblo
5/12/02	Refinanciación de deudas por créditos con garantía hipotecaria	Raúl Enrique Vivas (CGE)	VERIFICADO
6/12/02	Reactivación del trabajo y consumo interno	Carlos Bustos (Ciudadanos Sin Temor)	NO VERIFICADO
10/12/02	Deudores Hipotecarios	Gustavo Sautu	VERIFICADO
12/12/03	Deuda Externa Argentina	María Elena Jiménez (Red Solidaria)	NO VERIFICADO
24/4/03	Marco regulatorio del gas licuado de petróleo	Rubén Schöler (Asociación Civil Deco 2000) Horacio Ghisio	VERIFICADO
25/6/03	Participación de los usuarios en los organismos de regulación y/o control de servicios públicos privatizados	Jorge Casabé	VERIFICADO
31/7/03	Bachillerato para adultos	Jorge Nicolás Yannarella	VERIFICADO
31/8/04	Educación de la metodología de la no violencia	Víctor Piccininni (Asociación Civil La Comunidad)	NO VERIFICADO
12/1/05	Establecer el 1º de Diciembre como Día nacional de conmemoración de los muertos por la subversión	Leandro Viotto Romano (Organización Civil Argentina de Lucha contra el Terrorismo)	
13/6/05	Convocatoria de la Comisión permanente de concentración prevista por el art. 35 de la ley 23.361	Cámara de Instituciones de Diagnóstico Médico (CADIME)	VERIFICADO
21/5/08	Tren para todos (no al Tren Bala)	Proyecto Sur	NO INFORMADO*
21/5/08		María Leticia Medina	NO INFORMADO

\* Este proyecto no cumple con los requisitos legales de una iniciativa popular, ya que la ley de iniciativa popular vigente no permite la recolección de adhesiones mediante la Internet. A pesar de ello, sus organizadores iniciaron la recolección de firmas, para generar un gran efecto, y en definitiva lograr el objetivo de que el proyecto sea tratado en el Congreso.

*Fuente:* Cuadro elaborado por el autor, según datos suministrados por el Defensor del Pueblo de la Nación, actualizados al 30/6/08.

en una acción engorrosa, cuya concreción va concatenada con la generación de sustanciales incentivos selectivos positivos por parte de la sociedad civil.

Por otra parte, se ha evidenciado la necesidad de contar con una alianza estratégica entre los promotores de la iniciativa y determinados medios masivos de comunicación en su función de *agenda setting* para que las iniciativas populares reseñadas aquí tuviesen algún grado de receptividad en los decisores políticos<sup>23</sup>.

Según reflexiona una coordinadora de *Poder Ciudadano*:

Si la iniciativa popular sólo puede ser ejercida por una organización como Poder Ciudadano, y sólo cuando se logra una alianza con un medio de comunicación poderoso, entonces la iniciativa popular no está al alcance de todos y no se trata de un instrumento democrático<sup>24</sup>.

Esta aseveración merece ser revisada:

El ciclo por el cual los ciudadanos pretenden ser actores identificables y concretos se produce a través de una vasta y compleja red asociativa. De este entramado de organizaciones no gubernamentales, sin fines de lucro, de asociación voluntaria y con ciertos mecanismos de autogobierno, las OSC son uno de los emergentes que mayor relevancia han cobrado en los últimos años. Junto con ellas conviven un sustancial número de formas asociativas más o menos informales, aglutinadoras de intereses y propósitos en común, que buscan también algún acceso a los centros de decisión política.

<sup>23</sup> Es conocido que los medios masivos pueden no tener éxito en cuanto a decirnos qué pensar, pero tienen un sorprendente éxito en cuanto a decirnos *en qué* pensar; véase, Mc COMBS, Maxwell, y SHAW, Donald, "The agenda setting function of mass media", *Public Opinion Quarterly*, n° 36, 1972.

<sup>24</sup> Declaraciones de María Batch. Fuente tomada de ARGÜELLO, ob. cit., p. 33.



Los datos expuestos más arriba permiten concluir que la iniciativa popular, si bien ha sido frecuentemente diseñada y promovida frecuentemente por una OSC, no fue éste el único camino, ya que también se la ha pretendido llevar a cabo desde el ámbito sindical (CGT), asociaciones profesionales (CGE, CAME), asociaciones informales (Romano, Sava), ciudadanos particulares (Yannarella, Rago), e incluso, desde el ámbito legislativo (Casabe).

En todo caso, la necesaria intervención de una OSC (en alianza con algún medio de comunicación) no necesariamente indica que no sea un instrumento democrático, porque a pesar de los problemas de legitimación que su actuación puede suscitar, la presencia y florecimiento de OSC da lugar a la gestación de aleccionadoras instancias de participación ciudadana a la postre fortalecedoras del sistema político, tendiendo un puente entre la democracia representativa y la participativa.

Se ha visto que el presupuesto de la racionalidad en la acción colectiva está ligado a la lógica del *free-rider*.

Este problema puede ser resuelto de una manera institucionalizada, ocupando el Estado un rol preponderante en la generación de incentivos selectivos —fundamentalmente positivos— en la promoción y apertura de canales participativos que permitan un acercamiento entre la ciudadanía y los centros de toma de decisiones del poder político.

A la vez que estas vías de promoción institucionalizada deberían complementarse con la construcción de espacios participativos genuinos, autónomos y permanentes, por parte de una sociedad civil que debería ser lo suficientemente robusta como para poder generar sus propios incentivos participativos.

Es en este punto en donde juegan un rol fundamental experiencias participativas de OSC, como las analizadas en los anteriores apartados. Mucho se ha dicho sobre el rol fundamental que ejercen en la construcción democrática enten-

dida un sentido más amplio y profundo que el de la mera competencia electoral para integrar los cargos gubernamentales. Sin duda que ellas son una importante fuente de incentivos selectivos positivos en su papel de reclutadoras de voluntades participativas.

No obstante, en nuestro país aun tienen un incipiente desarrollo a lo que hay que sumar la indiferencia, resquemor o —en el peor de los casos— oposición por parte de los decisores políticos.

Por otro lado, no es irrelevante que este nuevo canal de mediación entre la ciudadanía y los centros de decisión del poder político no está exento de ineludibles problemas de legitimidad que puede suscitar su actuación en la arena política.

Es posible preguntarse con Grzybowski sobre la base de legitimidad, en el caso de la mayoría de las ONG, de los representantes que votan prioridades presupuestarias y de los agentes que se sientan a las mesas de formulación y gestión de políticas<sup>25</sup>.

Estas tensiones pueden incluso convertirse en la consolidación de OSC, más como canteras de formación de futuros dirigentes políticos y burócratas estatales que como poleas de democratización del proceso de definición de políticas públicas.

Advierte De Michele, ex presidente de Poder Ciudadano, que es hora de que las organizaciones no gubernamentales comiencen a reflexionar seriamente sobre una serie de cuestiones aún sin responder:

¿Siguen siendo independientes aquellas organizaciones que regularmente prestan sus cuadros técnicos al sector público?

<sup>25</sup> GRZYBOWSKI, Cándido, “Democracia, sociedad civil y política en América Latina: notas para un debate”, en AA.VV., *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos. Contribuciones para el debate*, PNUD, Buenos Aires, 2004, ps. 51-72.

¿Deben, en estos casos, ser tratadas como simples grupos de interés que logran la captura de un sector del Estado?<sup>26</sup>.

A su turno, Marta Oyhanarte, una de las fundadoras de “Poder Ciudadano”, ha dicho:

Es como si en las ONG subsistieran dos de los males profundos de la sociedad: el corporativismo y la partidocracia. La idea de no multiplicar los organismos sino de crear una especie de organización supra que permita convocar a personas eficientes lleva implícita la necesidad de sincerar un fracaso. Y el fracaso es que las organizaciones pueden subsistir con más facilidad como instituciones feudalizadas que siendo capaces de dar vida a algo nuevo, que no es una nueva institución sino un nuevo criterio<sup>27</sup>.

Estas son cuestiones que exceden el marco analítico propuesto aquí, pero cabe reforzar lo dicho anteriormente: las OSC contienen un elemento clave vitalizador al permitir una combinación entre democracia participativa y representativa. Generando incentivos selectivos positivos en la promoción de procesos participativos y acumulando experiencia tanto en la formulación, implementación y control de las políticas públicas, como en el monitoreo del funcionamiento de las instituciones<sup>28</sup>.

## 5. Los grupos olvidados

Llegados a este punto, surgen preguntas ineludibles: ¿qué sucede con aquellos individuos que no pertenecen a ninguna

<sup>26</sup> En BASOMBRÍO, Carlos (ed.), *Activistas e intelectuales de sociedad civil en la función pública en América Latina*, IEP (Instituto de Estudios Peruanos), Lima, 2005, p. 181.

<sup>27</sup> Ídem, p. 309.

<sup>28</sup> En este sentido, es interesante la actividad realizada por la OSC *Poder Ciudadano* en el control de los actos de los departamentos del Gobierno

organización de la sociedad civil?, ¿qué incentivos selectivos positivos poseen para involucrarse y participar políticamente?

Pues bien, la lógica del *free-rider* y la paradoja expuesta en el párrafo 3 es especialmente aplicable a esta franja de la población.

Olson los denominaba “grupos olvidados”, refiriéndose al sector mayoritario de la población que no pertenece a ningún grupo de presión ni de interés, ni actúa en ningún partido político. Según sus propios términos:

Desafortunadamente, este es el tipo de grupo del cual menos se sabe, y del cual muy poco puede ser dicho. El tipo de grupo remanente es el grupo desorganizado, aquel que no posee *lobby* y no tiene vías de acción. Grupos de esta clase son los que mejor encajan con la principal argumentación de este libro. Ellos ilustran el punto central: los grupos latentes no tienen una tendencia voluntaria en actuar para conseguir sus intereses comunes<sup>29</sup>.

Esto es, a falta de incentivos selectivos lo que predomina es la lógica del *free-rider* y la no cooperación en la consecución de bienes colectivos. Traducido al proceso político: desinterés en cualquier experiencia participativa más allá (o incluso) de la emisión apática del voto, consolidándose así un modelo de democracia formal y procedimental para unos pocos<sup>30</sup>.

---

federal; véanse los documentos *¿Cómo monitorear instituciones legislativas? Propuestas para la ciudadanía y las organizaciones de la sociedad civil*, y *El Congreso bajo la lupa (2004)*, ambos editados por la Fundación Poder Ciudadano, Buenos Aires, 2005.

<sup>29</sup> OLSON, ob. cit., p. 165. La traducción es personal.

<sup>30</sup> En términos de Grzybowski, “los invisibles” en las sociedades latinoamericanas son aquellos que no forman parte de las sociedades civiles simplemente porque no tienen identidad, proyecto, organización social ni forma de lucha para afirmarse, defenderse y conquistar derechos y reconocimiento público.

Ello puede ayudar a explicar la baja significativa en la participación política en la Argentina sufrida en los últimos años<sup>31</sup>, medida fundamentalmente por la anomia participativa y por el escaso nivel de compromiso en las organizaciones en las que se interviene.

Es por ello que entidades como las OSC y otras formas asociativas menos formales, pero con estrategias funcionales de largo plazo, son vitales para la generación de incentivos que posibiliten la participación ciudadana continua en los asuntos públicos, ayudando a la integración de la sociedad civil y a la mejora en la *performance* de *accountability*, desde luego en sus dimensiones vertical electoral y vertical de tipo societal, pero también auditando la horizontal<sup>32</sup>.

## 6. Consulta popular

Esta herramienta participativa fue incorporada en el año 1994 en el art. 40 de la C.N., a través de una confusa técnica

<sup>31</sup> Aquí se siguen las mediciones de la Red Interamericana para la Democracia, citadas en SANCARI, ob. cit., p. 26.

<sup>32</sup> El concepto de *accountability* fue desarrollado durante los últimos años por buena parte de la ciencia política. Aquí se sigue la clásica distinción de Guillermo O'Donnell: *vertical electoral* (refiere a las elecciones limpias e institucionalizadas); *vertical, de tipo societal*, (la ejercida por individuos o grupos con el objetivo de movilizar al sistema legal para plantear demandas al Estado y al gobierno con el fin de prevenir, compensar o condenar acciones (o inacciones) presumiblemente ilegales perpetradas por funcionarios públicos: en el último lustro hemos tenido la experiencia del "festival de amparos" judiciales que remite a este tipo de control societal); *horizontal* (se produce cuando algunas instituciones debidamente autorizadas del Estado actúan para prevenir, indemnizar o sancionar acciones o inacciones presumiblemente ilegales de otras instituciones o funcionarios estatales). Para adentrarse en el vasto desarrollo analítico de O'Donnell sobre este tema, ver, del autor, "Otra institucionalización", *Ágora*, Año 3, n° 5, ps. 5-28; "Accountability horizontal", *Ágora*, Año 4, n° 8, ps. 5-34, y en AA.VV., *La democracia...* cit., ps. 51-72.

legislativa, advertida por un importante sector de la doctrina<sup>33</sup>.

Tanto la Constitución como la ley 25.432, que reglamenta este instituto, contemplan dos clases de consulta: *vinculante* y *no vinculante*, y cuyos rasgos salientes son:

- *Vinculante*: El Congreso de la Nación, a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular vinculante un determinado proyecto de ley. El voto de la ciudadanía es obligatorio, requiriéndose no menos del 35% de los ciudadanos inscriptos en el padrón electoral nacional.
- *No vinculante*: Está contemplado para todo asunto de interés general para la Nación, no siendo obligatorio el voto de la ciudadanía.

No existen antecedentes de consultas populares en el orden federal, a excepción de una de tipo no vinculante que fue convocada por el Poder Ejecutivo en 1984 sobre el conflicto por el Canal de Beagle.

Es sumamente importante poner de manifiesto el disímil modelo de institucionalización participativa que promueve la Consulta Popular en relación a la Iniciativa Popular.

Mientras que esta última permite que los distintos ciudadanos y grupos de la sociedad civil tomen la iniciativa en las propuestas de injerencia y/o control de políticas públicas, activando el funcionamiento (aunque engorroso) de todo un engranaje por parte de determinadas agencias públicas, la Consulta sólo tiene lugar en tanto provenga a iniciativa del poder político, sea sólo del Congreso de la Nación para

<sup>33</sup> Ekmekdjian ha dicho que la norma confunde referéndum y plebiscito, denominando a ambos “consulta popular”; cfr., ob. cit., p. 624, y también: PIZZOLO, Calógero, *Constitución Nacional*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002, p. 441.

la consulta vinculante, o bien desde el Congreso o el Presidente de la Nación en el caso de la no vinculante.

En el lenguaje jurídico se puede afirmar que mientras en la Iniciativa Popular la ciudadanía es parte actora e impulsora del proceso participativo, en la Consulta Popular es a la inversa; es decir, la ciudadanía es consultada sobre determinadas cuestiones planteadas por el poder político, vinculantes o no al arbitrio del mismo, con lo cual es claro que ocuparía un rol pasivo en el diseño institucional participativo.

Es por ello que el esquema olsoniano planteado al comienzo de este trabajo parece más ajustado a la Iniciativa Popular, aunque también podría ser perfectamente contrastable en el caso de la Consulta, ya que una vez iniciado su procedimiento, cabe esperar (tal como ya sucedió en el caso del Beagle o durante 1993, cuando estuvo por celebrarse un referéndum sobre la reforma constitucional) que el debate público generado según la temática elegida dé lugar a un entramado organizativo generador de incentivos selectivos positivos para la participación ciudadana, tanto en los meses previos a la fecha fijada para su realización como luego de efectuada ella.

Teniendo en miras las prescripciones que deberían ser cumplidas, es posible preguntarse si un Estado, aun en emergencia, puede incorporar en su agenda la implementación de un proceso excesivamente oneroso, tanto en términos económicos como en el tiempo que insumiría su ejecución.

Basta con atender a que en cualquiera de las dos clases de consultas se requiere la aprobación con el voto de la mayoría absoluta de miembros presentes en cada Cámara; el Estado debe permitir a los partidos políticos el acceso gratuito a los medios masivos de comunicación para realizar campañas de propaganda; las erogaciones derivadas de su ejecución deben ser afectadas al crédito previsto anualmente al presupuesto nacional, entre otras disposiciones que conspiran gravemente contra su viabilidad. Además, debe darse en un ámbito que posibilite un transparente e igualita-

rio acceso a la información, sin el cual quedaría en mera virtualidad toda pretensión de racionalidad en la toma de decisiones colectivas.

Hasta el presente no ha tenido ningún tipo de aplicación.

En plan de teorizar sobre alguno de los conflictos que podría acarrear su funcionamiento, hay dos cuestiones que parecen centrales a la hora de pensar en el diseño y funcionamiento de este instituto:

1) *La formulación de la pregunta a la ciudadanía.* La literatura es abundante en torno a las posibilidades de manipulación a las que se presta esta cuestión y cómo el orden y modo de plantear las preguntas inciden en las respuestas<sup>34</sup>. En cuanto a la Consulta Popular, se ha dicho que “si se vota por “sí” o por “no” se corre el riesgo en el primer caso de entregar un “cheque en blanco” al gobierno cuanto más difusa es la propuesta y en el segundo, de comprometer la continuidad de su gestión. Las preguntas no son neutrales y un pequeño cambio en las mismas sugiere una respuesta totalmente diferente”<sup>35</sup>.

En caso de aplicarse, sería deseable que desde el Estado se promoviera la intervención de algún órgano de control especializado y ajeno a los promotores de la misma (Defensor del Pueblo, comisión de expertos destinada a tal fin, etc.).

2) Siguiendo a Colombo<sup>36</sup> se podría objetar que las prácticas refrendarias debilitan institucionalmente a la democracia al deslizarla hacia el plebiscitarismo pero

<sup>34</sup> Ello ha sido plenamente corroborado en una encuesta llevada a cabo a los estudiantes de la Universidad de Buenos Aires; véase BERCHOLC, Jorge, *Opinión pública y medios de comunicación. Nuevas cuestiones*, La Ley, Buenos Aires, 2003.

<sup>35</sup> Cfr. COLOMBO, ob. cit., p. 147.

<sup>36</sup> Ídem, ps. 155 y 156.



también es cierto que aumentan masivamente el número de jugadores implicados en la toma de decisiones, ampliando sustancialmente el ciclo de aprendizaje político más allá de las épocas electorales.

## 7. Consideraciones finales

En los doce años transcurridos desde la recepción normativa de los canales participativos analizados, ninguno de ellos ha sido aplicado aún *strictu sensu*. Hubo sólo dos campañas llevadas a cabo por organizaciones no gubernamentales que promovieron masivamente la iniciativa popular y cuya experiencia fue el principal sustento de posteriores proyectos para perfeccionar su instrumentación.

Este cuadro de situación, sumado al inexistente interés en la Consulta Popular, lleva a pensar que quedan en meras declaraciones formales dos herramientas participativas consagradas en la Constitución Nacional y reglamentadas por el Congreso de la Nación, que adecuadamente instrumentadas, contribuirían a reforzar la legitimidad del sistema político, fomentando una participación responsable en los asuntos públicos.

La consagración constitucional y normativa de determinados institutos participativos debe ir acompañada de incentivos selectivos positivos que fomenten su utilización por parte de la ciudadanía.

Es superfluo suponer que la sociedad se involucrará activa y responsablemente en el debate sobre la generación y control de políticas públicas por la mera presencia normativa de determinadas herramientas participativas.

Si desde las esferas estatales los incentivos son sólo de tipo negativo, de desaliento de la participación institucionalizada, el ímpetu participativo, especialmente en los sectores medios urbanos, estará inevitablemente ligado a determina-

dos episodios excepcionales, la mayoría de ellos exacerbados por la protesta social<sup>37</sup>.

Sirva este trabajo como sencilla contribución para la promoción de la participación política institucionalizada, ya que es esperable que al gobierno seguramente le interesa bajar los niveles de protesta social y, parafraseando a Gargarella, facilitar la activación de espacios institucionales para el desarrollo de un *debate público robusto*, en donde puedan canalizarse las demandas y, en última instancia, generarse incentivos selectivos positivos para la solución de los conflictos sociales: el gobierno nacional podría enviar (en forma análoga a EE.UU.), un breve manual explicativo semestral a los empadronados, que contenga un detalle de la propuesta, los gastos que han tenido los impulsores y sus oponentes, y una síntesis del estado del debate sobre la cuestión de aquellas iniciativas populares que hayan superado el control por parte del Defensor del Pueblo.

Todo recurso que el Estado asigne para la incentivación positiva de estos valiosos canales de participación y formación cívica debe ser entendido como un ítem más del crédito educativo del cual la ciudadanía toda es acreedora.

<sup>37</sup> Sobre este punto puede consultarse CARNOTA, Walter F., y MARANIELLO, Patricio A., *Participación ciudadana*, El Derecho, Colección Académica, Buenos Aires, 2006.

## VI. JUSTICIA Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN

*Analía H. Puigdéngolas\**

\* Profesora en la Cátedra de Derecho Procesal Penal, UAI.



Con toda evidencia, actualmente la sociedad requiere de sus jueces una mayor explicación sobre su actuar y ello no es erróneo en tanto el accionar judicial conforma también la concreción de la actuación de uno de los poderes del Estado.

No es posible mantener la forma republicana de gobierno y, al mismo tiempo, sostener la preeminencia de un poder sobre otro. Este delicado equilibrio debe ser real, y no una mera ficción nacida a la luz de los preceptos de la Carta Magna. Si esta situación de control recíproco e independencia de los poderes posee fracturas, tarde o temprano pondrá en crisis los más preciados valores de la democracia y la forma republicana de gobierno.

Los tres poderes del Estado tienen entre otros objetivos lograr la paz social y afianzar la Justicia y cada uno desde su quehacer debe propender al logro de esos objetivos. Concretamente, la función del Juez es lograr la paz social a través de la resolución de los conflictos que se le presentan.

Parece claro también que la tecnología, el avance informático y las maravillas de la comunicación masiva han puesto al alcance del público herramientas para tener una cercana percepción de las realidades sociales, de los actos de gobierno y ha permitido un acercamiento casi microscópico a la actividad judicial.

Entonces surgen quienes mantienen reparos, y quienes adquieren una postura más amplia. Lo cierto es que en ambos casos será necesario reconocer algunas dificultades cuando el Derecho se ejerce en forma irrestricta.

Nadie discute las bondades de una masiva difusión de información siempre que sea seria y veraz, ya que de ese modo se enriquece la vida democrática.

Pero se plantean algunas cuestiones interesantes y difíciles de tratar cuando se trata de conciliar el derecho a informar y a estar informados, con el derecho a la intimidad o su paralelo que se intenta determinar y esclarecer en este trabajo: cómo compatibilizar la garantía de la publicidad de los juicios cuando comprende la mediatización de actos procesales con la garantía del procesado, de la víctima o de los terceros convocados al debate.

Al respecto, Morello expresa que la libertad de expresión es, a su vez, un derecho y una garantía:

Sin dejarse apresar por fórmulas geométricas o conceptualistas, hace a veces fungibles o intercambiables las prerrogativas. (...). En esas exteriorizaciones el derecho, acuñado en los textos constitucionales exhibe un doble status, y opera como garantía concreta; entonces, bajo esa equiparable expresión (de garantía) y no de derecho, la respuesta que se recoge en la norma cubre ambas parcelas, porque las dos (derecho y garantía) están involucradas como gemelos inseparables.

Y agrega:

Una sabia concepción, “a dos voces”, sobre lo que es la esencia de los derechos-garantías; doble posibilidad la de ser derecho y, asimismo, garantía, porque en esos supuestos inevitablemente, actúa en consonancia<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> MORELLO, Augusto M., *Constitución y proceso. La nueva edad de las garantías jurisdiccionales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

Aclaro que, aunque hasta el momento he hecho mención de manera indiferenciada a la libertad de expresión y de prensa, estas son categóricamente distintas y hasta también podrían entenderse en una relación de género a especie<sup>2</sup>.

Sin embargo, como el acto de expresarse es natural al hombre, el derecho a la información es la base y tiene derivados pero no así a la libertad de expresión, porque “si bien la lucha por la libertad de expresión acompaña al ser humano, prácticamente desde sus orígenes, su sistematización, esto es su reconocimiento como parte de los derechos subjetivos, es una conquista tardía”<sup>3</sup>.

Se puede afirmar, entonces, que el derecho a la información al igual que otros como la libertad de culto, de tolerancia religiosa y el derecho a peticionar; el respeto de la diversidad cultural, en general, y de las minorías étnicas en particular constituyen también parte de la gran familia de libertades y derechos que tuvieron y tienen su nacimiento en la libertad de expresión. Del derecho a la información (y no la libertad de expresión) surgen, a su vez, otros como la libertad de imprenta, el derecho a la transmisión pública de noticias y a la expresión de ideas u opiniones; los derechos a informar y a informarse y el derecho a la protección contra la información disfuncional o abusiva.

Con posterioridad a la reforma de la Constitución de 1994 las normas relativas a derechos humanos allí enunciadas tie-

<sup>2</sup> Dejo especificado aquí, que, a mi juicio, la libertad de expresión es la matriz de la cual se desprenden los derechos emparentados con esta y que tienen que ver en algún sentido con la exteriorización de ideas, ya sean orales o escritas, incluso con exteriorización de conductas (v.gr., la presencia de un ciudadano en un acto político, conducta de la cual no se desprende que necesariamente haya manifestaciones inequívocas de adhesión, circunstancia que sí podríamos entender implícita, a raíz de la conducta positiva derivada de la propia acción del individuo).

<sup>3</sup> ЕКМЕКДЖАН, Miguel Á., *Derecho a la información*, Depalma, Buenos Aires, 1996, ps. 3, 30 y ss.

nen un carácter operativo y no programático<sup>4</sup> y un imperativo cuyo resguardo queda a cargo de los jueces.

En materia de libertad de prensa, los tribunales argentinos, en un intento de salvaguardar esta garantía derivada del derecho de expresarse libremente, le han otorgado o conferido en sus decisiones un lugar de preferencia. Principalmente se han centrado en que la consideración de este derecho y las libertades de él derivadas conforman la piedra angular del Estado democrático.

Tan ha sido así que en nuestro país ya se advierte la preocupación por la libertad de expresión por parte de la doctrina y los esfuerzos por distinguir este concepto del de libertad de prensa, ya que de acuerdo al criterio de sus primeros intérpretes “todos los habitantes de la Nación, tienen derecho a publicar sus ideas por la prensa sin censura previa”<sup>5</sup>.

Además, claramente lo señala González:

Comprende la palabra prensa, todas las formas de exteriorizar y poner en conocimiento del público ideas, opiniones, consejos, hechos, ya se presenten en libros, periódicos, hojas sueltas, circulares, con o sin dibujos, ya de palabra o por escrito en sitios destinados o no a la publicidad. En cuanto a extensión este derecho se aplica a todo cuanto puede relacionarse con la vida pública, y la dirección del gobierno en todas sus manifestaciones, desde la ejecución de los servicios administrativos más minuciosos hasta la crítica de las instituciones del país, porque es un atributo esencial de la soberanía del pueblo el darse su Constitución y fijar las formas de su gobierno, y para eso la Constitución ha previsto los medios y los procedimientos. El derecho de estudiar y de criticar un sistema de gobierno no implica el de ejecutar o incitar a los demás a realizar un cambio por procedimientos inconstitucionales, ni el de hacer publicaciones clasificadas

<sup>4</sup> Véase *Fallos*, 315:1942.

<sup>5</sup> Cfr. CN, art. 14.



por la ley de sediciosas, que son el medio de producir las conspiraciones contra los gobiernos o las leyes<sup>6</sup>.

La realidad actual muestra un estado de cosas totalmente nuevo. El ámbito periodístico no queda al margen de estos cambios, y exige un nuevo planteo o bien dejar especificadas cuestiones que en materia de libertad de prensa parecían, hasta hace poco tiempo, inmutables.

Estos cambios concitan la atención del hombre de leyes, desde el momento en que se advierte la colisión que media entre derechos personalísimos derivados del derecho a la dignidad y las posibles lesiones que las informaciones de los medios puedan generar al honor, la intimidad o a la imagen de los ciudadanos comunes (o bien, con relación a funcionarios públicos o personas de vida pública por su notoriedad, fama o prestigio pero que gozan de los mismos derechos y garantías) en el desarrollo propio de la actividad periodística.

A su vez, ante los avances tecnológicos de los medios de comunicación también es mirada con atención la problemática que se plantea en relación con la garantía de presunción de inocencia y publicidad del juicio.

Parece necesario, entonces, adecuar de algún modo los excesos en que la prensa pueda incurrir por el hecho propio de la actividad, dadas las características que ella ha asumido. No es necesario hablar de censura porque la ley no debe permitir el ejercicio abusivo de ningún derecho y cuando expresamente aparece, se prevén normas para aquellos casos en los cuales se vean involucrados menores de edad (en función del interés superior del niño que debe prevalecer frente a cualquier interés público) y lo hace correctamente<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Estrada, Buenos Aires, 1951.

<sup>7</sup> También se debe tener en cuenta los casos en que sea necesario preservar el buen desarrollo de una investigación judicial.

Se hace necesario, entonces, pensar seriamente en la posibilidad de una regulación concreta para ciertos casos en que la responsabilidad del medio se vea objetivada ya que la absoluta libertad de emitir ideas no significa consentir la impunidad de las ofensas a la moral, al orden público y a los derechos de terceros.

Comúnmente se identifica a la actividad tendiente a la censura previa como un aspecto que incide negativamente en la libertad de expresión en sentido amplio y en la libertad de prensa que de acuerdo con la intención fundacional del constituyente abarca a todos los medios de comunicación social, no ya únicamente a aquella actividad periodística que se circunscribe al ámbito de la prensa escrita.

En realidad, el art. 14 de la C.N. prohíbe la censura previa a la expresión pública de ideas y se encuentra orientada a establecer límites para el Estado. Sin embargo, pueden hallarse otras formas de censura indirecta que no están precisamente en manos del poder público<sup>8</sup>.

La sofisticación tecnológica y el inmenso poder con que cuentan los propios medios de comunicación permiten inferir que la actividad tendiente a la censura puede no provenir exclusivamente del Estado y que puede, sin embargo, asumir características igualmente perjudiciales para una adecuada formación de la opinión pública en un régimen democrático.

Así, censura previa significa que se establece el control, examen o permiso que pueda someterse cualquier texto (para la prensa escrita) o bien ideas comunicables por otros canales (radio, cine, televisión, Internet) con anterioridad a su comunicación al público. Su esencia es preventiva y se trata de no someter a debate temas que puedan tornarse controvertibles. Por las causas ya expresadas se extienden las posibilidades de identificar sujetos privados que también promue-

<sup>8</sup> Como, por ejemplo, la regulación de cuotas de papel, la posibilidad de que un único grupo económico tenga el monopolio de la información, y otras.

van la censura previa, los que muchas veces son los mismos sujetos llamados *sujetos activos de la información* (los propios comunicadores sociales o instituciones privadas empresariales) quienes muchas veces están comprometidos, en el sentido de que son dependientes de algún poder en particular, ya sea público (político) o privado (económico, institucional).

Por otra parte, las características tecnológicas que asumen los medios de comunicación y su organización profesional no son fácilmente controlables y requieren de una diversificación de las tareas que luego serán complementarias y darán a luz el producto final, la noticia. Pero estas organizaciones poseen cadenas de jerarquías y son verdaderos emporios empresariales.

Y si bien desde el punto de vista histórico la prensa ha desempeñado un rol fundamental para el buen funcionamiento del sistema democrático, contribuyendo a otorgar transparencia a los actos de gobierno y al control de los mismos por la ciudadanía, hoy las cosas han cambiado y la actividad periodística ya no es el producto puro de opinión libre cuyo objetivo era brindar un servicio público, sino que se ha convertido en una actividad lucrativa en la que la noticia es el producto para la venta.

Ahora bien, para el ejercicio regular de la libertad de prensa es indispensable —en cualquier orden de esta escala jerárquica dispuesta por las consecuencias de la división del trabajo (incluyendo en ella al director del medio de comunicación)— un grado de autonomía que permita la difusión de informaciones y opiniones sin abusos del poder político o económico.

Esta autonomía que se pretende defender para la satisfacción de los derechos derivados del libre ejercicio de la actividad de la prensa, en la que, por ende, quedan comprendidos los sujetos de dicha actividad, se encuentra no sólo bajo las presiones de orden estatal, sino que también se halla sometida a cuestiones de orden privado, propias de la orga-

nización empresarial moderna que impone procesos complejos de elaboración o producción y suministro de información.

Por los factores que se han señalado y por las exigencias propias del rubro, hoy se exige al periodista una mayor especialización para asegurar su permanencia en el rol que desempeña<sup>9</sup>.

Surgen así varios derechos que deben ser tutelados junto con sus límites propios:

- Derecho a informar (conforme arts. 14, 32 y 43, C.N., además de art. 75, inc. 22, C.N. que incorpora, con fuerza de ley, Tratados que regulan estos derechos), sin lesionar derechos personalísimos (art. 19, C.N.).
- Derecho a ser informado.
- Derecho de las empresas de medios de comunicación a ejercer esta industria en forma lícita.

De todo lo antedicho es dable colegir que la libertad de prensa y la vigencia plena y efectiva de la libertad de expresión coadyuvan a la consolidación de los procesos democráticos e incentivan la participación de la opinión pública en las cuestiones políticas.

El concepto de *opinión pública* podría definirse como aquella manifestación de un conjunto de individuos sobre

<sup>9</sup> En el caso de la televisación de juicios aparece una nueva figura al interior de la cadena de comunicación como es la del periodista judicial, que deberá tener conocimientos jurídicos para transmitir información relativa a cuestiones netamente jurídicas, o bien procesales que pudieran ser de interés público y que no deben estarle vedadas a la opinión pública pero tampoco es posible que sean transmitidas por alguien que no sea al menos un buen conocedor del empleo de los términos técnicos y del sentido apropiado con que los mismos se expresan. Al mismo tiempo, será respetuoso de los tiempos en que se den a conocer dichas informaciones, evitando situaciones que pudiesen poner en peligro por ejemplo, el desarrollo de una investigación judicial (v.gr., dar a conocer un pedido de captura que permite luego que el sujeto perseguido por la autoridad se de a la fuga al conocer este dato a través de los medios de comunicación. También podrán crearse entonces códigos de ética para el caso específico.

las cuestiones atinentes a las decisiones políticas o de los actos de gobierno. Con el transcurso del tiempo —si bien en términos generales en la sociedad de masas aumenta el grado de participación a través del voto y su institucionalización formal, que encuentra su máxima coronación en el instituto del sufragio universal— cambia la concepción del mundo, y el espacio al que las intenciones se trasladan permite visualizar una composición para la construcción de los recintos de debate y foros de discusión, de modo tal que los participantes fueran situados a una distancia prudencial entre el orador y el ciudadano que se convierte en un mero espectador.

En la actualidad, empíricamente la opinión pública se encuentra inmersa y coexiste con los procesos tecnológicos de comunicación masiva y sus contenidos propios. Esto gravita directamente en su formación, y las proyecciones de tales efectos llegan a dirigir desde hábitos y prácticas sociales hasta procesos electorales<sup>10</sup>.

