

# Revista Electrónica

---

Año VI – N° 9 - 2012

---



Universidad de Buenos Aires  
Facultad de Derecho

# Revista Electrónica

Instituto de Investigaciones Jurídicas y  
Sociales "Ambrosio L. Gioja"

Año VI – N° 9 - 2012

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB) – 1er. Piso  
Horario de Atención: Lunes a Viernes de 9 a 20 horas.  
Teléfono: 054 –1-4-809-5629/32  
URL: [www.derecho.uba.ar/revistagioja](http://www.derecho.uba.ar/revistagioja)  
e-Mail: [revistagioja@derecho.uba.ar](mailto:revistagioja@derecho.uba.ar)



Universidad de Buenos Aires  
Facultad de Derecho

## **EDITOR RESPONSABLE**

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"  
(Av. Figueroa Alcorta 2263, primer piso, C1425CKB, Buenos Aires, Argentina)

## **DIRECTOR Y EDITOR RESPONSABLE**

Carlos María Cárcova

## **COMISIÓN DE REDACCIÓN**

Martín Aldao  
Lucas Arrimada  
Mauro Benente  
Agustín Cárdenes  
Liliana Ronconi  
Luciana B. Scotti  
Leticia Vita

## **COMITÉ CIENTÍFICO**

David Baigún  
Oscar Casas  
Sara L. Feldstein de Cárdenas  
Cecilia P. Grosman  
Hortensia D. T. Gutiérrez Posse  
Abelardo Levaggi  
Julio Maier  
Guillermo R Moncayo  
Tulio E. Ortiz

## **ÁRBITROS**

Ignacio Gabriel Anitua  
Luis F. Castillo Argañarás  
Juan Carlos Boragina  
Nancy Cardinaux  
María Laura Clérico  
Aníbal D´Auria  
Javier Echaide  
Juan Carlos Frontera  
Angelina Guillermina Meza  
Laura Pautassi  
Mónica S. Rodríguez  
Luciane Klein Vieira

## **DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN**

Federico José Lago

# Sumario

## EDITORIAL

- CARLOS MARÍA CÁRCOVA Pag.  
5

## INVESTIGACION

- Jonathan Matías Brodsky - LA CONSTITUCIÓN EN MORA DEL DEUDOR EN EL DERECHO ARGENTINO Pag.  
7
- Alberto Castells - LA INSTITUCIÓN PRESIDENCIAL EN EL SISTEMA POLÍTICO ARGENTINO. Una plataforma de investigación Razón y Diseño 30
- Leopoldo M. A. Godio - LA PRONTA LIBERACIÓN DE BUQUES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR 61
- Yanina Guthmann - LA DECISIÓN JUDICIAL Y LO POLÍTICO. UNA MIRADA SOCIO-LEGAL 80
- Alexis Rodrigo Laborías - EL PROCEDIMIENTO DE COMUNICACIÓN ENTRE EL PODER JUDICIAL Y LAS EMBAJADAS Y CONSULADOS EXTRANJEROS 102
- Adriana Romero Sánchez - NUEVA CULTURA DEL CONTROL Y ADOLESCENTES EN COLOMBIA 131
- Anderson Vichinkeski Teixeira - DERECHOS FUNDAMENTALES, OMISIÓN INCONSTITUCIONAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA DEL ESTADO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL BRASILEÑA 153
- Thiago Penido y Jamile Bergamaschine Mata Diz - PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO E LIBERDADE DE CONTRATAÇÃO: A EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE NAS RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS EM QUE HÁ A OFERTA PÚBLICA DE BENS OU SERVIÇOS 172

## RESEÑA

- III Jornadas de Jóvenes Investigadoras/es en Derecho y Ciencias Sociales del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja Pag.  
197

## CONVOCATORIA

- CONVOCATORIA PARA EL PRÓXIMO NÚMERO DE LA REVISTA Pag.  
198

## EDITORIAL

Un número más de la *Revista Electrónica del Instituto Gioja*, es un acontecimiento que produce singular satisfacción, porque da cuenta de que se han obtenido a través del esfuerzo y de la obstinación, resultados sustentables. Las revistas de doctrina que carecen de finalidades comerciales y se organizan a partir y sobre la base de la vocación académica y del interés intelectual de sus gestores, suelen tener historia efímera. Nuestra historia ya no lo es. Nuestra continuidad, consistencia y exitosa perseverancia muestra una apertura a la diversidad y el pluralismo: atiende arduas cuestiones del derecho privado como la libertad de contratación en relación con la oferta pública de bienes y servicios; la constitución en mora del deudor o la responsabilidad objetiva del Estado. Pero atiende también al derecho público en diferentes esferas, vg. nuevas culturas de control y adolescencia; decisión judicial y ámbito político; conminación judicial con la representación diplomática extranjera. Se ocupa del derecho político y constitucional en relación con la institución presidencial; de las relaciones entre la decisión judicial y la esfera política y del derecho internacional público en el análisis de las funciones y competencias del Tribunal Internacional del Mar.

Los aportes divulgados reconocen la autoría de colegas de nuestro país y también de Brasil y de Colombia. La variedad alcanzada es, pues, temática, conceptual y territorial. Vale la pena señalarlo, para recordarlo. Para insistir en la tarea de divulgar todas las voces y respetar todas las opiniones. Sobre todo aquellas con las que no concordamos. Porque lo que la *Revista Electrónica* procura es que el material que contiene responda a parámetros de los autores, cuyas colaboraciones son siempre homologadas, en el plano intelectual, por la tarea de los árbitros, a quienes debemos reconocimiento por su desinteresada colaboración.

Hasta la próxima.

**Carlos M. Cárcova**

Director



# INVESTIGACIONES

# **LA CONSTITUCIÓN EN MORA DEL DEUDOR EN EL DERECHO ARGENTINO**

**Por Jonathan Matías Brodsky**

## **RESUMEN**

La mora es una institución jurídica fundamental del Derecho de la responsabilidad civil. La regulación de la constitución en mora, requisito para que ésta se configure, sufrió una modificación radical en 1968 a través de la reforma del Código Civil por la ley 17.711. En este trabajo, se propone el análisis del art. 509 del Código Civil que aborda la materia, tanto en su técnica legislativa como en las soluciones que establece para los distintos tipos de obligaciones. Aunque el tema ha sido profusamente discutido –y hace muchos años–, un nuevo debate resulta plausible en la antesala de una posible reforma integral del cuerpo de Derecho Civil argentino –cuya regulación de la constitución en mora es también examinada–.

## **PALABRAS CLAVE**

Mora del deudor – Responsabilidad civil – Obligaciones

# THE DEBTOR PAYMENT DEFAULT IN THE ARGENTINEAN LAW

By Jonathan Matías Brodsky

## SUMMARY

Payment default is a key concept in tort law. In 1968, the 17.711 Act, which amended the Civil Code, involved a major change in how debtors fall in payment default. In this paper, we intend to analyze the Section 509 of the Civil Code that deals with the subject: its writing as much as the solutions it establishes for different sorts of debtor-creditor relationships. Although the topic has been very much discussed – and long ago, a new discussion seems plausible facing a possible replacement of the whole Argentinean Civil Code. The regulation of the matter in the bill is also examined.

## KEY WORDS

Debtor payment default – Tort law – Debtor-creditor relationship

# LA CONSTITUCIÓN EN MORA DEL DEUDOR EN EL DERECHO ARGENTINO

Por Jonathan Matías Brodsky\*

## 1. Introducción

En toda obligación, el deudor tiene el deber jurídico de realizar una o más prestaciones comprometidas (que pueden ser de dar, hacer o no hacer) en forma íntegra, idéntica, localizada y temporánea, satisfaciendo así el interés del acreedor. Esta conducta se conoce, técnicamente, como *pago*,<sup>1</sup> y es el medio normal y natural de extinción de las obligaciones.

Sin embargo, puede darse el caso –y a menudo ocurre– de que el deudor no desarrolle la conducta debida de acuerdo con los parámetros indicados. Ello lo hace incurrir en *responsabilidad civil*, y da lugar a diversas consecuencias jurídicas: la principal es la potestad del acreedor de demandar coactivamente, por vía judicial, la ejecución de la prestación o la indemnización del daño que el incumplimiento le hubiera causado.

Puede suceder que, ante la falta de realización temporánea o correcta de la prestación, al acreedor le resulte inútil su posterior desarrollo exacto. Así ocurre en el ilustrativo ejemplo frecuentemente citado por los autores, en el que la orquesta contratada para musicalizar un evento no se presenta el día convenido. El *incumplimiento* es *absoluto*: al acreedor de nada le sirve la ejecución tardía de lo debido. En consecuencia, la obligación se convertirá en el resarcimiento de los daños e intereses por el deudor responsable.

Empero, bien puede acontecer que la ejecución tardía o correcta *le siga siendo útil* al acreedor (supuesto muchas veces encarnado por las obligaciones de dar). Es aquí donde surge la noción de mora – conocida desde el Derecho romano– como situación o estado de responsabilidad en la que se halla el deudor frente a su *incumplimiento relativo*.<sup>2</sup>

Dada la estrecha relación entre mora y responsabilidad, podrá advertirse de inmediato su importancia en el Derecho Civil. Cierto es que la doctrina se ha ocupado de estudiarla profusamente, en mayor medida hacia los fines de la década de los sesentas y a lo largo de los setentas; la vigencia de la ley

---

\* Bachiller Universitario en Derecho y Estudiante de Abogacía (Universidad de Buenos Aires). Ayudante alumno de Obligaciones Civiles y Comerciales (cátedra Dr. Alberto J. Bueres) y de Derecho Internacional Privado (cátedra Dra. Sara Feldstein de Cárdenas). Investigador estudiante y Becario de Inicio DeCyT (Programación 2010-2012) Investigador estudiante y becario UBACyT (Programación 2011-2014).

<sup>1</sup> Cabe destacar la diferencia con la acepción vulgar del término, que supone únicamente la entrega de una suma de dinero.

<sup>2</sup> Según Venini, “la mora es una de las formas de manifestarse, de exteriorizarse una forma de incumplimiento cuando el plan prestacional, el conjunto proyectado de ejecución de deberes y derechos que emergen de la relación obligatoria, no es efectivizado en el tiempo contractual establecido” (VENINI, 1983, 767). En el mismo sentido y

17.711, que modificó radicalmente el sistema de constitución en mora del deudor, data del 1° de julio 1968. Con el correr de los años, las opiniones doctrinarias se fueron asentando, y lo propio ocurrió con los criterios de la jurisprudencia. Al día de hoy, el tema podría parecer agotado o poco actual.

No obstante, nos proponemos realizar un nuevo análisis de la mora, a la luz del estado del arte, los principios y las normas vigentes en el Derecho Civil moderno y las nociones de justicia que defendemos. Y nos planteamos hacerlo ahora, a fines de marzo de 2012, porque nos encontramos en los albores de una posible reforma integral del Código Civil.<sup>3</sup> Vayan aquí nuestro aporte y nuestras opiniones, y el más sincero deseo de que de la sana argumentación resulte el precepto normativo más depurado y justo posible.

## 2. Los sistemas de constitución en mora

Para que la mora se configure,<sup>4</sup> amén de ser el relativo el incumplimiento,<sup>5</sup> deben estar presentes ciertos elementos: el retardo o retraso –elemento material u objetivo–, su calificación jurídica a través de un factor de atribución, y la constitución en mora (PIZARRO, 2000). De esta última se ocupa el art. 509 del Código Civil, por lo que conviene comenzar con su abordaje.

Desde antaño, en el Derecho comparado han existido dos grandes sistemas de constitución en mora: uno opera por el mero transcurso del tiempo, y el otro a través de un requerimiento (“interpelación”) por parte del acreedor. Describiremos ambos regímenes a continuación.

### 2.1. El sistema de la mora automática, de pleno derecho o *ex re*

En el régimen de la mora automática, el deudor queda en estado de mora por el solo hecho de haber vencido el término dentro del cual debía desarrollar espontáneamente la prestación comprometida. No resulta de extrañar, entonces, que se la llame justamente *mora automática*: el acreedor no debe realizar acto alguno para constituir en mora a su deudor. En el Derecho Romano se la conocía como *mora ex re*,

---

con más concisión, dice Rocca que “la mora sobreviene cuando la obligación no se cumple a su debido tiempo” (ROCCA, 1962, 617).

<sup>3</sup> El decreto presidencial 191/2011, de fecha 23 de febrero de 2011, creó la “Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación” (art. 1), a cargo del “estudio de las reformas al Código Civil y al Código de Comercio de la Nación que considere necesarias, a fin de producir un texto homogéneo de todo el referido cuerpo normativo” (art. 2). Se previó que la Comisión “deberá elevar un proyecto de ley de reforma, actualización y unificación del Código Civil y del Código de Comercio de la Nación en el plazo de trescientos sesenta y cinco (365) días corridos, a partir de la fecha de su constitución. Dicho plazo podrá ser ampliado a pedido de la Comisión” (art. 4).

El 27 de marzo de 2012, el Poder Ejecutivo Nacional presentó el proyecto de Código Civil y Comercial unificado. Hacia el final del artículo, dedicaremos un acápite a su regulación de la constitución en mora.

<sup>4</sup> A lo largo del trabajo, cuando aludimos a la mora lo hacemos siempre *a la del deudor* y nunca *a la del acreedor* –que también existe–. Es aquella, exclusivamente, nuestro objeto de estudio.

<sup>5</sup> Reiteramos que cuando la ejecución tardía carece de interés para el acreedor, el incumplimiento es absoluto y no cabe hablar de mora. “El estado de mora supone todavía, por definición, la posibilidad de cumplir la prestación debida, respecto a la cual solo se ha producido un retraso temporal” (MOISSET DE ESPANÉS, 1980, 502).

que significa “como consecuencia del hecho mismo”, y valió la acuñación de la máxima –que aún resuena– *dies interpellat pro homine* (“el tiempo interpela por el hombre”) (GAGLIARDO, 1979).<sup>6</sup>

En principio, el sistema de mora automática beneficia al acreedor y desfavorece al deudor. Desde ya, si éste desarrollara en tiempo y lugar la prestación íntegra e idéntica que satisface el interés del acreedor, el sistema de constitución en mora es irrelevante en tal caso porque no se configura el retraso en el cumplimiento. Tampoco existiría diferencia en el supuesto de que el acreedor cursara la interpelación durante el primer día de retardo. Pero es evidente que en la gran mayoría de los supuestos, los acreedores se ven favorecidos por no tener la carga de requerir el cumplimiento a sus deudores para hacerlos incurrir en mora,<sup>7</sup> mientras que éstos deben soportar automáticamente las severas consecuencias jurídicas de la morosidad.<sup>8</sup>

Este sistema se aplica en principio a las obligaciones con plazo expreso y cierto, cuando media una expresión positiva de la voluntad y se conoce desde un principio el momento preciso en que acaecerá su vencimiento (TRIGO REPRESAS – COMPAGNUCCI DE CASO, 2005). Se trata de una vinculación lógica entre la certidumbre del término y la automaticidad del retraso.

## 2.2. El sistema de la mora por interpelación o *ex persona*

Aunque las expresiones *constitución en mora* e *interpelación* se suelen utilizar como sinónimos, existe entre ellas una relación de género a especie; la primera alude a las diferentes formas por las que el deudor puede quedar incurso en mora, y la segunda designa una de aquellas formas en particular: la que se concreta mediante la actuación del acreedor (*interpellatio*) (WAYAR, 2002).

La interpelación puede conceptuarse como “una declaración de voluntad recepticia, consistente en un requerimiento de pago que formula el acreedor al deudor y que sólo produce sus efectos propios cuando efectivamente llega a conocimiento de este último”. (TRIGO REPRESAS – COMPAGNUCCI

<sup>6</sup> Aunque tradicionalmente se asocia el sistema de la mora automática al Derecho romano –y el de la interpelación, al Derecho francés–, en verdad la cuestión no es tan sencilla. La disputa es grave entre los romanistas, y se ha sostenido que la ley francesa, análoga a la estatuida por Vélez Sarsfield, se inspira en las verdaderas enseñanzas del derecho romano. (ANASTASI, 1959) Y en todo caso, si bien el Derecho romano partía de la idea de que la interpelación era un presupuesto de la mora, admitió paralelamente supuestos de suma importancia en donde ésta se producía sin necesidad de requerimiento alguno, por el mero transcurso del plazo fijado (PIZARRO – VALLESPINOS, 1999).

<sup>7</sup> Inclusive, al acreedor podría *convenirle* que su deudor esté en mora, verbigracia si no necesita disponer de la prestación al momento del pago y prefiere que se devenguen intereses moratorios a su favor. En un supuesto semejante, el sistema de la mora *ex re* se ajusta perfectamente a sus intereses, pues deja en mora de inmediato al deudor que no cumplió en término, y sin siquiera ponerlo sobre aviso.

<sup>8</sup> Los efectos de la mora son muchos y muy importantes: autoriza al acreedor a ejecutar forzosamente la prestación, ya sea en forma específica –del deudor (art. 505, inc 1°) o de un tercero (art. 505, inc. 2°)– ya sea por equivalente dinerario (art. 505, inc. 3°); también lo habilita a resolver el contrato (arts. 1203 y 1204); el deudor soporta el caso fortuito o la fuerza mayor (art. 889); no puede invocar la excesiva onerosidad sobreviniente que funda la “teoría de la imprevisión” (art. 1198); tratándose de un contrato bilateral, está impedido de constituir en mora a la otra parte (art. 510) y de exigirle el cumplimiento de su prestación, pues ésta podría oponer la excepción de incumplimiento contractual (art. 1201); se hace operativa la cláusula penal (art. 654); el deudor responde por los intereses moratorios convencionales, legales o judiciales (art. 622) y por el daño moratorio que hubiera causado su incumplimiento (art. 508 y concordantes); entre otros.

DE CASO, 2005, 126). Si bien existen otras definiciones doctrinarias y jurisprudenciales,<sup>9</sup> tomamos ésta porque nos interesa el carácter esencialmente recepticio de la interpelación: el requerimiento se dirige a ser conocido por su destinatario y produce efectos desde que es receptada por él.<sup>10</sup>

Este aspecto, ciertamente opuesto al sistema de la mora *ex re*, da cuenta de la gran diferencia entre ambos regímenes y de cómo la mora *ex persona* resulta favorable al deudor. No sólo precisa del acreedor una acción positiva y categórica sin la cual no habrá constitución en mora, sino que también pone al deudor sobre aviso de su incumplimiento, e incluso le confiere una última oportunidad de desarrollar la prestación comprometida sin sufrir los gravosos efectos de la mora.

### 3. El plazo en las obligaciones

La redacción del art. 509 en sus tres primeros párrafos refiere a las obligaciones a plazo y a diferentes clases de este último. Así, nuestro estudio del dispositivo legal requiere previamente fijar las ideas en torno al concepto de plazo y sus clasificaciones.

#### 3.1. El plazo y las modalidades de la obligación

De las muchas divisiones de que son susceptibles las obligaciones, una de ellas es la que distingue las *puras* y las *modales*. No se trata de una catalogación meramente doctrinaria, pues el mismo codificador plasmó en el art. 527 que “La obligación es pura cuando su cumplimiento no depende de condición alguna”.

A pesar de esta disposición, y de estar el artículo inserto en el Título V del Libro II (“De las obligaciones condicionales”), la doctrina es pacífica en que corresponde incluir también al plazo y al cargo como modalidades que pueden afectar el vínculo obligacional. De tal suerte, existe consenso en que las obligaciones son modales cuando están sujetas a alguna condición, plazo y/o cargo; en cambio, son puras (o “puras y simples”) en ausencia de tales modalidades (LAFAILLE, 1947; SALVAT – GALLI, 1953).

Ahora bien, además de una posible modalidad de la relación obligatoria, ¿cómo se define el plazo propiamente, en sí mismo considerado?

Fiel a sus convicciones, Vélez se abstuvo de brindar una definición categórica de la obligación a plazo;<sup>11</sup> sin embargo, al igual que con la obligación pura, se ocupó de manifestar cuándo se da. El art. 566

<sup>9</sup> Los jueces se han ocupado de delinear, en numerosos fallos, los *requisitos* que debe reunir la interpelación. Se ha dicho que “el requerimiento apto para constituir en mora debe ser expreso, categórico, preciso, coercitivo y hecho en tiempo oportuno” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, *in re* “Marchesi, Lucía c/ Pascarella, Cecilio” del 15 de septiembre de 1970, publicado en *ED* 43-548); que “para que la intimación tenga la virtualidad de constituir en mora, debe ser categórica y concluyente, demostrando en forma inequívoca la intención de requerir el cumplimiento de la prestación” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, *in re* “Lattes, Jorge B. y otra c/ Seminara, Empresa Constructora S.A.” del 3 de febrero de 1969, publicado en *ED* 41-792); que “para que el requerimiento sea constituyente en mora, debe ser determinante, concluyente y expreso” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, *in re* “Savastano y Cía. c/ Doctorovich de Socolovsky, María” del 6 de abril de 1967, publicado en *ED* 19-62; etcétera).

<sup>10</sup> En rigor, se ha señalado que la interpelación dirigida al deudor también produce sus efectos desde que éste se halla en condiciones de tomar conocimiento de la intimación o sólo de él depende conocerla (ALBALADEJO GARCÍA, 1960).

–que encabeza el Título VI del Libro II, “De las obligaciones a plazo”– reza precisamente que “La obligación es a plazo, cuando el ejercicio del derecho que a ella corresponde estuviere subordinado a un plazo suspensivo o resolutorio”.

La noción resulta, empero, tautológica y debe completarse con alguna otra característica; de ello se ocupan los tres artículos siguientes, que refieren al término en un año, mes o día designado, u otra fecha cierta (art. 567); a un hecho futuro necesario (art. 568); y a un hecho futuro necesario aunque sea incierto (art. 569). La nota esencial de la obligación a plazo, y que hace a su concepto mismo, es entonces la subordinación de la exigibilidad o la extinción de la obligación al acaecimiento de un hecho futuro y necesario (esto es, que ocurrirá fatalmente, aunque se desconozca exactamente *cuándo*).<sup>12</sup>

Este carácter sustancial de la obligación a plazo es el que la diferencia de la condicional. En esta última, la relación obligatoria también depende del acaecimiento de un hecho futuro, pero éste resulta *incierto* (en el sentido de que puede suceder o no). Así lo preceptuó el codificador: “La obligación es condicional, cuando en ella se subordinare a un acontecimiento incierto y futuro que puede o no llegar, la adquisición de un derecho, o la resolución de un derecho ya adquirido” (art. 528).

La distinción entre el plazo y la condición queda definitivamente patentizada en los arts. 529 y 569. Allí se dispone, respectivamente, que “La condición que se refiere a un acontecimiento que sucederá ciertamente, no importa una verdadera condición...”, y que “Cualesquiera que sean las expresiones empleadas en la obligación, se entenderá haber plazo, y no condición siempre que el hecho futuro fuese necesario aunque sea incierto, y se entenderá haber condición y no plazo, cuando el hecho futuro fuere incierto”.

Finalmente, el cargo es abordado en el Capítulo IV del Título V del Libro II (“De los cargos impuestos para la adquisición o resolución de los derechos”), y no hay aquí definición alguna, ni siquiera en forma de descripción de cuándo existe esa modalidad. De tal suerte, es la doctrina quien ha debido construir la noción de cargo, y así se ha dicho que se trata de “una obligación accesoria y excepcional que se impone al beneficiario de una liberalidad y a las instituciones de heredero o legado... Deriva de una estipulación o disposición convencional y se traduce en un deber de prestación que limita el beneficio concedido por un acto a título gratuito” (PIZARRO – VALLESPINOS, 1999, 1, 283).

La diferencia entre el cargo y el plazo (así como entre aquél y la condición) es muy notoria, y no es preciso que nos detengamos en aquél. El cargo es, en sí mismo, una obligación accesoria –y como tal, coercible– que no afecta, como regla, la exigibilidad del derecho al que accede. En cambio, el plazo (como

<sup>11</sup> Vale recordar el elocuente comienzo de la nota al art. 495, que inaugura el Libro II relativo a los derechos personales en las relaciones civiles: “Nos abstenemos de definir, porque como dice Freitas, las definiciones son impropias de un código de leyes, y no porque haya peligro en hacerlo, pues mayor peligro hay en la ley que en la doctrina...”.

<sup>12</sup> Cuando se difiere la *exigibilidad*, el plazo es *suspensivo*; cuando se hace depender la *extinción* de la obligación, el plazo es *extintivo* (y resulta preferible llamarlo así y no *resolutorio*, como lo hace el codificador, dado el carácter no retroactivo de sus efectos).

así la condición) es incoercible,<sup>13</sup> y cuando es suspensivo, el hecho futuro determina la exigibilidad o inexigibilidad de la obligación.

### 3.2. Clasificaciones del plazo

Establecido qué se entiende por plazo, cabe indagar sobre su clasificación, pues para los diferentes tipos de aquél, el art. 509 del Código Civil prevé regímenes diversos. Para desarrollar el tema del presente trabajo, no es preciso concentrarnos en todas las clasificaciones que pueden realizarse del plazo, sino únicamente en la que atiende a su carácter *determinado –cierto o incierto– e indeterminado –tácito o propiamente dicho–*.

Del articulado previsto por el codificador es posible inferir, en primer término, la existencia de plazos *determinados e indeterminados*. por un lado, refiere a tiempo o término *fijado* (arts. 541, 1412 y 1427), tiempo *convenido* (arts. 654 y 2240) y período, plazo, época, tiempo *determinados* (arts. 746, 1375 inc. 1°, 1424, 1604 inc. 1°, 1506, 1738 y 1960); por otra parte, alude al tiempo *indeterminado* (arts. 1539 inc. 6°, 1577, 1604 inc. 2°, 1611, 1739 y 1960). La lectura cuidadosa de estos artículos lleva a la conclusión de que Vélez Sarsfield adoptó como pauta esencial para diferenciar los plazos, aunque no lo haya dicho expresamente, el hecho de que las partes hubieran determinado o dejado indeterminado el acontecimiento que marca el comienzo o el fin del ejercicio de los derechos subordinados a un plazo (MOISSET DE ESPANÉS – MERINO, 1972)

Ambos tipos de plazos son pasibles de una ulterior subdivisión. El plazo determinado puede ser, a su vez, *cierto o incierto*. Así lo previó expresamente el codificador en el art. 567,<sup>14</sup> y allí mismo conceptuó que el plazo es cierto “cuando fuese fijado para terminar en designado año, mes o día, o cuando fuese comenzado desde la fecha de la obligación, o de otra fecha cierta.”. En cambio, dice el artículo siguiente que “El plazo es incierto, cuando fuese fijado con relación a un hecho futuro necesario, para terminar el día en que ese hecho necesario se realice”.

La diferencia aparece clara: en el plazo cierto, *se sabe con exactitud* cuándo sucederá el hecho futuro y necesario que las partes han previsto como determinante de la exigibilidad o extinción de la obligación; en el plazo incierto, *se desconoce el momento preciso* en que aquel hecho acaecerá.

Por su parte, también el plazo indeterminado puede ser subclasificado en dos especies diferentes, que no surgen del Código Civil sino de la doctrina y la jurisprudencia. Son ellas el *plazo indeterminado tácito*, que se da cuando no ha sido convenido por las partes pero surge de la naturaleza y circunstancias de la obligación; y el *plazo indeterminado propiamente dicho*, en el cual no se advierten elementos que permitan inferirlo de la naturaleza y las circunstancias de la obligación, por lo que debe ser fijado judicialmente (PIZARRO – VALLESPINOS, 1999).

<sup>13</sup> La incoercibilidad del hecho implica la ausencia de deber jurídico de realizarlo o no: es de la esencia de aquel acontecimiento el mantenerse siempre ajeno a la sustancia del acto, tomado en sí mismo (BUSSO y otros, 1955).

<sup>14</sup> Textualmente, la redacción del artículo reza “El plazo suspensivo o resolutorio puede ser cierto o incierto...”. Sin embargo, el carácter suspensivo o resolutorio del plazo hace a un criterio de clasificación diferente, como ya hemos

#### 4. La constitución en mora en el art. 509 del Código Civil

Habiendo sentado las nociones básicas sobre constitución en mora y plazo, estamos en condiciones de examinar el art. 509 del Código Civil; precisamente, éste deriva diferentes sistemas de constitución en mora de acuerdo al tipo de plazo que afecte el vínculo obligacional:

*“Art. 509. En las obligaciones a plazo, la mora se produce por su solo vencimiento.*

*Si el plazo no estuviere expresamente convenido, pero resultare tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, el acreedor deberá interpelar al deudor para constituirlo en mora.*

*Si no hubiere plazo, el juez a pedido de parte, lo fijará en procedimiento sumario, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor quedará constituido en mora en la fecha indicada por la sentencia para el cumplimiento de la obligación.*

*Para eximirse de las responsabilidades derivadas de la mora, el deudor debe probar que no le es imputable”.*

El texto del artículo es Derecho vigente desde el 1° de julio de 1968, fecha en la que entró en vigor la ley 17.711 que reformó sustancialmente el Código Civil. En materia de constitución en mora, la modificación implicó un giro de ciento ochenta grados, pues el criterio del codificador era el opuesto:

*“Art. 509. (Texto originario). Para que el deudor incurra en mora, debe mediar requerimiento judicial o extrajudicial por parte del acreedor, excepto en los casos siguientes:*

*1° Cuando se haya estipulado expresamente que el mero vencimiento del plazo la produzca.*

*2° Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resulte que la designación del tiempo en que debía cumplirse la obligación, fue un motivo determinante por parte del acreedor.”*

La redacción originaria, aunque perfectible, no dejaba lugar a la duda. Vélez Sarsfield había concebido el sistema de constitución en mora *ex persona* como principio general y prácticamente absoluto, que sólo cedía frente al pacto expreso en contrario de las partes –perfectamente admisible en uso de la autonomía de la voluntad, no habiendo comprometidas cuestiones de orden público– o cuando el plazo fuera esencial –a ello refiere el carácter determinante del tiempo de cumplimiento–.<sup>15</sup> Por fuera de estas excepciones, existían otros supuestos donde se dispensaba al acreedor de la carga de formular la intimación, ya en virtud de la ley (p. ej., arts. 1322, 1721, 1722 y 1950, Cód. Civil), ya por criterio de la doctrina y la jurisprudencia (confesión del estado de mora, obstaculización del requerimiento por parte del

---

explicado. El carácter cierto o incierto atiende a una subdivisión del plazo determinado, porque en ambos casos se presupone que el plazo ha sido convenido por las partes (arts. 567 y 568, Código Civil).

<sup>15</sup> Esto último constituía una impropiedad, pues cuando el plazo es esencial, la ejecución tardía de la prestación carece de interés para el acreedor y el incumplimiento es absoluto. En este supuesto –insistimos– no se puede hablar de mora, que presupone la posibilidad de ejecución tardía y útil de la prestación comprometida (incumplimiento relativo).

deudor,<sup>16</sup> negativa anticipada de éste al cumplimiento, entre otros) (CALVO COSTA, 2009; WAYAR, 2007).<sup>17</sup>

El art. 509 reformado, en cambio, sí da lugar a dispares interpretaciones (que las ha habido). En el primer párrafo, consagra la mora automática para las obligaciones a plazo, *sin brindar ninguna otra precisión*. ¿qué alcance tiene este principio? El último apartado alude a la demostración por el deudor de la ausencia de imputabilidad para exonerarse de responsabilidad: ¿cómo cabe interpretar este encuadre subjetivista del factor de atribución? ¿Cómo juega la inversión de la carga de la prueba en general, y cuando el lugar de pago es el domicilio del deudor en particular? Finalmente, existen subtipos de plazo, y aún tipos de obligaciones, cuya mención es omitida en el artículo: ¿qué sistema de constitución en mora debe aplicárseles?

De estas cuestiones nos ocuparemos en el resto del trabajo, intentando arribar a las soluciones más justas posibles.

#### 4.1. El alcance del principio establecido en la reforma

Doctrinarios de altísima talla han criticado la redacción del actual art. 509, en primer lugar, por su técnica legislativa. Se ha dicho que la reforma de 1968 omitió consagrar un principio general de constitución en mora, limitándose a una tarea enteramente casuística (LLAMBÍAS, 1973), o con mayor ironía, a un “apilamiento casuístico de diversos supuestos” (ALTERINI y otros, 1995, 170). En cambio, según Borda, “si una regla general puede extraerse del art. 509 es la de que la mora no requiere interpelación, no sólo por ser ésta la regla que encabeza el artículo, sino también porque las obligaciones a plazo son, con mucho, las más frecuentes” (BORDA, 1969, 753).

A nuestro juicio, cabe analizar en primer término lo que el artículo *dice*, ya nos ocuparemos más adelante de criticarlo, interpretarlo y de estudiar su juego armónico con otros dispositivos legales.

*De lege lata*, el precepto comienza estableciendo la mora automática para las obligaciones a plazo. Aunque éstas se dan, efectivamente, con la mayor frecuencia, no es posible colegir “cuantitativamente” la consagración de la regla *para las obligaciones en general*. La mora de pleno derecho no rige –sencillamente porque no lo dispone la norma– las obligaciones puras y simples, las condicionales ni las nacidas de hechos ilícitos.

No obstante, sí puede inferirse el carácter de *principio general para las obligaciones a plazo*, y ello es así porque el primer párrafo no hace precisión alguna en cuanto al tipo de plazo. Ello podrá ser criticable a la

<sup>16</sup> Que la imposibilidad de interpelar por causas provenientes del deudor implicase la mora sin necesidad de requerimiento, estaba previsto en la *nota* al art. 509 originario. Lo mismo sucedía en los casos en que el retardo equivaliera a una inejecución completa, y cuando la obligación resultara de una posesión de mala fe o de un delito.

<sup>17</sup> Incluso se sostuvo que la regla de la mora *ex persona* quedaba sepultada por las innumerables excepciones que se habían establecido y comúnmente no era necesario interpelar (ALTERINI y otros, 1995). En la actualidad, aunque la regla en las obligaciones a plazo es el régimen de la mora automática, la interpelación es exigida cuando el plazo es tácito. Y en este caso, la confesión de la situación de mora, el acuerdo de partes y la imposibilidad de interpelar siguen constituyendo supuestos que tornan innecesario el requerimiento (COMPAGNUCCI DE CASO, 1995).

luz de otros principios o normas jurídicas, pero de la exégesis de su apartado inicial se sigue que el art. 509 consagra como criterio rector el de la mora automática en las obligaciones a plazo.

Ello sin perjuicio, desde luego, de lo dispuesto por los párrafos segundo y tercero del artículo, que brindan soluciones diferentes para los casos específicos de plazo indeterminado (*tácito y propiamente dicho*, respectivamente).

En síntesis: el art. 509 consagra, en su primer párrafo, el sistema de constitución en mora *ex re* para las obligaciones a plazo (a secas). En consecuencia, el régimen se aplica a este tipo de relaciones (y no a otras) y siempre que no esté prevista una solución diferente para supuestos particulares (como ocurre con los plazos indeterminados).

En consecuencia, adherimos a la crítica de la redacción del actual art. 509 del Código Civil. Por un lado, debió consagrarse una *verdadera regla general* sobre constitución en mora (no limitada únicamente a las obligaciones a plazo). Por otra parte, si la intención del legislador era regir por el sistema de la mora automática toda obligación a plazo *no indeterminado* (pues para éstas previó las excepciones del segundo y tercer párrafo), habría sido preferible que en el primer párrafo se aludiera al *plazo determinado* (¡único supuesto de plazo "restante"!)<sup>18</sup>. Este acierto en la técnica legislativa, aunque injusto en lo sustancial, habría evitado la controversia que se suscitó sobre el sistema aplicable a las obligaciones a *plazo determinado incierto* y que abordaremos a continuación.

#### 4.2. La constitución en mora en las obligaciones a plazo determinado

Aunque los párrafos segundo y tercero del artículo bajo análisis aluden indudablemente a los supuestos de plazo indeterminado, no hay consenso en que la primera parte de la norma regule los dos casos de plazo determinado (cierto e incierto).

Desde ya, es indudable que el primer párrafo se aplica a las obligaciones sujetas a plazo determinado *cierto*. La mora automática resulta, como sistema, más gravoso para el deudor, pues vencido el término éste deberá soportar las consecuencias de la mora sin que medie acto alguno del acreedor. Y a poco que se razone, es lógico que ello ocurra cuando hubiera habido *certeza* sobre el término convenido. Si el deudor sabía, desde el momento mismo en que contrajo la obligación, hasta cuándo podía pagar y desde cuándo incurriría en responsabilidad, pues que soporte la constitución en mora de pleno derecho tras no haber desarrollado temporáneamente la prestación comprometida.

Ahora bien, la divergencia se plantea en torno a las obligaciones a plazo *determinado incierto*. No se trata de un plazo indeterminado o no convenido (que evidentemente exige la interpelación) pero tampoco de uno pleno de certidumbre (donde la certeza sobre el término vuelve incuestionable la automaticidad de la mora).

<sup>18</sup> Otro defecto en la redacción –menos problemático– es la hipótesis, en el tercer párrafo del art. 509, de “si no hubiere plazo”. Y es que en este caso la obligación sería pura y simple, cuando el precepto normativo se ocupa, indudablemente, de los supuestos de *plazo indeterminado propiamente dicho*.

Así las cosas, se encuentran por un lado los autores que pregonan la aplicación de la solución prevista en el primer párrafo del art. 509 a toda obligación a plazo determinado, sea éste cierto o incierto (CALVO COSTA, 2009; CIFUENTES – SAGARNA, 2003). Cuentan con el argumento de la exégesis a su favor: el precepto no hace distingo alguno, y “*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemos*”. Y la opinión de que en el supuesto de plazo incierto es necesaria la interpelación está influida por el sistema del Código Civil de Vélez Sarsfield, en el que éste era el principio; pero tal principio es hoy inexistente en nuestra ley (BORDA, 1971).

Sin embargo, no sólo se han argüido fundamentos exegéticos en favor de esta posición, sino también razones sustanciales. Aunque discrepamos de ella, la exposición de Bustamante Alsina es elocuente: “cuando el deudor se ha obligado a cumplir una prestación en cierto tiempo, es conforme a la buena fe que cumpla su promesa. Si se fijó un plazo expresamente ha sido para diferir el pago hasta ese momento, ni antes ni después del vencimiento del término. Tolerar que al vencimiento del término el deudor permanezca indiferente a su obligación hasta que el acreedor lo conmueva con un requerimiento es privar al vínculo de su virtual eficacia, crear incertidumbre sobre el momento de la ejecución, fomentar la mala fe del deudor quien especulará con la eventual sensibilidad de un acreedor contemplativo, con los embarazos o dificultades que éste pueda tener para formular el requerimiento de pago con las formalidades de ley. La mora *ex re* no solamente purga la relación jurídica de la carga de mala fe que le pueda aportar el deudor dilatando injustificadamente el cumplimiento de la obligación, sino que el sistema resulta adecuado a la moderna dinámica de la gestión patrimonial conforme a la transformación de los elementos que componen el patrimonio” (BUSTAMANTE ALSINA, 1984, 485/486).

Por otra parte, eximios juristas han sostenido que la consagración de la mora automática sólo alcanza a las obligaciones sujetas a plazo *cierto*, no quedando comprendidas aquellas que dependen de un plazo *incierto* (GARRIDO, 1971; LLAMBÍAS, 1973; RACCIATTI, 1969). La solución sería justa, pues si la razón de ser de la mora *ex re* está en el hecho de que el deudor conoce con certeza el momento en que la deuda podrá serle exigida, faltando esa certidumbre en el plazo incierto, queda excluida de raíz la mora de pleno derecho (CAZEAUX, 1971).

Nuestra opinión es, si se la quiere llamar así, intermedia. Nos parece que es esencial, en primer lugar, discernir lo que el art. 509 *dice* de lo que *debería decir*. Y en segundo término, es menester articular lo allí dispuesto con otros principios consagrados –con no menor fuerza– en el mismo Código Civil.

*De lege lata*, la consagración de la mora automática alcanza a toda obligación a plazo determinado, sea éste cierto o no; ambos están alcanzados por el ámbito de aplicación del primer apartado del artículo, sin que esté prevista excepción o distinción alguna.

Sin embargo, es *de lege ferenda* que disintimos del régimen establecido por el reformador. Cuando el plazo es, aunque determinado, *incierto*, no resulta razonable consagrar un sistema de mora *ex re*: esta automaticidad se justifica únicamente cuando existe *auténtica certidumbre* sobre el tiempo de acaecimiento

del término.<sup>19</sup> Y es que en la obligación a plazo incierto, el deudor puede ignorar que acaeció el hecho del cual dependía la exigibilidad de la prestación, o incluso su conocimiento sobre tal circunstancia puede resultar tan simultáneo con la exigibilidad, que materialmente carezca del tiempo imprescindible para poder cumplimentar el pago, lo que tornaría injusta su constitución en mora de pleno derecho (TRIGO REPRESAS – COMPAGNUCCI DE CASO, 2005).

En esta línea de análisis, Greco distingue la exégesis de la norma de la solución que sería deseable que estableciera. Para este autor, sólo es posible interpretar que la previsión del primer párrafo del art. 509 no hace distingo en cuanto al plazo, quedando exceptuados del efecto previsto únicamente los casos de plazo indeterminado; pero esta solución es inconveniente, y no es por vía de interpretación sino mediante una adecuada reforma legislativa que podría arribarse a una solución más valiosa (GRECO, 1971). También coincide Moisset de Espanés: “la mora *ex re* debía haberse limitado a los casos de obligaciones con plazo cierto; pero el texto legal es terminante, y engloba ambas hipótesis [aquella y la de plazo incierto]” (MOISSET DE ESPANES, 1968, 799).

Compartimos estas consideraciones, pero no podemos quedarnos con ellas solamente. Ramella va más allá, y agrega que si bien donde la ley no distingue al intérprete no le es admitido distinguir, ello no obsta a la corrección del criterio legal a través de los principios de la buena fe y del abuso del derecho. En este sentido, “si se da el caso concreto de un plazo cuyo vencimiento no ha podido ser conocido por el deudor, o que por haber sobrevenido repentinamente resulta imposible o difícil su cumplimiento inmediato, dada la naturaleza de la obligación, el acreedor no podría pretender que la mora se ha operado automáticamente, porque esa pretensión implicaría mala fe y abuso del derecho” (RAMELLA, 1971, 1033/1034).

Y también es interesante el planteo de Alterini, quien con la buena fe como norte, sostiene que en las obligaciones a plazo incierto “el acreedor debe integrar el supuesto de hecho de producción de la mora mediante la advertencia al deudor de que ha vencido su plazo. Cuidadosamente debe señalarse que advertir no es interpelar; la advertencia es solo declarativa, la interpelación –por definición– debe ser categórica y coercitiva”. (ALTERINI, 1970, 211/212).

En síntesis: a nuestro juicio, las obligaciones sujetas a plazo incierto deberían regirse por el sistema de la mora *ex persona*. Sin embargo, de acuerdo al primer párrafo del art. 509 del Código Civil, no es aquello lo establecido por el reformador de 1968. Y aún sin perjuicio de ello, la regla de la mora automática debe ceder en dos casos. Primero, cuando el deudor logra probar que no pudo conocer el vencimiento del plazo, o que no pudo cumplir de inmediato una vez operado el término: en este supuesto, el deudor no cae en mora porque no le es *imputable* (art. 509, último párrafo). Y segundo, frente a la mala fe o el abuso del derecho por parte del acreedor, dado que la buena fe y el ejercicio regular de los derechos

<sup>19</sup> En este sentido se ha expedido la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, *in re* “Casella de Bangerter, María A. y otro c/ Corporación Metropolitana de Finanzas S.A.” del 13 de septiembre de 1999, publicado en *LL*, 2000-C-913.

son impuestos por el mismo Código Civil (arts. 1198 y 1071, respectivamente) y constituyen, inclusive, principios generales del Derecho Civil.<sup>20</sup>

#### 4.3. La constitución en mora en las obligaciones a plazo indeterminado

El sistema de constitución en mora que la ley 17.711 ha establecido para las obligaciones a plazo indeterminado es razonable y no ha dado lugar a mayores controversias.

Cuando el plazo es indeterminado tácito, es lógico que se exija la interpelación, dada la incertidumbre de un término que no ha sido convenido (aunque pueda inferirse de las circunstancias de la obligación). “El plazo tácito es generalmente impreciso; frecuentemente, es una cuestión de apreciación decidir si está vencido y cuando venció. En esas circunstancias no se justificaría la mora automática: la interpelación deviene razonable porque clarifica la situación de las partes y porque sin ella bien podría pensar el deudor que el acreedor considera que todavía no ha transcurrido el plazo” (BORDA, 1969, 754).

Si en cambio el plazo es indeterminado propiamente dicho, o sea que no puede extraerse de la naturaleza y circunstancias del vínculo, es de toda lógica que proceda su fijación judicial. El sistema coincide con el vigente antes de la reforma, de acuerdo a los arts. 618 y 751 del Código (TEJERINA, 1971),<sup>21</sup> y acierta al permitir la acumulación de las acciones por fijación de plazo y por cumplimiento (pues se evita un doble pleito innecesario).

#### 4.4. La constitución en mora cuando el lugar de pago es el domicilio del deudor

El último párrafo del art. 509 nos lleva a la atribución al deudor de la mora en general, y al supuesto particular en el que el lugar de pago es el domicilio del *solvens*. Como hemos referido, la imputación del estado de mora es un elemento esencial de ésta, junto con el retardo –elemento objetivo– y la constitución en mora –que ya hemos definido y conceptualizado en detalle–.

Parece claro que el reformador ha tomado como regla general el factor subjetivo de atribución: a ello refiere la *imputabilidad* mentada en el último párrafo, término vinculado a la posibilidad de efectuar un reproche subjetivo al deudor, a título de culpa o dolo.<sup>22</sup> Y a su vez, ha invertido la carga de la prueba, haciéndola pesar sobre el deudor: es éste quien debe demostrar que la mora no le es atribuible. El acreedor queda en principio relevado de acreditar, como de ordinario ocurre, el obrar culposo o doloso de su contraparte.

<sup>20</sup> En todo caso, a ley de respetar la regla establecida por el art. 509, primer párrafo, pesará sobre el deudor la carga de probar la mala fe o el abuso del derecho por parte del acreedor en cada caso particular.

<sup>21</sup> El *texto* sí difiere al del inciso 2° del antiguo art. 509, que hacía alusión al *plazo esencial* (determinante para el acreedor). La redacción está mejorada en la reforma, pues no hay dudas de que se refiere al plazo tácito y no al esencial (frente al cual no puede hablarse de mora sino de incumplimiento absoluto) (BUSTAMANTE ALSINA, 1972).

<sup>22</sup> Cabe recordar que “la culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar” (art. 512, Código Civil), y que el dolo –en el ámbito de las obligaciones– se da en el acto ilícito “ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro” (art. 1072, Código Civil).

Consideramos que la disposición del art. 509, último párrafo, es equivocada. Es cierto que la doctrina clásica ha basado exclusivamente en la culpa (o el dolo) la imputación al deudor (SALVAT – GALLI, 1953), y que aún entre los modernos juristas, los hay quienes admiten sólo en supuestos excepcionales (consagrados por razones de política legislativa) casos de mora objetiva (PADILLA, 1996; WAYAR, 2007). Sin embargo, coincidimos con los prestigiosos autores que proclaman la preeminencia de los supuestos de mora objetiva: la culpa juega un rol de menor importancia en esta materia, circunscripta a las obligaciones de medios. En éstas sí, efectivamente, el factor de atribución es subjetivo y basado en la idea de culpa; mas en las obligaciones de resultado es objetivo, con sustento en la idea de deber calificado de garantía o en el riesgo creado (AGOGLIA y otros, 1993; BUERES, 1989; PIZARRO – VALLESPINOS, 1999).

Por otra parte, el análisis de la última parte del art. 509 conduce a reflexionar sobre el régimen de constitución en mora cuando el lugar de pago es el domicilio del deudor.<sup>23</sup>

Precisemos la situación: nos encontramos frente a un supuesto en el cual el propio interesado en el cumplimiento de la prestación –el acreedor– es quien debe realizar la acción positiva de concurrir al domicilio de su contraparte para obtener allí, una vez exigible la prestación, el pago. Supongamos que, por las razones que fueran, el *accipiens* no concurre: tratándose de una obligación sujeta a plazo determinado, la aplicación lisa y llana del principio general establecido en el primer párrafo del art. 509 dejaría automáticamente en mora al *solvens* –que nada debía hacer más que esperar en su domicilio–. Aquí es donde juega la parte final del art. 509: si el deudor demuestra su diligencia (haber permanecido en el lugar convenido para el pago), no tiene lugar la imputabilidad y las consecuencias de la mora no le serán atribuidas. Pero ¿cómo demostrar la no concurrencia del acreedor? ¿No se trata de una “prueba diabólica”?

Para un sector de la doctrina, el caso que aquí planteamos no constituye excepción alguna al principio general de la mora *ex re* establecido en la reforma. Se ha señalado que mantener la solución de la mora automática se adecua con la realidad y con la concepción dinámica del patrimonio y de la obligación (BUSTAMANTE ALSINA, 1977), amén de que protege mejor el crédito, lo que resulta vital para el desarrollo de la economía, en tanto la inseguridad para el cobro implica mayor riesgo, aumento de las tasas de interés, e incremento de costos para el consumidor (PIZARRO – VALLESPINOS, 1999). A su vez, se aduce que el hecho de que la prueba impuesta al deudor sea de difícil producción no constituye un argumento decisivo para condenar la doctrina legal impuesta (WAYAR, 1980). Y desde una perspectiva exegética, ha señalado Borda –acaso con exasperación frente al aluvión de críticas que en materia de mora mereció su reforma– que “la ley es clarísima cuando dice que en las obligaciones a plazo la mora se produce por su solo vencimiento. *Solo vencimiento*: esto es sin ningún requisito. De lo contrario, ¿Qué significado tendría la palabra solo?” (BORDA, 1969, 753).

<sup>23</sup> Estas deudas se conocen como *quérables* o *cercabili*, por oposición a las *portables* o *portabili* que son pagaderas en el domicilio del acreedor.