El avance tecnológico genera, además, un debilitamiento de otros agentes de formación e instrucción social que comienzan a perder incidencia en los procesos de formación de la opinión pública y en las representaciones sociales modificando los hábitos sociales tradicionales. Entonces esos agentes, como la familia, la Universidad, las órdenes religiosas, y, por qué no, los partidos políticos, pasan a segundo plano, y en algunos países la clase política termina por ceder su función de mediación de la demanda entre el pueblo y el poder, trasladándola al ámbito de los medios de comunicación.

Originariamente, la prensa fue considerada un baluarte del Estado democrático, tanto es así que se ganó el nombre de Cuarto Poder. En la época actual, en la que se ha advertido el valor incalculable de la información, aparece la necesidad de abordar estudios desde la perspectiva jurídica donde queda

<sup>10</sup> Por ejemplo, a través de las encuestas y su utilización.

involucrado el tema de la opinión pública por su incidencia en las cuestiones de Estado.

Si bien la libertad de expresión es la piedra angular del estado democrático y la opinión pública tiene derecho a recibir la información que sea de interés público a través de la prensa, no debe por eso permitirse que la prensa incurra en abusos y a través de ellos queden lesionados derechos personalísimos. La presunción de inocencia no está expresamente consagrada en la Constitución Nacional, al menos en su antigua redacción, pero actualmente se infiere que está incluida en nuestro Bloque Constitucional Federal, de los textos incorporados por el art. 75, inc. 22, que aluden a esta garantía procesal en forma puntual; complementaria del art. 18, C.N., que consagra garantías procesales. Es así que podemos identificarla en las distintas convenciones:

Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 11.1:

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se *presuma su inocencia* mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XXVI:

Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.2:

Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8.2:

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

### Convención de los Derechos del Niño, art. 40 2.b. i.:

Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular: *b)* Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: *i)* Que *se lo presumirá inocente* mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley; *iv)* Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad; *vii)* Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

Sobre los caracteres y el contenido de esta garantía pueden observarse algunas características que esta garantía tiene en común con las demás, atendiendo a las tres etapas del proceso. De tal manera, los grupos de garantías pueden reducirse a tres:

- 1) generales o comunes, de acceso a la justicia;
- 2) procesales o rituales;
- 3) de trato humanitario o carcelarios.

La *presunción de inocencia* se ubica en el segundo grupo, y puede derivarse de su análisis que tiende a una finalidad común, signada por los componentes comunes a las demás garantías procesales (y también comunes, y de trato humanitario, ya que en conjunto conforman una red y en el punto en que se vulnere una de ellas se deteriora todo el sistema de garantías indirectamente) y otra particular, dada por sus caracteres diferenciales.

En cuanto a su *finalidad común* con la de otras garantías tiene por objeto la protección de derechos en distintas etapas donde podrían resultar lesionados. Puede decirse que participa indirectamente de las finalidades genéricas a las que está destinadas las garantías, a saber:

El Estado de Derecho está asociado a la seguridad jurídica, la cual encuentra su realización en el cumplimiento de las normas jurídicas vigentes, y, muy en especial, de los límites allí establecidos. *El ejercicio de un poder ilimitado es, pues, incompatible con la noción misma de estado de derecho.* Precisamente, con el fin de “resguardar” al individuo frente al ejercicio ilimitado y abusivo del poder, se ha ideado un plexo de garantías.

Atiende también a una *finalidad específica*, ya que tiene por objeto la protección de derechos una vez que se ha dado impulso al proceso habiendo logrado sortear la primera etapa regida por las garantías que comportan la llave de acceso a la misma. De consuno, una vez ingresados en ese terreno, el de la jurisdicción, “los conflictos se ponen a consideración frente a un tercero imparcial”. En este ámbito las garantías son específicas y “constituyen cualidades intrínsecas de cualquier proceso judicial, sin perjuicio de las que son propias del proceso penal”. Son también denominadas procesales, y operan

una vez instaurado el proceso judicial, y forman una especie de “escudo” para las partes contra las posibles arbitrariedades que se cometan en aquél dando lugar a lo que la doctrina denomina “debido proceso”. Son garantías, en este segundo ámbito, el derecho a ser llevado sin demora ante un juez, el derecho a ser juzgado sin dilaciones y a una duración razonable del proceso; la irretroactividad de la ley penal, la presunción de inocencia, el juez natural; el derecho a no ser arrestado sino es por orden de autoridad competente; la inviolabilidad de la defensa en juicio y sus garantías complementarias, la segunda instancia, el *non bis in idem*, entre otras.

De acuerdo con estos parámetros, el principio de inocencia puede ser considerado como el centro desde el cual se desgranán las restantes garantías procesales, pero el principio de inocencia tampoco es absoluto, pudiendo sufrir li-



mitaciones en pos del juego armónico con otras garantías (v.gr., la de publicidad de los actos judiciales).

Se denuncia también que la política agresiva de algunos empresarios de medios frecuentemente hace entrar en conflicto el derecho de libre expresión con el derecho a la privacidad y con el del debido proceso, al interrumpir en la tranquilidad y parsimonia con que los jueces deben llevar a cabo su tarea.

Aquí se deja entrever un interés distinto al del imputado en el supuesto tratado, de índole también diferencial al interés de la opinión pública (el del propio Estado) y sus auxiliares en el ejercicio de la magistratura, que observan que con la intervención de los medios de comunicación en el desarrollo de las etapas procesales, el ámbito que hasta ahora les era privativo se modifica y adquiere un ritmo diferente y simultáneo, que se imprime al mensaje judicial, al ser absorbido por los agentes de comunicación.

La prensa condena y absuelve ante el público lector antes de que el proceso haya terminado, y aun antes de que se haya iniciado y así hace fracasar una de sus importantes funciones: acercar la administración de justicia a los justiciables, con imparcialidad, en un campo de conflicto entre distintos derechos de rango constitucional.

La función judicial debe realizar un nuevo trabajo de adaptación a esta nueva estructura que tiene importantes aristas y que va desde la remodelación del espacio físico, los medios de registro de actuaciones, etc., sin dejar de cumplir con su tarea específica de juzgar.

La influencia negativa que podría promediar a causa de la excesiva y parcializada difusión de las instancias previas al proceso condujo a ciertos países a modificar las legislaciones en la materia,

a fin de que la defensa pudiera interrogar a los posibles jurados para determinar si la publicidad los había afectado hasta el punto de no ser imparciales. Así el Comité de Derechos

Humanos (ONU) afirmó que el estado parte tomó medidas adecuadas para que la publicidad previa al juicio no impidiera celebrar un juicio con las debidas garantías<sup>11</sup>.

Alegando la vulneración de dichas garantías se presentó otro caso de similares connotaciones en el marco del Comité pero su admisibilidad fue rechazada en virtud de que el acusado sentenciado a pena de muerte no logró acreditar perjuicio suficiente a raíz de la repercusión que tuviera el hecho de su arresto, en otra jurisdicción distinta de la que fuera marco de los hechos que dieron origen a esa sentencia. El imputado no logró demostrar que dicha publicidad previa al juicio podría comportar un menoscabo a las garantías, en especial la de presunción de inocencia y debido proceso, así como la del derecho a un juicio justo e imparcial y su adecuada protección o para el apropiado desenvolvimiento del proceso<sup>12</sup>.

La publicidad que se dé al proceso encuentra su límite en la potencial violación de las garantías procesales. La cuestión pasa por armonizar el derecho de los acusados a ejercer sus garantías rituales y paralelamente el de la sociedad a estar informada. Los tratados internacionales con jerarquía constitucional consagran la garantía de publicidad de los actos que hacen al proceso, salvo en situaciones en que sea necesario para preservar los intereses de la justicia y la vida privada del niño.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 26:

<sup>11</sup> Comunicación n° 813, aprobada el 29/7/98.

<sup>12</sup> Comunicación n° 749, de 1997: *The author has claimed that he was denied a fair trial due to the extensive media coverage given to his case, which allegedly reached Canada. The Committee notes that from the material before it the coverage the case received in Canada was generated in Canada, since it referred primarily to the author having been arrested at Toronto airport trying to enter the country on false documents. Counsel has failed to provide the Committee with any material relating to media coverage in Jamaica. In*

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y *pública*; a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas.

Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 10:

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída *públicamente* y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Art. 11.1:

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en *juicio público* en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8°, (Garantías judiciales), inc. 5°:

El proceso penal debe ser *público*, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.1:

Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a *ser oída públicamen-*

---

*the circumstances of the present case, and as far as concerns the possible effects of the media coverage of the trial, the Committee considers that there has been no violation of article 14, paragraph 1, of the Covenant. Lo mismo se apunta en nota al párrafo n° 3.4: The media coverage submitted by counsel refers solely to the information which appeared in Canada when the author was detained on arrival in Toronto for travelling with false documents. In a further submission counsel states that evidence of the media coverage in Jamaica is being sought, but nothing has been submitted to the Committee.*

*te* y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero *toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública*, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

Convención sobre los Derechos el Niño, art.40.b.2 VII):

Se respetará plenamente su *vida privada* en todas las fases del procedimiento.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció, en este punto, que

procesos militares de civiles supuestamente incurso en delitos de traición a la patria son desarrollados por jueces y fiscales “sin rostro”, y conllevan una serie de restricciones que los hacen violatorios del debido proceso legal. En esta circunstancia de secreto y aislamiento tuvieron lugar todas las diligencias del proceso, entre ellas la audiencia misma. Evidentemente, no se observó el derecho a la publicidad del proceso consagrado por la Convención Americana de Derechos Humanos.

En salvaguarda de esta garantía de publicidad, todos los códigos procesales del país establecen exigencias: que el debate se lleve a cabo en una sala abierta al público o que las puertas del tribunal se mantengan abiertas para permitir ingreso de cualquier persona, *salvo las excepciones legales*,

que si fuera necesario realizar actos del debate fuera de la sala de audiencias se admita, además, la presencia general del público en el lugar de la inspección. Pero el derecho del público quedaría agotado con el hecho de presenciar el juicio, ya que a los presentes les estaría vedada la posibilidad de adoptar conductas de intervención activa.

Sobre este tema, la Corte Suprema nacional, en el caso “Araujo, Francisco Marcelo s/denuncia”, con sentencia del 18 de diciembre de 1990, admitió la publicidad judicial sobre los siguientes fundamentos:

La publicidad de los juicios, entendida como la extensión de sus momentos fundamentales a un número indeterminado de personas distintas de los sujetos del proceso y sus auxiliares, en tanto manifestación del régimen republicano de gobierno, se verifica cada vez que se permite el acceso del público en general a los actos procesales de naturaleza verbal que se llevan a cabo

En tal sentido no son determinantes ni el lugar físico elegido para su realización ni los controles o autorizaciones que se implementen para ordenar el acceso del público, salvo en el primer caso, que por las exiguas dimensiones del espacio asignado en relación a la expectativa despertada se burle en los hechos la publicidad debida o que, en el segundo las supuestas actividades de verificación y de orden impliquen en la realidad una prohibición de acceso al recinto<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Vale aclarar, en primer lugar, que ciertas etapas del proceso y no su totalidad deben ser públicas y segundo, si se trata de lugares públicos no debe requerirse autorización alguna conforme la manda constitucional, con lo que pareciera que las salas de audiencias no son lugares públicos sino de acceso al público, tan es así que se encuentran bajo la superintendencia de las Cámaras, a quienes se les solicita la sala para la realización del juicio. Por cierto que no se puede actuar con discrecionalidad y permitir que el público quede afuera porque el juez decidió realizar la audiencia en un despacho de 4 m<sup>2</sup>, ni tampoco exigir que los jueces realicen el juicio en lugares excesivamente amplios para de esa manera garantizar una mayor concurrencia. En realidad, cuando ha pasado por el tamiz de los medios de prensa o de comunicación masiva es cuando se da una concurrencia desmesurada y muchas veces se desconocen las

*Caso “Gaggero, Juan José”*: Por esta sentencia la CSJ revocó la decisión del Tribunal de Casación y el Tribunal Oral Criminal que admitieron la publicidad del juicio posterior a su grabación a fin de ser transmitida en un programa televisivo a pesar de la expresa oposición a dicha difusión por el imputado. Los argumentos vertidos por la mayoría fueron los siguientes:

Contra resolución de la Sala I de la CNCP, que, al denegar el recurso de casación, dejó firme el pronunciamiento del TOC N° 8 que había autorizado la filmación de la audiencia de debate y su reproducción por un canal de televisión contra la voluntad del imputado, la defensa interpuso recurso extraordinario.

Dicho recurso le fue denegado y motivo el recurso de queja frente a la Corte. Apunta ésta que para resolver en tal sentido el *a quo* entendió que la decisión de admitir la filmación y posterior difusión de la misma no constituía una sentencia definitiva ni era equiparable a tal y argumentó el agravio sobre la filmación se encontraba detráido del ámbito de actuación de ese Tribunal. También se destacó que el *a quo* sostuvo que el único agravio “actual” remanente sería la posible proyección del filme y que esta circunstancia tampoco podría ser considerada definitiva porque estaba sustentado en una norma de derecho civil (Cód. Civil, art. 1071 bis), por lo cual debía plantearse en esa sede. El apelante

---

pautas que hacen a la obligación del público durante el transcurso del debate, produciéndose incidentes motivados en el uso de normas que facultan a los jueces a actuar de determinada forma ante escándalos e indisciplinas, pero lo que ocurre es que dichas normas no suelen hacerse conocer al público en cuanto se abre el debate, por lo que suelen interpretarse como un acto arbitrario de la jurisdicción (desalojo de determinadas personas o exclusión de quienes van a manifestarse en un sentido o en otro ante el tribunal provistos de pancartas, acompañados por bombos o en estado de histeria incontrolable y a veces provocada para lograr una noticia más espectacular).

persistió en sus agravios en lo que respecta al carácter definitivo de la sentencia, ya que la frustración de este recurso posibilitó la emisión de la filmación contra su expresa voluntad, sin que el *a quo* haya tratado las cuestiones federales propuestas. De cualquier manera los actos recursivos deducidos no estaban dirigidos contra la decisión de la empresa de emitir lo filmado sino a obtener la revocación de la autorización concedida por el Tribunal Oral, de cuyo actuar se deriva una habilitación para que dicha empresa obtuviese autorización plena para la grabación y posterior difusión cuya censura, sin causa que lo justifique estaría según el Tribunal teñida de una fuerte presunción de inconstitucionalidad (C.N., arts. 14 y 32).

A esto la Corte replicó que la resolución impugnada debería interpretarse en un sentido que la tornase equiparable a definitiva en los términos del art. 14 de la ley 48, en virtud de que los agravios vinculados a la afectación de los derechos a la intimidad, dignidad y difusión de la imagen hubieran resultado insusceptibles de reparación ulterior en caso de arribar a una conclusión contraria. Además la omisión de tratar los agravios “actuales”, fundados en disposiciones constitucionales adoptada sobre la base de considerar que el pronunciamiento no tiene carácter definitivo, resulta carente de sustento, de lo cual se predica que es procedente su descalificación en tanto que acto jurisdiccional, que torna operante la doctrina de la Corte sobre la arbitrariedad de sentencias, sin ingresar en el tratamiento de los demás planteos del recurrente, o abrir juicio sobre el fondo de la cuestión se hizo lugar a la queja presentada, admitiendo la procedencia del recurso y dejando sin efecto la sentencia apelada.

Por su voto, el Dr. Petracchi abundó en otras consideraciones, amén de expedirse en el mismo sentido que la mayoría. De este voto surge que Gaggero había sido condenado con base en que presuntamente había cometido a criterio del juez de instrucción el delito de “lesiones graves” (art. 90, Cód. Penal). Seguido de esto, el presidente del Tribunal Oral

en lo Criminal N° 8 de la Capital Federal dictó el siguiente auto:

...se ha permitido a las autoridades de canal 13 de televisión la filmación del debate, para su reproducción, en el programa que se emite bajo el nombre de Justicia para Todos (...).

Ello así, el imputado interpuso una serie de recursos a fin de invalidar la medida, no obstante lo cual la Cámara Nacional de Casación Penal se inclinó por el rechazo de las impugnaciones. Contra este pronunciamiento se interpuso recurso extraordinario, también denegado, que diera origen al recurso de queja planteado ante la Corte Suprema.

El apelante afirma que la grabación y difusión por TV de la audiencia oral (en cuyo ámbito se dilucida su responsabilidad penal), estaría violando el art. 19, C.N., dado que él se opuso a dicha grabación y difusión, con base en las premisas que marca dicho artículo en cuanto a que ningún habitante puede ser "... obligado a hacer lo que no manda la ley ..." en los términos de la citada norma constitucional.

Para realizar el examen del caso, el Dr. Petracchi señala que la Corte sólo puede abordar una cuestión federal en un caso concreto si, entre otros requisitos ha sido formulada en tiempo oportuno. Consecuentemente con esto dicha cuestión debe ser planteada en la primera oportunidad que brinda el procedimiento, a fin de permitir que los jueces ordinarios estén en condiciones de examinarla y resolverla. El apelante no exhibió esta conducta y se limitó a atacar por primera vez el auto emitido por el presidente del Tribunal Oral, sin haber fundado ninguno de estos agravios en el art. 19 de la C.N. Así como tampoco justificó por qué no lo hizo en ese momento del proceso. Por tanto, el planteo examinado no es otra cosa que "el fruto de una reflexión tardía" y por eso debe ser rechazado. En punto a lo sostenido por el recurrente en cuanto a que al *a quo* es competente para prohibir la difusión por TV de la mencionada audiencia oral, ya que el auto que autorizó dicha difusión fue emitido por un Tribu-



nal Oral que tiene la misma jurisdicción que la de la Cámara, concuerda Petracchi en que, en efecto no expresó por qué motivo el hecho de que Gaggero haya fundado su solicitud en una norma de derecho civil, impide que la Cámara emita la mencionada prohibición. Ni tampoco se indicó por qué el precedente de esta Corte *in re* Servini de Cubría, funcionaría como respaldatorio de esa posición. Siendo correspondiente descalificar el fallo apelado en el punto en que se declaró incompetente para abordar la aludida petición.

Por su parte, la *Corte Suprema de Justicia de Catamarca*, en 1996 en el caso de “Fiscalía de Estado s/amparo”, se pronunció a favor de la publicidad del debate extendiéndola a los medios de comunicación postulando que “debe satisfacerse en grado máximo el interés de la sociedad por seguir el curso de un juicio que sea de interés público”. Se advierte que la sociedad es la última destinataria de los actos producidos por la administración judicial. Por lo que se permitió la transmisión televisiva aunque procurando que ninguna empresa gozase de la exclusividad sobre dicha transmisión, al disponer que un canal oficial de la Provincia captase las imágenes y sonido de lo que acontecía en las audiencias orales y públicas, que únicamente sería monitoreada por el propio tribunal. Una vez obtenida esa señal, se distribuiría gratuitamente a los distintos canales y medios de comunicación privados.

Dichos argumentos fueron expedidos a raíz de la contestación a la acción de amparo interpuesta por la Fiscalía de Estado, contra una Resolución de la Cámara en lo Criminal de 2ª Nominación del 29 de marzo de 1996 (interviniente en el primer juicio en el caso conocido como “María Soledad”) mediante la cual suprimió la difusión de la audiencia de debate a través de los medios televisivos y radiales en forma directa. La que terminó dando por concluida la videograbación del debate y ordenando a Secretaría “continuar con la más estricta confección del Acta”, además de ordenar que

se procediese a la desactivación inmediata de máquinas e instrumentos en vivo y en directo dentro de la sala de audiencia”. La Fiscalía de Estado sostuvo que dicha resolución era ilegítima, con sustento en que lesionaba expresas disposiciones de orden constitucional, e irrogaba gravamen irreparable a los intereses y derechos colectivos o difusos de la sociedad catamarqueña: de información, de formación de opinión y de libertad de prensa (C.N., 14, 19, 33, 43, Pacto de San José de Costa Rica, y Constitución provincial de Catamarca, arts. 1º, 2º, 10, 11, 13, 19). De tal suerte, la televisación del primer juicio por homicidio de María Soledad fue delegada entonces al canal oficial de Catamarca. A esa señal se acoplaron mediante amplificador ubicado en una sala de periodistas preparada al efecto y sin costo, cuarenta canales de todo el país.

La Corte se ocupó de señalar que con el fin de no perturbar el orden en la audiencia y obtener, además, la total objetividad de los registros, se dispusiese la utilización de cámaras fijas, sin acercamiento para primeros planos y grabación continua.

La transmisión televisiva del debate, apuntó la Corte:

No interfiere, perturba o produce inconveniente alguno en el desarrollo de las audiencias. Por eso no parece como razón suficiente que una extensión de la publicidad de la sala del tribunal obtenida mediante la técnica del hombre pueda influir interfiriendo en algún acto procesal, ni mucho menos podría sustentarse igual resquemor respecto a la presencia de quienes físicamente pudieran concurrir a la sala de audiencias propiamente dicha.

Acerca del modo en que algunos medios de comunicación efectúan el tratamiento de las instancias de debate y los distintos actos judiciales, la Corte expresó que no corresponde a los tribunales hacer juicio de reproche o valor sobre esto, en todo caso el último análisis será efectuado por cada uno de los destinatarios del quehacer periodístico.

Aquí nuevamente no está claro si se trata del periodismo o la ciudadanía, como destinatarios de las instancias de notoriedad de la opinión pública en general, entendidos como sujetos que comparten un interés colectivo idéntico e inescindible de satisfacer su necesidad de informarse. O si más bien hay una referencia únicamente a la sociedad como destinataria de los mensajes judiciales (puestos de manifiesto a través de distintos procedimientos rituales de exteriorización formal) mediados por los comunicadores sociales. O bien, por último, si la crítica debe ser efectuada al interior de la comunidad periodística propiamente dicha, de manera corporativa, erigiéndose ésta como intérprete de la opinión pública o la ciudadanía.

No se puede privar, agregó la Corte, a la sociedad mediante una actitud tuitiva que forme su propio criterio sobre la idoneidad profesional, seriedad responsabilidad y veracidad con que cada uno de los medios de comunicación asume y cumple la misión de informa y formar la opinión pública.

Y fue necesario para la Corte remarcar estas afirmaciones, en tanto que ella misma se había encargado anteriormente de tomar todos los recaudos necesarios para la transmisión en vivo y en directo del desarrollo del juicio.

Ocupándose así de contestar también a los fundamentos de los jueces de Cámara, que manifestaron que los medios produjeron desviaciones y excesos con intencionalidad manifiesta pretendiendo erigirse en juzgadores y que publicitando imágenes cargadas de subjetividad, a las que denominaron de investigación televisiva, las cuales atentaban contra el decoro de la magistratura y contra el orden público brindando así una información distorsionada en detrimento de la comunidad.

*Tribunal Superior de Justicia de Córdoba:* Este Tribunal se pronunció con un criterio más restrictivo sobre la televisación de los debates orales, no considerando así como un requisito inescindible de la garantía de publicidad judi-

cial, el hacerla extensiva a los medios de comunicación en especial a los audiovisuales. Así, si bien se admitió que la actividad judicial, como toda otra que cumple el Estado, es pública y la comunidad tiene derecho a conocerla, fundó la decisión “en la necesidad de adecuar las relaciones entre los medios y los tribunales mediante pautas que salvaguarden la libertad de expresión, comunicación e información y el derecho a recibir información veraz”, y por otro lado el adecuado respeto a la función judicial y la consecución de sus fines (que no son otros que el descubrimiento de la verdad y aplicación justa de la ley). Al igual que la Corte de Catamarca, la Corte de Córdoba se manifiesta proclive a admitir el principio de publicidad. Comenzando por manifestar que el interés de la sociedad por acceder al conocimiento de la actividad judicial debe satisfacerse. Pero a esto añade inmediatamente que “la publicidad del quehacer judicial no debe transformar a éste interés en un espectáculo”, pues esta circunstancia conspiraría contra el respeto que la magistratura merece. Entiende, entonces, que se debe atender al resultado de su gestión y no a la exposición pública de quienes la llevan a cabo.

Lo expresado marca una diferencia con lo resuelto por la Corte de Catamarca, al decir:

No se puede satisfacer ese interés de la sociedad a costa de poner en riesgo el respeto a la magistratura y a su gestión.

Esta Corte es partidaria de prohibir el uso de cámaras fotográficas, filmadoras o videos durante el desarrollo de las audiencias, por considerar que los mismos quitan espontaneidad al proceder de los testigos, abogados o jueces. Dejándose a salvo que sí se podrá fotografiar y filmar antes de comenzar cada audiencia, exceptuando casos de filmación exclusiva para la prensa. Lo cual fundamentó en el caso “Sunday Times” y *Manual para tratamiento de casos de gran notoriedad*, publicado por el National Center for State Courts, de los Estados Unidos en 1992.

Esta prohibición encuentra sustento en motivaciones de orden procesal, pues en debates de larga duración, su filmación y en especial su transmisión en vivo, frustra los fines del Código Procesal Penal al poner a los testigos en conocimiento directo de lo acontecido en las audiencias. Además, cabe apuntar que el CPP Córdoba, art. 393, párr. 2º, establece:

Antes de declarar, los testigos no podrán comunicarse entre sí ni con otras personas, ni ver oír o ser informados de lo que ocurra en la sala de audiencia, después de hacerlo el presidente dispondrá si continuarán incomunicados.

Partiendo de la consigna de que la actividad judicial es pública y la sociedad tiene derecho a conocerla, reconoció que es obligatorio posibilitar a los medios de prensa el acceso a las fuentes de información que posibiliten la publicidad del juicio oral. Por lo cual antes del inicio del juicio, *cada tribunal deberá establecer por escrito las reglas a las que se ajusten los medios de prensa para tener acceso a la audiencia (no se impide la entrada a los periodistas, sino que se prohíbe que ellos utilicen sus cámaras y filmadoras en el recito del debate)*. Todo ello sin perjuicio del secreto que la normativa le impone a determinados actos procesales, o bien a hechos vinculados a ellos. Para *unificar las noticias* y que éstas *sean veraces*, debe existir una única fuente de información para toda la prensa; así, una persona de *absoluta confianza del tribunal*, por ejemplo, el secretario del mismo, quien deberá estar plenamente informada y no necesitará autorización previa para hablar o actuar. Es la figura que aquí se conoce comúnmente como vocero judicial. En los antecedentes mencionados se alude a la función desempeñada por el magistrado portavoz existente en Alemania y Francia. Pues se entiende que “el factor más importante para evitar y resolver problemas con motivo de casos de gran notoriedad, a desarrollarse en audiencia pública, es establecer una abierta comunicación entre el tribunal y los medios, sobre los aspectos procedimentales y sustanciales

del proceso. Por tal razón el tribunal y su personal deben prever todas las contingencias posibles en el trato con los medios de prensa y el público”. Además, se pone énfasis en que “se debe tratar de igual modo a todo los periodistas y asegurar a cada representante de los medios de prensa el mismo acceso a la información”.

También se faculta a que cada tribunal autorice una filmación en la sala de audiencias para la prensa. En ese caso, el mismo tribunal del juicio debe brindar a los medios, si fuere posible, una sala contigua con un monitor de televisión o vídeo, para que sigan desde allí y eventualmente se retransmitan los pormenores del juicio. Los periodistas pueden seguir en directo las alternancias del debate a través de esa pantalla, sin encontrarse facultados para transmitirlo íntegramente en vivo por medio de esa señal. Se autoriza que una vez concluido el juicio se ponga a disposición de todos los medios y a su costa una grabación de todo lo filmado.

Ambas decisiones, tanto la resolución emitida por la Corte de Catamarca como el acuerdo expedido por la Corte de Córdoba, coinciden en que los tribunales de juicio serán los que resuelvan en cada caso.

Así, la *Sala I de la Cámara del Crimen de La Plata*, al juzgar por homicidio calificado al odontólogo platense Ricardo Barreda. Éste fue el primer juicio oral y público transmitido en forma completa por televisión, desarrollado entre el 7 y el 14 de agosto de 1995; se trataba de un homicida confeso, que admitía los delitos que le imputaban. El tribunal, para llevar adelante el juicio buscó una sala con capacidad para trescientas personas donde se instaló un equipo de amplificación de sonido. Durante todas las audiencias la sala estuvo totalmente colmada. En cuanto a los fundamentos para arribar a tal decisión señaló que un juicio oral puede convertirse en masivamente público a través de la televisión, dada la importancia que éste reviste para la difusión de la publicidad y sin que ello perjudique el normal desarrollo del acto de justicia. *Para tal fin será necesario estable-*

*cer pautas que permitan a todos desempeñar su trabajo: a los hombres de la justicia por un lado y a los de prensa por otro.* Al detectar que uno de los argumentos más fuertes que se utilizan para prohibir la televisión de los juicios es que no se respeta el requisito procesal de que los testigos antes de declarar no deben comunicarse entre sí ni ver ni oír lo que acontece en la sala de audiencias, proponen para evitar el riesgo de violar esa prohibición que se programe el orden de las declaraciones jornada por jornada. Cuidando que cada día se conozcan testimonios de diferentes características. También expresan que, como no se pueden negar las diferentes necesidades del mercado televisivo, no deben existir restricciones en cuanto a la cantidad de las cámaras dentro de la sala de debates. Pero para asegurar que los testigos no sufran molestias, no autorizan el uso de reflectores y flashes de los fotógrafos, ya que la iluminación indispensable para lograr la óptima filmación deberá resolverse sólo con spots colocados sobre el estrado. En principio se pensó en que un solo canal grabara y los demás tomaran la transmisión, y la redistribuyeran, pero los medios plantearon que cada uno tenía previstos diferentes enfoques, y el día que se leyó la sentencia había en la sala diecisiete cámaras de vídeo.

Habría, en mi modo de ver, que elogiar todas las modificaciones y acomodamientos que realizó la Sala para satisfacer el requerimiento periodístico; sin embargo, no puedo dejar de pensar que este esfuerzo no le es exigible a los jueces, y no me caben dudas de que la sola circunstancia que se muestra como simple en punto al orden de los testimonios, sin duda alguna establece parámetros que ponen en riesgo la necesidad de las partes y del tribunal de llevar un orden que ha quedado sometido no a las reglas del mejor juzgar, sino más bien hacer lo mejor que pueda ante esta situación de abordaje televisivo luchando contra la explosión de incursión en la cabeza de los testigos, pues llega un momento que no sabe si lo que percibió lo fue en el tiempo del hecho o través de la televisión, o el efecto que puede tener escuchar el testi-

monio de otro testigo e intentar decir cuando le toque, lo mismo, para que nadie piense que está mintiendo, aunque ello no se ajuste a su impresión original, que por cierto se va a ver conmocionada por la exposición televisiva.

Me parece loable el esfuerzo de la Sala, pero entiendo que este abordaje, de hecho, modificó las pautas del juicio, desde el orden de los testigos, hasta su propio espíritu de decir la verdad (tranquila, pensada, libre, no condicionada) se va a ver afectada, a poco que el testigo descubra la fuerza de una cámara la asistencia masiva a lo que afirma, con lo cual es posible que se ocupe más de dar una versión que lo deje bien plantado, que de decir toda la verdad, o peor que agregue cositas, par que su testimonio adquiriera el carácter de más relevante o interesante que otro, ya que el marco en el que ha sido puesto es un marco escenográfico, actoral, no es el marco propicio para escarbar introspectivamente y recrear el recuerdo de la verdad objetiva. Creo que es pedirle demasiado a los testigos, por lo menos, y ni lo digamos con relación a otros operadores del sistema que son partes interesadas, abogados “showman”, jueces tentados por la potencialidad de la cámara de televisión, que les sirve o para mantener su propio ego, o lo que es peor, para lograr un protagonismo ajeno a la Justicia que los deriva luego a meteóricas carreras políticas que nada tienen que ver con la digna, callada, responsable y circunspecta tarea de Juzgar, así, con mayúsculas.

Es que no se trata de impedir que la prensa cumpla con su labor, sino que confrontada con la justicia, hay que otorgarle a esta última la medida y seriedad que le corresponde ya que en causas resonantes la televisación adquiere importancia pero que va mas allá del lo común con relación a los demás juicios. En virtud de ello, su visualización tiene como consecuencia una verdadera distorsión de la atmósfera que debe existir en la sala del tribunal, que impide en cierta medida, el normal desarrollo del debate. Además, la existencia en el lugar de cámaras y aparatos de sonorización



perturba de manera tal que aumenta o modifica el natural nerviosismo de todos aquellos imputados y testigos que deben comparecer a declarar. Situaciones estas que desvirtúan la seriedad de la audiencia, y el alcance que pueda atribuirse a sus dichos. Se observa también, desde un punto de vista psicológico, que televisar un suceso cualquiera sea éste, lo teatraliza, y pierde el valor que puede otorgarle aquel que lo presencia personalmente. Con lo que la televisación provoca una espectacularización que atenta contra la independencia de los magistrados, quienes pueden ver afectados la atención y equilibrio que le exige la delicada, trascendente y difícil tarea de juzgar. Por eso hay que evitar que un debate oral y público se transforme en un juicio popular.

Nadie duda a esta altura de la importancia del resguardo de la garantía que ofrece la publicidad de los juicios, porque como acto estatal debe ser conocido, simplemente habrá que encontrar el modo de lograr que esa publicidad, equivocadamente entendida o erróneamente empleada, afecte los derechos de terceros, de las partes, del imputado, o entorpezca el funcionamiento de la Justicia.

El principio de publicidad también contribuye a la prevención general positiva, por presentarse como el más apto para transmitir a la sociedad los mensajes institucionales acerca de la vigencia de las valoraciones sociales receptadas por la ley. Este es el principio generador y el correcto, pero como vimos hace un momento, resulta que hay otros factores que intervienen perjudicando el sistema judicial desde que se conduce a la opinión pública con distintos intereses que nada tienen que ver con el respeto por las garantías que otros sujetos tienen.

La misión de la Justicia es la búsqueda de la verdad y el trabajo en la resolución de conflictos es llegar con respeto a las reglas del debido proceso, y nunca perdiendo de vista las garantías constitucionales a una verdad procesal lo más cercana posible a la que fue real. No importa si al final de cuentas no es noticia o no es la más vendible, importa el logro de la certeza que conlleva al resultado del razonado fallo.

Los jueces no buscamos qué es vendible, sino lo más cierto a lo que ocurrió.

Ciertamente, muchos periodistas independientes han hecho y hacen un esfuerzo para llegar a brindar objetivamente a la sociedad una realidad, no una ficción, pero en su camino, al igual que los juristas, nos encontramos con una serie de problemas que afectan estos principios porque debajo de ellos subyace una idea preconcebida de qué es noticia, qué es bueno, qué es lo que la sociedad compra, y de eso es lo que se ofrece.

El campo del juicio, el campo jurídico penal del debate oral, es atrayente, allí se ventilan un sinnúmero de miserias humanas, de dolores, de carencias, de tristes historias, de sufrimientos, de heridas abiertas, de reclamos retributivos, de tantas cosas que son tan atractivas, que es lógico tomar a los juicios como el campo propicio para desarrollar una noticia, porque allí van a surgir historias llenas de morbosidad y un excelente “producto” para la venta, y no hago una crítica moral sobre ello, sino que en todo caso, creo que el límite de lo permitido tiene una barrera infranqueable que es impedir la perturbación respecto de quienes están sometidos al proceso, de quienes están obligados a declarar, y resguardar a quienes desarrollamos cada día este difícil trabajo de juzgar.

¿Por qué será que a nadie se le ocurriría intentar poner una cámara dentro de la cancha de tenis cuando se juega la copa Davis? Será porque todo el mundo sabe que ese ámbito es de los jugadores, y a nadie se le ocurriría un planteo tal como esgrimir la libertad de transitar libremente para ponerse en medio de la cancha, cualquiera entendería como absurda la propuesta; sin embargo, las salas de audiencias de los tribunales parecerían ser una cancha donde se resuelven contiendas de tremenda incidencia en la vida del ser humano y donde el resultado puede ser un prolongado encierro y no un set, no merece el mismo amparo. Creo que muchas veces hay un abuso que conspira contra el buen resultado

del juicio y pone verdaderamente a prueba la fortaleza y la integridad de los jueces, como también deben estas cuestiones haber puesto sobre el tapete el destino de muchos periodistas íntegros y responsables que no quisieron meterse a la cancha, pero entonces están relegados porque no los convocan o no pueden cumplir con el sueño de informar sin condicionamientos, sin que alguien les diga quiero que la opinión pública se manifieste en tal o cual sentido.

Los jueces juramos defender la Constitución y las leyes y así como los periodistas queremos hacer lo mejor posible nuestra labor, porque ello es en interés de todos lograr un justo equilibrio que permita que cada uno pueda desarrollar su tarea respetando la del otro. Se ha visto la crítica muy fuerte del periodismo a algún sector del periodismo cuando se traspasan las fronteras de la intimidad del otro, y la reacción no se hizo esperar, por ejemplo, en el caso de Beatriz Salomón y su ex esposo, situación en la que había de por medio el destino o el daño a dos menores, y en el que el periodismo comprendió que el logro de venta de una noticia no puede ir en detrimento de otros valores, y que no se puede hacer irrestrictamente ni a cualquier precio. Estoy segura de ello, y sé que no es bueno esperar que la Justicia tenga que intervenir para poner límites, creo en la inteligencia de los profesionales de la información, creo que es bueno para todos tener las reglas claras, y por eso me parece que como profesionales que son, deberían buscar establecer ellos mismos normas de ética que los ayuden a imponer límites en su actuar diario en la buena fe y en la comprensión de que son formadores de opinión; que así como hay malos jueces, malos abogados, también hay malos periodistas y, por tanto, como cualquier profesión que se digne de llamarse tal, debería establecer su propio colegio de periodismo, con sus propios tribunales de disciplina, órganos que permitan una mejor especialización en orden a desarrollar mejor su trabajo, porque el ámbito jurídico es amplio, y así como a nadie se le ocurriría mandar a cubrir una nota de automovilismo a un

periodista político, sería bueno colaborar para un mejor entendimiento en cuestiones judiciales una permanente apertura hacia este campo.

Nadie discute hoy día, que la cuestión atinente al adagio “los jueces sólo hablan por sus sentencias” ha sido superada. No fue casual la última reunión de jueces en Santa Fe, lo que denota una preocupación en quienes desarrollamos tareas de juzgamiento, porque sabemos que es imprescindible hacer conocer nuestra labor, es nuestra obligación, la sociedad tiene que saber qué hacemos y por qué lo hacemos, pero ocurre que a veces tampoco estamos preparados para lograr este objetivo que nos ha superado, con lo que nosotros también deberemos aplicarnos y esforzarnos en entender que las reglas del juego han cambiado, que con suma prudencia debemos aprender a transmitir a través de quienes se especializan en la ardua tarea de comunicar.

Es innegable que a través de la publicidad, se puede procurar el restablecimiento de la credibilidad que es quebrada toda vez que prevalece el imperio del secreto, en torno al cual siempre reinará la duda de si un fallo ha sido dictado realmente con arreglo a las leyes. Es que la excesiva reserva de cómo se han desarrollado esos actos, permite sospechar, sobre su justicia, más allá de que se hayan producido con arreglo a las más estrictas previsiones legales, y hayan derivado en una decisión justa.

No caben dudas por otra parte, de que el desarrollo de un debate no puede ser televisada como si fuera un espectáculo y, ciertamente, como dice la profesora Susana Frascaroli en su obra, puede producirse en el televidente una invasión de algo que tiene que ver más con lo emocional que con la razón, con lo que se corre el riesgo de que las masas hayan preferido a Barrabás<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> FRASCAROLI, María Susana, *Justicia penal y medios de comunicación*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.

Dice Damián Alberto Pertile en nota “El Vocero Judicial para Cortes y Tribunales Superiores”:

Casos judiciales mediáticos como el de María Soledad, Angeloz o María Julia entre otros, hacen replantear la relación entre la Prensa y la Justicia. Es conocido el axioma de que los “Jueces hablan por sus sentencias”, pero es imprescindible que haya alguien que las comunique y quien sea el nexo entre el Poder Judicial y la sociedad a través de los Medios de Comunicación, educando en el Derecho, y evitando así que los magistrados se conviertan en actores de espectáculos, pero a la vez haciendo conocer y explicando los fallos y las diversas decisiones judiciales.

El estadista moderno, necesariamente deberá apreciar que en nuestra comunidad está disminuido o desvanecido el sentido de cohesión social del individuo y el origen de su moralidad y su derecho. Ese mismo estadista deberá considerar que hay incertidumbre y ansiedad social, por cuanto la sociedad se encuentra imposibilitada de visualizar los ámbitos de actuación futura y las aristas jurídicas y éticas del porvenir. En esta sociedad cambiante el derecho surge con rigor relativo frente a los desbordes de la economía siendo esto un desafío para la ciencia jurídica y para los jueces, quienes deberán preparar las conciencias para una apertura interdisciplinaria a fin de que los aspectos antropológicos, socio-culturales, éticos y comunicacionales no sean indiferentes en cuanto aspectos variados de la realidad.

El libre acceso a la información es condición necesaria para una sociedad democrática. Todos los ámbitos estatales, el Ejecutivo, Legislativo y Judicial, tienen el deber de publicar sus actos; y aún más en los tiempos que corren en que la sociedad tiene sospechas de actos graves de corrupción.

Con respecto al Poder Judicial, es necesario que los tribunales y sus magistrados, sepan aceptar la búsqueda de información por parte de los medios de comunicación. Lo anteriormente expresado replantea la función judicial. Debemos ser conscientes del protagonismo de la prensa, y procurar que el comentario de la información tribunalicia se haga con el conocimiento debido del derecho, y con el tratamiento periódico adecuado.

Se deberá tener en claro que se asume la responsabilidad no sólo de informar a la comunidad, sino también la de formar opinión, la cual deberá hacerse sobre la base de conceptos y argumentos, y no de repeticiones y de imágenes sin distinguir causas de efectos, sólo para concluir que se está en la perspectiva de la sospecha y de la impunidad; tal metodología llevaría a la confusión que es incompatible con la verdad. Los jueces deberán hacer su aporte, ya que la realidad los convoca al compromiso y satisfaciendo los requerimientos de información a través de un “Vocero Judicial”<sup>15</sup>.

Personalmente, no creo que esta figura satisfaga la inquietud del periodista y que se conforme el profesional de los medios con esta vía de canalización. Además, debo decir que más allá de que tal figura conforma un verdadero avance, los tiempos y las mecánicas de la justicia y de los medios son sumamente diferentes a punto tal que se suscitan cuestiones que luego gravitan desfavorablemente y perjudican el proceso, e inclusive llevan a pedidos de recusación<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> [www.elDial.com]DC4C9.

<sup>16</sup> El motivo esgrimido para la recusación con causa consistió en haber el magistrado “manifestado extrajudicialmente la opinión sobre el pleito a alguno de los litigantes” (inc. 11, art. 17, CPCCN). Para que se configure la causal es menester que se trate de un verdadero anticipo de un pronunciamiento, que se haya hecho extrajudicialmente, es decir, fuera del proceso, y en último término que se haya hecho a alguna de las partes en particular, rompiendo con la imparcialidad e independencia de la que el juzgador debe estar dotado para sentenciar. No se configura la causal si las expresiones vertidas por el magistrado en un reportaje televisivo fueron expresadas habiendo anteriormente resuelto la cuestión y encontrándose la causa elevada a la Cámara para decidir la apelación deducida en su contra. No importaron (las expresiones) prejuizgamiento, sino publicidad del contenido de un fallo ya dictado y por tanto concerniente a una materia sobre la cual había ya concluido la competencia del magistrado con la consecuente imposibilidad de modificarlo.

La causa de recusación se refiere al aporte subjetivo del magistrado que ha de consistir en emitir opinión o juicio que haga entrever la decisión final que tenga la causa, ergo, la opinión vertida luego de emitido el fallo y ya recurrido por los interesados nunca puede ser configurativo del prejuizgamiento que autoriza la recusación. Si el juzgador se aventuró a adelantar las que a su

Verdaderamente queda realmente mucho por hacer, ya que esta altura también puede observarse, que el derecho a réplica dispuesto en el art. 14.1 de la CIDH no encuentra receptación en el Derecho interno, es decir, no se halla reglamentado.

Aunque quizás extenso, sobre el particular transcribo lo dicho por el más alto tribunal nacional sobre el punto, a saber:

...7°) Que si bien es cierto que el art. 14.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobado por la ley 23.054 —Pacto de San José de Costa Rica— establece:

Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley, esta Corte ya se ha pronunciado respecto de que la ausencia de reglamentación legal impide tenerlo como derecho positivo Interno (sentencia de fecha 12 de marzo de 1987 dictada en la causa “Costa, Héctor Rubén c/M. C. B. A. y otros”, C.752.XIX. y C.753.XIX., consid. 16

---

entender podrían ser las ulteriores vicisitudes del pleito (secuelas de la eventual confirmación de su decisión de tener por rescindido el contrato de compraventa por incumplimiento de Perinat S.A.), mediante expresiones que, pese a la utilización del verbo en potencial, dejan traslucir la decisión que adoptaría ese magistrado en caso de llegar la cuestión a su conocimiento y decisión. Derecho Procesal Civil. Recusación con causa. Adelanto de opinión. Expresiones vertidas en un reportaje televisivo. Allí se determinó judicialmente: Sin perjuicio de la solución a la que se arriba, cabe recordar al Sr. Juez recusado que la publicidad del quehacer judicial debe quedar circunscripta a permitir a los medios de prensa el acceso al conocimiento del estado procesal de las causas de gran notoriedad que susciten interés de la comunidad, no siendo recomendable que el magistrado exprese ante medios masivos de comunicación información adicional y mucho menos que vierta su opinión acerca de las eventualidades futuras del devenir de las causas en las que interviene, ya que ello excede largamente el marco del Acuerdo Reglamentario n° 331, Serie 2ª del 11/9/96 del T.S.J., erigiéndose las efectuadas en declaraciones abstractas que no compete a los jueces efectuar [www.elDial.com] AA177B.

del voto de la mayoría y consid. 16 del voto del señor presidente Dr. José Severo Caballero).

8°) Que, sentado lo expuesto, la sustancia del sub lite consiste en determinar si —como lo sostiene el *a quo* y cuestionan los apelantes— el derecho de rectificación, respuesta o réplica, puede ser considerado uno de aquéllos “derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de las formas republicanas de gobierno” (art. 33, C.N.).

9°) Que la respuesta a la cuestión planteada en el considerando anterior no podrá ser hallada sin una referencia a la jurisprudencia elaborada por el Tribunal respecto de los alcances de la libertad de prensa, garantizada por los arts. 14 y 32 de la Constitución.

Así, en *Fallos*, 248:291, esta Corte tuvo oportunidad de señalar que “...entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que poseen mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan solo una democracia desmedrada y puramente nominal, incluso no sería aventurado afirmar que, aun cuando el art. 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución, al legislar sobre la libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica...” (consid. 25).

Por otra parte, el Tribunal ha dicho que la libertad constitucional de prensa tiene sentido más amplio que la mera exclusión de la censura previa y que, por lo tanto, la protección constitucional debe imponer un manejo especialmente cuidadoso de las normas y circunstancias relevantes para impedir la obstrucción o entorpecimiento de la prensa libre y sus funciones esenciales (*Fallos*, 257:308, consids. 8° y 10).

10) Que la enunciación de los principios reseñados, en el sentido de la importancia fundamental de la libertad de prensa para nuestro sistema de gobierno, lleva sin dificultad a concluir que toda restricción de aquélla debe estar prevista expresamente en una norma jurídica sancionada por el órgano legislativo.



Ello, además, se vincula estrechamente con la garantía del art. 19 de la C.N., del cual surge: "...Toda nuestra organización política y civil reposa en la ley. Los derechos y obligaciones de los habitantes así como las penas de cualquier clase que sean, sólo existen en virtud de sanciones legislativas y el Poder Ejecutivo no puede crearlas ni el Poder Judicial aplicarlas si falta la ley que las establezca..." (*Fallos*, 178:355, ps. 359/360).

11) Que, en consecuencia, reconocer un derecho a réplica en favor del actor, basado en el art. 33 de la C.N., significaría limitar sensiblemente los derechos expresamente reconocidos a la demandada por la Ley Fundamental, dejando, así, en manos de los jueces la facultad de definir por sí mismos los alcances de un supuesto derecho de amplios e indefinidos contornos, sin que ninguna ley autorice expresamente dicha intervención. En tal sentido conviene recordar que el ingente papel que en la elaboración del derecho incumbe a los jueces no incluye, obviamente, la facultad de instituir la ley misma, siendo entonces la misión más delicada de la justicia la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes (conf. el fallo dictado *in re* "Rolón Zappa, Víctor Francisco s/jubilación", R.401.XX., del 30 de septiembre de 1986, consids. 5° y 6°). Por las razones expuestas el Tribunal entiende que un derecho de características tan especiales como el de réplica o respuesta no puede ser encuadrado en el art. 33 de la Ley Fundamental.

12) Que en el *sub examine* no se trata de juzgar si el derecho de réplica es o no compatible con la Constitución Nacional, sino de un problema distinto, cual es el de apreciar si aquél está comprendido en las garantías no enumeradas a que alude el art. 33. La conclusión negativa para nada prejuzga lo concerniente a la compatibilidad con la Constitución de las normas legales que eventualmente se dictaran en cumplimiento del art. 14.1. del Pacto de San José de Costa Rica.

13) Que, atento a que la resolución apelada fue fundada por el *a quo* —en forma exclusiva y excluyente— en el supuesto carácter de garantía constitucional implícita que tendría el denominado derecho de réplica, lo desarrollado en los conside-

randos precedentes conduce a declarar la revocación de la sentencia<sup>17</sup>.

En el caso “Campillay c/La Razón”, la CSJN ya el 15 de mayo de 1986 decía:

4°) Que si bien en la jurisprudencia del tribunal, la libertad en que se funda el recurso aparece frecuentemente designada con las denominaciones literales que le da la Constitución, o sea, libertad de imprenta, libertad de publicar las ideas por la prensa sin censura previa y libertad de prensa (*Fallos*, 248:291, consid. 23, 248:664, 269, ps. 189, 195 y 200, t. 270:258, 293:560), en *Fallos*, 257:308, consid. 9° la Corte, refiriéndose a la garantía de los arts. 14 y 32 de la Constitución, recalcó “las características del periodismo moderno, que responde al derecho de información sustancial de los individuos que viven en un estado democrático...”, conceptos que también fueron subrayados en el voto concurrente del juez Boffi Boggero, al afirmar: “...la comunidad, dentro de una estructura como la establecida por la Constitución Nacional, tiene derecho a una información que le permita ajustar su conducta a las razones y sentimientos por esa información sugeridos;; y la prensa satisface esa necesidad colectiva...” (voto citado, consid. 7°).

La libertad de expresión contiene, por lo tanto, la de dar y recibir información, y tal objeto ha sido especialmente señalado por el art. 13, inc. 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica, ratificada por la ley 23.054, que, al contemplar el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento y de expresión, declara como comprensiva de aquella “la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

<sup>17</sup> CSJN, 1/12/88, “Raúl Sánchez Abelenda c/Ediciones de La Urraca S.A. y otro”,

5°) Que, no obstante, el aludido derecho a la libre expresión e información no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o actos ilícitos civiles. Si bien en el régimen republicano la libertad de expresión, en el sentido amplio expuesto en el considerando precedente, tiene un lugar eminente que obliga a particular cautela en cuanto se trata de deducir responsabilidades por su desenvolvimiento, puede afirmarse sin vacilación que ello no se traduce en el propósito de asegurar la impunidad de la prensa (*Fallos*, 119:231, 155:57, 167:121, 269:189, consid. 4°, 269:195, consid. 5°). La función primordial que en toda sociedad moderna cumple el periodismo supone que ha de actuar con la más amplia libertad, pero el ejercicio del derecho de informar no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran el de la integridad moral y el honor de las personas (arts. 14 y 33, C.N.).

6°) Que, por otra parte, el honor de las personas no sólo puede verse afectado a través de los delitos de injurias o calumnias cometidas por medio de la prensa (art. 113, Cód. Penal), toda vez que puede existir injustificada lesión a este derecho que resulte de un acto meramente culpable o aun del ejercicio abusivo del derecho de informar —como ocurrió en el “sub lite”— por lo que el propietario o editor del periódico que da a conocer las falsas imputaciones no puede quedar exento —al igual que cualquier habitante de la Nación— de la responsabilidad civil emergente de tales actos (art. 1109, Cód. Civil).

7°) Que, en el *sub lite*, las noticias en cuestión aparecen plagadas de subjetividades e inexactitudes respecto del actor, quien es calificado como integrante de una asociación delictiva dedicada al robo y al tráfico de estupefacientes, que gastaba su botín en casinos, hipódromos y en diversiones con mujeres.

Teniendo en consideración lo expuesto, habrá que preguntarse también y a esta altura de los acontecimientos, siendo

que el fallo citado es bastante antiguo, si siendo las empresas de medios un factor de gran poder económico, y previendo que como empresa tengan dispuesto el eventual riesgo de un litigio, pues el perjuicio económico les resulta ínfimo, y entonces decidan asumirlo a sabiendas del daño, si no será más conveniente lograr una verdadera regulación a partir del dictado de los códigos de ética que propongo, trabajados desde la realidad misma del periodismo, de modo tal de evitar que alguien decida a sabiendas pagar el precio de la real malicia, pero vender más a costa del avasallamiento de los derechos de otro.

## VII. EL ARREGLO PACÍFICO DE LAS CONTROVERSIA S SEGÚN LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS

*Mauricio F. Auguadra\**

\* Profesor en la Cátedra de Derecho Constitucional y Derechos Humanos, UAI.



De acuerdo con el art. 1º, inc. 1º de la *Carta*, es un propósito —y eso significa una función— de las Naciones Unidas “lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias y situaciones internacionales susceptibles de conducir al quebrantamiento de la paz”.

A esta función de la Organización corresponde la obligación de los Miembros establecida en el art. 2º, inc. 3º:

Los miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz, ni la seguridad internacionales, ni la justicia.

Mientras que la función de la Organización se refiere al ajuste de controversias o situaciones internacionales, la obligación de los Miembros estipulada en el art. 2º, inc. 3º, se refiere únicamente al arreglo de controversias. En tanto que la función de la Organización es considerar el ajuste o el arreglo de controversias o situaciones internacionales “que puedan conducir a quebrantamientos de la paz”, los Miembros están obligados, según el art. 2º, inc. 3º, a arreglar sus controversias,

por medios pacíficos, de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz, ni la seguridad internacionales, ni la justicia.

La función de la Organización está determinada por los principios de justicia y de Derecho Internacional y la obligación de los Miembros deberá ser cumplida sin poner en peligro la justicia ni la paz internacionales.

No está clara cuál es la diferencia que existe entre “ajuste” y “arreglo” de las controversias o situaciones. En el lenguaje común ambos términos significan lo mismo. En el art. 36, inc. 1º se autoriza al Consejo de Seguridad a recomendar “los procedimientos o métodos de ajuste” y en el art. 37, inc. 2º, a recomendar “los términos de arreglo”.

Los “procedimientos o métodos de ajustes” a que se refiere en el art. 36, inc. 1º, —en cuanto ello se refiere a las controversias— son los “medios pacíficos” por los que las partes deben buscar una “solución”, de acuerdo con el art. 33, inc. 1º. Queda por dilucidar si “solución” de una controversia es idéntico a “arreglo de la controversia”. Parece que según la terminología de la *Carta*, lo propio es hablar de *arreglo de controversias* y *ajuste de situaciones*\*.

En cuanto a la naturaleza de las controversias y otras situaciones en las que la Organización está autorizada a intervenir, las diversas provisiones de la *Carta* no son consistentes entre sí. Primeramente debe anotarse que el art. 1º, inc. 1º autoriza a la Organización a lograr por medios pací-

\* Se formularon sugerencias para retirar del texto la palabra “ajuste” y se solicitaron y se dieron explicaciones sobre su significado. Uno de los delegados de lengua inglesa dijo que ajuste significaba solución de una controversia en una manera justa. Otro delegado de lengua inglesa trató de explicar el término usando la palabra francesa *amenagement*. Otros consideraron que “arreglo” debía ser considerada la palabra adecuada porque lleva en sí el concepto de una solución jurídica o arbitraje y es más clara. Fue afirmado, asimismo que tanto los principios de Justicia como de Derecho Internacional se aplican a “ajuste” tanto como a “arreglo”.



ficos el ajuste o arreglo de controversias u otras situaciones solamente si ellas son “susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz” y según las provisiones el Capítulo VI del Consejo de Seguridad está autorizado a formular recomendaciones solamente respecto a controversias u otras situaciones que pongan en peligro la paz.

Otra inconsistencia se nota en las formas diferentes en que la *Carta* determina el carácter peligroso de las controversias u otras situaciones en que la Organización esté autorizada para intervenir.

El art. 11, inc. 3° se refiere a situaciones “susceptibles de poner en peligro la paz y la seguridad internacionales”; el art. 14, a toda situación “que a juicio de la Asamblea puedan perjudicar el bienestar general o las relaciones amistosas entre naciones”, y el art. 34 autoriza al Consejo de Seguridad a investigar “toda controversia, o toda situación susceptible de conducir a fricción internacional o dar o dar origen a una controversia” comenzando la cláusula con la fórmula “que sea” referida solamente a una situación pero no a controversias.

De acuerdo con el art. 2°, inc. 7°, las controversias sobre asuntos que pertenecen esencialmente a la jurisdicción doméstica de una de las partes no tienen carácter de controversias “internacionales” y deben ser consideradas como no sujetas a la obligación del arreglo pacífico. Excepciones de esta obligación se encuentran también en el art. 107 que se refiere a controversias con Estados ex enemigos de la Segunda Guerra Mundial y en el art. 53, inc. 2°, que se refiere a controversias entre una y varias partes de un acuerdo regional y un Estado ex enemigo, en cuanto a la controversia se refiera a la reanudación de una política agresiva del lado del Estado ex enemigo y el acuerdo regional provea medidas contra tal renovación de política.

En la Conferencia de San Francisco y “a iniciativa de los Poderes Invitantes” se agregó la palabra “internacional” en la frase: “Todos los Miembros deberán arreglar sus con-

troversias internacionales”, para señalar en forma clara que la Organización entendería únicamente en las controversias entre Estados.

Pero por la fórmula “controversias internacionales” no quedan excluidas otras controversias, que las que no sean únicamente entre los Estados. Así, una controversia entre un Estado y un individuo privado puede tener un carácter internacional cuando se produce a causa de una relación entre el Estado y el individuo regulado por el Derecho Internacional.

¿Son las “controversias internacionales” a que se refiere el art. 2º, inc. 3º únicamente controversia entre un Estado y un individuo? Las controversias internacionales son posibles no sólo entre Estados, sino también entre Estados e individuos, entre Estados y Organizaciones Internacionales (tal la Liga de Las Naciones o las Naciones Unidas) y entre organizaciones internacionales entre sí.

Desde que la *Carta* no puede definir el concepto de justicia, cualquier arreglo de controversia o ajuste de otras situaciones recomendadas por la Asamblea General o el Consejo de Seguridad, está de conformidad con el postulado en cuestión. Y esto es porque el órgano que formule la recomendación no admitirá que la misma esté de acuerdo con los principios de justicia, aunque no esté de acuerdo con los principios de Derecho Internacional y pertenece al cuerpo decidir la cuestión. El efecto de la fórmula “en conformidad con los principios de justicia y Derecho Internacional” es el dejar el arreglo de las controversias y el ajuste de otras situaciones a la discreción de la Organización.

La función de la Organización —de lograr por medios pacíficos el arreglo de las controversias y la obligación de los Miembros de arreglar las mismas— tienen una tan íntima correlación que es difícil comprender por qué la primera deberá hacerlo “en conformidad con los principios de justicia y Derecho Internacional” y los últimos en “manera que no se pongan en peligro la paz ni seguridad internacionales”.

La exigencia de no poner en peligro la justicia al arreglar una controversia está dirigida a los Miembros de la Naciones Unidas obligados a arreglar una controversia por medios pacíficos. Los medios pacíficos de arreglar una controversia son: acuerdo entre las partes conseguido directamente por negociación o mediación o indirectamente al aceptar la recomendación de una comisión conciliatoria o sometiendo la controversia a la decisión de un tribunal internacional. Si la controversia es arreglada directamente por acuerdo entre las partes, los requerimientos de “justicia” no parecen ser necesarios en absoluto, porque en este caso “justicia” puede únicamente significar lo que las partes consideran justo, y si ellas llegan a un acuerdo respecto al arreglo es de suponer que ambas consideran que el arreglo es justo.

Por el art. 33, las partes en una controversia pueden someterse a la Corte Internacional de Justicia.

El art. 36, inc. 3º provee que

las controversias de orden jurídico por regla general, debe ser sometidas por las partes a la Corte Internacional de Justicia, de conformidad con las disposiciones del Estatuto de la Corte.

El Estatuto no autoriza a la Corte a decidir las controversias de acuerdo con los principios de justicia. La Corte está obligada “a decidir de acuerdo al Derecho Internacional”. Sólo si las partes acuerdan expresamente puede la Corte decidir la disputa *ex aequo et bono*, lo que no es idéntico a los “principios de justicia”.

Por otra parte, es muy dudoso que órganos de sumo carácter político —tales como el Consejo de Seguridad o la Asamblea General— puedan actuar de acuerdo con otros principios que no sean políticos: ni los principios de Derecho Internacional ni los principios de justicia —si no están en conflicto unos con otros— pueden esencialmente determinar las decisiones o recomendaciones de un cuerpo compuesto de representantes gubernamentales. Las decisiones del cuer-

po pueden ser difícilmente otra cosa que un compromiso entre los intereses en conflicto de los gobiernos.

Si la *Carta* realmente pretendiera que impere el Derecho o la justicia en la solución de las controversias, debió haber conferido jurisdicción compulsoria, en todas las controversias, a la Corte Internacional de Justicia.

¿Cómo puede la paz internacional (y aquí está implícita la seguridad internacional) estar en peligro si la disputa es arreglada por “medios pacíficos”? Las controversias deben ser arregladas en forma que no se pongan en peligro ni la paz ni la seguridad internacionales. Por consiguiente, no debe ser creada ninguna condición por la que las partes pongan en peligro la paz de otro Estado.

No es muy probable que el arreglo de una controversia entre dos Estados por medios pacíficos pueda poner en peligro la paz de un tercer Estado. Pero tal posibilidad no queda excluida. La obligación de no poner en peligro la paz de otro Estado —no parte en la disputa— está establecida en el art. 2º, inc. 4º.

La provisión del art. 2º, inc. 3º se refiere a las relaciones entre las partes de una controversia pero la prohibición de poner en peligro la paz de otros no está incluida ciertamente en la misma.

La enumeración de los medios pacíficos para la solución de las controversias —“negociación, investigación, mediación, conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales”— es exhaustiva. No hay otras formas de arreglo pacífico. Por lo tanto, la enumeración o la fórmula “u otros medios pacíficos de su elección” es superflua.

La jurisdicción que tiene la Asamblea General y el Consejo de Seguridad respecto del arreglo de controversias y al ajuste de otras situaciones es una gran extensión concurrente.

Evitar conflictos entre dos órganos de Naciones Unidas es el propósito de la disposición contenida en el art. 12.

VIII. EL RÉGIMEN JURÍDICO  
LATINOAMERICANO DE LAS INVERSIONES:  
¿UNA NUEVA CONSTRUCCIÓN HEGEMÓNICA?

*Eloísa B. Raya de Vera\**

\* Profesora Asociada en la Cátedra de Derecho de la Integración, UAI.



## 1. Introducción

Las interpretaciones del Derecho y el Derecho mismo puede afirmarse que se han construido a partir de dos vías:

- 1) desde los llamados “sitios de producción”<sup>1</sup>, por medio de una construcción hegemónica y universalista del objeto epistémico y su traslación a otros centros, y
- 2) desde los “sitios de recepción”<sup>2</sup>, a través de estrategias excepcionalistas o particularistas.

Al efectuar un análisis histórico del Derecho interno latinoamericano (público y privado) se puede observar que se construyó —en su mayoría— desde una perspectiva eurocéntrica o anglocéntrica.

Mediante el método de traslación matemático<sup>3</sup>, las normas europeas fueron calcadas en nuestros Códigos. Otro tanto

<sup>1</sup> LÓPEZ MEDINA, Diego E., *Teoría impura del Derecho, La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Legis, Bogotá, 2005.

<sup>2</sup> *Ibíd.*

<sup>3</sup> BIOCCA, Stella M., *Derecho internacional privado. Un nuevo enfoque*, t. I, Lajouane, Buenos Aires, 2004.

sucedió con la teoría jurídica, primero influenciada por la Escuela de la exégesis, por Savigny y la jurisprudencia de conceptos, por el positivismo de Kelsen y más contemporáneamente por Hart y Dworkin.

Este camino de traslación de normas e instituciones pareciera que no ha sido el seguido por el Derecho Internacional latinoamericano<sup>4</sup>.

Partiendo de esta hipótesis, se intentará demostrar el particularismo del Derecho Internacional latinoamericano (DIL), para luego incluir al régimen jurídico latinoamericano de las inversiones —como componente del DIL— y verificar si este régimen responde al particularismo del DIL o responde, por el contrario, a los principios universalistas emanados de los “sitios de producción”.

## **2. El particularismo del Derecho Internacional latinoamericano**

Desde el DIL se desarrollaron posturas críticas a la visión universalista aportada desde los países centrales, basado especialmente en diferentes perspectivas culturales, históricas y geográficas.

El Derecho Internacional es una de las pocas disciplinas jurídicas en donde América latina ha hecho un aporte hasta ahora no reconocido por la academia internacional.

En efecto, la temprana liberación de las colonias de España en el siglo XIX ayudó a establecer un sistema de Estados en los que se creó una costumbre de alcance regional<sup>5</sup>.

El DIL supo construir principios en defensa de los Estados más débiles. Tal es el caso, por ejemplo, de las Doctrinas Drago y Calvo.

<sup>4</sup> OBREGÓN, Liliana, *Latin American International Law*, Tesis Doctoral, Harvard Law School, 2002.

<sup>5</sup> Ob. cit., 4.



La Doctrina Drago tiene su origen en una comunicación que efectuó el gobierno argentino a los Estados Unidos el 29 de diciembre de 1902 como consecuencia de los bombardeos, bloqueos y asalto a la aduana venezolana que efectuó una flota conjunta de Inglaterra, Alemania e Italia. Estos Estados incautaron todos los bienes que encontraron a su paso para cobrarse la deuda que mantenía Venezuela con ellos, y los pagos habían quedado suspendidos por la grave crisis financiera que soportaba.

En dicha ocasión, el ministro de Relaciones Exteriores argentino, Luis María Drago expresó:

No puede haber expansión territorial europea en América ni opresión de los pueblos de este continente, porque una desgraciada situación financiera pudiese llevar a algunos de ellos a diferir el cumplimiento de sus compromisos... En una palabra, el principio que quisiera ver reconocido es el que la deuda pública no puede dar lugar a la intervención armada y menos a la ocupación material del suelo de las naciones americanas por una potencia europea<sup>6</sup>.

La Doctrina Calvo surgió como consecuencia de las declaraciones del diplomático argentino Carlos Calvo en ocasión de la intervención armada de Francia en México.

Calvo sostuvo que un Estado independiente, en virtud del principio de igualdad de los Estados, no debía estar sometido a la ingerencia de otros Estados. Asimismo expresó que los extranjeros no debían gozar de mayores derechos y privilegios que los nacionales y debían solucionar sus controversias ante los tribunales internos del Estado territorial<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> DAMIANOVICH OLIVEIRA, Jorge, y AUGUADRA, Mauricio, *Panorama de Derecho Internacional público*, Alfabet ediciones, Buenos Aires, 1999.

<sup>7</sup> FERNÁNDEZ DE GURMENDI, Silvia, *Los convenios bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones en los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones*, Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1993.

Como consecuencia de esta doctrina, diversos países de América latina establecieron la llamada “Cláusula Calvo”, de aplicación a los acuerdos contractuales con inversores extranjeros, obligando a estos últimos a renunciar al recurso de protección diplomática, permitiéndoles únicamente acudir a los tribunales del Estado receptor y bajo la legislación local<sup>8</sup>, en igual posición que los nacionales.

No puede dejar de mencionarse también a la Doctrina Irigoyen. En efecto, el Ministro de Relaciones Exteriores de Nicolás Avellaneda —Bernardo de Irigoyen— con motivo de la nota de reclamo que efectuara el gobierno de Inglaterra al gobierno argentino en 1876 para exigir protección diplomática para el Banco de Londres y Río de La Plata y evitar de esa manera recibir sanciones por incumplimiento a la Ley de Conversión argentina, dejó plasmada en su respuesta la Doctrina que llevara su nombre.

En aquel momento, afirmó el Dr. Irigoyen que las personas jurídicas deben exclusivamente su existencia a la ley del país que las autoriza. Éstas no tienen nacionalidad y carecen del derecho de protección diplomática. Las sociedades anónimas son sociedades de capital: no son las personas, sino los capitales los que se unen en forma anónima y por lo tanto no tienen responsabilidad individual ni tampoco nacionalidad<sup>9</sup>.

Los principios contenidos en las tres Doctrinas descriptas fueron la base de un DIL defensor de la igualdad soberana de los Estados y de la no intervención, en general, y de un régimen latinoamericano de inversiones, en particular, que no admitía que el Estado fuera demandado ante tribunales arbitrales.

<sup>8</sup> GRANATO, Leonardo, “Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional”, en *Los tratados bilaterales de inversión, working paper* n° 3, en [www.caei.com.ar].

<sup>9</sup> Ob. cit. en nota 3.