El criterio contrario, que postula la necesidad de previa interpelación al deudor cuando la prestación debe desarrollarse en el domicilio de éste, no cuenta con la redacción del art. 509 a su favor, pero sí con sólidos argumentos de justicia.

Así, para Colombres Garmendia, “no puede funcionar el sistema de la mora automática, ya que se vendría a romper el equilibrio de la relación obligatoria, habida cuenta que dentro de los denominados principios de la identidad e integridad del pago, no solamente se debe tener en cuenta la identidad de la prestación debida con la pagada, sino que la conducta de cumplimiento se lleva a cabo en el tiempo y lugar pactado. Si se afirma la existencia de la mora se hace prevalecer el tiempo sobre el lugar, lo que en definitiva significa crear un favoritismo hacia uno de los sujetos de la relación (el acreedor) en desmedro del otro sujeto (el deudor)” (COLOMBRES GARMENDIA, 1974, 491).

Según Racciatti, Raffo Benegas y Sassot, no bastaría el simple vencimiento del término fijado sino que sería necesaria la constitución en mora del obligado mediante la interpelación correspondiente, a los efectos de que el acreedor acredite la negativa del pago, pues de lo contrario le bastaría a éste no concurrir al domicilio del deudor para hacerle incurrir en mora (RACCIATTI, 1969; RAFFO BENEAS – SASSOT, 1970).

También aportan razones que sustentan esta teoría Llambías, quien acusa la falta de la necesaria cooperación del acreedor (LLAMBÍAS, 1973) y Cazeaux, para quien la no concurrencia del acreedor se debe interpretar como una negativa a recibir la prestación, que lo pondría en mora y que le impide constituir a su vez en mora al deudor quien no está obligado a la consignación (CAZEAUX, 1969).

Por su parte, la jurisprudencia ha tenido oportunidad de pronunciarse en repetidas oportunidades sobre la cuestión.

Existen numerosos fallos que se enrolan en la segunda de las líneas expuestas: Cámara 2ª de Apelaciones Civil y Comercial de Mercedes *in re* “Sanz, Alberto I. c/ Club Social Atlético La Pampa” del 5 de mayo de 1970;<sup>24</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, *in re* “Puig, Ricardo c. Efron, Benita y otro”, del 10 de mayo de 1968;<sup>25</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, *in re* “Barbieri de López Ramírez, Inés M. y otro c/ Lanusse Inmobiliaria, S. A”, del 30 de septiembre de 1969;<sup>26</sup> Cámara Civil de la Capital, sala A, *in re* “Rossi c/ Carnerero y otra”, del 28 de septiembre de 1960;<sup>27</sup> entre otros. Los argumentos vertidos para sustentar este criterio coinciden con los ya referidos de la doctrina.

También hay jurisprudencia según la cual no cabe excluir de la mora automática el régimen de las llamadas deudas *quérables*, y aunque puedan citarse numerosos pronunciamientos en este sentido, nos parece que el más importante –por haber zanjado la cuestión en la práctica– lo constituye el fallo plenario de la Cámara Nacional en lo Civil *in re* “Caja de Jubilaciones de la Provincia de Buenos Aires c/ Juan,

<sup>24</sup> Publicado en *JA*, 1970-VIII-587.

<sup>25</sup> Publicado en *ED*, 27-842.

<sup>26</sup> Publicado en *LL*, 139-752.

<sup>27</sup> Publicado en *JA*, 1960-VI-288.

Carlos y Ruiz de Juan, Teresa D. s/ ejecución hipotecaria” del 21 de marzo de 1980.<sup>28</sup> En esta sentencia se sentó como doctrina que “en el caso de que la obligación deba pagarse en el domicilio del deudor y la mora fuera de constitución automática, para eximirse de ella el deudor debe acreditar que el acreedor no compareció al efecto”.

Nuestra posición debe partir, a fuer de ser coherentes con el método de razonamiento empleado a lo largo de todo el artículo, con lo que la norma efectivamente dispone: el principio de la mora automática gobierna las obligaciones a plazo, salvo los casos particulares donde se establece otro régimen. De esta manera, como no cabe al intérprete distinguir allí donde el legislador no lo hizo, que el lugar de pago sea el domicilio del deudor no afectará la aplicación del sistema de constitución en mora que corresponda según el caso.

Con todo, estamos tan convencidos de que esta realidad es objetiva –atento lo dispuesto por la norma– como lo es injusta –de acuerdo a los principios de buena fe, seguridad jurídica y ejercicio regular de los derechos–. La conducta cooperativa del acreedor es esencial, máxime si, por conveniencia, bien podría preferir dejar en mora a su deudor –por las consecuencias que ésta dispara– antes que cobrar su crédito el día indicado. En cuanto al deudor, concedemos que la prueba puede no ser “diabólica” (en tanto imposible), pero sí difícil u onerosa: por ejemplo, debería contar con testigos o contratar un escribano que acrediten que permaneció en su domicilio, ya durante la hora del pago (que raramente se estipula), ya durante un horario razonable del día convenido. ¿Es justo que la norma le requiera semejante extremo al deudor, en vez de un sencillo requerimiento al acreedor? Consideramos que no.

## 5. Supuestos no contemplados en el art. 509 del Código Civil

Dedicaremos la parte final del trabajo a dilucidar el régimen de constitución en mora para ciertos tipos de obligaciones no previstos en el art. 509 del Código Civil.

### 5.1. La constitución en mora en las obligaciones condicionales

La doctrina no se ha detenido, en general, a analizar el sistema de constitución en mora para las obligaciones condicionales ni aquellas con cargo.

En los vínculos afectados por una condición,<sup>29</sup> el deudor tiene el deber de desarrollar el plan prestacional una vez acaecido el hecho condicionante previsto. Cabe recordar que este hecho condicionante es, por definición, futuro e *incierto*, en tanto no se tiene conocimiento de si sucederá: puede acontecer o no.

A esta altura del artículo, podrá adivinarse nuestra posición. Si *de lege ferenda* postulamos la exigencia de interpelación frente a un plazo determinado incierto (donde se prevé un hecho que se sabe

<sup>28</sup> Publicado en *ED*, 87-269.

<sup>29</sup> Nos referimos, va de suyo, a la condición *suspensiva*, que difiere la exigibilidad de la prestación al acaecimiento de un hecho futuro e incierto. Si la condición fuera *resolutoria*, el acreedor podría demandar inmediatamente la ejecución de la prestación, sin perjuicio de que en caso de ocurrir el hecho condicionante el vínculo quede retroactivamente resuelto (arts. 543 y 555, Cód. Civil).

ocurrirá, aunque se desconoce exactamente cuándo), *a fortiori* tanto más será necesario el requerimiento frente a una condición (que presenta más incertidumbre pues ni siquiera puede asegurarse que el hecho previsto vaya a tener lugar).

## 5.2. La constitución en mora en las obligaciones puras y simples

Hemos dicho que, de acuerdo a la letra del Código Civil y la interpretación que de ella ha realizado la doctrina, las obligaciones que no están sometidas a modalidad alguna (vale decir: condición, plazo o cargo) son puras y simples.

Ahora bien, definido el plazo como lo hemos hecho, parecería surgir una paradoja. Por un lado, si al contraer la obligación las partes acuerdan en diferir la exigibilidad de la prestación hacia el futuro, no están sino afectando el vínculo con un plazo (suspensivo). Mas si la obligación es instantáneamente exigible, ¡el deudor debe pagar en el acto (extinguendo la relación en cuanto nace), o incurre en responsabilidad inmediatamente!

En esta línea se enrola Padilla, para quien las obligaciones puras y simples apenas configuran una categoría jurídica calificada, por lo súbito del nacimiento y su vocación extintiva por cumplimiento, y “acaso no convenga llamarlas obligaciones” (PADILLA, 1996, 325).

Más allá de estas consideraciones, lo cierto es que las obligaciones puras existen –no sólo en la doctrina y la jurisprudencia, sino también en la norma–, razón por la cual el esfuerzo intelectual debe dirigirse a armonizar su sentido antes que a desecharlas. Así, una cuestión es la *exigibilidad* de la prestación, que en estas obligaciones es inmediata, y otra es su *efectiva exigencia* por el acreedor, quien potestativamente puede postergarla. Las obligaciones puras y simples se caracterizan sólo por aquella inmediata exigibilidad de la prestación: si ésta es reclamada por el acreedor (y cumplida por el deudor) inmediatamente, en efecto, el vínculo se extinguirá no bien haya surgido. Pero si el acreedor optara por demandar el cumplimiento más adelante, ello no obstaría al carácter puro y simple de la obligación.

Superada esta digresión, cabe indagar sobre el régimen de la constitución en mora de las obligaciones puras y simples. Ante todo, reiteramos que no se hallan reguladas por el art. 509 del Código Civil, que –insistimos– establece un principio general únicamente para las obligaciones a plazo.

Para un sector de la doctrina, al diferir el acreedor el reclamo de una prestación que puede exigir inmediatamente, está confiriendo un plazo tácito al deudor (que precisamente termina con la efectiva exigencia de cumplimiento) (BORDA, 1971; MOISSET DE ESPANÉS – MERINO, 1972). Y es que el plazo podría surgir no sólo de la obligación al ser contraída, sino también de la conducta posterior de las partes (KEMELMAJER DE CARLUCCI, 1976). Coherentemente con su pensamiento, los juristas que defienden esta postura entienden que las obligaciones puras y simples se rigen por la solución establecida en el segundo párrafo del art. 509, que precisamente se ocupa de las obligaciones sujetas a plazo indeterminado tácito: es necesaria la interpelación al deudor para su constitución en mora.

Discrepamos de esta línea de pensamiento, que supone darle “una desmesura inmensa al concepto de plazo –que difiere la exigibilidad de la prestación–” (RAMELLA, 1971, 1042) y confundirlo

con el hecho de que el acreedor, potestativamente, postergue el requerimiento; y aunque no lo propicien explícitamente los defensores de esta tesis, podría llegar a afirmarse que la fijación de ese plazo debe ser hecha judicialmente por aplicación de los arts. 751 y 618 (BOFFI BOGGERO, 1973; MAYO, 1979). No disentimos de la solución a la que se arriba (la exigencia de requerimiento), sino al presupuesto desde el que se parte para obtenerla (la inferencia del otorgamiento de un plazo tácito).

Según nuestro parecer, no deben considerarse en este tema los primeros tres párrafos del art. 509 (que no alcanzan sino a las obligaciones a plazo); antes bien, entra a jugar el último apartado del precepto bajo análisis. Este párrafo final dispone que “para eximirse de las responsabilidades derivadas de la mora, el deudor debe probar que no le es imputable”. Así, las obligaciones puras y simples se rigen por el principio de la mora *ex persona*, porque sólo a través de la interpelación el acreedor coloca al deudor en situación de imputabilidad.

### 5.3. La constitución en mora en las obligaciones nacidas de hechos ilícitos

¿Es necesario interpelar al deudor de las obligaciones derivadas de hechos ilícitos, o la mora se produce automáticamente por la sola comisión del acto? La doctrina y la jurisprudencia se formuló estos interrogantes cuando se vio precisada a determinar el momento a partir del cual debían computarse los intereses de las sumas debidas como indemnización por daños y perjuicios (WAYAR, 2007).

Una primera posición, sostenida por Llambías y consagrada en el plenario de la Cámara Civil de la Capital Federal *in re* “Iribarren, Fernando c/ Sáenz Briones y Cía.”, del 15 de marzo de 1943<sup>30</sup> diferenciaba, a los efectos de computar el curso de los intereses, los *cuasidelitos* de los *delitos* civiles. En los primeros, los intereses corrían desde la notificación de la demanda; en los segundos –más graves por mediar dolo–, desde la realización del hecho (LLAMBIAS, 1973).

Sin embargo, la gran mayoría de la doctrina moderna superó esta noción, así como también la jurisprudencia. En particular, el 16 de diciembre de 1958 se dictó un nuevo pronunciamiento plenario *in re* “Gómez, Esteban c/ Empresa Nacional de Transportes”<sup>31</sup> en el que se declaró que los intereses correspondientes a indemnizaciones derivadas de delitos o cuasidelitos se liquidarán desde el día en que se produce cada perjuicio objeto de la reparación.<sup>32</sup>

En este tema, coincidimos a la letra con la posición de Wayar. Por un lado, cabe compartir la solución de la opinión mayoritaria: en las obligaciones nacidas de hechos ilícitos, los intereses corren a partir del momento en que cada perjuicio ha sido causado (que puede diferir del momento en que se cometió el acto lesivo). Mas por otra parte, para sostener esta tesis es innecesario y aún equivocado recurrir a la teoría de la mora, que no tiene aplicación en las obligaciones nacidas de hechos ilícitos. La solución propugnada surge del *principio de reparación integral*, que gobierna todo el sistema de responsabilidad

<sup>30</sup> Publicado en *JA*, 1943, I, 84.

<sup>31</sup> Publicado en *LL*, 93, 667.

<sup>32</sup> Este criterio fue definitivamente consolidado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (ver *Fallos* 246:76, 250:136).

civil argentino, y que manda indemnizar la totalidad de los daños que el obrar ilícito provoque (WAYAR, 2007).

## 6. La mora en el actual proyecto de reforma

Como anticipamos en la introducción del trabajo, el 27 de marzo de 2012 se presentó el Proyecto de Código Civil y Comercial. Éste dispone, en materia de mora:

*“ARTÍCULO 886.- Mora del deudor. Principio. Mora automática. La mora del deudor se produce por el solo transcurso del tiempo fijado para su cumplimiento.*

*ARTÍCULO 887.- Excepciones al principio de la mora automática. La regla de la mora automática no rige respecto de las obligaciones:*

*a) sujetas a plazo tácito; si el plazo no está expresamente determinado, pero resulta tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, el acreedor debe interpelar al deudor para constituirlo en mora;*

*b) sujetas a plazo indeterminado propiamente dicho; si no hay plazo, el juez a pedido de parte, lo debe fijar en procedimiento sumario, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor queda constituido en mora en la fecha indicada por la sentencia para el cumplimiento de la obligación.*

*En caso de duda respecto a si el plazo es tácito o indeterminado propiamente dicho, se considera que es tácito.*

*ARTÍCULO 888.- Eximición. Para eximirse de las consecuencias jurídicas derivadas de la mora, el deudor debe probar que no le es imputable, cualquiera sea el lugar de pago de la obligación.”*

Como se podrá advertir, se ha desdoblado el art. 509 en tres preceptos, y empleado una más técnica legislativa más depurada. La mora automática se consagra como auténtico principio general (no sólo para las obligaciones a plazo); se está al carácter tácito del plazo cuando se dude si se trata de éste o de plazo indeterminado propiamente dicho (asentando con ello la opinión mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia al respecto); y se zanja la discusión cuando se trata de *dettes quérables* (a nuestro juicio, adoptando la solución más injusta). Por lo demás, la regulación es idéntica, por lo que resulta de aplicación todo lo expuesto a lo largo del trabajo.

## 7. Conclusiones

La regulación de la mora es un tema de suma importancia en el Derecho de la responsabilidad civil. Las ocasiones en las que el deudor incurre en incumplimiento relativo son incontables, y en ellas la mora es precisamente la situación de retraso transitorio e imputable que refleja la responsabilidad del deudor.

El art. 509 del Código Civil modificado por la ley 17.711 se ocupa de la constitución en mora del deudor, requisito indispensable para que este estado se configure. Si bien no rechazamos de plano la redacción de la reforma, lo cierto es que adolece de defectos de técnica legislativa e incluso establece ciertas soluciones injustas.

Por un lado, traza una regla únicamente para las obligaciones a plazo (sin perjuicio de las excepciones que constituyen los casos de plazo indeterminado), dejando fuera de la regulación a otros

tipos de obligaciones y dando así lugar a la duda y a las interpretaciones divergentes. Este criticado punto sería subsanado, de aprobarse el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación presentado por el Poder Ejecutivo Nacional el 27 de marzo de 2012, por la depurada fórmula de su art. 886 que decididamente fija un principio rector en la materia.

Por otra parte, aunque la solución consagrada por el art. 509 reformado es justa para los casos de obligaciones a plazo indeterminado (tácito y propiamente dicho), nos parece que sólo debería establecerse el sistema de la mora *ex re* frente a supuestos de plazo *determinado cierto*. Ello así, porque son los únicos donde existe verdadera certeza sobre el acaecimiento del término: cuando el plazo es *determinado incierto*, aunque haya sido convenido expresamente por las partes, la *incertidumbre* sobre el momento preciso del vencimiento obsta a la justicia de la automaticidad y requiere *algo más*. La buena fe y el ejercicio regular de los derechos, principios rectores de la ejecución de las obligaciones, hacen precisa la interpelación, o cuanto menos un aviso por el acreedor al deudor; no es suficiente que éste se halle autorizado a demostrar que la mora no le es imputable (en cada caso concreto y soportando la carga de la prueba). El texto del actual proyecto de reforma no se encamina en esta dirección, sino más bien al contrario: la mora *ex re* regiría en obligaciones a plazo *incierto*, pues en éstas el *tiempo* ha sido *fijado* (en tanto convenido) por las partes.

Asimismo, tampoco resulta plausible el encuadre subjetivista del factor de atribución en materia de mora, ni que ésta se produzca de pleno derecho cuando el lugar de pago es el domicilio del deudor. Nuevamente, contraría la buena fe y el ejercicio regular de los derechos que, en la práctica, que al acreedor le sea sencillo no concurrir al domicilio del deudor (dejándolo automáticamente en mora, con las gravosas consecuencias que ésta implica), y que aquél deba demostrar la falta de cooperación (e incumplimiento a los *deberes secundarios de conducta*) del *accipiens*. Prueba que si no es imposible, es al menos muy difícil. Desde ya, surge evidente del art. 888 del flamante proyecto de Código Civil y Comercial que no es ésta la línea seguida por sus pensadores.

Deseamos que, mientras aquél no sea ley vigente sino un proyecto y haya lugar para el debate, las voces que suenen promuevan las soluciones legales más equitativas posibles.

## Bibliografía

- AGOGLIA, M. M. y otros (1993) *Responsabilidad por incumplimiento contractual*. Buenos Aires, Hammurabi, 1993.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1960) *Instituciones de Derecho Civil*. Barcelona, Bosch, 1960.
- ALTERINI, A. A. (1970) "El derecho de las obligaciones en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil". En *JA*, 1970, Doctrina, 210-224.
- ALTERINI, A. A. y otros (1995) *Derecho de Obligaciones civiles y comerciales*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001.
- ANASTASI, L. (1959) "La interpelación como requisito de la mora". En *JA*, 1959, VI, 631-632.
- BOFFI BOGGERO, L. M. (1973) *Tratado de las Obligaciones*. Buenos Aires, Astrea, 1973.
- BORDA, G. A. (1969) "La reforma al Código Civil: Mora". En *ED*, 1969, 29, 751-761.
- — (1971) *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Buenos Aires, La Ley, 2008.
- BUERES, A. J. (1989) "Responsabilidad contractual objetiva". En *JA*, 1989, II, 964-985.
- BUSSO, E. B. y otros (1955) *Código Civil anotado*. Buenos Aires, EDIAR, 1955.
- BUSTAMANTE ALSINA, J. (1972) *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.
- — (1977) "La mora del deudor y la concepción dinámica del patrimonio". En *LL*, 1977, D, 841-848
- — (1984) "Los jueces y las leyes justas". En *Responsabilidad civil y otros estudios*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1984, 479-486.
- CALVO COSTA, C. A. (2009) *Derecho de las obligaciones*. Buenos Aires, Hammurabi, 2009.
- CAZEAUX, P. N. (1969) "La mora del deudor". En *Lecciones y Ensayos*, 1969, 40-41, 97-121.
- — (1971) "La mora. (Art. 509)". En MORELLO, A. M. – PORTAS, N. L. (coords.) (1973) *Examen y crítica de la reforma del Código Civil. 2 - Obligaciones*. La Plata, Librería Editora Platense, 1973, 1-35.
- CIFUENTES, S. (dir.) – SAGARNA, F. A. (coord.) (2003) *Código Civil. Comentado y anotado*. Buenos Aires, La Ley, 2008.
- COLOMBRES GARMENDIA, I. (1974) "Algo más sobre la mora automática". En *LL*, 1974, 152, 489-492.
- COMPAGNUCCI DE CASO, R. H. (1995) "Comentario al art. 509 del Código Civil". En BUERES, A. J. (dir.) – HIGHTON, E. I. (coord.) *Código civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Buenos Aires, Hammurabi, 2004, 111-118.
- GAGLIARDO, M. (1979) *La mora. Estructura y alcances*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.
- GARRIDO, R. C. (1971) "La mora en la ley 17.711", en *ED*, 1971, 36, 881-885.
- GRECO, E. R. (1971) "La mora del deudor en la reforma de 1968". En *Revista del notariado*, 1971, LXXIV, 716, 475-519.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (1976) "La mora en las obligaciones puras y simples". En *LL*, 1976, A, 408-415.

- LAFAILLE, H. (1947) *Tratado de las Obligaciones*. Buenos Aires, Ediar, 1947.
- LLAMBÍAS, J. J. (1973) *Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones*. Buenos Aires, Perrot, 1973.
- MAYO, J. A. (1979) "Comentario al art. 509 del Código Civil". En BELLUSCIO, A. C. (dir.) – ZANNONI, E. A. (coord.) *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, 1993, 389-397.
- MOISSET DE ESPANÉS, L. (1968) "La mora y la reforma". En *JA*, 1968, V, Doctrina., 794-803.
- — (1980) "Reflexiones sobre la mora automática, resolución por incumplimiento y purga de la mora". En *ED*, 1980, 86, 502-506.
- MOISSET DE ESPANÉS, L. – MERINO, E. (1972) "Reflexiones sobre la clasificación de los plazos, la mora y la obligación de inscribir una transferencia de automotores", en *ED*, 1972, 41, 1003-1008.
- PADILLA, R. A. (1996) *Responsabilidad civil por mora*. Buenos Aires, Astrea, 1996.
- PIZARRO, R. D. (2000) "La mora del deudor en el proyecto de Código Civil de 1998". En *JA*, 2000, I, 972-990.
- PIZARRO, R. D. – VALLESPINOS, C. G. (1999) *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*. Buenos Aires, Hammurabi, 1999.
- RACCIATTI, H. (1969) "Algunas observaciones sobre la reforma del Código Civil en materia de mora (A propósito del nuevo texto del artículo 509)". En *JA*, 1969, Doctrina, 234-237.
- RAFFO BENEGAS, P. y SASSOT, R. (1970) "Mora (art. 509 del Código Civil)". En *JA*, 1970, 763-767.
- RAMELLA, A. E. (1971) "La mora: doctrina en torno al nuevo art. 509 del Código Civil". En *LL*, 1971, 140, 1027-1044.
- ROCCA, I. (1962) "La mora y sus efectos". En *LL*, 1962, 108, 617-620.
- SALVAT, R. M. – GALLI, E. V. (1953) *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones en general*. Buenos Aires, Tea, 1953.
- TEJERINA, W. (1971) "Insuficiencia de la reforma del art. 509 en relación a las obligaciones sin plazo convencional". En *LL*, 1971, 141, 840-848.
- TRIGO REPRESAS, F. A. – COMPAGNUCCI DE CASO, R. H. (dirs.) (2005) *Código Civil comentado. Obligaciones*. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005.
- WAYAR, E. C. (1980) "La mora del deudor cuando su domicilio es el lugar de pago". En *LL*, 1980, C, 1129-1141.
- — (2002) *Derecho civil. Obligaciones*. Buenos Aires, Depalma, 2002.
- — (2007) *Tratado de la mora*. Buenos Aires, Lexis Nexis Argentina, 2007.
- VENINI, J. C. (1983) "La situación jurídica de mora". En *JA*, 1983, III, 767-787.

# **LA INSTITUCIÓN PRESIDENCIAL EN EL SISTEMA POLÍTICO ARGENTINO**

## **Una plataforma de investigación Razón y Diseño**

**Por Alberto Castells**

### **RESUMEN**

Observadas las limitaciones que afectan el conocimiento de la institución presidencial en el sistema político argentino, procede encarar su tratamiento integral, focalizando la indagación en sus dos campos de aplicación : la estructura básica del instituto presidencial y el desempeño del principal agente de autoridad.

### **PALABRAS CLAVE**

Sistema político argentino - hiperpresidencialismo - estructura - función.

# **THE PRESIDENTIAL INSTITUTION POLITICAL SYSTEM IN ARGENTINA**

## **A research platform Reason and Design**

**By Alberto Castells**

### **SUMMARY**

Once analyzed the limitations that affected the presidential institution in the Argentine political System knowledge, proceeds to approach its integral treatment, focusing the inquiry on its two main application fields: the basic structure of the presidential function and the performance of the principal agent of authority.

### **KEY WORDS**

Argentine political system - "hiperpresidencialismo" - structure - function -

# LA INSTITUCIÓN PRESIDENCIAL EN EL SISTEMA POLÍTICO ARGENTINO

## Una plataforma de investigación Razón y Diseño

Por Alberto Castells\*

### PRESENTACIÓN

El registro de los esfuerzos aplicados al estudio de la institución presidencial en el sistema político argentino y el relato de las actividades científicas que venimos desarrollando, ilustran sobre los propósitos que nos impulsan en este inédito intento académico e institucional.

En apoyo a iniciativas de nuestra autoría, el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, CONICET, promueve una línea de investigación dedicada al estudio de las instituciones políticas fundamentales. La intención inicial y determinación final de los estudios puestos bajo nuestra titularidad, procura la actualización de los instrumentos requeridos para el análisis de los problemas institucionales a la luz de los conocimientos teóricos en estado de transferencia y en condiciones de aplicación.

En directa conexión con esa línea de investigación de gran alcance, tenemos en curso algunos estudios autónomos con asiento en distintas universidades y centros de investigación del país<sup>1</sup>.

En ese espacio tan relevante de la cultura política, procuramos observar la institución presidencial argentina tratando de extraer generalizaciones y proyectar tendencias que, obtenidas con ayuda de la ciencia, puedan quedar a disposición de quienes propongan incorporarlas al campo institucional.

El trabajo que presentamos ofrece un estado de situación sobre el pasado y el presente de la institución presidencial, seguido de una plataforma de investigación, cuya razón y diseño habilitan una

---

\* El autor es abogado y doctor en Jurisprudencia. Es investigador principal del Conicet con adscripción al Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja". Es profesor de Teoría Política y de Derecho Constitucional en niveles de grado y de posgrado. Es autor de tres libros y un centenar de artículos vinculados con sus especialidades. Publica notas de divulgación científica en el diario La Nación. Es evaluador de tesis doctorales en diversas universidades, de becarios e investigadores del CONICET, de licenciaturas y doctorados en CONEAU.

<sup>1</sup> En el marco de la plataforma de investigación se iniciaron estudios que contaron con la participación de la Dra. Marta Biagi; el Dr. Roberto Guisández; el abogado Gregorio Halaman; la Pfra. Ada Julia Masullo Olmedo, profesionales del CONICET; así como de la Dra. Constanza Mazzina y Lic. Enrique Díaz Leimbacher. Nos complace expresar nuestro reconocimiento por sus invaluables contribuciones teóricas y metodológicas, así como por el esfuerzo aplicado al relevamiento de información y recuperación en bases de datos científicos.

propuesta de indagación empírica que sin haber agregado un conocimiento nuevo ofrece un mensaje diferente.

## I

**PASADO Y PRESENTE DE LA INSTITUCIÓN PRESIDENCIAL***Situación*

La discusión sobre el papel que desempeña quien detenta la titularidad del poder ejecutivo cobra actualidad como cuestión problemática que trasciende el interés de los especialistas y recibe la atención de los ciudadanos. El eje central del debate apunta al régimen presidencial argentino conducido por una autoridad personal y enérgica, que se impone sobre los restantes poderes del estado y no pocas veces sobre la debilitada trama del tejido social. El dato que define el problema suele asociarse a la experiencia vivida en la Argentina actual sometida a la sobrecarga de las demandas y atemorizada por el fantasma del desgobierno.

En ese complejo escenario, la máxima autoridad ejecutiva es visualizada como la figura solitaria que despliega una actividad mayor a la humanamente soportable, cargando en sus espaldas todo el peso de la responsabilidad política y conduciendo a sus hombres y mujeres por caminos sembrados de escollos y tropiezos. La impresión que deja ese complejo estilo de conducción cobra fuerza en el imaginario social de nuestros días, toda vez que la institución gobierno es observada por la ciudadanía con sentimientos contrapuestos y rótulos alusivos que exaltan su desempeño o cuestionan su actuación.

Nada autoriza a afirmar, sin embargo, que nuestros presidentes más recientes sean los artífices exclusivos de ese estilo de gobierno marcado a fuego por la fuerte centralización del mando. Por el contrario, la práctica impuesta por imperio de circunstancias difíciles de eludir cuando se manejan las riendas del poder, echa raíces en un régimen institucional instalado desde tiempos inmemoriales en la vida política del país.

*Historia*

Al traer a escena la autoridad presidencial, la literatura de varias generaciones de estudiosos nos revela que ese tipo de poder concentrador mucho le debe a la tradicional cultura de dominación, cuyas raíces profundas y sólidas estructuras, reaparecerían una y otra vez con rostros nuevos y estilos diferentes<sup>2</sup>. Así, la simetría de la historia nos prodiga sus evidencias ejemplares, vinculando la recurrente preeminencia

---

<sup>2</sup> . En enfoques teóricos como el nuestro, los marcos institucionales tienden a tener una vida propia y no sólo perduran a lo largo del tiempo sino que, además, son resistentes a los deliberados intentos de modificación. Para explicar el fenómeno desde nuestro punto de vista –universalizado por los estudiosos a través de los enfoques *neoinstitucionalistas*- no basta con analizar lo que sucede en el “día a día” de la conducción política, sino que es

presidencial de nuestro tiempo con la antigua figura del virrey; con la autoridad intensa de los secretarios, triunviros y directores de los primeros gobiernos patrios; con la irrupción carismática de los caudillos "gobernadores-propietarios"; con los gobiernos fuertes en los tiempos de la Organización Nacional, con la tendencia dominante instalada en el convulsionado siglo XX. Cuando en las puertas del tercer milenio se puso en cuestión la asimétrica correlación de fuerzas, la Constitución reformada en 1994 incorporó entidades nuevas y asignó facultades compartidas que ni en el fondo ni en la forma alteraron la proyección histórica de la concentrada autoridad presidencial<sup>3</sup>. Con el poder de la analogía, Juan Bautista Alberdi asumía el dicho atribuido a Simón Bolívar para afirmar que nuestra república necesitaba "...reyes con el nombre de presidentes". Con la seducción de la metáfora un prestigioso constitucionalista del siglo XX llegó a calificar a nuestro presidente como "...un heredero legítimo del virrey"<sup>4</sup>.

Como acaso nunca antes, la concentración del poder estalla hoy, rebajando hasta el nivel de caricatura al tradicional sistema presidencial<sup>5</sup> que reconocidos estudiosos califican como un régimen *hiperpresidencialista*, diferenciado en su modalidad vernácula y recurrente por su permanencia inalterada<sup>6</sup>.

---

necesario –además– investigar qué herencias históricas condicionan la trayectoria en curso. (Rovira Kaltwasser, *en línea*, s.f.).

<sup>3</sup> . Ref. al llamado "*Pacto de Olivos*" celebrado entre el entonces presidente Carlos Menem y el ex presidente Raúl Alfonsín. Como resultado del "*Pacto...*" se llevó a cabo la reforma constitucional de 1994 y como fruto de la "negociación" se proponía cierta atenuación del concentrado poder presidencial a cambio de la inmediata reelección presidencial por cuatro años más.

<sup>4</sup> . Sobre la concepción alberdiana del poder ejecutivo remitimos a la siguiente nota. El constitucionalista Juan Antonio González Calderón afirmaba que "El ejecutivo argentino, tal como lo concibieron y organizaron los constituyentes, es descendiente legítimo del virrey español de la colonia; y es en esa lejana época donde deben buscarse el origen y las características de su vigor y poder actuales" (1931, III: 285); (Ramella, 1982: 734).

<sup>5</sup> . El pasaje del sistema presidencial al régimen *hiperpresidencial* parecería responder a una cuestión de grado –¿o diferencia de naturaleza? –cuyo tránsito de una escala a otra no sería sin embargo de fácil resolución. En sintonía con la estrategia alberdiana de la "república verdadera" –nunca lograda– no quedaría otra alternativa que situar el *hiperpresidencialismo* –manifestación concreta de la "república posible"– en el marco del sistema *presidencialista* –expresión ideal de la "república verdadera"–. Sin embargo quedaría en pie un interrogante : Dado que la "república verdadera" nunca fue alcanzada ¿es impensable imaginar que Alberdi pudo haber concebido la "república posible" como asociada a las instituciones autocráticas –léase "monárquicas"– de cuyo seno emergería?. Vamos a sus textos para reconocer su propuesta –¿e intención?– : "...[el pueblo chileno] ... ha encontrado en la energía del poder del presidente las garantías públicas que la monarquía ofrece al orden y a la paz... [Los ha dado] por medio de un poder ejecutivo vigoroso, es decir, de un poderoso guardián del orden [...]. Alberdi ilustraba tales afirmaciones con el famoso dicho atribuido a Simón Bolívar : '*Los nuevos Estados de la América antes española necesitan reyes con el nombre de presidentes*'. Más adelante, Alberdi dirá que "[Chile] ha resuelto el problema sin dinastías y sin dictadura militar, por medio de una constitución monárquica en el fondo y republicana en la forma"; para agregar que "*La república no puede tener otra forma cuando sucede inmediatamente a la monarquía; [...] es preciso que el nuevo régimen contenga algo del antiguo*". (Alberdi, 1852-2002: IV, XII,XXV). Como elocuente reafirmación de nuestro presidencialismo "fuerte", el reconocido historiador del derecho Abelardo Levaggi afirma que la cláusula que atribuye al presidente la jefatura suprema de la Nación, había sido tomada por Mariano Egaña – principal autor de la Constitución chilena de 1833– de la Constitución del Imperio del Brasil de 1824, donde tal jefatura suprema era un atributo del emperador. O sea –dice– que el presidente argentino vino a ser investido de una facultad digna de un emperador. (Levaggi, 2011: 188, 191) Según este punto de vista, más que como deformación del régimen presidencialista, el *hiperpresidencialismo* podría ser concebido como derivación de la ancestral cultura política autoritaria revestida de un ropaje que en las formas remeda al régimen presidencialista "puro".

<sup>6</sup> . Como el concepto *hiperpresidencialismo* surge con frecuencia en el curso de la conversación académica, se podría creer que los iniciados –no así el gran público– conocen su significado, por lo que sería superfluo definirlo. Sin embargo, los conceptos que representan cosas, suelen ser ambiguos y el lego que los expresa, tal y como los recibe

*Problema*

Asumiendo la concentración del mando presidencial como un fenómeno de impactante actualidad, algunas preguntas asoman con lógica evidencia : ¿Puede la sola autoridad presidencial sobrellevar con posibilidades de éxito la inmensa tarea de conducción y de gestión que demanda la nave del Estado? ¿Es conveniente que una sola persona, legitimada por la espada del triunfo electoral, esté investida con la totalidad del mando?. Sin desechar estos *epifenómenos* indiscutidos, vienen a la mente dos cuestiones presupuestas y de especial resolución : ¿Cuál es la base estructural sobre la cual reposa nuestro régimen político presidencialista? ¿No deberíamos preguntarnos si ese tipo de régimen político es el más conveniente para nuestra incipiente democracia? Aunque estos interrogantes tienen importantes implicancias en orden a la organización y funcionamiento del sistema político en su conjunto, poco se sabe sobre las causas de un fenómeno cuyas rémoras, contradicciones y rupturas ensombrecen el horizonte político y comprometen la vida institucional.

Anunciadas las limitaciones prácticas que afectan el reconocimiento y caracterización de la institución presidencial, presentaremos un diseño que llegando a las raíces mismas del atípico y exclusivo presidencialismo vernáculo, focalice la indagación en sus dos campos de gran alcance : la estructura básica del instituto presidencial y el desempeño del principal agente de autoridad.

Sin más trámite pasamos a la nueva propuesta de investigación.

---

del uso habitual sin pasar por el tamiz que hay detrás, se expone a las más lamentables confusiones. Digamos entonces que el sustantivo *presidencialismo* se justifica atendiendo a la estabilidad e independencia de que goza el poder ejecutivo, de acuerdo al sistema presidencial; mientras que la partícula adjetival *hiper* responde a la fuerte concentración de poder en manos del poder ejecutivo unipersonal. (Herrero de Miñón, 1971). El *hiperpresidencialismo* es, entonces, el régimen político cuyo estilo de gobierno se aproxima como ningún otro a los sistemas hegemónicos –finalmente autoritarios- entendiendo que son tales porque, más allá de la duración del régimen, mantienen concentradas las decisiones en el poder ejecutivo (cfr. Botana, 1988, 2008a,b,c; 2012). En cuanto al uso del término *hiperpresidencialismo*, se asiste últimamente a su amplia difusión y aceptación. Así, su registro y descripción es abordado por Juan Linz y Arturo Valenzuela (1997) y por Carlos Santiago Nino (1992 a). En la aplicación a nuestro régimen político, el concepto recorre el camino de la divulgación a nivel de periodismo especializado. Así, lo mencionan en sus notas de opinión, entre otros, Sergio Berensztein, Roberto Gargarella, Pedro J. Frías, Javier Ortí-Carlos Vera, Fernando Bustamante; Antonio Hernández; Ivana Rossi -Martín Bohmer, Rosendo Fraga, Carlos Acuña, Hilda Sabato. Enriquece la información Eduardo Zimmermann quien usa el neologismo "hiperdecisionismo" aplicado al ex-presidente Néstor Kirchner (2006: 1 y 14). Otra denominación alternativa que hace camino es la de "presidencialismo absoluto" atribuida a los economistas Ricardo Ferraro y Luis Rappoport (2008).

## II

***RAZÓN Y DISEÑO DE UNA PLATAFORMA DE INVESTIGACIÓN*****Introducción**

El estudio que dedicamos a la institución presidencial argentina responde a una vacancia del conocimiento cuyas consecuencias directas o indirectas interpelan al sector académico e impactan en el campo institucional. El impulso de oportunidad que alienta la indagación se apoya en algunas constataciones así fundadas:

- En el campo de los estudios dedicados a la institución presidencial argentina se asiste a un conocimiento degradado cuyas líneas temáticas e instrumentos metodológicos impiden incursionar en los factores que vertebran su alta complejidad estructural<sup>7</sup> Como manifestaciones de esa malversación del saber acusamos síntomas tales como : la complacencia metafísica en la observación de los fenómenos sociales; los exámenes sumarios a partir de intuiciones superficiales; las amplias generalizaciones insusceptibles de ser probadas; las referencias de segunda mano indisponibles para el análisis; la ponderación de lo universal y abstracto con indiferencia hacia lo histórico y concreto<sup>8</sup>.
- Al trasladar la observación del campo temático a la reflexión de los estudiosos, se advierte la poca atención que los teóricos y prácticos dedican al tratamiento de la institución presidencial<sup>9</sup>. Así, en

<sup>7</sup> . Contrariamente a lo que ocurre en países como Francia, Finlandia, Estados Unidos, Chile, México –por citar algunos, entre muchos más- en la Argentina están ausentes los estudios sistemáticos de largo alcance dedicados a la institución que nos ocupa. En efecto, al recorrer nuestra escasa bibliografía, anotamos como probable precursor entre nosotros a Octavio Amadeo quien en 1934 ofrecía un interesante estudio inicial sobre el conjunto de los presidentes argentinos anteriores a su propio tiempo. Saltando etapas a grandes pasos, destacamos como estudioso actual del poder ejecutivo en perspectiva institucional comparatista a Mario Daniel Serrafiero quien, en su condición de investigador del Conicet, lleva realizada una promisoriosa labor en este campo. No podemos dejar de mencionar los estudios institucionales del malogrado Guillermo Molinelli (1999). Por nuestra parte, y como parte de nuestro Programa sobre Instituciones Políticas Fundamentales, disponemos de un “estado del conocimiento” -inédito- sobre la institución presidencial y sus cultores, con desagregación del conjunto de los ejes teóricos y prácticos que la integran. Actualizados a la fecha los contenidos de dicha pieza documental revelan que la literatura relativa al régimen presidencialista argentino ha tenido un carácter histórico y jurídico, ensayístico o narrativo, expuesto alternativamente en suscintos capítulos de libros; exhibido en artículos de opinión; glosado en crónicas ocasionales; comentado en reportajes de actualidad (Castells, 2006; Serrafiero, 1993: IV). El género literario que no podemos dejar de mencionar -por privilegiar la visión de conjunto- nos remite a las obras de estudiosos reconocidos como Gustavo Gabriel Levene, Félix Luna, Mónica Deleis-Ricardo de Titto-Diego L. Arguindeguy.

<sup>8</sup> . Estado de situación inédito que condensa el diagnóstico ampliado, y que fue ofrecido por el autor en las exposiciones orales del Doctorado en Ciencia Política de la Universidad del Salvador. Facultad de Ciencias Sociales en el año académico 2009.

<sup>9</sup> . Una muestra elocuente de la atención puesta en la investigación de la institución presidencial, es ofrecida, a título de contrastación, por los estudios teóricos y empíricos sobre el sistema presidencial norteamericano a través de una legión de cultores que supera los cien investigadores. Dichos estudios toman como universo de análisis a los presidentes que históricamente pasaron por la Casa Blanca –desde George Washington hasta George W. Bush- (Rubenzer, 2004).

el sector institucional proliferan los expertos que ensayan diseños desde configuraciones fragmentarias y ópticas parciales carentes de una seria y efectiva resolución. En el campo académico se acusa la ausencia de estudiosos que sobresalgan por sus contribuciones institucionales, sin que se escuchen voces autorizadas reclamando a los especialistas que se entreguen a su estudio<sup>10</sup>.

El impacto provocado por las consecuencias de tales carencias –inquietantes desde un punto de vista científico y limitativas de los recursos correctivos disponibles- da impulso a esta nueva plataforma que tiende a clausurar semejante estado de cosas, *deconstruyendo* los conceptos canónicamente consagrados y superando las interpretaciones convencionales.

### Objetivo general

Nuestra plataforma de investigación de gran alcance enmarca dos campos de investigación que son objeto de especial interés : la estructura de la institución presidencial y la actuación del principal agente de autoridad. En los estudios que los comprenden asociamos un conjunto de categorías constantes y variables que definen y dan razón del régimen político argentino en su versión *hiperpresidencialista*. Al ser parte de una misma “área de vacancia”, cada línea de investigación, si bien es una unidad en sí misma, estudia aspectos relacionados con el fenómeno común –el *hiperpresidencialismo*-; razón por la cual la articulación de los estudios surgirá de la aplicación de ciertos criterios mínimos comunes. Esto permitirá compartir el intercambio de información básica entre los distintos módulos y dar respuesta a un mismo objetivo general desde perspectivas diferentes<sup>11</sup>.

### Nuevo enfoque

Para indagar en los dos campos de investigación que integran la plataforma de gran alcance, proponemos transformar su representación canónica en hipótesis a corroborar, de modo tal que su análisis quede enmarcado en su más amplia dimensión científica, representada en este caso por el círculo hermenéutico de estructura lógica y correspondencia empírica.

---

<sup>10</sup> . Hacemos notar que el inicio de los procesos de re-democratización en los países latinoamericanos en la década de los años ochenta, trajo aparejadas nuevas oportunidades de investigación en el campo de las ciencias sociales, preocupadas por la consolidación de las incipientes democracias en transición. Las formas de gobierno y los mecanismos de funcionamiento, recuperados en su estudio por nuevos enfoques institucionales –no atendidos durante largo tiempo- vuelven a alcanzar un lugar protagónico y central en la década del noventa. América Latina se presenta entonces como un interesante escenario para encarar investigaciones en ese rango institucional. Entre los temas frecuentados, el *presidencialismo* ingresa como protagonista estelar en la corriente de investigación que pone el acento en diversas variables institucionales. (Lechner, 1987; Smith, 1992). Para un estado del conocimiento actualizado al tiempo de su publicación, véase Mario Daniel Serrafiero (1993).

<sup>11</sup> . ref. Sautu, R. y Wainerman, C. *ob. cit.*

Para avanzar en la propuesta nos valemos de un nuevo paradigma que ya hemos aplicado en algunos de nuestros trabajos anteriores y que no pocos cultores de la ciencia asumen en sus estudios con suertes muy variadas<sup>12</sup>.

¿En qué consiste este nuevo paradigma aplicado a la institución presidencial? Pidiendo atención al lector, nos detendremos en algunas de sus adquisiciones básicas que, expuestas en conjunto, revelan nuestra actitud científica y sellan el estilo de la nueva empresa<sup>13</sup> :

Observamos la institución presidencial en su más amplia dimensión, teniendo presente que es la entidad de mayor jerarquía en nuestro sistema de gobierno<sup>14</sup>. El cuerpo de conocimiento que consideramos apropiado para su análisis integral comprende, desde la estructura, organización y funcionamiento del ente presidencial hasta la actuación y el comportamiento de su máxima autoridad. Procuramos que la indagación en cada una de sus instancias se realice con arreglo a los métodos de las ciencias positivas, de modo tal que sus presupuestos dogmáticos acrílicos se transformen en conjeturas respaldadas por la evidencia de los hechos. Con este cambio en la dirección de la mirada estamos en condiciones de extraer regularidades y proyectar tendencias que resulten válidas para el análisis aplicable a todos los gobiernos comprendidos en el estudio.

Expuesto el enunciado general, desagregamos sus factores componentes del siguiente modo :

- En nuestro estudio consideramos superada la aplicación en exclusiva de los paradigmas jurídico-normativos, bajo cuyas consignas prescriptivas de "deber ser" toman posición las concepciones metafísicas, las posturas ideológicas, los criterios de autoridad, toda vez que la producción científica queda teñida por las creencias, estimativas y actitudes que obviamente inspiran la comprensión de lo social. No se alarme el lector pensando que va a asistir a una demolición de los *epifenómenos* normativos. En nuestro intento por *desmitificar* la institución presidencial sólo tratamos de moderar la tradicional gravitación del campo jurídico formal, de modo tal que su análisis quede enmarcado en su más amplia dimensión global<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> . El mencionado enfoque llamado *neoinstitucionalismo*, -presentado *ut supra*- propone el estudio de las instituciones políticas y jurídica a través de un conjunto de ejes integrados entre sí, a saber : la estructura, organización y funcionamiento del instituto, completado con la actuación y el comportamiento de los actores.

<sup>13</sup> . En lo que sigue presentamos una síntesis compacta de categorías epistémico-teórico-metodológicas que, sin desmerecer una acreditada tradición institucional, se sitúan en convergencia con el más actual enfoque *neoinstitucional*.

<sup>14</sup> . v. *ut supra*, texto y notas 5, 6, 10.

<sup>15</sup> . En nuestro intento por *desmitificar* el instituto bajo examen, no partimos de una concepción a priori de la forma de gobierno y de un tipo ideal de presidente, sino que, tras la evidencia empírica de los hechos, empezamos por dibujar el perfil del gobernante como factor gravitante que nos permite ascender al régimen político y llegar al sistema de gobierno (Duverger, 1970). Nuevo punto de contacto con el *neoinstitucionalismo* cuyo antecedente -el viejo institucionalismo- elaboró un importante cuerpo de saber , anticipando los elementos estructural-normativos del gobierno como también sus instrumentos históricos y comparativos. En tal contexto, y en convergencia con el *neoinstitucionalismo*, utilizamos una metodología que es : a) institucional-descriptiva porque utiliza la observación de hechos y acontecimientos en instituciones específicas); b) jurídico-normativa porque incluye el estudio de las organizaciones formales); c) histórico-comparativa porque relaciona instituciones en distintos tiempos y para diversos países. (Enriquez, *en línea*, s.f.; Letamendía, 2002).

- Como superación de las “esencias” institucionales -de difícil captación empírica- tratamos de asumir una posición *relacional* entre categorías variables aplicadas a la observación de las estructuras de autoridad, las decisiones de gobierno, los procedimientos de actuación, el comportamiento de los actores, porque consideramos que en esos componentes funcionales y conductuales es donde se encuentran reflejadas las estimativas y valoraciones que determinan las preferencias y las opciones de los actores. Dicho de otro modo, tomamos en consideración las cosmovisiones, las ideologías y las creencias sólo cuando surgen del diseño institucional o se infieren del régimen político; y siempre que sean observables en base a datos empíricos disponibles<sup>16</sup>.

- Al visualizar el instituto presidencial como parte de un *sistema político* que está enraizado en la sociedad, lo vinculamos con factores *exógenos* tales como la estructura socioeconómica, las tradiciones culturales, los imaginarios sociales, todos ellos componentes que también proponemos capturar como hechos susceptibles de observación. Consideramos que el instituto presidencial es un emergente que resulta de un proceso psicosocial a través del cual es proyectado al protagonismo público y revestido de legitimidad, en tanto y en cuanto es percibido como representativo de la cultura prevaleciente en la sociedad en su momento de actuación<sup>17</sup>.

- El estatus asignado al estudio de la institución presidencial corresponde a la Ciencia Política, aunque varias disciplinas sociales podrían beneficiarse con los hallazgos de nuestro estudio. Cabe señalar que la investigación opera en un área situada entre la historia del pasado mediato y el análisis del presente inmediato, aplicando los conceptos que en función de una hipótesis permiten ordenar la sucesión de hechos de acuerdo con el grado de significación que revisten para el punto de vista politológico. Por lo tanto, aplicamos la perspectiva analítica -de la ciencia política- en lugar del enfoque descriptivo -de la historia- descontando que la descripción constituye una parte esencial del proceso de explicación<sup>18</sup>.