Este particularismo jurídico, de hecho, fue plasmado en normas internacionales también de aplicación a los países centrales<sup>10</sup>. Ello significa que la traslación de principios jurídicos se produjo en este caso a la inversa, es decir, de “sitios de recepción” a “sitios de producción”.

América latina supo construir desde la periferia un Derecho Internacional “equitativo” y en especial, un régimen de inversiones que protegía al extranjero pero sin descuidar la situación de los nacionales y conforme a un estándar mínimo internacional.

### **3. El régimen jurídico internacional de las inversiones**

En contra de las previsiones de que la regionalización se ha comportado como régimen rival del sistema multilateral de comercio, en la defensa de los intereses de los países más débiles y como la opción más viable para el desarrollo de los pueblos, la espada de Damocles al régimen jurídico de los países periféricos en materia de inversiones provino de disposiciones de un acuerdo regional.

En efecto, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte<sup>11</sup> (TLCAN), dedicó su Capítulo 11 a las inversiones. Las disposiciones allí contenidas, caracterizadas por ser una regulación del tipo maximalista, luego servirían como modelo para los tratados que en adelante los países exportadores de capital firmarían con diferentes Estados de Latinoamérica.

<sup>10</sup> Véase, por ejemplo, art. 35 de la Carta de la Organización de Estados Americanos; Dictamen sobre empresas transnacionales del Comité Jurídico Interamericano de 1976 o la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados de las Naciones Unidas de 1974, o la Resolución 3171 del 17 de diciembre de 1973 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

<sup>11</sup> Suscrito por Canadá, EE.UU. y México el 17 de diciembre de 1992 y en vigor desde el 1° de enero de 1994.

La ratificación de México al TLCAN y al Capítulo 11 terminarían con el particularismo del régimen latinoamericano de las inversiones, por su reiterada negativa a admitir que el Estado sea demandado ante organismos privados y a otorgar un trato más favorable al inversor extranjero que al nacional, en virtud a su adhesión a las Doctrinas Calvo, Drago e Irigoyen.

Sin dudas, el contenido del Capítulo 11 marcaría un hito en el DIL. Entre lo más destacable, no sólo incluye disposiciones sobre tratamiento justo y equitativo, protección y seguridad plenas y no discriminación para el inversor extranjero sino también incorpora los principios de trato nacional y de nación más favorecida<sup>12</sup>. Prohíbe a la expropiación directa como también a la indirecta<sup>13</sup>, describe minuciosamente los requisitos que debe reunir la indemnización (art. 1110, párr. 2º<sup>14</sup>) y establece garantías de convertibilidad en las divisas aplicadas a mercados de fondos para la repatriación de utilidades, desinversiones, etcétera.

Este capítulo es un abanico de posibilidades de amplio alcance, aún teniendo presente que los signatarios establecieron una serie de excepciones en el anexo al capítulo de inversiones incluidas las excepciones generales de seguridad nacional y las específicas de sectores y países<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> SOLÉ, Marina, *Regulación sobre inversiones en el ámbito nacional, bilateral, regional y multilateral. ¿Por qué tanta confusión?*, Observatorio de la Globalización, Universidad de Barcelona, *working paper*, 2005.

<sup>13</sup> Art. 1110, párr. 1º: “Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente una inversión”.

<sup>14</sup> Art. 1110, párr. 2º: “La indemnización será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (fecha de expropiación) y no reflejara ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación. Los criterios de valuación incluirán el valor corriente, el valor del activo (incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles), así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado”.

<sup>15</sup> SCHIFF, Maurice, y WINTERS, L. Alan, *Integración regional y desarrollo*, Banco Mundial, Alfaomega, 2004.

En cuanto al sistema de solución de controversias, introduce de forma novedosa el reclamo de particulares, garantiza el trato igual entre inversionistas de las Partes de acuerdo con el principio de reciprocidad internacional como del debido proceso legal ante un tribunal imparcial y detalla las condiciones previas para el sometimiento de una reclamación al procedimiento arbitral (art. 1121); establece plazo de prescripción de la acción (arts. 1116 y 1117), describe minuciosamente el procedimiento de constitución del tribunal arbitral —integración, número de árbitros y método de nombramiento—, fija el derecho aplicable a la controversia (art. 1131) y establece los efectos del laudo (art. 1135 y 1136); la posibilidad de aplicar medidas provisionales (art. 1134) y finaliza con una sección de definiciones.

Durante toda la década del noventa, diversos países de Latinoamérica suscribieron infinidad de Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs), dejando de lado las Doctrinas adoptadas tradicionalmente por el DIL y consagrando principios jurídicos de los que habían estado muy lejos en materia de inversiones.

Los TBIs protegerían al inversor extranjero como ningún otro instrumento lo había hecho, ya que les conferirá a “particulares” la capacidad necesaria para exigir a los Estados el respeto y cumplimiento de los principios jurídicos en ellos consagrados.

En efecto, “el quiebre del sistema anterior” se manifestó principalmente en:

- a) el establecimiento del trato y protección debidos al inversor extranjero que el Estado receptor se compromete internacionalmente a garantizar —y consagrado convencionalmente por lo que su incumplimiento podría provocar responsabilidad internacional del Estado—;
- b) el otorgamiento al inversor extranjero del derecho a someter toda controversia con el Estado receptor de la inversión a una instancia arbitral internacional, y

- c) el amparo de los contratos celebrados entre el Estado y el inversor extranjero en el Derecho Internacional y no en el Derecho administrativo interno de los Estados<sup>16</sup>.

Ciertos autores<sup>17</sup> han sostenido que “el amparo de los contratos administrativos en el Derecho Internacional” no ha sido un principio consagrado ni en el Convenio CIADI ni en los TBIs, ya que algunos tratados contienen normas que obligan a aplicar derecho administrativo<sup>18</sup> o bien contienen normas que no permiten que el propio Tratado sea interpretado de forma tal de modificar la legislación interna<sup>19</sup>.

Esta errónea interpretación proviene en su mayoría de ciertos tribunales arbitrales<sup>20</sup>, quienes se resisten a aplicar adecuadamente el art. 42, segunda parte del Convenio CIADI<sup>21</sup>.

Lamentablemente, el derecho regional, que inauguró —a través del TLCAN— el nuevo régimen de inversiones para Latinoamérica, insistió en esta postura “pro-inversor extranjero” en el orden del Mercosur.

El Protocolo de Colonia —para la promoción y protección recíproca de inversiones en el Mercosur intrazona— y el Protocolo de Buenos Aires —para la promoción y protección de inversiones provenientes de Estados no partes del

<sup>16</sup> Ob. cit., en nota 8.

<sup>17</sup> BARRAGUIRRE, Jorge (h.), “Los tratados bilaterales de inversión y el Convenio CIADI ¿La evaporación del derecho administrativo doméstico?”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, n° 3, Buenos Aires, oct.-dic. 2007.

<sup>18</sup> TBI entre Argentina y Unión Belgo-Luxemburguesa arts. 1.2 y 12.7, entre Argentina y Reino Unido —art. 8.4— y entre Argentina y Alemania —art. 10.5—.

<sup>19</sup> TBI entre Argentina y Estados Unidos —art. 12—.

<sup>20</sup> Véase laudo arbitral “CMS vs. Argentina”.

<sup>21</sup> Art. 42 del Convenio CIADI: “El Tribunal decidirá la diferencia del acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuer-

Mercosur— aseguran en todo momento de la inversión un tratamiento justo y equitativo.

Sin embargo, sus disposiciones son algo limitadas, ya que no incorporan los principios de Trato Nacional y Nación más Favorecida —como el TLCAN y los TBIs—. Son más limitados en sus definiciones ya que, por ejemplo, no se refieren a la expropiación indirecta, no establecen como requisito de la indemnización que sea pronta y la descripción del sistema de solución de controversias se basa exclusivamente en el detalle de la posibilidad de elección del ente y/o tribunal que resolverá la controversia y tampoco incluye reglas sobre el procedimiento. Un elemento destacable es que admiten plantear la controversia ante los tribunales competentes del Estado Parte en cuyo territorio se realizó la inversión.

En suma, los TBIs suscritos por los países latinoamericanos con los países exportadores de capital, durante la década del noventa, y el Derecho regional emanado del TLCAN y del Mercosur —con las limitaciones señaladas— consagraron un régimen de inversiones disociado del DIL clásico, basado en los principios de trato justo y equitativo, pago de una compensación pronta, justa y efectiva, nación más favorecida, el reparo en prever una compensación en ciertas situaciones de emergencia en el estado receptor de la inversión, la cláusula *paraguas*, y un sistema de solución de controversias Estado-particular sin agotamiento previo de las instancias internas y que supone consentimiento automático del Estado por la mera suscripción del tratado, entre cuestiones.

La existencia de estos nuevos principios en el Derecho latinoamericano de las inversiones ha llevado a ciertos es-

---

do, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables”.

pecialistas a referirse a subsistemas e, incluso, a sostener su fragmentación<sup>22</sup>.

#### 4. Conclusiones

La evidente disociación entre el DIL clásico, plasmado en las Doctrinas Drago, Calvo e Irigoyen y en la automática negativa de los Estados sudamericanos a suscribir tratados de protección y promoción de inversiones, por un lado, y el nuevo régimen de inversiones, concretado en los diferentes TBIs y el derecho regional, por el otro, permiten afirmar que:

- a) el nuevo régimen de inversiones no responde al particularismo del DIL;
- b) fue construido a espaldas de la realidad social latinoamericana;
- c) emana de los “sitios de producción”, ya que fue propuesto e impuesto por los países exportadores de capital;
- d) de manera sigilosa y casi clandestina se atreve a romper con el principio de que la litigiosidad internacional está reservada a los Estados<sup>23</sup>;
- e) está evaporando el Derecho Público interno de los Estados y vuelve irrelevante el valor moral de las fronteras y nuestra política<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> BONDÍA, David, *El derecho internacional público como objeto de docencia, working paper*, 2007.

<sup>23</sup> TORRENT, Ramón, *El marco jurídico internacional de la economía mundial: ¿cómo cambiar su enfoque y permitir que recobre sentido?*, Cátedra internacional OMC/Integración Regional, Universidad de Barcelona, [www.ub.edu.es].

<sup>24</sup> Ob. cit. en nota 17.



## IX. LA PROHIBICIÓN DEL USO DE LA FUERZA: ¿QUIÉN MATÓ AL ART. 2.4?

*Roberto Cacheiro Frías\**

\* Profesor Adjunto en la Cátedra de Derecho Internacional Público, UAI.



## 1. Introducción

El interrogante sobre este asesinato fue planteado por el Dr. Franck<sup>1</sup>, profesor de la Universidad de Nueva York, al comparar el comportamiento concreto de los Estados y la conducta reglada por el citado artículo<sup>2</sup>.

Conviene recordar que el art. 1º de la *Carta*<sup>3</sup>, al establecer “los propósitos de las Naciones Unidas”, fija en primer término el de

“mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u

<sup>1</sup> FRANCK, Thomas M., “Who killed article 2, (4)? or Changing Norms Governing the Use of Force by States”, AJIL, vol. 64, 1970, ps. 809-837.

<sup>2</sup> La norma, cuya muerte plantea el internacionalista, pertenece a la *Carta de las Naciones Unidas* (en lo sucesivo, *Carta*) y ordena: “Los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”.

<sup>3</sup> El art. 1º de la *Carta* fija los propósitos de la sociedad internacional organizada, y para ser logrados la Organización y sus miembros deberán proceder respetando los principios enumerados en el art. 2º.

otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del Derecho Internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz.

Los Estados que impulsaron la firma de este Tratado aprendieron de la muerte: al momento de firmarse la *Carta*<sup>4</sup>, el mundo aún no había sepultado a la totalidad de los 50.000.000 de muertos que había causado la Segunda Guerra Mundial.

Actualmente, crece la opinión coincidente con la postura de Franck, luego de la guerra que impulsó Estados Unidos a inicios de 2003 contra el empobrecido Irak. Más aún considerando que en setiembre de 2002 el presidente George Bush expuso, nada menos que ante la Asamblea General de la ONU (en adelante, AG), la doctrina de la guerra preventiva, la que puede resumirse en pocas palabras: Estados Unidos atacará con o sin la autorización del Consejo de Seguridad (en adelante, CS).

El propósito de este trabajo es analizar las excepciones a la prohibición del uso de la fuerza, esto es, cuándo un Estado está legitimado para usar la fuerza.

## **2. Legítima defensa**

El art. 51<sup>5</sup> establece el derecho a la legítima defensa, de fuerte cuño en todos los sistemas penales del mundo. Es un

<sup>4</sup> La *Carta* se firmó en San Francisco (EE.UU.) el 26 de junio de 1945, cuando recién había finalizado la guerra en Europa pero continuaba en el Lejano Oriente y concluiría tras los ataques atómicos contra Hiroshima y Nagasaki en agosto del mismo año.

<sup>5</sup> Art. 51: "Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque arma-

derecho preexistente, ya que la *Carta* no lo concede como derecho, sino que lo reconoce. El texto del citado artículo aleja cualquier posibilidad de interpretación extensiva, ya que sólo es legítima la defensa “en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas”.

El artículo despeja cualquier incertidumbre, pues no alude al “uso o amenaza de fuerza”, como el art. 2.4, ni a la “amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión” (art. 39), sino que emplea un claro concepto: “ataque armado”<sup>6</sup>.

Asimismo, existe el elemento temporal de la legítima defensa, ya que es requisito que el ataque se estuviese produciendo en el momento inmediatamente anterior a la respuesta, puesto que, de ser *a posteriori*, sería una represalia y no legítima defensa. Además debe ser proporcional: si un Estado ataca un puesto fronterizo, el agredido no está legitimado a arrasarse las ciudades del atacante.

### 3. Uso de la fuerza por parte de las Naciones Unidas

En su Estatuto constitutivo, los Estados parte confirieron al CS la responsabilidad de mantener la paz y seguridad

---

do contra un miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.”

<sup>6</sup> Confirma lo expuesto el “Asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (“Nicaragua c/ Estados Unidos””, sentencia dictada el 27/6/86, en el que la Corte Internacional de Justicia entendió que en el caso de legítima defensa individual, el ejercicio de este derecho está sujeto a que el Estado concernido haya sido víctima de un ataque armado...”.

internacionales, y reconocieron que actuaría en nombre de ellos al desempeñar las actividades pertinentes para cumplir el mandato (art. 24.1).

Para cumplir con este objetivo, la *Carta* autoriza a decidir al CS las medidas que han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, entre ellas, la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones de todo tipo<sup>7</sup>, como también la ruptura de relaciones diplomáticas pero que no impliquen el uso de la fuerza armada (art. 24.1)<sup>8</sup>. Empero, si estas medidas, a estimación exclusiva del CS, puedan o demuestren ser inadecuadas, éste estará facultado a ordenar demostraciones militares, bloqueos y el uso de la fuerza<sup>9</sup> para mantener o reestablecer la paz y seguridad<sup>10</sup>. Este es un mecanismo de seguridad colectiva crea-

<sup>7</sup> Art. 41: “El Consejo de Seguridad (...) podrá instar a los miembros de las Naciones Unidas a (...) la interrupción (...) de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación”.

<sup>8</sup> Art. 24.1: “A fin de asegurar acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas, sus miembros confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, y reconocen que el Consejo de Seguridad actúa a nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad.”

<sup>9</sup> Art. 42: “Si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el art. 41 pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de miembros de las Naciones Unidas”.

<sup>10</sup> La *Carta* establece, en su art. 43.1, que “todos los miembros de las Naciones Unidas, con el fin de contribuir al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, se comprometen a poner a disposición del Consejo de Seguridad, cuando este lo solicite, y de conformidad con un convenio especial o con convenios especiales, las fuerzas armadas, la ayuda y las facilidades, incluso el derecho de paso, que sean necesarias para el propósito de mantener la paz y la seguridad internacionales”. Son los denominados “Casos Azules”, tropas que generalmente han sido afectadas a misiones preventivas. Asimismo puede encargar a organismo regionales aplicar las medidas coercitivas que decidiera (p. ej., la Organización del Atlántico Norte —OTAN—).

do para sancionar a todo Estado que no cumpla con los propósitos y principios de la *Carta*.

Ejemplo de ello ha sido la resol. 678 del CS, del 29 de noviembre de 1990, que autorizó a usar todos los medios necesarios para que se cumplieran las resoluciones dictadas precedentemente y que obligaban a Irak a retirar sus fuerzas armadas de Kuwait<sup>11</sup>.

#### 4. Otras posibilidades de uso de la fuerza

A través de una amplia interpretación del art. 51 (legítima defensa) se ha puesto en marcha el empleo de la fuerza “en afirmación de derechos legales cuando el ejercicio legítimo de esos derechos es ilegalmente denegado”<sup>12</sup>. De esta manera está legitimado que un pueblo pueda recurrir a la fuerza contra un gobierno opresor invocando el principio de autodeterminación, de los derechos humanos y el respeto a las libertades fundamentales en las relaciones entre gobernantes y gobernados<sup>13</sup>.

El maestro español Oriol Casanovas y La Rosa<sup>14</sup> enumera los siguientes usos de la fuerza legitimados:

- a) El uso de la fuerza por los movimientos de liberación nacional, el cual está sustentado en la resol. 1514 de la AG en la que se proclamó el derecho a la libre determinación de los pueblos coloniales y que “toda acción armada (...) dirigida contra los pueblos de-

<sup>11</sup> Otros ejemplos son la resol. 836, del 4/6/93, creando la Unprofor que actuó en Bosnia y Herzegovina; la resol. 814 (1992) referida a Somalia, y la resol. 872, con motivo de los sucesos de Ruanda (1993).

<sup>12</sup> WALDOCK, C.H.N., “The regulation of the Use of Force by Individual States in International Law”, *R. des C.*, vol. 82, 1952-II, p. 500.

<sup>13</sup> DÍEZ DE VELAZCO, MANUEL, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 1999.

<sup>14</sup> Autor del Capítulo XLII de la obra mencionada en nota anterior.

pendientes [debe] cesar”, siendo complementada por la resolución de la AG 2131 del año 1965, en la que se afirmó que “el uso de la fuerza para privar a los pueblos de su identidad nacional, constituye una violación de sus derechos inalienables y del principio de no intervención”.

- b) Intervenciones de carácter humanitario, las cuales se organizan cuando, debido a sucesos internos, se dificulta o imposibilita la ayuda humanitaria a víctimas de conflictos armados o bien, como en el caso Kosovo, se violen en forma sistemática, grave y masiva, los derechos humanos fundamentales<sup>15</sup>.
- c) La protección de los ciudadanos y de los intereses nacionales, que ha sido aceptada por juristas y jueces antes de la creación de las Naciones Unidas. No obstante, posteriormente se ha rechazado decretar legal tal conducta estadual, habida cuenta de los abusos cometidos en esas circunstancias. Empero, cada caso debe analizarse exhaustivamente por las particularidades especiales que han de tener<sup>16</sup>.

## 5. ¿Legítima defensa preventiva?

Si existe la seria posibilidad de que un Estado me ataque, ¿debo, previamente a defenderme, permitir ser ataca-

<sup>15</sup> Claro que la decisión de intervenir militarmente debe estar sustentada en una resolución del CS, por lo que el accionar de la OTAN en la región kosovar ha sido ilícita, al menos en el grado de evolución del Derecho Internacional actual.

<sup>16</sup> Ejemplo de ello ocurrió ante el secuestro y desvío del avión de Air France con cientos de pasajeros en el año 1976 al aeropuerto de Entebbe (Uganda). Ante la amenaza de la eliminación de los rehenes, Israel utilizó la fuerza para la recuperación de los secuestrados, provocando la muerte de los secuestradores y de soldados ugandeses, actuando así en defensa de sus nacionales y ante una violación del Derecho Internacional, habida cuenta del apoderamiento ilícito de la aeronave.



do? ¿O puedo defenderme agrediendo preventivamente para evitar que se me ataque? La respuesta es difícil. ¿Polonia estaba legitimado para atacar a Alemania en setiembre de 1939, de haber percibido que estaba apunto de ser atacada y posteriormente ocupada y devastada? ¿Cómo se hubiera juzgado ese accionar polaco? Claro que Polonia no estaba capacitada para avanzar contra Alemania; trató, mediante la firma de acuerdos de asistencia recíproca con el Reino Unido y Francia, de persuadir al Tercer Reich, pero no alcanzó.

Por los abusos que dicha figura representaría, la legítima defensa preventiva no está prevista en el Derecho Internacional.

Israel es el Estado que reiteradamente ha llevado a la práctica la “legítima” defensa preventiva<sup>17</sup>.

Hay opiniones que alegan que un ataque no significa que se efectúen disparos de armas de fuego, ya que la agresión comienza con los movimientos previos de las fuerzas armadas<sup>18</sup>.

Por lo tanto, la utilización legítima de la fuerza para prevenir un ataque armado debe contener los siguientes requisitos:

<sup>17</sup> El ataque que dio origen a la guerra de los “6 días” en el año 1967, se basó en que los Estados árabes estaban realizando movilización de tropas con el aparente motivo de avanzar sobre Israel. Éste destruyó las fuerzas aéreas de Egipto en sus bases y ocupó, entre otros territorios, la península del Sinaí, las alturas del Golán, Siria, Cisjordania y Jordania. Años después, y para evitar ataques terroristas en territorio israelí, se produjo la matanza de palestinos el 18 y 19 de setiembre de 1982 en los campos de Sabra y Chatilla, ubicados en el Líbano. Posteriormente, y por el peligro que significaba la construcción de una central nuclear, destruyó, mediante ataque aéreo, un reactor nuclear de Irak. Al tratarse en el CS, Estados Unidos fue el único Estado que indicó que compartía el concepto israelí de legítima defensa preventiva. La resolución 487/91 condenó el ataque israelí a Irak por clara violación de la *Carta* y de las normas de conducta internacional.

<sup>18</sup> De esta forma quedaría justificado el ataque israelí en 1967 ante el peligro de su subsistencia, habida cuenta de la falta de margen israelí para asimilar una derrota inicial dado el escaso tamaño de su territorio. Conviene recordar que la ONU no decretó como agresor a Israel por el ataque.

- a) el peligro que legitime el derecho a la legítima defensa no debe provenir de meras sospechas o informes de inteligencia inciertos: debe existir certeza del ataque y que se producirá de manera inmediata;
- b) el accionar ilícito que se pretende evitar debe alcanzar la dimensión de un ataque armado;
- c) el uso de la fuerza debe estar relacionado con la supresión de la amenaza que se está sufriendo;
- d) el uso de la fuerza debe emplearse tras haber agotado todos los recursos, pacíficos o coercitivos, que dispone el Derecho Internacional;
- e) el uso de la fuerza debe ser proporcional al mal que se pretende evitar.

La legítima defensa preventiva es la excusa que ha “permitido” a los Estados Unidos atacar al Estado iraquí: como supone que posee armas de destrucción masiva, previene su ataque ingresando a su territorio para desarmarlo y así terminar el peligro.

“Un Pearl Harbor al revés”, expresó durante la “Crisis de los Misiles” Robert Kennedy, ante la propuesta de sus militares sobre la conveniencia de un ataque preventivo contra las bases de misiles cubanas. El joven procurador del Tesoro añadió: “Durante 175 años no hemos sido esa clase de país”, e hizo que el grupo especial de asesores del presidente Kennedy pasara de la propuesta de un ataque aéreo a un bloqueo.

No debe descartarse de plano la legítima defensa preventiva, pero ella debe cumplir con límites sumamente precisos para que no se convierta en un *laissez-faire*, y que de manera alguna justifique el ataque llevado a cabo contra Irak, habida cuenta de que ni siquiera *ex post facto* han podido demostrarse las causas que dieron la excusa inicial.

## 6. Estado de guerra, un habitual estado

Luego de la creación de las Naciones Unidas se produjeron innumerables conflictos armados en los que participaron los Estados Unidos<sup>19</sup>.

Alguien dijo que la paz es el breve instante entre dos guerras. Es que justamente la guerra es la actividad política<sup>20</sup> que ha tenido más regulación jurídica mediante decenas de convenciones y la que ha causado más pérdidas humanas y materiales. La crisis que se ha instalado en el seno de las Naciones Unidas se trasluce en las declaraciones de los líderes estadounidenses, quienes manifestaron que utili-

<sup>19</sup> *Corea* (1950-1953), donde murieron 33.600 soldados estadounidenses, 400.000 soldados surcoreanos y 1.300.000 de norcoreanos y chinos; *Vietnam* (1955-1975), donde murieron 58.000 soldados estadounidenses, 100.000 sur-vietnamitas y 500.000 norvietnamitas y del Vietcong y entre 1.000.000 y 1.500.000 de civiles; en *Granada* (1983) fallecieron 49 locales, 19 estadounidenses y 29 cubanos; en el ataque a *Panamá* (1989) es desconocida la cantidad de muertos; en la *Primera Guerra del Golfo* (1991) mueren más de 100.000 soldados iraquíes y más de 35.000 civiles y cerca de 300 aliados estadounidenses, británicos, franceses y árabes; *Kosovo* (1999), 6.000 soldados y 2.000 civiles serbios y más de 100.000 civiles kosovares. Habiéndose cumplido en marzo de 2007 cuatro años de la ocupación de Irak por parte de una coalición liderada por Estados Unidos, se contabilizan 60.000 civiles y 3.500 soldados de las fuerzas ocupantes muertos, y 2 millones de iraquíes fueron obligados a desplazarse tanto a otras regiones de Irak como a países vecinos.

<sup>20</sup> Es universalmente conocida la frase "La guerra es la continuación de la política por otros medios", atribuida al teórico prusiano Carlos von Clausewitz por la cual se justifica la utilización de la fuerza dejando de lado otros medios pacíficos. Pero es errónea tal interpretación. El ilustre militar, en su obra *De la guerra* (Ediciones Ejército, Madrid, 1980) manifestó: "La guerra no es simplemente un acto político, sino un verdadero instrumento político, una continuación de las relaciones políticas, una gestión de las mismas con otros medios" (1º-I- XXIV), y que "la guerra no es sino la continuación de las transacciones políticas, llevando consigo la mezcla de otros medios. Decimos la mezcla de otros medios, para indicar que este comercio político no termina por la intervención de la guerra" (8º-VIB). El error está dado en que se ha deformado la frase utilizada "con otros medios" por la construcción de muy distinto alcance "por otros medios". El fin político de la guerra, según Clausewitz, hace que la victoria militar y las acciones militares deben ser políticamente aceptables, considerando que el propósito de la guerra reside en la paz posterior.

zarán la fuerza con o sin la autorización del CS. Así lo hicieron, y ese uso de la fuerza alegando legítima defensa preventiva no ha tenido condena posterior del CS, lo que significa una violación del art. 2.4, con lo que se corre el peligro de instalar su legitimidad en la conciencia colectiva. Ya tenemos el caso “Kosovo”, en el que la OTAN ejerció acciones militares fuera de los mecanismos previstos por la *Carta* (sin la autorización del CS), peligroso precedente que justificará próximas intervenciones. Se debe luchar en todos los foros a favor de la prevalencia del Derecho, de lo contrario se estará legitimando los que se pretende erradicar: el terrorismo internacional. Si bien hoy varios Estados europeos elevaron su voz de protesta, nadie puede negar la posibilidad de que ellos mismos utilicen los precedentes, conociendo, además, su propia historia. Hoy el interés es el petróleo, la hegemonía; mañana será el agua. Ha existido progreso moral en la civilización, pero el camino recorrido en este sentido es ínfimo comparándolo con el que resta transitar. Y si utilizamos el adjetivo “preventiva” unámosla a otros sustantivos que no sean la guerra: hablemos de establecimiento de *fuerzas preventivas*, *diplomacia preventiva*, *desarme preventivo*, y todos los recursos que posee la *Carta* para estos fines, pero no el uso de la fuerza porque a ella la utilizarán los que la poseen y la sufrirán los que no la dispongan, ya que, como están planteadas las cosas, no sólo se dará muerte al art. 2.4, sino también a la *Carta* que lo contiene. Pero hay una esperanza: la ilusión de que todos los hechos casi universalmente repudiados sea tan sólo una lucha entre dioses, ya que para hacer posible la adoración a Mercurio, hace falta que primero tengamos a Marte. Luego de la tragedia se comerciará, habida cuenta de que la paz es el estado en que el hombre deja la espada y utiliza sus manos no para matar, sino para trabajar. Fuera de esta mítica ilusión, todo hace ver que el poder seguirá venciendo a los Principios. Así se estará pensando en los Estados islámicos, teniendo en cuenta el posible cumplimiento de una de las profecías de Mahoma: “El enemigo vendrá”.

X. APROXIMACIÓN AL CASO DE COBRO  
POR SUBROGACIÓN PRETENDIDO POR  
EMPRESAS DE MEDICINA PREPAGA, CONTRA  
EL AGENTE PRODUCTOR DEL DAÑO.  
SU LEGITIMACIÓN ACTIVA

*Leonardo Del Bene\**

\* Profesor en la Cátedra de Derecho Constitucional y Derechos Humanos, UAI.



1. Debe ponerse de resalto que una de las circunstancias que —financieramente— deben tener en consideración las compañías aseguradoras al momento de calcular la prima del contrato de seguro, es, sin dudas, el valor económico de los restos del bien asegurado que se recupera.

Se presume, de esta manera, que si el valor residual del bien asegurado no perteneciera a las aseguradoras, el valor monetario de la prima sería mayor.

De similar forma, cuentan con legitimación activa para subrogarse en los derechos de su asegurado y perseguir el cobro de lo que hubieren pagado por el objeto del sinalagma de seguro<sup>1</sup>. En este sentido, la subrogación es conferida por la ley, mas en los seguros de vida, de hecho, la fulmina de inaplicable a esos casos.

2. Sentados los principios precedentes, es de hacer notar en lo que respecta al tema, de forma inicial y a modo de advertencia, que no existe regulación legal relativa a la subrogación de las empresas de medicina prepaga que trate, específicamente, la materia vinculada.

<sup>1</sup> Art. 80, ley 17.418.

Sólo se cuentan proyectos legislativos que ni siquiera se encuentran en trámite de aprobación en las Unidades Federativas de Santa Fe y Mendoza, así como a nivel nacional, pero ello, sólo en relación con las obras sociales o seguros médicos, en los que se persigue asimilar los contratos de medicina prepaga a los contratos de seguro, que, aunque guarden similitudes, no son semejantes.

Es que sin caer en atascos doctrinarios que retroalimentarían la cuestión y escapan al tópico escudriñado, lo cierto es que los seguros<sup>2</sup> recaen sobre una vastedad de situaciones, mientras que en los contratos de medicina prepaga, una o varias personas pagan una cuota mensual determinada a cambio de la cobertura médica que brinda la empresa, es decir que se celebran —los contratos— para preservar la integridad psicofísica, la que, vale aclarar, no es una cosa.

Nótese —no obstante lo anterior— que el contrato se extingue con el deceso del contratante, y la prepaga, en este caso, ninguna contraprestación debe por ello.

3. En efecto, la cuestión se plantea cuando una empresa de medicina prepaga<sup>3</sup>, habiendo efectuado la contraprestación a la que se obliga por contrato —otorgando cobertura médica— luego pretende, por vía de subrogación, obtener el pago<sup>4</sup> del agente productor del daño.

Y esto sucede, cuando la víctima —p. ej.— de un accidente de tránsito, contaba con dicha cobertura médica, de

<sup>2</sup> Ley 17.418, *art. 1º*. Hay contrato de seguro cuando el asegurador se obliga, mediante una prima o cotización, a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto. *Art. 2º*. Objeto. El contrato de seguro puede tener por objeto toda clase de riesgos si existe interés asegurable, salvo prohibición expresa de la ley.

<sup>3</sup> En forma simplificada y genérica, son aquellas que brindan servicios médicos asistenciales a cambio de una cuota dineraria mensual predeterminada.

<sup>4</sup> Siempre en relación directa con la suma de dinero efectivamente erogada como consecuencia de la atención médica necesaria y que se vincula con el estropicio.



forma tal que, como consecuencia del hecho dañoso, podrían presentarse distintos damnificados o, al menos, interesados en la resolución del pleito:

- El principal, desde ya, es la víctima del hecho.
- La empresa de medicina prepaga, que realizó las erogaciones en asistencia médica y gastos de curaciones, como deudora de su acreedor.
- El deudor principal, que no es otro que el agente productor del daño.
- Y, en su caso, la compañía de seguros que le brinde cobertura para estas contingencias.

No caben dudas de la acción que le compete a la víctima del hecho, para reclamar, contra los responsables del ilícito, los daños y perjuicios emergentes del hecho productor del daño<sup>5</sup>. Ellos pueden ser los gastos médicos asistenciales, de medicamentos, traslados, vestimenta, incapacidad psicofísica emergente, daño estético y moral, entre otros.

Mas, ¿tendrían favorable acogida si esos gastos ya fueron soportados por una empresa de medicina prepaga a la que la víctima se encuentre afiliado?; ¿no encuadraría, este caso en la figura del enriquecimiento sin causa? Para el caso que se estudia y para el damnificado, debe adelantarse que sí.

Pero podría aparecer inviable la acción de la empresa de medicina prepaga contra los responsables del daño; en primer lugar, porque no le produjeron —a ella— un daño directo resarcible, y por otra parte, su gasto, no proviene del daño, sino del cumplimiento de la obligación que le es propia en virtud del contrato celebrado con su acreedor, que en este caso, es quien padeció las consecuencias dañosas del hecho. Asimismo, de concederse dicho reclamo, la prepaga incurriría en enriquecimiento incausado, puesto que por las

<sup>5</sup> Dan cuenta de ello los atiborrados casilleros de los tribunales en lo que respecta a estos procesos contenciosos.

prestaciones brindadas a su afiliado, ya habría percibido una cuota mensual, de forma que la indemnización no tendría ese carácter pues no ha sufrido —tampoco— pérdida patrimonial alguna; debe reiterarse, sólo cumplió la prestación a la que se hubo obligado.

Los anteriores argumentos serían válidamente admitidos para rechazar la subrogación de las aseguradoras previstas en la ley 17.418; mas es dable presumir que su existencia se debe al cálculo económico resultante de integrar en el haber este derecho con el que no cuentan las prepagas.

Se trata —como dijera— de una presunción. Si se admite como válida, se podría considerar una disminución en el valor de la cuota de la prestación médica anticipada, cuestión tan presente en la actualidad.

4. De regreso a la cuestión, ante estas vallas infranqueables la prepa podría sostener su pretensión aduciendo que ya pagó las prestaciones debidas a la víctima, pero como el agente productor del daño es el deudor de aquél, no habiendo éste activado el reclamo, se subroga<sup>6</sup> en su derecho y acude a la jurisdicción exigiendo satisfacción, amparándose en lo dispuesto en el art. 80 de la Ley de Seguros<sup>7</sup>, y en los arts. 767, 768 y ss. del Cód. Civil.

5. Seguramente por ello, aparece común a todos los contratos que celebran estas entidades con los particulares, en los que, de una otra u otra forma, se establece:

<sup>6</sup> “(Del lat. *subrogāre*). 1. tr. Der. Sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa. U. t. c. prnl.” [<http://buscon.rae.es>].