- Al emplazar el estudio de la institución presidencial en la evolución histórica de la que es consecuencia y resultado, hacemos dos señalamientos complementarios entre sí: Por una parte, proponemos conocer lo que *fue* por lo que *es*, tratando de no caer en el anacronismo académico de responder al “saber por el saber mismo”. Pero lejos de pretender extrapolar conceptos desde el presente, procuramos identificar constantes y variables que debieron estar implícitas en la actuación de los actores y

---

<sup>16</sup>. Aceptado que el análisis institucional se basa en razones pretendidamente objetivas, nos propusimos profundizar el estudio incorporando el factor “subjetivo” como un componente necesario, siempre por mediación de la ciencia. Véase al respecto la argumentación expuesta por Nelson Polsby (1986) y por Leonardo Morlino (1985). Para una referencia simplificada de este asunto, véase José Ruiz (1999).

<sup>17</sup>. La cultura -en su visión *macro*- opera como variable independiente tanto en el Programa de Instituciones Políticas Fundamentales como en el Programa de Investigación sobre Culturas Integradas, ambos bajo la titularidad del a. véase Castells (1986; 1998; 2002)

que, no obstante su inadvertencia, debieron formar parte de la propia lógica de la institución presidencial. Esta armonía entre las dos ciencias –la Historia y la Política– nos conduce a una interpretación más objetiva de la institución presidencial<sup>19</sup>.

- Al observar la institución presidencial tal cual es, no descartamos la posibilidad de mejorarla contando para ello con un tradicional recurso de *intervención* que hoy se encuentra prejuiciosamente postergado. Pero nos apresuramos en señalar que ese conocimiento de intervención tiene que ser científico, esto es, surgido de la observación de la realidad y siempre a partir de los hechos mismos. Quiere decir que nuestra propuesta no surge de juicios de valor orientados por un voluntarista “deber ser” sino que se funda en *juicios de hecho* ponderados desde la interioridad de la propia investigación<sup>20</sup>. Digamos entonces que en nuestro intento por mejorar la institución presidencial no pretendemos normalizar el régimen político existente y mucho menos instalar la utopía de una presidencia ideal. Nada de eso; sólo apuntamos al blanco sin disparar la flecha.

- Puestos a elegir la lente apropiada para comunicar los resultados obtenidos en nuestras investigaciones, privilegamos el campo de la socioantropología cultural, por considerar que a partir de la observación empírica que le es connatural, se ofrecen las mejores y más satisfactorias representaciones de la entidad. Supuesto que los tratamientos globales requieren comunicaciones también globales, ponderamos la dimensión *holística* mediante la cual cada campo específico de la acción social, una vez analizado y significado, es comunicado en su contexto de totalidad, cuyo efecto *macro* evita la fragmentación y dispersión tan frecuente en la literatura social de nuestro tiempo<sup>21</sup>.

Cada uno de estos recursos epistemológicos cuyas piezas se relacionan las unas con las otras, está destinado a operar como efecto impulsor de categorías analíticas que consideramos de óptima resolución.

---

<sup>18</sup> . Estatus politológico asignado por Natalio Botana a una Ciencia Política autónoma (1970).

<sup>19</sup> . Debemos absolver, al respecto, que este enfoque diacrónico-analítico –que integra el pasado dentro de su objeto material de estudio– no se ciñe a la metodología de la historia –a la que toma como disciplina auxiliar–; contrariamente al enfoque diacrónico-descriptivo que los cultores de la literatura política y del ensayo académico suelen aplicar cuando tratan problemáticas análogas a la nuestra.

<sup>20</sup> . Nuestro enfoque, situado en convergencia con el *neoinstitucionalismo*, se distingue, sin embargo, por el recurso de *intervención*, que debe ser científico, esto es, “extraído de la observación de la realidad y siempre a partir de los hechos mismos”. (Durkheim, 2001). Distinción que, cabe enfatizar, no alcanzamos a identificar en el enfoque *neoinstitucionalista* contemporáneo. (Pasquino, 1992).

<sup>21</sup> . El componente *holístico* remite, una vez más, a la comunidad *neoinstitucionalista*, uno de cuyos rasgos epistemológicos es el de comunicar contextos *macro* sobre varios procesos e instituciones a la vez; en lugar de transmitir contextos *micro* específicos y puntuales, esto es, de un solo componente por vez. (cfr. Pierson y Skocpol, *en línea*, s.f.).

## Modelo de investigación

Para dar cuenta de la concentración del mando ejecutivo, núcleo sólido de nuestro estudio, tratamos de hacer inteligible una globalidad de fenómenos políticos gracias al concepto de *hiperpresidencialismo* capaz de identificarlos y designarlos<sup>22</sup>. Entendemos por *hiperpresidencialismo* –en el marco del régimen *presidencial*- el estilo de gobierno conducido por una autoridad hegemónica que impone su voluntad sobre los restantes poderes del estado y no pocas veces sobre la debilitada trama del tejido social<sup>23</sup>. Advirtiendo que el concepto puede encerrar multiplicidad de significados, no pretendemos jerarquizarlo por medio de un juicio de valor sino que tratamos de comprenderlo por medio de un modelo de investigación. Por consiguiente, empleamos el *hiperpresidencialismo* como un concepto analítico, esto es, una noción operacional que tiende a aislar una dimensión específica del sistema político general. Dicho de otro modo, esa dimensión analítica existe con referencia a la forma de gobierno presidencial<sup>24</sup> que se expresa como concepto central del cual el *hiperpresidencialismo* constituye un concepto derivado. De donde surge que el *hiperpresidencialismo*, capturado en su organización y funcionamiento, constituye un campo de aplicación abarcativo pero no excluyente<sup>25</sup>.

Respondiendo a los objetivos de la investigación consideramos que la hipótesis de registro –el *hiperpresidencialismo*, ponderado como “ejercicio hegemónico del poder” - se presenta como una tendencia de verificación lineal y de baja complejidad, no obstante lo cual nos interesa establecer regularidades surgidas de la comparación entre las distintas presidencias y formular tendencias surgidas de la confrontación entre los distintos actores presidenciales.

---

<sup>22</sup> . véase lo expuesto *ut supra*, n. 18. En esta filiación disciplinaria hemos tomado en préstamo conceptos expuestos por el politólogo Natalio Botana en sus investigaciones sobre la legitimidad política aplicada, con propósitos analíticos, a los distintos tipos de regímenes políticos argentinos (Botana, 1970).

<sup>23</sup> . El concepto de *hegemonía política*, de uso habitual entre los científicos y vulgarizado por los iniciados en la materia, es aplicado entre otros –con cierta reserva- por Natalio Botana (1988, 2012). En cuanto a su origen, el concepto corresponde a Vladimir Illich U. Lenin, según la versión de Antonio Gramsci. En *Cuadernos de la Carcel*, éste afirma que “el principio teórico-político de hegemonía [...] es la mayor contribución teórica de V. Illich a la filosofía de la praxis”. En otro fragmento de la misma obra reconduce a la idea: “Es posible afirmar que la característica esencial de la filosofía de la praxis más moderna –refiriéndose a Lenin- consiste en el concepto histórico-político de hegemonía”. (Gramsci, 2001, 1: 145, 231).

<sup>24</sup> . Con propósitos analíticos, contrastamos, alternativamente, el régimen *hiperpresidencialista* –categoría específica- con el sistema *presidencialista* y con el sistema *parlamentarista* –categorías genéricas-, advirtiendo desde ya que el sistema *presidencialista*, como tipo “puro”, rara vez se encuentra en la realidad actual, contrariamente a lo que ocurre con el *parlamentarismo* “a la europea”. En otras palabras, observamos elementos centrales del *hiperpresidencialismo* mediante su puesta en parangón –alternativa de control- con los más abarcativos sistemas *presidencial* y *parlamentario* vigentes en países avanzados. Sobre la aplicación de tipos “puros” a la política, véase Max Weber (1979).

<sup>25</sup> . ref. Botana (1970)

## Unidad de análisis

Nuestra línea de investigación da cuenta del régimen presidencialista y de los actores presidenciales para un período de corte que empieza en 1916, con el primer gobierno surgido del sufragio universal, masculino, obligatorio y secreto; y que termina con el gobierno actual reelecto en 2011. En ese período, de larga duración diacrónica, se pone en escena un universo de treinta y un presidentes –de iure y de facto<sup>26</sup>– que detentaron el cargo y ejercieron sus funciones en treinta y cuatro presidencias instaladas en democracias inestables marcadas por endémicas crisis institucionales<sup>27</sup>. La laxitud del corte, que se corresponde con las distintas secuencias de los procesos políticos y que viene a coincidir con la periodización historiográfica generalmente aceptada, nos permite extraer generalizaciones y proyectar tendencias a partir de las realidades observadas y de las representaciones significadas<sup>28</sup>. Generalizaciones y

<sup>26</sup> . La inclusión en el universo de análisis de los presidentes de facto queda ampliamente justificada por varias razones. En primer lugar, un estudio interesado en la dimensión real de los acontecimientos históricos tiene que asumir a todos los protagonistas, porque cada uno de ellos representa un actor político y, como tal, justifica su inclusión como factor de un universo de análisis y no como parte de una *muestra* selectiva y acotada. En segundo lugar, cualquiera fuera el estatus institucional atribuido a los presidentes –desde “legítimos, *de iure*” hasta “dictadores –*de facto*”– en todo caso debieron ser incluidos como los “detentadores del poder” y los “agentes de autoridad” en sus respectivos momentos de actuación. En tercer lugar, la incorporación acumulativa se justifica porque no pocas decisiones normativas dictadas por los gobiernos militares se mantuvieron vigentes y en efectiva aplicación durante los gobiernos civiles posteriores, debiendo ser ellos incluidos como actores políticos en el universo de nuestros estudios.

<sup>27</sup> . Se advierte, en efecto, que la investigación no opera sobre una *muestra* de individuos técnicamente seleccionada, sino sobre una totalidad de actores previamente identificados en función de los períodos presidenciales de actuación. Por lo tanto, se analiza en forma unificada la figura de cada presidente, aún cuando haya ejercido más de un mandato presidencial. Tales, los casos de Yrigoyen, Perón y Menem. Asimismo y por la misma razón quedan excluidos del análisis: a) los presidentes que únicamente ejercieron interinatos : por ejemplo, Italo Argentino Luder en reemplazo de María Estela Martínez de Perón (13/09/1975); Carlos Alberto Lacoste tras la deposición de Roberto Eduardo Viola (11/12/1981); b) no se consideran aquellas figuras que no alcanzaron a ejecutar políticas o a tomar decisiones por tratarse de designaciones abortadas : por ejemplo, la designación de Elpidio González en lugar de Hipólito Yrigoyen (29/09/1930); la de Arturo Rawson, antes de Pedro Pablo Ramírez (4/06/1943); la de Raúl Poggi anticipándose a José María Guido (29/03/1962); c) también se excluye a quienes intervinieron en decisiones de traspaso de poder : designación de Pascual Pistarini en la Junta de Comandantes (28/06/1966); presidencia interina a cargo de Alfredo Saint Jean (21/06/1983); d) por último “salteamos” a tres presidentes que ejercieron la titularidad del Poder Ejecutivo durante períodos de insólita fugacidad tras la renuncia del Fernando de la Rúa (20/12/ 2001. Por entonces fueron ungidos Ramón Puerta presidente por dos días (del 20/12/2001 al 23/12/2001); Adolfo Rodríguez Saá, presidente por siete días (del 23/12/2001 al 30/12/2001); y Eduardo Camaño, presidente por un día (del 31/12/2001 al 2/01/2002). Suele decirse que la Argentina tuvo “cinco presidentes en diez días”. En realidad, de acuerdo con la Ley de Acefalía vigente ni Ramón Puerta ni Eduardo Camaño fueron presidentes sino altos funcionarios del Congreso de la Nación que actuaron constitucionalmente con el título que les confería el cargo que ocupaban en las Cámaras, con el agregado “...en ejercicio del Poder Ejecutivo”. (Mendelevich, 2010).

<sup>28</sup> . A la luz de las profundas diferencias, incluso generacionales, entre los treinta y un presidentes de registro, cabe preguntarse si tiene sentido contemplar a estos individuos al mismo tiempo o en el mismo texto, dado que unos se presentan como “líderes innovadores” mientras otros fueron “gestores de lo existente”. En el presente estudio sostenemos que se entienden mejor los logros de figuras tan variadas si, en primer lugar, ponderamos en qué sentido eran semejantes y, en segundo lugar, si ponemos en foco puntos intermedios entre estas figuras, tan prototípicas y singulares. Si bien una manera de entender el *continuum* es examinando los polos extremos, podemos llegar a comprender mejor el fenómeno crucial del *hiperpresidencialismo* si examinamos el abanico de casos, esto es, la serie de individuos que abarca el continuo y si registramos aspectos de su trayectoria y rasgos de su personalidad.

tendencias extraídas de la mencionada unidad de análisis que no deberían extrapolarse sin más para su eventual aplicación a otros regímenes históricos o contemporáneos.

## Métodos y Técnicas

Sin incurrir en transgresión a las convenciones usuales en materia científica, proponemos utilizar las vías y procedimientos que sean funcionales con el objeto de indagación, en lugar de limitarnos a la aplicación de un método único que sea válido para cualquier objeto material de estudio. Por tal razón, ningún procedimiento, aunque garantizado por su validez científica, nos eximirá de considerar las circunstancias concretas de cada cuestión sometida a examen. Nada mejor que el divulgado concepto de *triangulación* para dar cuenta de la relatividad metodológica y para compensar el sesgo inherente a cada uno de los procedimientos intervinientes<sup>29</sup>.

A) A título ilustrativo ofrecemos algunos ejemplos de la complementariedad metodológica que proponemos para el mejor desarrollo de nuestras investigaciones. Nos valemos de un método inductivo para ascender desde la observación de los fenómenos o hechos de la realidad a los enunciados generales que los explican; o bien aplicamos un método deductivo para descender de enunciados de carácter general a los fenómenos o hechos de la realidad que los contienen. Utilizamos el procedimiento analítico cuando intentamos observar las características de un objeto complejo a través de la desagregación de las partes que lo componen; y aplicamos el procedimiento sintético cuando nos disponemos a recomponer las particularidades en un todo claro, preciso y pertinente. Cuando pretendemos explicar las frecuentes relaciones existentes entre los hechos políticos, jurídicos, sociales y los contextos históricos en que acontecen, proponemos utilizar la falsación hermenéutica interpretativa; y con frecuencia tratamos de expresar matemáticamente los fenómenos ocurrentes, a través de algún método estadístico-cuantitativo que nos provea precisión y rigor en las interpretaciones. Hemos limitado el enunciado de ejemplos metodológicos que los especialistas extienden a un número incontable de imposible inclusión en esta sede<sup>30</sup>.

B) El fenómeno *hiperpresidencialista* ocurre y los hechos lo confirman, de modo que los datos están ahí y simplemente hay que buscarlos a través del relevamiento de información. Eso es lo que hacemos con aplicación de los instrumentos pertinentes. Desde esa posición, privilegamos la técnica de la observación documental a través de fuentes primarias y secundarias. Mediante su aplicación pretendemos identificar : a) Documentos que constituyen hechos en si mismos generados por actores calificados; b)

<sup>29</sup> . Para un desarrollo ilustrativo del segmento metodológico, véase Alex Mucchielli (1996).

<sup>30</sup> . *ibid*, *pari passu*. Para métodos específicos, véase Howard Gardner (1998); Roberto Hernández Sampieri, Carlos Fernández Collado, Pilar Baptista Lucio, (1996); Ezequiel Ander-Egg, (1995).

Documentos que proporcionan información sobre los hechos a analizar; c) Intérpretes calificados que merecen crédito respecto de los hechos registrados; d) Representaciones teóricas y empíricas de los hechos con evaluación en orden a pertinencia. En todos los casos relevamos el canon bibliográfico teniendo en cuenta a los especialistas más representativos del saber convencional y a los estudiosos que se destacan por sus posiciones emergentes. Para los acontecimientos recientes, que son aún "historia viva", ponemos especial atención en la información de hemeroteca, por considerar que la documentación registrada por la prensa escrita puede brindarnos una comprensión más fina de las presidencias más recientes<sup>31</sup>.

### III

#### ***LAS GRANDES LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN***

Consecuente con la nueva plataforma de investigación, dos campos de indagación son objeto de nuestro especial interés. Por un lado concentramos la atención en el *régimen presidencialista*, por ser el producto histórico que tomó forma a partir de las atribuciones conferidas por el ordenamiento constitucional. Por el otro, observamos al *actor presidencial*, por tratarse de un ícono emblemático, singular e irrepetible, que integra el campo de la cultura institucional. La primera dimensión recibe la atención permanente de nuestra programación general global; la segunda dimensión remite a un conjunto de estudios específicos y puntuales. Consideramos que esta suma de conocimiento obtenida a través de una constelación de objetos vinculados entre sí, donde unas piezas se explican por las otras, puede atribuir mayor precisión, objetividad y legitimidad al conocimiento de la institución presidencial<sup>32</sup>.

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN :

#### ***EL RÉGIMEN PRESIDENCIAL***

Puestos a probar el *hiperpresidencialismo* como un fenómeno permanente de nuestra realidad política, prestamos atención al sistema político en sus dos grandes rangos *endógenos*, esto es, constitutivos específicos del campo puesto a examen. En primer lugar, exploramos categorías *estructurales* de

<sup>31</sup> . ref. Botana (1970).

<sup>32</sup> . La formulación conceptual de las categorías de análisis en cada una de las líneas de investigación contó con la participación del abogado Gregorio Halaman, Profesional Principal del Conicet, quien se desempeña bajo la dirección del autor.

organización –constantes- tales como las prescripciones jurídico-normativas que vertebran el inalterado régimen políticos a través del tiempo. En segundo lugar, indagamos en las categorías *funcionales* de actuación –variables-, que en cada presidencia dan cuenta del momento histórico de intervención, los modelos políticos diferenciados, los procesos decisionales contingentes<sup>33</sup>.

Tanto las primeras como las segundas categorías de análisis, son factores determinantes del *hiperpresidencialismo* configurador del régimen político argentino. Al tomar esta decisión nos diferenciamos de la mayoría de los estudiosos, quienes al analizar el régimen *hiperpresidencialista* conciben las categorías funcionales como determinantes principales, negando tal condición a las categorías estructurales o asignándoles un estatus meramente residual<sup>34</sup>.

## Objetivos

Como objetivo general de los estudios proponemos investigar las categorías estructurales y funcionales, consideradas factores determinantes del régimen político *hiperpresidencialista*

Como objetivo específico proponemos medir la incidencia de las múltiples variables históricas, jurídicas, políticas, sociales, que componen las mencionadas categorías estructurales y funcionales.

Del objetivo, tanto general como específico, se desprenden metas particulares tales como : la obtención de un cuerpo sistematizado de contenidos teóricos con base empírica, destinados a cumplir fines científicos y académicos; así como la obtención de insumos de ingeniería institucional requeridos para una eventual normalización a partir del *hiperpresidencialismo* como forma de gobierno.

## Contenidos

El análisis del régimen *presidencial* en sus dos dimensiones aplica una estrategia analógica de *reducción a la unidad*, esto es, el proceso articulado que tiende a organizar un *sistema* de poder<sup>35</sup>. Enmarcado en tal condición presentamos a continuación el conjunto de categorías *estructurales* y *funcionales* (A y B), con sus respectivas variables, a las que sumamos, según el caso, algunos indicadores relevantes.

<sup>33</sup> . El enunciado de titulaciones y contenidos remite al cuerpo de la investigación en general -esto es, a los ocho capítulos centrales del estudio-, en actual estado de ejecución.

<sup>34</sup> . La mayoría de los estudiosos aplican enfoques normativos que llevan a conclusiones diferentes y aun opuestas a la conjetura sostenida en esta investigación. Así, son legión los estudiosos –preferentemente juristas de distintas escuelas- para quienes la estructura constitucional del instituto es *presidencial "pura"*, reconociendo que es el comportamiento de los actores el que desvirtúa tal configuración. En nuestro estudio, reiteramos, la estructura normativa del sistema constitucional *refuerza* el *hiperpresidencialismo* impreso por la práctica efectiva del actor presidencial.

<sup>35</sup> . *Reducción a la unidad* que puede ser total o parcial. Es total, si los distintos órganos particulares se estructuran en una relación de completa subordinación al poder político general. Es parcial, si los órganos particulares se estructuran en una relación de autonomía relativa respecto del poder político general. Esta es otra aplicación en versión libre y analógica de conceptos analíticos formulados por Natalio Botana (1970).

## A. CATEGORÍAS ESTRUCTURALES A NIVEL JURÍDICO-NORMATIVO

¿En qué medida el *hiperpresidencialismo* está asociada a factores estructurales que lo identifican y lo explican? ¿Cuáles son las categorías analíticas que dan cuenta de la concentración del poder? Presentamos, ante todo, las categorías *jurídico-normativas* asociadas con las funciones concentradoras del principal órgano de poder. Este primer campo de indagación, a través de sus propiedades más constantes y menos variables, opera como condición interna de verificación.

### Hipótesis

Como anticipo a la formulación de proposiciones hipotéticas en las categorías jurídico-normativas, anticipamos la conjetura *hiperpresidencialista* con las siguientes preguntas tentativas :

- ¿Qué lugar preferencial le es asignado al presidente por la Constitución Nacional para la conducción estratégica de los asuntos del Estado en su condición de “jefe supremo de la nación”?
- ¿Cómo articula el presidente su poder mayoritario de rango constitucional a partir del resultado alcanzado en su elección por sufragio universal?
- ¿Cuál es el estatus constitucional asignado a los ministros, de cara a la presidencia, más allá de las múltiples interpretaciones reflejadas en los debates teóricos y en la concreta aplicación?
- ¿Qué actividades de alta gestión cumple el presidente en razón de las potestades constitucionalmente asignadas como “administrador general del país”?
- En un contexto formal de división de poderes, ¿qué espacio tiene asignado el titular del Poder Ejecutivo en su correlación de fuerzas con los representantes investidos con la titularidad del Poder Legislativo?
- ¿En qué medida el Poder Judicial –“independiente”, según la ley fundamental- debe contar con la participación del Poder Ejecutivo en su organización, funcionamiento y aplicación?
- ¿Qué facultades de centralización territorial con expresa subordinación de las autonomías locales, son atribuidas por la carta magna al poder central encabezado por el jefe del estado?
- ¿Qué grado de intervención activa le es asignado al ocupante del cargo presidencial, dada la cada vez mayor complejidad de la sociedad y el crecimiento constante de los cometidos del estado?

### Categorías de análisis

Al considerar las categorías estructurales como determinantes principales del poder concentrado en el principal órgano de gobierno, investigamos la normativa establecida por el sistema constitucional. Las categorías incluidas son, por su orden, las siguientes :

- **La autoridad ejecutiva** - Se registran las condiciones constitucionales exigidas para acceder al máximo cargo ejecutivo, que el sistema presidencial argentino pone en manos de una exclusiva autoridad "unipersonal". Se seleccionan seis variables de análisis consideradas relevantes : *Unipersonalidad del cargo - Titulación del alto puesto - Condiciones de elegibilidad - Duración del mandato - Elección del presidente - Acefalia presidencial.*
- **La articulación del poder** - Se estudia el factor poder articulado en función de las facultades asignadas por la normativa constitucional. Importa medir el protagonismo ejercido por el presidente en su condición de líder de una mayoría electoral, lo que significa incursionar en los partidos políticos y en el sistema electoral. Para dimensionar la articulación del poder se analizan prescripciones normativas sobre *Partidos políticos - Sistemas y procedimientos electorales - Mayorías y minorías aritméticas.*
- **El instituto ministerial** - Se analiza el papel constitucional de los ministros , cuyo estatus político, en congruencia con su condición jurídica, los subordinaba al poder ejecutivo unipersonal. Aunque la normativa constitucional es objeto de múltiples interpretaciones reflejadas en debates teóricos y en posiciones prácticas, siempre prevalece el concepto de que los ministros deben actuar como "altos empleados" del jefe del Estado. La observación abarcó las siguientes variables : *Estatus constitucional de los ministros - Nombramiento y remoción - Atribuciones y competencias - Responsabilidad ministerial - Asignación de "ramos" ministeriales.*
- **La administración pública** - La mayor parte de los cometidos de gestión asumidos por el poder ejecutivo es llevada a cabo a través del complejo orgánico y funcional de la administración pública. Esa actividad realizada bajo relación de dependencia, mediata o inmediata, justifica la atención preferente de las siguientes variables: *Organización administrativa - Estatus del agente público - Racionalización administrativa - Ejercicio del "poder de policía".*
- **La relación con el Congreso** - La normativa constitucional privilegia el protagonismo del poder ejecutivo y la subordinación del congreso, más allá de la presunta correlación de fuerzas dentro del conjunto binario del poder político estatal. Las variables son las siguientes: *Estructura y organización parlamentaria - Ejercicio de la función legislativa - Atribución de funciones de control.*
- **La relación con la Justicia** - Se corroboran los desfases causados en la asimétrica correlación de fuerzas entre el órgano ejecutivo y el poder judicial, a la luz del ordenamiento constitucional. Ello significa que el poder judicial es pensado como un instrumento de gobernabilidad y de acompañamiento al poder central. Como evidencia hermenéutica elegimos dos variables normativas emblemáticas : *Designación de los jueces nacionales - Actuación de la justicia.*
- **El ordenamiento territorial** - La estructura constitucional establece una relación de subordinación desde el poder central hacia las autonomías locales. Esa vertebración centrípeta opera a través de la llamada supremacía federal mediante la cual las partes quedan sujetas al todo, sin que obsten las siempre necesarias relaciones de participación y coordinación. La supremacía federal es analizada a

través de las siguientes variables : *Primacía constitucional federal – Prelación infraconstitucional federal – Subordinación de gobernadores de provincia – Institutos de intervención y control.*

- **Los cometidos del Estado** - En sintonía con la dilatación del tejido social y el crecimiento del estado que se opera en el convulsionado siglo XX, se exploran las facultades de intervención estatal en prácticamente todos los campos y sectores de la sociedad. El estudio se ciñe a tres variables principales : *Intervención en la economía - Apropiación en la cultura -Limitación en los derechos.*

## B. CATEGORÍAS FUNCIONALES A NIVEL DE ACTUACIÓN

¿En qué medida el *hiperpresidencialismo* queda también asociado a factores funcionales que lo identifican y lo explican ¿Cuáles son las categorías analíticas que operan como nuevo factor multiplicador de la concentración de poder? En niveles de escala descendente y sin solución de continuidad con las categorías estructurales ya registradas, incluimos como factor de evidencia *hiperpresidencialista* las categorías de actuación, menos constantes y más variables, del principal órgano de poder.

### Hipótesis

Como anticipo a la formulación de proposiciones hipotéticas en las categorías de actuación funcional, anticipamos la conjetura *hiperpresidencialista* con las siguientes preguntas tentativas :

- ¿Como fluye el poder “unipersonal” constitucionalmente asignado al “jefe supremo de la nación” cuando, en función de los requerimientos coyunturales, las disposiciones normativas coexisten con las prácticas concretas?
- Teniendo en sus manos la *espada* del triunfo electoral ¿cómo construye cada presidente su poder mayoritario con el apoyo de complejas organizaciones y aplicando procedimientos de conducción alternativos?
- Como consecuencia sobreviniente de las potestades constitucionales conferidas ¿cómo y en qué medida cada presidente logra la subordinación y acatamiento de sus ministros en la aceptación y ejecución de las decisiones de gobierno?
- ¿Con qué grado de lealtad y aceptación el “aparato administrativo” da su apoyo a la gestión presidencial, para la ejecución eficaz de los cometidos del estado en los asuntos de cada “ramo ministerial”?
- ¿Cómo opera la “ingerencia” presidencial en las facultades parlamentarias de legislación y control, alentada por la interacción actuada entre poderes políticos que se declaran “soberanos en su propia esfera de actuación”?

- ¿Bajo qué formas típicas opera la preeminencia presidencial sobre la justicia, siendo sus manifestaciones consideradas por unos como una anomalía institucional y aceptada por otros como una necesidad política?
- ¿Qué incidencia tiene la concentración del poder presidencial en la reducción del espacio territorial reforzado por “factores centrípetos de centralización”?
- ¿Qué nivel y grado de intervencionismo estatal alienta la acción presidencial cumplida con pragmática determinación a través de planes de gobierno, políticas públicas y actos de administración?

### Categorías de análisis

Al considerar que el momento histórico de actuación, los procesos políticos diferenciados y las características psicosociales responden, internamente, a la estructura de rol consagrada por la normativa constitucional, reforzamos la conjetura *hiperpresidencialista* explorando cometidos funcionales de gestión y ejecución. Las categorías incluídas son, por su orden, las siguientes :

- **El ejercicio del cargo** – El poder “unipersonal” que el jefe del estado detenta por atribución constitucional no es obstáculo -en principio- para que la máxima autoridad relativice las formalidades del cargo y amolde el ejercicio de sus atribuciones en función de requerimientos coyunturales, donde las disposiciones normativas suelen concurrir con las prácticas concretas. Al respecto, nada obsta a que el principal órgano del poder adecue sus funciones al influjo de inclinaciones y predisposiciones propias de la idiosincrasia personal. Como variables de investigación se seleccionan las siguientes: *Condiciones de elegibilidad – Concentración vs. dispersión - Atribuciones expansivas - Alternancia en el cargo – Contingencias sucesorias.*

- **El poder mayoritario** - Para obtener una medición sociológica de los términos de influencia hegemónica, incursionamos en los laberintos del poder. Apoyado por complejas organizaciones políticas y contando con la “espada” del triunfo electoral, el presidente concentra en sus manos el poder de conducción. ¿Qué recursos políticos utiliza para influir en la sociedad mediante las decisiones de gobiernob? ¿Cuán fuerte es su gravitación y hasta qué punto se producen reacciones exitosas?. En procura de respuestas pertinentes incorporamos el análisis de las siguientes variables: *Regla de la mayoría y poder de sufragio – Gravitación del jefe político-partidario – Distribución de incentivos- Entorno y “hombres del presidente”.*

- **La subordinación de los ministros** - En este campo, cuya jurisdicción constitucional corresponde en exclusiva al poder ejecutivo “unipersonal”, proponemos analizar el estatus subordinado de los ministros. Nos interesa saber en qué medida los ministros, por más eminentes que sean, concurren a ensanchar la base del poder presidencial. El análisis de las relaciones existentes entre el presidente y los ministros abarca el conjunto de factores registrados bajo los siguientes rubros: *Reclutamiento y designación; perfil ministerial ; funciones y actividades; responsabilidad política; renuncia y remoción.*

- **El “aparato administrativo”** - El complejo orgánico y funcional de la administración pública debe hacer frente a las transformaciones del estado, reproduciéndose con efecto multiplicador la concentración de poder en sede gubernamental. ¿En qué medida el presidente utiliza la “maquinaria administrativa” como respaldo a su autoridad, justificado en los imperativos derivados de la “creciente complejidad del estado”? La cuestión ocupa un lugar relevante en la investigación a través de los siguientes rubros: *Los agentes de la administración pública – Burocracia y profesión – La condición del estado empresario – Extensión del “poder de policía”*.

- **La preeminencia sobre el Congreso** - En los tiempos excepcionales en que el congreso está sometido a intensa presión por parte del poder ejecutivo, debe seguir instintivamente el impulso presidencial. “Hubiera sido fatal no haberlo hecho” llegaron a decir acreditados estudiosos. El resultado previsible de esta primacía presidencial es que los medios empleados por el presidente para obtener la unidad vienen a coincidir con las normas constitucionales que consagran el presidencialismo “fuerte”. Para contrastar la conjetura indagamos en las siguientes variables: *Constitución y funcionamiento del Congreso – Funciones “reactivas” del Congreso – Métodos de influencia presidencial – Iniciativa legislativa del Gobierno – Mecanismos de control- Estatus del legislador – Organización disfuncional*.

- **La influencia en la Justicia** - Declarándose “soberanos en su propia esfera”, los dos poderes mantienen tensas relaciones derivadas de la “judicialización del poder” y de la “politización de la justicia”. En tal contexto, los presidentes habrían desconocido la autonomía del poder judicial y condicionado la independencia de los jueces según los requerimientos y modalidades de cada tiempo. Para probar la conjetura investigamos las siguientes variables : *Privación de la estabilidad de los jueces - Designación de magistrados oficialistas - Convalidación judicial de la actuación gubernamental*.

- **La centralización del territorio** - El diseño centralizador formalizado en el orden constitucional se vió reforzado por los recursos que el poder central aplica sobre los gobiernos de las provincias; recursos que se vieron alimentados por “factores centrípetos” de concentración y centralización. La hegemonía del poder central en menoscabo de las autonomías locales es investigado a través de las siguientes variables : *Intervención federal – Concentración portuaria – Conducción educativa – Dependencia sanitaria – Centralización impositiva – Nacionalización de recursos*.

- **El intervencionismo estatal** - Se registra la política intervencionista del estado que el actor presidencial conduce y gestiona con pragmática determinación. Dotado de importantes poderes constitucionales, el presidente es el conductor de un estado grande, protagónico e intervencionista así como el impulsor de ambiciosos proyectos de desarrollo, por medio de planes de gobierno y políticas públicas, dirigidos a todos los sectores de la sociedad. Las variables seleccionadas fueron las siguientes: *Protagonismo económico y social – Intervención en la cultura - Limitación de los derechos*.

Procede advertir que las categorías estructurales a nivel de formalización normativa y las categorías funcionales a nivel de actuación institucional, expuestas aquí en forma separada y yuxtapuesta

para su mejor abordaje y comprensión, serán presentadas sin solución de continuidad en el texto, por corresponder ambas a una misma unidad de intelección. De modo que cada categoría de *Estructura institucional* tomará su lugar junto a su homóloga categoría de *Función institucional* para dar configuración y foco al complejo fenómeno *hiperpresidencialista* que arraiga en nuestro régimen político sin variantes a lo largo de la historia.

#### LÍNEA DE INVESTIGACIÓN :

#### ***EL ACTOR PRESIDENCIAL***

Aplicando la metodología empírica a la alquimia *hiperpresidencialista* observamos a los máximos protagonistas del poder a través de un modelo de investigación compuesto por una treinta categorías de análisis que consideramos apropiadas para dar cuenta de esa inédita realidad institucional<sup>36</sup>.

Al incorporar esta línea de investigación nos diferenciamos de los especialistas que dedican sus estudios a la figura presidencial a través de una literatura de carácter histórico y jurídico, ensayístico o narrativo; expuesta en capítulos de libros; exhibida en artículos de opinión; glosada en crónicas ocasionales; comentada en reportajes de actualidad, la mayor parte dedicada a figuras presidenciales individuales. Un minucioso recorrido por el "estado del arte" nos revela la ausencia de aportes científicos de gran alcance cuyos contenidos principales hayan logrado una acabada y rigurosa sistematización<sup>37</sup>.

#### **Objetivos**

Como objetivo general de los estudios proponemos el análisis comparativo de los presidentes argentinos cuya aplicación *hiperpresidencialista*, activa el efecto hegemónico y potencia sus procesos emergentes.

Como objetivo específico de la indagación proponemos el análisis pormenorizado del perfil presidencial en su evolución, desde el origen de los actores hasta el efectivo ejercicio del poder.

Del objetivo, tanto general como específico, se desprenden las siguientes metas particulares: elaborar una tipología ponderada del perfil presidencial que tenga en cuenta las categorías investigadas; y aportar información al debate contemporáneo sobre el desempeño de la máxima autoridad presidencial.

---

<sup>36</sup> . El enunciado de titulaciones y contenidos remite al cuerpo de la investigación en general, cuyas tres primeras categorías de análisis se encuentran en estado de ejecución (Castells, 2002).

<sup>37</sup> . ref. *ut supra*, pp. 7-8 y nota 8.

## Contenidos

La observación y análisis del actor presidencial aplica aquí también la estrategia analógica de *reducción a la unidad*. Enmarcado en tal condición presentamos a continuación el conjunto de categorías organizadas en tres ejes evolutivos, a saber : la figura; el candidato; el presidente. Cada categoría de análisis se acompaña con sus respectivas variables, a las que sumamos, según el caso, algunos indicadores relevantes.

## Hipótesis

Como anticipo a la formulación de proposiciones hipotéticas en los tres grandes conjuntos de categorías analíticas dedicadas al *actor presidencial*, anticipamos la conjetura *hiperpresidencialista* con las siguientes preguntas tentativas :

- En el estudio dedicado a la *figura presidencial* interesa registrar el lugar asignado al origen de cada protagonista, la evolución de la personalidad y el proceso de formación cultural. Más precisamente queremos saber cómo influyó el desarrollo del lugar de procedencia, así como la situación económico-social de las familias originarias. Además ¿qué gravitación tuvo el origen étnico de los antecesores; cómo incidieron los rasgos raciales derivados de los grandes troncos morfológico-somáticos; y qué tipo de personalidad innata fundada en bases biológicas pudo resultar más favorecida en su predisposición futura? En la formación de la personalidad adquirida ¿qué nivel alcanzaron los actores a través del sistema educativo formal; qué experiencia acumularon en el ejercicio de las profesiones; qué habilidades y saberes resultarían funcionales con la futura gestión de gobierno? Finalmente ¿qué redes de vínculos -amistades personales, contactos profesionales, grupos de pertenencia- contaron en el proceso de socialización con proyección hacia el futuro?
- En el estudio dedicado al *candidato presidencial* interesa saber cómo las personalidades ya formadas consolidaron la posición que les llevaría hacia la futura presidencia. Más precisamente ¿con qué grado de anticipación se visualizaron a sí mismos como aptos para alcanzar la investidura; qué niveles de participación y compromiso en espacios formales o informales habrían sido determinantes para acceder a la alternativa presidencial; con qué experiencia, genérica o específica, contaban en la competitiva trayectoria hacia el poder? En materia de adhesiones y consensos ¿qué propuestas políticas surgieron como reflejo de las preocupaciones y demandas de la opinión pública; qué grado de acuerdo alcanzaron en el interior de sus organizaciones políticas; y qué estratos sociales y políticos impulsaron o apoyaron su expectante condición?
- Al analizar al presidente en funciones toma su lugar el ejercicio del poder a través de los planes de gobierno y los cometidos de actuación. Con referencia a las fuentes de autoridad ¿accedieron al alto cargo, por dentro o por fuera de los procedimientos constitucionales? En relación con los entornos ¿qué personas de confianza les asistían en sus funciones políticas o en sus actividades de gestión? ¿qué

lugar diferenciado ocupaba el cónyuge y los hijos por su proyección política y repercusión institucional? En orden al ciclo vital de los presidentes ¿cuál era el estado de salud psicofísica, tanto en la época en que accedían al cargo como a lo largo del mandato? Varios componentes resultan procedentes a nivel simbólico. ¿Cuáles fueron las posturas filosóficas y las ideologías políticas que cimentaban la acción de gobierno; qué estrategias aplicaron en la toma de decisiones y en relación con las personas; qué soportes de comunicación y tácticas informativas aplicaron para concitar la adhesión de la sociedad? Promediando el ciclo gubernativo ¿qué percepción predominaba en la opinión pública sobre la gestión presidencial en curso; en qué medida se concretaron los objetivos propuestos al comienzo del mandato? Por último ¿bajo qué modalidades los presidentes pusieron fin a sus funciones; cuál fue su destino político al término del mandato; qué reconocimiento tuvieron en su paso por la historia?

### Categorías de análisis

Para su mejor abordaje y comprensión presentamos los tres grandes conjuntos desagregados conceptualmente en categorías analíticas que investigamos por su orden : en primer término registramos *la figura presidencial*, partiendo de la evolución de la personalidad originaria (I); seguimos con la observación del *candidato presidencial*, como personalidad ya formada en su carrera hacia la futura investidura (II); finalmente analizamos al *presidente en ejercicio*, indagando en sus amplios y concentrados cometidos de actuación (III).

Aún cuando el objetivo central de la investigación propone capturar la tendencia *hiperpresidencialista* actuada por el conjunto de los gobernantes, consideramos que la indagación debe respetar la impronta de singularidad y relatividad, toda vez que cada ocupante del cargo debió actuar en determinado momento histórico, al frente de diferentes procesos políticos, con perfiles personales propios.

#### I. La figura

Se incorporan contenidos sociobiográficos de los protagonistas, ingresando información sobre orígenes, encaje familiar, personalidad básica, preparación intelectual; e incorporando las cualidades adquiridas que fueron marcando el desempeño inicial. Estas son las desagregaciones analíticas:

- **Procedencia geográfica** – Se investiga el asiento de los primeros años, -lugar geográfico y espacio ambiental- por haber influido en la conformación de las actitudes personales y en el escenario político de quien algún día sería presidente.
- **Origen socioeconómico** – Se observa la influencia que pudo tener la extracción socioeconómica -el rango social-, como diferencia en la perspectiva de la visión del mundo, la recepción de ideas, los estilos de vida, todos ellos ingredientes proyectados hacia el compromiso político del futuro presidente.

- **Origen étnico** – Se identifica el grado comparativo de oportunidades de acceso al gobierno de individuos procedentes de los distintos grupos étnicos que preveleían en la población del país.
- **Fisonomía** – Se consideran los rasgos raciales derivados de los grandes troncos morfológico-somáticos de las poblaciones humanas, por la incidencia que pudieron tener en la conformación fisonómica del futuro presidente.
- **Contexto familiar** – Se estudia el tipo de relación que preveleía en el marco de las familias de procedencia y arraigo, en tanto y en cuanto debieron ofrecer un marco de ambientación en el universo existencial de quienes un día serían presidentes.
- **Personalidad básica** – Se analizan los tipos de personalidad fundados en las escalas más usuales relacionadas con las bases biológicas, por haber sido los más favorecidos o los más frecuentemente exaltados a la máxima jerarquía presidencial.
- **Trayectoria educacional** – Se observa el paso de los futuros presidentes por los distintos niveles del sistema educativo formal, desde el cual, tanto los conocimientos adquiridos como las experiencias vividas, debieron permanecer como una mayor o menor carga residual en la formación de los individuos.
- **Trayectoria profesional** – Se analiza la experiencia acumulada por los futuros presidentes en el ejercicio de sus profesiones o actividades comerciales, ya que los mismos les permitieron en su momento sumar créditos o prestigio en las comunidades a que pertenecían o en los ambientes que frecuentaban.
- **Socialización** – Se estudia la extensión y diversidad de la vida de relación con los iguales, desde las amistades personales cultivadas en edades tempranas, pasando por los contactos sociales que constituyeron su capital social en la adultez, hasta llegar a nuevas amistades y grupos de pertenencia más próximos a la investidura, contribuyendo a que unos presidentes hayan sido populares en algún ámbito, y que otros hayan sido desconocidos con anterioridad o fuera del ámbito de su carrera política.
- **Formación general** – Se registra la posesión de habilidades y saberes adquiridos fuera del ámbito específico del sistema educativo formal, que resultarán funcionales para la gestión de gobierno por parte de los futuros presidentes.

## I I. El candidato

Se investiga la carrera política del futuro ungido, con aplicaciones que van desde la militancia política y la trayectoria hacia el poder, hasta las bases sociales y políticas que le dieron estatus presidencial. Estas son las desagregaciones analíticas :

- **Vocación de poder** – Se observa el grado de anticipación con que los futuros presidentes se visualizaban a ellos mismos como aptos para el ejercicio del gobierno : desde quienes se

veían como figuras presidenciables a partir de etapas relativamente tempranas de sus vidas, hasta quienes aceptaron la presidencia por imperio de circunstancias coyunturales.

- **Militancia política** – Se registra el nivel de participación en la actividad política, en espacios formales o informales, aptos para la cooptación, nominación o designación de los candidatos más favorecidos o exaltados al protagonismo político para poder acceder a la máxima jerarquía presidencial.
- **Trayectoria hacia el poder** – Se identifica la experiencia previa de los futuros presidentes, tanto la adquirida en el ejercicio de funciones públicas de tipo político como la alcanzada en situaciones de exclusión provocada por inhabilitaciones, proscripciones, exilios.
- **Contexto de surgimiento** – Se mide el grado de consenso hacia la posibilidad de acceso al gobierno de un futuro presidente; consenso perceptible y reflejado en las preocupaciones o demandas en la opinión pública hacia la época en que cobran trascendencia política las posibilidades de acceso del candidato presidencial
- **Bases sociales** – Se analizan los sectores sociales de los que emanaba la mayor parte de los simpatizantes del futuro presidente, quienes, tras ejercer el poder electoral, serán su principal sustento una vez instalados en el gobierno.
- **Bases políticas** – Se investigan las organizaciones que impulsaron, apoyaron o asintieron la posibilidad de la llegada al gobierno de quien sería el futuro presidente, ya sean partidos o coaliciones políticas, organizaciones empresarias, movimientos sindicales, agrupamientos sociales, entre otros.
- **Concreción de la candidatura** – Se estudia el reclutamiento de los futuros presidentes a través de los consensos alcanzados en el interior de las organizaciones dedicadas a la actividad política.

### III. El presidente

Se repara en distintos ejes de actuación, ocupando un lugar destacado la concepción política del líder, el diseño del plan de gobierno y la ejecución de las políticas públicas, para culminar con la finalización del mandato, el destino tras la presidencia; el lugar asignado por la historia. Estas son las desagregaciones analíticas:

- **Acceso al gobierno** – Se indaga en las fuentes de autoridad mediante las cuales los presidentes alcanzaron la más alta investidura, dentro o fuera de los procedimientos previstos en la constitución y las leyes, ya sea como gobernantes de iure o dictadores de facto

- **Estado psicofísico** – Se investiga el estado de salud psicofísica de los presidentes tanto para la época en que se hicieron cargo de la primera magistratura como para el desarrollo posterior en ejercicio de la presidencia.
- **Entorno presidencial** – Se identifican las personas de confianza directa del presidente, tales como sus asistentes personales, los gestores indispensables, los asesores confidentes, ocupando un lugar diferenciado el cónyuge y los hijos como integrantes privilegiados del núcleo familiar.
- **Concepción política** – Se observan las posturas filosóficas y las ideologías políticas a partir de las cuales los presidentes asumieron proyectos estratégicos, formularon planes de gobierno, decidieron políticas públicas, ejecutaron cursos de acción.
- **Estilo de liderazgo** – Se analizan las modalidades prevalecientes en la toma de decisiones o en la relación con las personas, generadoras de liderazgos autoritarios reacios a la delegación de autoridad o de liderazgos democráticos inclinados a la construcción de los consensos.
- **Estrategia de comunicación** – Se registran soportes de comunicación –visuales, lingüísticos, estéticos- y tácticas informativas -relato simbólico, oratoria, argumentación- tendientes a concitar la adhesión del público hacia el desempeño del gobierno.
- **Imagen presidencial** – Se indaga en la percepción que predomina en la opinión pública sobre la gestión del gobierno, ya avanzado el mandato presidencial, y que se manifiesta en señales de popularidad y aceptación o en indicadores de impopularidad o rechazo.
- **Concreción de objetivos** – Se estudia en qué medida los presidentes alcanzaron a concretar en hechos institucionales o en políticas públicas los objetivos anunciados al asumir sus funciones, en oportunidad de finalizar el mandato.
- **Salida del gobierno** – Se registra el grado de adecuación de la terminación del ejercicio de las funciones presidenciales a las oportunidades dispuestas en el sistema institucional –constitucional o no-; o si fue el resultado de contingencias previstas o no por el sistema en vigencia a la época de acceso al gobierno.
- **Destino después del gobierno** – Se observa el desarrollo de la carrera política de los presidentes una vez finalizado el ejercicio de sus funciones, identificando las oportunidades de continuación en la vida política o de interrupción voluntaria o forzada.
- **Recuerdo en la historia** – Se registra el grado de reconocimiento histórico atribuido a los presidentes una vez superados los debates políticos inmediatos a la salidad del gobierno. Reconocimiento positivo o negativo fundado en las eventuales transformaciones introducidas en el país.

Con esta suma de categorías analíticas aplicadas a la observación del actor presidencial se completa la plataforma de investigación surgida como producto de realidades institucionales antes que de planteamientos teóricos, aunque dotadas de la articulación propia de un sistema abierto a la descripción e interpretación del modelo institucional.

\* \* \*

### **Palabras finales**

Al colocar en primer plano la institución presidencial no quisiéramos dar la impresión de ser ingenuos recuperadores de una práctica inalterable, como si la normalización de las instituciones fuera la resultante ciega de un modelo experimentado y bien probado. Sí consideramos, en cambio, que un mejor conocimiento de la impronta *hiperpresidencialista*, que marcó desde siempre al sistema político argentino, debería ser un tránsito obligado para quienes dedican sus esfuerzos a la puesta al día de las instituciones.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Alberdi, Juan Bautista, (1852, 2002) *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Bs. As. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.
- Ander-Egg, Ezequiel, (1995), *Técnicas de investigación social*, Buenos Aires, Lumen.
- Amadeo, Octavio, (1934), *Vidas argentinas*, Buenos Aires, La Facultad.
- Botana, Natalio, (1970), "Proyecto de investigación del profesor Natalio Botana. Tema: Las crisis de legitimidad en la Argentina. 1906-1930", Universidad del Salvador, Buenos Aires, *mimeo*).
- \_\_\_\_\_, (1988), "Reforma política y consolidación democrática. Europa y América Latina", en Nohlen Dieter y Solari Aldo (compil.) *Reforma Política y Consolidación Democrática*, Caracas, Nueva Visión.
- \_\_\_\_\_, (2008a), "Hegemonía y rebeliones sociales", *La Nación*, 3/04.
- \_\_\_\_\_, (2008b), "El Ejecutivo, en la borrasca", *La Nación*, 30/04.
- \_\_\_\_\_, (2008c), "Descendiendo en espiral", *La Nación*, 4/12.
- \_\_\_\_\_, (2012), Entrevista. *La Nación*, Enfoques, 7/10.
- Castells, Alberto, (1986), *La democracia : Hacia un enfoque global de las instituciones*. Buenos Aires, Ed. de Belgrano.
- \_\_\_\_\_, (1998), "La identidad cultural y la integración de las instituciones", en *Signos Universitarios*, a.XVI, n. 32 (jul-dic.1997)
- \_\_\_\_\_, (2002), "Revalorización de un método tradicional para el estudio de las culturas", *Realidad. Revista del Cono Sur*, n.1.
- \_\_\_\_\_, (2006), *La institución presidencial en el sistema político argentino*. Información preliminar (inédito).