<sup>7</sup> *Art. 80.* Los derechos que correspondan al asegurado contra un tercero, en razón del siniestro, se transfieren al asegurador hasta el monto de la indemnización abonada. El asegurado es responsable de todo acto que perjudique este derecho del asegurador. *Excepciones.* El asegurado no puede valerse de la subrogación en perjuicio del asegurado. *Seguros de personas.* La subrogación es inaplicable en los seguros de personas.

Cuando la prepaga se hiciera cargo de prestaciones originadas en accidentes de tránsito, laborales o, en general, situaciones que legalmente corresponda sean afrontadas por un tercero, el afiliado se obliga a subrogar sus derechos a favor de la prepaga.

Aunque ocioso, corresponde recordar que los contratos vinculan —y obligan— a las partes involucradas, mas no a los terceros ajenos al negocio jurídico.

Así es que algunos autores<sup>8</sup> sostienen que esta cláusula es abusiva, ya que prevé una subrogación de derechos genérica, sin estipularse en forma clara el rubro indemnizatorio sobre el que ella recae.

No obstante, y al margen de que sea o no abusiva —cuestión ajena al presente trabajo— aparece aquí, de acuerdo al análisis que se viene desarrollando, un error conceptual, porque no hay subrogación cuando se trata del cumplimiento de una obligación propia; es decir que no paga por otro, paga por sí. No hay sustitución alguna.

Debe destacarse, en este sentido, que no se da ninguno de los supuestos previstos en los arts. 768 y 769 del Cód. Civil<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Ghersi y Pinese, entre otros.

<sup>9</sup> *Art. 767.* El pago con subrogación tiene lugar, cuando lo hace un tercero, a quien se transmiten todos los derechos del acreedor. La subrogación es convencional o legal. La subrogación convencional puede ser consentida, sea por el acreedor, sin intervención del deudor, sea por el deudor, sin el concurso de la voluntad del acreedor.

*Art. 768.* La subrogación tiene lugar sin dependencia de la cesión expresa del acreedor a favor:

- 1) Del que siendo acreedor paga a otro acreedor que le es preferente;
- 2) Del que paga una deuda al que estaba obligado con otros o por otros;
- 3) Del tercero no interesado que hace el pago, consintiéndolo tácita o expresamente el deudor, o ignorándolo;
- 4) Del que adquirió un inmueble, y paga al acreedor que tuviese hipoteca sobre el mismo inmueble;
- 5) Del heredero que admitió la herencia con beneficio de inventario, y paga con sus propios fondos la deuda de la misma.

Puesto que si bien la subrogación puede ser convencional —como viene propuesto en los contratos de medicina prepaga—, ésta se da cuando el acreedor recibe el pago de un tercero. No es esta la situación que se presenta en el caso planteado, puesto que se trata de obligaciones de distinta índole y naturaleza. La empresa no paga como tercero, sino como deudor.

Y el tercero, que tampoco lo es, paga —o tiene legitimación pasiva para ser demandado— por una obligación extracontractual que reconoce su origen en el daño producido en un accidente de tránsito<sup>10</sup>, y ya se expuso que los daños resarcibles van mas allá de los gastos médicos y asistenciales que pudieran ser cubiertos por la prepaga, incluyendo los que sólo son inherentes a la persona que los sufre, de forma que tampoco podría ser cedido su crédito<sup>11</sup>. Entonces, el agente productor del daño no paga como tercero, sino como deudor de la obligación de resarcir el perjuicio causado.

En síntesis, para la procedencia de la subrogación debe existir el acreedor —en este caso, la víctima—, un deudor y el tercero que paga por el deudor.

Mas aquí hay dos deudores: uno paga la contraprestación debida que emerge del objeto contractual, cumpliendo con la asistencia médica convencional; el otro paga por el daño causado por su hecho ilícito.

Finalmente, entonces, no habría subrogación.

---

*Art. 769.* La subrogación convencional tiene lugar, cuando el acreedor recibe el pago de un tercero, y le transmite expresamente todos sus derechos respecto de la deuda. En tal caso, la subrogación será regida por las disposiciones sobre la “cesión de derechos”.

*Art. 770.* La subrogación convencional puede hacerse también por el deudor, cuando paga la deuda de una suma de dinero, con otra cantidad que ha tomado prestada, y subroga al prestamista en los derechos y acciones del acreedor primitivo.

<sup>10</sup> Arts. 496, 1068, 1069, 1086, 1109 y 1113, Cód. Civil.

<sup>11</sup> *Art. 1445.* Las acciones fundadas sobre derechos inherentes a las personas, o que comprendan hechos de igual naturaleza, no pueden ser cedidas.

Además, de prosperar su reclamo, estaría percibiendo dos veces por una sola prestación, ya que el originario servicio de salud fue solventado con las cuotas aportadas por el ahora acreedor.

6. Qué pasa, entonces, con el acreedor que se ha presentado en este supuesto, como víctima del acaecimiento de un suceso dañoso. Desde otra óptica, ¿podría reclamar al agente productor de la lesión la reparación de los gastos médico-asistenciales? Evidentemente, no.

Sencillamente porque no hay daño resarcible. Su patrimonio no padeció deterioro alguno en este sentido<sup>12</sup>. Y no se puede afirmar que ello en realidad es así porque hubiese abonado la cuota de la prepaga, puesto que ese hecho es ajeno a la contingencia dañosa.

7. Así las cosas, si en verdad el productor del daño no debiera responder por el ilícito<sup>13</sup>, se caería en el absurdo del enriquecimiento incausado de los obligados al resarcimiento.

Aquí es donde entran en juego las normas establecidas en los arts. 15 y 16 del Digesto sustantivo<sup>14</sup>.

Es que,

la misión de los jueces consiste en hacer justicia en los casos particulares y no le está permitido detenerse en las falencias normativas, como parece ser el caso de autos. Si aparecen lagunas normativas, el derecho no se permite tenerlas, por lo

<sup>12</sup> Cód. Civil, *Art. 1067*. No habrá acto ilícito punible para los efectos de este código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia.

<sup>13</sup> A uno, porque no tiene daño, y al otro —prestataria de servicios médicos prepagos— porque no tiene legitimación.

<sup>14</sup> Cód. Civil, *Art. 15*. Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes.

*Art. 16*. Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del Derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.

que el magistrado recurrirá a los principios de leyes análogas y a los principios generales del Derecho<sup>15</sup>.

Ergo, no obstante lo que se expusiera con relación a que las empresas de medicina prepaga no son entidades de seguro, en algún punto se asemejan, de forma que sería viable —por analogía con lo dispuesto en el art. 80 de la ley 17.418— conceder el resarcimiento de los gastos erogados por la prepaga en la atención de las dolencias del damnificado de un accidente de tránsito, que, en este caso, además, es uno de sus afiliados.

Porque debe estarse al principio general que establece que quien produce un daño, debe repararlo, puesto que no es óbice a la posición del responsable el hecho de que la víctima posea cobertura médica. Si no la tuviera, tendría que pagar por el daño al damnificado directo<sup>16</sup>.

Por lo demás, el sinalagma contractual le es ajeno, y aquí sí aparece como tercero al cual dicho contrato no le es oponible.

Finalmente, ésta sería una probable solución. El generador del ilícito no hay dudas de que debe reparar el daño; y queda propuesto, en esta aproximación, que ostenta legitimación activa para el reclamo la empresa de medicina prepaga, quien sufragara los gastos de atención médica derivados del hecho dañoso; ello, de conformidad con los fundamentos antes expuestos y porque no se corresponde con el ideal de justicia que el responsable quede indemne ante el acontecimiento gravoso.

Claro resulta, entonces, que de implementarse la subrogación por vía legal —también— para las empresas de medicina prepaga, se evitaría el intrínquis que, escuetamente, se pretendió describir en esta presentación.

<sup>15</sup> BELLUSCIO, Augusto C. (dir.), y ZANNONI, Eduardo A. (coord.), *Código Civil comentado, anotado y concordado*, t. 1, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 75.

<sup>16</sup> Arts. 1068, 1083, 1086, 1109 y 1113, Cód. Civil.

XI. CONTRATO ELECTRÓNICO:  
SOBRE LA INNECESIDAD  
DE UNA ABUNDANCIA LEGISLATIVA

*Julián E. Jalil\**

\* Profesor Adjunto en la Cátedra de Obligaciones Civiles y Comerciales, UAI.





*Lo que hoy ha empezado como una novela de ciencia ficción, mañana será terminado como reportaje.*

ARTHUR C. CLARKE

## **1. Introducción**

A partir de estos últimos años, Internet es una forma de conectarse entre familiares, vecinos, amigos e, incluso, desconocidos.

Esta comunicación se produce de una manera informal y despersonalizada, con ciertas ventajas y algunos riesgos que se configuran en las relaciones humanas de esta naturaleza<sup>1</sup>.

En lo que atañe al campo contractual, la cuestión consiste en desentrañar si es necesaria una nueva normativa para regular las situaciones que pueden configurarse en un co-

<sup>1</sup> Dichos riesgos son frutos de la despersonalización y de la falta de contacto directo entre los agentes intervinientes en las relaciones y cuando los peligros o riesgos no sólo se refieren a aquellos que captan la atención desde lo jurídico, sino a las repercusiones socioculturales, las cuales en muchos casos pueden ser nocivas y en otros, incluso, pueden lesionar la seguridad individual.

mercio virtual o si, por el contrario, las leyes existentes resuelven la universalidad de conflictos jurídicos que pueden suscitarse<sup>2</sup>.

El ciudadano común se siente jurídicamente desprotegido, el jurista está temerario y alerta ante la nueva situación y, en ocasiones, entiende a Internet como un mundo inalcanzable desde la perspectiva jurídica.

La hipótesis de este trabajo consiste en demostrar que en muchos de sus puntos conflictivos la problemática se encuentra resuelta por la versión decimonónica de Vélez, y en otros casos acudiendo a la normativa vigente<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Es evidente que Vélez poco podría haber tenido en cuenta una previsión en torno a esta realidad inusitada para el siglo XIX, en donde dos o más sujetos celebran un contrato con sólo hacer un *clik* en el botón del *mouse*. No obstante esta aseveración, su genio, adelantado a su época, brindó una serie de recursos que en cierta medida generan una tranquilidad jurídica en torno a esta cuestión.

<sup>3</sup> En especial las leyes 24.240 y 25.506, sancionadas por nuestro Honorable Congreso de la Nación, así como también los decretos reglamentarios (el dec. 2628 del 19/12/02, modif. por dec. 1028, del 6/11/03, y por dec. 724/06, que constituyen —entre otras— las disposiciones más salientes en la materia). Entre los considerandos de dichos decretos se puede visualizar el fundamento de esta normativa, es decir, con la sanción de la citada ley 25.506, de firma digital, se reconoce el empleo de la firma, digital y de la firma electrónica y su eficacia jurídica en las condiciones que la misma ley establece. Se dice que dicho reconocimiento constituye un elemento esencial para otorgar seguridad a las transacciones electrónicas, promoviendo el comercio electrónico seguro, de modo de permitir la identificación en forma fehaciente de las personas que realicen transacciones electrónicas. Asimismo, la sanción de la ley 25.506 otorga un decisivo impulso para la progresiva despapelización del Estado, contribuyendo a mejorar su gestión, facilitar el acceso de la comunidad a la información pública, y posibilitar la realización de trámites por Internet en forma segura. Por último, la reglamentación de la ley 25.506 tiene como finalidad establecer una Infraestructura de Firma Digital que ofrezca autenticación y garantía de integridad para los documentos digitales o electrónicos y constituir la base tecnológica que permita otorgarles validez jurídica.

## 2. Orígenes de esta modalidad contractual

Internet comenzó en los años setenta como una red del Departamento de Defensa de los Estados Unidos de Norteamérica llamada *ARPAnet Advance Research Projet Agency*. Fue diseñada con el propósito de apoyar un programa de investigación militar que consistía en posibilitar al gobierno norteamericano un contraataque nuclear, después de iniciada una guerra y que la red (unión de diversas computadoras conectadas entre sí por módem, fibras ópticas, cables y señales satelitales como si fuera un tejido) pudiera funcionar correctamente sin perjuicios de ataques o bombardeos.

En los comienzos de los años noventa la red fue abierta a una amplia cadena de compañías comerciales, comenzando de esta manera la gran expansión internacional del uso de Internet<sup>4</sup>.

## 3. La comercialización por Internet y su vinculación con la contratación tradicional

La primera cuestión a dilucidar en relación con el tema propuesto es descifrar en qué consiste la comercialización a través de Internet. En este sentido Brizzio explica:

Se denomina “comercialización electrónica” o por “medios informáticos” a la que se realiza por utilización de algún elemento electrónico con influencia decisiva, real y directa sobre la formación de la voluntad, en el desenvolvimiento o la interpretación de un acuerdo. Desde una óptica amplia abarca todos los contratos que se celebran por medios electrónicos o telemáticos<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> GAGO, Fernando, “Contrato en Internet. Ley aplicable, autonomía de la voluntad”, *LL*, 2000-C-1053, secc. Doctrina.

<sup>5</sup> BRIZZIO, Claudia R., “Regulación del contrato en la economía globalizada. Con especial referencia al proyecto de Código Civil de 1998”,

Desde esta perspectiva se entiende que la comercialización por Internet no dista mucho del concepto tradicional de comercialización y, especialmente, de la idea jurídica y consuetudinaria de contrato<sup>6</sup>.

En este sentido no se encuentra una categoría diferente o subcategoría entre contrato tradicional y contrato por Internet: sólo se diferencia este último de los primeros por el soporte en donde consta y el medio en el cual la negociación se produce.

Ahora bien, se analizarán punto por punto las características y elementos de los contratos para determinar si esta nueva forma contractual constituye una categoría autónoma, o si forma parte de las ya existentes.

Por otro lado, también hay que comprobar si es necesario ampliar la regulación de este instituto o si, por el contrario, las leyes existentes y el Código Civil tienen de entidad suficiente como para resolver el cúmulo de situaciones que puedan presentarse.

#### **4. Forma que reviste el contrato electrónico**

Desde el fin de la prehistoria y a lo largo de la historia de la humanidad, el ser humano aprovechó el empleo de la escritura para documentar episodios, escribir memoriales, criticar regímenes y, especialmente, documentar negocios de los más variados.

---

*Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, n° 3, Buenos Aires, abr. 2001, p. 77.

<sup>6</sup> Esto es así en el sentido de que el contrato por Internet presenta las siguientes características que lo asimilan a los contratos existentes en la época de Vélez: *a*) la existencia de dos o más personas en este negocio (sujetos); *b*) la existencia de un acuerdo (consentimiento); *c*) una finalidad (causa); *d*) la cual recae sobre un objeto o hecho jurídico (objeto).

En primer lugar, es necesario destacar que el concepto de forma difiere de la idea de prueba<sup>7</sup>, aunque ambos campos de acción interactúen recíprocamente. En cuanto el primero de ellos, es noble recordar que en materia contractual rige el principio de la libertad de formas; así, el Código Civil en su art. 974, establece:

Quando por este Código, o por las leyes especiales no se designe forma para algún acto jurídico, los interesados pueden usar las formas que más consideren convenientes,

con lo cual, salvo que se trate de algún acto que dependa de una formalidad tasada, no será necesario ningún requisito esencial para su validez<sup>8</sup>.

Como enseña Gago, la exteriorización de la voluntad de los sujetos a través de las computadoras asume la forma de señales electromagnéticas, esto es, energía electromagnética<sup>9</sup>. Esta modalidad no se encuentra prohibida por ninguna disposición en especial, ni altera el espíritu del legislador en la materia. En este sentido, podemos diferenciar los dos casos siguientes.

<sup>7</sup> Esto es así porque, mientras el primero constituye el envoltorio jurídico, la apariencia exterior del acto, como bien señala el segundo importa la demostración de la existencia de dicho acto o negocio jurídico; cfr.. CORBELA, Carlos, G., "Sobre la forma y la prueba de los contratos", *LL*, 1993-B-72.

<sup>8</sup> Sólo en ocasiones puntuales y ante determinados actos el legislador ha creído oportuno que el contrato se rija por una formalidad determinada. En este sentido se debe mencionar —conforme a la doctrina mayoritaria— que existen dos tipos de actos formales: los actos de *formalidad relativa* y los de *formalidad absoluta*, teniendo en cuenta si admiten el principio de conversión del negocio jurídico o no (arts. 1185 y 1187, Cód. Civil).

<sup>9</sup> GAGO, Fernando, "Exteriorización de la voluntad por Internet. Aspectos extrínsecos de un contrato celebrado por Internet", *ED*, 2000-1543.

#### **4.1. Instrumentos públicos**

Si el acto debiera ser hecho por escritura pública, sólo podrá hacerse por los medios tradicionales. Es evidente que el soporte electrónico quedaría descartado habida cuenta de que, en ese caso, la forma constituye un elemento esencial para la eficacia del acto como tal<sup>10</sup>.

#### **4.2. Instrumentos privados**

La noción originaria de Vélez Sarsfield en relación con el contrato escrito concebía a éste en un soporte papel. Ahora bien, ¿se podrían aplicar estas normas a las nuevas formas de contratación, o es necesaria una regulación más estricta?

En lo pertinente a los instrumentos privados se aplican las disposiciones que establece el Código Civil, las cuales deben entenderse adaptadas al soporte electrónico, en especial la firma a la que se refiere el art. 1012.

En este sentido, hay que distinguir distintos supuestos diferentes, especialmente la firma electrónica, el habla espectral, las huellas digitales electrónicas y la firma digital.

La *firma electrónica* es cualquier método o símbolo basado en medios electrónicos con la intención actual de vincularse o autenticar un documento, cumpliendo todas o algunas de las funciones propias de la firma manuscrita<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Es necesario decir que ello no escapa a cualquier otra formalidad empleada; es decir, en dichos casos la forma es establecida de una determinada manera la cual no puede ser suplida por la voluntad de las partes, pero este requisito no difiere con respecto a las contrataciones tradicionales.

<sup>11</sup> En un concepto más amplio podría ser incluida estando, en otra punta de la escala, firmas de las que incluso se sostiene que son más seguras que la firma digital, como las apoyadas en la biometría: esto es, tecnologías vinculadas a los aspectos mensurables del ser humano como pueden ser la huella dactilar o la pupila. También se pueden incluir las tarjetas magnéticas, números PIN

El *habla* es el mecanismo empleado para la identificación de una persona, a través del análisis espectral de la señal del habla, mediante algoritmos y técnicas sofisticadas basadas en el tratamiento de señales aleatorias y procesos estocásticos.

Las *huellas digitales* constituyen el proceso que se utiliza para la identificación de un sujeto mediante el análisis computado de sus huellas.

En cuanto a la *firma digital*, para comprender en qué consiste hay que entender ciertos conceptos técnicos, como la criptografía. Ésta constituye una técnica antigua, revitalizada en épocas de guerra para cifrar y descifrar lenguajes, ocultando el lenguaje natural de ellos al entendimiento de todos, salvo el de aquellos que tienen en su poder las claves.

La *firma digital* está basada en algoritmos matemáticos que operan a través del juego de un par de claves públicas y privadas que se encuentran íntimamente vinculadas. La clave privada queda en poder del usuario, y sólo la clave pública se publica y es utilizada para verificar la firma.

La cuestión se encuentra regulada en nuestro país por la ley 25.506, promulgada el 11 de diciembre de 2001, en donde se legisla sobre la firma electrónica, la firma digital, los certificados, los certificadores, organización institucional del sistema, responsabilidades y sanciones<sup>12</sup>.

---

(*personal identification number*); cfr. RIPE, S., *et al.*, *Comercio electrónico. Análisis jurídico multidisciplinarlo*, Julio César Faira-Euros, Buenos Aires, 2003, p. 778. Siguiendo las enseñanzas del maestro Hersalis, no existen actos sin forma como se ha sostenido, porque siempre los contratos se encuentran embastados de alguna forma (instrumentos público, privado o verbal). Por lo tanto, los distintos ropajes jurídicos que asume la contratación electrónica no debe sorprender. En este orden de ideas será necesario aclarar algunos conceptos que se utilizan en este tipo de contratación, máxime cuando la tendencia actual muestra una serie de nuevas perspectivas en cuanto a la exteriorización del acuerdo convencional, lo cual es candente en cualquier tipo de contratación.

<sup>12</sup> GAGO, "Exteriorización...", *ob. cit.*, ps. 1546-47. Se pueden extraer las siguientes consideraciones que emergen de la propia ley 25.506: por *firma*

## 5. La prueba del contrato y el Derecho aplicable

Como explican Colagelo y Álvarez, los documentos electrónicos en nuestros tribunales aún no han tenido aceptación por parte de los magistrados. La Convención de Viena en su art. 11 dice:

El contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún requisito de forma y podrá probarse por cualquier medio incluso por testigos.

Este artículo no establece ninguna forma en especial, lo que permitiría probar este tipo de contratos por medio de sistemas aun hoy muy costosos. De esta manera se podría

---

*electrónica* se entiende al conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizados por el signatario como su medio de identificación, que carezca de algunos de los requisitos legales para ser considerada firma digital. En caso de ser desconocida, la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez (art. 5°, ley 25.506).

La *firma digital* es el resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital, posterior a su firma.

Los procedimientos de firma y verificación a ser utilizados para tales fines serán los determinados por la autoridad de aplicación en consonancia con los estándares tecnológicos internacionales vigentes (art. 2°, ley 25.506).

El *documento digital* o *electrónico* es la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura (art. 6°, ley 25.506).

El *certificado digital* es un documento digital firmado digitalmente por un certificador, que vincula los datos de verificación de firma a su titular (art. 13, ley 25.506).

El *certificador licenciado* es toda persona de existencia ideal, registro público de contratos u organismo público que expide certificados, presta otros servicios en relación con la firma digital y cuenta con una licencia para ello,



determinar si existió o no el negocio electrónico; además, ni permitiría utilizarlo en un posible juicio<sup>13</sup>.

En este mismo sentido opina Gago, para quien

la legislación vigente en la República Argentina requiere del documento firmado base papel para la prueba de determinados contratos que son concertados mucho más rápido y fácilmente por medios electrónicos,

y continúa sosteniendo el autor:

el uso de computadoras obliga al dictado de normas relativas al valor probatorio. La admisibilidad en juicio y las condiciones de estas últimas, del documento electrónico<sup>14</sup>.

No obstante lo enunciado, hay coincidencia con Alegría en que la costumbre comercial y la realidad dinámica de las transacciones pueden brindar principios de prueba eficientes, seguros y confiables según los cuales se habiliten otros medios de acreditación<sup>15</sup>.

Por otro lado, tampoco se advierten dificultades en torno al Derecho aplicable, máxime que éste surge de las dis-

---

otorgada por el ente licenciante. La actividad de los *certificadores licenciados* no pertenecientes al sector público se prestará en régimen de competencia. El arancel de los servicios prestados por los certificadores licenciados será establecido libremente por éstos (art. 17, ley 25.506).

<sup>13</sup> COLAGELO, María Noel, y ÁLVAREZ, Carlos E., "Contrato electrónico", *Doctrina Judicial*, 2000-3, ps. 445 y ss.

<sup>14</sup> GAGO, F., "Exteriorización...", ob. cit., p. 1543. De todas maneras, es preciso señalar que el Código Civil argentino, es arto generoso en materia de prueba de los contratos. Así, el art. 1190 establece una enunciación abarcativa de diferentes medios probatorios, de los cuales puede echar mano el interesado, con lo cual, si bien la prueba documental presenta dificultades a la hora de hacerla valer en los tribunales, ello no obsta que se puedan emplear otros medios de similar eficacia (testigos, confesión, peritos) y de cualquier principio de prueba por escrito, máxime cuando la referencia a la que alude la disposición es meramente enunciativa.

<sup>15</sup> Como explica el autor, aun no constando por escrito ciertos contratos pueden hacerse valer si media reconocimiento judicial o extrajudicial o exis-

posiciones vigentes del Código Civil, las cuales diferencian precisamente los supuestos en donde los agentes se encuentran presentes o existe entre ellos una distancia física<sup>16</sup>, e incluso de ciertos tratados internacionales, los cuales, a nuestro criterio, gestan la solución del *casus*<sup>17</sup>.

---

tiendo confesión. Es decir, es posible que en ciertos casos la omisión admita un tratamiento probatorio específico, que supla la deficiencia originaria sin mella para la seguridad, la debida objetivización del negocio y la tutela de la seguridad patrimonial. De allí pues que “principio de prueba” no necesariamente debe coincidir con “principio de prueba por escrito” ni resulte de instrumentos firmados de la contraria u otro interesado, en los términos de los arts. 209, últ. párr., Cód. Civil o 1192, última parte, Cód. Civil; cfr., ALEGRÍA, Héctor, “Nuevas fronteras de la documentación, la forma y la prueba de las relaciones comerciales”, *LL*, 1985-E-667, secc. Doctrina. En similar sentido, véase LAVALLE COBO, Jorge, en BELLUSCIO, Augusto (dir.), y ZANONNI, Eduardo (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, concordado y anotado*, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 875, y, en especial, CHAMOUX, Françoise, *La preuve dans les affaires*, Librairies Techniques (Litec), París, 1979, p. 93.

<sup>16</sup> La cuestión se circunscribe al marco de los siguientes artículos: art. 12: “Las formas y solemnidades de los contratos y de todo instrumento público son regidas por las leyes del país donde se hubieran otorgado”; art. 1180: “La forma de los contratos entre presentes será juzgada por las leyes y usos del lugar en que se han concluido”; art. 1181: “La forma de los contratos entre ausentes, si fueren hechos por instrumento particular firmado por una de las partes, será juzgada por las leyes del lugar indicado en la fecha del instrumento. Si fuesen hechos por instrumentos particulares firmados en varios lugares, o por medio de agentes, o por correspondencia epistolar, su forma será juzgada por las leyes que sean más favorables a la validez del contrato”.

Así, en la óptica de Vélez la conservación del contrato adquiere gran trascendencia, el principio de que los pactos se hacen para ser cumplidos está vigente en todo el articulado de la legislación civil e incluso en este último precepto. Pero no se deben olvidar los pactos internacionales: el Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1889 establece que las formas se rigen por el lugar de cumplimiento del contrato, y el Tratado de 1940 establece que las formas y solemnidades de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar donde se celebran u otorgan.

<sup>17</sup> En determinados casos aparecen ciertas dudas por las contradicciones que emergen entre el derecho vigente nacional y aquel que emerge del Derecho Internacional, pero es un conflicto de interpretación o de jerarquía que escapa a la problemática analizada.

## 6. El consentimiento contractual

El contrato, como acto jurídico bilateral, necesita de dos voluntades diferentes, aunque encaminadas a un fin común; para su nacimiento y validez precisará el acuerdo de voluntades que sólo será posible mediante la yuxtaposición de ellas en el consentimiento<sup>18</sup>.

Este elemento esencial para la existencia de un contrato rige también en materia de contratación por Internet. La pregunta consiste en determinar si es posible que él se produzca entre personas indeterminadas y qué ocurre cuando hay incapaces.

### 6.1. *La indeterminación de los sujetos*

Se conoce que los términos del consentimiento son la oferta y la aceptación. La primera es fácilmente asequible al usuario cuando aparece moleestamente al ingresar a una página cualquiera de la Web o en los mismos e-mail donde se suceden numerosas propuestas. Si bien el art. 1148, Cód. Civil establece que

la oferta debe estar destinada a personas determinadas,

la Ley de Defensa del Consumidor configura la excepción al decir, en su art. 7°:

La oferta a consumidores potenciales indeterminados obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice...

Pero esta oferta debe contener la fecha precisa de su comienzo, finalización y modalidades.

<sup>18</sup> GARRIDO, Roque F., y ZAGO, Alberto J., *Contratos civiles y comerciales. Parte General*, Eudeba, Buenos Aires, 1995, p. 94.

Entonces la cuestión debe centrarse en relación con los llamados “contratos de adhesión”, que se encuentran tanto en los negocios virtuales como en los reales y que, en cierta medida, restringen la libertad contractual<sup>19</sup>.

Aquí sí existe un conflicto jurídico, pero no como una cuestión referida a los contratos por Internet en especial, sino a la situación de los contratos en general luego de la Revolución Industrial<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> La consecuencia inmediata de esta situación es el debilitamiento de la autonomía de la voluntad. En este sentido, Puig Peña afirma que en la actualidad, el principio de la autonomía de la voluntad ha perdido la omnipotencia que tenía durante el siglo XIX y parte del presente, encontrándose en profunda crisis. Una de las causas de esta situación, el autor la encuentra en la falsedad de la tan decantada igualdad de las partes en el momento de la celebración del contrato, y afirma que la vida real ha demostrado que el usuario o el consumidor acuden al contrato en condiciones de verdadera inferioridad frente a la potencia económica que supone el patrono o la empresa que disfruta de un monopolio de hecho o de derecho; cfr., PUIG PEÑA, Federico, *Tratado de derecho civil español. Obligaciones y contratos*, vol. II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, p. 11. Si bien las palabras del notable jurista español son arto convincentes, es posible sostener que la crisis no oscila efectivamente en el concepto de la autonomía de la voluntad como perspectiva jurídica, sino también en la idea de la confianza como percepción social, la cual influye directamente sobre la autonomía y de esta manera si se ve lesionada la primera, pero lo cierto es que esto último es una consecuencia, un efecto de un conflicto coyuntural de peso que no tiene un origen patológico en la dimensión normativa, sino en una dimensión sociológica del Derecho: allí descansa el verdadero germen del conflicto.

<sup>20</sup> En este sentido, es loable señalar las palabras del profesor Hersalis quien, advirtiendo la situación imperante en materia contractual y dando prerrogativas para ella, dice que la libertad es un don supremo del hombre que se ha visto cristalizada como un medio para lograr sus proyectos personales, los cuales no podrían obstaculizar los de otros mediante el poder dominante tomando como fundamento esa libertad; cfr., HERSALIS, Marcelo, “Heteronomía vs. autonomía de la voluntad, ¿y el derecho de defensa en juicio?”, *LLBA, LL*, Año 12, n° 1, feb. 2005, p. 21.

## **6.2. *La capacidad como presupuesto del consentimiento: la cuestión del contratante incapaz***

Dice el art. 897, Cód. Civil, que los hechos humanos son voluntarios o involuntarios. Los hechos se juzgan voluntarios si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad.

¿Qué ocurriría si la persona que contrata es un incapaz o si ha incurrido en error o engaño al contratar, habida cuenta de que la contratación es despersonalizada?<sup>21</sup>

En numerosas circunstancias cualquier sujeto puede contratar con un menor sin darse cuenta, o con un incapaz. En este sentido, la contratación por Internet tiene los mismos riesgos que la contratación personal.

Antes del surgimiento de Internet, muchos contratos se hacían por teléfono, cuestión plenamente vigente en la actualidad, y que Vélez, en su redacción originaria, había previsto en los contratos entre ausentes donde los riesgos eran similares.

Al igual que la contratación por Internet, se trata de contratos entre presentes porque para que sean contratos entre ausentes —como dice Carlos Ghersi— “debe existir una falta de instantaneidad entre la oferta y la aceptación”<sup>22</sup>.

## **7. Los requisitos del objeto en la contratación electrónica**

No presenta mayores dificultades cuando se aplica el art. 1167, que establece:

<sup>21</sup> Éstos son los vicios más frecuentes que pueden configurarse, es decir los que atentan contra la intención o el discernimiento de los sujetos intervinientes, desechando la posibilidad de la violencia o intimidación por su difícil configuración fáctica.

<sup>22</sup> GHERSI, Carlos A., *Contratos civiles y comerciales. Parte General y Especial*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 175.

Lo dispuesto sobre los objetos de los actos jurídicos y de las obligaciones que se contrajeren rige respecto a los contratos, y las prestaciones que no pueden ser objeto de los actos jurídicos, no pueden serlo de los contratos.

Este artículo y los siguientes, junto con los arts. 953 y conchs. del Cód. Civil, resolverían cualquier cuestión que se planteara con relación al objeto contractual en este tipo de contratación<sup>23</sup>.

## 8. Colofón

La cuestión de los contratos por Internet no reviste una emergencia actual tan desorbitante.

Vélez Sarsfield, en el Código Civil original, y con una percepción favorable a la buena doctrina difícil de explicar, estableció figuras que curiosamente resuelven situaciones contemporáneas de conflictos, muchas de las cuales se han mencionado en el presente trabajo.

Las cuestiones referentes a la contratación electrónica que mantienen alertas a los juristas y a la sociedad, pueden ser resueltas por la vasta legislación existente en nuestro país<sup>24</sup>. Un cuidadoso análisis e interpretación de las normas

<sup>23</sup> En realidad, la cuestión gira en torno a la moralización del contrato, la cual justamente recae en el acuerdo mismo independientemente del ámbito donde aquél se gesticione, y la legislación civil argentina no ha establecido un parámetro concreto de ética contractual, sino un modelo abstracto. Como dice Mosset Iturraspe, la moralización de los contratos, el imperio del orden público, se logra más que con reglas jurídicas destinadas a señalar uno a uno los objetos que contraríen aquella finalidad, con otro tipo de reglas, tal como nuestro art. 953, que se limita a contener un estándar o prototipo de conducta; cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Manual de derecho civil. Contratos*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961, p. 251.

<sup>24</sup> Ciertas normas están atrasadas respecto a la contemporaneidad, pero esto no puede sorprender porque siempre es así. ¿O acaso el delito de robo se

vigentes del Código Civil en materia contractual, juntamente con la Ley de Defensa del Consumidor y la legislación referente a la firma digital, debería brindar calma al jurista más turbado por esta nueva vorágine jurídica.

Es cierto que el codificador no tuvo en cuenta una contratación de esta índole, pero las normas referentes a la contratación en general deben ser vistas como una ficción desde esta perspectiva, que en lo más mínimo lesiona al Derecho, el cual muchas veces se nutre de ella<sup>25</sup>. Lo que sí debe procurarse es que dicha ficción no se transforme en una ilusión, ya que eso sí sería altamente perjudicial para el ordenamiento jurídico.

Posiblemente sea necesaria cierta revisión en algunos temas puntuales de la normativa contractual en general, pero no tanto cualquier ley especial que contribuya a crear más legislación “en un país donde las normas sobran por doquier y resuelven muy poco”<sup>26</sup>.

---

incluyó en un Código Penal antes de que existiera un robo, o la ley de divorcio precedió al hecho de que las parejas se separaran? Es claro que la ley siempre llega tarde a la realidad y, justamente, la justicia aparece con posterioridad a los hechos, pues ello deriva de una razón lógica.

<sup>25</sup> Cuando se interpreta el art. 32 y ss. del Cód. Civil, referente a las personas jurídicas o de existencia ideal, difícilmente surja la idea de que se trata efectivamente de una persona, pero es una ficción aceptada, de la cual el Derecho se nutre a los efectos de dar coherencia normativa a determinadas relaciones o para contribuir a consolidar determinados efectos jurídicos

<sup>26</sup> La normativa vigente resuelve de manera precisa, concordante y sin demasiados avatares el abanico de conflictos que pueden emerger de una contratación por Internet. Dichos conflictos, en la mayoría de los casos, no escapan a los propios de la contratación particular o tradicional, aunque se entienda que una reforma en materia contractual sería propicia a los efectos de actualizar dicha institución.