- \_\_\_\_\_, (2002), "Los presidentes argentinos : factores psicosociales que influyen en su hegemonía inestable", en *La realidad argentina actual desde la Psicología Social*. III Jornadas de Psicología Social, 24-25/10, Documenta Laboris, Universidad A. John F. Kennedy.
- Durkheim, Emile, *De la división del trabajo social*, Ekal, Madrid, 2001, Prólogo.
- Duverger, Maurice, (1970), *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel
- Enriquez G., Juan Camilo, "Institucionalismo". Disponible (*en línea*, s.f.)  
[www.fenadeco.org/pag\\_files/institucionalismo.pdf](http://www.fenadeco.org/pag_files/institucionalismo.pdf). Consultado: 6/11/2009
- Ferraro, Ricardo y Rappoport, Luis, (2008), (dir.), *Presidencialismo absoluto y otras verdades incómodas*, Buenos Aires, El Ateneo.
- Gardner, Howard, *Mentes Creativas*, (1998), Buenos Aires, Paidós.
- González Calderón, Juan A., (1930-31), *Derecho constitucional argentino*, 3 t., Buenos Aires. J. Lajouane.
- Gramsci, Antonio, (1929-1935; 2001) *Cuadernos de la Carcel*, Edición crítica completa. Puebla, Era-Universidad Autónoma de Puebla.
- Hernández Sampieri, Roberto, Fernández Collado, Carlos, Baptista Lucio, Pilar (2003), *Metodología de la investigación*, México, Mc Graw-Hill Interamericana.
- Herrero de Miñón, Miguel, (1971), *Nacionalismo y constitucionalismo. El derecho constitucional de los nuevos estados*, Madrid, Tecnos.
- Lechner, Norbert, (1987), "De la revolución a la democracia : el debate intelectual en la América del Sur", *Síntesis*, n.1, 11-23.
- Levaggi, Abelardo, (2011), "La 'Constitución' chilena de 1833 como modelo del presidencialismo argentino", en Carlos Salinas Arandeda (ed.), *Libro de amigos dedicado al profesor emérito Italo Merello*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- Linz, J. y Valenzuela, A., (comps.), (1997), *La crisis del presidencialismo. Perspectivas comparadas*, Madrid, Alianza.
- Mendelevich, Pablo, (2010), *El Final. Cómo dejan el gobierno los presidentes argentinos. De Rivadavia a Kirchner*, Buenos Aires, Ediciones B.
- Molinelli, N. Guillermo, Palanza, Valeria, M., Sin, Gisela, (1999), *Congreso, Presidencia y Justicia en Argentina*, Buenos Aires, Temas.
- Morlino, Leonardo, (1985), *Como cambian los regímenes políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Mucchielli, Alex, (dir.), (1996), *Diccionario de métodos cualitativos en ciencias humanas y sociales*, Madrid, Síntesis.
- Nino, Carlos Santiago, (1992), *El presidencialismo puesto a prueba*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. Orti, Javier y Vera, Carlos, (2008), "Hiperpresidencialismo". Disponible (*en línea*, 27/05) [www.youtube.com/watch?v=AaCIQZKYeSI](http://www.youtube.com/watch?v=AaCIQZKYeSI) . Consultado: 03/11/2011.
- Pasquino, Gianfranco, (1992), "Introduzione", en J. G. March y V. P. Olsen *Riscoprire le istituzioni*, (1992), Bologna, Il Mulino.

- Pierson, Paul y Skocpol, Theda, "El institucionalismo histórico en la ciencia política contemporánea", *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, vol.17, n. 1, Montevideo. Disponible (en línea, s.f.). [www.fcs.edu.uy/archivos/Pierson&Skocpol.pdf](http://www.fcs.edu.uy/archivos/Pierson&Skocpol.pdf) . Consultado: 10/09/2011.
- Polsby, Nelson, (1986), *Congress and the Presidency*, New Jersey, University Press, New Jersey,
- Ramella, Pablo, (1982), *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma.
- Letamendía, Francisco, (2002), *Ciencia política alternativa. Su aplicación al País Vasco e Irlanda del Norte*, Madrid, Fundamentos.
- Rovira Kaltwasser, Cristobal, "Institucionalismo histórico y élites en América Latina", Programa de Estudios Abiertos. Instituto de Iberoamérica. Universidad de Salamanca. Disponible (en línea,s.f.) <http://americo.usal.es/iberoame/?q=node/474> . Consultado: 1/07/2012.
- Rubenzler, Steven J., Faschingbauer, Thomas, (2004), *Personality, character and leadership in the White House*, Washington, Potomac Books, 2004.
- Ruiz, José, (1999), Tesis de Maestría. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Buenos Aires, FLACSO.
- Sautu, Ruth y Wainerman, Catalina, (1969), *Bases para el diseño de la investigación "El empresario y la innovación"*, Buenos Aires, Instituto Torcuato Di Tella. Centro de Investigaciones Sociales.
- Serrafero, Mario Daniel, (1993), *Momentos institucionales y modelos constitucionales*, Buenos Aires, CEAL.
- Smith, Peter, (1992), "Crisis y democracia en América Latina", en *Desarrollo Económico*, v. 31, n. 124.
- Weber, Max (1979), ), *El político y el científico*, Madrid, Alianza.
- Zimmermann, E., (2006), "El peronismo ha sido siempre cerrado y muy poco pluralista", *La Nación*, 05/13.

# **LA PRONTA LIBERACIÓN DE BUQUES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR**

**Por Leopoldo M. A. Godio**

## **RESUMEN**

El presente trabajo analiza la labor del Tribunal de Hamburgo en los procedimientos de pronta liberación de buques y su tripulación, considerando la doctrina vinculada al tema y la jurisprudencia del propio Tribunal, para luego identificar sus contribuciones al desarrollo del Derecho Internacional.

La influencia significativa del Tribunal permitió aclarar el valor del Derecho Internacional en su aplicación, y especialmente la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, brindando pautas de interpretación en cuestiones sustanciales de la misma y en aspectos procedimentales.

A pesar de algunos pronósticos que vaticinaban el fracaso del Tribunal de Hamburgo, su labor en estos primeros quince años ha superado tales profecías, gozando del máximo respeto por la comunidad internacional, llegando incluso a valorarse su jurisprudencia por los propios relatores especiales de la Comisión de Derecho Internacional, con todo lo que ello implica.

En definitiva, su labor durante estos primeros quince años constituirá la más sólida base del Derecho del Mar, e incluso del Derecho Internacional durante el Siglo XXI.

## **PALABRAS CLAVES**

Derecho del Mar – Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar – Tribunal Internacional del Derecho del Mar – Pronta liberación.

# THE PROMPT RELEASE OF VESSELS IN THE JURISPRUDENCE OF THE INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA

By **Leopoldo M. A. Godio**

## SUMMARY

The present report examines the performance of the Hamburg Tribunal as to procedures of prompt release of vessels and their crews taking into account the doctrine related to this matter and the own Tribunal's jurisprudence, to later identify their contributions to the development of International Law.

The Tribunal's significant influence has permitted to clarify how worthy the application of International Law was, and specially of the United Nations Convention on the Law of the Sea, providing guidelines to construe substantial questions thereof as well as procedural aspects.

In spite of those predictions that anticipated the failure of the Hamburg Tribunal, its tasks along these first fifteen years have overcome said prophecies. The Tribunal has gained the highest respect from the international community and even Special Rapporteurs of the International Law Commission themselves have started to consider the Tribunal's jurisprudence as a worthy reference, which fact is quite meaningful. Definitely, its activities during these first fifteen years shall constitute the most solid milestone of the Law of the Sea and also of International Law along this 21st Century.

## KEYWORDS

Law of the Sea – United Nations Convention on the Law of the Sea – International Tribunal for the Law of the Sea – Prompt Release.

# LA PRONTA LIBERACIÓN DE BUQUES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR

Por Leopoldo M. A. Godio\*

## I. Introducción.

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (UNCLOS, por sus siglas en inglés y en adelante "la Convención")<sup>1</sup> regula, en términos generales, numerosas cuestiones referidas a los usos y recursos del mar como la pesca, la delimitación de áreas marítimas, la protección y preservación de medio marino, la investigación científica, los regímenes del mar territorial, la Zona Económica Exclusiva y la Alta Mar, los fondos marinos y oceánicos, la navegación por los estrechos, entre otras.

Justamente, por la magnitud e importancia de estas cuestiones, las delegaciones advirtieron – durante la Tercera Conferencia– la necesidad de un sistema de solución de controversias, acordando el establecimiento en la sección 5 de la Parte XI, y particularmente en la Parte XV de la Convención, un régimen de libre elección conocido como *fórmula de Montreux*<sup>2</sup>, que fuera incluida definitivamente en el art. 287<sup>1</sup>. La flexibilidad de ésta norma permitió superar las objeciones a cada uno de los medios pacíficos de solución. De esta forma, el artículo referido enumera en su redacción final cuatro medios a disposición de las partes: el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, la Corte Internacional de Justicia, el arbitraje, y el arbitraje especial<sup>2</sup>.

Así es como el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (ITLOS, por sus siglas en inglés y en adelante el "Tribunal" o "Tribunal de Hamburgo", indistintamente)<sup>3</sup> es parte del sistema de solución de controversias y por ello, se sostiene que se trata de un órgano judicial especializado y que su creación ha sido un paso importante en el desarrollo del Derecho Internacional. No pocos autores han destacado sus

---

\* Abogado (Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires). Magister (c) en Relaciones Internacionales (Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires 2008-2009). Tesis en elaboración sobre el tema: "El uso de información satelital para el control de áreas de pesca y su impacto en las relaciones internacionales". Docente de Derecho Internacional Público en la Universidad de Buenos Aires, y en la Universidad Católica Argentina.

<sup>1</sup> En efecto, la Parte XI establece el mecanismo de solución de controversias y opiniones consultivas aplicables a las actividades de exploración y explotación de recursos minerales en la Zona y cuya solución se encuentra reservada a la Sala de Controversias de los Fondos Marinos.

<sup>2</sup> También deben incluirse los Anexos V (conciliación), VI (Estatuto del Tribunal Internacional del Derecho del Mar), VII (arbitraje) y VIII (arbitraje especial, aplicable a las controversias de: pesquerías, protección y preservación del medio marino, investigación científica marina, y navegación). La Parte XV se compone de tres secciones: la primera establece las disposiciones generales, la segunda trata los procedimientos de solución jurisdiccional obligatorios y la tercera, señala las limitaciones y excepciones de estos procedimientos.

<sup>3</sup> En funcionamiento desde el 1º de octubre de 1996 con Sede en Hamburgo, República Federal de Alemania. Formado por veintidós Jueces elegidos a título personal que representan los principales sistemas jurídicos del mundo, de modo geográficamente equitativo. Con relación a Argentina tres Magistrados han formado parte del mismo en sus primeros quince años. Desde su inicio, Hugo Caminos y Tullio Treves (nacido en Tucumán, pero con una destacada

efectos en las relaciones internacionales, en virtud del art. 286 de la Convención (norma modelo que no existe en ninguna otra Convención), al permitir el sometimiento de las controversias no resueltas, de acuerdo a las condiciones que establecen su acceso jurisdiccional (CAMINOS 2007: 2).

El rol del Tribunal de Hamburgo inspira el presente trabajo y nuestro objeto de análisis será intentar destacar su labor en uno de sus procedimientos: la pronta liberación de buques prevista en el art. 292 de la Convención<sup>4</sup>.

Para ello, es necesario realizar una breve presentación de algunos aspectos básicos del Tribunal, como su acceso jurisdiccional y su competencia para entender en los asuntos llevados a su consideración y funcionamiento. A partir de allí analizaremos el procedimiento referido, para luego, examinar la contribución del Tribunal en el tema propuesto.

## II. El Tribunal. Jurisdicción y competencia.

La jurisdicción del Tribunal comprende todos los conflictos y aplicaciones que se le sometan de conformidad con la Convención, incluyendo todas las cuestiones expresamente previstas en cualquier otro acuerdo que le confiera competencia<sup>5</sup>. Asimismo, el Tribunal es competente para conocer acerca de las controversias (jurisdicción contenciosa) y de cuestiones jurídicas (función consultiva) que se le presenten.

A diferencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), el Tribunal de Hamburgo puede también conocer controversias en los que sea parte una organización internacional, como es el caso de la Comunidad Europea, que es parte de la Convención. Asimismo, el Tribunal o la Sala de Controversias de los Fondos Marinos también puede conocer casos en que actúen personas jurídicas.

El Tribunal posee varias salas de acceso para las partes en una controversia; ello a fin de obtener una mayor especialización en el asunto a resolver o bien, para beneficiarse de la experiencia particular de los jueces que conforman las mismas. En ese sentido, el Tribunal ha establecido salas en cuestiones referidas a la pesca, el medio marino y la delimitación marítima. Sin embargo, el Estatuto prevé una Sala de Procedimientos Sumarios que autoriza a tratar con celeridad cualquier controversia que pudiera presentarse al Tribunal constituido en pleno.

Con relación a las opiniones consultivas, la Convención no establece expresamente la competencia del Tribunal. Sin embargo, el art. 21 del Estatuto ya referido extiende la competencia del mismo a todas las controversias y demandas que se le sometan (CAMINOS 2007: 6).

---

formación en Italia que le valiera la propuesta por este Estado) han tenido un paso muy valioso por el mismo, mientras que Elsa Kelly ha asumido sus funciones a partir del 1º de octubre de 2011.

<sup>4</sup> Por razones de brevedad, se omitirá el análisis de todas las opciones de solución pacífica de controversias y sus recursos de procedimientos obligatorios de solución jurisdiccional (competencia *ratione fori*, *ratione materiae* y *ratione personae*) previstos en la Convención.

<sup>5</sup> Conf. Anexo VI (Estatuto del Tribunal Internacional de Derecho del Mar), art. 21: "La competencia del Tribunal se extenderá a todas las controversias y demandas que le sean sometidas de conformidad con esta Convención y a todas las cuestiones expresamente previstas en cualquier otro acuerdo que confiera competencia al Tribunal".

Debe destacarse que el art. 138.1 del Reglamento del Tribunal autoriza el dictado de una opinión consultiva a los fines de la Convención si ello se encuentra previsto en un acuerdo internacional. En efecto, dispone:

*“Article 138: 1. The Tribunal may give an advisory opinion on a legal question if an international agreement related to the purposes of the Convention specifically provides for the submission to the Tribunal of a request for such an opinion”.*

Respecto de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos, el art. 191 de la Convención faculta a la misma para emitir una opinión consultiva, a solicitud la Asamblea o del Consejo de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos<sup>6</sup>.

A pesar de lo anterior, las partes en una controversia pueden solicitar al Tribunal que se constituya una cámara *ad hoc*, tal como ocurrió en el asunto concerniente a la conservación y explotación sostenible de las poblaciones de pez espada en el Océano Pacífico Sudoriental<sup>7</sup>.

Con relación al acceso jurisdiccional del Tribunal, Caminos explica que –sin perjuicio de la competencia obligatoria de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos–, las partes “(...) podrán recurrir unilateralmente al Tribunal cuando hayan hecho una declaración, al firmar, o ratificar o al adherirse a la Convención o en cualquier momento ulterior, en la que opten por el Tribunal. Si las partes en la controversia no han elegido el mismo foro, ésta será sometida al arbitraje” (CAMINOS 2007: 3). En otras palabras, la Convención estipula al arbitraje como un procedimiento de carácter residual y que en la práctica se encuentra activo ya que la mayoría de los Estados parte no han hecho uso de la referida opción<sup>8</sup>.

Asimismo, el art. 288.2 de la Convención faculta la competencia del Tribunal como opción en varios instrumentos internacionales. Por ejemplo, este recurso ha sido implementado como sistema de solución en el Acuerdo sobre Aplicación de las Disposiciones de la Convención Relativas a la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios de 1995<sup>9</sup>, que autoriza la intervención del Tribunal cuando los Estados no acuerdan en materia de conservación y administración pesquera<sup>iii</sup>.

<sup>6</sup> Cabe destacar que la Sala de Controversias de los Fondos Marinos ya resolvió recientemente la solicitud de opinión consultiva realizada por el Consejo de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos referida a las responsabilidades y obligaciones de los Estados que patrocinan a personas y entidades respecto de actividades en la Zona Internacional de los Fondos Marinos.

<sup>7</sup> Case concerning the Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks in the South-Eastern Pacific Ocean (Chile / European Union).

<sup>8</sup> Información disponible en [http://www.un.org/Depts/los/settlement\\_of\\_disputes/choice\\_procedure.htm](http://www.un.org/Depts/los/settlement_of_disputes/choice_procedure.htm) (consulta el 14/10/2011).

<sup>9</sup> Con el objeto de reforzar la obligación de conservar y preservar los recursos vivos en el mar, este documento compuesto por 50 artículos y dos anexos ya cuenta con 77 miembros, incluida la Unión Europea y la mayoría de los principales países pesqueros del mundo (Argentina aún no la ratificó, a pesar de que cuenta con la aprobación del Congreso mediante Ley 25.290). Su artículo 7.5 remite al procedimiento de la Parte VIII del Acuerdo (Solución Pacífica de Controversias) en caso de presentarse un diferendo durante las negociaciones tendientes a acordar las medidas compatibles de conservación y ordenación pesquera (Concordante con el artículo 16.2 y especialmente los arts. 31 y 32). Disponible

De la misma manera, puede tener jurisdicción cuando las partes en una controversia optan por el mismo procedimiento mediante acuerdos especiales, tal como puede observarse en los asuntos Saiga N° 1 y N° 2, ocasión en que las partes emplearon un acuerdo especial para habilitar la competencia por el Tribunal (SOHN 2010: 506)<sup>10</sup>.

Los Estados y entidades no estatales pueden acceder a las instancias de solución de controversias del Tribunal, de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 20.1 (acceso al Tribunal por los Estados), 20.2 (entidades no estatales en asuntos referidos a la explotación de los Fondos Marinos) y 1.2 de la Convención (referencia a otras entidades)<sup>11</sup>.

Sin perjuicio de los medios de solución ya mencionados, el Tribunal posee competencia obligatoria en dos casos: 1° la pronta liberación de buques y su tripulación, objeto central del presente trabajo; y 2° la prescripción de medidas provisionales.

En el primer caso, la Convención autoriza al Estado del pabellón del buque retenido la posibilidad de plantear la cuestión de su liberación ante el Tribunal, en caso de transcurrir más de 10 días contados desde el momento de la retención, salvo que las partes acuerden someter la cuestión a una corte o Tribunal y el Estado del pabellón no opte por llevarla ante otra corte o Tribunal aceptado por el Estado apresor. Asimismo, dicha competencia se encuentra también disponible cuando éste último no libere el buque y/o su tripulación, una vez constituida una fianza razonable u otra garantía financiera. Lo expresado tiene fundamento en la letra del art. 292, que dispone:

*“Artículo 292. Pronta liberación de buques y de sus tripulaciones*

*1. Cuando las autoridades de un Estado Parte hayan retenido un buque que enarbole el pabellón de otro Estado Parte y se alegue que el Estado que procedió a la retención no ha observado las disposiciones de esta Convención con respecto a la pronta liberación del buque o de su tripulación una vez constituida fianza razonable u otra garantía financiera, la cuestión de la liberación del buque o de su tripulación podrá ser sometida a la corte o tribunal que las partes designen de común acuerdo o, a falta de acuerdo en un plazo de 10 días contado desde el momento de la detención, a la corte o tribunal que el Estado que haya procedido a la retención haya aceptado conforme al artículo 287 o al Tribunal Internacional del Derecho del Mar, a menos que las partes convengan en otra cosa.*

*2. La solicitud de liberación del buque o de su tripulación sólo podrá ser formulada por el Estado del pabellón o en su nombre.*

*3. La corte o tribunal decidirá sin demora acerca de la solicitud de liberación y sólo conocerá de esa cuestión, sin prejuzgar el fondo de cualquier demanda interpuesta ante el tribunal nacional apropiado contra el buque, su propietario o su tripulación. Las autoridades del Estado que haya procedido a la retención seguirán siendo competentes para liberar en cualquier momento al buque o a su tripulación.*

[http://www.un.org/Depts/los/convention\\_agreements/convention\\_overview\\_fish\\_stocks.htm](http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_overview_fish_stocks.htm) (Consulta el 06/10/2011).

<sup>10</sup> Debe recordarse que el acceso conjunto de la UE y Chile a una Sala *ad hoc* del Tribunal fue realizada mediante este tipo de acuerdos especiales.

<sup>11</sup> Este último artículo fue el que habilitó el ingreso de la Unión Europea como parte de la Convención.

4. *Una vez constituida la fianza u otra garantía financiera determinada por la corte o tribunal, las autoridades del Estado que haya procedido a la retención cumplirán sin demora la decisión de la corte o tribunal relativa a la liberación del buque o de su tripulación*".

Además del artículo citado, cuatro disposiciones de la Convención referidos tienen estrecha relación con el instituto de la pronta liberación: los arts. 73.2, 220.6, 220.7 y 226.1.b. El primero de ellos forma parte de un grupo de normas (arts. 61 a 73) que desarrollan lo dispuesto en el art. 56.1, referido a los derechos de soberanía y se remite expresamente a la "Ejecución de leyes y reglamentos del Estado ribereño" en el ejercicio de derechos de soberanía para la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos vivos de la ZEE, su autorización para legislar las medidas necesarias que garanticen el cumplimiento de las leyes y reglamentos dictados de conformidad con la Convención, incluyendo las visitas, las inspecciones, el apresamiento y, llegado el caso, la iniciación de procedimientos judiciales<sup>12</sup>.

Al respecto, Hugo Caminos explica que "*La pronta liberación está prevista para casos de apresamiento por el Estado ribereño para garantizar el cumplimiento de sus leyes y reglamentos dictados en el ejercicio de sus derechos de soberanía sobre la explotación de los recursos vivos de su Zona Económica Exclusiva. Otro caso es el de las medidas de ejecución por los Estados ribereños de las reglas y estándares internacionales para la prevención, reducción y control de la contaminación causada por buques en su mar territorial o Zona Económica Exclusiva*" (CAMINOS 2007: 4).

Por su parte, los arts. 220.6 y 220.7 de la Convención se refieren esencialmente a las facultades que posee el Estado ribereño para prevenir y sancionar la contaminación marítima y sus efectos. En consecuencia, disponen que, en caso de existir una prueba manifiesta de que un buque que ha cometido una infracción a las reglas y estándares internacionales aplicables para prevenir, reducir y controlar la contaminación causada por buques o bien, una infracción de leyes y reglamentos dictados en su consecuencia por un Estado ribereño y tenga como resultado una descarga que cause o amenace causar graves daños a sus costas o intereses conexos o a cualesquiera de los recursos de su mar territorial o su ZEE, ese Estado podrá, y si las pruebas lo justifican, iniciar un procedimiento que autorice la retención del buque, de conformidad con su Derecho interno. No obstante, de iniciarse un procedimiento apropiado, mediante una organización internacional competente (o de otra forma convenida), y se asegure

<sup>12</sup> Conf. The M/V "SAIGA" Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), Prompt Release, ITLOS, Judgment of 4 December 1997, Párrafo 66. Al respecto, el art. 73 referido dispone: "1. *El Estado ribereño, en el ejercicio de sus derechos de soberanía para la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos vivos de la zona económica exclusiva, podrá tomar las medidas que sean necesarias para garantizar el cumplimiento de las leyes y reglamentos dictados de conformidad con esta Convención, incluidas la visita, la inspección, el apresamiento y la iniciación de procedimientos judiciales. 2. Los buques apresados y sus tripulaciones serán liberados con prontitud, previa constitución de una fianza razonable u otra garantía. 3. Las sanciones establecidas por el Estado ribereño por violaciones de las leyes y los reglamentos de pesca en la zona económica exclusiva no podrán incluir penas privativas de libertad, salvo acuerdo en contrario entre los Estados interesados, ni ninguna otra forma de castigo corporal. 4. En los casos de apresamiento o retención de buques extranjeros, el Estado ribereño notificará con prontitud al Estado del pabellón, por los conductos apropiados, las medidas tomadas y cualesquiera sanciones impuestas subsiguientemente*".

el cumplimiento de requisitos en materia de fianza u otras garantías financieras, el Estado ribereño puede autorizar al buque a continuar su viaje<sup>13</sup>.

Por último, el art. 226.1.b, aplicable a la investigación de buques extranjeros<sup>14</sup> dispone que, en caso de revelarse una infracción y se retenga al buque, el mismo deberá ser liberado sin dilación mediante la constitución y el cumplimiento de una fianza u otra garantía financiera apropiada<sup>15</sup>.

### III. El procedimiento del Tribunal.

El Tribunal se rige por varios instrumentos, a saber: la Convención; el Estatuto; el Reglamento; la Resolución sobre práctica Judicial Interna; y las Directrices sobre la preparación y presentación de las causas<sup>16</sup>.

Debe destacarse que el Reglamento ha sido elaborado por el propio Tribunal de Hamburgo y su art. 49 cumple una función clave al impulsar y establecer un ritmo de trabajo para el Tribunal e imprime celeridad a los procedimientos que se le sometan, constituyendo un principio rector para la labor del Tribunal (CAMINOS 2007: 7). La cuestión adquiere una mayor trascendencia al momento de plantearse la adopción de medidas provisionales<sup>17</sup>.

Pese a que el Tribunal de Hamburgo elaboró su Reglamento teniendo en cuenta el Reglamento de la CIJ, el mismo posee características propias, entre las que se destacan: fijación de una fecha para el inicio del procedimiento oral una vez finalizado el procedimiento escrito, que no debe exceder los seis meses; plazos no superiores a seis meses para la presentación de los alegatos; plazos exigüos entre las audiencias y las sentencias en asuntos de pronta liberación y el procedimiento ante la Sala de Controversias de los Fondos Marinos (CAMINOS 2007: 8).

Por su parte, las Directrices sobre la Preparación de casos ante el Tribunal establecen pautas de extensión, formato y presentación de documentos y alegatos, entre otras funciones secundarias. Asimismo, permiten el uso de medios electrónicos: e-mails, fax y videoconferencia como una manera de comunicación entre las partes y el Tribunal (CAMINOS 2007: 8)..

<sup>13</sup> El art. 220 dispone: "6. Cuando exista una prueba objetiva y clara de que un buque que navega en la zona económica exclusiva o en el mar territorial de un Estado ha cometido, en la zona económica exclusiva, una infracción de las mencionadas en el párrafo 3 que haya tenido como resultado una descarga que cause o amenace causar graves daños a las costas o los intereses conexos del Estado ribereño, o a cualesquiera recursos de su mar territorial o de su zona económica exclusiva, ese Estado podrá, con sujeción a la sección 7, y si las pruebas lo justifican, iniciar un procedimiento, incluida la retención del buque, de conformidad con su Derecho interno.

7. No obstante lo dispuesto en el párrafo 6, cuando se haya iniciado un procedimiento apropiado por conducto de la organización internacional competente o de otra forma convenida, y mediante ese procedimiento se haya asegurado el cumplimiento de los requisitos en materia de fianza u otras garantías financieras apropiadas, el Estado ribereño autorizará al buque a proseguir su viaje, en caso de que dicho procedimiento sea vinculante para ese Estado."

<sup>14</sup> La misma debe respetar un trato igualitario y no discriminatorio, tal como lo dispone el art. 227 de la Convención.

<sup>15</sup> El art. 226.1.b expresa: "Si la investigación revela que se ha cometido una infracción de las leyes y reglamentos aplicables o de las reglas y estándares internacionales para la protección y preservación del medio marino, el buque será liberado sin dilación una vez cumplidas ciertas formalidades razonables, tales como la constitución de una fianza u otra garantía financiera apropiada". No obstante, el Estado ribereño puede condicionar la misma cuando entrañe un riesgo excesivo de daño al medio marino. En caso de que la liberación haya sido denegada o se establezcan otras condiciones, éste Estado debe informar al Estado de pabellón del buque (Conf. Art. 226.1.c de la Convención).

<sup>16</sup> Fuente: [www.itlos.org](http://www.itlos.org)

#### IV. Jurisprudencia en materia de pronta liberación de buques y su tripulación.

Conforme al Registro General de casos del Tribunal de Hamburgo, han sido 19 los asuntos presentados hasta la fecha, permitiendo identificar dos grandes grupos temáticos: 9 demandas de pronta liberación de buques y sus tripulaciones por un lado; y 5 de medidas provisionales por el otro.

La competencia del Tribunal en materia de pronta liberación de buques es autorizada en situaciones donde el Estado ribereño procede a la detención de un buque de pabellón extranjero y/o de la tripulación del mismo, condiciones *sine qua non* para plantear el caso.

En efecto, las situaciones que habilitan la competencia del Tribunal son limitadas y de carácter restrictivo. No obstante, la pronta liberación de buques constituye, estadísticamente, la principal vía de acceso al Tribunal, cuestión que concentra prácticamente la mitad de los asuntos que llegaron a su conocimiento (SOHN 2010: 507).

Una lectura atenta de los arts. 73, 220, 226 y 292 de la Convención (Ejecución de leyes y reglamentos del Estado ribereño en la Zona Económica Exclusiva; Ejecución de procedimientos de protección del medio marino por los Estados ribereños; Investigación e inspección física de buques extranjeros; y Pronta liberación de buques y de sus tripulaciones, respectivamente) nos permite especular que la situación de los "buques detenidos" por el Estado ribereño durante períodos prolongados puede causar, por un lado, enormes dificultades financieras para el armador (si se trata de un pesquero durante la temporada de pesca o de un petrolero), y por el otro, plantear cuestiones referidas a los derechos humanos de la tripulación que requieran la actuación diplomática de los Estados involucrados (WOLFRUM 2008: 7). Por su parte, el art. 292 de la Convención establece el mecanismo por el que el Estado pabellón puede obtener (por sí mismo o en su nombre) una orden de pronta liberación del buque y su tripulación, mediante el depósito de una fianza razonable o garantía financiera con el objeto de proteger los intereses del Estado ribereño (WOLFRUM 2008: 7)<sup>iv</sup>.

Así, el objeto del artículo 292 de la Convención consiste en conciliar los intereses del Estado de pabellón para con su buque y tripulación; y el interés del Estado apresor asegurar la comparecencia del capitán y el pago de las multas<sup>18</sup>.

Por su parte, el art. 73 de la Convención señala dos intereses: el del Estado ribereño para tomar las medidas necesarias que aseguren el cumplimiento de sus leyes y reglamentos y el del Estado del pabellón para asegurar la pronta liberación de sus buques y sus tripulaciones. En esencia, el art. 73 constituye un justo equilibrio entre los dos intereses y por ello se habilita el depósito de una fianza u otra garantía "razonable", cuya función es proteger los intereses del Estado del pabellón y de otras personas afectadas por la detención del buque.

<sup>17</sup> El referido artículo en su texto oficial en inglés expresa: Article 49 "The proceedings before the Tribunal shall be conducted without unnecessary delay or expense".

<sup>18</sup> Conf. The "Monte Confurco" Case (Seychelles v. France), Prompt Release, ITLOS, Judgment of 18 December 2000, Párrafos 70 y 71.

La legitimación activa para el inicio de este procedimiento ha sido objeto de análisis por el Tribunal. Al respecto, determinó que en el esquema del art. 292 de la Convención, es el Estado del pabellón del buque quien posee la legitimación activa para solicitar la pronta liberación y que, asimismo, cualquier otra entidad puede presentar una solicitud única en nombre del Estado del pabellón del buque conforme a lo dispuesto en el inciso 2º que expresa: "(...) *La solicitud de liberación del buque o de su tripulación sólo podrá ser formulada por el Estado del pabellón o en su nombre*"<sup>19</sup>.

También, del análisis del art. 292.3 surge claramente que el Tribunal sólo conocerá la cuestión de la pronta liberación sin que ello implique juzgar el fondo del asunto ni prejuzgar sobre cualquier demanda interpuesta contra el buque, su propietario o su tripulación ante el tribunal nacional apropiado; y finalmente, que las autoridades del Estado ribereño seguirán siendo competentes para liberar el buque y/o su tripulación en cualquier momento (SOHN 2010: 507).

Cuando una solicitud de pronta liberación de un buque y su tripulación se presenta, el Tribunal de Hamburgo en virtud del art. 113 de su Reglamento, está obligado a decidir si procede o no tal solicitud y, de corresponder, analizar el fundamento de la misma. Si el Tribunal ordena la liberación, es necesario determinar la fianza o garantía financiera requerida para la liberación del buque y su tripulación<sup>20</sup>.

Con relación a la competencia para conocer el caso, el Tribunal de Hamburgo sostuvo que un tribunal debe "en todo momento" estar convencido de su propia competencia para conocer el caso sometido. Por ello, posee la facultad de examinar de oficio la base de su jurisdicción, tal como lo hizo en el asunto "Saiga"<sup>21</sup> y como lo ha realizado la CIJ al señalar que el tribunal debe estar convencido de que tiene competencia y, si es necesario, analizar *motu proprio* la cuestión<sup>22</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos destacar que el art. 292.3 de la Convención dispone que la Corte o Tribunal (referidos en el art. 287) decidan sin demora la solicitud de la liberación.

El reconocimiento a la jurisdicción del Tribunal en estos casos es producto de un intento de poner freno a los Estados ribereños en el ejercicio de su legislación interna, a fin de evitar abusos. En ese sentido, al permitirle al Tribunal liberar rápidamente al buque y su tripulación en un procedimiento que, a la luz del art. 113 del Reglamento del Tribunal, es de carácter especial e independiente<sup>23</sup>.

Asimismo, el Tribunal de Hamburgo esclarece el alcance de la jurisdicción contemplada en los procedimientos de pronta liberación, interpretando que la misma abarca sólo a los casos en que se alegue

<sup>19</sup> The "Grand Prince" Case (Belize v. France), Prompt Release, ITLOS, Judgment of 20 April 2001, Párrafo 66. El Tribunal destacó también la importancia de asegurarse que la solicitud realizada en nombre del Estado de pabellón del buque, cumpla con las exigencias del art. 292.2 de la Convención. Fuente: The "Grand Prince" Case (en nota 19), Párrafo 80.

<sup>20</sup> The "Monte Confurco" Case (en nota 18), Párrafo 67.

<sup>21</sup> The M/V "SAIGA" Case (en nota 12), Párrafo 40. En idéntico sentido ver The "Grand Prince" Case (en nota 19), Párrafo 77.

<sup>22</sup> Conf. Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council, Judgment, I.C.J. Reports 1972, pp. 46-52. Fuente: The "Grand Prince" Case (Belize v. France), Prompt Release, ITLOS, Judgment of 20 April 2001, Párrafos 77 y 78).

<sup>23</sup> The M/V "SAIGA" Case (en nota 12), Párrafo 50. Para el Tribunal, el procedimiento establecido en el artículo 292 de la Convención es un proceso independiente de conformidad con la sección E de la Parte III reglamento del Tribunal (art. 110-114), lo que no impide su análisis posterior por parte del Tribunal u otra corte competente, de

una detención del Estado ribereño que no cumpla con las disposiciones de la Convención para la pronta liberación del buque o su tripulación, y su relación con el establecimiento de una fianza o garantía financiera razonable<sup>24</sup>.

Es oportuno destacar que el Tribunal posee el derecho de considerar todos los aspectos que involucren su jurisdicción, sean o no expresamente invocados por las partes y asegurarse que la solicitud sea correctamente presentada por el Estado o en su nombre<sup>25</sup>.

La independencia del procedimiento de pronta liberación surge también del mismo art. 292, y es necesario destacar que no puede ser considerado como un recurso contra las decisiones de tribunales nacionales<sup>26</sup>.

El agotamiento de las instancias internas de los Estados no es un requisito previsto en los casos del art. 292 de la Convención, toda vez que dicho instituto se ha diseñado para liberar a un buque y su tripulación de una detención prolongada, mediante el establecimiento de una fianza razonable y, al mismo tiempo, evitar pérdidas para los armadores o afectaciones de los derechos de las personas involucradas en ese tipo de apresamiento<sup>27</sup>.

En el asunto "Saiga" N° 1, el Tribunal sostuvo que, de conformidad con el Reglamento del Tribunal, las solicitudes de liberación deben ser analizadas sin demora, y su art. 112.1, establece la prioridad a las solicitudes de pronta liberación por sobre cualquier otro procedimiento ante el Tribunal<sup>28</sup>.

Con relación a la supuesta falta de cumplimiento de las disposiciones de la Convención relativas a la pronta liberación de buques y su tripulación mediante el depósito de una fianza razonable u otra garantía financiera, el Tribunal sostuvo que deben tenerse especialmente en cuenta los arts. 73.2, 220.6 y 220.7 de la Convención que ya fueran mencionados, así como el art. 226.1.c referido a la posible denegación de la pronta liberación del buque, fundada en reparaciones tendientes a evitar daños al medio marino y sus requisitos de validez<sup>29</sup>.

---

acuerdo con el artículo 287 de la Convención. En otras palabras, esta circunstancia no le impide considerar la cuestión de la liberación.

<sup>24</sup> The "Camouco" Case (Panama v. France), Prompt Release, ITLOS, Judgment of 7 February 2000, Párrafo 59.

<sup>25</sup> The "Grand Prince" Case (en nota 19), Párrafos 78 y 80.

<sup>26</sup> The "Camouco" Case (en nota 24), Párrafo 58. Criterio sostenido posteriormente en el asunto "Monte Confurco" al aclarar que el artículo 292 de la Convención, no constituye un foro de apelación contra una decisión de un tribunal nacional. Fuente: The "Monte Confurco" Case (en nota 18), Párrafo 72.

<sup>27</sup> El Tribunal expresó que no es normal (por parte de las autoridades locales) agotar todos los recursos internos en un período de tiempo tan corto. Fuente: The "Camouco" Case (en nota 24), Párrafos 57 y 58. Del mismo modo, la fianza o garantía financiera resguarda los intereses del Estado ribereño mediante el pago de una fianza razonable u otra garantía financiera.

<sup>28</sup> The M/V "SAIGA" Case (en nota 12), Párrafo 48. Asimismo, el artículo 112.3 prevé la fijación de la primera fecha posible para una audiencia, siempre que no exceda de diez días desde la recepción de la solicitud y establece la regla general de que las audiencias no deben durar más de un día para cada parte. Por su parte, el artículo 112.4 dispone que la sentencia del Tribunal se adoptará tan pronto como sea posible en una fecha que no puede exceder más de diez días luego de las audiencias.

<sup>29</sup> The M/V "SAIGA" Case (en nota 12), Párrafo 52. El artículo 226.1.c expresa: "*Sin perjuicio de las reglas y estándares internacionales aplicables relativos a la navegabilidad de los buques, se podrá denegar la liberación de un buque, o supeditarla al requisito de que se dirija al astillero de reparaciones apropiado más próximo, cuando entrañe un riesgo excesivo de daño al medio marino. En caso de que la liberación haya sido denegada o se haya supeditado a determinados requisitos, se informará sin dilación al Estado del pabellón, el cual podrá procurar la liberación del buque de conformidad con lo dispuesto en la Parte XV*".

Durante la tramitación de la solicitud de pronta liberación, la conducta del Estado de pabellón "durante todo el tiempo de la controversia" es un factor importante en la determinación de la nacionalidad del buque<sup>30</sup>.

El Tribunal argumentó que el período de 10 días mencionado en el art. 292.1 de la Convención, permite a las partes la liberación del buque o acordar una corte o tribunal, pero bajo ningún punto de vista sugiere que de no presentarse la solicitud inmediatamente, la cuestión no será tratada como una solicitud de "pronta liberación" en el sentido del art. 292 de la Convención<sup>31</sup>.

Respecto al establecimiento de la fianza o garantía financiera, el Tribunal expresó que la misma forma parte de las disposiciones de la Convención, cuya violación hace aplicable que el procedimiento del art. 292<sup>32</sup> y que, de conformidad con el art. 113.2 del Reglamento del Tribunal, puede determinar la cantidad, naturaleza y tipo de fianza o garantía financiera. Para ello, la orientación más importante para determinar la cuantía es la regla contenida en el art. 292.1 de la Convención, por cuanto dispone que la fianza debe ser "razonable"<sup>33</sup>.

Planteada la cuestión de una garantía previa a la solicitud de pronta liberación, el Tribunal declaró que el pago de una fianza u otra garantía no es necesariamente una condición previa a la presentación, situación que fue rotundamente determinada en los asuntos "Saiga" y "Camouco"<sup>34</sup>.

Asimismo, se consideró inapropiado considerar si un Estado ribereño tiene derecho a imponer condiciones, mediante el ejercicio de sus derechos de soberanía a la luz de la Convención. En el caso "Volga", el Tribunal estudió si la "fianza razonable u otra garantía" mencionada en el artículo 73.2 de la Convención puede incluir tales condiciones. En efecto, interpretó que el concepto "*bond or other security*" debe ser analizado en su contexto; considerando el objeto y fin de los arts. 292, 220.7 y 226.1 (b). Estas normas, al articular expresiones como "*bond or other financial security*" y "*bonding or other appropriate financial security*" hacen que la expresión "*bond or other security*" contenida en el art. 73.2 deba interpretarse como una fianza o garantía de carácter financiero<sup>35</sup>.

También el Tribunal consideró que, cuando la Convención prevé la imposición de condiciones adicionales a una fianza u otra garantía financiera, la misma debe contemplarse expresamente, tal como el supuesto del art. 226.1 (c), por cuanto dispone que la liberación de un buque puede ser denegada o condicionada si presenta riesgos para el medio marino. En estos casos, resulta claro que las condiciones

<sup>30</sup> Así lo consideró el Tribunal en el caso "Saiga" (No. 2). Fuente: The "Grand Prince" Case (en nota 19), Párrafo 89.

<sup>31</sup> The "Camouco" Case (en nota 24), Párrafo 54.

<sup>32</sup> The M/V "SAIGA" Case (en nota 12), Párrafo 76. Criterio reiterado por el Tribunal en The "Camouco" Case (en nota 24), Párrafo 49.

<sup>33</sup> The M/V "SAIGA" Case (en nota 12), Párrafo 82. En el caso "Monte Confurco" el Tribunal sostuvo que la fianza razonable a determinarse en virtud del artículo 292 de la Convención debe estar basada en la Convención y otras normas del derecho internacional compatibles con la misma. Fuente: The "Monte Confurco" (en nota 18), Párrafo 75.

<sup>34</sup> Párrafos 76-77 y 63, respectivamente.

<sup>35</sup> The "Volga" Case (Russian Federation v. Australia), Prompt Release, ITLOS, Judgment of 23 December 2002, Párrafos 76-77. Cabe aclarar que los textos oficiales no siempre poseen una traducción literal entre sí, pero para mejor comprensión del lector, los términos se refieren a "fianza razonable u otra garantía", "fianza razonable u otra garantía financiera" y "fianza u otras garantías financieras apropiadas", respectivamente.

financieras no pueden ser consideradas como componentes de la fianza o garantía a los fines del art. 292 en presunta violación del art. 73.2<sup>36</sup>.

La razonabilidad de la fianza o garantía financiera también ha sido materia de análisis por el Tribunal en cada caso de pronta liberación. Ya en su primer sentencia, sostuvo que debe tenerse en cuenta el valor comercial del bien transportado<sup>37</sup>, y que a fin de evaluar la razonabilidad considera como factores relevantes: la gravedad del supuesto delito, las penas impuestas o que pueden imponerse conforme a las leyes del Estado de detención, el valor del buque detenido y de la carga incautada, y el monto de la fianza dispuesta por el Estado de detención<sup>38</sup>.

Esto fue confirmado por el Tribunal en el asunto "Monte Confurco" y agregó que no se trata de una lista completa de factores ni el Tribunal intenta establecer normas rígidas<sup>39</sup>. En otras palabras, estos factores no son taxativos, destacando que a criterio del Tribunal, no existen normas rígidas en ese sentido y deben complementarse con los criterios de razonabilidad señalados en el caso "Saiga"<sup>40</sup>.

Todo lo anterior es un equilibrio de intereses que surgen de los arts. 73 y 292 de la Convención, estableciendo el criterio rector para evaluar la razonabilidad de la fianza o garantía, debiendo el Tribunal analizar los hechos, las leyes del Estado de detención, junto a las decisiones de sus tribunales<sup>41</sup>, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso particular<sup>42</sup>, evaluando los factores pertinentes a partir de toda la información facilitada por las partes<sup>43</sup> y, finalmente, la necesidad de evitar una desproporción entre la gravedad de los presuntos delitos y el monto de la fianza<sup>44</sup>.

Una interpretación peculiar puede encontrarse en el asunto "Volga". Allí el Estado de detención planteó al Tribunal la posibilidad de establecerse una garantía adicional de "buen comportamiento", tendiente a prevenir futuras violaciones, argumento que fue rechazado por el Tribunal, ya que la misma no puede ser considerada como una fianza o garantía en el sentido del art. 73.2 de la Convención, analizado conjuntamente con el procedimiento establecido en el art. 292<sup>45</sup>.

Sin embargo, desde el asunto M/V "Saiga", el Tribunal también consideró que el establecimiento de una fianza por el Estado de detención, no deja sin objeto a la solicitud; incluso cuando considera que la fianza fijada por el Estado no es razonable<sup>46</sup>.

Las circunstancias presentadas en el asunto "Tomimaru", permitieron al Tribunal de Hamburgo analizar y expedirse sobre el instituto de la confiscación de buques. Al respecto, estableció que la misma

<sup>36</sup> The "Volga" Case (en nota 35), Párrafo 77.

<sup>37</sup> The M/V "SAIGA" Case (en nota 12), Párrafos 83 y 84.

<sup>38</sup> The "Camouco" Case (en nota 24), Párrafo 67. Asimismo, el Tribunal sostuvo que el valor del buque por sí solo no puede ser el factor decisivo en la determinación de la fianza o garantía financiera (párrafo 69).

<sup>39</sup> The "Monte Confurco" Case (en nota 18), Párrafo 75.

<sup>40</sup> The M/V "SAIGA" Case (en nota 12), Párrafo 76.

<sup>41</sup> The "Monte Confurco" Case (en nota 18), Párrafo 72.

<sup>42</sup> The "Volga" Case (en nota 35), Párrafo 65.

<sup>43</sup> The "Juno Trader" Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea-Bissau), Prompt Release, ITLOS, Judgment of 18 December 2004, Párrafo 85. En idéntico sentido The "Hoshinmaru" Case (Japan v. Russian Federation), Prompt Release, ITLOS, Judgment of 6 August 2007, Párrafo 88.

<sup>44</sup> The "Juno Trader" Case (en nota 43), Párrafo 89.

<sup>45</sup> The "Volga" (en nota 35), Párrafos 79-80.

no produce en sí, un cambio automático de la bandera o su pérdida, distinguiendo propiedad y nacionalidad de un buque a la luz de los arts. 91 y 94 de la Convención, referidos a las condiciones establecidas por un Estado para conceder la nacionalidad a un buque e inscribirlo; y los deberes del Estado de pabellón, que revisten un papel central en el inicio del procedimiento de pronta liberación. Asimismo, determinó que si bien el art. 73 de la Convención no hace ninguna referencia a la confiscación de las embarcaciones, muchos Estados han previsto medidas de confiscación de buques de pesca en su legislación referida a la gestión y conservación de los recursos vivos<sup>47</sup>.

El planteo de la Federación de Rusia en este asunto radicaba en considerar que la confiscación dejaba a la solicitud de pronta liberación sin objeto. Finalmente, luego de considerar que la confiscación de un buque pesquero no debía utilizarse para alterar el equilibrio de los intereses del Estado de pabellón y del Estado ribereño, el Tribunal determinó que la confiscación elimina el carácter provisional de la detención del buque, dejando sin objeto al procedimiento de pronta liberación<sup>48</sup>.

Desde un punto de vista procesal, el Tribunal consideró que el artículo 73.2 posee dos aspectos importantes que deben ser analizados junto a la obligación de pronta liberación de buques y sus tripulaciones: las consideraciones elementales de humanidad y debido proceso con la equidad como uno de los propósitos para el requisito de una fianza o garantía financiera razonable<sup>49</sup>.

El Tribunal estima que la celeridad procesal es un valor en sí misma y que puede destacarse cuando el establecimiento de la fianza no es prevista en las leyes del Estado ribereño o no ha sido fijada, rechazada o se alega que la misma no es razonable<sup>50</sup>.

En la interpretación efectuada al art. 113.2 del Reglamento, cuando el Tribunal considera que la solicitud está bien fundada, tiene que determinar la cantidad, naturaleza y forma de la fianza o garantía financiera. Para llevar a cabo esta tarea, debe aplicar las disposiciones de la Convención y otras normas de derecho internacional que sean compatibles<sup>51</sup>.

Una mirada exclusivamente procesalista advierte que toda la jurisprudencia del Tribunal en materia de pronta liberación ha sido dictada dentro de los plazos previstos en el art. 112 del Reglamento del Tribunal<sup>52</sup> e incluso dos de aquellas tramitaron en simultáneo, como en los asuntos "Tomimaru" y "Hoshinmaru"<sup>53</sup>.

---

<sup>46</sup> The M/V "SAIGA" Case (en nota 12), Párrafo 77.

<sup>47</sup> The "Tomimaru" Case (Japan v. Russian Federation), Prompt Release, ITLOS, Judgment of 6 August 2007, Párrafos 70-72.

<sup>48</sup> También sostuvo que, teniendo en cuenta el objeto y el propósito del sistema del procedimiento de pronta liberación, la confiscación de una embarcación no impide que el Tribunal examine una solicitud mientras el procedimiento ante los tribunales internos del Estado de detención se encuentre en trámite. The "Tomimaru" Case (en nota 47), Párrafos 75-78.

<sup>49</sup> The "Juno Trader" Case (en nota 43), Párrafo 77.

<sup>50</sup> The M/V "SAIGA" Case (en nota 12), Párrafo 77.

<sup>51</sup> The "Juno Trader" Case (en nota 43), Párrafo 81.

<sup>52</sup> La norma en cuestión establece la prioridad en el tratamiento de asuntos de pronta liberación con relación a todos los demás, con la excepción referida a medidas provisionales. De una atenta lectura de los párrafos 3 y 4 resulta que estos casos no pueden demorarse más de 30 días contados a partir de la presentación de la solicitud. Article 112 Rules of the Tribunal: "1. The Tribunal shall give priority to applications for release of vessels or crews over all other proceedings before the Tribunal. However, if the Tribunal is seized of an application for release of a vessel or its crew and of a request for the

El Tribunal de Hamburgo también ha colaborado en esclarecer y destacar la importancia del vínculo entre el buque y el Estado de pabellón, como un factor relevante a los fines de analizar la gravedad de los presuntos delitos y las penas que podría imponer el Estado de detención en cumplimiento de sus leyes, así como el valor de la embarcación detenida y la carga incautada. En definitiva, cuestión vital para determinar la fianza impuesta por el Estado<sup>54</sup>.

También debemos destacar que el Tribunal rechazó la solicitud de pronta liberación en el caso "Grand Prince", al decidir que el buque detenido no poseía la nacionalidad del Estado demandante<sup>55</sup>. Así como también fue rechazado el pedido de pronta liberación en el asunto "Tomimaru", al concluirse que la solicitud del Japón carecía de objeto, ya que, la Corte Suprema de la Federación de Rusia se había pronunciado sobre el fondo y había confirmado una confiscación<sup>56</sup>.

Asimismo, otra destacada ilustración en materia de pronta liberación radica en que la violación a los derechos del Estado de pabellón no es el embargo del buque en sí, sino el incumplimiento de las obligaciones por parte del Estado de detención para la liberación inmediata, una vez establecida la garantía o fianza razonable.

La bandera del buque que establece su nacionalidad y permite la legitimación del Estado que solicita la liberación, también fue un aspecto aclarado por el Tribunal. Si bien un buque privado de su pabellón puede dar lugar a una falta de protección de los buques inmovilizados en puertos extranjeros, existen situaciones en que un buque "efectivamente" pierde su bandera, tal como ocurrió en el asunto del "Grand Prince", cuando Belice había decidido suprimir el buque de su registro nacional después de haber sido detenido y llevado a puerto por Francia<sup>57</sup>.

## V. Algunas repercusiones sobre la labor del Tribunal.

A pesar de aislados y parciales cuestionamientos referidos a la labor del Tribunal de Hamburgo (ANKARDE 2010: 1), el mismo ha realizado en sus primeros años una gran contribución al Derecho

---

*prescription of provisional measures, it shall take the necessary measures to ensure that both the application and the request are dealt with without delay.*

*2. If the applicant has so requested in the application, the application shall be dealt with by the Chamber of Summary Procedure, provided that, within five days of the receipt of notice of the application, the detaining State notifies the Tribunal that it concurs with the request.*

*3. The Tribunal, or the President if the Tribunal is not sitting, shall fix the earliest possible date, within a period of 15 days commencing with the first working day following the date on which the application is received, for a hearing at which each of the parties shall be accorded, unless otherwise decided, one day to present its evidence and arguments.*

*4. The decision of the Tribunal shall be in the form of a judgment. The judgment shall be adopted as soon as possible and shall be read at a public sitting of the Tribunal to be held not later than 14 days after the closure of the hearing. The parties shall be notified of the date of the sitting."*

<sup>53</sup> Respectivamente, The "Tomimaru" Case (Japan v. Russian Federation) y The "Hoshinmaru" Case (Japan v. Russian Federation). Disponibles en [www.itlos.org](http://www.itlos.org)

<sup>54</sup> The "Hoshinmaru" Case (en nota 43), Párrafo 65.

<sup>55</sup> The "Grand Prince" Case (en nota 19), Párrafo 89 y ss.

<sup>56</sup> The "Tomimaru" Case (en nota 47), Párrafo 59 y ss. Al respecto, el Tribunal sostuvo que la confiscación debe ser analizada a través de procedimientos compatibles con el derecho internacional y que una medida de estas características decidida con excesiva premura podría poner en riesgo la aplicación del art. 292 de la Convención.

Internacional, invalidando los pronósticos de quienes vaticinaban su inutilidad durante las negociaciones de la Tercera Conferencia.

Bernard H. Oxman y Vincent P. Bantz sostienen que el Tribunal, en el asunto "Camouco", no sólo ha identificado los factores a considerarse en el establecimiento de la garantía o fianza razonable, sino que también demostró una capacidad de acción rápida y que la solución del caso podría influir en los tribunales locales (OXMAN & BANTZ 2000: 719-721).

Al respecto, Thomas A. Mensah, el primer presidente del Tribunal, al realizar un balance sobre los primeros años de vida del Tribunal, destacó no únicamente el respeto a las sentencias emanadas del Tribunal, sino también la conducta de los Estados, teniendo en consideración sus efectos en el largo plazo (MENSAH 2002: 115)<sup>58</sup>.

Este criterio es compartido por Cesare Romano, quien se pregunta si esta clase de tribunales constituyen el foro apropiado para resolver cuestiones trascendentales como lo son la relación entre el sistema de solución de controversias creado por la Convención y las diversas convenciones regionales y sectoriales. En resumidas cuentas, y con la salvedad de que su análisis trata sobre las medidas cautelares, Romano criticó el laudo arbitral del asunto del Atún de Aleta Azul (uno de los primeros casos en que luego de la entrada en vigor de la Convención las partes optaron por dicho sistema de solución) y argumentó sobre la ventaja de los tribunales judiciales permanentes, en el que los jueces se encuentran por un largo período de tiempo en el mismo lugar y pueden emplear los precedentes, a fin de lograr una jurisprudencia coherente que elimine las dudas e incertidumbres creadas por los Tribunales *ad hoc* y simultáneamente se garantice la preservación del ordenamiento jurídico internacional (ROMANO 2001: 334)<sup>59</sup>.

En idéntico sentido, Peter Tomka expresa que, a pesar de inspirarse en la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal de Hamburgo logró adaptarse a las exigencias establecidas en la Convención y realizó una valiosa contribución al desarrollo del derecho internacional, reforzando la confianza de la comunidad internacional en el arreglo judicial de las controversias y continuando la promoción del imperio de la ley (TOMKA & HERNANDEZ 2012: 1784-1785)<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> Al respecto cabe preguntarse ¿Qué ocurriría en estos casos con la tripulación? Belice podría ejercer la protección consular sólo respecto a los tripulantes de su nacionalidad, mientras que los miembros de otras nacionalidades dependen de sus propios Estados.

<sup>58</sup> En sus palabras: "*States [that], in their sovereign discretion, accept the jurisdiction of the international judicial bodies will, in general, find it in their long term interests to comply with decisions of these bodies, even when the decisions are not favourable to them for one reason or another... [T]he judgments and orders issued so far by the Tribunal have been fully complied with by the parties to whom they were addressed*" ..

<sup>59</sup> En palabras de Romano: "(...) *having undermined the UNCLOS dispute settlement regime, the Arbitral Tribunal felt the need to warn that reliance on exceptions contained in dispute settlement clauses of regional and sectorial agreements will not be total. Such admonitions are more effective if made by a permanent judicial body, where judges sit for long periods of time and rely, with varying degrees of consistency, on past judgments*" y que "(...) *At the beginning of the 21st century, there are dozens of regional fishing agreements, encompassing almost all known fisheries. At the same time, adherence to UNCLOS is global. Some or all states participating in sectorial or regional regimes will also be parties to the UNCLOS. For this reason, the doubt and uncertainty created by the dissonant judgments must be dispelled as soon as possible...*"

<sup>60</sup> Expresa el jurista: "*By partly drawing inspiration from the International Court of Justice yet adapting the practices of that court to the exigencies of the Tribunal's role under UNCLOS, the International Tribunal for the Law of the Sea has made a valuable contribution to the development of the international law governing provisional measures. Although it has been seised of such request only*

Por su parte, el Relator Especial John Dugard, al elaborar su quinto informe titulado *Diplomatic protection of ships' crews by the flag State*, realizó una amplia referencia a la jurisprudencia del Tribunal en el caso Saiga N° 2, referida a la composición multinacional de la tripulación y la excesiva carga que conllevaría a cada persona la protección diplomática de su propio Estado. En ese mismo informe, el relator destacó la relación del buque con sus tripulantes entendiéndolo como una unidad y, en consecuencia, consideró a todas las personas como una entidad vinculada al Estado del pabellón. En otras palabras, la nacionalidad de esas personas no es relevante y pueden verse beneficiadas al mismo tiempo, con el procedimiento (WOLFRUM 2008: 7).

## VI. Conclusión.

El Tribunal de Hamburgo ha tenido desde su constitución, en octubre de 1996, nueve solicitudes de pronta liberación de buques (casi todas con origen en cuestiones de pesquerías) y en sus sentencias, ha conformado una jurisprudencia coherente que influye en el desarrollo del derecho internacional, aclarando aspectos de una Convención que cumple en 2012 treinta años de su apertura a la firma.

En los casos de pronta liberación, no sólo ofrece pautas de interpretación procesales (ej.: explicando que el proceso no constituye un incidente, sino que reviste carácter autónomo, tal como lo expresara en el asunto "Saiga" N° 2; o que el hecho de acudir al Tribunal no requiere agotar las instancias internas, cuestión enfatizada posteriormente en el caso "Camouco") y aportes tendientes a la determinación de una "fianza razonable", también aclara los requisitos necesarios para establecer la condición del Estado del pabellón.

De su labor, podemos sostener que el Tribunal asegura, gracias a un reglamento convalidado en la práctica, un procedimiento rápido, eficiente y expeditivo de gran importancia, considerando las graves consecuencias que, en materia de derechos humanos, surgen de detener a una tripulación durante largo tiempo.

Asimismo, su elaboración jurisprudencial y su impacto en la comunidad académica permite explicar las razones por las que, luego del asunto Tomimaru, no se han planteado nuevos asuntos sobre pronta liberación de buques y es de esperarse que esta situación de interpretación consolidada perdure, por lo menos hasta que se plantee un nuevo caso que incorpore diferentes elementos o factores que requieran de su interpretación.

Lo expresado hasta aquí autoriza a considerar al Tribunal de Hamburgo como un tribunal internacional especializado que, con características propias, ha demostrado experiencia y eficiencia no únicamente en los casos referidos a la pronta liberación de buques, también lo realizó en todos los asuntos que llegaron a su conocimiento.

---

*five times, it is almost certain that, in an age of increasing recourse to international judicial bodies in order to resolve disputes between states, the Tribunal's contribution will continue to grow. From the vantage point of The Hague and the International Court of Justice, this is surely a development to be welcomed, as it strengthens the confidence of the community of states in the judicial settlement of international disputes and continues to promote the rule of law on the international plane".*

Finalmente, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, ha demostrado en sus primeros años de vida internacional, que puede actuar no sólo con rapidez y transparencia y su contribución no se limita a la solución concreta de los asuntos sometidos a su consideración. En definitiva, sus aportes en materia de interpretación de la Convención constituirán la más sólida base del Derecho del Mar e incluso del Derecho Internacional durante el Siglo XXI.

### **Bibliografía.**

- ADEDE, A., (1987) *The system for settlement of disputes under the United Nations Convention on the Law of the Sea*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987.
- AKL, J. (2012) "Jurisprudence of the International Tribunal for the Law of the Sea in Prompt Release Proceedings", en *Coexistence, Cooperation and Solidarity: Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, 2012, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1591-1614.
- ANKARDE, D., (2010) "The Hamburg Tribunal Heats Up? Is ITLOS now in Business?". En *European Journal of International Law blog*. Disponible online en: <http://www.ejiltalk.org> (Consulta el 13/10/2011)
- ARMAS PFIRTER, F., (2003) "El caso 'Grand Prince' ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar", en *Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*, 2003, Córdoba, Dnas-Lerner Editores, 399-418.
- BURGT, N., (2005) "The 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea and its dispute settlement procedure", en *Griffin's View on International and Comparative Law*, 6 (1), (2005), 18-34. Disponible en <http://www.rechten.vu.nl/urlsearchresults.asp?itemnumber=2004>
- CAMINOS, H., (2002) "The creation of specialized courts: the case of the International Tribunal for the Law of the Sea", en *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, The Hague, Kluwer Law International, 2002), 569-574.
  - o (2006) "The International Tribunal for the Law of the Sea: an overview of its jurisdictional procedure", en *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* (2006), 13-27.
  - o (2007) "El Tribunal Internacional del Derecho del Mar: Algunas consideraciones sobre su Jurisdicción y Procedimiento", en *Primer Encuentro de Cortes Internacionales y Regionales de Justicia en el Mundo en celebración de los Cien Años de la Corte Centro Americana de Justicia. Managua 4 y 5 de octubre 2007*. Disponible en: [www.itlos.org](http://www.itlos.org) (consulta el 23/09/2011).
- DAVÉRÈDE, A., (1998) "Regulación de la pesca en el área adyacente a la Zona Económica Exclusiva", en *Revista de la Escuela Nacional de Inteligencia*, 1998, Vol. VII – N°2, 273-287.
- ESPALIU BERDUD, C., (2008) "Las solicitudes de pronta liberación de buques y de sus tripulaciones ante la Corte Internacional de Justicia: compatibilidad del artículo 292 de la

- CNUDM y los textos reguladores de la actividad de la Corte”, en *Revistas de estudios jurídicos*, 2008, N° 8, 1-22. Disponible en <http://revistaselectronicas.ujaen.es> (consulta el 17/10/2011).
- KOH, T. B., (1982) *A Constitution for the Oceans*, President of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea. Disponible en <http://www.un.org> (Consulta el 16/10/2011).
  - MENSAH, T., (2002) “The International Tribunal for the Law of the Sea: A Review of the First Five Years”, en *Globalism: People, Profits and Progress*; The Netherlands, Kluwer Law International, 2002, 106-117.
  - OXMAN, B. & BANTZ, V., (2000) “The ‘Camoucs’ (Panama v. France) (Judgment). ITLOS Case No.5”, en *The American Journal of International Law*, 2000, Vol. 94, No. 4 (Oct., 2000), 719-721.
  - ROMANO, C., (2001) “The Southern Bluefin Tuna Dispute: Hints of a World to Come... Like It or Not”, en *Ocean Development & International Law*, 2001, 32, 313-348.
  - SOHN, L. y otros (2010) *Law of the Sea*, St. Paul, West Publishing, 2010.
  - SOROETA LICERAS, J., (2005) *La Jurisprudencia del Tribunal Internacional del Derecho del Mar (1997-2005)*, Madrid, Dilex, 2005.
  - TOMKA, P. & HERNANDEZ, G., (2012) “Provisional Measures in the International Tribunal for the Law of the Sea”, en *Coexistence, Cooperation and Solidarity: Liber Amicorum Rüdiger*, 2012, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1763-1785.
  - WHITE, M. (2007) “Prompt release cases in ITLOS”, en *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes: Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah*, 2007, Leiden ; Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1025-1052.
  - WOLFRUM, R. (2008) Statement delivered to the International Law Commission, Geneva, 31 July 2008, p. 7. Disponible: <http://www.itlos.org> (Consulta el 17/10/2011).

<sup>i</sup> En vigor desde el 16 de noviembre de 1994. Tommy T.B. Koh sostuvo la Convención regula 25 temas y cuestiones que abarcan los aspectos de los usos y recursos del mar, conformando una verdadera “Constitución para los Océanos” (Conf. KOH, T. B. *A Constitution for the Oceans*, President of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea. Disponible en [http://www.un.org/Depts/los/convention\\_agreements/texts/koh\\_english.pdf](http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/koh_english.pdf) . Consulta el 16/10/2011).

<sup>ii</sup> La fórmula de Montreux fue una iniciativa de la *Rockefeller Foundation* y adquiere su nombre en honor a la ciudad suiza en donde fue diseñada (informalmente) por Willem Riphagen durante el tercer periodo de sesiones de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Conf. ADEDE, A. O. *The system for settlement of disputes under the United Nations Convention on the Law of the Sea*, Dordrecht, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, pp. 53 y ss.).

<sup>iii</sup> Al respecto, Davèrède explica que el Acuerdo en materia de administración y conservación de los recursos contiene un régimen similar a la Convención “madre” en los artículos 116: Derecho de pesca en alta mar, y 119: Conservación de los recursos en alta mar (Conf. DAVÉRÈDE, A. “Regulación de la pesca en el área adyacente a la Zona Económica Exclusiva”, en *Revista de la Escuela Nacional de Inteligencia*, 1998, Vol. VII – N°2, 286).

<sup>iv</sup> Según Espaliú Berdud, este último artículo no brinda mucha información sobre la naturaleza jurídica de la pronta liberación en sí, aunque indica algunos elementos de importancia. Las disposiciones de la Convención referida a la pronta liberación del buque y su tripulación mediante la constitución de una fianza razonable o garantía financiera fueron incluidas por Hamilton S. Amerasinghe, Presidente de la Tercera Conferencia, idea aceptada por las delegaciones participantes (Conf. ESPALIÚ BERDUD, C. “Las solicitudes de pronta liberación de buques y de sus tripulaciones ante la Corte Internacional de Justicia: compatibilidad del artículo 292 de la CNUDM y los textos reguladores de la actividad de la Corte”, en *Revistas de estudios jurídicos*, N° 8, año 2008, pp. 5 y ss. Disponible en <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/12>. Consulta el 17/10/2011).

# **LA DECISIÓN JUDICIAL Y LO POLÍTICO. UNA MIRADA SOCIO-LEGAL**

**Por Yanina Guthmann**

## **RESUMEN**

En este artículo revisaremos algunas categorías que – a nuestro juicio- resultan útiles para conceptualizar la decisión judicial en el marco de la creciente internacionalización de la justicia y las nuevas dinámicas democráticas. Mostraremos por un lado, la relevancia heurística del concepto de formalismo (Weber) para pensar la dinámica entre Estado y derecho en el análisis de la racionalidad legal y de las decisiones judiciales en temas de derechos humanos. Por otro lado, analizaremos en qué sentido el realismo en su versión contemporánea, los estudios críticos del derecho (Kennedy), nos permiten articular a nivel metodológico y conceptual esta dimensión legal de lo político con otras dimensiones, los cambios y rupturas recientes, las cuestiones de legitimidad respecto al derecho internacional, desde el estudio del rol del juez en una decisión concreta.

## **PALABRAS CLAVE**

Decisión judicial - formalismo – estudios críticos del derecho – investigación jurídico empírica.

# JUDICIAL DECISION AND POLITICS. A SOCIO-LEGAL PERSPECTIVE

## SUMMARY

This article sets forth a selection of categories useful for conceptualizing judicial decision-making in the context of the increasing internationalization of justice and new democratic frameworks. On the one hand, this study uses the heuristic significance of the formalism concept (Weber) to assess the dynamics between the State and the Law, with particular emphasis on legal rationality and judicial decisions on Human Rights cases. On the other hand, it analyzes how realism in its contemporary sense, as defined in the Critical Legal Studies (Kennedy), articulates the legal dimension of politics at methodological and conceptual levels in order to understand changes, recent ruptures and questions of legitimacy concerning international law. This project seeks to identify a complementarity between formalism and CLS as a means to evaluate the role of the Judge in concrete decision-making.

## KEY WORDS

Judicial decision, formalism, critical legal Studies, empirical legal research

# LA DECISION JUDICIAL Y LO POLÍTICO. UNA MIRADA SOCIO-LEGAL

Por Yanina Guthmann\*

La verdad racional ilumina el entendimiento humano, y la verdad de hecho es la materia de las opiniones, pero estas verdades si bien no son oscuras, no son tampoco transparentes (...) y esta opacidad es más evidentemente irritante ahí donde estamos confrontados a los hechos; siempre podrían haber sido otros y esta enojosa contingencia es literalmente ilimitada. Es a causa del carácter azaroso de los hechos que la filosofía premoderna rechaza tomar en serio los asuntos humanos, impregnados de factualidad, o de creer que ninguna verdad de importancia pueda ser hallada en la desoladora contingencia (Kant)

**Hanna Arendt. La crisis de la cultura.**

En un grado que continuamente me sorprende, esta investigación sobre la sociología del derecho de Weber, vista en conjunción con su sociología general del desencantamiento parece llevarnos a la conclusión que muchos de los estudios críticos del derecho (...) fueron una reinención o adaptación de objetivos no weberianos de herramientas weberianas.

**Duncan Kennedy. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality.**

## INTRODUCCIÓN

En este artículo revisaremos algunas categorías que – a nuestro juicio- resultan útiles para conceptualizar la decisión judicial en el marco de la creciente internacionalización de la justicia y las nuevas dinámicas democráticas.<sup>1</sup> A partir del análisis de los fallos y de entrevistas, observamos la dimensión inherentemente política y ética del derecho (Riles, 2006): la existencia de disidencias sobre los mismos materiales jurídicos y los mismos hechos, la pluralidad de formas argumentativas, de fuentes, de normas y de principios aplicables a los mismos hechos, y asimismo, la continuidad entre las decisiones y las políticas de gobierno. Con estos datos que emergen del corpus se podría pensar que, de algún modo, se pone en jaque la idea de una coherencia del orden jurídico, la idea de una distinción tajante entre creación y aplicación del derecho. Esto nos lleva a plantear el rol de juez en la decisión judicial. Considerado como actor de la producción de sentido, la implicación del profesional

---

\* Licenciada en Filosofía París 1, Sorbonne. Máster en Ciencias Sociales por l'EHESS y Doctoranda del IIGG (UBA), defensa de tesis programada para el 16 de abril. Becaria de CONICET y de otras instituciones. Docente en grado de Sistemas Jurídicos comparados, y en posgrado de Sociología Jurídica y del seminario Nuevas Miradas sobre el Derecho: etnografías, instituciones, documentos en la facultad de Derecho de la Universidad de Palermo. Investigadora en un proyecto UBACyT sobre historia política argentina. Participó como expositora en congresos nacionales e internacionales, jornadas y realizó recientemente una estada de investigación en Canadá. Publicó artículos en revistas pertenecientes a diversas disciplinas: ciencias políticas, derecho, bioética filosofía política.

<sup>1</sup> Este artículo surge del marco conceptual metodológico que surge de la investigación realizada durante mi tesis de doctorado: "La decisión judicial y lo Político: El *Caso Simón*. Discurso jurídico, legitimidad y Derechos Humano" en donde analizo la dimensión política de lo legal a través de la lectura de fallos y resoluciones judiciales del *Caso Simón*, caso que comienza como un juicio por apropiación de niños y se transforma en un juicio por desaparición forzada de personas y culmina con la condena de un miembro de la policía federal, Julio H. Simón, en 2006.

del derecho, el juez, el secretario letrado, pueden ser también objeto de investigación, a través del estudio de sus tareas específicas.

En este sentido en el Apartado I estudiaremos, la forma en que se construye la decisión judicial como objeto de investigación, cómo se problematiza en el interior del campo jurídico: ¿Los jueces son realmente "aplicadores" (intérpretes) imparciales, de normas jurídicas según una lógica puramente legal? ¿Existe una solución unívoca para cualquier caso judicial? ¿Los sistemas jurídicos son autosuficientes, es decir son coherentes y sin lagunas? Estos interrogantes planteados desde la teoría legal contemporánea, entre otros, por Hart (1968) y Dworkin (1992) son retomados por los estudios críticos del derecho. El trabajo de Duncan Kennedy, uno de sus representantes, nos permite trazar puentes entre la teoría legal y la mirada socio-legal: a partir de su estudio sobre la libertad y restricción en la decisión judicial elabora una suerte de "fenomenología crítica", como él la llama en el título, del trabajo de los jueces (KENNEDY 1999).

En particular, Kennedy rescata del trabajo de Weber, el concepto de RLF a través del cual se puede destacar el carácter técnico del derecho (KENNEDY 1990). El trabajo de este autor nos conduce a los orígenes de la sociología del derecho punto que será presentado en el Apartado II. El modo racional formal de pensamiento, el formalismo tal como lo define Weber, es una herramienta esencial para un estudio sociológico, empírico, micro y local de la decisión judicial.

Por otro lado, el formalismo permite también articular lo político desde una teoría del Estado moderno como administración burocrática, como manifestación de la dominación legal (Apartado III).<sup>2</sup> Los estudios críticos del derecho, en consonancia con el formalismo, subrayan la importancia de las cuestiones técnicas del derecho, de modo que si evitamos "refugiarnos en la teoría y no se cede el terreno de la dogmática jurídica al pensamiento convencional, la crítica puede tener un efecto académico y social" (RODRÍGUEZ 1999: 44). Esta configuración conceptual nos permite, en particular, subrayar la dimensión ética de lo técnico, pero también analizar su dimensión discursiva y su exteriorización en las prácticas si se piensa en los funcionarios de esa "empresa" burocrática, que es el Estado. (WEBER 1922: 1060).

Este marco conceptual que se forma a partir de los estudios críticos del derecho, y el formalismo weberiano, permite el análisis de las modalidades de la acción de los actores jurídicos en particular de los jueces en su rol de interfase entre el funcionario, el científico y el político, la dinámica entre creación y aplicación del derecho, la dimensión estatal del derecho.<sup>3</sup> De este modo, si

---

<sup>2</sup> La idea en este trabajo es la de ser fieles a nuestro fenómeno de estudio y construir un esquema de interpretación que dé cuenta adecuadamente de la decisión judicial en derechos humanos en Argentina. En este sentido, "partimos del presupuesto de que no se trata de tomar definiciones de conceptos aislados sino categorías entendidas como unidades indisolubles de estructuras enunciativas más amplias." (CATOGGIO 2007: 1). Esto exige, si adoptamos la categoría de formalismo en Weber, estar atentos a los presupuestos epistemológicos y ontológicos que conlleva el uso de esta categoría, en particular veremos el concepto de lo político al que está asociada.

<sup>3</sup> La tarea de la sociología comprensiva weberiana se convierte en la de elaborar tipos ideales de conducta, es decir formas de acción social que pueden ser discernidas de manera recurrente en el modo de comportamiento de los individuos humanos. La explicación de la individualidad presupone un conjunto de uniformidades típicas de comportamiento empíricamente comprobables. Y estas uniformidades, lo mismo que los conceptos generales, están

bien la racionalidad formal modela los presupuestos que guían las prácticas de los actores, el formalismo no permite analizar los cambios legales ni las transformaciones en el rol del juez de estos últimos años, es decir no nos basta para analizar el rol del juez en los Estados hoy. En este sentido, los estudios críticos del derecho nos permiten adquirir nuevas herramientas de análisis socio-legal.

Finalmente, a nivel metodológico y como estrategia de constitución del corpus, según la teoría crítica del derecho, el material jurídico objeto de la crítica está integrado principalmente por normas, sentencias, resoluciones, etc. En este sentido, subrayaremos la dimensión discursiva del derecho (Apartado IV).

## I. LA DECISION JUDICIAL COMO OBJETO DE ESTUDIO

Como observamos en la introducción, en el contexto de la mundialización, el derecho devino en estos últimos años materia de intercambio y atraviesa las fronteras (exportación, importación, trasplantes). Según Garapon y Allard (2005), los jueces, mucho tiempo encerrados en la interpretación rigurosa del derecho, son hoy quizás los agentes más activos de esa mundialización. Su creciente protagonismo en los Estados democráticos justificaría entonces un estudio de la decisión judicial.

La decisión judicial es parte del proceso por el cual una ley se hace efectiva, tiene como premisa el reconocimiento y la formulación pública de la ley. La existencia de códigos explícitos, autoridades judiciales y funcionarios especializados en vigilar el cumplimiento de la ley y castigar su infracción permite identificar el proceso de decisión y aplicación del derecho. Este proceso implica en el pensamiento clásico legal la imagen del juez neutral como símbolo social de la imparcialidad, imagen paradigmática de la coherencia. Según Maier, "el adjetivo imparcial integra el concepto de juez, cuando se lo refiere a la descripción de la actividad concreta que le es encomendada a quien juzga y no tan sólo a las condiciones formales de la acción, es decir que determina el concepto de juez desde su función". (MAIER 1996: 739). Por el otro lado, este adjetivo en su significado más directo va unido indisolublemente a la acción de juzgar y su utilización como adjetivo al sustantivo que nombra a quien realiza la acción de juzgar (juez, árbitro).

En una reconstrucción tradicional del pensamiento estadounidense del derecho, dos teorías jurídicas radicales y opuestas –formalismo y realismo- se han disputado a lo largo de este siglo en la

---

constituidas mediante un procedimiento de abstracción que dentro de la multiplicidad de lo empíricamente dado, procede a coordinarlos en un cuadro coherente sin contradicciones. De este modo, el resultado de tal procedimiento de abstracción es siempre un tipo ideal, que por un lado, se diferencia de la realidad y no puede ser confundido con ella pero que, por el otro, debe servir instrumentalmente para la explicación de fenómenos en su individualidad. El tipo ideal es siempre empírico es decir un concepto límite ideal que debe proporcionar un esquema conceptual orientador para la investigación. Cada regla general del devenir y cada concepto general revisten un carácter típico ideal en este sentido. Las reglas generales del devenir son construcciones abstractas dotadas de una validez probable que revisten un significado heurístico, los conceptos generales son conceptos que ponen abstractamente de relieve los elementos esenciales de cierto fenómeno o cierto grupo de fenómenos, reuniéndolos en un cuadro libre de contradicciones y que se organizan en diversos niveles de generalidad. Como conceptos típicos ideales los conceptos sociológicos pueden ser empleados en consecuencia con miras a la explicación de los fenómenos sociales tomados en su individualidad.

modalidad de “oscilación pendular” o “desarrollo espiralado” (BERGALLO 2008: 245), la preeminencia en la explicación del razonamiento y decisión judicial, en particular en relación al valor de las normas, a su relevancia; y estas posturas teóricas tienen implicancias directas en la forma de evaluar las decisiones pero, a la vez, también en las prácticas, es decir en los presupuestos que guían la acción de los actores.

Aún a riesgo de simplificar, y no dar cuenta de la complejidad de este debate, algunas dimensiones del mismo resultan interesantes a los fines de este estudio.<sup>4</sup> Para el formalismo, que puede ser pensado como determinante del pensamiento legal clásico de fines del siglo XIX y del siglo XX, el derecho prevé una solución clara para cada caso, y se obtiene mediante el razonamiento silogístico. Por otro lado, existen un conjunto de aproximaciones críticas que pretenden subrayar la radical indeterminación del derecho y el carácter ideológico y político de la decisión judicial. En este sentido, al formalismo ante las normas y los conceptos jurídicos, se puede contraponer el realismo que tiene una actitud escéptica ante el valor de las normas y la posibilidad de predecir en función de éstas. (NINO 1980).

El realismo es un movimiento de pensamiento, cuya primera manifestación en el contexto anglosajón se dio a principios del siglo XIX y comienzos del siglo XX. Este movimiento realiza a nivel metodológico un giro empírico, separa el “es” del “deber ser” y pone en tela de juicio la pretendida objetividad y coherencia lógica del derecho; se socava la distinción entre creación y aplicación del derecho, entre derecho y política. En tal sentido, “el realismo surge como una reacción anti-formalista: el rechazo de la racionalidad del derecho como un conjunto principios, doctrinas y reglas estáticas, perennes, contenidas en casos del common law” (BARRERA 2010). Para los realistas, el derecho en general, y la decisión en particular, son productos de la dinámica política y social y lejos de ser ajenos a las tensiones de dicha dinámica, la reproducen.

En el marco del debate entre realistas y formalistas, aparecen las corrientes legales contemporáneas constructivistas: la teoría de la racionalidad discursiva de Habermas, la teoría de los derechos de Dworkin, la teoría libertaria, la teoría legal feminista, la teoría de la raza (KENNEDY 1990: 1076) que tratan de encontrar formas de articular el decisionismo derivado de la creciente pluralidad de valores y principios y la creciente racionalización de la vida social en Occidente, la posibilidad de resolver racionalmente el tema de las contradicciones internas del pensamiento jurídico dogmático. En particular, podemos destacar los estudios críticos del derecho. Según García Villegas (2001: 9) el movimiento *Critical Legal Studies* (en adelante CLS) constituido a finales de la década de 1970, “recarga las baterías críticas que el realismo había enfilado contra el pensamiento jurídico liberal en las primeras décadas del siglo”. Sin embargo el alcance político de sus postulados y el bagaje teórico a partir del cual diseña estos postulados se apartan sustancialmente de lo que fue el realismo.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Para profundizar este tema véase (BERGALLO 2008) y (BARRERA 2010).

<sup>5</sup> Para los realistas, el derecho en general, y la adjudicación en particular, son productos de la relación política y social que, lejos de ser ajenos a las tensiones de dicha dinámica, las reproducen. El vehículo concreto que introduce

La crítica de los CLS contra el pensamiento dogmático, y de manera específica, contra su pretensión de crear un sistema de normas aplicadas de manera neutral por los jueces, está menos fundado en un problema de lenguaje como lo creían los realistas, esto es en la imposibilidad de fijar el sentido de las normas jurídicas, que en un problema político que consta de dos premisas: primero la interpretación jurídica está siempre, incluso en los llamados “casos fáciles”, (ver capítulo 3) marcada por tensiones entre valores opuestos que no pueden resolverse de manera racional o jurídica, y segundo, ante estas dicotomías valorativas opuestas, los jueces eligen aquellos valores compatibles con el *statu quo*.<sup>6</sup> Por eso justamente los críticos se apartan de los realistas en cuanto a la posibilidad,

---

constantemente la ideología en la adjudicación es la utilización cotidiana de argumentos de conveniencia pública en las decisiones de los jueces. Surgido entre los años de la entre guerras, de la reacción frente a la interpretación clásica del derecho que surge del positivismo formalista y de las interrogaciones subrayadas por la respuesta de la *sociological jurisprudence*, que cuestionaba la idea según la cual las decisiones judiciales eran la conclusión lógica de un conjunto determinado de principios, obtenidos al término de un proceso analítico objetivo y cuasi mecánico. La escuela realista americana bajo la impronta de Karl Llewellyn, buscaba inducir a los juristas e investigadores en temas legales a tomar en cuenta los factores sociales que influyen en la evolución del derecho. Para una definición más amplia de realismo. Véase (LLEWELLYN 1930, 1931) y los nueve puntos que enumera. Entre ellos se destacan algunos puntos específicos al realismo, y otros compartidos con otras corrientes. Los específicos son la separación temporaria entre el ser y deber ser a los fines del estudio, la desconfianza frente a las normas para predecir el funcionamiento de los tribunales, la confianza en agrupar casos en categorías más pequeñas, la insistencia en evaluar cualquier parte del derecho en términos de sus efectos y finalmente la insistencia en construir un programa de investigaciones en torno a estos puntos y problemáticas.

<sup>6</sup> De modo esquemático podemos decir que los casos difíciles son aquellos en los cuales el ordenamiento jurídico no proporciona una respuesta clara al problema planteado bien sea por dificultades de interpretación a nivel normativo o a nivel fáctico o en ambos niveles. Veremos algunos puntos centrales del libro de Hart (1961) que permiten comprender el concepto de “caso difícil” y luego el paso de Kennedy hacia la fenomenología de la decisión, hacia el contraste entre los fallos y el relato de la decisión, el foco en la dimensión política de lo técnico. En el concepto del derecho, Hart critica tanto la versión formalista como la versión realista del razonamiento jurídico. La idea para Hart es pensar un punto intermedio, es decir, la coherencia del derecho está garantizada en la mayoría de las disputas jurídicas, los casos fáciles, donde las normas identificables son interpretadas de forma unívoca. Cuando las normas no sugieren al juez un resultado en particular, ya sea porque no existe una única regla o principio relevante para el caso o porque la regla existente es vaga, el juez que no puede negarse a decidir argumentando incertidumbre, no descubre la solución en el derecho vigente, sino que la crea. Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas, tendrán lo que se ha dado en llamar una “textura abierta”. (HART 1992: 159) La textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto cuyo peso varía de caso a caso. (HART 1992: 168). Aunque Hart sostuvo que las prácticas jurídicas estaban conformadas primordialmente por casos fáciles, la creciente importancia de algunos fallos judiciales en casos constitucionales controvertidos, le dio relevancia también a su teoría sobre los casos difíciles. Sin embargo, la existencia de estos casos difíciles no debe ocultar la especificidad de la legalidad: “En todo sistema jurídico hay un importante y amplio campo abierto al ejercicio de la discreción por los tribunales y por otros funcionarios o pautas inicialmente vagos, resolviendo las incertidumbres de las leyes, o desarrollando y acondicionando las reglas que sólo han sido comunicadas en forma muy general por los precedentes revestidos de autoridad. Sin embargo, por importantes que sean estas actividades y por insuficientemente estudiadas que estén, no deben ocultar el hecho de que tanto la estructura dentro de la cual tienen lugar, como su principal producto final, consisten en reglas generales”. (HART 1992: 169) Este tipo de cuestiones, la existencia de casos difíciles, y el pasaje de la cuestión de la discrecionalidad de los jueces a la descripción de la toma de decisiones, a la lógica y pasos en el razonamiento judicial son algunos de los nudos estudiados en esta tesis. Según Kennedy (2010: 85) lo que propone Hart, (y Kelsen), la existencia de un área de indeterminación pareciera inevitable para todas las normas. Y esta indeterminación puede significar solamente que podemos predecir con gran certeza qué es lo que el intérprete hará con el problema que se le presenta. En otras ocasiones, significa que existe una “verdad de la cuestión” independiente de los operadores del derecho, incluso si es probable que los intérpretes estén desacuerdo sobre cuál es esa verdad. Para los CLS, el punto importante es que no proveen una descripción de cómo es que la situación se encuadra como localizada en la

planteada por estos últimos, de reconstruir la neutralidad del derecho por medio de políticas públicas o del equilibrio entre principios opuestos.

Los críticos participan del debate iusfilosófico contemporáneo que los estudios constructivistas buscan resolver: ¿Qué razones tienen los jueces para resolver los casos difíciles? O bien: dado un problema de interpretación jurídica en el cual varias soluciones aparecen como plausibles ¿qué criterios usa el juez para escoger la solución adecuada? Este debate está ligado a la distinción entre principios y reglas jurídicas y por esa vía al problema de la elección jurídica racional de principios o valores en conflicto.<sup>7</sup> Muchas teorías legales contemporáneas constructivistas apuestan a que existen métodos de interpretación y de razonamiento que operan como verdaderos límites a la discrecionalidad de quienes aplican del derecho y que, en consecuencia, garantizan la unidad y la coherencia de las prácticas interpretativas. Los críticos niegan toda posibilidad de racionalidad en este campo y remiten la explicación de estas decisiones al ámbito político; la elección entre los pares opuestos es un asunto que no depende del derecho sino de la opción política del juez o del funcionario público en el momento de interpretar y aplicar el derecho.

Kennedy en su artículo "Una alternativa fenomenológica de izquierda a la teoría de la interpretación jurídica de Hart y Kelsen" parte de las ideas de estos teóricos clásicos como representantes del positivismo jurídico y considera que la discrecionalidad de los jueces deja ser tratada como una consecuencia de los materiales jurídicos o de los casos para ser tratada como un atributo inerradicable de la decisión sobre la estrategia de trabajo que adoptará cada juez en pos de alcanzar algún resultado al interpretar los materiales o resolver los casos (KENNEDY 2010: 85 a 104).

Podemos decir que en la obra de Kennedy encontramos un nuevo paso en el debate conceptual respecto de los casos difíciles y realiza un giro hacia el estudio sociológico de la decisión judicial que nos proponemos. Este jurista tiende un puente para pensar la decisión judicial desde el proceso, desde los textos y desde los actores, su objeto de investigación es justamente este puente. En este sentido Kennedy

---

penumbra o marco, de manera tal que no se dispone de una respuesta correcta determinada. Los CLS rechazan la idea de que la determinación y la indeterminación sean "cualidades" o "atributos" inherentes a la norma, independientemente del trabajo del intérprete. (KENNEDY 2010) La afirmación de los CLS era, de acuerdo con Dworkin (1992) que los principios, las políticas y los derechos y por cierto las visiones de mundo, son todos parte de las fuentes del derecho comúnmente desplegadas, pero también contra Dworkin, que éstas están en inerradicable conflicto, dentro de cada uno de nosotros tanto como entre nosotros. Su presencia conflictiva está reflejada en el más concreto sistema de normas jurídicas válidas que los CLS siguiendo el realismo jurídico entienden siempre como compromiso complejo de esos conflictos.

<sup>7</sup> Para Schmitt (2009) en Max Weber hallamos las respuestas más claras y, en este punto, las más honestas que se han dado a esta pregunta. Según ellas, es el individuo humano quien, en completa libertad para decidir de modo puramente subjetivo, pone los valores. De este modo evita Weber la absoluta prescindencia valorativa del positivismo científico y le contrapone su cosmovisión libre, es decir, subjetiva. La libertad puramente subjetiva de la elección de valores conduce empero a una lucha eterna de los valores y las cosmovisiones, a una guerra de todos contra todos. (...) Que nos hayamos desencantado de los viejos dioses y que éstos se hayan convertido en meros valores con validez hace a la lucha fantasmal y a los que luchan, hombres que desesperadamente pretenden tener razón (...) A las virtudes se las practica; a las normas se las aplica; las órdenes se ejecutan; pero los valores se ponen e imponen. Quien afirma su validez tiene que hacerlos valer". (SCHMITT 2009: 129, 130, 132).

se preocupa por la vivencia de los actores situados respecto de los materiales jurídicos. Esta vivencia, por su parte, nunca es definitiva.

Con vistas a estudiar desde esta óptica la subjetividad del juez al momento de decidir, el libro *Libertad y restricción en la decisión judicial de Kennedy* (1999) centra toda la atención en la descripción de la experiencia personal del juez en un caso concreto. Es el caso de un sindicato de chóferes de colectivos en huelga que obstruyendo la calle impiden que salgan los buses. A priori según Kennedy la ley dictaminará que los trabajadores no pueden impedir que el patrón utilice los buses durante la huelga:

Dada mi orientación general, el trabajo que pretendo realizar en este caso tendrá dos objetivos que bien pueden entrar en conflicto entre sí. Quiero que estos trabajadores en particular se salgan con la suya al obstaculizar la salida de los buses y quiero desplazar la ley, tanto como me sea posible, en aquella dirección que permitiría a los trabajadores en general, un cierto control, legalmente legitimado sobre los medios de producción durante una huelga (...) Pero la estrategia que me interesa discutir aquí es aquella que consiste en un ataque frontal a la aplicación de la norma que estipula que los trabajadores no pueden en modo alguno obstaculizar la utilización de los medios de producción de la compañía (...) Lo que he intentado hacer hasta ahora es transformar el caso que estoy estudiando y articularlo jurídicamente como un problema constitucional de libertad de expresión. (KENNEDY 1999: 115)

Este movimiento hacia lo que acontece en la práctica, se aleja tanto de la idea hartiana de describir la adjudicación desde afuera como del proyecto dworkiniano de describir y evaluar la tarea del juez desde adentro. Según Kennedy, en su trabajo cotidiano, el juez experimenta tanto la sensación de libertad para crear derecho, como la sensación de restricción causada por la obligación de aplicar los materiales jurídicos existentes, las normas, los códigos:

Este ensayo intenta describir el proceso de argumentación jurídica tal y como imagino ocurriría si yo fuese un juez al que se le asigna un caso de aquellos que desde el primer momento parece presentar un conflicto entre lo que "la ley" exige y "la-sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar (...) Tratándose, como se trata de la fenomenología de la decisión judicial, no veo qué diferencia puede haber en que me aproxime al problema desde esta situación específica antes que desde cualquier otra. Toda la experiencia del derecho es suficientemente similar en su médula como para que, sin importar por donde se comience, el resultado final sea muy parecido. O quizá, también es posible que no exista una experiencia unívoca y continua de lo que se entiende por legalidad independientemente del papel que se quiera desempeñar y de la posición inicial que se tome frente a cada caso específico. (KENNEDY 1999: 91)

De acuerdo con el esquema clásico legal, la tarea de creación de derecho corresponde a los órganos representativos de gobierno, tales como el Congreso, cuyas decisiones tomadas vía regla de mayoría poseen una autoridad derivada del respaldo electoral de sus miembros, legitimidad democrática. La legitimidad del Poder Judicial, se funda no en el respaldo democrático electoral, sino

en la pericia técnica para “aplicar” imparcial y objetivamente los mandatos preexistentes del derecho. Kennedy según Moro, “Al cuestionar la plausibilidad de esta distinción entre la tarea de creación y la tarea de aplicación de las normas, Kennedy desestabiliza uno de los pilares básicos de la autoridad política en nuestras sociedades”. (MORO 2010: 15).

Según Kennedy es posible para un juez y para cualquier intérprete del derecho en general trabajar en pos de la obtención de un resultado determinado sin estar violando al hacerlo el deber de “fidelidad al derecho”. El resultado puede estar, y a menudo está motivado por preferencias ideológicas del intérprete, que orientan su agenda en el contexto de su posición institucional: La discrecionalidad deja de ser tratada a la manera de dos teóricos clásicos a los que Kennedy se enfrenta, Hart y Dworkin como una consecuencia de los materiales jurídicos (determinados o indeterminados) o de los casos difíciles para ser tratado como un atributo inerradicable de la decisión sobre la estrategia de trabajo que adoptará cada juez en pos de alcanzar algún resultado al interpretar los materiales o resolver los casos. Kennedy habla de una interacción: los materiales jurídicos son vividos como una restricción pero que no puede ahogar la libertad de intentar moverlo, desplazarlo, malearlo a menudo con “éxito”. (MORO 2010: 16).

A través de este caso se plantea la decisión judicial y su relación con el razonamiento del juez, como una lógica particular frente a otras decisiones. Esta racionalidad, esta sentencia a la que se quiere llegar, pareciera enmarcada por principios que rigen el sistema de justicia, por códigos y fórmulas, pero al mismo tiempo hay una discrecionalidad de opciones. Esta “hibridez racional” (MOREIRA 2007) como característica del razonamiento de los jueces plantea nuevos interrogantes: si los jueces cambian, ¿cambia el derecho? Y si fuera así, ¿Qué es, entonces, lo legal? Para responder a esto Kennedy propone que volvamos al concepto de formalismo en Weber (KENNEDY 1990).

## II. LA DECISION JUDICIAL DESDE UNA MIRADA SOCIO-LEGAL

Como desarrollamos en el punto II. C de la Introducción, habría una tendencia por parte de las ciencias sociales de descartar la dimensión técnica del derecho. Una de las explicaciones de este fenómeno, dice Latour, es el presupuesto según el cual:

El derecho sería una suerte de envoltorio de las relaciones de poder (...), el fastidio mortífero de los asuntos técnicos tendría la función de distraer la atención de los más vulnerables, encubriendo con un camuflaje elaborado las relaciones de poder, que por cierto se debería aprender a trastocar (LATOURE 2002: 152) (mi traducción).

Frente a esto ¿Cómo pensar una mirada sociológica que encare seriamente el “blindaje técnico”, y pueda estudiar el derecho de forma micro?<sup>8</sup> En este punto parece interesante regresar a los orígenes de la sociología del derecho como disciplina, en particular a los textos de Weber.

<sup>8</sup> En este sentido, podemos citar a Tarde quien describe el miedo que la filosofía le tiene al derecho: “De todos los dominios de la vida social, el Derecho es aquel en el cual la especulación filosófica se ha empleado menos en nuestros días. Se ha manifestado ésta en la filología y la mitología comparadas, en política, en moral, en estética; pero los

Weber (1922) distingue dos posibles perspectivas para el estudio del derecho: los estudios empíricos de la acción, entre los cuales están la sociología, y las ciencias dogmáticas, entre ellas, la jurisprudencia. En esta dicotomía la ciencia del derecho se propone encontrar normas idealmente válidas, mientras que la sociología investiga sobre qué ocurre en una sociedad, el hecho que sus miembros crean en la validez de un orden, y orienten su conducta en función de éste. Weber demuestra que es factible estudiar lo jurídico en términos socio-legales, sin tener que elegir entre el punto de vista social o legal. La idea es replantear la distinción tajante entre análisis externo (y crítico), y análisis interno -estudio de los asuntos técnicos y doctrinarios, con el objetivo de superar la "mirada oblicua" sobre lo legal que caracteriza generalmente a las investigaciones desde las ciencias sociales. Según Bourdieu,

Las dos visiones antagonistas, internalista y externalista, ignoran de manera común la existencia de un universo social relativamente independiente de las demandas externas al interior del cual se produce y se ejerce la autoridad jurídica. (...) Las prácticas y los discursos jurídicos son, en efecto, el producto del funcionamiento de un campo (...) los juristas mediante el trabajo de racionalización y de formalización al que someten al cuerpo de normas representan la función de asimilación adecuada para asegurar a través del tiempo la coherencia y la constancia de un conjunto sistemático de principios y de reglas irreductibles a la serie a veces, contradictoria, compleja y a la larga imposible con detalle, de los actos de jurisprudencia sucesivos. (BOURDIEU 2000: 158 y 159)

En tal sentido, el concepto de RLF, como modalidad de "pensamiento jurídico" es un tipo ideal para pensar la decisión judicial y su especificidad, más concretamente la aplicación de la ley (y no su creación, o la porosidad entre ambas). Basándonos en la definición weberiana de la legalidad veremos el rol esencial del formalismo como presupuesto, de la RLF, para pensar estos interrogantes. A través del estudio de las decisiones judiciales veremos cómo los elementos de la RLF determinan el razonamiento de los jueces, su forma de articular los argumentos y la resolución, sin que signifique una evaluación completa y exhaustiva del fenómeno estudiado.<sup>9</sup>

En el esquema de RLF de Weber la decisión judicial, el razonamiento legal, aparece como un problema con especificidades y contornos propios respecto a otras prácticas sociales, a otro tipo de decisiones. Y esta especificidad que dificulta pensar el derecho desde otras disciplinas, en nuestro

---

códigos le han producido el miedo, y ha dejado el Derecho a los juristas, la mina a los obreros" y describe las consecuencias "Este abandono del campo legislativo a los simples trabajadores (...) ha producido los resultados más perniciosos, para la ciencia del Derecho en primer término, que se ha cerrado en sí misma, permaneciendo estéril, rutinaria y sedentaria". (TARDE 1947: 11)

<sup>9</sup> Según Vahinger, (1923) no es porque una idea probó su fecundidad en la práctica que sea verdadera en la teoría. El pragmatismo de Vahinger consiste en sostener que el valor de una idea o de una proposición depende de sus acciones u operaciones (tanto teóricas como físicas) de las cuales permite un logro. Sin embargo, esas operaciones no hacen parte del significado de la idea en cuestión y su éxito no permite inferir la validez o verdad de la idea. Vahinger reconoce el carácter esencialmente práctico del pensamiento humano que tiene vocación de traducirse en actos, en operaciones. Según el pragmatismo de Vahinger el valor de una idea o de una proposición depende de las acciones u operaciones (tanto teóricas como físicas) de las cuales permite el éxito. Sin embargo, esas operaciones no forman parte de la significación de la idea en cuestión, y su existencia no permite inferir la validez o la verdad de la idea.

caso, desde las ciencias sociales, es la que corresponde con una forma tautológica de definir el derecho desde el derecho. Según Latour,

Los comentaristas realizan numerosos esfuerzos para definir el derecho, todo intento de definición, por brutal o sofisticado que sea, termina siempre por agregar (...) el adjetivo de jurídico (...). Ya sea que se trate de establecer a través de la ley, la regla, la sanción, la autoridad, el bien común, el monopolio de la violencia, el Estado, siempre hay que precisar: "a condición que estén jurídicamente fundamentados". (...) Para describir el derecho de forma convincente, hay que estar, (...), instalado en él" (LATOURE 2002: 273 y 274) (mi traducción).