## XII. RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL A CONCUBINOS

*Verónica Castro\**

\* Profesora Adjunta en la Cátedra de Derecho de Familia, UAI.





## **1. Referente teórico: concubinato**

### **1.1. Etimología y conceptos**

La sociedad de nuestros días atraviesa una etapa de incesantes cambios. En el Derecho de Familia, uno de ellos se encuentra manifestado en la proliferación de las uniones de hecho. Es decir, aunque no existan en muchos de esos casos impedimentos para contraer matrimonio, consideran muy atinado y natural iniciar una relación de tipo concubinario.

Es dable aclarar que siempre ha existido, paralelamente al matrimonio, el hecho del concubinato, pero en la actualidad presenta rasgos particulares.

El término “concubinato” deriva de la locución latina *concubinatus*, sustantivo verbal del infinitivo *concumbere* que, literalmente, significa “dormir juntos”<sup>1</sup>.

No obstante se han utilizado y se utilizan diversas expresiones con sentido equivalente al de concubinato, como: “vivir maritalmente”, “vínculo extramatrimonial” o “unión ilegítima”; “unión libre” o “matrimonio de hecho”, etc., o

<sup>1</sup> BOSSERT, Gustavo A., *Régimen jurídico del concubinato*, Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 33.

suavizaciones terminológicas como *convivencia*, *matrimonio aparente* o *matrimonio de hecho*<sup>2</sup>.

Para la Dra. Alles Monasterio, el concubinato es

...la muestra del desprecio por las normas, por las instituciones y por los regímenes jurídicos, que aqueja a parte de nuestras sociedades en el mundo de hoy<sup>3</sup>.

Por otra parte, se puede definir al concubinato, siguiendo a Belluscio, como

...la situación de hecho en que se encuentran dos personas de distinto sexo que hacen vida marital sin estar unidos en matrimonio. Se trata de una unión de hecho con caracteres de estabilidad y permanencia<sup>4</sup>.

Mangione Muro explica el concubinato como un

...hecho jurídico, voluntario y lícito por el que una pareja heterosexual decide hacer vida en común con carácter o intención duradera, con la finalidad de formar una familia, sin mediar ceremonia matrimonial civil alguna<sup>5</sup>.

Esta autora lo considera como un hecho jurídico debido a que, si bien en nuestro país el concubinato no ha sido regulado como un matrimonio, con todas las consecuencias jurídicas que conlleva, jurisprudencialmente ha sido reconocido como fuente de relaciones familiares y, en ciertas leyes (seguridad social, locaciones, entre otras), se han concedido

<sup>2</sup> CASAS, Juan A., "Concubinato: evolución y problemática", *JA*, 2001-IV-1193.

<sup>3</sup> ALLES MONASTERIO DE CERIANI CERNADAS, Ana M., "Concubinato ¿Supone la existencia de una sociedad de hecho?", *LL*, 21/9/94; citado por MANGIONE MURO, Mirta H., *Concubinato. Cuestiones patrimoniales, personales y provisionales*, FAS, Rosario, 1999, p. 16.

<sup>4</sup> BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de derecho de familia*, t. II, Astrea, Buenos Aires, 2002.

<sup>5</sup> MANGIONE MURO, ob. cit., p. 19.

ciertos derechos a los convivientes. Por otro lado, lo ve como un hecho voluntario, ya que considera que sólo existirá una relación válida y jurídicamente consecuente si surge de la espontaneidad, conocimiento y libre albedrío de las partes, y lo define como lícito por no ser contrario a nuestro ordenamiento jurídico.

No quedan comprendidas dentro del concepto de concubinato las relaciones transitorias, inestables u homosexuales, ni aquellas que no reúnan los siguientes requisitos:

- Heterosexualidad.
- Convivencia notoria.
- Consentimiento no viciado de ambos miembros de la pareja de mantener este tipo de relación.
- Permanencia.
- Estabilidad.

El Proyecto de Ley de Regulación del Concubinato, presentado por la senadora Sonia M. Escudero en el año 2004, establece en su art. 1º:

A los efectos de la presente ley se entiende por unión de hecho concubinario, a la unión permanente, estable, singular, pública, libre y notoria, de un hombre y una mujer, que sin haber celebrado matrimonio, mantienen una comunidad de vida, similar a la de los cónyuges.

Para Bossert el concubinato es la

...unión permanente de un hombre y una mujer, que, sin estar unidos por matrimonio, mantienen una comunidad de habitación y de vida, de modo similar a la que existe entre los cónyuges<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> BOSSERT, ob. cit., p. 36.

## 1.2. *Antecedentes y evolución*

En todas las culturas ha existido, bajo diversas formas, el matrimonio como base de la organización familiar, pero, al mismo tiempo, también ha existido la convivencia de hecho —el concubinato— como una realidad social, a veces considerada, y otras ignorada, por el Derecho<sup>7</sup>.

En sus comienzos, en el derecho romano no existió propiamente un tratamiento jurídico del concubinato, quedando regulado por las costumbres. Y así jurídicamente el concubinato era una institución de hecho meramente tolerada, pero absolutamente fuera del Derecho<sup>8</sup>.

En el derecho romano clásico, el matrimonio sólo podía celebrarse entre personas de igual rango (igual clase social). Las profundas divisiones en clases sociales, la diferencia entre quién era ciudadano romano y quién no lo era marcaban la posibilidad o no de celebrar nupcias. De todos modos, es justo decir que existía libertad para unirse con una persona de rango menor. Tal era la unión concubinaria, que no estaba sometida a prohibiciones o impedimentos, pero, como contrapartida, tampoco gozaba de los beneficios de las nupcias<sup>9</sup>.

El concubinato se daba en dos supuestos:

- 1) En aquellos casos en los que existía prohibición para casarse, constituyendo un sustituto del matrimonio.
- 2) Respecto de aquellas personas a las cuales uniéndose no se cometía estupro, considerándose como sujeto pasivo del estupro sólo a la mujer ingenua y de vida honesta, con la cual la unión debía ser matrimonial (las mujeres con las que era posible tener relaciones sexuales sin incurrir en la pena del estupro).

<sup>7</sup> FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel, “Responsabilidad civil por la ruptura del concubinato”, *Revista de Derecho de Familia*, 2002-20-41.

<sup>8</sup> CASAS, ob. cit.

<sup>9</sup> BOSSERT, ob. cit., ps. 11 a 13.

pro eran las esclavas, las alcahuetas y las actrices; las adúlteras, las meretrices y las libertas)<sup>10</sup>.

En el mundo romano, el concubinato tuvo gran difusión y no mereció reproche alguno. Existieron las uniones momentáneas, las concubinarias y las matrimoniales. El concubinato no competía con el matrimonio, ya que éste era el único que pertenecía al mundo jurídico, el concubinato estaba fuera del Derecho y las uniones concubinarias no estaban reguladas ni se las consideraba prohibidas<sup>11</sup>.

El concubinato comenzó a ser regulado en el derecho romano bajo el primer emperador, Octavio Augusto. Dicho monarca trató de estructurar la figura buscando poner orden en el medio social donde esta unión era un hecho frecuente, y así distinguió, mediante requisitos y efectos, el concubinato de las restantes uniones extramatrimoniales, por lo que aquél adquirió la condición de estado legal.

Aquella labor legislativa fue continuada por otros emperadores, especialmente por Constantino y Justiniano<sup>12</sup>.

Dicha legislación exigía que para vivir en concubinato debía tratarse de personas púberes sin vínculo de parentesco afín o consanguíneo que constituyera impedimento matrimonial, debiendo ser soltero el concubino. Caso contrario, si la unión era entre parientes o personas casadas o habiéndose ejercido corrupción o violencia sobre personas honestas para lograr la unión, tratábase de *incestum* o *adulterium* o *stuprum*<sup>13</sup>.

El hecho de vivir en concubinato no era penado por la legislación; en cambio, se conservaron las sanciones para las otras uniones extramatrimoniales<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> CASAS, ob. cit.,

<sup>11</sup> Ibídem.

<sup>12</sup> FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, ob. cit.,

<sup>13</sup> BOSSERT, ob. cit., p. 11.

<sup>14</sup> Ídem, p. 12.

En el derecho canónico se reguló la figura del concubinato. Desde el comienzo de su elaboración recogió la realidad social que el concubinato implicaba y, con criterio realista, antes que sancionarlo trató de regularlo, concederle efectos y, por medio de ello, asegurar la monogamia y la estabilidad de la relación de la pareja, base de las características que la relación tenía que presentar para obtener aceptación y efectos<sup>15</sup>.

Con el advenimiento del cristianismo, la Iglesia adquiere mayor participación en la sociedad. Ésta consideraba pecaminoso al concubinato que no pudiera ser, al mismo tiempo, matrimonio. A fines del siglo xv surge del seno de la Iglesia el movimiento de la Contrarreforma, que tomó gran variedad de medidas para fortalecer el poder de la Iglesia; entre ellas se encuentran las adoptadas en 1563 por el Concilio de Trento, destinadas a asegurar al poder eclesiástico el control absoluto del matrimonio de sus feligreses. Dicho Concilio prohibió el matrimonio presunto, estableció la obligatoriedad de contraer matrimonio ante el cura párroco, en ceremonia pública, con dos testigos, y creó los registros parroquiales, donde se asentaban los matrimonios, que eran llevados y controlados por las autoridades eclesiásticas de las parroquias. Se dictaron penas severas contra los concubinos que, advertidos tres veces, no cesaran en su relación, y se impuso la excomunión y hasta la calificación de herejía. Incluso, después del siglo xvi, se llegó a autorizar el uso de la fuerza pública para romper las uniones extramatrimoniales<sup>16</sup>.

Se trataba de desalentar el concubinato y de favorecer la transformación de éste en matrimonio. La legislación, finalmente, institucionalizó el concubinato estableciendo condiciones y penalidades que lo asimilaron a un matrimonio de

<sup>15</sup> Ídem, p. 15.

<sup>16</sup> Ídem, p. 16.

condición inferior, pero cuando la Iglesia introduce como elemento esencial la bendición, el dualismo matrimonio-concubinato ya no es más tolerado. Por lo tanto, una unión acompañada de la bendición nupcial es matrimonio; sin ese elemento es considerada fornicación, y entonces el concubinato es abolido por completo<sup>17</sup>.

Existen dos formas diferentes de regular el concubinato: la primera, en la cual el concubinato recibe tratamiento jurídico, pero con el solo fin de combatirlo, y una segunda que procura elevarlo a una especie de matrimonio.

En la legislación de Constantino se lo intenta erradicar, procurando que la unión concubinaria se transforme en matrimonio. Constantino negó expresamente a los concubinos toda posibilidad de sucesión patrimonial (sucesión o testamento).

Pretendió obstaculizar el concubinato con sus medidas pero le dio, por otra parte, una significación en el Derecho<sup>18</sup>.

Dos siglos antes de Justiniano se intentó rechazar el concubinato, pero su consideración como institución jurídica es clara: a aquel mero hecho del tiempo clásico se le terminaron dando efectos jurídicos. Justiniano fue el que dio al concubinato un completo estatuto legal, estableciendo, con respecto al principio de la monogamia, que no es posible al que se halla en matrimonio vivir también en concubinato, ni es lícito al célibe tener más de una concubina. Es requerida, para el concubinato, la edad de 12 años respecto de la mujer. Los impedimentos establecidos para el matrimonio son también aplicados para el concubinato: la consanguinidad y la afinidad. Asimismo, aumentó los derechos de sucesión por parte de los *filli* naturales y de la concubina, concediendo a aquéllos la posibilidad de obtener por testamento todo el patrimonio en caso de carecer el concubino de descendien-

<sup>17</sup> CASAS, ob. cit.,

<sup>18</sup> *Ibíd.*



tes legítimos, y la posibilidad de éstos en la participación de la sucesión, incluso *ab intestato*, de no haber dejado el concubino difunto herederos legítimos. El concubinato, al igual que el matrimonio, no se disuelve por caer el concubino en la locura<sup>19</sup>.

El antiguo Derecho español admitía la barraganía, unión de carácter inferior similar al concubinato, para la cual no debían existir impedimentos matrimoniales entre los sujetos. A la vez, ningún hombre podía tener muchas barraganas. Ésta debía ser mayor de 12 años<sup>20</sup>.

En el antiguo Derecho francés se adoptaron medidas tendientes a combatir al concubinato, desconociéndole efectos jurídicos, las cuales se resumen en la frase atribuida a Napoleón: “Si les concubines se passent de la loi, la loi se desinteresse d’eux” (si los concubinos prescinden de la ley, la ley se desinteresa de ellos).

El Código Napoleón guardó silencio sobre el concubinato y se abstuvo de regular los efectos que puede producir ante determinados conflictos de intereses o determinados negocios jurídicos, con lo que inició la orientación predominante en la codificación moderna que, al considerarlo una situación contraria a la moral, lo privó de efectos jurídicos. Fue así que la jurisprudencia tuvo que realizar, durante el siglo XIX, una lenta y compleja elaboración para ir resolviendo los concretos problemas que se planteaban en torno del vínculo concubinario<sup>21</sup>.

Con posterioridad y en atención a las graves necesidades de la Primera Guerra Mundial, en cuanto a los problemas de las concubinas de los soldados, aparecieron leyes que, por ejemplo, establecían asignaciones económicas por cada día que el jefe de familia se encontrara incorporado a las

<sup>19</sup> Ibídem.

<sup>20</sup> Ibídem.

<sup>21</sup> FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, ob. cit.

armas, siendo beneficiarios su familia o el grupo que, sin vínculo jurídico, viviera como tal. Se promulgaron diversas leyes referentes a la materia como consecuencia de la Guerra<sup>22</sup>.

La estrategia es regular al concubinato de manera análoga a la del matrimonio. Es lo opuesto al silencio que existía en cuanto a las uniones concubinarias en el derecho romano clásico.

### 1.3. *Tratamiento legal*

En la legislación han surgido dos corrientes respecto de la regulación de esta unión:

- a) *Tesis abstencionista*: Ignora el concubinato. Esta corriente obliga a los tribunales a decidir los casos que llegan a su conocimiento por aplicación de los principios generales del Derecho o de otras instituciones jurídicas. El Código Napoleón adoptó una actitud abstencionista, que ejerció su influencia sobre las codificaciones americanas y europeas del siglo XIX. Su silencio, su falta de regulación del concubinato aparece también en otras legislaciones. Y entre ellas, está nuestro ordenamiento positivo. Ciertamente, la total abstención que adoptó Vélez en el Código Civil fue desbordada por la fuerza de la realidad, y en diversos aspectos normas específicas tuvieron que regular efectos parciales del concubinato. Pero son casos específicos y normas individuales que no quitan el carácter abstencionista de nuestro ordenamiento frente al tema de la regulación del concubinato. Quienes comparten esta posición abstencionista consideran que la mejor forma de combatir el concubi-

<sup>22</sup> BOSSERT, ob. cit., p. 20.

nato es negándole toda trascendencia jurídica, ignorándolo legislativamente<sup>23</sup>.

b) *Tesis reguladora*: Existen, dentro de esta postura, diferentes variantes:

- *Sistema de la equiparación de los efectos jurídicos del concubinato a los del matrimonio*: Una vez que se compruebe en forma fehaciente la unión de hecho, ésta surtirá iguales efectos jurídicos que el matrimonio.
- *Sistema de la homologación*: No equipara la unión al matrimonio sino que, en primer lugar, exige su previa homologación por el tribunal o el Registro Civil quedando acreditados los extremos constitutivos, y, seguidamente, crea un régimen distinto al que deriva del matrimonio.
- *Sistema que otorga ciertos efectos jurídicos al concubinato*: Sin equipararlo al matrimonio, admite que estas relaciones originan lazos fuertes, imposibles de ignorar, y son fuente de obligaciones entre los convivientes. Así en nuestro país, la Constitución de la provincia de Chaco reconoce las uniones de hecho y las protege. El art. 35, párr. 1º, *in fine*, establece: “El Estado (...) reconoce la existencia de las uniones de hecho y las protege”<sup>24</sup>.

c) *Tesis sancionadora*: la ley debe intervenir para perjudicar a los concubinos, creándoles cargas especiales, como un modo de combatir el concubinato. Así, por ejemplo, Borda sugirió un trato especialmente gravoso en las leyes impositivas.

<sup>23</sup> BOSSERT, ob. cit., p. 20.

<sup>24</sup> MANGIONE MURO, ob. cit., p. 18.

#### **1.4. *Regulación del concubinato en nuestras jurisprudencia y legislación***

Jurisprudencialmente, la evolución sufrida por el concubinato en nuestro país puede sintetizarse con algunos fallos que permiten ilustrar al respecto.

- La Suprema Corte de Buenos Aires, en el año 1956, entendía que “el concubinato, por atentar contra el régimen de la familia y resultar incompatible con la moral y las buenas costumbres, no puede engendrar —por sí solo— entre los concubinos derechos de ninguna naturaleza, ni patrimoniales ni extramatrimoniales”. Incluso algunos fallos de la primera época sostenían que “el reconocer efectos jurídicos al concubinato implicaría su aprobación moral en desmedro evidente del orden social, la institución familiar y nuestra tradición cristiana”.
- Con el correr del tiempo, y ante la realidad social, nuestros tribunales, aun con ciertos reparos, habilitaron una cierta corriente aperturista. Así, el alto tribunal bonaerense, casi veinte años después del fallo anterior, entendía que “si bien el matrimonio es la base de la organización familiar, no es excluyente. Las relaciones de familia se reconocen tanto cuando el grupo tiene como causal legal de nupcias, como cuando emana de una relación extramatrimonial”. Años más tarde, la Corte Suprema de Justicia de la Nación adoptó el mismo criterio, llegando a aseverar que “las leyes arcaicas que tuvieron vigencia en el país, si bien consideraban al concubinato como pecado mortal, no por eso lo privaban de todo efecto jurídico. El alegato de que el concubinato es contrario a la moral y las buenas costumbres no configura obstáculo insalvable para que la ley le asigne consecuencias jurídicas, conforme el principio de que no

todo lo lícito conforme el Derecho es honesto según la moral”.

En la faz normativa, nuestro Código Civil no legisla sobre el concubinato, ya que se ha enrolado en una *tesis abstencionista*. Existen algunos temas puntuales que han sido tratados pero, en lo demás, ha guardado silencio. La jurisprudencia ha debido suplir ese silencio legal.

Como regla, la unión de hecho no entraña ninguna consecuencia legal, ni en lo personal ni en lo patrimonial. Dentro de las previsiones aisladas e indirectas podemos citar: la continuación de la locación por la persona que convivía con el locatario o el supuesto de matrimonio *in extremis*, que no provoca la exclusión hereditaria del cónyuge supérstite cuando el matrimonio se celebró para regularizar una situación de hecho ya existente.

Hay quienes aseguran que Vélez no reguló al concubinato por la valoración que se tenía al respecto en ese momento. Por otro lado, era la tendencia seguida por el *Code Civil* francés, fuente por excelencia de nuestro Código Civil.

La doctrina más moderna encuentra la justificación de dicho silencio en el respeto que se debe guardar a la libertad de las personas que han decidido cohabitar, optando por un estilo de vida libre de formalismos y reglamentaciones.

La Constitución Nacional reconoce el derecho a casarse y a no hacerlo, basándose en la libertad de cada ser humano, pero no hace mención alguna sobre las uniones concubinarias. El silencio de la Ley Fundamental guarda su correlato con nuestra legislación civil.

La Ley 2393 de Matrimonio Civil rescata el derecho del Estado de regular el matrimonio, y, en su afán de implantar principios laicistas, insiste en su celebración ante el oficial del Registro Civil como el único modo de acceder al matrimonio y, por consiguiente, a sus efectos.

Las uniones concubinarias se multiplicaron en los centros urbanos y fueron proliferando aún más por la indisolu-

bilidad del vínculo matrimonial que preveía la ley 2393. Con el advenimiento de la democracia, surgió la nueva ley que admite el divorcio vincular y con ella la expectativa de que el concubinato desaparezca; fenómeno que no mermó, sino que, por el contrario, se fue acrecentando.

Sintetizando, el concubinato, al estar regulado en forma esporádica y en ciertas situaciones puntuales, resulta insuficiente.

En nuestro país, la realidad social ha cambiado respecto de la valoración moral de este tipo de uniones, en el sentido de que ya los concubinos no reciben la condena social que antes existía; en el orden legal, sin embargo es muy poco, o casi nada, el avance alcanzado. La realidad ha superado a la ley, que todavía se mantiene ajena a estas problemáticas. Sería recomendable prever legislativamente soluciones a los conflictos de intereses que las uniones de hecho generan, para no abrumar a los tribunales con reclamos híbridos, establecer efectos jurídicos y patrimoniales reconocidos en el ámbito económico y social, e imponer un marco de responsabilidad mínima a los concubinos con la finalidad de que los convivientes no puedan sustraerse totalmente del orden social<sup>25</sup>.

El Código Civil se refiere al concubinato como un hecho que origina la pérdida de algún derecho. Así, el art. 3574 establece la pérdida de la vocación hereditaria del esposo que la hubiera conservado después de la sentencia de separación personal si viviera en concubinato. También los arts. 210 y 218 ordenan la cesación del derecho alimentario si el beneficiario de éste viviera en concubinato.

El art. 3573 del Cód. Civil, según el texto de la ley 17.711, priva del derecho sucesorio al viudo o viuda

cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio, muriese de esa enfermedad dentro de los

<sup>25</sup> ANTOS, Valeria, "Régimen patrimonial del matrimonio y de las uniones de hecho", *JA*, 2002-I-1206.

treinta días siguientes, salvo que el matrimonio se hubiere celebrado para regularizar una situación de hecho.

En este supuesto, el concubinato constituye la excepción, no porque dé pie a la vocación sucesoria, sino porque la exclusión está prevista con el fin de evitar el aprovechamiento de una circunstancia y la captación de una herencia.

Si hubo concubinato anterior, el matrimonio viene a legalizar una situación de hecho. La norma está a favor de la matrimonialidad y promueve el paso del estado concubinario al estado matrimonial.

El concubinato fue tratado como hecho negativo en el caso de la adopción. La ley 24.779 establece que las personas casadas podrán adoptar en forma conjunta, lo que, *a contrario sensu*, excluye a quienes viven en concubinato a tal efecto.

En lo que hace a la filiación, el art. 257 del Cód. Civil establece una presunción de paternidad en caso de concubinato de la madre con el presunto padre. En este caso se invierte la carga probatoria: será presumiblemente el padre de esa criatura el hombre que convivía con la madre al momento de la concepción, quien deberá probar que no es el progenitor.

Por otro lado, en el derecho civil se negaron derechos patrimoniales en caso de ruptura de la unión de hecho, salvo que llegaran a probarse los aportes que acrediten la existencia de una sociedad de hecho.

Leyes especiales acuerdan derecho de pensión e indemnización laboral para aquella concubina que acredite, por determinados lapsos, la convivencia con el causante, debiendo probar menores términos en caso de descendencia en común reconocida. Incluso llegan a colisionar derechos de la esposa con los de la concubina ante cuestiones particulares.

Algunos fallos de nuestros tribunales trataron el tema de la indemnización por muerte del concubino, habiéndose afirmado una tendencia favorable al reconocimiento de la legi-

timación activa del supérstite. El fundamento ha sido la norma del art. 1079 del Cód. Civil, que reconoce derecho a indemnización por el daño ocasionado por un cuasidelito a “toda persona que por él hubiese sufrido”. Mayor discusión ha traído aparejado el reclamo del daño moral, tema central del presente trabajo.

## **2. Resarcimiento del daño moral al concubino/a**

Es dable apreciar que el concubinato, como institución del derecho civil, no se haya legislado. Por el contrario, existen disposiciones aisladas al respecto. Por otra parte, la jurisprudencia ha debido resolver situaciones que, al no estar plasmadas legalmente, la obligaron a recurrir a ciertas analogías y principios generales para darles solución.

En lo que respecta a la facultad de los concubinos de ser legitimados activos para el reclamo del daño moral ante el fallecimiento de su compañero/a, cierta doctrina y mayor jurisprudencia ha negado tal posibilidad esgrimiendo la aplicación clara y contundente del art. 1078 del Cód. Civil en cuanto prescribe:

La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si de ello hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.

Con la locución “únicamente tendrán acción los herederos forzosos” transcrita se puede afirmar que el Código Civil es claro y preciso, habiendo optado el legislador por el llamado “sistema restrictivo”, apuntando a la designación genérica pero relativamente restringida de las personas habilitadas para el ejercicio de la acción. Por lo tanto, siguiendo y



respetando la ley a rajatabla se podría aseverar que el concubino/a supérstite no tendría legitimación para accionar por daño moral en razón de la muerte de su compañero/a.

Sabido es que el concubino/a no reviste el carácter de heredero/a, y menos aún de forzoso, razón por la cual no debería corresponderle dicha indemnización.

Además, entre los argumentos en contra por los cuales los concubinos no podrían invocar un perjuicio jurídico y sí solamente de hecho, es que la muerte de su compañero/a no lesiona derecho alguno del conviviente supérstite, porque ninguno tenía para exigir la ayuda de víctima.

Se sigue la opinión de los Mazeaud en la medida que el concubino/a carece de interés jurídico legítimo que pueda invocarse: su vínculo con la muerte es de hecho, pero no de derecho<sup>26</sup>.

En cuanto a la jurisprudencia que ha acogido el criterio de permitir el reclamo del daño moral a la concubina se puede citar el fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, en el caso “Hernández, María Rosa c/Witomski, Mario Norberto y otros s/daños y perjuicios”, el que confirma una sentencia que había reconocido legitimación a la concubina para reclamar por el daño moral causado por la muerte de su pareja. El tribunal entendió que el límite dispuesto por el art. 1078 del Cód. Civil vulnera la garantía de igualdad de la ley dispuesta en el art. 16 de la Carta Magna, cuando aclara:

Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

<sup>26</sup> DUTTO, Ricardo, *Manual doctrinal y jurisprudencial de familia*, Juris, Rosario, 2005, p. 119.

Ya la parte actora había planteado la inconstitucionalidad de la proscripción de la posibilidad de reclamo del daño moral sustentada por el art. 1078 del Cód. Civil, considerando vulneradas las garantías no sólo del art. 16 (transcripto *ut supra*) sino también del 17 y 19 de la C.N.

El fallo se sustenta en que se les concede a personas unidas en matrimonio civil un derecho que niega a quienes no lo están, con lo que la norma positiva establecería un privilegio o excepción que excluye a unos de lo que se acuerda a otros en igualdad de circunstancias, creando distinciones arbitrarias, injustas y hostiles contra determinadas personas, o grupos de personas, dejando la ley de tratar de un modo igual a los iguales en igualdad de circunstancias.

En el caso concreto se había probado acabadamente la relación concubinaria entre la actora y el occiso. Dicha relación, con notorios visos de perpetuidad y calificado por la cohabitación y por la fidelidad y la asistencia recíprocas, causó a la primera, por el homicidio del concubino, padecimientos no susceptibles de apreciación pecuniaria (daño moral). No indemnizarlos por no ser ella heredera forzosa vulneraría los principios fundamentales de igualdad<sup>27</sup>.

Al cotejar los distintos criterios adoptados que se han ido desarrollando sobre este arduo y controvertido tema, se advierte que la tesis restrictiva pierde sustento en un afán por apegarse con excesivo rigorismo a los textos legales. El hecho de que las leyes reconozcan en forma expresa deter-

<sup>27</sup> Es digno de traer a colación un caso de la Cámara Civil, Sala G, de agosto de 1991, en el cual la concubina había sufrido un accidente de tránsito, a raíz del cual debió practicársele un aborto. Se resuelve que el concubino, a quien la ley presume el padre extramatrimonial de la persona por nacer, tiene legitimación para reclamar el daño moral. Se había acreditado la convivencia estable entre la víctima del accidente de tránsito y su concubino, con quien había procreado tres hijos, considerando que también el progenitor tiene derecho a que se le resarza el daño moral por la frustración de la paternidad; cfr. LL, 1992 A-126.

minados derechos subjetivos, no implica que cualquier otra prerrogativa personal, para ser reconocida, deba estar taxativamente prevista por la ley, siendo suficiente, para ello, que su consagración surja de una interpretación razonable de aquélla y que se origine en una conducta ilegítima<sup>28</sup>.

Considerada doctrina realiza una dicotomía entre el perjuicio jurídico y el perjuicio de hecho, destacando que el perjuicio sufrido por la concubina, al no tener un reconocimiento expreso por la legislación, se encontraría dentro de este último tipo de daño y, en consecuencia, al margen de la tutela del ordenamiento jurídico<sup>29</sup>.

Es dable tener presente que el verdadero concepto de daño apunta al “interés”, y no a las “consecuencias”. Hay cuestiones que realmente resultan alteraciones desfavorables del espíritu, pero que no son motivo de resarcimiento en las normas vigentes, puesto que esas necesidades espirituales son indiferentes al Derecho, o, dicho de otra forma, no existe un interés jurídico vulnerado. El punto de partida parece fincarse en el “interés”. Cuando el intérprete procede a seleccionar los daños resarcibles, está apuntando directamente al “interés” del sujeto en cuestión, a sus posibilidades de satisfacer necesidades de bienes.

No se tiene en cuenta, al menos de momento, el sufrimiento, el dolor y la aflicción; la pérdida de ganancias o menguas patrimoniales en general, etc., que constituirán aspectos dignos de ser considerados, a su hora, cuando se decida, que el “interés” afectado reclama protección del ordenamiento.

La Sala 2 de la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, en la causa “R.S.E. v. Bustos, Esteban y otra”, reco-

<sup>28</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, ps. 413-419.

<sup>29</sup> Cfr. ORGAZ, Alfredo, “El damnificado indirecto”, *LL*, 48-1096; FERRER, Francisco A. M., *Derecho de familia*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, ps. 128-129.

noció a una concubina el derecho a reclamar daño moral por la muerte de su conviviente. Parten del paulatino reconocimiento que viene teniendo el estatus de la concubina en cuanto al reclamo del daño patrimonial sufrido a consecuencia de la muerte de su pareja, tanto sea a título indemnizatorio como en el régimen previsional, y en cuanto a su extensión de la obra social, de continuidad de la locación, etcétera<sup>30</sup>.

Por otro lado, resulta injusto que, tratándose de la muerte de la persona con quien se ha tenido un proyecto de vida en común, el daño moral y la posibilidad de recibir una indemnización por tal concepto pueda ser presumido en caso de matrimonio y rechazado a quien/nes por no estar casado/s, a pesar de que se encuentran en iguales condiciones de convivencia estable y permanente.

Como dijéramos oportunamente, parecería que hablar de concubinos es hablar de una conducta en ellos digna de ser sancionada, cuando en realidad sabemos que la convivencia sin matrimonio no representa un algo disvalioso, mereciendo esgrimir como estandarte protectorio los arts. 18 y 19 de nuestra Carta Magna.

Siguiendo con la jurisprudencia de nuestros tribunales, y, a modo de ejemplo, podemos citar el criterio de la Cámara Nacional en lo Civil, que sostuvo la legitimación de una concubina de reclamar la lesión psíquica, por constituir una especie de incapacidad sobreviniente, entendiéndose, desde la esfera de la doctrina, que con ello no se ha hecho más que reconocer una solución axiológicamente valiosa: el derecho de la nombrada a un resarcimiento por daño moral<sup>31</sup>.

De igual modo se expidió el Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual de Santa Fe, que, reparando en la evolución doctrinaria y jurisprudencial en temas que

<sup>30</sup> *SJA*, 19/10/05; *JA*, 2005-IV-284.

<sup>31</sup> Cfr. *CNCiv.*, Sala J, 11/10/97, con nota de Agoglia, Boragina y Meza, *LL*, 2/9/98, p. 6.

hacen a la cuestión planteada, ha admitido la indemnización en estudio con fundamento en criterios de reparación integral y en el hecho de no existir una prohibición expresa de la pretensión, lo cual habilita, a su criterio, y en la medida de la prueba, el otorgamiento de la indemnización por daño moral<sup>32</sup>.

El fundamento de legitimar al concubino/a a tal reclamo se encuentra en los preceptos constitucionales de protección de la familia (arts. 14 bis, párr. 3º, C.N.; 17, 27 y concs., Convención Americana sobre Derechos Humanos; 10 y 23, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la igualdad ante la ley del art. 16, C.N., y 17 sobre los actos privados de los hombres).

En los tiempos actuales no se puede dejar de reconocer que las familias no son sólo las consideradas a comienzos de siglo. Es decir, no se circunscriben a las unidas por el vínculo matrimonial, sino que existen otras formas aceptadas de familia: las uniparentales, las ensambladas, las uniones de hecho, etcétera.

Es interesante lo que manifiesta Bueres respecto del daño moral:

En el daño moral hay una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de las capacidades de entender, de querer y de sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial<sup>33</sup>.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha expresado que el daño moral,

<sup>32</sup> Cfr. expte. 241, fs. 300, año 1989, res. 107, fs. 378/398, t. XLIX, en *Revista de Derecho de Daños*, n° 6 (1999), ps. 341 y ss.

<sup>33</sup> BUERES, Alberto J., *Derecho de daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 306.

...es la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre como son la paz, la libertad, la tranquilidad, el honor y los más sagrados afectos. Mediante la indemnización del mismo, se reparan las lesiones sufridas en los derechos extramatrimoniales, en los sentimientos que determinan dolor, inquietud espiritual y agravio a la paz<sup>34</sup>.

Desde hace un tiempo existe un criterio que impera en materia de daño, que se traduce en la “reparación plena e integral de quien ha sufrido un daño injusto”, resultando tal disposición en contradicción con el art. 1078 del Cód. Civil y la facultad que establece de reclamo de daño moral limitado sólo a los herederos forzosos.

Tal vez la legislación argentina peca de insensible, ya que no puede llegar al extremo de desconocer el dolor de quien, al igual que un cónyuge, también ha visto zozobrar su patrimonio espiritual.

El Dr. Galdós, en fallo plenario de la Cámara de Apelaciones de Azul, se expidió del siguiente modo:

Debe buscarse un análisis de compatibilidad y armonización entre el texto de la ley y los derechos reconocidos en la Carta Magna. Para cumplir ese cometido, se ha de buscar una interpretación “valiosa” que atienda a la realidad del precepto y a la voluntad del legislador, en función integradora de esa ley con el ordenamiento jurídico restante y los principios y garantías de la Constitución Nacional y Provincial, reparando en su razonabilidad e inteligencia<sup>35</sup>.

Por otra parte, en fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, consideraron que:

<sup>34</sup> SCBA, Ac. 57.531, 16/2/99.

<sup>35</sup> “Credi Paz S.A. c/Foulkes, Mariana s/ejecución”, del 22/11/00, *Boletín Judicial*, n<sup>os</sup>. 24.437/24.440.