En un régimen de derecho continental europeo como, el que rige en nuestro país (a diferencia del sistema de origen anglosajón de *Common Law*), cada decisión concreta es la aplicación de una proposición legal abstracta a un caso concreto, a través de la lógica racional legal, y como el derecho es un sistema completo de proposiciones legales o al menos debería ser pensado así, no hay grandes problemas a la hora de resolver un caso.<sup>10</sup>

La racionalidad legal lógica formal, puede resumirse en cinco puntos:

- 1) cada decisión concreta es la aplicación de una proposición legal abstracta a un caso concreto,
- 2) para cada hecho concreto debe ser posible deducir una decisión de las prescripciones jurídicas abstractas por medio de la lógica legal,
- 3) el derecho objetivo vigente figura en un sistema sin fallas de prescripciones jurídicas o lo contiene de forma latente o al menos debe ser pensado así para poder ser aplicado,
- 4) lo que no puede ser construido legalmente es legalmente irrelevante,
- 5) la acción social humana debe ser visualizada como una aplicación o ejecución de prescripciones legales o por el contrario, como una infracción, porque el orden jurídico es, en razón

<sup>10</sup> La dicotomía entre sistemas jurídicos, de *Common Law* y de *Civil Law* suele ser una forma de pensar y caracterizar la decisión judicial, su dinámica con lo institucional, el estilo, el tipo de discurso. Las tradiciones del *Civil law* y del *Common law* parecieran, según la teoría jurídica y la sociología del derecho (véase WEBER 2008 y BOURDIEU, 2000), diferir desde un punto de vista sustancial; la primera reenviaría a decisiones formales, escuetas, impersonales, silogísticas, la segunda a decisiones creativas con amplio desarrollo argumentativo, con lugar para disidencias, votos personales y argumentos éticos y políticos (LASSER 2005). A esta primera distinción que podríamos resumir, entre aplicación y creación de derecho, se le suma una diferencia en los métodos respecto a las reglas de interpretación y a la jerarquía de las fuentes. En el *Common Law*, primaría el razonamiento inductivo, fundado en la jurisprudencia: al descubrir semejanzas entre el caso que se debe resolver y otros casos ya resueltos, se buscaría la regla a la que obedeció la solución de esos casos anteriores y finalmente se aplicaría aquella regla al caso planteado. En el sistema continental europeo el razonamiento respecto de los precedentes es menos complejo puesto que la regla *stare decisis* (fuerza obligatoria de los precedentes) no es tan fuerte si la decisión puede fundarse en una razonable interpretación de los textos legales vigentes. Es decir, las leyes escritas y codificadas constituirían, las fuentes primeras del derecho civil. Sin embargo a esta forma de describir la distinción podría contraponerse una más matizada. Para Nino: "Podría decirse que la distinción entre los sistemas del *Common Law* y los de tipo continental se limita a una cuestión de grado respecto de la extensión de las áreas cubiertas por la legislación o por las normas jurisprudenciales y a la mayor o menor fuerza obligatoria que se asigne a cada una de esas especies de normas." (1980: 293). Es decir, más allá de las divergencias, se constata que en todas las decisiones se anuda un diálogo con decisiones pasadas, con sus lógicas, y de este modo tanto en el estilo, el método, como en el contenido, la decisión judicial como práctica permite de algún modo cuestionar la distinción tajante entre ambos sistemas. En particular, estas porosidades se vuelven más visibles en el marco de la internacionalización de la justicia ya que los jueces citan decisiones extranjeras, intercambian argumentos, se producen nuevos diálogos entre jurisdicciones y por lo tanto entre sistemas.

de la ausencia de fallas del sistema jurídico, una conducta fundamental de toda conducta social. (WEBER 1922: p. 509).

Según Serverin (2005), esta presentación en forma de presupuestos resume el ideal perseguido por una parte de la doctrina jurídica en Europa, la de los profesores de derecho. Desde este esquema, se distingue claramente la aplicación del derecho, de su creación, siendo la primera, una acción "racional en función de valores" (WEBER 1922: 20), o sea, que no se tienen en cuenta las consecuencias, el resultado: una vez que se identifica la norma que se aplica al caso (a través de un análisis lógico de las normas existentes) nada por fuera del derecho puede influir en la decisión, y esto diferencia la lógica formal de una lógica material.<sup>11</sup>

Para Weber, un derecho es formal cuando lo jurídico material y lo jurídico procesal no tienen en cuenta más que características generales, unívocas de los hechos. Este formalismo ofrece dos aspectos. Puede suceder, en primer lugar que las características jurídicamente relevantes sean de orden sensible. Por ejemplo, cuando se exige que una determinada palabra sea pronunciada, que se estampe una firma o que se ejecute una acción cuyo significado simbólico ha sido establecido definitivamente de antemano. Puede ocurrir también que las características jurídicamente relevantes hayan sido obtenidas por medio de una interpretación lógica, para construir con ellas una serie de conceptos jurídicos claramente definidos, a fin de aplicarlos a partir de reglas rigurosamente abstractas. El rigor del formalismo de orden externo resulta atemperado por esta racionalidad formal, pues desaparece el aspecto unívoco de las características externas. Pero de este modo se agudiza la oposición frente a la racionalización material.

En la decisión de los problemas jurídicos según el derecho racional material pueden influir ciertas normas cuya dignidad cualitativa es diversa de la que corresponde a las generalizaciones lógicas que se basan en una interpretación abstracta: imperativos éticos, reglas utilitarias o de conveniencia, o postulados políticos que rompen tanto con el formalismo de las características externas como de la abstracción lógica. (WEBER 1922: 511). Una sublimación jurídica específicamente técnica en el sentido actual sólo es posible sin embargo en cuanto el derecho posee este carácter formal. Únicamente la abstracción interpretativa hace posible la tarea sistemática que consiste en ordenar y racionalizar, con ayuda de la lógica, las reglas jurídicas cuya validez se acepta, formando con ellas un sistema coherente de preceptos abstractos.

A través del ideal de la RLF, la calidad técnica del derecho, su racionalidad, puede volverse un objeto para las ciencias sociales, el conocimiento legal y las prácticas jurídicas, una cultura en sí, y en este sentido, ya no hay necesidad de recurrir a lo social como algo externo, lo legal deviene una modalidad particular de lo social, un tipo de enfoque, un punto de vista. Ahora bien, ante esta conceptualización sobre el carácter formal –técnico- de la decisión judicial, Latour (2002: 289),

---

<sup>11</sup> Respecto de la noción de operadores del derecho, Barrera explica refiriéndose a los secretarios de la Corte: "La idea que opera en las secretarías va en la dirección de conformar sus trabajos al modelo ideal de la adjudicación. Aquí, los burócratas son vistos como máquinas, o operadores del derecho". (BARRERA 2008: 11) (mi traducción).

advierte: "Pretender definir al derecho a partir de sus normas (o reglas), es como reducir las ciencias a conceptos". En tal sentido, (y en oposición a la interpretación habermasiana de Weber) (HABERMAS 2001), Latour añade: "si se ha dado tanta importancia a la norma (regla) para la definición de lo jurídico, es porque se ha debido confundir el derecho y la política" (2002: 290). Ahora bien, ¿En qué sentido la RLF de Weber confundiría concretamente entonces estas dos modalidades?

## II. LA DECISIÓN JUDICIAL Y LO POLÍTICO

La conjunción "y" asocia palabras, conceptos, quizás cosas, que no pertenecen a la misma categoría. Dicha conjunción se atreve a desafiar el orden, la taxonomía, la lógica clasificatoria, de cualquier forma que opere: por analogía, distinción u oposición.

**Jacques Derrida**, *Fuerza de ley*

El trabajo de Weber nos permite pensar la relación del derecho con lo político desde una teoría del Estado en la dominación legal, y que este tipo ideal de dominación sería aún hoy heurísticamente válido. Weber caracteriza al Estado moderno como una administración legal administrativa y su creación como la manifestación de un fenómeno de racionalidad creciente. ¿Qué sucede con esta caracterización en el marco de la mundialización? ¿Se podría hablar de una redefinición del Estado, de la soberanía, de la legalidad, de una nueva racionalidad?

Weber establece una relación entre la racionalidad formal del derecho y el tipo de legitimidad característica de la modernidad, es decir la creencia en la legalidad de la dominación. Lo político es entonces una realidad que se construye en el intercambio que conduce a una dominación. Sin embargo, el que domina debe justificar su dominación. Para Weber, la política es entonces una lucha, pero un orden no puede perdurar sin justificaciones; el poder no puede ser sin razón (Brhuns et Duran, 2009, p. 8). En este sentido, según Rocher y Coutu, para quien quiera entender las relaciones existentes entre la esfera de la política y del derecho es necesaria "una reflexión que se centre sobre la idea de legitimidad". (ROCHER Y COUTU 2005: 2).

La dominación legal se identifica por su sumisión a reglas objetivas e impersonales y presupone un orden jurídico axiológicamente neutro, centrado en la racionalidad formal; tenemos por último una legitimidad basada en la legalidad en la creencia en la validez de preceptos legales y en la competencia objetiva fundada sobre normas racionalmente creadas, es decir en la orientación hacia la obediencia a las obligaciones legalmente establecidas. (WEBER 1918: 85)

En el plano ideal típico, la dominación legal se sustenta en la identidad de los órdenes jurídicos y políticos, es decir el tipo ideal de dominación legal racional se basa en la identidad del derecho y el Estado que Kelsen (1935), elabora en su libro la *Teoría pura del derecho*, donde reflexiona sobre el derecho como ciencia:

El Estado es pues, un Estado jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización. (KELSEN 1935: 189)

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. (...) Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho, desaparece ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica. (KELSEN 1935: 195, 196)

Según Kelsen, el Estado en tanto que organización de dominación o de aparato de coacción representa necesariamente un sistema de normas de coacción, un orden normativo. El poder del Estado no es otra cosa que la efectividad del orden jurídico, es decir la norma se vuelve motivo efectivo de la conducta humana:

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden (...) Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. (...) No hay identidad pues entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. (KELSEN 1935: 50)

Un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho solo si la Constitución con la cual se relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. (KELSEN 1935: 65)

Al oponer la efectividad y la validez, Kelsen funda la validez del orden jurídico estatal sobre la presunción de una norma original que instituye la autoridad suprema y vuelve legítima la creación de normas jurídicas a cargo de ésta autoridad. Kelsen hará de la norma fundamental un presupuesto epistemológico, una ficción necesaria al conocimiento del derecho, pero sin contenido real. De este modo la norma original se parece a la relación formal de obediencia que Weber, a través de la construcción ideal típica, propone como fundamento de un orden.

El Estado representa de hecho, el orden jurídico que corresponde a la plena legalización de la dominación en Weber. Kelsen, de modo similar a Weber, pone de relieve diferentes elementos que caracterizan la calidad de un funcionario, en particular la designación por un acto administrativo, la

sumisión a una obligación de servicio cuya ejecución está garantizada por sanciones disciplinarias y el ejercicio continuo y exclusivo de la voluntad estatal. Estas convergencias no deben ocultar la incompatibilidad epistemológica fundamental entre ambos autores. Para Kelsen el principio de identidad del derecho y el Estado constituye un presupuesto necesario para todo conocimiento adecuado del orden jurídico y político.

Otra diferencia es respecto al concepto de lo político. El concepto de Estado en Weber, como monopolio de la violencia legítima, significa esencialmente la aplicación regular de normas jurídicas y las sanciones frente a su transgresión. En esta óptica, la noción de lo político, de Weber es similar a la de Schmitt. Este último distingue la actividad orientada políticamente, por ejemplo la de los grupos de presión que busca influir la dirección de un grupo político, de la actividad política en el sentido pleno del término, que sólo puede ser definida por su medio específico, el recurso a la violencia física. Cuando Schmitt escribe "el concepto de Estado presupone el concepto de político" estamos frente a una caracterización idéntica a la de Weber que asocia Estado y monopolio de la violencia legítima. La monopolización de la violencia física se traduce en el caso límite por la posibilidad de determinar al enemigo. Este concepto de Estado es objeto de reflexión crítica desde la teoría legal y la teoría política.

En este punto, en la teoría weberiana la reducción de la unidad política en su forma más racionalizada, es decir, el Estado, a un orden jurídico objetivo e impersonal, sirve únicamente a los fines de la construcción ideal típica. El tipo puro de la dominación legal, es una forma pura, que la realidad histórica no traduce jamás de manera unívoca. Es sólo un presupuesto metodológico. Del mismo modo, la RLF corresponde a una forma de dar coherencia a la estructura burocrática racional de dominación. El Estado puede ser considerado en dos niveles, como formación social y como institución jurídica y en consecuencia la ciencia del Estado se descompone en dos disciplinas diferentes, social por una parte, jurídica, por otra.

En este sentido, la distinción entre doctrina sociológica y doctrina jurídica del Estado se volvió necesaria luego de la tecnificación del derecho público y de la consideración del Estado como persona jurídica que había derivado de tal tecnificación. A su vez la tecnificación del derecho público era la consecuencia natural de la concepción del Estado como Estado de derecho, como Estado concebido principalmente como órgano de producción jurídica y en su conjunto como ordenamiento jurídico. Para Weber la distinción entre el punto de vista jurídico y sociológico se traduce en la diferenciación entre validez empírica y validez ideal. El estudio del Estado para la sociología se convierte en un capítulo de la teoría de los grupos sociales, de los cuales una especie son los grupos políticos, que a su vez se vuelven Estados cuando están dotados de un aparato administrativo que logra con éxito apropiarse del monopolio de la fuerza, en un determinado territorio. (BOBBIO 1996: 74).

Resumiendo, el tipo ideal de la dominación legal-racional se apoya en el postulado de la identidad del derecho y el Estado, en la aplicación exclusiva de una racionalidad jurídica de tipo formal. La administración burocrática representa el arquetipo de esto. Desde la mirada de la legitimidad de la dominación, la burocracia, más allá de los motivos fácticos de la docilidad, explica la obediencia de los agentes basada en una creencia puramente formal en la regularidad de los reglamentos y directivas.

#### IV. EL FUNCIONARIO, EL POLITICO Y EL CIENTÍFICO

Otra forma de pensar la decisión judicial como objeto de investigación, es poner el foco en la experiencia personal del juez en un caso concreto. Desde esta óptica, el análisis del contenido de la decisión judicial puede entonces contrastarse con el análisis de quienes participan en el proceso de construcción de la misma, buscando, de este modo, entender el fenómeno desde el "punto de vista" interno de los sujetos (GEERTZ 1994).<sup>12</sup> Según Bourdieu,

El canon jurídico es como una reserva de autoridad que garantiza de forma similar a un Banco Central, la autoridad de los actos jurídicos singulares. Ello explica la débil inclinación de los hábitos jurídicos a las poses y a las posturas proféticas y al contrario, la propensión especialmente visible en los jueces al rol de lectores que se refugian cuando menos detrás de la apariencia de una simple aplicación de la ley y que cuando se encuentran con el acto de creación jurídica tienden a disimularlo. (BOURDIEU 2000: 172 y 177)

En este sentido, la regla extraída de un caso precedente no puede jamás ser pura y simplemente aplicada a un nuevo caso porque no hay jamás dos casos perfectamente idénticos y porque el juez debe determinar, si la regla aplicada al primer caso, puede, o no puede ser extendida de manera que incluya el nuevo caso. En pocas palabras, el juez, lejos de ser siempre un mero ejecutor que deduciría de la ley las conclusiones directamente aplicables al caso particular, dispone de una autonomía parcial que constituye ciertamente la mejor medida de su posición dentro de la estructura de la distribución del capital específico de autoridad jurídica. Según Setién de Ravina:

La conclusión de Bourdieu como sociólogo se asemeja a la de Duncan Kennedy como jurista, el sistema de decisión judicial, rechazaría las posiciones extremas que no encajasen en la finalidad última de mantenimiento del status quo que busca el derecho legalista liberal. (SÉTIEN DE RAVINA 2000: 68).

<sup>12</sup> En una sentencia judicial, como en todo relato aparece un narrador que vuelve creíble el relato y al hacerlo, da forma a la realidad. Esto es particularmente notable con los escritos judiciales que, basados en hechos supuestamente concretos, comprobados y reales, elaboran una historia que cuentan los jueces. Una cuestión interesante para el análisis del relato judicial es prestar atención a los puntos de partida del narrador (SOZZO 2004). Por otro lado, en "los relatos jurídicos ocurre otro tanto. Empezada la ley, hay que componer una interminable zaga de juicios de asimilación que consta de pedazos descriptivos, prescriptivos, miméticos (sentimientos), de pensamiento (lógica) y de relaciones imprecisas que tejen la unidad (narración) y que permiten la continuación con los mismos pedazos. (...) Los poetas y los legisladores se sirven de las emociones para descubrirles relaciones, para elaborar racionalmente las experiencias (...) Falta el juicio de valor, no está en el mundo (se le impone). Falta la conexión con lo sentido (el empirismo es un sinsentido)." (MARTYNIUK 2008: 1112 y 1113).

Mediante el formalismo jurídico, el jurista puede defender la existencia de un método propio, neutral, capaz de dar una solución justa usando principios universales o universalizables, idóneos para legitimar la decisión jurídica por sí misma. Y no hay duda de que la pretensión de la doctrina jurídica y del procedimiento jurídico a la universalidad que se lleva a cabo mediante el trabajo de formalización contribuye a fundar su "universalidad práctica":

(...) La creencia en el orden jurídico, tácitamente convenida, debe ser reproducida sin cesar y es una de las funciones del trabajo propiamente jurídico de codificación de las representaciones y de las prácticas éticas (...) es decir a la creencia en la neutralidad y en la autonomía del derecho y de los juristas. El derecho es una ciencia dotada de su metodología propia y fundada en la realidad histórica, usando para ello como intermediario, entre otras cosas, el análisis de jurisprudencia. (BOURDIEU 2000 : 218).

El lenguaje jurídico queda vaciado de contenidos políticos o éticos, apareciendo como una forma neutra y universalizable por la propia construcción del razonamiento. La estructura global legal es racional y racionalizante a la vez, esto permite mantener la creencia en la neutralidad y validez del derecho sin el soporte de una creencia irracional en el propio formalismo de la ley:

El efecto más específico de la formalización jurídica, (...) la fuerza de la forma, (...) hacer desaparecer las excepciones y la vaguedad de las regularidades de conducta débiles, (...) introduce en las relaciones sociales una claridad, una previsibilidad y como consecuencia una racionalidad (...) La codificación, al objetivar en una regla o en un reglamento escrito los esquemas que gobiernan las conductas en la práctica y están dentro del discurso, permite ejercer lo que se puede denominar como efecto de homologación (...) una forma de racionalización que puede entenderse, siguiendo a Max Weber, como previsibilidad y calculabilidad. (BOURDIEU 2000: 214 y 215).

Sin embargo desde una óptica socio legal, se plantean algunos límites a los modelos de análisis racional-normativo que asumen el comportamiento de los actores judiciales como una respuesta estratégica. A la vez se plantea la relación entre las estrategias concientes de los actores, la racionalidad de sus acciones, con la estructura del sistema judicial, y más ampliamente del campo legal. En este sentido se puede indagar la correspondencia entre el concepto de RLF como tipo ideal y el concepto de funcionario en Weber.

El análisis de inspiración weberiana supone que los actores sociales tienen algo que decir sobre la realidad que contribuyen a construir. La concepción que tienen de sus propias prácticas y pensamiento es también un hecho social. La tarea de la sociología comprensiva es entonces la de elaborar tipos ideales de conducta, formas de acción social que pueden ser discernidas de manera recurrente en el modo de comportamiento de los individuos humanos.

Weber distingue entre una acción racional con arreglo a fines y una acción con arreglo a valores. Esta última está "determinada por la creencia consciente en el valor, ético, estético, religioso o de cualquier otra forma en que se lo interprete, propio y absoluto de una determinada conducta, sin relación alguna con el resultado, o sea puramente en méritos de ese valor" (WEBER 1922: 20). Por

acción racional con arreglo a fines, Weber entiende que actúa racionalmente con arreglo a fines, quien oriente su acción en consonancia con el fin, los medios y las consecuencias implicadas en ella y para lo cual sopesa racionalmente los medios con los fines, los fines con las consecuencias implicadas y los diferentes fines posibles entre sí.

En la perspectiva de Weber, la burocracia es el modo de administración apropiado, en su forma pura, al ejercicio de la dominación racional legal y representa una manifestación del proceso de racionalización en el sentido que Weber le da a esta expresión, es decir, a la expansión creciente de una racionalidad formal, fundada en la aplicación metódica de reglas y procedimientos que permite la previsión. En la perspectiva de Weber no hay que separar el estudio de la administración y el de la dominación.

Según Weber :

En el marco de la dominación legal, los miembros de la asociación, en tanto que obedecen al soberano, no lo hacen por atención a su persona, sino que obedecen a aquel orden impersonal; y que sólo están obligados a la obediencia dentro de la competencia limitada, racional y objetiva a él otorgada por dicho orden... (WEBER 1922: 174).

A esto hay que añadir el principio de jerarquía administrativa o sea la ordenación de autoridades fijas. Su aplicación exige en ambos casos para que se logre la racionalidad una formación profesional.

Tenemos que ver con claridad que toda acción éticamente orientada puede ajustarse a dos máximas fundamentalmente opuestas: puede orientarse conforme a la ética de la convicción o conforme a la ética de la responsabilidad. No es que la ética de la convicción sea idéntica a la falta de responsabilidad o la ética de la responsabilidad a la falta de convicción (...) no son términos opuestos sino elementos complementarios (WEBER, 1918:176).

Mientras que el funcionario debe sacrificar sus convicciones a la ejecución de una orden, es decir a un deber de obediencia, el dirigente político debe sentirse personalmente responsable de las medidas que toma, aunque renuncie a sus a esas convicciones:

El espíritu normal de la burocracia racional hablando en términos generales, es el siguiente: formalismo, exigido ante todo para garantizar las oportunidades personales de vida de los interesados (...) en contradicción aparente y en parte real con esta tendencia de esa clase de intereses está la inclinación de los burócratas a llevar a cabo sus tareas administrativas de acuerdo con criterios utilitario o materiales al servicio de los dominados (...) este utilitarismo materialista suele manifestarse revestido con la exigencia de los correspondientes reglamentos, formales de nuevo y en la mayoría de los casos tratados de modo formalista (...) La dominación de la impersonalidad formalista, *sine ira et studio*, sin odio y sin pasión o sea sin amor y sin entusiasmo sometida tan sólo a la presión del deber estricto, sin acepción de personas formalmente igual para todos, es decir para todo interesado que se encuentre en igual situación de hecho así lleva el funcionario ideal su oficio. (WEBER 1922: 179, 180).

La burocracia tiende a asumir un rol político más o menos directo, a veces preponderante, aunque permanece lejos de las luchas políticas, porque no obedece al principio de responsabilidad, sólo rinde cuentas a sí misma. La legalidad formal en la democracia moderna es, según Weber, demasiado débil para garantizar la legitimidad de la dominación y debe ser completada por una forma carismática de legitimación de la autoridad. Aquí se plantea la naturaleza eventualmente decisionista del pensamiento político y jurídico de Weber, el límite entre el político y el funcionario.

En resumen, la racionalidad jurídica formal, fundada en la norma objetiva e impersonal coexiste con la decisión, la cual se basa en elementos materialmente racionales, en parte emocionales. En el apartado siguiente veremos, a través del concepto de RLF, la relación intrínseca entre el juez como funcionario y el saber técnico. Según Bourdieu,

Debe observarse también el antagonismo estructural que, en los sistemas más diversos opone las posiciones de los teóricos dedicados a la pura construcción doctrinal, a las posiciones de los prácticos preocupados exclusivamente por la aplicación (...) De un lado, la interpretación que mira hacia la elaboración puramente teórica de la doctrina, monopolio de los profesores que tienen a su cargo la enseñanza bajo una forma normalizada y formalizada, de las reglas en vigor. Por otro lado, valoración práctica de casos particulares, privilegio de los jueces que llevan a cabo los actos de jurisprudencia y que pueden así, al menos en algunos casos, contribuir también a la construcción jurídica. (...) De la misma forma el juez de primer instancia (...) está ligado al teórico del derecho puro y al especialista de derecho constitucional por una cadena de legitimidad que elimina de sus actos la característica de violencia arbitraria. (BOURDIEU 2000, p. 168).

De este modo, la racionalidad burocrática es solidaria de un saber, o sea, de una práctica administrativa fundada en este saber. La adquisición de este conocimiento técnico implica una calificación profesional, atestada por un examen o un diploma que regula el reclutamiento del funcionario. La administración burocrática significa, entonces, dominación gracias al conocimiento, éste representa su carácter racional fundamental y específico. Por otro lado, si bien la ciencia sigue estando imposibilitada para determinar las elecciones últimas de los valores, puede sin embargo establecer, una vez que este objetivo está alcanzado, cuáles son los medios para lograr el resultado buscado. El conocimiento científico modela la actividad política y destaca las consecuencias previsibles de la acción que permiten evaluar la importancia de los efectos no deseados, y tener en cuenta los costos y los sacrificios que el objetivo en sí mismo implica.

### **Conclusión**

En resumen, si bien Weber siempre desestimó la pretensión de extraer de la ciencia imperativos políticos, nunca rechazó, sin embargo, el apoyo de la ciencia para una decisión política. El conocimiento no es solamente la condición indispensable para el desarrollo de la ciencia, constituye también la base necesaria para una acción real y eficaz. El trabajo de la ciencia contribuye

tanto a la explicitación de los valores y juicios subyacentes a una acción, como a comprender el alcance práctico de sus efectos. Se traza aquí, el límite entre el funcionario y el científico.

Concretamente, este marco conceptual permite analizar fallos poniendo en evidencia los sentidos que los actores adjudican a su actividad. Estudiamos los elementos del formalismo presentes en la cultura legal, el formalismo modela la subjetividad del juez pero también los textos jurídicos. Las convicciones de los jueces, la relación entre hechos y derecho, entre objeto procesal y argumentación no están ausentes, pueden estudiarse entonces desde la cultura legal formal, y a nivel epistemológico recurriendo a un ida y vuelta entre las concepciones del formalismo y del realismo respecto de la decisión judicial.

### Bibliografía

- BARRERA, L. (2008). Files Circulation and the Forms of Legal Experts: Agency and Personhood in the Argentine Supreme Court. *Journal of Legal Anthropology*. 2008, 1, 3-24.
- BARRERA, L. (2010). Derecho y Sociedad. Historia, Crisis y Nuevas perspectivas. *Revista argentina de Teoría Jurídica*. Buenos Aires, Universidad Torcuato Di Tella. 2010 [On line]. 11 Disponible en: [http://www.utdt.edu/ver\\_contenido.php?id\\_contenido=6288&id\\_item\\_menu=5858](http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=6288&id_item_menu=5858)
- BERGALLO, P. (2008). El derecho y las ciencias sociales: ni siquiera una relación incómoda. 2010 [On line]. Disponible en: [http://www.palermo.edu/derecho/revista\\_juridica/09Jurica11.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/09Jurica11.pdf).
- BOURDIEU, P. (2000). Elementos para una sociología del campo jurídica. En P. Bourdieu y G. Teubner. (Eds). *La fuerza del derecho*. Bogotá, Siglo del Hombre, 2000.
- CATOGGIO, S. (2007, noviembre, 5-7). Sobre las potencialidades heurísticas del concepto de 'estrategia'. Una contribución al debate conceptual. En Facultad de Ciencias Sociales. *Jornadas de Sociología*. Universidad de Buenos Aires, 2007.
- DWORKIN, R. (1992). *El imperio de la justicia*. Barcelona, Barcelona, 1992.
- DWORKIN, R. (1997a). *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 1997.
- DWORKIN, R. (1997b). Cómo el derecho se parece a la literatura. En *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Bogotá, Siglo del Hombre, 1997, 15-89
- GARAPON, A. y ALLARD, J. (2005). *Les juges dans la mondialisation, la nouvelle révolution du droit*. Paris, Seuil, 2005.
- GARCÍA VILLEGAS, M. (2001). *Sociología jurídica. Teoría y Sociología del derecho en Estados Unidos*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2001.
- GEERTZ, C. (1994). *Conocimiento local: otros ensayos sobre la interpretación de las culturas*. Barcelona, Paidós, 1994.
- HABERMAS, J. (2001). *Facticidad y validez, Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trotta, Madrid, 2001.
- KELSEN, H. (1935). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: EUDEBA. 1994.
- KENNEDY, C. (2010). *Izquierda y Derecho, Ensayos de teoría jurídica crítica*, Buenos Aires: siglo XXI editores, 2010.
- KENNEDY, D. (1990). The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality or Max Weber's Sociology. Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought. *Hastings Law Journal*. 55, 1031-1076, 1990.
- KENNEDY, D. (1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Bogotá, Uniandes, 1999.

- LASSER, M. (2005). *Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- LATOUR, B. (2002). *La fabrique du droit, une ethnographie du conseil d'Etat*, Paris: La Découverte, 2002.
- LATOUR, B. (2008). Reensamblar lo social: una introducción a la teoría del actor-red. Buenos Aires, Editorial Manantial, 2008.
- LLEWELLYN, K. N. (1930-1931). Some realism about realism, responding to Dean Pound. *Harvard Law Review*. 44, 1222-1256.
- MAIER, J. B. J. (1996). *Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 1996.
- MARTYNIUK, C., (2008). Parece Aceite, estética y normatividad, en Gargarella, R., *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, 1109-1157.
- MOREIRA, M. (2007). La pericia antropológica como saber científico y como prueba judicial. *Revista Antropología y Derecho*, 2007, 6, 22-27.
- MORO, G., (2010), Introducción, en Kennedy, D. *Izquierda y Derecho, Ensayos de teoría jurídica crítica*, Buenos Aires, siglo XXI editores, 2010, 11-22.
- NINO, C. S. (1980), *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires, Astrea, 1980.
- RILES, A. (2006). Comparative Law and Socio-legal studies. En Reinhardt Zimmerman and Mathias Reimann (Eds). *Oxford Handbook of Comparative Law* (Número), 2006, 775-814.
- ROCHER, G. (1986). "Le droit canadien: un regard sociologique". En Ivan Bernier et Andrée La joie, (Eds.) *Le droit, la société, l'économie*. Ottawa, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, 1986.
- ROCHER, G. (2007). Le regard oblique du sociologue de droit. En Noreau P.(Ed.), *En la mirada del otro / in the eye of the beholder*. París, Editions Thémis, 2007.
- ROCHER, G. y COUTU M. (2005). *La légitimité de l'Etat et du droit. Autour de Max Weber*. Québec, Presses Université de Laval, 2005.
- RODRÍGUEZ, C. (1999). Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces. Kennedy D. (Ed.), *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Uniandes, Bogotá, 1999, 19-88.
- RODRÍGUEZ, C.(1997). Teoría del derecho y decisión judicial, en torno al debate entre H.L.A. Hart y Dworkin, R. Estudio preliminar. En Rodríguez C. (estudio preliminar) *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Bogotá, Siglo del Hombre, 1997, 15-89.
- SCHMITT, C. (1960). *La tiranía de los valores*. Buenos Aires, Hydra, 2009.
- SERVERIN, E. (2000). *Sociologie du droit*. Paris, Editions la Découverte, 2000.
- SETIÉN DE RAVINA, C. M. (2000). La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bourdieu. En Setién de Ravina. (Ed.). *La fuerza del derecho*. Bogotá, Siglo del Hombre, 2000.
- SOZZO, G. (2004). El derecho fundamental al patrimonio cultural en estado gaseoso (La narrativa de los casos jurisprudenciales como solvente). *Revista de Derecho Ambiental*. 2004, 10, 49-80.
- TARDE, G. (1947). *Las transformaciones del derecho*. Buenos Aires: Atalaya, 1947.
- VAHINGER, H. (1923). *La philosophie du comme si*. Editions Kimé: Paris, 2008.
- WEBER, M. (1918). *El político y el científico*. Madrid, Alianza, 1975.
- WEBER, M. (1922). *Economía y Sociedad*. México, Fondo de cultura económica, 2008.

# **EL PROCEDIMIENTO DE COMUNICACIÓN ENTRE EL PODER JUDICIAL Y LAS EMBAJADAS Y CONSULADOS EXTRANJEROS**

**Por Alexis Rodrigo Laborías**

## **RESUMEN**

En Argentina, el Poder Ejecutivo Nacional posee una competencia exclusiva en materia de relacionamiento exterior, función que es desarrollada por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. En particular, esa dependencia estatal se encarga de mantener contacto con los representantes diplomáticos y consulares extranjeros, acreditados en el país. En uso de esta facultad, debe actuar como intermediario de las notificaciones y comunicaciones entre los funcionarios estatales y las misiones extranjeras, incluyendo aquellas remitidas desde y hacia el Poder Judicial. Sin embargo, diversos antecedentes jurisprudenciales permiten entrever un relativo desconocimiento de este principio, o su aplicación de forma inadecuada. Sobre estos parámetros, el artículo analiza el procedimiento formal para intercambiar comunicaciones y notificaciones entre el Poder Judicial y las misiones diplomáticas y consulares extranjeras, a través de un estudio pormenorizado de la legislación y jurisprudencia nacional.

## **PALABRAS CLAVES**

Derecho Internacional Público. Estados extranjeros. Misiones diplomáticas y consulares. Proceso judicial. Notificaciones procesales. Comunicaciones. Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. Inmunidad de jurisdicción.

# COMMUNICATIONS BETWEEN THE JUDICIARY AND THE FOREIGN EMBASSIES AND CONSULATES

By Alexis Rodrigo Laborías

## SUMMARY

In Argentina, the Executive Branch has an exclusive jurisdiction in matters of foreign relations, a role that is developed by the Ministry of Foreign Affairs and Worship. In particular, this state agency is responsible for maintaining contact with the foreign diplomatic and consular representatives, accredited in the country. In exercise of this power, it must act as an intermediary of the notifications and communications between state officials and foreign missions, including those sent to and from the Judiciary. However, various judicial precedents provide a glimpse of a relative ignorance of this principle, or its improper application. On these parameters, the paper analyzes the formal procedure to exchange communication and notifications between the Judiciary and the foreign diplomatic and consular missions, through a detailed study of the law and jurisprudence.

## KEYWORDS

Public International Law. Foreign States. Diplomatic and consular missions. Judicial procedure. Judicial notices. Communications. Ministry of Foreign Affairs and Worship. Jurisdictional immunity.

# EL PROCEDIMIENTO DE COMUNICACIÓN ENTRE EL PODER JUDICIAL Y LAS EMBAJADAS Y CONSULADOS EXTRANJEROS

Por Alexis Rodrigo Laborías\*

## 1. Planteo de la cuestión

Los primeros años de la historia independiente de Argentina fueron testigos de las luchas por la organización político-jurídica del país, con eje en el grado de autonomía de los gobiernos provinciales y las funciones que serían delegadas a las autoridades nacionales. Durante este período se esbozaron diferentes soluciones que, finalmente, pudieron concretarse en la Constitución de 1853, luego reformada en 1860 para permitir la incorporación de la Provincia de Buenos Aires.

A partir de este proceso histórico, se adoptó un esquema de distribución funcional en el cual las autoridades nacionales recibieron la responsabilidad del manejo de la política exterior y, particularmente, se otorgó al Poder Ejecutivo una competencia exclusiva y excluyente en esta materia.<sup>1</sup> De ello se deriva la potestad de concretar todos los actos necesarios para vincular al país con los Estados extranjeros y otros sujetos de la comunidad internacional.<sup>2</sup> Lo antedicho no obsta a que también los Poderes Legislativo y Judicial deban esforzarse por afianzar las relaciones de paz y comercio a nivel internacional, en el marco de sus respectivas competencias.<sup>3</sup>

---

\* Abogado y Magíster en Defensa Nacional. Docente de Derecho Internacional Público en la Universidad de Buenos Aires (UBA) y Universidad Argentina de la Empresa (UADE). Las visiones expresadas en este trabajo son exclusivamente personales del autor y no representan la opinión de instituciones públicas o privadas, de la República Argentina o del extranjero.

<sup>1</sup>La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos "Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros" (Fallos 315:1492, 07/07/1992), afirmó que una interpretación del art. 31 de la Constitución que permitiera que una ley del Congreso de fecha posterior dejara sin efecto un tratado internacional anterior, sería "...un avance inconstitucional del Poder Legislativo nacional sobre atribuciones del Poder Ejecutivo nacional, que es quien conduce, exclusiva y excluyentemente, las relaciones exteriores de la Nación." (Voto de la mayoría, cons. n° 17).

<sup>2</sup> El derecho internacional vigente en 1853/1860 era bastante acotado en cuanto a la atribución de subjetividad internacional a entes diferentes de los Estados (ARMAS PFIRTER y otros 1999). Por ello, la Constitución aprobada y reformada en esos años sólo hacía referencia a Estados (también identificados como "potencias extranjeras" o "naciones") y a la Silla Apostólica. Se la puede identificar como una "...laguna histórica, ya que, con posterioridad a su sanción, han aparecido otros sujetos internacionales (p.ej. Organización de las Naciones Unidas, Comité de la Cruz Roja, ciertos movimientos de liberación nacional, Comunidad Económica Europea –hoy Unión Europea-, etc.). La laguna debe cubrirse mediante un procedimiento de *integración* admitiéndolos como eventuales partes de un tratado con Argentina." (SAGÜÉS 1993: t.2, 53).

<sup>3</sup> En el ya citado caso "Ekmekdjian c/ Sofovich", se advirtió que "...el tribunal debe velar porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del derecho argentino que, de producir aquel efecto, hacen cuestión federal trascendente." (Voto de la mayoría, cons. n° 19).

A su vez, en el ámbito del Poder Ejecutivo, se creyó necesario establecer una cartera de gobierno que centralizara toda la gestión del relacionamiento exterior del Estado (ANTOKOLETZ 1924: t.2, 371). Así, parte de las funciones del antiguo Departamento de Gobierno y Guerra de la Primera Junta de 1810 se transfirieron al Ministerio de Negocios Extranjeros en la Constitución de 1826, luego rebautizado como Ministerio de Relaciones Exteriores en 1853 (ZORRAQUÍN BECÚ 1969: t.2, 149 y LEIVA 1982). Como reflejo de esta decisión, la ley 80, del 11/08/1856, fija en su art. 2º que: “Es de la competencia del Ministerio de Relaciones Exteriores, el mantenimiento de las relaciones políticas y comerciales de la Confederación con las naciones extranjeras.” Al detallar las áreas específicas de su actuación, el inciso 4º agrega que es incumbencia de ese organismo: “La correspondencia con los gabinetes extranjeros, con los agentes diplomáticos, consulares o comerciales cerca del Gobierno de la Confederación, y con los de ésta, cerca de los gobiernos extranjeros.” Es decir que el Ministerio cumplía –y en el día de hoy sigue cumpliendo– con la delicada función de servir de enlace entre la República Argentina y los Estados extranjeros<sup>4</sup>, tarea que se desarrolla de forma dual: en primer lugar, impartiendo las instrucciones para el cuerpo diplomático y consular nacional; y segundo, recibiendo a los agentes extranjeros, canalizando las peticiones que pudieran tener sus Estados acreditantes.<sup>5</sup>

Resulta conveniente en este punto repasar algunos conceptos vinculados al relacionamiento exterior de los países. La misión diplomática tiene asignadas las funciones de representar y defender los intereses de su Estado acreditante frente al Estado receptor, estrechar los vínculos económicos, culturales y científicos, y entablar negociaciones en temas de interés común. La misión consular, en cambio, carece de esa connotación de representación política, ya que su tarea central es velar por los intereses de sus nacionales, mientras se encuentren en el territorio del Estado receptor. Estas funciones, así como las herramientas para garantizar su ejercicio, fueron codificadas de manera minuciosa durante el siglo XX, en diversos instrumentos bilaterales y multilaterales. Entre estos últimos, cabe destacar la Convención Americana sobre Funcionarios Diplomáticos y su similar sobre Agentes Consulares, ambas de 1928, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 y el Convenio Europeo sobre Funciones Consulares de 1967.<sup>6</sup> Ahora bien, más allá de

<sup>4</sup> Además de otros sujetos de la comunidad internacional, como ya fue mencionado.

<sup>5</sup> La Ley de Ministerios vigente, n° 22.520 y sus modificatorias, conserva estas tareas tradicionales. Su art. 18 establece que “Compete al MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO asistir al Presidente de la Nación, y al Jefe de Gabinete de Ministros en orden a sus competencias, en todo lo inherente a las relaciones exteriores de la Nación y su representación ante los gobiernos extranjeros, la Santa Sede y las entidades internacionales en todos los campos del accionar de la República, y en particular: (...) Inciso 4º: Entender en las relaciones con el cuerpo diplomático y consular extranjero, y con los representantes gubernamentales, de organismos y entidades intergubernamentales en la República.”

<sup>6</sup> Argentina no es parte de las Convenciones americanas. Respecto de la Convención de 1961, fue aprobada por el decreto-ley 7.672/1963 (B.O. 19/09/1963) y ratificada el 10/10/1963; entró en vigor el 24/04/1964. El tratado de 1963 fue aprobado por la ley 17.081 (B.O. 12/01/1967) y depositado el instrumento de ratificación el 07/03/1967. Entró en vigor 30 días después, el 06/04/1967. Además de los instrumentos mencionados, también regulan materias propias del relacionamiento exterior de los Estados la Convención de Nueva York de 1969 sobre Misiones Especiales y la Convención de Viena de 1975 sobre la Representación de los Estados en las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal. La primera fue ratificada por nuestro país en 1972 y entró en vigor el

esta distinción técnica respecto de sus funciones, ambas misiones interactúan con las diferentes agencias que integran el gobierno federal, e incluso también con autoridades públicas provinciales y municipales, reflejando un entramado complejo, que caracteriza las relaciones internacionales en el siglo XXI.

Conforme lo expresado anteriormente, esta interacción con los representantes extranjeros se canaliza a través del órgano del Poder Ejecutivo encargado de la política internacional. Esto tiene por objetivo centralizar en una única dependencia del Estado esta tarea compleja, evitando la disparidad de criterios que puedan perjudicar la imagen de nuestro país en el exterior. Por ello, el principio general en nuestro sistema legal es que las comunicaciones entre un representante diplomático o consular y cualquier funcionario público, deban ser canalizadas a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto.<sup>7</sup>

Esta regla resulta aplicable también al Poder Judicial. En su ámbito de competencia, los jueces y tribunales pueden encontrarse en la necesidad de interactuar con las misiones diplomáticas o consulares extranjeras, por ejemplo, al remitir notificaciones en el marco de una causa judicial. En este contexto, serán objeto de nuestro estudio las formalidades que deben respetar estos intercambios entre el Poder Judicial y los representantes extranjeros, considerando particularmente los antecedentes legislativos y jurisprudenciales de nuestro país.

## 2. Formación y consolidación del procedimiento de comunicaciones

Como quedó explicado, los vínculos entre los países se canalizan principalmente entre las representaciones diplomáticas o consulares, y la dependencia encargada de la política exterior del Estado receptor. Ahora bien, como se trata de una materia perteneciente a su dominio reservado, cada país puede reglamentar las formas y condiciones en que se realizará esta interacción. Asimismo, se pueden establecer excepciones a la regla general, cuando sea necesario que las partes interesadas tengan un contacto con menos requisitos burocráticos. Tal sería el caso de la vinculación directa entre un agente consular y el funcionario a cargo de la dependencia donde se encuentre detenido un extranjero, cuando el primero ejerza el derecho previsto en el art. 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (MARESCA 1968: 220).

Las pautas antedichas son de plena aplicación en nuestro país, conforme queda reflejado en las funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, tanto en su origen como en la actualidad, y que dejan

---

21/06/1985. Con relación a la segunda, todavía no está en vigor; Argentina es Estado contratante, por haberla ratificado en 1981.

<sup>7</sup> En forma paralela a la regla general, la actividad cotidiana de la Administración Pública refleja la existencia de negociaciones entre funcionarios nacionales (principalmente, los Ministros y Secretarios de Estado) y autoridades extranjeras. En muchas ocasiones, estos intercambios se realizan sin el conocimiento de la Cancillería, o dándole un aviso *ex post facto*, e incluso pueden concluir en la suscripción de tratados internacionales. La doctrina suele denominarlos acuerdos inter-institucionales, administrativos, o de carácter técnico; más allá de su denominación particular, todos ellos constituyen tratados, que obligan a la República sin importar la forma en que se celebraron. Al respecto, ver DE LA GUARDIA, E. (1997) *Derecho de los Tratados Internacionales*. Buenos Aires, Ábaco, 1997, pág. 157;

en claro que esa dependencia se encarga de “la correspondencia con los gabinetes extranjeros”. En igual sentido, también es posible encontrar algunas excepciones puntuales. Históricamente, la primera de que se tiene conocimiento se aprobó en 1872. Un decreto del Poder Ejecutivo Nacional, de fecha 11 de octubre (Registro Nacional, 1872, pág. 325) y firmado por el entonces presidente Domingo F. Sarmiento, establece que no es necesaria la intervención del Ministerio de Relaciones Exteriores en dos situaciones: en primer lugar, cuando una autoridad nacional solicita el cumplimiento de una diligencia judicial en el extranjero, quedando autorizada a remitir su pedido directamente al agente diplomático o consular argentino acreditado en el Estado destinatario; y en segundo lugar, cuando un agente diplomático o consular extranjero, acreditado en Argentina, tenga que remitir a una autoridad judicial un exhorto de su país para gestionar su cumplimiento. En este último caso, se debe dirigir directamente a los Presidentes de los Tribunales de Justicia, o a los Jueces Federales, según el caso. El propio decreto menciona en sus considerandos que el trámite seguido hasta esa fecha era centralizar todas esas gestiones en el Departamento de Relaciones Exteriores, quien despachaba los documentos para los destinatarios que correspondiera en cada caso. Y agrega que “...estos trámites inútiles son, no solo perjudiciales a los interesados, sino también a la buena Administración de Justicia, en vista de las demoras que naturalmente producen.”

A comienzos de 1903 ocurrió un incidente que determinó el dictado de reglas más explícitas sobre la materia. Un juez federal de la Capital remitió un cuestionario al Embajador de Brasil acreditado en nuestro país, con la advertencia que debía responder bajo juramento. El diplomático envió la misiva al Departamento de Relaciones Exteriores, indicando que no correspondía dirigirse a él de ese modo, teniendo en cuenta las reglas fijadas por el derecho de gentes.<sup>8</sup> Este hecho determinó que el Presidente de la Nación, Julio A. Roca, y su Ministro de Justicia e Instrucción Pública, Juan Ramón Fernández, escribieran una nota al Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, detallando los antecedentes del caso, e indicando:

“No ajustándose, en efecto, el procedimiento observado en este caso a las prácticas consagradas por el derecho internacional en orden a las prerrogativas y privilegios de que gozan los agentes diplomáticos, tengo el honor de dirigirme al señor Ministro remitiéndole el sobre de referencia y pidiéndole, a la vez, quiera servirse hacer llegar a conocimiento del Juez Federal correspondiente que para obtener informaciones que desee del señor Ministro del Brasil, corresponde que dirija oficio al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, por conducto del de Justicia, indicando en el mismo los puntos sobre los cuales debe informar el señor Ministro aludido...”<sup>9</sup>

ROUSSEAU, C. (1957) *Derecho Internacional Público*. Barcelona, Ariel, 1966, págs. 24 y 25; y VANOSSI, J. y DALLA VIA, A. (1969) *Régimen constitucional de los tratados*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pág. 80.

<sup>8</sup> Los antecedentes del caso aparecen registrados como “Causa XXXVI - Procedimiento que deben emplear los Jueces para solicitar informaciones á los Agentes Diplomáticos”, publicado en Fallos 97:274.

<sup>9</sup> Nota del Poder Ejecutivo Nacional al señor Ministro de la Suprema Corte de Justicia Nacional, Dr. Abel Bazán, de fecha 9 de junio de 1903. En “Causa XXXVI...” *cit.*, pág. 275.

La Nota advertía que esta situación se planteaba frecuentemente, en comunicaciones remitidas directamente a los agentes diplomáticos y consulares extranjeros. Por ello, solicitaron que se recomendara a los jueces que "...se abstengan de dirigirse directamente a los representantes diplomáticos extranjeros (salvo los casos a que diere lugar lo dispuesto en el decreto del 11 de octubre de 1872), a fin de evitar la repetición de estos hechos." En resumen, el Poder Ejecutivo no hacía más que reiterar la regla general, así como también la excepción fijada en 1872, aplicable a la tramitación de exhortos. Lo único novedoso en el texto de la Nota era la incorporación del Ministerio de Justicia al trámite burocrático ya existente. Por su parte, el Procurador General adhirió a lo indicado por el Poder Ejecutivo, señalando que:

"La forma adoptada en el caso no se armoniza con las prerrogativas de las Legaciones Internacionales. El derecho público de las naciones las considera fuera de la jurisdicción territorial. No estando sujetas por ello a sus autoridades no pueden ser requeridas en la forma de los demás habitantes de la Nación. Esta doctrina, uniforme en el derecho, ha sido reconocida en la jurisprudencia de los fallos de V. E. con la declaración explícita de "estar los Ministros Diplomáticos exentos por el derecho de gentes de la jurisdicción del país en que residen." No teniendo relaciones de derecho con la jurisdicción judicial, las comunicaciones se han producido siempre por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores. V.E. ha autorizado esa forma; en los casos que haya podido ser necesaria la comunicación de una disposición judicial a un agente diplomático deduzco de ello que la comunicación directa de Juez de Sección en el caso, no consulta ni los principios del derecho público, ni las prerrogativas de sus agentes ni las prácticas preexistentes."

Asimismo, el funcionario consideró necesaria la intervención de la Corte para "...fijar de manera clara, la forma en que han de efectuarse las comunicaciones de carácter judicial a los Ministros Diplomáticos." En un breve decisorio, la Corte Suprema compartió los fundamentos del Procurador y explicitó la regla general en la materia: "...en los casos en que se soliciten informaciones de los Agentes Diplomáticos, deberán hacerlo sujetándose a las formas consagradas por el derecho internacional, dirigiendo oficio al Sr. Ministro de Justicia para que por intermedio del de Relaciones Exteriores les de el curso correspondiente."

Resumiendo el contenido de los anteriores párrafos, podemos señalar que para la solicitud de informaciones la gestión administrativa era doble, ya que el magistrado debía oficiar al Ministerio de Justicia, y ésta dependencia transmitir lo requerido a sus pares del Ministerio de Relaciones Exteriores. La única excepción legislativa era aquella contenida en el decreto de 1872, referida a la tramitación de exhortos.

En febrero de 1908 se dictó un decreto (s/nº, B.O. 21/02/1908) que, conforme se indica en sus fundamentos, buscaba completar a su similar de 1872, con el objeto de "...simplificar el trámite de las diligencias judiciales que se soliciten del extranjero por la vía diplomática...". El decreto menciona que la práctica seguida hasta ese momento era que el Departamento de Relaciones Exteriores remitiera "...los

pedidos á las autoridades nacionales por intermedio del Ministerio de Justicia e Instrucción Pública...”, lo cual impedía la celeridad exigida para esas gestiones. Por ello, se resuelve que: “Los exhortos y demás diligencias judiciales provenientes del extranjero y cuya ejecución deba verificarse por la vía diplomática en la capital de la república o territorios nacionales, serán remitidos directamente por el Departamento de Relaciones Exteriores y Culto á las autoridades judiciales correspondientes y recibidos de éstas, directamente también, una vez diligenciados.” Este decreto, por tanto, suprime la intervención del Ministerio de Justicia, que había sido mencionado en la Nota del Poder Ejecutivo de 1903 y en la resolución de la Corte Suprema de ese mismo año, limitando el mecanismo administrativo al Departamento de Relaciones Exteriores.

Los antecedentes legislativos que se vienen mencionando se deben complementar con el análisis de los precedentes jurisprudenciales, a efectos de apreciar el modo en que han actuado nuestros tribunales, ante diversas situaciones prácticas. Cabe aclarar que algunos autores señalan que el procedimiento de comunicaciones tuvo su origen en la práctica de los tribunales, más que en el quehacer del Poder Ejecutivo (GONDRA 1944: 448), tal como parece desprenderse de las normas de 1872, 1903 y 1908.

Uno de los primeros casos de interés, en el cual se refleja expresamente la aplicación del procedimiento formal para las comunicaciones, es “Basavilbaso, Rufino c/ el Ministro Plenipotenciario Diego Barros Arana” (Fallos 19:108, 06/06/1877). Ante una demanda contra el representante diplomático de Chile acreditado en nuestro país, y alegándose su inmunidad de jurisdicción, la Corte estableció:

“Que aunque [*los agentes diplomáticos*] pueden renunciar a este privilegio con autorización del Gobierno que representan y someterse a la jurisdicción local, en el presente caso el señor Ministro de Chile no está dispuesto a hacer esa renuncia, ni a admitir la demanda interpuesta, según se infiere claramente de su nota de veintitrés de mayo último al señor Ministro de Relaciones Exteriores de esta República, en contestación a la que éste le dirigió transcribiéndole la de esta Suprema Corte por la que se daba conocimiento con ese objeto de dicha demanda.”

De acuerdo al párrafo transcrito, la Corte Suprema remitió la notificación de la demanda al Ministerio de Relaciones Exteriores, para que esa dependencia la pusiera en conocimiento del Embajador. La respuesta del funcionario extranjero siguió el camino inverso: envió al Ministerio una nota rechazando la jurisdicción de nuestros tribunales, que a su vez fue girada a la Corte. Previo al decisorio del máximo tribunal, el Procurador había sido claro al afirmar que “...el Ministro [*extranjero*] que no tiene relaciones oficiales sino con el Ministerio de Relaciones Exteriores no puede ser tratado como un demandado ordinario citándosele por el ugiar [*sic*]. En mi opinión, pues, solo puede aceptarse en este concepto la gestión de Basavilbaso, llevándola a conocimiento del plenipotenciario de Chile por medio del Ministerio correspondiente.”

En el año 1895, en la causa “Don Tomás B. Fowler contra el ministro de la República de Chile, por cobro de pesos” (Fallos 59:279, 30/04/1895), la Corte Suprema aplicó una importante excepción al principio general en materia de comunicaciones. El embajador de Chile, en representación de su gobierno,

había iniciado una demanda para requerir la nulidad de un contrato de venta de un buque. Como parte de este procedimiento, fijó un domicilio especial, para recibir las notificaciones pertinentes. En este marco, Tomás Fowler – que alegaba ser cesionario de los derechos de la empresa propietaria del buque- demandó al diplomático, por el cobro de una suma dineraria. Para hacerle saber de esta causa, un ujier de la Corte se presentó en el domicilio constituido, pero este acto fue rechazado por el embajador, indicando que “...en su carácter de enviado extraordinario y ministro plenipotenciario no podía aceptarla en la forma pretendida.” En un fallo dividido, la mayoría de la Corte consideró que ambas causas judiciales eran conexas, por lo cual el Embajador se había sometido a la jurisdicción argentina y, por derivación, al procedimiento habitual para las comunicaciones. Dijo la Corte:

“Que en estos casos... la propia actitud y el voluntario recurso de los señores ministros á los tribunales del país ante el cual ejercen sus funciones, los coloca en la situación de una parte privada, y somete al imperio de las leyes comunes en todos los actos del procedimiento, excusando ello consiguientemente el empleo de las formas diplomáticas para su citación en los diversos incidentes de la causa, empleo que sería incompatible con las formas comunes de procedimiento en los juicios. Que comprendiéndolo sin duda el señor Ministro de Chile, ha debido fijar y fijó en los autos indicados por su parte un domicilio especial para recibir directamente notificaciones en él...”

En consecuencia, la Corte decidió “...que se corra directamente al señor ministro de Chile, el traslado allí ordenado.”

Años después, en la causa caratulada “Doña Dominga López de Rodríguez contra el Ministro Plenipotenciario y Enviado Extraordinario de la República del Paraguay, don Manuel M. Viera, sobre cobro de pesos” (Fallos 98:338, 31/12/1903), la actora demandó al representante diplomático del país vecino, quien se negó a someterse a la jurisdicción argentina. La Corte Suprema aplicó la misma regla que en “Rufino Basavilbaso”, explicando:

“Que los ministros diplomáticos están exentos, por el derecho de gentes, de la jurisdicción del país donde residen. Que aunque pueden renunciar a este privilegio con autorización del Gobierno que representan y someterse a la jurisdicción local, en el presente caso el señor Ministro del Paraguay no está dispuesto a hacer esa renuncia ni a admitir la demanda interpuesta, según lo manifiesta categóricamente en su nota de fecha 15 del que rige, al señor Ministro de Relaciones Exteriores de esta República, en contestación a la que éste le dirigió transcribiéndole la de esta Suprema Corte, por la que se le daba conocimiento con ese objeto de dicha demanda.”

Esta solución fue reiterada por la Corte en la causa “Señores Baima y Bessolino contra el Gobierno de Paraguay por cobro de pesos” (Fallos 123:58, 26/02/1916), donde rechazó su competencia originaria indicando que “...si un particular es el demandante contra un gobierno extranjero debe ocurrir al juez de sección para que éste trasmita la demanda por intermedio del Poder Ejecutivo Nacional al

representante de la Nación demandada que aceptará o declinará a su arbitrio la jurisdicción...".<sup>10</sup> También aparece reflejado el procedimiento bajo análisis en el caso "Fisco Nacional c/ Rodolfo Monez Cazón y otro, por reivindicación; sobre evicción" (Fallos 125:40, 28/12/1916).<sup>11</sup> La Corte Suprema, recordando sus precedentes en la materia, señaló que "...el principio elemental de la ley de las naciones, según el cual un Estado soberano no puede ser sometido a la potestad jurisdiccional de los tribunales de otro... no se opone al comparendo voluntario...". Por ello "...no se afecta principio alguno de soberanía notificándose en forma al representante diplomático del Gobierno del Paraguay, por intermedio del Poder Ejecutivo Nacional, que ha sido citado de evicción en esta causa para que pueda salir a la defensa del adquirente si así fuere su voluntad."

Volviendo a la esfera legislativa, un decreto del 9 de febrero de 1926, aprobatorio del Ceremonial Diplomático, estableció en su art. 24 que los agentes diplomáticos extranjeros, para negociaciones y gestiones atinentes a su representación, mantendrían relaciones con las autoridades nacionales, provinciales y municipales del Gobierno ante el cual están acreditados, sólo por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores. Esta disposición fue modificada por un decreto del 14 de junio de 1932 (Boletín Oficial 23/06/1932), en cuyos considerandos se establece que el fundamento de aquella norma "...responde a la necesidad de que exista unidad de pensamiento y negociación en el Gobierno, lo que solamente puede obtenerse por la radicación exclusiva en el Ministerio de Relaciones Exteriores de todas las gestiones que sean inherentes al desempeño de las misiones acreditadas ante el Gobierno...." En este sentido, se afirma que "...no cabe distinguir entre gestiones escritas y formales, simples gestiones verbales, y meros requerimientos de informes, pues, aún con relación a éstos últimos, es el Ministerio de Relaciones Exteriores el único competente para resolver sobre su procedencia." En síntesis, los considerandos del decreto de 1932 señalan que esa unidad debe manifestarse en cualquier tipo de gestión, no sólo en aquellas propias de la función diplomática o consular. Por ello, se modifica el art. 24 mencionado, indicando: "Los agentes diplomáticos extranjeros mantendrán relaciones oficiales con las autoridades nacionales, provinciales y municipales de la nación, cualquiera que sea la índole de la negociación, gestión o informe que soliciten, única y exclusivamente por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores." Asimismo, el art. 2º del decreto es categórico al ordenar: "El Ministerio de Relaciones Exteriores no dará curso a ninguna comunicación de Gobiernos, agentes diplomáticos, Ministerios o reparticiones extranjeras que no sean dirigidas al mismo."

En el año 1940, la Corte Suprema reafirmó expresamente la simplificación del trámite, en concordancia con lo que se había establecido en el decreto de 1908, y modificó su decisorio del año 1903.

<sup>10</sup> Esta sentencia es uno de los primeros antecedentes de la aplicación por la Corte Suprema del concepto de inmunidad soberana de los Estados extranjeros. Así lo confirmó el juez Carlos Fayt: "El principio de inmunidad de los estados extranjeros, fue implícitamente invocado en Fallos: 123:58 y, ya en forma explícita, en Fallos: 125:40. Pero es quizás en Fallos: 178:173 donde se desarrolló por primera vez con cierta profundidad el asunto." (En "Manauta, Juan José y otros c/ Embajada de la Federación Rusa s/ daños y perjuicios", Fallos 317:1880, voto individual, cons. n° 13).

Así lo determina la acordada del 16/09/1940, la cual expresa: "Que en los casos en que se soliciten informaciones de los Agentes Diplomáticos, los Jueces y demás Tribunales nacionales deberán hacerlo sujetándose a las formas consagradas por el derecho internacional, dirigiendo oficio al señor Ministro de Relaciones Exteriores para que se les de el curso correspondiente."<sup>12</sup>

Una nueva acordada del 03/03/1948, aprobatoria del "Reglamento para la justicia federal y letrada de los territorios nacionales", reiteró este precepto, de forma más detallada, en su art. 37: "Las comunicaciones a los agentes diplomáticos extranjeros acreditados en el país, se harán por oficio dirigido al Ministerio de Relaciones Exteriores. Los exhortos a autoridades judiciales extranjeras podrán remitirse, directamente a los agentes diplomáticos de la nación o, en su defecto, a los cónsules acreditados en el país respectivo, con arreglo a lo dispuesto en el decreto del 11 de octubre de 1872." (Fallos 210:197). El artículo transcrito reproduce, en primer lugar, la regla general, en cuanto toda comunicación de los magistrados a los representantes extranjeros se efectúa en forma indirecta, por intermedio de la Cancillería. Recordemos que desde 1908 se había eliminado una de las etapas administrativas, la comunicación al Ministerio de Justicia, simplificación que ya había sido confirmada por la Corte Suprema en su acordada de 1940. Y en segundo lugar, el art. 37 mantiene la comunicación directa entre las autoridades judiciales nacionales y los representantes diplomáticos argentinos en el exterior, a los efectos de la tramitación de exhortos, conforme fuera establecido en 1872.

En marzo de 1949 se planteó nuevamente un caso de infracción a las disposiciones en estudio. Un juez de instrucción de la Capital solicitó al Ministro de Austria y a otro funcionario de la embajada que prestaran declaración testimonial por oficio. La embajada se limitó a remitir al juzgado la copia de una nota enviada la Cancillería, reclamando por dicha actitud, e indicando que se daría respuesta al pedido si intervenía el Ministerio de Relaciones Exteriores. El juez insistió en su petición, otorgando un plazo de cinco días para la respuesta, que nunca fue enviada. Ante esto, el magistrado se declaró incompetente y remitió la causa a la Corte Suprema, para que entendiera en forma originaria, conforme lo determina la Constitución (en ese entonces, el art. 101, actual art. 117). Tanto el Procurador como la Corte reiteraron el criterio mantenido hasta el momento. El primero, señaló que "...la actitud de [*los diplomáticos austríacos*] se ajustó a los principios del derecho internacional, tal como lo reconoció V.E. en 97: 274; acordada de setiembre 16 de 1940 y art. 37 del Reglamento para la Justicia Federal." Por su parte, la Corte indicó: "Que el Sr. Ministro de Austria ha manifestado estar dispuesto... a prestar declaración por escrito... siempre que el pedido respectivo se formule por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación. Que el procedimiento indicado por el Sr. Ministro de Austria es el que se ajusta a los principios

<sup>11</sup> Los antecedentes del caso se pueden consultar en JOFRÉ, T. (1917) *Derecho Federal. Cuestiones varias*. Buenos Aires, Imprenta de José Tragant, 1917, pág. 69 y ss.

<sup>12</sup> Registrado como "Forma de solicitar judicialmente informaciones de los agentes diplomáticos", Fallos 189:7. Conforme Isidoro Ruiz Moreno, el motivo de esta Acordada fue un reclamo formulado por el embajador de Gran Bretaña, aunque no aporta otros datos sobre la controversia (RUIZ MORENO 1941: 161). De todas maneras, el autor indica que "La práctica de los tribunales de la Capital Federal demuestra que la casi totalidad de los agentes

del derecho internacional, como lo ha reconocido esta Corte Suprema..." (Causa "Legación de Austria", Fallos 213:280, 25/03/1949).

### 3. La reglamentación de las comunicaciones entre 1949 y 1958

La Reforma Constitucional de 1949 modificó, en lo que es materia de nuestro interés, ciertas reglas respecto de la competencia de los tribunales federales. Específicamente, el nuevo art. 96 (que reemplazaba al antiguo art. 101) estableció: "La Corte Suprema conocerá originaria y exclusivamente en las causas que se susciten entre la Nación o una provincia o sus vecinos con un Estado extranjero; en las causas concernientes a embajadores, ministros plenipotenciarios o cónsules extranjeros y asimismo originaria y exclusivamente en las causas entre la Nación y una o más provincias, o de éstas entre sí." Es decir que, además de los embajadores, ministros y cónsules, se incluyó expresamente a los Estados extranjeros en el ámbito de la competencia originaria del Tribunal.<sup>13</sup>

La nueva organización y competencias del Poder Judicial fueron reglamentadas por la ley 13.998, sancionada en 1950 (B.O. 11/10/1950). En su art. 24, referido a la competencia originaria de la Corte Suprema, se determina que: "No se dará curso a la demanda contra un Estado extranjero sin requerir previamente de su representante diplomático, por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, la conformidad de aquel país para ser sometido a juicio." (Párrafo 2º). En igual sentido, "No se dará curso a las acciones contra las personas mencionadas en el punto anterior, sin requerirse previamente, del respectivo embajador o ministro plenipotenciario, la conformidad de su gobierno para someterlas a juicio." (Párrafo 6º).<sup>14</sup>

Los párrafos transcritos presentan una importancia fundamental para el instituto de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros y sus representantes que, en una norma de organización de la

---

diplomáticos no hacen cuestión para evacuar los informes que le son solicitados por los Jueces." (RUIZ MORENO 1941: 158).

<sup>13</sup> Para el fundamento de esta modificación, ver lo expresado por el integrante de la Convención Constituyente, doctor Álvarez Rodríguez, citado por BUSTOS LAMBERT, R. (1986) "La Corte Suprema, los Estados y los embajadores extranjeros". En *La Ley*, 1986-A, 899-904. Varias décadas después, los jueces de la Corte Suprema Carlos Fayt, Antonio Boggiano y Adolfo Vázquez planteaban similares argumentos, en su disidencia en el caso "Municipalidad de Vicente López c. República Federal de Nigeria" (Fallos 323:3592, 09/11/2000). Allí expresaban: "Que tales principios, que han inspirado el establecimiento de la jurisdicción originaria para los diplomáticos, determinan que –de acuerdo con una interpretación sistemática de la Carta Fundamental- igual regla deba adoptarse en los asuntos que conciernen a los estados extranjeros. En efecto, si el art. 117 (anterior art. 101) tiene como finalidad el resguardo de las buenas relaciones internacionales, no se advierten razones que justifiquen efectuar distinciones entre un país y sus representantes, sometiendo al primero a la justicia federal ordinaria. Ello es así, por cuanto las relaciones internacionales se hallan involucradas ya sea que el caso concierna al Estado extranjero en sí o a sus embajadores, ministros y cónsules en consecuencia, se justifica que en ambas hipótesis actúe esta Corte, como cabeza de un poder del Estado y tribunal superior de la justicia nacional." (Cons. n° 8). Una parte de la doctrina se mostró contraria a los argumentos de la disidencia, considerando que no existen motivos suficientes para modificar jurisprudencialmente la letra de la Constitución Nacional (RAMAYO 2001).

<sup>14</sup> El "punto anterior" que se menciona hace referencia a los embajadores o ministros plenipotenciarios extranjeros, las personas de su familia, o al personal de la embajada o legación que tenga carácter diplomático.

justicia, alcanzaba rango legislativo por primera vez en nuestro país. Hasta esa fecha, los tribunales nacionales habían reconocido la inmunidad como un principio firme del derecho de gentes y lo habían aplicado a los casos pertinentes. A partir de 1950, el derecho interno incorpora expresamente esta norma del derecho internacional. Además, esta norma estipula el procedimiento formal de comunicación entre el Poder Judicial y las representaciones extranjeras, tanto para las causas donde se demandara al Estado, como a sus funcionarios. De esta manera, el mecanismo procesal es elevado al rango de ley nacional, con las implicancias que esta jerarquía conlleva.

Cabe advertir que el párrafo 6º, al hacer referencia a los representantes diplomáticos, no prescribe expresamente la intervención del Ministerio de Relaciones Exteriores, para comunicar la demanda al Estado acreditante del funcionario. No obstante ello, la aplicabilidad para esos casos del procedimiento formal se puede deducir del resto de las normas que regulan la materia, así como también de los siempre mencionados principios del derecho de gentes.

En concordancia con la nueva ley, la Corte Suprema aprueba un nuevo "Reglamento para la Justicia Nacional", por acordada del 17/12/1952, derogando el anterior Reglamento de 1948, y donde se reitera la regla procesal en la materia de nuestro interés. Así, el anterior art. 37 pasa a ser el n° 38, conservando la redacción de forma casi idéntica: "Las comunicaciones a los agentes diplomáticos extranjeros acreditados en el país, se harán por oficio dirigido al Ministerio de Relaciones Exteriores. Los exhortos a autoridades judiciales extranjeras podrán remitirse directamente a los agentes diplomáticos argentinos o, en su defecto, a los cónsules acreditados en el país respectivo." La redacción de este artículo permanece inalterada hasta la fecha.

La regulación procedimental de 1952 aparece mencionada en algunos casos controvertidos, en los cuales los jueces nuevamente habrían dirigido sus comunicaciones directamente a los representantes extranjeros. Por ejemplo, en el caso "Ivanov" (Fallos 235:824, 17/09/1956), el Procurador expresó: "Si el Sr. Dimitar Ivanov reviste carácter diplomático... no correspondía citarle como a un testigo común sino solicitar una información escrita de su legación por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, según lo prescribe el derecho de gentes y ha sido reconocido por V.E. en Fallos 97:274 y en la acordada de 16 de setiembre de 1940 (Fallos 189:8; conf. también: art. 38 del Reglamento para la Justicia Nacional)."

En 1957, la Convención Constituyente dejó sin efecto casi todas las reformas introducidas en 1949 y, en consecuencia, se dictaron nuevas normas para regular la actividad del Poder Judicial. De esta manera, el decreto-ley 1285 del año 1958 (B.O. 07/02/1958) derogó la ley 13.998, aunque conservó parte importante de su articulado, que se reitera incluso con la misma numeración. Entre estos, el art. 24 mantuvo la redacción ya transcrita,<sup>15</sup> afirmando que no se daría curso a una demanda contra un Estado extranjero o sus representantes, sin requerir previamente la conformidad de ese país para el ejercicio de la

<sup>15</sup> La comparación entre ambos textos se puede consultar en BIANCHI, A. (1989) *Competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, págs. 175 a 177.

jurisdicción argentina.<sup>16</sup> En este punto se debe señalar que la mención a los Estados extranjeros debió ser eliminada, atento que, al volver la Constitución a su redacción de 1853/1860, sólo los ministros y diplomáticos extranjeros conservaron el carácter de aforados a la competencia originaria de la Corte.<sup>17</sup>

De forma contemporánea a estos cambios en la legislación, podemos observar la correcta aplicación del principio de las comunicaciones en el caso "María Mercedes Guillermina Clara Garde de Bouquet v. Ricardo Letelier Saavedra" (Fallos 246:160, 06/04/1960). En su dictamen, el Procurador General consideró que la Corte Suprema tenía jurisdicción en el asunto: "...de la copia de la nota de la nombrada Embajada [*de la República de Chile*] remitida por el referido Ministerio [*de Relaciones Exteriores y Culto*], se acredita la conformidad del Gobierno de ese país extranjero con la jurisdicción de los tribunales argentinos en el presente caso" En igual sentido, la Corte reiteró que "...de la nota de fs. 16, remitida por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, resulta que la Embajada de Chile, requerida al efecto, '...ha decidido aceptar la jurisdicción de los tribunales argentinos en este caso particular.'"

#### 4. Las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y Consulares

Junto con la legislación y jurisprudencia nacional, es necesario analizar la forma en que el mecanismo de comunicación se reguló en el ámbito internacional, particularmente en las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (CV1961) y Consulares (CV1963), de las cuales nuestro país es parte.

En el primero de los tratados, el art. 41.2 determina: "Todos los asuntos oficiales de que la misión esté encargada por el Estado acreditante han de ser tratados con el Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado receptor por conducto de él, o con el Ministerio que se haya convenido."<sup>18</sup> La Comisión de Derecho Internacional (CDI), al comentar su proyecto de tratado, decía respecto de esta cláusula: "El apartado 2 dispone que, de ordinario, la misión diplomática tratará los asuntos de que esté encargada por su Gobierno por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado recipiente; de todos modos,

<sup>16</sup> En 1963, el decreto-ley 9015 (B.O. 24/10/1963) agregó un párrafo al art. 24, incorporando una excepción al principio de inmunidad de los Estados extranjeros, con la siguiente redacción: "Sin embargo, el Poder Ejecutivo puede declarar con respecto a un país determinado la falta de reciprocidad a los efectos consignados en esta disposición, por decreto debidamente fundado. En este caso, el Estado extranjero, con respecto al cual se ha hecho tal declaración, queda sometido a la jurisdicción argentina. Si la declaración del Poder Ejecutivo limita la falta de reciprocidad a determinados aspectos, la sumisión del país extranjero a la jurisdicción argentina se limitará también a los mismos aspectos. El Poder Ejecutivo declarará el establecimiento de la reciprocidad, cuando el país extranjero modifique sus normas al efecto." El origen de esta cláusula se encuentra en el caso "Franco Gronda", de fuerte repercusión en Argentina en las décadas del '50 y '60 (GOLDSCHMIDT 1970: 542 y ZUPPI 1993: 824). La redacción vigente del art. 24 conserva este agregado, lo cual implica que el Poder Ejecutivo Nacional todavía dispone de esta herramienta, en caso de considerar necesaria su aplicación.

<sup>17</sup> Esta circunstancia fue recordada por la Corte Suprema en la ya citada causa "Manauta" (1994), en particular en el voto conjunto de los jueces Augusto Belluscio, Enrique Petracchi y Ricardo Levene (h) (cons. n° 6 y 7).

<sup>18</sup> La Convención sobre Funcionarios Diplomáticos del ámbito americano establece en su art. 13 una regla similar a la transcrita: "Los funcionarios diplomáticos deberán dirigirse en sus comunicaciones oficiales al Ministro de Relaciones Exteriores o Secretario de Estado del país ante el cual estén acreditados. Las comunicaciones a las demás autoridades se harán también por medio de dicho Ministro o Secretario."

si existe acuerdo, expreso o tácito, entre los Estados, la misión podrá tratar directamente con otras autoridades del Estado recibiente [sic], como suele ocurrir sobre todo con los agregados especializados.” (CDI 1958: 111).

A su vez, la Convención sobre Relaciones Consulares establece en su art. 38: “Los funcionarios consulares podrán dirigirse en el ejercicio de sus funciones: a) a las autoridades locales competentes de su circunscripción consular; b) a las autoridades centrales competentes del Estado receptor, siempre que sea posible y en la medida que lo permitan sus leyes, reglamentos y usos y los acuerdos internacionales correspondientes.”<sup>19</sup> En la elaboración de este artículo hubo divergencias en el ámbito de la Comisión, lo que llevó a adoptar una fórmula amplia: “El texto del artículo constituye una transacción... dejando al arbitrio del Estado de residencia el determinar cuáles son las autoridades competentes a las cuales pueden dirigirse los funcionarios consulares en el ejercicio de sus funciones, sin excluir por ello la posibilidad de que se dirijan a las autoridades centrales. El texto confiere al funcionario consular el derecho a dirigirse a la autoridad que, de conformidad con el derecho del Estado de residencia, sea competente para una cuestión determinada. Pero al mismo tiempo, el párrafo 2... reserva a dicho Estado la facultad de reglamentar el ejercicio de ese derecho, a falta de un acuerdo internacional, con arreglo a su derecho interno y sus usos.” (CDI 1961: 126).

Como se aprecia, el campo de acción en materia de comunicaciones para los agentes consulares es relativamente más amplio que para los diplomáticos. Esto se justifica porque los primeros intervienen en situaciones donde pueden verse afectados los nacionales de su país, y esta potestad no debería ser demorada por gestiones burocráticas en un ministerio u oficina estatal. En este sentido, vale recordar lo importante que resulta la institución de la asistencia consular (CV1963, art. 36), acción que puede ser ejercida por el funcionario extranjero dirigiéndose directamente al magistrado de la causa, sustanciada contra el nacional a proteger.<sup>20</sup> Si el Estado receptor, siendo parte de la Convención sobre Relaciones Consulares, impide o dificulta este contacto, incurre en responsabilidad internacional.<sup>21</sup> En concordancia,

<sup>19</sup> Nuevamente, podemos apuntar que el precedente del ámbito americano, la Convención sobre Agentes Consulares de 1928, también incorpora una disposición similar en su art. 11, aunque con facultades más limitadas: “Los Cónsules se entenderán oficialmente con las autoridades de su distrito en el ejercicio de sus atribuciones. Si sus gestiones no fueren atendidas, podrá, por medio del funcionario diplomático de su nación continuar sus gestiones ante el Gobierno del Estado, no debiendo comunicarse directamente con éste sino en ausencia o falta del funcionario diplomático.”

<sup>20</sup> En la causa “Gorgas Clerici, Mario Eduardo s/ ebriedad y otras intoxicaciones” (Fallos 313:514, 29/05/1990) la Corte Suprema afirmó: “La concurrencia de un vicecónsul a una seccional policial dirigida a interesarse por la suerte de tres ciudadanos de su país que se encontraban allí detenidos, encuadra dentro de sus funciones propias de asistencia y protección de sus connacionales.” Asimismo, la resolución 34/2005 del Consejo de Magistratura indica que las Cámaras Nacionales y Federales con competencia criminal de todo el país, “...deberán dar cumplimiento -y así requerirlo de la instancia inferior- al artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de modo inmediato a la detención que se realice de un extranjero, efectivizando la comunicación de dicha circunstancia al consulado respectivo.”

<sup>21</sup> Sobre el particular, ver los casos “LaGrand Case” (Germany v. United States of America) y “Avena and other Mexican nationals” (Mexico v. United States of America), resueltos por la Corte Internacional de Justicia los días 27/06/2001 y 31/04/2004, respectivamente.

la ley de ejecución de la pena privativa de libertad, n° 24.660 (B.O. 16/07/1996), establece en su art. 159, primera parte: "Los internos de nacionalidad extranjera, gozarán de facilidades para comunicarse con sus representantes diplomáticos y consulares acreditados."<sup>22</sup>

## 5. El procedimiento de comunicación hasta 1994

De acuerdo a lo expuesto en los párrafos precedentes, se puede apreciar que la regla en materia de comunicaciones era clara y precisa en su contenido. A pesar de ello, en varios precedentes jurisprudenciales fue aplicada incorrectamente, tanto por desconocimiento, como por la decisión de los magistrados de seguir un procedimiento diferente.

En una sentencia de la Corte de 1965, recaída en la causa "Edmundo M. Sammartino" se indicó: "Con arreglo al art. 38 del Reglamento para la Justicia Nacional y a las razones del derecho de gentes que lo sustentan, las comunicaciones a los agentes diplomáticos acreditados en el país, deben formularse por oficio dirigido al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto." (Fallos 263:544, sumario, 22/12/1965). Aunque no se incluye una descripción completa de los hechos, por haberse publicado sólo un resumen del caso, es factible que algún juzgado remitiera un pedido de informes a una embajada, o hubiera solicitado directamente la conformidad para someter a juicio a un representante extranjero. La intervención de la Corte Suprema, apropiadamente, logró encausar el procedimiento.

Pocos días después de esa sentencia, la Corte ordenó archivar las actuaciones en las cuales el Cónsul General de Chile había solicitado al juez federal de Río Gallegos una nómina de los ciudadanos del país vecino, que hubieran obtenido la nacionalidad argentina. En el decisorio, la Corte señaló que a los tribunales sólo les corresponde "...producir informes concretamente referidos a las causas que ante ellos tramitan y que sean requeridos por la vía pertinente, conforme al ordenamiento jurídico nacional." ("Cónsul General de Chile", Fallos 263:592, sumario, 31/12/1965).

Por su parte, durante las décadas del '60 y '70, varios tribunales comenzaron a aplicar un criterio más restrictivo en materia de juicios contra Estados extranjeros. En el fuero del Trabajo, por ejemplo, diversas sentencias consideraron que, frente a obligaciones emergentes de relaciones laborales, los Estados extranjeros no podían invocar su inmunidad, por no debatirse el ejercicio de funciones soberanas, sino cuestiones de gestión. Los casos más destacados donde se aplicó esta interpretación fueron "Roldán, Segundo Blas c/ Embajador de la República de Vietnam del Sur s/ cobro de pesos",<sup>23</sup> y las sentencias de primera instancia en "Gómez, Samuel c/ Embajada Británica s/ despido" y "López, Elsa Carmen y otro

<sup>22</sup> El "Instructivo de Gestión del Fuero Penal – Juzgados de Instrucción", incluido en el "Plan de Fortalecimiento Institucional del Poder Judicial de la Nación" formula la siguiente recomendación: "En los casos de detenidos extranjeros, debe librarse en forma inmediata oficio al Director General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la Nación, para que por su intermedio el consulado del país respectivo tome conocimiento de la imputación en cuestión (art. 36 de la Convención de Viena) y notificar al imputado el derecho de contar con asistencia consular." (CSJN 2008: 14).

<sup>23</sup> Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IV, 24/10/1974, publicado en La Ley, 1975-B, págs. 527 y 528.

c/ Departamento Cultural y de Cooperación Científica de la Embajada de Francia s/ despido".<sup>24</sup> En el ámbito civil y comercial, por su parte, se interpretó que la constitución de un domicilio especial en un contrato de locación implicaba una prórroga de jurisdicción y sumisión a favor de los tribunales argentinos (causa "Suárez de Solares, Judith c/ Estado de Turquía").<sup>25</sup> Consecuentemente, en ambos fueros se realizó una interpretación y aplicación novedosa de las normas de procedimiento bajo estudio, en particular del art. 24 del decreto-ley 1285/58. En algunos casos, se prescindió totalmente del pedido de conformidad, notificando la demanda y otros actos procesales directamente a las Embajadas extranjeras. En otros, se enviaron comunicaciones mediante el Ministerio de Relaciones Exteriores, pero ante la falta de contestación de los Estados extranjeros, o frente a su negativa a someterse a la jurisdicción argentina, los magistrados declararon en rebeldía a los demandados y continuaron el proceso.

Recién a fines de 1976, la Corte Suprema fijó el criterio definitivo en sendas intervenciones, en los expedientes "Samuel Gómez" y "Elsa López".<sup>26</sup> En la primera de las causas, el Estado demandado se presentó ante la Cancillería a fin de manifestar que no aceptaba la jurisdicción argentina, a pesar de lo cual el juez interviniente continuó con el proceso. En su dictamen, el Procurador General afirmó: "...aparece como razonable que la presentación del Estado extranjero en juicio no sea la única vía para reclamar la inmunidad, y que quepa hacerla valer ante el Poder Ejecutivo." Además, que "...el Estado extranjero es libre de comparecer o de no hacerlo ante el tribunal que lo cita, bastando para satisfacer sus obligaciones de cortesía la presentación ante el Poder Ejecutivo." La Corte Suprema coincidió con el dictamen anterior, señalando:

"Que tal disposición [art. 24, decreto-ley 1285/58], que regula la forma de hacer efectivo el principio de derecho internacional relativo a la inmunidad de los Estados, pone de manifiesto que para dar curso a la presente demanda, era menester recabar por la vía diplomática la conformidad del país demandado, puesto que su negativa tornaba improcedente continuar con el trámite de la causa.

Que del análisis de las actuaciones "Gómez, Samuel c. Embajada Británica s/ despido", agregadas por cuerda, no resulta que se haya cumplido con aquella exigencia legal; por el contrario, a pesar de las presentaciones efectuadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto en el expediente dando cuenta de que la embajada extranjera se negaba en forma expresa a someterse a la jurisdicción nacional, el juzgado declaró su competencia en razón de no considerar comprendido el caso dentro de la prescripción legal anteriormente referida."

<sup>24</sup> Sentencias de la Justicia Nacional del Trabajo de fechas 05/12/1974 y 07/11/1974, transcritas en Fallos 295:176 y 295:185, junto con los decisorios de la Corte Suprema.

<sup>25</sup> Cámara Nacional Federal, Sala Civil y Comercial, 30/11/1964, publicado La Ley, tomo 117, págs. 741 y 742.

<sup>26</sup> Fallos 295:176 y 295:185, 24/06/1976. Los argumentos de la Cámara Civil y Comercial en la causa "Suárez de Solares" no llegaron a ser revertidos por la Corte Suprema, ya que en la causa "Mac Lean, Carlos A. c/ Estados Unidos de América" (Fallos 292:461, 02/09/1975) determinó que, tal como había expresado el *a quo*, las causas no eran análogas, a pesar de involucrar ambas un contrato de locación, con la posible prórroga de jurisdicción que esto implica. Por ello, afirmó que: "Fallando el presupuesto sobre el cual se asentaba la aplicación al "sub lite" de la doctrina judicial aludida [la causa "Suárez de Solares"], resulta innecesario pronunciarse sobre su acierto o error" (cons. n° 6).

En consecuencia, la Corte decidió dejar sin efecto todos los actos procesales realizados en el expediente con posterioridad a la primera notificación enviada al Estado extranjero y admitir su inmunidad de jurisdicción. Es importante remarcar que tanto el Procurador como la Corte reconocieran que los funcionarios del Estado extranjero se presentaron siguiendo la vía procesal adecuada, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores de nuestro país.

Estos argumentos fueron reiterados en la causa “Mirta Susana Amarfil Albornoz y otra v. Consulado de Chile y otros” (Fallos 316:3111, 16/12/1993). Con relación a los hechos, se puede recordar que dos empleadas del Consulado honorario del vecino país en la provincia de San Juan presentaron una demanda por distracto laboral, a causa del cierre de dicha oficina. El Procurador General y la Corte destacaron en sus intervenciones que la causa tenía varias similitudes con el precedente de “Samuel Gómez”. El Procurador confirmó expresamente la aplicabilidad de las normas procesales que venimos estudiando:

“...admitir la presentación ante el Poder Ejecutivo como vía adecuada para actuar en defensa de la inmunidad de jurisdicción que –en principio- asiste a los Estados extranjeros acreditados en el país, concuerda con la circunstancia de que sea esa rama del gobierno la que ejecuta la política exterior en los términos del art. 86, inc. 14, de la Constitución Nacional (...) lo cual obliga a aquéllos –como personas de derecho internacional público- a acceder a las instituciones internas sólo a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación (Acordada de la C.S.J.N. del 16 de septiembre de 1940 y artículo 38 del Reglamento para la Justicia Nacional, a *contrario sensu*). (...) En consecuencia, el principio de separación de los poderes y el necesario autorrespeto por parte de los tribunales de los límites constitucionales y legales de su competencia impone que la función de los jueces no alcance a interferir con el ejercicio de facultades que le son privativas a otros poderes con arreglo a lo prescripto por la Constitución Nacional puesto que, de lo contrario, se haría manifiesta la invasión del campo de las potestades propias de las demás autoridades de la Nación.”

La Corte Suprema, por su parte, recordó brevemente la forma en que se había sustanciado la causa: “Que el señor juez interviniente declaró su competencia para conocer en las actuaciones, a pesar del oficio remitido por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto haciéndole saber la negativa de la Embajada de Chile de someterse a la jurisdicción nacional y continuó el trámite procesal, dictando sentencia. Con posterioridad a esta última, y ante una nueva comunicación por parte del Ministerio citado, cuyo contenido era reiterativo del antedicho, el magistrado elevó las actuaciones a este Tribunal.” Ante esos hechos, e invocando el caso de “Samuel Gómez”, determinó admitir la inmunidad de jurisdicción de la República de Chile y dejar sin efecto todos los actos procesales realizados en contravención con el párrafo 2º, inciso 1º, del art. 24 del decreto-ley 1285/58.

## 6. El caso "Manauta", la ley 24.448 y las nuevas reglas procesales

El caso "Manauta, Juan José y otros c/ Embajada de la Federación Rusa s/ daños y perjuicios", resuelto por la Corte en 1994, recibió parcialmente los cambios interpretativos que se venían esbozando en las instancias inferiores, respecto del pedido de conformidad para el sometimiento de Estados extranjeros a la jurisdicción argentina. Mientras el dictamen del Procurador General mantuvo la tesis de las sentencias anteriores, en particular los casos "Samuel Gómez" y "Amarfil Albornoz", los jueces de la Corte determinaron que "...no es de aplicación al caso la *ratio* del art. 24, inc. 1º del decreto-ley 1285/58 por no encontrarse en tela de juicio un acto de gobierno, ya que la controversia traída a conocimiento de este Tribunal se refiere al cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales, que en modo alguno puede afectar el normal desenvolvimiento de una representación diplomática."<sup>27</sup>

Sin embargo, esta sentencia de la Corte Suprema sólo indicaba una nueva forma de interpretar el marco legal vigente, sin hacer referencia específica al procedimiento de comunicación. Este aspecto particular recién sería mencionado por el Tribunal en sentencias posteriores.

En mayo de 1995 se sancionó la ley 24.488, de Inmunidad de los Estados Extranjeros (B.O. 28/06/1995), en la cual se regula la demandabilidad de estos entes soberanos ante los tribunales nacionales.<sup>28</sup> La ley incorpora algunas disposiciones procesales (los arts. 4º y 5º)<sup>29</sup> e incluso permite que la Cancillería intervenga en la causa como *amicus curiae*,<sup>30</sup> pero no establece medidas puntuales en materia de comunicaciones.<sup>31</sup> Además, al no derogarse expresamente la regla del art. 24, inc. 1º, del decreto-ley 1285/58, ambas normas deberían ser aplicadas en forma conjunta, interpretando de manera armoniosa su articulado.

A diferencia de la escueta redacción de nuestra ley, dos de sus antecedentes directos incluyen cláusulas procesales sobre el mecanismo de comunicación. La Convención de las Naciones Unidas sobre

<sup>27</sup> Fallos 317:1880, 22/12/1994 (voto de la mayoría, cons. nº 12).

<sup>28</sup> Se suele mencionar que la sanción de la ley 24.488 es una consecuencia del decisorio de la Corte Suprema en la causa "Manauta". Sin embargo, la ley tuvo origen en dos proyectos de la Cámara de Diputados, registrados bajo los expedientes nº 2962-D-93 (firmante: Juan Octavio Gauna) y nº 3368-D-94 (firmantes: Elsa Diana Kelly y otros), ambos de fecha anterior a la sentencia.

<sup>29</sup> Art. 4º - La presentación de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos para invocar la inmunidad de jurisdicción no debe interpretarse como aceptación de competencia. La interposición de la defensa de inmunidad jurisdiccional suspenderá el término procesal del traslado o citación hasta tanto dicho planteamiento sea resuelto.

Art. 5º - Los jueces, a pedido del Estado extranjero, podrán ampliar prudencialmente los plazos para contestar la demanda y oponer excepciones.

<sup>30</sup> Art. 7º - En el caso de una demanda contra un Estado extranjero, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto podrá expresar su opinión sobre algún aspecto de hecho o de derecho ante el tribunal interviniente, en su carácter "amigo del tribunal".

<sup>31</sup> Respecto de las carencias de esta ley, se ha dicho que "...no hace referencia alguna a notificación de la demanda, a pronunciamientos jurisdiccionales en ausencia de sujeto o representante que por su naturaleza ha de gozar de inmunidad de jurisdicción, a los tratos especiales durante la sustanciación del proceso." (DRNAS DE CLÉMENT y SARTORILA 2010: 192)

inmunidad del Estado y sus bienes, aprobada por la Asamblea General en el año 2004 (no se encuentra en vigor), señala en su art. 22:

“Notificación de la demanda.

1. La notificación de la demanda u otro documento por el que se incoe un proceso contra un Estado se practicará:

a) de conformidad con cualquier convenio internacional aplicable que obligue al Estado del foro y al Estado interesado; o b) de conformidad con cualquier arreglo especial de notificación entre el demandante y el Estado interesado, si no lo prohíbe la legislación del Estado del foro; o c) a falta de tal convenio o arreglo especial:

i) Transmitiéndola por vía diplomática al Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado interesado; o ii) por cualquier otro medio aceptado por el Estado interesado, si no lo prohíbe la legislación del Estado del foro.

2. La notificación por el medio a que se refiere el inciso i) del apartado c) del párrafo 1 se entenderá hecha cuando el Ministerio de Relaciones Exteriores haya recibido los documentos.

3. A esos documentos se acompañará, de ser necesario, la traducción al idioma oficial o a uno de los idiomas oficiales del Estado interesado.

4. El Estado que comparezca en relación con el fondo de un proceso incoado contra él no podrá aducir luego que la notificación de la demanda no se hizo con arreglo a lo dispuesto en los párrafos 1 y 3.”

Por su parte, el Convenio Europeo sobre Inmunidad Jurisdiccional del Estado y sus Bienes, señala en su art. 16: “(...) 2. Las autoridades competentes del Estado con jurisdicción enviarán por vía diplomática al Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado demandado, - el original, o una copia de la notificación de la acción. (...) 6. Se considerará que un Estado contratante que compareciere en la acción ha renunciado a cualquier objeción respecto del método de diligenciamiento.”

Varios años después de sancionada la ley 24.488, la necesaria interacción entre esta norma y el decreto-ley 1285/1958 fue mencionada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en el caso “Armando Beltrán Louge”, de acuerdo a lo expuesto por el juez Boggiano, al intervenir en el expediente la Corte Suprema. Si bien en esta última instancia se resolvió la causa por cuestiones ajenas a la temática de las comunicaciones, la descripción de los hechos es ilustrativa de las dificultades encontradas cuando se realizan sucesivas notificaciones al demandado:

“Que el juez de primera instancia dispuso el traslado de la demanda, de conformidad con el art. 2 inc. c de la ley 24.488, por cédula dirigida al señor Embajador del Reino Unido. Esta fue devuelta por el oficial notificador, con invocación del art. 156, inc. d, del Reglamento para la Organización y Funcionamiento de la Justicia Nacional, aprobado por acordada 9/90,<sup>32</sup> en atención a que esa

<sup>32</sup> Art. 156.- Casos especiales: (...) d) Cuando las cédulas van dirigidas a una embajada o consulado o a personas que pertenezcan a ellos, en caso de no querer aceptar la cédula, se procederá a devolverla sin notificar, debidamente

representación diplomática se negó a recibirla por entender que no había sido notificada a través de la Cancillería argentina. Los actores solicitaron entonces que se ordenara el traslado por esa vía pero inmediatamente desistieron de esa pretensión y pidieron la declaración de rebeldía. El juez resolvió la rebeldía y la notificó a la Embajada.

Que, el 23 de octubre de 2001, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal dispuso revocar la sentencia de primera instancia y declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del pedido de la declaración en rebeldía. (...) Entendió que la diligencia realizada [para la notificación] aunque válida en sí misma, no fue eficaz para trabar la litis. Señaló que ese traslado no se ajustó a las exigencias formales del art. 24 del decreto-ley 1285/58, ni a las del art. 38 del Reglamento para la Justicia Nacional. Agregó que ese régimen no se vio enervado por la ley 24.488 pues ésta no lo derogó expresamente. Por último estimó que la notificación de la rebeldía no subsanó el vicio descripto, y que la nulidad de ésta fue articulada en término en atención a lo dispuesto por el art. 4 de la ley 24.488.”<sup>33</sup>

También la causa “Sestito, Romina Natalia c/ Consulado de Italia s/ daños y perjuicios” (Fallos 327:208, 17/04/2004) aporta un ejemplo de los criterios disímiles (e incluso de desaciertos) al momento de efectuar las notificaciones, conforme la descripción de los hechos que realizó el Procurador General de la Nación:

“A fs. 128, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación puso en conocimiento de la jueza interviniente la respuesta de la Embajada de Italia al pedido de informes enviado por el juzgado (v. nota verbal N° 31 a fs. 125/126), por el cual solicitó la aplicación del Artículo 43 de la "Convención de Viena sobre Relaciones Consulares" de 1963, aprobada por Ley N° 17.081, que establece la inmunidad de jurisdicción, por tratarse de actos cumplidos en ejercicio de funciones consulares. Destacó, además, que la remisión de citaciones judiciales -como ocurrió en autos- no se ajustó a las vías diplomáticas establecidas, ya que solamente puede ser demandada la representación diplomática respectiva, cuyas notificaciones deben ser canalizadas a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, en tanto ésta no se presente en el juicio entablado en forma voluntaria.” (Dictamen del 09/02/2004).

Fue recién en el caso “Silguero Agüero, Felicita c/ Embajada de Portugal s/ despido” (Fallos 328:2522, 28/06/2005) que la Corte Suprema hizo referencia expresa al procedimiento de las comunicaciones. Así, aclaró que la nueva ley 24.488 “...guarda silencio respecto al modo de notificación de la demanda contra un Estado extranjero (...) ello no implica que se haya derogado el régimen del

---

informada (acta circunstanciada). Los barcos de bandera extranjera no se encuentran comprendidos en este procedimiento, salvo que sean barcos de guerra.