Cabe determinar que la limitación contemplada en el art. 1078 del Cód. Civil resulta inaplicable en el particular, por ser lesivo de derechos fundamentales y garantías de raigambre constitucional, como lo son la protección integral de la familia y la igualdad ante la ley, en la certidumbre de que la muerte del compañero ha conculcado en la concubina un derecho legítimo, proveniente de su emplazamiento existencial y suficientemente acreditado a partir de la relación estable y prolongada mantenida con la víctima<sup>36</sup>.

Es de imperiosa necesidad que una futura reforma del Código Civil amplíe en cuanto a legitimación activa de reclamo de daño moral, pudiendo de ese modo hacerlo extensivo a los convivientes<sup>37</sup>.

Legitimar a los concubinos a efectuar tal reclamo es la tesitura imperante en el derecho comparado de estos tiempos: el Código Civil francés así lo establece en su art. 1382; también el derecho portugués, así como la jurisprudencia general.

La forma actual en la legislación argentina de zanjar la disposición limitativa de legitimación, es tildar al art. 1078 del Cód. Civil de inconstitucional. El planteo que se presen-

<sup>36</sup> Sala 2, 26/12/07, "Camargo, Mónica y otro c/Lima, Roberto y otra s/ daños y perjuicios", expte. 138.998 (registrada bajo el n° 1149),

<sup>37</sup> De este modo se han expedido en el II Congreso Internacional de Daños, llevado a cabo en Buenos Aires en el año 1991, como también lo hicieron en tal sentido en las III Jornadas de Derecho Civil y Comercial de La Pampa, en 1991; en las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, San Miguel de Tucumán, en 1993; en el IV Congreso Internacional de Daños, Buenos Aires en 1995, y en la Recomendación de las Jornadas de San Juan. El Proyecto de la Comisión designada por dec. 468/92, en el art. 1596 establece que si del hecho hubiese resultado la muerte de la víctima están legitimados el cónyuge, los descendientes, los ascendientes y las personas que convivían con ella al tiempo del hecho. De igual manera se reconoce en el Proyecto de 1998. En las conclusiones de la Comisión N° 3 del X Congreso Internacional de Derecho de Familia llevado a cabo en Mendoza en 1998, se recomendó, de *lege ferenda*, incluir al conviviente entre los legitimados para el reclamo del daño moral.

ta ante tal situación es la consideración de si la inconstitucionalidad de la normativa *ut supra* referida debe ser planteada por las partes, o el juez está facultado a declararla de oficio.

La tesis tradicional la constituía el pedimento de parte. Sin embargo, de un tiempo a esta parte el criterio imperante ha virado hacia la otra tesitura, es decir su declaración de oficio. Precisamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa “Mill de Pereyra y otros c/Provincia de Corrientes”, del 27 de septiembre de 2001, recoge este último criterio.

De igual modo resuelve la Corte en “Banco Comercial de Finanzas S.A.” (*Fallos*, 327:3117).

Se estableció:

- a) El control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho. Por tanto, según el principio *iura novit curia*, el juez debe aplicar la norma correcta para decidir la litis, aunque las partes no la hayan impetrado. De enfrentarse ante una norma inconstitucional, así habrá de declarársela, para aplicar la norma adecuada (la Constitución) por sobre la inferior, inconstitucional.
- b) No hay peligro de desequilibrio de poderes si el Judicial inaplica por sí la norma inconstitucional, porque no se advierte cómo no hay desequilibrio si se realiza petición de parte, y por qué lo hay si se efectiviza sin esa solicitud.
- c) La presunción de validez de las leyes es *iuris tantum*, y cede cuando el tribunal detecta que ellas son inconstitucionales.
- d) La declaración de inconstitucionalidad de oficio no afecta el derecho de defensa en juicio, del mismo modo que ello no se produce cuando un tribunal aplica un precepto no alegado por algún litigante”<sup>38</sup>.

<sup>38</sup> Citado en SAGUÉS, Néstor P., *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 102.



El art. 1078 del Cód. Civil es inconstitucional por ser violatorio en cuanto a la protección integral de la familia, ya que se debe considerar de ese modo también a las uniones concubinarias, aunque los integrantes de esa pareja no se encuentren unidos por los lazos que otorga el matrimonio.

Por otro lado se viola la igualdad en la reparación de los daños, la que como preceptúa el art. 1079 del Código precitado, debe ser integral, posibilitando la legitimación activa a todos los damnificados aunque sea en una forma indirecta.

Como recuerda Zavala de González, es bueno preguntarse cómo se puede mantener esta diferencia en que se admite que la concubina pueda reclamar daños materiales y no los daños espirituales propios de la afectividad y de la unión que mantienen los concubinos<sup>39</sup>.

Se ha sostenido<sup>40</sup> que cuando el daño moral es ocasionado por la muerte de un ser querido deben ser objeto de especial ponderación los siguientes factores: los sufrimientos por la muerte irremediable, la desdicha por la muerte prematura, el dolor por la impotencia frente a la realidad del hecho producido, la ausencia de la persona, etcétera.

### 3. Reflexiones finales

Siguiendo a Lorenzetti, habría que preguntar qué es lo que hace el Derecho para proteger a la familia e inmediatamente acerca de qué se entiende por familia. Antes de tratar de dar respuesta a esos interrogantes es importante observar que los derechos en general —y al margen de que la Constitución habla de la protección integral de la familia— en la realidad no protegen a la familia como grupo, sino a las personas que forman ese grupo en su individualidad.

<sup>39</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., *Indemnización del daño moral por muerte*, Juris, Rosario, 2006, ps. 428 y ss.

<sup>40</sup> Fallo Sala I, c. 103.438, RSD-2-198 del 12/6/98, LL, 1999-351.

El concepto de familia es muy variable según cada época, y aun en una misma podría considerarse un término polisémico.

La familia ha sido reorganizada considerando a cada uno de sus integrantes en pie de igualdad. Lo que permite a preguntar si los individuos están por encima de la familia que integran o ésta debe ser considerada el pilar fundamental, que contenga esas individualidades.

En realidad, sería función del Derecho subjetivo coherente los intereses individuales y los familiares. En la colisión de ambos debe hacerse una ponderación que permita la igualdad, la no discriminación, etc., en el ejercicio de los derechos.

En los últimos años se han producidos enormes cambios. Se ha percibido la historicidad del concepto familiar, como el surgido del matrimonio, para dar cabida, y hasta considerar en paridad a otro tipo de uniones tales las concubinarias, con o sin descendencia reconocida.

El Derecho ha sido permeable a estos cambios, aceptándolos en muy poca medida. Es por ello que hay que pugnar por reformas legislativas cuya principal finalidad sea que la realidad social y las normas caminen de la mano.

La incorporación de los derechos individuales antes mencionados ha hecho que se cree una normativa propia de ese régimen individual de derechos acordados.

En cuanto al tema genérico de los daños en materia de Derecho de Familia, ha traído aparejada innumerable doctrina al respecto. Hay quienes aseveran que deben aplicarse las normas generales sobre daños a los casos concretos de la materia. Por otro lado, están quienes defienden a ultranza un sistema propio del derecho tratado.

Sintetizando y pasando de lleno al tema central del presente trabajo sobre la factibilidad o no de permitir al conviviente el reclamo y posterior resarcimiento ante un ilícito cometido sobre la persona de su concubino que devino en su muerte, es importante destacar que si bien el legislador con-

sideró que al fallecer una persona (siempre teniendo presente que debía ser casada) la subsistencia es algo que interesa y afecta a la familia, no sólo al viudo o viuda.

Levantando el estandarte de prever la legitimación para el resarcimiento de daños patrimoniales causados a la viuda e hijos del causante y a su vez ante el daño moral, los consideró legitimados sólo a los herederos forzosos.

Es muy factible que en el momento en que Vélez redactó estas normas estuviera pensando en el concepto de familia de aquellos tiempos. Pero actualmente la doctrina debe —y así lo ha hecho en muchos textos— independizarse del pensamiento de nuestro legislador, demostrando que con el cambiar de los tiempos las normas se han visto estrechas frente a la amplitud con que se concibe a la familia en la actualidad. De allí que no haya receptado al conviviente.

Sería de mucha importancia permitir el reclamo de reparación del daño moral al concubino supérstite, haya o no descendencia reconocida, por el solo efecto de haber proyectado una vida en común, con intereses y sentimientos entrelazados.

Por otro lado, es dable aclarar que no deben entenderse por concubinos (y darles la posibilidad de resarcimiento) a cualquier unión que se precie de tal por el solo hecho de estar juntos desde algún tiempo atrás, sino que hay que considerar a aquellos que poseen una verdadera comunidad de vida y de lecho, con rasgos de permanencia y estabilidad, posibilitando que la pareja, en mayor o menor medida, comparta la vida en todos los aspectos que determinen situaciones que exigen consideración y solución por parte del Derecho.

Emulando a Bossert, han de tenerse presentes dos aspectos en cuanto a la relación para considerarla un verdadero concubinato: la naturaleza del problema en concreto a resolver, y la edad de los sujetos. De ese modo los tiempos requeridos diferirán según la entidad del planteo. Por otro lado, en cuanto a la edad será muy diferente si el que fallece

tenía 60 años, habiendo convivido cuatro o aquel que con igual cantidad de años de conviviente muera a los 22 años.

Por lo pronto, si se trata de regular legislativamente, de un modo sistemático el instituto del daño moral y sus derechos, será necesaria la fijación de un tiempo mínimo, adaptándolo a cada caso en particular en el cual sea aplicable el análisis de la figura.

A modo de epílogo, no resta más que agregar que la unión permanente, con apariencia de matrimonio, con fidelidad de parte de los integrantes de la pareja, con aportaciones económicas o susceptibles de poseer un valor económico, con notoriedad, y desde luego con hijos en común (o sin ellos) es título más que suficiente, sobre la base de la equidad y de la solidaridad social, para legitimar al concubino a fin de que pueda efectuar una reclamación indemnizatoria a terceros que le han causado un daño.

XIII. UN ESTUDIO EMPÍRICO-CUANTITATIVO  
DE LA INSTITUCIÓN PRESIDENCIAL  
A TRAVÉS DEL ANÁLISIS DE CONTENIDO  
DE LOS DISCURSOS DE APERTURA DE  
LAS ASAMBLEAS LEGISLATIVAS (1983-2007)

*Jorge O. Bercholz\**

\* Profesor Titular en la Cátedra de Sociología del Derecho, UAI.



## **1. Epistemología del análisis de contenido**

Referirse al análisis de contenido remite a una metodología interpretativa de productos comunicacionales (mensajes, textos o discursos), basada en técnicas mixtas, cuantitativas (estadísticas de recolección de frecuencia de unidades léxicas, determinación de campos semánticos) y cualitativas (análisis agregado de los datos estadísticos, estudios comparados externos e internos al objeto de estudio y consideraciones semiótico-pragmáticas).

Se trata de procesar datos relevantes que generen conocimiento básico sobre las condiciones en que se han producido las comunicaciones objeto de estudio y las condiciones que puedan darse en su empleo posterior, como actos públicos y sus efectos socio cognitivos.

El análisis de contenido se ha convertido, en los últimos diez a quince años, en una de las técnicas de uso más frecuente en las ciencias sociales, adquiriendo una relevancia desconocida en el pasado, en especial a partir de la disponibilidad de tecnología informática adecuada para el tratamiento de los datos.

En esa consolidación del análisis de contenido como área específica de estudios ha influenciado notablemente también,

la revolución que en materia tecnológica aconteció en torno a las comunicaciones, pues ello ha facilitado, por ejemplo y en lo que hace al interés de esta investigación, que los discursos políticos sean identificados como objetos susceptibles de construcción y significación simbólica de la realidad política, económica y social. A su vez, ese proceso requiere una mayor complejidad de los estudios sobre comunicación, medios masivos y opinión pública y su necesaria interdisciplinariedad, ya que el proceso comunicacional involucra las más diversas áreas de las ciencias sociales.

Además, no queda fuera del proceso ningún ámbito de actividad cultural, en el más amplio sentido antropológico del término. Por ello, el proceso comunicacional-discursivo abarca ámbitos de acción tan diversos como el institucional, el jurídico y el político; el educativo, el entretenimiento y la publicidad, etcétera.

También existe un muy variado menú metodológico que permite analizar y comprender con mayor certeza el vasto campo discursivo que invade a la sociedad, a saber: entrevistas, discursos políticos y periodismo; hipertextos, filmes artísticos y publicitarios, etcétera.

Para una mayor utilidad de la unidad de análisis “discursos presidenciales” es menester la complementariedad de metodologías cuantitativas bien diseñadas, suficientes en sus series diacrónicas y en cantidad de datos capturados, a fin de permitir la realización de comparaciones sofisticadas y de análisis cualitativos que lean adecuadamente los datos colectados.

El análisis de contenido se hace en un sentido amplio que no limita el contenido al chequeo formal de la pieza discursiva y sus matices estrictamente lingüísticos (sintácticos y semánticos), sino que también abarca el contenido en sus dimensiones pragmática y semiótica.

La metodología del análisis de contenido no busca sólo en el texto, que sirve como objeto de estudio, sus propiedades significantes, sino que también se interroga por los efectos



que se generan fuera del contenido estrictamente literal y material. Pues las dimensiones aludidas de los datos extraídos del análisis sólo existen fuera de los contenidos, es decir, en la mente de los sujetos productores o receptores de los mensajes, textos o discursos. Dicho de otro modo, en la mente de los participantes de los procesos de comunicación que han producido los documentos analizados<sup>1</sup>.

Esas dimensiones permiten comprender las características dinámicas de los signos y las disciplinas que los estudian como parte de procesos comunicacionales complejos, en los que se involucran, además de las reglas sintácticas y las relaciones semánticas de carácter binario (los signos y su significado), el sujeto interpretante, que conforma la conocida relación triádica de Charles Peirce.

Según el americano Peirce, precursor de la semiótica y del estudio de los signos, un proceso semiótico implica una relación entre tres componentes: *i*) el signo representativo; *ii*) el objeto que ese signo representa, y *iii*) el sujeto interpretante. “El signo se dirige a alguien, crea en la mente de esa persona un signo equivalente. A este signo que crea lo llamo interpretante del primer signo”. Esta relación la denomina “triádica”, una significación no es nunca una relación entre un signo y lo que el signo significa (su objeto). La significación resulta de la relación “triádica”. En esta última el interpretante cumple una función mediadora, de información, de interpretación o incluso de traducción de un signo por otro signo. De allí, que desde una perspectiva de la Teoría de la Comunicación, la situación económico-social-cultural del sujeto intérprete revista una importancia nodal en la interpretación de los signos mediadores (interpretante).

<sup>1</sup> PIÑUEL RAIGADA, José Luis, *Epistemología, metodología y técnicas del análisis de contenido*, Universidad Complutense de Madrid, 2002, p. 3; también en [<http://www/web.jet.es/pinuel.raigada/A.Contenido.Pdf>].

A su vez, el tipo de signo utilizado para representar algo tendrá directa influencia en el modo de interpretación-traducción del interpretante en la relación triádica y en el sujeto destinatario final de la relación semiótica.

Un signo siempre representa algo para alguien, se reproduce por medio de signos materialmente diversos, el objeto, de un modo destinado a la representación, a la reproducción. El signo es una construcción ficticiamente sustitutiva respecto a la realidad y vale “como si” fuera la misma realidad<sup>2</sup>.

Se llama construcción simbólica porque, obviamente, los discursos utilizan como cuerpo de signos significantes los símbolos, con las características propias de tal convención, de acuerdo con la conocida clasificación tripartita de Charles Peirce<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> He seguido en las citas sobre Peirce a MATTELART, Armand, *Historia de las teorías de la comunicación*, Paidós, Barcelona, 1997, p. 26, y ECO, Umberto, *Tratado de semiótica general*, 5ª ed., Lumen, Barcelona, 1995.

<sup>3</sup> Para Peirce hay tres tipos de signos: el índice, el ícono y el símbolo. El *índice* y el *ícono* son signos cuyo significado se halla afectado y determinado por el objeto, no representan ni simbolizan al objeto, son el objeto, sin necesidad de decodificación, no requieren ningún esfuerzo de racionalización de los signos comunicantes. El índice implica una relación de contigüidad o de continuidad con el objeto representado, es la imagen del propio objeto. El índice corresponde a un efecto mecánico, la captura automática y motivada de la imagen del objeto reproducido.

El ícono se halla respecto del objeto en una relación de analogía, se parece al objeto representado como un cuadro o un mapa. La representación indicial no requiere del ejercicio de la conceptualización, la abstracción y la racionalización; en rigor, representa y reproduce poco como construcción sustitutiva de la realidad. Prácticamente materializa lo que muestra.

El *símbolo* es un signo convencionalmente asociado a su objeto, la relación entre objeto y símbolo es arbitraria. Como símbolos, la escritura, la palabra, el ejercicio de la lectura, implican un grado de abstracción, de racionalización y de comprensión del significado de los signos comunicantes que requiere del ejercicio del pensar, de la conceptualización, de la capacidad de abstracción, de mantenerse activo mentalmente.

La significación de un signo abarca los efectos que el signo genera considerando la relación triádica que construye, en rigor, una suerte de semiología pragmática.

La perspectiva semiótico-pragmática de Peirce resulta sumamente útil a fin de dotar de “sentido extralingüístico” (sintáctico y semántico) al análisis de contenido.

Así se obtiene un sustento más sólido, eficaz y explicativo por el carácter necesariamente mixto de esta técnica de análisis de contenido, dado por la utilización de los métodos cuantitativos y sus mecanismos de interpretación, como los mapas o redes conceptuales, los campos semánticos y las agrupaciones de palabras a partir de sus lexemas y sus derivaciones (morfemas, sufijos, prefijos), y por el posterior proceso de comprensión de los efectos sociales generados mediante la vía semiótico-pragmática.

Esta vía tiene muy en cuenta el modo en que el contexto influye en la interpretación del significado. El contexto debe entenderse como *situación*, ya que puede incluir cualquier aspecto extralingüístico: situación comunicativa, conocimiento compartido por los hablantes, relaciones interpersonales, etcétera.

La Pragmática toma en consideración los factores extralingüísticos que condicionan el uso del lenguaje, esto es, todos aquellos factores a los que no se hace referencia en un estudio puramente formal.

La preocupación de *esta suerte de filosofía del lenguaje* se interesa por cuestiones tales como las relaciones entre el lenguaje y el mundo, esto es, entre lo lingüístico y lo extralingüístico o entre el lenguaje y el pensamiento.

El “contexto” juega un rol fundamental en la explicación de los textos escritos y orales. El concepto es utilizado por diversos expertos en una variada amplitud de significados. Según Van Dijk, se lo puede definir como

la estructura que involucra todas las propiedades o atributos de la situación social que son relevantes en la producción y comprensión del discurso.

Así, los rasgos del contexto no sólo pueden influir en el discurso, sino que es posible lo contrario: el discurso puede modificar las características del contexto<sup>4</sup>.

Para comprender la importancia del contexto se debe rescatar el concepto de cognición social, que explica los procesos mentales de representaciones del mundo que permiten entender el significado, para productores y usuarios, de la pieza discursiva en la que interactúan. Juegan un rol fundamental en la etapa cualitativa del análisis de contenido los recuerdos o experiencias personales (modelos), las representaciones socioculturales compartidas (conocimientos, actitudes, ideologías, valores, normas) que tienen los participantes.

La cognición social así entendida es lo que vincula al discurso presidencial (en el caso que nos ocupa) y la sociedad.

Estas características cualitativas del análisis de contenido discursivo resultan de aquella búsqueda por fuera del texto literal y por las perspectivas semiótico-pragmáticas mencionadas.

Pero para la certeza y eficacia de las miradas cualitativas resulta menester el previo estudio cuantitativo que permita generar conocimiento básico a fin de identificar, mediante sus dispositivos metodológicos, las presencias, ausencias y frecuencias de unidades léxicas y campos semánticos relevantes en la pretendida construcción simbólica de la realidad que implica un cuerpo discursivo.

<sup>4</sup> VAN DIJK, Teun A., *Text and context: Explorations in the semantics and pragmatics of discourse*, Longman, Londres, 1992 (hay traducción española).

## **2. El análisis de contenido de los discursos presidenciales de apertura de las asambleas legislativas (1983-2007)**

El proyecto de investigación pretende analizar el funcionamiento de la institución presidencial a través del análisis de contenido de los discursos de apertura de las sesiones anuales ordinarias de la Asamblea Legislativa.

Para ello se propone una aproximación objetiva y politológica a la institución de la Presidencia mediante una metodología empírica-cuantitativa, con análisis agregado, que permita analizar las piezas discursivas más cuidadas y elaboradas que emite el Presidente año tras año.

Estas piezas discursivas del Poder Ejecutivo están prescritas por el art. 99, inc. 8° de la C.N., por ello son las verbalizaciones más importantes, en términos jurídicos e institucionales, de la Presidencia<sup>5</sup>.

Los discursos presidenciales de apertura de sesiones resultan ser una pieza lingüística que exterioriza la visión que de la realidad tiene y/o pretende construir el Poder Ejecutivo.

Según Armony, los discursos presidenciales revisten importancia como construcción simbólica de la realidad porque “se trata de un proyecto de fijación del sentido y de legitimación de la organización presente y futura de la vida colectiva”.

Además, son importantes por su peso institucional en tanto tienen el poder simbólico y la legitimidad de la insti-

<sup>5</sup> “La atribución tiene suma importancia política e institucional. En su mensaje el Presidente no sólo da cuenta del estado de la Nación al Poder Legislativo reunido en asamblea, sino al pueblo todo. El acto tiene una amplia cobertura de los medios de comunicación y sirve, además, para pulsar el estilo presidencial y las relaciones de los dos poderes a partir de las opiniones que el discurso presidencial suscita...El Presidente debe dar cuenta, también, de las reformas prometidas por la Constitución” (GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2005).

tución estatal: “El discurso presidencial concebido como eje central de la producción de significaciones desde el Estado...”<sup>6</sup>.

Esa construcción simbólica de la realidad abarca: *i*) el análisis del pasado heredado de otras administraciones; *ii*) el análisis de los propios actos realizados por el Presidente en ejercicio en el año anterior, y *iii*) el anuncio de las políticas fundamentales a llevarse a cabo en el período venidero.

También en estos discursos se llama la atención sobre los temas, cuestiones y/o problemas que se consideran más importantes y que se deberán afrontar, una especie de diagnóstico de situación y de inventario de recetas-políticas a ser implementadas.

Por ello son actos simbólicos que tienen un indudable efecto en la determinación de la agenda público-política (*agenda setting effect/function*), más allá de las verdaderas “intenciones” y de las condiciones objetivas de posibilidad de realización de aquello que se enuncia.

La determinación de la agenda por parte de los discursos es pretendidamente ejercida en una doble función: la primera, y más común, es determinar aquello sobre lo que debe discutir la opinión pública; la segunda —más compleja, riesgosa y poco común—, determinar cómo y qué debe pensar la opinión pública sobre los temas de la agenda.

Los matices planteados resultan ser algunos de los atractivos de los discursos que justifican su análisis, una manera distinta, y que se pretende original, de aproximarse al estudio y conocimiento de la institución presidencial.

Siendo, además, las piezas discursivas de mayor relevancia institucional, dada su ya mencionada prescripción constitucional, son las que soportan de mejor modo la impugna-

<sup>6</sup> ARMONY, Víctor, “Aportes teórico-metodológicos para el estudio de la producción social de sentido a través del análisis del discurso presidencial”, *Revista Argentina de Sociología*, Año 3, n° 4, ps. 37 y 38.

ción, de mera retórica circunstancial y oportunista, a la que suelen ser sometidas las verbalizaciones presidenciales.

### **3. Estado actual del arte. La institución presidencial como área específica de estudio**

La institución presidencial puede ser estudiada abordándola desde diferentes perspectivas. Existen variados estudios, en especial históricos y biográficos; sin embargo, en general, desde una perspectiva politológica e institucional, es mucho lo que aún no se sabe y en especial, la perspectiva y metodología que se proponen en este proyecto ha sido poco explorada.

Los estudios presidenciales, entendidos como área específica de estudio e investigación, no presentan demasiados antecedentes en nuestro país. En particular lo que se ha denominado “Presidencia pública o retórica”<sup>7</sup>.

También se ha dicho que

son escasos los análisis rigurosos y verdaderamente comparativos del vocabulario político argentino y, de manera más general, latinoamericano<sup>8</sup>.

A pesar de su relevancia institucional y de su cuidada elaboración, los discursos de apertura de las sesiones anuales ordinarias de la Asamblea Legislativa son piezas a las que se les presta relativa atención por parte de los medios de comunicación masiva y, por ende, por la opinión pública.

<sup>7</sup> Según N. Guillermo Molinelli, “hay mucho que aún no se sabe —al menos sistemáticamente y desde un enfoque politológico— sobre la Presidencia y los presidentes y que debería ser investigado. Para tener una idea bastaría ver algunos ejemplares del *Journal of Presidential Studies*” (*Revista Argentina de Ciencia Política*, Año II, n° 3, Eudeba, 1999, p. 205).

<sup>8</sup> ARMONY, ob. cit., p. 34.

Son comentados los días posteriores a su presentación, pero no se los ha estudiado como objeto que permita adquirir conocimiento sobre la institución en determinado tiempo histórico. En general, el análisis de contenido del nivel de actividad verbal de los presidentes no ha sido percibido como objeto que permita adquirir conocimiento sobre planes, diagnósticos e inteligencias que, desde la Presidencia, se tenga respecto a la realidad política, económica y social. Tampoco se ha considerado a los discursos como piezas retóricas que influyen fuertemente en la agenda política y sirven de puente entre el Presidente y la ciudadanía.

En contraposición, en los Estados Unidos, fiel a su tradición conductista de investigación en ciencia política, es donde la actividad verbal del Presidente ha suscitado más interés en los investigadores.

El profesor Roderick Hart, de la Universidad de Texas, es uno de los académicos que más ha prestado atención al tema y ha desarrollado estudios en la línea que aquí se propone.

Como dijo Hart: “Un presidente es, ante todo, un hablador”<sup>9</sup>, de allí que le preste atención a la actividad verbal del Presidente como objeto exteriorizador de sus decisiones e intenciones políticas.

Hart ha desarrollado un esquema metodológico de trabajo que resulta de utilidad para el aquí propuesto. En otra obra suya (*Campaign Talk*), repite el esquema con foco en las campañas electorales. No sólo los trabajos de Hart son destacables; en Estados Unidos existe una cierta y apreciable bibliografía —muy reciente— sobre la oratoria política o retórica presidencial, considerada institucionalmente o focalizada en algunos presidentes en particular.

<sup>9</sup> HART, Roderick P., *Verbal Style and the Presidency: A Computer-Based Analysis*, Academic Press, Orlando, 1984.



En Alemania, en la Universidad Johannes Gutenberg, de Maguncia, Christine Gerber desarrolló una investigación “Sobre el concepto de opinión pública en Rousseau”, mediante un análisis de contenido de seis obras del filósofo francés: *Julia o la nueva Eloisa*; *El contrato social*; *Emilio*; *Las confesiones*, y *Cartas a D’Alembert*, procurando detectar la cantidad de veces en las que Rousseau hacía referencia al concepto y en qué contexto para desentrañar el verdadero sentido que le daba a la categoría.

De estos antecedentes extranjeros de investigaciones sistemáticas basadas en análisis de contenido, ninguno se ocupa específicamente del material que se propone en este trabajo.

Entre los antecedentes puede mencionarse un trabajo de Susana Bonetto, que ha analizado las mismas piezas discursivas con las que se ha trabajado en esta investigación, pero restringiendo el campo de estudio a la evolución semántica del lexema *democracia*<sup>10</sup>, y el artículo de Víctor Armony, que ha comparado los discursos de asunción presidencial en distintos países de Latinoamérica como piezas pertinentes a efectos del estudio de la construcción de las significaciones políticas que conllevan dichas verbalizaciones presidenciales.

Si bien la preocupación teórica por los ejercicios discursivos de significación y construcción simbólica de la realidad política no resulta absolutamente novedosa, se han producido escasos trabajos que generen unidades analíticas operacionales, a efectos de estudios comparados rigurosos y diversificados del vocabulario político presidencial.

La solidez de los estudios comparados se sustenta en la cantidad de datos capturados, las diversas mediciones y desagregaciones efectuadas y la aplicación del método, tanto in-

<sup>10</sup> BONETTO, Susana, *La construcción de la democracia en los discursos presidenciales. Argentina (1983-1999)*, Segundas Jornadas Nacionales de Derecho Político, Universidad Nacional de La Plata, 2005 (mimeo).

terna como externamente respecto del objeto de estudio. Así se obtienen juicios objetivos relativos a los parámetros comparables.

Las conclusiones así obtenidas, por aplicación del método comparatista, resultan más útiles y plausibles cuando presentan ciertas características:

- a) recolección de cantidad de datos suficientes;
- b) secuencia temporal extendida en la toma de datos que permita relevamientos por períodos históricos (comparación diacrónica);
- c) búsqueda y detección de parámetros similares para investigaciones de un mismo objeto de estudio en sistemas políticos diversos (control interno y externo del objeto de estudio).

Como se observa, la metodología ha sido utilizada como variable o manera explicativa idónea para el estudio de instituciones o comportamiento de actores político-sociales. Este proyecto cuenta con el material para el análisis completado con las lecturas pertinentes para la debida contextualización de la base de datos generada. Ello permite la construcción de series estadísticas empírico-cuantitativas con análisis agregado.

#### **4. Objetivos e hipótesis de la investigación**

El proyecto pretende realizar articulaciones y análisis politológicos y de sociología política, especialmente sustentados en la verificación empírica de los dichos y hechos producidos en cada Presidencia, tomando como universo de extracción de datos los discursos presidenciales de apertura de las sesiones anuales ordinarias de la Asamblea Legislativa.

A tal fin deberán tener en cuenta, con el auxilio de otras disciplinas, los análisis lingüísticos en general y la semiolo-

gía en particular, para que el análisis de los discursos se enriquezca y permita la articulación de hipótesis y patrones que, a su vez, devenguen en articulaciones teóricas sobre la institución presidencial y su desempeño en el período estudiado.

En principio se trata de un estudio descriptivo, exploratorio, cuantitativo, al que se le añadirá el análisis agregado de las estadísticas, datos y corroboraciones.

El objetivo es abordar el estudio de la institución presidencial desde una perspectiva politológica y sociológica: el análisis de contenido, lingüístico y semiológico de la actividad verbal de la Presidencia.

Para ello será relevante el análisis de datos textuales (vertiente cuantitativa), en tanto,

el análisis de las frecuencias léxicas constituye una puerta de acceso a la producción de significaciones, pues permite observar regularidades, desvíos y correlaciones en la manera en que las palabras y los enunciados se distribuyen en el flujo discursivo<sup>11</sup>;

y luego el estudio de las significaciones políticas (vertiente cualitativa), pues,

las palabras (y las asociaciones de palabras) recurrentes son las huellas de una fijación parcial de la significación social y cumplen, por ello, un papel clave en la reproducción del orden social<sup>12</sup>.

Los discursos son una contundente *exteriorización* de la voluntad política del Presidente en ejercicio y de su visión y construcción simbólica de la realidad. Por ello, su análisis constituye una variante muy útil y de sumo interés para

<sup>11</sup> FOUCAULT, Michel, *L'archéologie du savoir*, citado por ARMONY, ob. cit., p. 33.

<sup>12</sup> ARMONY, ob. cit., p. 38.

enriquecer el conocimiento que se tiene de la institución mediante la investigación de un acto manifiesto de exteriorización de su voluntad e inteligencia del contexto político-económico-social en el que desarrolla su actividad.

Además, la metodología de la investigación permite verificar los ejes de legitimidad sobre los que ha girado la política del país en el período que abarca el proyecto.

Durante el siglo xx y en lo que va del actual, la Argentina se enfrentó a ejes de legitimidad política contradictorios y aun excluyentes, a saber: república/dictadura; elitismo/participacionismo; movimientismo/pluralismo; ciudadanía/corporativismo; Estado intervencionista/Estado liberal, y otros más.

La investigación pretende observar si en los discursos se observa la superación de dichos ejes contradictorios y/o la aparición de nuevos, por ejemplo: Estado nacional/Estado supranacional; soberanía nacional/soberanía compartida; exclusión social/inclusión social; centralización política/descentralización política; concentración económica/desconcentración económica; etcétera.

La metodología que se utilizará para procesar los datos obtenidos a través del análisis de los discursos permitirá identificar los ejes de legitimidad planteados en ellos y efectuar diversos entrecruzamientos y articulaciones teóricas.

En este proyecto, las hipótesis centrales o iniciales pueden luego verse complementadas por otras diversas que surjan a medida que se avanza en la construcción de la base de datos, y en los análisis de los distintos niveles que se plantean en la metodología de trabajo.

La consecuencia esperada es que se obtendrá un estudio sistemático del desempeño de la institución presidencial en el período investigado.

Aun así, la hipótesis básica y central es explorar y describir el contenido de los discursos presidenciales de apertura de las sesiones anuales ordinarias de la Asamblea Legislativa para medir y verificar qué influencias recibe

—demandas sociales, el contexto sociopolítico local y mundial, la inteligencia y visión de éste por parte del Presidente y su voluntad política— y su incidencia en la construcción simbólica de la realidad y en la determinación de la agenda del sistema político.

## **5. Metodología de la investigación**

### **5.1. *Presupuestos teóricos***

En primer término, se ha desarrollado un capítulo breve de sustentabilidad epistemológica sobre los análisis de contenido con aportes lingüísticos, semiológicos y comunicacionales para fijar sus alcances y posibilidades explicativas vinculadas a este trabajo y también sus limitaciones.

Se estableció un marco conceptual con relación a la cuestión de los ejes de legitimidad contradictorios observables en el siglo xx en el país y los nuevos escenarios de conflicto en legitimidad política.

El material extranjero, en especial procedente de EE.UU., es específico sobre investigaciones análogas a la de este proyecto o referido a estudios sobre política retórica y oratoria presidencial.

### **5.2. *Recolección y análisis de los datos***

Los datos que servirán para la investigación se han obtenido de los discursos pronunciados en ocasión de la apertura de las sesiones ordinarias de la Asamblea Legislativa por el Presidente en ejercicio.

Se han estudiado los discursos del período 1983 a 2007, que abarcan la Presidencia de Alfonsín; las dos Presidencias de Menem; la presidencia de De la Rúa; la presidencia interina de Duhalde y la Presidencia de Kirchner, completando así toda la etapa desde la restauración democrática.

La recolección presentará dos fases, una cuantitativa y otra cualitativa. La fase de recolección cuantitativa remite a identificar conceptos teóricos salientes y relevantes para un estudio politológico (p. ej., democracia, partidos políticos) y sociológico (globalización, desocupación, exclusión social, etc.), e inventariar la cantidad de veces que se los repite.

### **5.3. *Tablas y gráficos demostrativos***

En la Tabla N° 1, que reproducimos adaptada, se puede observar el modelo demostrativo de la captura de las frecuencias léxicas. Dado que se han inventariado las frecuencias de 249 conceptos, sólo se reproduce aquí, por obvias razones de espacio de este artículo, una tabla adaptada de 20 palabras (véase en la página siguiente).

Es importante aclarar las características técnico-lingüísticas de la captura de palabras y los criterios utilizados.

Durante la búsqueda en los discursos, de las palabras<sup>13</sup> que conformaban un listado provisional inicial, se comprobó que existían muchas palabras no contempladas originalmente que se repetían y que compartían la raíz con aquellas que se buscaban. Esto condujo a tomar la decisión de ampliar el listado inicial de palabras e incluir muchos de los nuevos términos que iban apareciendo.

En las distintas tablas que se han ido conformando merced a la base de datos, no todas las palabras se presentan de forma autónoma, es decir, no todas aparecen distribuidas individualmente, a razón de una por campo. En varios casos, ellas aparecen agrupadas.

Es importante aclarar que, la variable “palabra”, refiere tanto a significantes simples como compuestos. Con los primeros nos referimos a palabras individuales, como “bu-

<sup>13</sup> *Palabra* es la mínima unidad de significado.

Tabla N° 1: Frecuencias Léxicas

PALABRA / AÑO	1983	1984	1985	1986	1987	1988	1988.a	1989.b	1990	1991	1992	1993	1994	1995
calidad institucional	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
cambio	3	2	10	10	14	8	6	4	9	3	3	2	3	0
CONSENSO/s	0	0	1	1	9	4	2	0	0	1	1	1	0	1
CONSTITUCION/al	15	12	18	11	9	9	17	0	1	1	2	0	11	7
CONSUMIDOR/es	0	1	4	0	1	0	0	0	0	1	1	1	0	1
crisis	5	11	6	14	18	6	22	13	6	2	0	0	1	7
CULTURA/I	4	13	11	15	22	4	12	2	6	3	1	0	4	4
default	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
INDUSTRIA/I	0	20	10	22	5	12	0	0	0	0	1	2	2	2
(hiper) INFLACION	1	8	5	1	0	6	2	3	8	1	1	2	1	6
(in) JUSTICIA (total)	16	19	11	7	6	15	3	12	7	9	16	5	12	10
ECONOMI/a/ca/co	8	43	36	35	32	30	18	13	35	14	8	11	25	17
Estado	29	9	8	16	9	35	8	9	20	6	7	7	9	12
GOBIERNO/s	34	47	47	22	10	28	33	29	27	17	7	8	14	8
PROVINCIA/s//es	4	38	4	6	5	3	3	2	3	3	4	5	17	4
pueblo	39	17	24	18	39	11	4	31	22	8	4	3	18	19
REPUBLICA/no	10	18	7	5	2	1	0	3	3	7	22	1	3	1
(in)SEGURIDAD	8	4	3	2	0	2	1	0	1	1	4	2	2	4
(total)														
sociedad	10	12	10	18	83	18	10	3	4	6	3	1	3	1
trabajo (total)	1	8	36	8	5	5	1	8	11	9	8	10	19	2

1989.a: Alfonsín - 1989.b: Menem

Tabla N° 1: Frecuencias Léxicas

PALABRA / AÑO	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003.a	2003.b	2004	2005	2006	2007
calidad institucional	0	0	0	0	0	1	0	0	4	5	4	4	13
cambio	4	1	1	9	0	5	4	1	18	14	14	8	10
CONSENSO/s	1	2	3	2	5	5	2	1	2	2	1	6	4
CONSTITUCION/a/l	7	5	2	3	1	5	2	1	9	5	6	3	9
CONSUMIDOR/es	1	0	1	0	1	0	0	0	1	4	1	3	0
crisis	1	2	4	16	4	2	18	6	5	3	8	15	16
CULTURA/l	2	0	2	3	1	10	7	5	5	7	4	19	16
default	0	0	0	0	0	0	0	0	2	6	2	0	0
INDUSTRIA/l	1	0	2	3	1	3	5	10	2	4	6	12	20
(hiper) INFLACION	1	1	1	2	0	0	1	1	1	1	2	3	10
(in) JUSTICIA (total)	4	9	9	5	8	7	12	4	6	5	12	21	22
ECONOMI/a/ca/co	9	12	15	21	7	26	14	15	27	28	22	62	44
Estado	16	14	3	6	28	20	6	6	22	13	26	30	22
GOBIERNO/s	7	10	13	6	10	33	17	9	12	18	19	29	37
PROVINCIA/s//es	0	3	6	10	4	10	4	10	3	10	24	22	21
pueblo	7	14	7	12	7	8	9	8	9	15	21	22	23
REPUBLICA/no	2	1	1	0	0	3	1	4	6	3	8	13	8
(in)SEGURIDAD (total)	2	5	13	6	5	12	0	0	8	7	16	12	8
sociedad	3	0	5	10	2	10	18	4	20	10	13	14	8
trabajo (total)	3	9	9	19	3	11	17	6	11	12	25	32	21

2003.a: Duhalde - 2003.b: Kirchner



rocracia”, y con los segundos a construcciones formadas por dos o más palabras que constituyen una unidad de significado, como “cohesión social” o “Consejo de la Magistratura”.

El criterio que se utilizó para realizar las agrupaciones, fue la pertenencia a una misma familia de palabras, rasgo identificable a partir de la concordancia entre vocablos en cuanto al lexema<sup>14</sup>, entendido como el elemento que contiene la significación de la palabra. Esta unidad mínima de correspondencia entre palabras de la misma familia, se encuentra, por lo general, destacada en mayúsculas en las tablas, aunque esto no es excluyente y hay excepciones. Aun cuando lo destacado en mayúsculas no coincida exactamente con el lexema, se verificará que esa matriz resaltada es suficiente para formar todas las palabras derivadas de la misma raíz que fueron buscadas y que son incluidas en el campo<sup>15</sup>. Por ende, en los campos no se incluye la totalidad de las palabras posibles de una familia de palabras, sino sólo las significativas para la presente investigación.

Como se dijo, la metodología de agrupación por lexemas no es unívoca y presenta otras objeciones. Hay casos en los que se incluyen en el mismo campo palabras de distinta raíz por su afinidad o por la relativa escasez de repeticiones de alguna de las palabras considerándola individualmente<sup>16</sup>. Hay otros casos en los que por distintos motivos que se aclararán más adelante, se ha separado en campos diferentes palabras

<sup>14</sup> *Lexema* es el elemento que contiene la significación de la palabra. Tradicionalmente se le ha llamado “raíz”.

<sup>15</sup> Para ejemplificar, si tomamos el campo “CONSTITUCION/al”, lo representado en mayúsculas no se corresponde con el lexema, que sería “constitu”. A partir de dicha raíz, el lexema ya no se toma como criterio de agrupamiento, viéndose reemplazado por la unidad léxica mínima que contiene a todas las palabras significativas para la investigación formables en el campo. Con ella se forma tanto la palabra “constitución”, como las otras palabras de interés.

<sup>16</sup> Por ejemplo, el campo “AGRO/pecuario/industria/importador/alimentos/alimentaria/técnicas- AGRI/cola/o/cultura-ganadería-campo”. La inclusión de “ganadería” y “campo” se debe a los dos criterios explicitados.

de la misma familia<sup>17</sup>, o inclusive la misma palabra o familia de palabras en virtud de sus múltiples acepciones<sup>18</sup>.

Los lexemas no se convierten en palabras, entendiendo a estas últimas como las unidades mínimas de significado, sino a través de morfemas, prefijos, sufijos e incrementos que las completan y las diferencian. Por morfemas entendemos aquellas letras que van pospuestas al lexema y que indican los accidentes del vocablo, como género, número, tiempo y persona. Los prefijos son elementos que preceden a las palabras, y los sufijos son elementos que posponen a las palabras y ambos les añaden significación. Incremento, por último, es la letra o las letras que van entre el lexema y el sufijo y que se añaden por eufonía, esto es, para que la pronunciación de la palabra no sea ingrata.

Como ya se ha dicho, en las tablas confeccionadas se utilizó principalmente el lexema como criterio de agrupamiento de palabras y fue generalmente destacado en mayúsculas. Las distintas combinaciones de morfemas, sufijos, prefijos e incrementos que forman palabras, se encuentran en minúsculas a continuación de los lexemas y separados por barras. Vale destacar que dichos componentes no están discriminados, sino que se presentan unidos y combinados<sup>19</sup>. Por otra parte, aquellos prefijos cuya presencia o ausencia permiten la formación de distintas palabras significativas para el análisis del discurso, fueron discriminados entre paréntesis delante de los lexemas. Por el contrario, aquellos prefijos cuya presencia resulta indispensable para la adquisición

<sup>17</sup> Es el caso de la distinción entre los campos “TRABAJADOR/es/as” y trabajo (total).

<sup>18</sup> Es el caso de la distinción entre los campos “(des) INVERS/ión/iones/or (en sentido económico)” y “(des) INVERS/ión/iones/or (en sentido social)”.

<sup>19</sup> Por ejemplo, en el campo “IMPORTA/ción/ciones/r/do/da/dor/dores/dora/doras”, los sufijos no se distinguen de los morfemas en la combinaciones “dores/dora/doras”, que forman las palabras “importadores”, “importadora”, “importadoras”.

de significado de la palabra buscada (siempre en términos de lo que es significativo para la presente investigación), no fueron diferenciados de los demás componentes de las palabras<sup>20</sup>.

Por último, es menester aclarar que en ciertos campos se combinan significantes compuestos con palabras de la misma familia, lo que por su compleja representación gráfica puede generar confusiones. Estos casos se dan cuando palabras de una misma familia se ven implicadas por otras (en las que ya no coinciden) con las que forman un significante compuesto. Generalmente, se han separado a través de un guión dentro del marco del mismo campo, las palabras de misma familia que difieren al transformarse en significantes compuestos<sup>21</sup>.

En la Tabla N° 2 se agrupan los campos semánticos de palabras. Se reproduce una tabla también reducida por las limitaciones de espacio ya mencionadas y siendo que se han conformado alrededor de 30 campos semánticos distintos.

Un campo semántico es el conjunto de relaciones de asociación, oposición y equivalencias que un término establece

<sup>20</sup> Por ejemplo, en el campo “(des) (sobre) BUOCRA/cia/cias/tico/ticos/tica/ticas/tismo/tizar/tización/tizado”, los prefijos “des” y “sobre” son discriminados puesto que tanto con ellos como sin ellos se pueden formar palabras significativas, tales como “desburocratizar”, “sobreburocratización” o “burocracia”, “burocratizar”. Por el contrario, en el campo “BILATERAL/es” no se ha hecho ninguna distinción del prefijo “bi”, puesto que la palabras “lateral” o “laterales” no presentan ningún significado que interese.

<sup>21</sup> Es el caso del campo “(Organización Mundial de) COMERCIO bilateral/multilateral/internacional/exterior/mundial - COMERCIO/o/al/ales/alización (en referencia al comercio internacional)”. Esta disposición implica que se buscó y agrupó en este campo tanto los significantes compuestos “Organización Mundial de Comercio”, “comercio bilateral”, “comercio multilateral”, “comercio internacional”, “comercio exterior” y “comercio mundial”, como los significantes simples “comercio”, “comercial”, “comerciales” y “comercialización”, siempre que estuvieran en referencia a la acepción definida.

con otros en un conjunto de empleos dados. Cada lengua tiene su propia manera de parcelar la realidad, es decir, considerar qué objetos comparten rasgos semánticos y cuáles deben ser considerados ámbitos diferentes. Y por tanto, cada lengua elige unos rasgos relevantes y desecha otros. En gran medida, la estructuración de los campos semánticos y los rasgos más relevantes dependen de factores extralingüísticos y tienen que ver, frecuentemente, con aspectos históricos o culturales contingentes.

Un ejemplo de esta arbitrariedad se encuentra por ejemplo en la serie de palabras *selva-bosque-madera-leña* del español, que no coincide ni con la distinción *bois-fôret*, del francés, ni con la distinción *forest-wood*, del inglés<sup>22</sup>.

A su vez se ha desarrollado una concepción política de los campos semánticos que refiere a la construcción de palabras ideologizadas (ideoléxicos), expresiones o ideas que procuran imponerse como paradigmas sociales en la narración de la historia y del presente<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Para la definición de “campo semántico” he seguido a [[http://es.wikipedia.org/wiki/Campo\\_sem](http://es.wikipedia.org/wiki/Campo_sem)].

<sup>23</sup> MAJFUD, Jorge, *La narración de lo invisible: los significados ideológicos de América Latina*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2007. Esta valoración paradigmática se logra asociando un “ideoléxico inestable” que se encuentra en disputa con otro “ideoléxico de referencia”, confirmado por una tradición, el cual no se discute. Por ejemplo, en Estados Unidos, cuando el valor de la integración racial se encontraba en disputa en el discurso social de los años '50 y '60, varios grupos de blancos sureños desfilaron por las calles portando carteles que declaraban: *Race mixing is communism* (“Integración racial es comunismo”). El mismo cartel en Polonia hubiese sido una declaración a favor de la integración racial, pero en tiempos de McCarthy significaba todo lo contrario: la palabra *comunismo* se encontraba consolidada como ideoléxico negativo o disvalioso. No se disputaba su significado.

**Tabla N° 2: Campos Semánticos**

*Aclaraciones:* \* En subrayado las palabras principales de los subcampos. Entre paréntesis, los derivados. Todas las palabras, tanto las principales como las derivadas, fueron buscadas y contabilizadas.

\* Entre paréntesis y en cursiva las aclaraciones con respecto a las acepciones de las palabras.

- 1) Religión
  - a) Altísimo - Santo Padre - Su Santidad
  - b) Dios
  - c) Iglesia
- 2) Sector Agropecuario
  - a) agro (agropecuario, agroindustria, agro importador, agroalimentos, agroalimentaria, agrotécnicas) - agrícola (agrícola, agrícola-ganadero, agricultura) - ganadería - campo
  - b) retenciones
- 3) Trabajo / laboral
  - a) capacitación (capacitar, capacitaremos, capacitando, capacitará) - calificación (calificación profesional, calificación ocupacional) - formación (formación profesional, formación ocupacional) - profesionalización - entrenamiento (reentrenamiento)
  - b) desocupación (desocupados, desocupadas) - desempleo (desempleados, desempleadas) - subempleados (subempleadas) - subocupados (subocupadas)
  - c) empleo
  - d) precarización - flexibilización (*laboral*)
  - e) relación laboral (relaciones laborales) - sistema laboral - mercado laboral - inserción laboral - salida laboral
  - f) salario (salarios)

- g) trabajador (trabajadores, trabajadoras)
  - h) trabajo (*total*)
- 4) Organización política del territorio
- a) centralización (descentralización, centralizar, descentralizar, centralizamos, descentralizamos, centralizado, descentralizado, centralizada, descentralizada, centralismo)
  - b) coparticipación federal
  - c) federalismo
  - d) provincias (provincial, provinciales)
- 5) Participación / representación
- a) corporaciones (corporativo, corporativos, corporativismo)
  - b) iniciativa popular (iniciativas populares) - consulta popular (consultas populares) - plebiscito - referéndum - revocatoria
  - c) movilización
  - d) movimiento obrero
  - e) organizaciones no gubernamentales
  - f) participación (participativo, participativa)
  - g) partidos políticos
  - h) representación (representante, representantes, representativo, representativa, representatividad, representado, representados, representar, representan)
  - i) sindicatos (sindicato, sindical, sindicalistas) - gremios (gremio, gremial, gremiales, gremialistas)
- 6) Sujetos colectivos sociales
- a) ciudadanos (ciudadano, ciudadanas, ciudadana, ciudadanía)
  - b) consumidor (consumidores)
  - c) opinión pública - opinión popular
  - d) pueblo
  - e) usuario (usuarios)

- 7) Estratificación social
- a) inclusión
  - b) pobreza (pobre, pobres, empobrecimiento) - carenciados (carenciado, carenciadas, carenciada) - exclusión (excluidos, excluido, excluidas, excluidas, exclusiones, excluir, excluye, excluya) - indigencia (indigente, indigentes) - desamparados (desamparado, desamparada, desamparadas) - marginación (marginalidad, marginal, marginados, marginado, marginadas, marginada) (*total*)
  - c) minoría - élite (elitismo, elitista) - oligarquía (oligárquico, oligárquica)
  - d) pauperización
- 8) Deuda externa
- a) acreedores (acreedor)
  - b) blindaje
  - c) default
  - d) deuda (endeudamiento) (*deuda externa*)
  - e) FMI
- 9) Integración / globalización / relaciones internacionales / política exterior / comercio exterior
- a) ALCA (Acuerdo de Libre Comercio de las Américas, Acuerdo de Libre Comercio del hemisferio)
  - b) América Latina
  - c) Brasil
  - d) bilateral (bilaterales)
  - e) continentalismo (continental)
  - f) comercio (Organización Mundial de Comercio, comercio bilateral, comercio multilateral, comercio internacional, comercio exterior, comercio mundial, comercial, comerciales, comercialización) (*en referencia al comercio internacional*)
  - g) globalización

- h) integración
  - i) MERCOSUR
  - j) multilateral (multilaterales, multilateralidad, multilateralismo)
  - k) Naciones Unidas
  - l) NAFTA
  - m) organismos multilaterales
  - n) región (regionalismo, regional, subregional, regionales, subregionales, regionalmente, regionalización)
  - o) Unión Europea (Comunidad Económica Europea)
- 10) FFAA / Militar
- a) cascos blancos - cascos azules
  - b) dictadura - autoritarismo (autoritario, autoritaria, autoritariamente)
  - c) fuerzas armadas
  - d) militar (militares)
  - e) paz (*en sentido militar, bélico, exterior*)
- 11) Corrupción
- a) clientelismo
  - b) corrupción (corrupto, corruptos)
  - c) evasión (antievación)
  - d) investigación (investigar) (*en relación a la corrupción, la evasión, el narcotráfico el terrorismo, el terrorismo de Estado, etc.*)
  - e) Narcotráfico - droga (drogas, drogadicción) - contrabando
  - f) lavado de dinero - activos financieros provenientes del crimen organizado - activos financieros provenientes de ilícitos
  - g) transparencia (transparente)
- 12) Democracia / Gobierno / instituciones
- a) calidad institucional
  - b) concertación
  - c) consenso (consensos)
  - d) Constitución (constitucional)



- e) democracia (democrático, democráticos, antide-mocrático, antidemocráticos, democrática, demo-cráticas, antidemocrática, antidemocráticas, de-mocratizar, democratización)
  - f) diálogo
  - g) división de poderes - separación de poderes - in-dependencia de poderes - independiente (inde-pendencia) (*en relación a poderes*)
  - h) elecciones (elección, electoral, electoralista)
  - i) estabilidad (inestabilidad, estabilización) (*acep-ción política*)
  - j) gobierno (gobiernos)
  - k) instituciones (institucional, institucionalidad, institucionalismo, institucionalización, institucio-nalizadora)
  - l) pluralismo (pluralista)
  - m) República (republicano)
  - n) sufragio - voto
- 13) Política económica
- a) competitividad (competitivo, competitivos, com-petitiva, competitivas)
  - b) convertibilidad
  - c) crecimiento (acepción económica)
  - d) desarrollo (subdesarrollo, hipersubdesarrollo) (*en sentido económico*)
  - e) economía popular de mercado
  - f) eficiencia (ineficiencia) - eficiente (eficientes, ineficiente, ineficientes, eficientemente, inefi-cientemente) - eficacia (ineficacia, eficaz, inefi-caz, eficaces, ineficaces, eficazmente, ineficaz-mente)
  - g) estabilidad (inestabilidad, estabilización) (*acep-ción económica*)
  - h) inflación (hiperinflación)
  - i) reactivación
  - j) recesión

14) Poder Judicial

- a) Consejo de la Magistratura
- b) Corte Suprema
- c) Justicia (*como Poder Judicial y sus instituciones*)
- d) Poder judicial - reforma judicial

15) Estado / Política

- a) administración pública
- b) burocracia (burocracias, burocrático, burocráticos, burocrática, burocráticas, burocratismo, burocratizar, desburocratizar, burocratización, desburocratización, sobreburocratización, burocratizado, desburocratizado, sobreburocratizado)
- c) déficit fiscal
- d) derechos humanos
- e) empresas del Estado (empresas públicas, empresas estatales, empresa, empresas, empresario, empresaria, empresarial) (*siempre en referencia a empresas del Estado*)
- f) equilibrio fiscal (desequilibrio fiscal)
- g) gasto público
- h) obras públicas (obra pública)
- i) política (políticas, político, políticos) (*total*)
- j) política de Estado (políticas de Estado)
- k) privatizaciones (privatización)
- l) reforma del Estado (reforma del aparato estatal)
- m) solvencia fiscal
- n) subsidio (subsidios)
- o) tributario - impositivo (impuesto, impuestos)

16) Ecología / Medio ambiente

- a) agua
- b) ecología (ecológico, ecológica)
- c) medio ambiente

17) Comunicación

- a) agenda

- b) (tele) COMUNICACION/es - medios de comunicación/difusión - información - radiodifusión
- c) comunicación (medios de comunicación, comunicaciones, telecomunicación, telecomunicaciones) - medios de difusión - información - radiodifusión
- d) libertad de prensa - libertad de expresión - libertad de opinión - libertad de comentario

En el Gráfico 1 se muestra cómo, a partir de la generación de la base de datos, se puede observar la evolución nominal de la cantidad de repeticiones de la palabra. Hay que tener en consideración que, a fin de un reflejo certero de la densidad de las repeticiones y frecuencias léxicas, se ha obtenido un coeficiente de repetición, construido en relación a con la cantidad nominal de repeticiones y la extensión, considerando la cantidad de palabras enunciadas, de cada discurso. Ello se observa en el Gráfico 2, que permite analizar entonces las diferencias entre una y otra medición. Ambos modos de medición resultan de interés a efectos del análisis cualitativo.

Gráfico 1

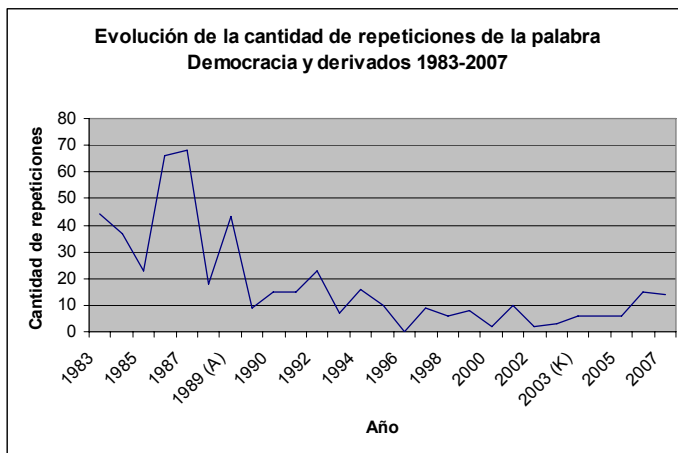
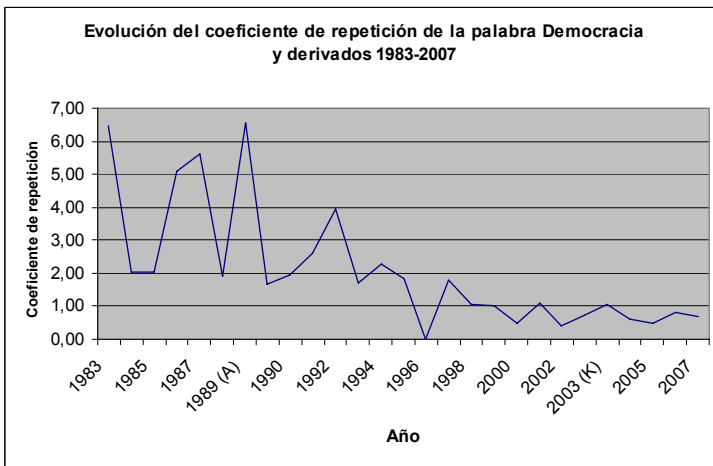


Gráfico 2



En los gráficos 3 y 4 se muestran, respectivamente, nominal y considerando el coeficiente ya mencionado *supra*, la evolución de las repeticiones por campos semánticos lo que permite un enriquecimiento de los datos para el análisis posterior.

Gráfico 3

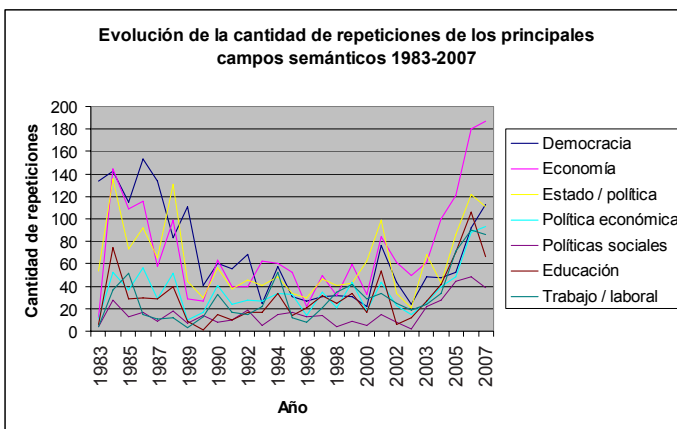
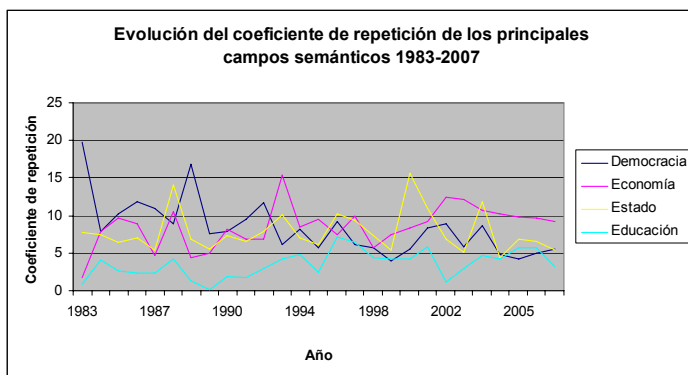
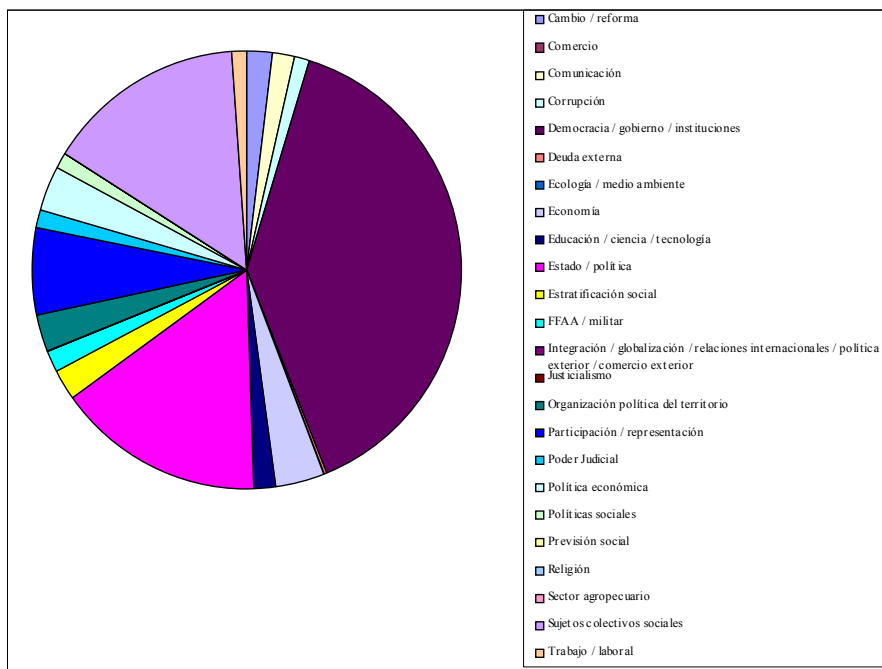


Gráfico 4



En el Gráfico 5 se muestran las posibilidades de analizar el contenido de los discursos por ocupación del espacio,

Gráfico 5: Distribución de campos semánticos por discurso



considerando campos semánticos. Ello afina el análisis tornándolo cualitativo, al permitir visualizar los campos en torno a los cuales se construye la realidad simbólica del discurso.

La fase cualitativa se ocupará de contextualizar las palabras y definir las, fijarle su alcance y contenido conceptual buscando tal definición en el propio texto del discurso analizado.

Los datos recolectados y clasificados serán desagregados por discurso pronunciado y por período presidencial.

Así se contará con una base de datos de, *i*) cantidad de veces en que ha sido utilizado un concepto, desagregado por discurso y por presidente (fase cuantitativa) y *ii*) conceptualización y definición de los términos capturados e identificados como relevantes, mediante el contexto del discurso y el propio contenido acordado en él por el emisor (fase cualitativa).

El inventario servirá de punto de partida de un proceso investigativo sofisticado<sup>24</sup>, en tanto la repetición de palabras remite no a cualquier unidad léxica, sino a aquellas con relevancia conceptual y teórica desde una perspectiva jurídica, politológica y sociológica.

Luego, la fase cuantitativa permitirá, a través de la detección de repeticiones léxicas sintomáticas, acceder a un modo objetivo de detección de ejes discursivos centrales de legitimidad.

Es que la repetición es un aspecto central en la dinámica de la significación política. Los llamados “significantes vacíos” poseen una enorme fuerza simbólica, pues su representación implica un trabajo de relleno significativo. Esto implica, precisamente, que el significado de ciertas palabras, por ejemplo, democracia<sup>25</sup>, pueblo o justicia, es, por definición, ambiguo y equívoco.

<sup>24</sup> LEBART, L.; PIRON, M., y STEINER, J. F., *La sémiométrie*, Dunod, París, 2003, citado por ARMONY, ob. cit., p. 38.

<sup>25</sup> Para un análisis de las “relaciones semióticas tortuosas” que genera el uso del término democracia en la actividad política, puede verse, BERCHOLC,

Cada emisor político busca redefinir estos términos con el fin de poder crear una equivalencia entre su identidad y el significante en cuestión.<sup>26</sup>

#### 5.4. *Niveles de análisis y cuadros comparativos*

La base de datos, en sus dos fases, será la base empírica-cuantitativa para realizar análisis comparativos y cuadros estadísticos en seis niveles preestablecidos, a saber:

*Nivel 1:* Comparación entre discursos correspondientes a cada año dentro de un mismo período presidencial (p. ej. comparar el discurso de Alfonsín de 1983 con el de 1984).

Este nivel de análisis permitirá observar cambios en los ejes de legitimidad política entre un año y otro y los cambios en la visión y construcción simbólica de la realidad que tiene la Presidencia respectiva.

*Nivel 2:* Comparación por períodos presidenciales (por ejemplo entre la Presidencia de Alfonsín y el primer turno de Menem).

Así se observarán los mismos cambios referidos en el párrafo anterior, pero desagregados por Presidencia.

*Nivel 3:* En este nivel, previamente se establecerá un marco histórico-contextual, que permita medir dicha influencia en los contenidos de los discursos, para luego tratar de establecer una comparación entre lo que se exterioriza en los discursos por la influencia del marco y aquello que resulta ser estrategia “no coyuntural” (lo que hoy se denomina, “políticas de Estado”).

---

Jorge O., *El sistema político e institucional en la Argentina*, Cap. 3, “Niveles de legitimación y expansión de la democracia en la Argentina”, Lajouane, Buenos Aires, 2006.

<sup>26</sup> ARMONY, ob. cit., p. 42.

*Nivel 4:* En este nivel se medirá el grado de recepción de las demandas sociales en los discursos y su comparación con el grado de recepción de sucesos generados en el contexto geopolítico mundial.

*Nivel 5:* Cuadros comparativos entre los anuncios de políticas a ejecutar y su grado de realización efectiva al final de cada período.

*Nivel 6:* Esquema comparativo entre los ejes de legitimidad contradictorios salientes hasta 1983, y los que surgen a partir de 1983 obtenidos en los discursos analizados.

Los diferentes niveles de análisis presentados en articulación con la base de datos recolectada permitirán un estudio sistemático con base empírica sobre el desempeño de la institución presidencial en el período investigado.

La metodología de trabajo y el objeto estudiado permite, además, replicar la tarea hacia atrás una vez observada la experiencia del trabajo para el período 1983-2007.

### **5.5. Medios a utilizar**

Se utilizarán los discursos presidenciales, que se han obtenido en la Biblioteca del Congreso Nacional.

Se consultarán los diarios de la época para determinar un marco histórico (nivel 3) de demandas sociales y contexto de sucesos internacionales (nivel 4) y de comparación entre enunciados y realizaciones (nivel 5). En la consulta de diarios se analizarán las publicaciones y se medirán las apariciones de los temas, frecuencia, encuestas de opinión que se hayan publicado, y todo otro indicio útil para la determinación de los parámetros correspondientes a cada nivel de análisis.



## 6. Bibliografía

- ARMONY, Víctor, “Aportes teórico-metodológicos para el estudio de la producción social de sentido a través del análisis del discurso presidencial”, *Revista Argentina de Sociología*, Año 3, n° 4, (2005), ps. 32-54,
- BERCHOLC, Jorge O., *El sistema político e institucional en la Argentina*, Cap. 3, “Niveles de legitimación y expansión de la democracia en la Argentina”, Lajouane, Buenos Aires, 2006.
- BONETTO, Susana, *La construcción de la democracia en los discursos presidenciales. Argentina (1983-1999)* (mimeo), Segundas Jornadas Nacionales de Derecho Político, Universidad Nacional de La Plata, 2005.
- DIJK TEUN, A. van, *Text and Context: Explorations in the Semantics and Pragmatics of Discourse*, Longman, Londres, 1992.
- ECO, Humberto, *Tratado de semiótica general*, 5ª ed., Lumen, Barcelona, 1995.
- FOUCAULT, Michel, *L'archéologie du savoir*, Gallimard, París, 1969.
- GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2005.
- GERBER, Christine (Universidad Johannes Gutenberg de Maguncia), *Der Begriff der öffentlichen Meinung im Werk Rousseaus (Sobre el concepto de opinión pública en Rousseau)*, 1975, tesina de Licenciatura.
- HART, Roderick P., *Verbal Style and the Presidency: A Computer-Based Analysis*, Academic Press Orlando, 1984.
- *Campaign Talk*, Princeton University Press, abr. 2002.
- LEBART, L.; PIRON, M., y STEINER, J. F. (2003), *La sémiométrie*, Dunod, París, 2003.
- MAJFUD, Jorge, *La narración de lo invisible: los significados ideológicos de América Latina*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2007.

MATTELART, Armand, *Historia de las teorías de la comunicación*, Paidós, Barcelona, 1997.

MOLINELLI, N. Guillermo, *Revista Argentina de Ciencia Política*, Año II, n° 3, Eudeba, 1999.

PIÑUEL RAIGADA, José L., *Epistemología, metodología y técnicas del análisis de contenido*, Universidad Complutense de Madrid, en [<http://web.jet.es/pinuel.raigada/A.Contenido.pdf>].