<sup>33</sup> “Louge, Armando Beltrán y otro c/ Gobierno de Su Majestad Británica” (Fallos 327:518, 16/03/2004, voto del juez Antonio Boggiano, cons. n° 3 y 6).

decreto-ley 1285/58, art. 24, inc. 1, sino que éste continúa vigente a efectos de regular la eficaz traba de la litis.” Ambas normas, por tanto, deben aplicarse de forma complementaria. Este recaudo permite, además, que la Cancillería pueda decidir si se presenta en calidad de *amicus curiae*, en caso de demandas contra Estados extranjeros (LIVY 1998: 426). Si bien la solución de la Corte Suprema es criteriosa, en determinadas situaciones concretas podría resultar complejo conciliar ambas disposiciones. Al menos, eso surge de algunas sentencias de tribunales de primera y segunda instancia, que no siempre han aplicado de forma correcta el procedimiento formal de comunicación a las embajadas extranjeras. La sentencia de la Cámara del Trabajo en la causa “Mealla c/ Francia” dio cuenta de estas dificultades que, a entender del Tribunal, tampoco quedaron zanjadas con la sentencia en “Silguero Agüero”:

“La referencia que se efectúa en el fallo de la CSJN “Silguero Agüero, Felicita c/ Embajada de Portugal”... al modo en que debe trabarse la litis es meramente tangencial y se limita a resaltar la vigencia del dispositivo contenido en el art. 24 del decreto-ley 1285/58 en cuanto prevé la previa conformidad del Estado extranjero para ser sometido a juicio en aquellos casos en los que se cuestionen actos de gobierno, pero no cuando las cuestiones versen sobre derecho privado o de “iure gestionis”. El tribunal superior no emitió en dicho fallo un pronunciamiento expreso en cuanto a los pasos concretos a seguir para la traba de la litis en cuestiones en las que se reclaman por incumplimientos de obligaciones laborales o previsionales.”<sup>34</sup>

Una sentencia de la misma Sala II de la Cámara Nacional del Trabajo, de fecha anterior, había realizado algunas aclaraciones respecto de las notificaciones, diferenciando si su envío era a una embajada o a un consulado:

“Del análisis de la ley 24.488 no se extrae la imposición de un procedimiento particular por el cual deba presuponerse notificada a una dependencia consular en la fecha en que se recepcionara la demanda en la Embajada del mismo país, si de las constancias de autos no surgen elementos de juicio que permitan tener por acreditado que en tal oportunidad, la demanda en cuestión entró en la esfera de conocimiento de la emplazada. Más si como en el caso, la Embajada de Francia y el Consulado General de Francia en la Argentina son entidades diferentes, reconocidas por convenciones internacionales también diversas, con funciones, objetos, autoridades y sedes diferenciadas.”<sup>35</sup>

En otra decisión del fuero laboral, se encontró el fundamento de la notificación directamente en las Convenciones de Viena de 1961 y 1963, lo que determinaba su prioridad de rango frente a las normas procesales nacionales. En consecuencia, todo acto que contrariaba dichos tratados era nulo, sin distinguir si el destinatario era un consulado o la embajada. Así, el Tribunal expresó:

<sup>34</sup> CNAT, Sala II, “Mealla, Ester c/ Embajada de Francia s/ despido”, sentencia del 22/3/07.

<sup>35</sup> CNAT, Sala II, “Triviño, Miguel c/ Consulado General de Francia s/ despido”, sentencia del 25/06/2001.

“Cuando la emplazada es una Embajada representante de un país extranjero, rige lo dispuesto en el art. 41 inc. 2 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (aprobada por el decreto-ley 7672/63), conforme el cual todos los asuntos oficiales de que la misión esté encargada por el estado acreditante, han de ser tratados con el Ministerio de Relaciones Exteriores del estado receptor, por conducto de él o con el ministerio que se haya convenido, por lo cual el traslado de una demanda debe hacerse por medio de la Cancillería y si ello no ocurrió, resulta abstracto examinar si concurren en la especie los recaudos exigidos por los arts. 58 a 60 L.O. t.o. dec 106/98 para admitir la nulidad o si ha mediado consentimiento de lo actuado por parte de la accionada. Es que se trata de una violación a una norma sustancial impuesta por una disposición de fondo como la indicada precedentemente que posee incluso jerarquía superior a las leyes (art. 75 inc. 22 primer párrafo de la CN) y consecuentemente debe prevalecer por sobre cualquier disposición en contrario de las normas procesales locales: a ello se añade que la propia ley 24488 en su art. 6 dispone que ninguna de sus previsiones afectará ningún privilegio conferido por las Convenciones de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas o de 1963 sobre Relaciones Consulares.”<sup>36</sup>

En la causa “Torres, Norma c/ Embajada del Reino de Arabia Saudita” (Fallos 328:2391, 14/06/2005), también de contenido laboral, resurgieron algunos inconvenientes al momento de la notificación de diversos actos procesales. Si bien el punto principal de conflicto era la aplicación a la Embajada de una condena en forma de astreintes,<sup>37</sup> el dictamen del Procurador General de la Nación expone varias cuestiones de interés en materia de comunicaciones. Nos permitimos transcribir *in extenso* algunos párrafos, que ilustran respecto de las dificultades encontradas:

“(…) la legación reclamada solicitó la revocación de tres resoluciones dictadas durante la etapa de ejecución de sentencia... con fundamento en que, al cursarse una carta-documento en reemplazo del oficio dirigido a la Cancillería, se incumplieron las formalidades que deben revestir tales actos cuando se trata de notificar a estados extranjeros (...) vale subrayar que... la embajada aludida fue notificada de la presente demanda mediante oficio dirigido al Ministerio de Relaciones Exteriores de la Nación, siendo ulteriormente declarada rebelde... y condenada (...) extremo, este último, del que fue informada mediante el oficio a la Cancillería... en el que se da cuenta, incluso, de la liquidación... Sin perjuicio de ello, mediante las cédulas... fue intimada... y notificada [*respecto de la*] nueva liquidación y fijación de astreintes (...) De lo anterior se desprende que resulta inexacta la aseveración de la Embajada según la cual recién habría tomado conocimiento de las actuaciones

<sup>36</sup> CNAT, Sala X, “Lauría de Bassi, Flavia c/ Embajada de la República Federal de Nigeria s/ despido”, sentencia del 30/08/2002.

<sup>37</sup> El debate asociado a este punto es si dicha medida comporta *per se* un acto de ejecución contra la propiedad del Estado extranjero, que goza de inmunidad, salvo determinadas excepciones. Sobre el particular ver DEL CASTILLO, L. (2000) “Medidas cautelares sobre bienes de representaciones diplomáticas”. En *El Derecho*, tomo 187, 236-248, y LABORÍAS, A. (2010) “El canje de deuda 2010 y la inmunidad de ejecución del Estado”. En *El Dial* –

cuando -por carta documento- se le hizo saber del trámite de ejecución de la sentencia –repárese al respecto en que dicha parte se negó a recepcionar, inclusive, cédulas por las que se le notificaban distintos actos procesales (...) Lo aseverado es así, aun considerando sólo las comunicaciones cursadas a través de la Cancillería, único órgano válidamente encargado de las notificaciones con los estados extranjeros, al decir de la quejosa (...) la presentante tampoco se hace cargo de los fundamentos expresados por el juez de grado en base a los artículos 29, 48 y 50, párrafo 2º, de la ley n° 18.345 (...) De ellos resulta, esencialmente, la notificación por ministerio de la ley de la Embajada requerida a partir de su incomparencia y la validez de las comunicaciones que le permitieron conocer concretamente de los actos procesales de que se trata.”

Estas dificultades prácticas en el procedimiento contrastan con la relativa facilidad con que se plantea el tema, desde un plano teórico, en el ya mencionado “Plan de Fortalecimiento Institucional”. Así, el “Instructivo para la Gestión del Fuero Civil – Juzgados de Primera Instancia” detalla: “Si la demandada es una Embajada de un Estado extranjero, la notificación de la demanda se deberá hacer por oficio que será remitido al Ministerio de Relaciones Exteriores de la Nación. En este caso, la autoridad ministerial se encargará de la notificación de la demanda a la Embajada e informará al Juzgado la fecha en que se efectuó dicha diligencia. El plazo para contestar la acción debe ser fijado por el Juez. En la práctica se fija entre 30 y 60 días (ver ley 24.488).” (CSJN 2008: 19).<sup>38</sup>

A fines del año 2005, al llegar nuevamente a la Corte Suprema la causa “Armando Beltrán Louge”, el voto en disidencia volvió a hacer referencia a la temática de nuestro interés:

“Que el art. 24 inc. 1 del decreto-ley 1285/58 dispone "No se dará curso a la demanda contra un Estado extranjero sin requerir previamente de su representante diplomático, por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, la conformidad de aquel país para ser sometido a juicio". Por su parte, la ley 24.488 guarda silencio respecto al modo de notificación de la demanda contra un Estado extranjero.

Que la vigencia de la ley 24.488 no derogó el decreto-ley 1285/58, art. 24, inc. 1, que rige el procedimiento de notificación de demandas contra estados extranjeros del cual no cabe prescindir sin afectar garantías fundamentales reconocidas por el derecho argentino y el derecho internacional.

---

*Suplemento de Derecho Internacional Privado e Integraciones Regionales*, 22/10/2010. Publicado online en <<http://www.eldial.com>>.

<sup>38</sup> Cabe advertir que el “Instructivo” sólo hace referencia a la demanda, pero no a los demás actos procesales. Respecto del plazo para contestar la demanda, la CNAT se inclina por otorgar sólo 30 días: “El plazo otorgado en la causa para contestar demanda (treinta días), no viola las disposiciones sobre igualdad de trato de las Naciones consagrado por el Convenio de Viena, porque el Estado extranjero recibió el mismo tratamiento y garantías que el Estado nacional al ser parte en un juicio. No rige el plazo de 60 días que dispone el art. 338 del CPCCN, en tanto el mismo está reservado a esas contiendas que tengan al estado como demandado en cuanto a poder público, tal es así que el art. 155 de la L.O. no lo cita entre las normas aplicables y las posteriores leyes 22434 y 24488 no lo han modificado.” (causa “Mealla c/ Francia”, ya citada).

Que en tales condiciones se advierte que la resolución de fs. 779 que dispuso el traslado de la demanda en los términos del art. 338 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación es manifiestamente nula, así como los actos dictados en su consecuencia.”<sup>39</sup>

Es decir que la interacción entre el antiguo decreto-ley y la nueva ley procesal no sólo es consecuencia lógica de la vigencia de ambas, sino que además permite respetar las garantías fundamentales de los Estados extranjeros, reconociendo su calidad de entes soberanos.

## 7. Casos particulares

A efectos de completar el análisis desarrollado en los párrafos anteriores, es necesario agregar ciertas precisiones puntuales, referidas a determinadas situaciones que pueden plantearse al momento de formalizar las notificaciones y comunicaciones.

1) La constitución de un domicilio especial en un contrato no significa, de forma automática, el sometimiento del Estado extranjero a la normativa nacional, por lo cual las notificaciones deben seguir cursándose por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores.

A pesar de lo expuesto por la Cámara Civil y Comercial en las causas “Suárez de Solares” y “García, Mario E. c. Embajada de la República Islámica de Paquistán”<sup>40</sup>, la jurisprudencia de la Corte Suprema es concordante en cuanto exigir que haya una renuncia expresa del Estado extranjero, la que no puede simplemente inferirse de una cláusula contractual. Tal fue lo afirmado en las causas “Lucila D. E. Berthe y Alemani de Cecchini y otra v. Embajada de Francia” (Fallos 226:516, sumario, 31/08/1952), “María M. G. C. Garde de Bouquet v. Ricardo Letelier Saavedra” (Fallos 246:160, 06/04/1960) y “Binotti, Francisco J. C. c/ Loblein, Karlheinz s/ ejecución de alquileres” (Fallos 326:814, 20/03/2003). Similares consideraciones se desprenden del caso “Magú S.A. c/ Embajada de Guatemala”,<sup>41</sup> en el cual el juez interviniente consideró que la renuncia a la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero debe ser expresa, no pudiendo este acto ser inferido de la simple elección de un domicilio a los fines de un contrato de locación, que constituye un instrumento privado entre partes.

<sup>39</sup> Fallos 328:4268, 06/12/2005, voto en disidencia de los jueces Carlos Fayt y Raúl Zaffaroni, cons. n° 4, 5 y 6.

<sup>40</sup> CNCCF, Sala II, sentencia del 03/09/1998. Publicada en *El Derecho*, tomo 181, pág. 391. La Cámara expresó: “El principal efecto de la constitución de un domicilio contractual es la prórroga de la jurisdicción, por lo cual al haber el Estado extranjero aceptado la constitución de un domicilio especial en nuestro país en el contrato de locación, no podrá invocar la inmunidad de jurisdicción dispuesta por la ley 24.488. Además, la controversia no se refiere a actos de gobierno ni compromete el normal desenvolvimiento de una representación diplomática.”

<sup>41</sup> 1ª Instancia Especial Civil y Comercial (Juzgado N° 5), 24/12/1976. Publicado en *El Derecho*, tomo 76, pág. 409.

2) El sistema establecido para las comunicaciones se aplica incluso cuando el Estado argentino se encuentra en situación bélica con el país destinatario, con la consiguiente ruptura de las relaciones diplomáticas.

En este supuesto, la comunicación podría remitirse, a través de la Cancillería, a la Embajada del país que se haya hecho cargo de la relación bilateral. Conforme la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal: “La falta de representación diplomática del Estado demandado en nuestro país, y la consiguiente dificultad de notificación, no es un asunto de competencia del Poder Judicial.”<sup>42</sup>

3) Las comunicaciones que se realicen entre el Poder Judicial y los representantes extranjeros por otras vías (por ejemplo, llamados telefónicos), no rempazan el trámite formal a través de la Cancillería. En el caso “Saraty Remawa” (Fallos 308:707, 06/05/1986), la Corte Suprema expresó:

“Corresponde que el juez de instrucción cumpla con las directivas que le impartiera el Presidente de la Corte Suprema, en su carácter de vocal instructor, si desconoció las mismas - acreditación fehaciente del “status” diplomático de quien efectuó denuncia de hurto, por medio del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto; iniciación de actuaciones con intervención de la Corte en el caso de que, verificada su calidad de aforada, resultara imputada de algún delito-, y no - al haberse comunicado telefónicamente con la embajada- observó lo dispuesto por el art. 38 del Reglamento para la Justicia Nacional, que prescribe que las comunicaciones a los agentes diplomáticos extranjeros acreditados en el país se harán por oficio dirigido a aquel ministerio, pues incumbe al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto determinar el estado diplomático de los componentes de las representaciones extranjeras acreditadas en el país a los fines de la jurisdicción respectiva.”

Resulta de interés destacar que no puede agregarse a la causa la “certificación” del status diplomático de un funcionario extranjero, si dicha información surge de un llamado telefónico o de un correo electrónico enviado por el magistrado o tribunal a la representación extranjera. Este aspecto resulta de gran interés, ante la nueva modalidad de notificaciones por medios electrónicos, aprobada por la Corte Suprema a través de la acordada n° 31/2011.

4) Si el agente diplomático se presenta espontáneamente en un juzgado, sin que medie la notificación de estilo, corresponde decretar la nulidad de los actos procesales que pueda haber efectuado. Así lo expresó categóricamente la Corte Suprema:

“...el hecho de que Jiménez Boada se haya prestado voluntariamente para declarar ante el juzgado de primera instancia en los términos del art. 294 del Código Procesal Penal de la Nación, no habilitaba al magistrado a cargo de la investigación para obrar como lo hizo, prescindiendo de que el carácter de diplomático de aquél determinaba su incompetencia y ninguna medida coercitiva

<sup>42</sup> Causa “Heinze, Juan C. c. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte”, CNCCF, Sala I, 30/04/1987. Publicado en El Derecho, tomo 124, pág. 429.

podía adoptar a su respecto. Por tal razón, y en tanto -como ya se dijo- sólo el Estado acreditante puede renunciar a la inmunidad de sus agentes, corresponde declarar la nulidad del llamado a prestar declaración indagatoria de Pablo Jiménez Boada y de los actos procesales dictados en su consecuencia respecto del mencionado diplomático.”<sup>43</sup>

El caso anterior ilustra, una vez más, la necesaria intervención del Ministerio de Relaciones Exteriores, a pesar de la buena disposición de los agentes diplomáticos a presentarse directamente en los juzgados, cuando sea necesario.

6) Además de permitir una eficaz traba de la litis, conforme lo manifestó la Corte Suprema, la notificación por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto cumple una función esencial, al permitir que esta dependencia manifieste si el funcionario o la agencia estatal extranjera reviste el carácter oficial que invoca.<sup>44</sup> El caso “Reynals, Mercedes N. c. Korea Trade Center” (Fallos 319:564, 30/04/1996) es elocuente acerca de la importancia de esta función del Ministerio:

“...el informe del Ministerio de Relaciones Exteriores es el procedimiento adecuado para justificar el carácter diplomático que puede revestir una de las partes en juicio, en los términos del art. 24, inc. 1º, de la ley 13.998 -similar, en lo pertinente, al art. 24, inc. 1º del decreto-ley 1285/58-, y 38 del Reglamento para la Justicia Nacional (Fallos: 238:314). A ello cabe agregar que es el Poder Ejecutivo Nacional quien conduce las relaciones exteriores de la Nación (art. 99, inciso 11, de la Constitución Nacional); y no cabe duda acerca de que el manejo de dichas relaciones comprende, elementalmente, la posibilidad de discernir cuáles son las dependencias u oficinas a las que se reconoce el carácter de representación diplomática de un país extranjero.”

## 8. A modo de corolario

Como se ha visto, en nuestro sistema de división de poderes, las competencias vinculadas a las relaciones con el cuerpo diplomático y consular extranjero se encuentran a cargo del Poder Ejecutivo Nacional, específicamente del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. La regla general indica, consecuentemente, que cada vez que se quiera efectuar una comunicación de carácter judicial a estos representantes extranjeros, se deberá contar con el citado Ministerio como intermediario. También se mencionaron algunas excepciones, en donde la regla general cede frente a la necesidad de agilizar determinadas tramitaciones.

<sup>43</sup> “Jiménez Boada, Pablo s/ causa "N.N. s/ contrabando", Fallos 321:3286, 24/11/1998.

<sup>44</sup> La CV1961 señala que corresponde al Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado receptor, u otro ministerio si así fuera acordado, recibir la nómina del personal diplomático que se desempeñará en su territorio. Esta información le permitirá al Ministerio certificar si una persona física o jurídica es beneficiario de privilegios e inmunidades.

Este procedimiento, además de ser requerido por las formalidades propias del relacionamiento exterior, tiene una función procesal práctica, atento a la defensa de inmunidad de jurisdicción y ejecución de que gozan los Estados extranjeros y sus representantes, a menos que su actuación pueda ser encuadrada en alguna de las excepciones vigentes. E incluso en este último supuesto, esta comunicación permite formalizar la traba de la litis, de acuerdo a lo explicado por la Corte Suprema.

A la vista del litigante particular, posiblemente este procedimiento resulta excesivamente burocrático, por las demoras que ocasiona en la tramitación del expediente. Es probable, además, que muchos jueces compartan esta visión, e incluso interpreten que la notificación al Ministerio de Relaciones Exteriores lo constituye en parte, a los fines del proceso.

Sin embargo, se advierte que estas particularidades del litigio tienen por objetivo garantizarle al Estado extranjero un tratamiento decoroso y respetar las tareas que desempeñan sus enviados. Cabe recordar lo expresado en los primeros párrafos de este trabajo, en cuanto a que el Poder Judicial también cumple una función importante en materia de relacionamiento exterior del Estado argentino. Por ello, a los magistrados les corresponde cumplir y hacer cumplir las normas que coadyuvan a un cordial vínculo con los demás países.

## Referencias bibliográficas

### I – Libros

1. ANTOKOLETZ, D. (1924) *Tratado de Derecho Internacional Público, en tiempos de paz y en tiempo de guerra*, Buenos Aires, Librería y Editorial "La Facultad", 1938.
2. BIANCHI, A. (1989) *Competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989.
3. DE LA GUARDIA, E. (1997) *Derecho de los Tratados Internacionales*. Buenos Aires, Ábaco, 1997.
4. DRNAS DE CLÉMENT, Z. y SARTORILA, M. (2010) *La aplicación del derecho internacional en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*. Córdoba, Lerner, 2010.
5. GOLDSCHMIDT, W. (1970) *Derecho internacional privado*. Buenos Aires, Depalma, 1992.
6. GONDRA, J. (1944) *Jurisdicción federal*. Buenos Aires, Revista de Jurisprudencia Argentina, 1944.
7. JOFRÉ, T. (1917) *Derecho Federal. Cuestiones varias*. Buenos Aires, Imprenta de José Tragant, 1917.
8. LEIVA, A. (1982) *Fuentes para el estudio de la historia institucional argentina*. Buenos Aires, EUDEBA, 1982.
9. MARESCA, A. (1968) *Las relaciones consulares*. Madrid, Aguilar, 1974.
10. ARMAS PFIRTER, F. y otros (1999) *Sujetos del derecho de gentes*. Buenos Aires, Ábaco, 1999.
11. ROUSSEAU, C. (1957) *Derecho Internacional Público*. Barcelona, Ariel, 1966.
12. RUIZ MORENO, I. (1941) *El derecho internacional público ante la Corte Suprema*. Buenos Aires, EUDEBA, 1970.
13. SAGÜÉS, N. (1993) *Elementos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Astrea, 1997.
14. VANOSSI, J. y DALLA VIA, A. (1969) *Régimen constitucional de los tratados*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.
15. ZORRAQUÍN BECÚ, R. (1969) *Historia del derecho argentino*. Buenos Aires, Perrot, 1969-1975.

## II – Artículos

1. BUSTOS LAMBERT, R. (1986) “La Corte Suprema, los Estados y los embajadores extranjeros”. En *La Ley*, 1986-A, 899-904.
2. DEL CASTILLO, L. (2000) “Medidas cautelares sobre bienes de representaciones diplomáticas”. En *El Derecho*, tomo 187, 236-248.
3. LABORÍAS, A. (2010) “El canje de deuda 2010 y la inmunidad de ejecución del Estado”. En *El Dial – Suplemento de Derecho Internacional Privado e Integraciones Regionales*, 22/10/2010. Publicado online en <<http://www.eldial.com>>.
4. LIVY, I. (1998) “Inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros en el Derecho argentino: De la inmunidad absoluta a la ley 24.488”. En ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL (1998) *La política internacional, el derecho y el territorio nacional*. Córdoba, del Copista, 1998, 401-431.
5. RAMAYO, R. (2001) “Los Estados Extranjeros y la competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”. En *El Derecho*, 21/06/2001, 1-3.
6. ZUPPI, A. (1993) “La impenetrable inmunidad de los estados extranjeros en Argentina, o ¿quién mató al art. 24 del decreto-ley 1285/58?” En *El Derecho*, tomo 156, 820-832.

## III – Documentos electrónicos

1. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (1958) *Anuario de la CDI – 1958 (Vol. II)*. Nueva York, Naciones Unidas, 1958. Online en <<http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/1958.htm>>.
2. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (1961) *Anuario de la CDI – 1961 (Vol. II)*. Nueva York, Naciones Unidas, 1961. Online en <<http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/1961.htm>>.
3. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2008) “*Plan de Fortalecimiento Institucional del Poder Judicial de la Nación*”. Publicación electrónica, febrero de 2008. Online en <<http://www.csjn.gov.ar/data/instructs.pdf>>.

## IV – Sitios en Internet

1. Boletín Oficial de la República Argentina <<http://www.boletinoficial.gob.ar>>
2. Centro de Información Legislativa y Documental <<http://www.infoleg.gob.ar>>
3. Corte Internacional de Justicia <<http://www.icj-cij.org>>
4. Corte Suprema de Justicia de la Nación <<http://www.csjn.gob.ar>>
5. CSJN. Centro de Información Judicial <<http://www.cij.gob.ar>>
6. Honorable Cámara de Diputados de la Nación <<http://www.diputados.gob.ar>>
7. Ministerio Público Fiscal <<http://www.mpf.gob.ar>>
8. Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto <<http://www.cancilleria.gob.ar>>
9. MRREEyC. Biblioteca Digital de Tratados <<http://tratados.cancilleria.gob.ar>>
10. Organización de las Naciones Unidas <<http://www.un.org>>
11. ONU. Comisión de Derecho Internacional <<http://www.un.org/law/ilc>>
12. ONU. Corte Internacional de Justicia <<http://www.icj-cij.org>>
13. Poder Judicial de La Nación <<http://www.pjn.gob.ar>>
14. Procuración del Tesoro de la Nación <<http://www.ptn.gob.ar>>
15. Sistema Argentino de Información Jurídica <<http://www.infojus.gob.ar>>

# **NUEVA CULTURA DEL CONTROL Y ADOLESCENTES EN COLOMBIA**

**Por Adriana Romero Sánchez**

## **RESUMEN**

El presente artículo tiene como objetivo relacionar los procesos de transformación del control social y su marco social, económico y cultural que lo caracteriza, con los cambios que se han dado en el contexto del control y reacción social de adolescentes, en especial en Colombia, a partir de la introducción del derecho internacional como lineamientos de política criminal. Se buscará mostrar cómo la introducción de principios y garantías como elementos de configuración del nuevo paradigma de control no es el resultado de la conciencia universal de la necesidad de protección de la infancia y adolescencia, sino que, a pesar de los múltiples esfuerzos de distintos actores, responde a las nuevas necesidades sociales de control y concuerda con sus mecanismos.

## **PALABRAS CLAVE**

Populismo punitivo, nueva cultura del control, sistemas de responsabilidad penal para adolescentes, derecho internacional de los derechos humanos, Paradigma de Protección Integral.

# THE NEW CULTURE OF CONTROL AND THE CHILDHOOD IN COLOMBIA

By **Adriana Romero Sánchez**

## SUMMARY

In this paper, I aim to understand the relationship between transformation processes of social control, including its particular social, economic and cultural framework, and changes in youth control. I will focus on the Colombian case; specifically, I will analyze the transformations in youth control brought about in the international law, which has established general criteria that came to defined criminal policy in the region. I attempted to show that warranties and rights defining the new paradigm are not the result of the consolidation of a universal conscience about childhood protection, but rather the response to social needs of control and its own operating mechanisms.

## KEY WORDS

Punitive populism, new culture of control, youth criminal justice systems, Human Rights International Law, Integral Protection Paradigm.

# NUEVA CULTURA DEL CONTROL Y ADOLESCENTES EN COLOMBIA

## UNA APLICACIÓN DEL ESTADO DEL ARTE A LAS TRANSFORMACIONES DE LA JUSTICIA PENAL DE ADOLESCENTES

Por **Adriana Romero Sánchez\***

### Introducción

En los últimos años, la violencia y los delitos cometidos por adolescentes han sido unas de las temáticas que han recibido una gran atención mediática y han suscitado importantes discusiones en la agenda pública. Aunque dicha preocupación ha estado en el centro de las discusiones de política criminal (del OLMO 1981: 41, 79), en las últimas cuatro décadas ha sufrido un importante incremento su representación en medios de comunicación y la relevancia que la población le da a dicho fenómeno (BARATA 2008: 13-16). Estas discusiones, no obstante, han reflejado una preocupación central en relación con los adolescentes, desde lo social, lo moral y lo político.

En el derecho internacional de los derechos humanos, y con la adopción de tratados internacionales, tales como la Convención sobre los derechos del niño, o reglas y directrices como las Reglas de Beijing, las Reglas de la Habana o las Directrices de Riad, se plantea un nuevo marco jurídico y político vinculante para los Estados, que establecen respuestas concretas y universales frente a las problemáticas de los adolescentes y el delito, restringiendo en el discurso los debates mediáticos más preocupados por el castigo. No obstante, y como es evidente, tales respuestas convencionales, desde su perspectiva universalista, no tienen en cuenta las particularidades de los conflictos y la violencia que se viven en cada contexto local.

Para aproximarse a dicho fenómeno, la discusión podría desarrollarse desde la dogmática en un plano normativo, tal como se ha hecho reiteradamente con el estudio de los estándares internacionales que han introducido nuevos criterios de política criminal, tratando de responder a la pregunta de qué hacer con los adolescentes en conflicto con la ley penal, pero con unas respuestas dadas. No obstante, dicha perspectiva resultaría insuficiente o irrelevante en la medida en que desconocería que en dichas transformaciones sociales se encuentra subyacente una configuración de cosmovisiones, discursos predominantes que configuran, en este caso, una reacción hacia los fenómenos sociales.

---

\* Estudiante de último semestre de Maestría en Derecho, con profundización en Sociología y Política Criminal de la Universidad Nacional de Colombia, en culminación del trabajo final de maestría. Joven Investigadora 2011 de Colciencias y docente de Investigación en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional como becaria del Programa de Becas Estudiantes Sobresaliente de Posgrado. Fundadora de la Fundación para el Análisis de la Seguridad y la Atención a Poblaciones-PAAS.

Por lo tanto, resulta relevante caracterizar cómo estos procesos de transformación se han interpretado (al coincidir en que se presenta un clima de mayor represión y de mayores demandas a castigos severos, tal como ha sido caracterizado en distintas regiones alrededor del mundo). Se escogió el término de populismo punitivo para englobar estas discusiones, las cuales a continuación se describirán, haciendo un intento por aterrizar la problemática a Colombia con sus especiales particularidades y salvedades correspondientes, para luego entender cómo, en el caso específico de adolescentes, se encuentran rasgos centrales relevantes en el discurso de control social.

A continuación, se hará una breve presentación de la caracterización que distintos autores han hecho sobre el populismo punitivo o, en términos de Garland, nueva cultura del control, para preguntarse si dichas características pueden ser tenidas en cuenta en el contexto latinoamericano. Luego de esto, se presentarán algunos datos que permitan caracterizar brevemente la situación de derechos de los adolescentes, para luego concluir con una caracterización del control de adolescentes en Colombia, fenómeno que se entiende comparable con el que se viven en otros países de la región. Con este proceso de contraste entre el cambio social y el cambio normativo, se podrán encontrar las coincidencias y las divergencias entre las transformaciones sociales y el proyecto internacional de control social y política criminal que se ha configurado desde los organismos internacionales y otros actores sociales.

### **Populismo punitivo**

El populismo punitivo<sup>1</sup>, tal como lo reseña Elena Larrauri, ha sido percibido por diversos autores (Garland, Simon, Bottoms, Aniyar de Castro, entre otros), con distintas denominaciones, a partir de la década de los 80, como un proceso de transformación en la construcción de la política criminal y de control del delito, de orden sociopolítico, económico y cultural, que ha traído consigo el endurecimiento de las normas penales (con restricción de las garantías y aumento de penas y conductas punibles), así como el aumento de la población sometida a medidas penales restrictivas de derechos. Esta nueva cultura del control<sup>2</sup> se sustenta en tres creencias básicas, en primer lugar, en *que mayores penas pueden reducir el delito*, en segundo lugar, sobre la idea de *que las penas ayudan a reforzar el consenso moral existente en la sociedad*; y, en tercer lugar, por la percepción de que resultan *ganancias electorales* por el uso del derecho penal y la seguridad, cuya práctica ha venido en aumento (LARRAURI 2006: 15).

Para Garland, este cambio puede ser ilustrado en una serie de indicadores<sup>3</sup>. Algunos de estos indicadores se refieren a la reacción social frente al delito y otras conductas socialmente reprochadas. Se

---

<sup>1</sup> Término utilizado por Bottoms en su texto "The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing", citado por Larrauri (2006:15) y Garland (2001). *El populismo constituye el proceso de creación mitológica discursiva y simbólica por el cual se pretende resolver los problemas que enfrenta una sociedad por la sola magia del discurso y sus representaciones*. Cuando se habla de populismo punitivo, se hace referencia al uso político de lo penal independiente de un contexto político o ideológico, que inmediata y permanentemente se llama al derecho penal para hacer frente a problemáticas sociales de diversa índole, atribuyéndole propiedades mágicas y curativas (MIRANDA 2007: 43).

<sup>2</sup> La cultura del control se forma alrededor de tres elementos centrales. Primero, la recodificación del derecho penal del bienestar; segundo, las criminologías del control, y tercero, un estilo de razonamiento económico. (GARLAND 2001: 174-175)

considera que existe una mayor inclinación en la población hacia la punición y un cambio en el tono emocional de la política criminal (1). Los sentimientos colectivos muestran cómo el miedo al crimen es un tema cultural prominente que se confirma a través de la opinión pública. Este miedo es aprovechado por los actores políticos, quienes usan el sistema penal para obtener réditos (2). El uso del derecho penal como herramienta electoral se entiende que permite fortalecer las plataformas políticas de partidos y candidatos, presentándose como un medio eficaz (simbólicamente), de bajo costo, con pocos opositores políticos e inmediato para "responder" a las problemáticas sociales y demandas de seguridad, es decir, que concuerda con las ideas del sentido común (WACQUANT 2004: 32-33, 50-51). Este uso no se restringe a sectores conservadores, sino también independientes y de izquierda democrática o sectores independientes. (MIRANDA 2007: 48, 44; FRANCO C y ROMERO S 2010) En esta vía se construye un escenario propicio para reducir las políticas sociales en una sola vía, la de la política penal y carcelaria y que será un elemento que se tendrá que profundizar más adelante. (MIRANDA 2007: 45-47)

En este mismo sentido, se da una politización del derecho penal que acompaña a este nuevo populismo (3). La política criminal deja de ser un asunto de expertos para pasar a manos de la competencia electoral, teniendo esto como consecuencia la pérdida de autonomía de las instituciones de justicia. Se adoptan una serie de medidas para tomar ventaja política y se da una prevalencia de la opinión pública sobre los expertos, que antiguamente tenían plena autonomía en el ejercicio de las prácticas del sistema penal, en quienes se pierde la confianza (GARLAND 2001: 172 y 2007: 216). Se transforma la relación entre el proceso político y las instituciones. Esto tiene como consecuencia la polarización de posiciones, de los discursos oficiales y populares<sup>4</sup>. Así, el debate se hace más estrecho por la convergencia en las propuestas de la mayoría de partidos políticos. Esta reacción, se ve acompañada de otros elementos como lo es la aparición de un negocio próspero del control del delito y un desarrollo empresarial en este sector de la seguridad, la vigilancia y el sistema penal y penitenciario (4)<sup>5</sup>.

El derecho y el sistema penal dejan de ser un asunto de expertos como el trabajador social o psicólogo, y comienza a darse un proceso de semi-privatización en donde se interviene con compañías y sociedad civil para quitarle el monopolio penal al Estado, y sus especialistas serán principalmente el administrador, el contador o el estadístico. El control y la corrección del crimen dejan de ser obligaciones estrictamente estatales y la industria de la seguridad se convierte en un negocio rentable, relevante para una serie de actores económicos y sociales. Esta instrumentalización del derecho penal por parte de los partidos y los medios, convierten el delito en mercancía de la industria y la cultura. (ANIYAR 2010:118 y 96, GARLAND 2001: 170, 2007: 235 y MIRANDA 2007: 44)

<sup>3</sup> Un breve desarrollo de lo que se describirá a continuación puede encontrarse en *The Culture of Control* de Garland, (2001: 6-20).

<sup>4</sup> Si uno considera todos los rangos de discursos gubernamentales sobre el crimen –no sólo de estamentos de funcionarios elegidos sino también de agencias administrativas– se vuelve evidente que el discurso oficial está estructurado por un juego de conflictos y tensiones apenas contenidos (...) El resultado es una serie de políticas que son cada vez más dualistas, polarizadas y esquizofrénicas. (GARLAND 2001: 137)

<sup>5</sup> Tal como lo ilustra Nils Christie respecto del sistema carcelario en Estados Unidos. Véase al respecto Christie (1993: 101-132).

Por otra parte, se pueden encontrar indicadores referidos al sistema penal en concreto. El primero de éstos es la crisis del ideal resocializador (5), sobre el cual residían las asunciones, valores y prácticas a partir de las cuales se ha construido la penalidad moderna. Esta crisis se acompaña por un nuevo *surgimiento de las sanciones punitivas y degradantes* (6). Este ideal resocializador se ve cada vez más refutado, dando lugar a la prevalencia de la retribución como fin de las penas y la incapacitación como función de la sanción. Ese discurso retributivo explícito se relegitima, permitiendo una expresión abierta de sentimientos punitivos y el desarrollo de leyes draconianas. Asimismo, se desplazan las medidas de prevención para preferirse las medidas securitarias (ANIYAR 2010: 115).

Paralelamente, se desarrolla una retórica de venganza que acompaña esa opinión pública, en donde se citan sentimientos de las víctimas, sus familiares y el miedo con el fin de apoyar esas nuevas leyes penales y medidas de política criminal, dando paso a la reaparición de la víctima en el ámbito penal (7), que condiciona no sólo el surgimiento de medidas drásticas, sino que transforma la concepción del ejercicio penal. Asimismo, se instrumentaliza a las víctimas en la creación de leyes y como herramienta de participación política y electoral. Esto modifica la concepción del derecho penal moderno de subsumir los intereses de la víctima al interés público y general. En otros planos, se construye la metonimia del *pueder-ser-usted*, como un nuevo sentido de la victimización, en donde todos pueden ser víctimas, pero sólo unos pocos delincuentes (GARLAND 2007: 217-220). También, todo esto tiene como consecuencia que las posibles respuestas alternativas, cada vez más, se cierran en su espectro, convirtiéndose el relato anti-punitivista en una colaboración con el agresor y un desprecio hacia la víctima.

Por último, y en relación con el pensamiento criminológico y los discursos, se comienzan a desarrollar nuevas justificaciones y orientaciones de las prácticas penales y de control social. El surgimiento de las teorías del control, trae consigo una visión de la condición humana mucho más oscura y reintroduce el criterio de peligro en las consideraciones políticas (ANIYAR 2010: 166). En términos metodológicos, recibe una gran influencia de los modelos de análisis económicos y las prácticas gerenciales impregnan el sistema penal, dentro de una lógica de costo-beneficio. Dentro de este esquema, se entiende que *el delito es un evento –o una masa de eventos- que no requieren de una especial motivación o disposición, de una patología o anormalidad, y el cual está inscrito en las rutinas de la sociedad contemporánea y la vida económica.* (GARLAND 2001: 16)

Como se mencionó anteriormente, respecto del sentido de la sanción, comienza a preferirse el uso de la prisión *como medio para conseguir la incapacitación* (8), en donde la protección de la población es el objetivo prioritario de la política criminal. Se da una reinención de la prisión, como mecanismo de incapacitación, tanto para ofensores violentos, sino también para la pequeña criminalidad. Esto va de la mano de la transformación de las teorías criminológicas (9), las cuales pasan de modelos positivistas puros, orientados al tratamiento profesional del infractor, a modelos del control que delegan a ciudadanos y comunidades tareas relacionadas con el control del delito, más allá de las actividades de tratamiento y las funciones del Estado, que desde esta perspectiva deben entenderse compartidas. Se crea una infraestructura de prevención del crimen y de seguridad comunitaria, sustentadas en la lógica de expulsión

y exclusión (WACQUANT 2010). La reintroducción del peligro y el riesgo, como categorías, dimensiones de análisis y medida de las preocupaciones, motiva a una lógica criminológica actuarial propia, que vacía el objeto de la criminología, y renuncia a la búsqueda de causas, dado que el pensamiento positivista se vuelve inviable e insostenible<sup>6</sup> (GARLAND 2001: 42-44 y 88).

Debe señalarse, visto lo anterior, que este fenómeno del *populismo punitivo* tiene su propio contexto histórico, social y económico. Por una parte, el neoliberalismo económico, con su lucha en contra del Estado de bienestar social, *aumenta las desigualdades propiciadoras del delito (...), favorece la inseguridad por medio de la inestabilidad laboral* y genera un sector de personas excluidas en relación con la deslocalización de empresas. Por otra parte, el neoconservadurismo político *enfatisa el mensaje de la peligrosidad de la delincuencia*, sin posibilitar la creación de lazos de solidaridad que generaban anteriormente determinadas conductas como los delitos contra la propiedad o los delitos políticos. Al contrario, el delito genera solidaridades circunstanciales y efímeras en la población para generar un enemigo común y legitimar la existencia del Estado. El argumento central de Garland se orienta a señalar que a pesar de que los cambios han sido muy importantes en la justicia penal, los más relevantes son de orientación cultural, una gran legitimación de políticas de anti-bienestar y la concepción de los pobres como pertenecientes a una clase subalterna e indeseable. (GARLAND 2001: xi-xii y MIRANDA 2007: 48)

### **Transformaciones sociales y fuerzas de cambio**

Estos cambios sociales, económicos y culturales deben ser considerados como situados. Queda claro, según el contexto presentado anteriormente, que este proceso no sólo se producen en el campo de la política criminal y por consideraciones criminológicas, sino también por fuerzas históricas que transforman la vida social y económica (tal como ese neoliberalismo de libre mercado y neoconservadurismo social) y que presencian la crisis del bienestar. Estos cambios centrales se dan, en primer lugar, en las dinámicas de producción capitalista y del intercambio del mercado, y sus correspondientes avances en tecnología, transporte y comunicaciones; por la reestructuración de la familia y la vivienda; la nueva concepción de la ecología social de ciudades y suburbios; el alza de medios masivos electrónicos, y la democratización de la vida social y cultural. (GARLAND 2001: 75-76) Se presenta, a su vez, la mutación de roles sociales, familiares y de género (ANIYAR 2010: 94), enmarcados en todas estas nuevas formas sociales y económicas.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Esta afirmación debe ser tomada con beneficio de inventario, dado que a pesar de que el positivismo pareciera abandonar múltiples esferas, es claro que continúa siendo estandarte del pensamiento de las ciencias sociales. Esto se puede ver en los estudios genéticos sobre el delito, en políticas públicas, entre otros aspectos. Asimismo, la lógica costo-beneficio no abandona los postulados básicos del pensamiento positivista.

<sup>7</sup> La pregunta que surge de dicha afirmación se orientaría, antes que nada, a indagar acerca de la existencia de una crisis de esa índole en América Latina o en Colombia, así como la características que pudo haber adoptado un Estado de bienestar, con sus respectivas políticas, y un sistema penal de bienestar. A pesar de que estos modelos explicativos de realidades foráneas (en este caso, la anglosajona) tienen restricciones para aproximarse a los procesos desarrollados en la región, debe admitirse que como modelo de interpretación puede dar herramientas para entender un proceso que ha partido de elementos teóricos comunes y que ha afectado formas sociales de diversa índole. Por

Los cambios que se desarrollan en el marco del sistema penal hacen parte de otros procesos que tienen efectos sobre éste, como la transformación de la víctima o los desarrollos de las teorías del control, que concuerdan en ese proceso de desnaturalización de la obligación del Estado de cuidar a los ciudadanos al convertirlo en una responsabilidad compartida. Asimismo, se transforman los problemas sociales, dejan de ser las patologías de la sociedad industrial y las prácticas de control informal se transforman de la mano de los procesos productivos (GARLAND 2001: 28-29, 39, 45-47). El sistema penal de bienestar comienza a colapsar en los setenta por las críticas al correccionalismo y al tratamiento indefinido. Pero las estructuras e ideologías del control moderno del crimen colapsan no sólo por la crítica intelectual, ni tampoco por fallas penológicas, sino porque pierde el fundamento que residía en las formas de vida y de creencias (GARLAND 2001: 53-72). Surge un ícono social en un sentimiento de inseguridad, en donde el miedo al crimen se convierte en parte integral de la vida cotidiana que introducen nuevas prácticas y hábitos y una mayor consciencia frente a la seguridad. No es la inseguridad en sí misma la preocupación, sino un sentimiento de inseguridad reinante, en donde la seguridad pura reemplaza seguridad social, creándose una superposición entre los conceptos de conducta delictiva e inseguridad personal (ANIYAR 2010: 157 y GARLAND 2007: 238).

La clase media era la más beneficiada por las políticas de bienestar y con su desmonte<sup>8</sup>, pasará, a su vez, a tener un papel de gran incidencia en el giro de interpretación y del crimen y la ruptura de las solidaridades, en la medida en que sus intereses políticos ya no tendrían la misma relación con el Estado. En un contexto de bienestar, para las clases medias educadas era sensato mostrar una actitud racional y civilizada frente al delito, como signo de una distinción cultural, frente a otras visiones reaccionarias. No obstante, esto resulta razonable si se tiene en cuenta que las clases medias estaban relativamente distantes del crimen y la inseguridad, fenómenos que eran padecidos por las clases bajas principalmente. Esa transformación de la experiencia de las clases medias frente al delito, permite la comprensión de múltiples aspectos culturales, que estarán a su vez fuertemente relacionados con la nueva experiencia que proponen los medios masivos. Se construye una separación entre nosotros los inocentes siempre-sufriente de clase media y ellos los peligrosos e indeseables pobres (GARLAND 2001: 148-149 y 182, 2007: 232).

Sobre estos mismos argumentos, Garland señala que es la prosperidad económica la que permite impulsar conquistas de derechos civiles, la adopción de políticas progresistas y solidarias como el correccionalismo y la rehabilitación. Estas condiciones, permiten también una expansión de la democracia, igualitarismo y múltiples cambios culturales. Frente a estas circunstancias, la crisis del petróleo, la recesión económica, la restructuración del mercado laboral, los cambios en la familia y los nuevos estilos de vida,

---

esto, para hacer una aproximación más rigurosa, debería partirse del proceso de transformación que se ha dado en la región que tenga en cuenta más elementos fácticos y los procesos en lo local. No obstante, no quiere decir que este ejercicio no aporte aspectos estructurales relevantes y complementarios para la comprensión de un proceso de transformación que ha tenido un impacto regional.

<sup>8</sup> En Colombia, el proceso de transformación con la Constitución Política de 1991 fue de doble vía. A pesar de que el Estado se consagró como un Estado Social y Democrático de Derecho, se desarrolló, a su vez, un modelo económico que permitió el desmonte de las políticas de bienestar (independientemente de si se valoran como *sui*

trajeron consigo la pérdida de los lazos de solidaridad. También se presentó el relajamiento de los lazos grupales, de las obligaciones condicionales, y se pensó que los controles sólo podían ser dirigidos hacia el individuo, en la medida en que ya no procedían los imperativos morales del grupo. Así, se crean nuevas solidaridades, y la legitimación se produce a partir de la identidad del consumo y del miedo al delito (2001: 81-82 y 89).

A pesar de esas características culturales, históricas, sociales, que pueden identificarse como generalizadas en las últimas cuatro décadas, no obstante, se percibe la ausencia de una ruta clara de política criminal<sup>9</sup>. Nuevos contornos surgen, los controles formales e informales varían, se dejan de lado los controles propios de un sistema político y económico de bienestar, se abandonan dichas instituciones, y surgen nuevos mecanismos. La configuración de nuevos rasgos culturales muestra la emergencia de nuevos objetivos y prioridades, así como de una nueva estrategia de gobernanza, tal como se mencionó anteriormente. (GARLAND 2001: 5-6)

Las nuevas políticas que emergen en las últimas décadas del siglo XX y las primeras del XXI tienen como fuente una nueva experiencia del crimen, de la inseguridad, *una experiencia que se ha estructurado a sí misma por las características distintivas sociales, económicas y culturales de la modernidad tardía*, que le dan las condiciones de posibilidad en el presente de las políticas que se han venido desarrollando. Este nuevo pensamiento del crimen, en primer lugar, mezcla elementos emocionales y expresivos hacia el crimen, junto con instrumentos lógicos. En segundo lugar, estas medidas son populistas y politizadas, se privilegia la opinión pública sobre otras visiones de elites profesionales y expertos del sistema de justicia criminal. En tercer lugar, le da un lugar privilegiado a las víctimas, que a su vez son instrumentalizadas para la política en sí. Cualquier argumento a favor de los victimarios se entiende como una ofensa para las víctimas y sus familias y se fortalece esa metonimia del puede-ser-usted (GARLAND 2001: 139, 142-145 y 2007: 216).

La modernidad tardía tiene incidencias importantes multidimensionales. Por un lado, se incrementan las oportunidades para el crimen. En segundo lugar, se reducen los controles situacionales. En tercer lugar, se incrementa la población *en riesgo*. Cuarto, se presenta una reducción en la eficacia del control social y el auto-control como los cambios en la ecología social y en las normas culturales cambiantes, mencionadas anteriormente (Garland 2001: 90). No obstante, como se ha planteado en elementos puntuales a lo largo de este desarrollo y como se hará a continuación, debe cuestionarse cómo se introduce y desarrolla el modelo de la nueva cultura del control en América Latina.

### **¿Qué pasa con la nueva cultura del control en América Latina?**

El populismo punitivo, o nueva cultura del control, se ha adoptado como modelo analítico a realidades de América Latina. No obstante, en muchas ocasiones se han tomado las discusiones sin tener

---

*generis*) y la apertura económica. Se dio una consagración de garantías como la acción de tutela, pero, por ejemplo, se desmontaron un gran número de garantías en el plano laboral.

en cuenta la advertencia hecha por Garland relativa a que las distintas afirmaciones realizadas como resultado de su investigación se refieren a Estados Unidos y el Reino Unido. En cualquier caso, a pesar de dicha advertencia, se encuentran estudios e interpretaciones que buscan vincular las transformaciones de la penalidad en América Latina, con los cambios identificados por Garland en las distintas dimensiones históricas, de carácter económico, social y cultural, así como se pueden encontrar también debates acerca de la pertinencia de dichas afirmaciones para el ámbito regional.

Por ejemplo, Iturrealde señala dos perspectivas en relación con la pertinencia. Por una parte, identifica a los escépticos, quienes consideran que así como tal modelo ignora procesos relevantes de la realidad latinoamericana, resulta inadecuado y podría dar resultados defectuosos en su aplicación. Así como los trasplantes legales generan inconveniencias y sujeciones, también lo hacen los trasplantes teóricos (2007: 100-101).

Por otra parte, se identifica una postura constructiva y pragmática, considera posible estudiar los modelos con *espíritu crítico y selectivo* para poder determinar cuál es su relevancia en el proceso de indagación y transformación de la realidad. Y se considera Garland aporta elementos valiosos para el contexto latinoamericano. Esto se desprende, principalmente, del énfasis que se le da a lo histórico y contextual de estos procesos. Y la pertinencia, además, se considera aún mayor con la globalización, la expansión del capitalismo, y las transferencias penales y de políticas securitarias<sup>10</sup>, la cual después de un análisis puede ser aplicable (Iturrealde 2007: 101-103).

En este sentido, resulta relevante caracterizar cómo estos procesos de transformación se han interpretado en distintos contextos nacionales y ámbitos regionales, (coincidiendo en que se presenta un clima de mayor represión y de mayores demandas a castigos severos), pero entendiendo las restricciones de estos análisis, sus especiales particularidades y salvedades correspondientes. Estas particularidades, además, se han acentuado en los últimos años con los cambios que se han dado con las crisis políticas y económicas de la Unión Europea y de Estados Unidos.

Por ejemplo, señala Miranda que el populismo punitivo es un fenómeno propio del "primer mundo", pero, no obstante, en los últimos años se ha podido percibir cómo "en países en vía de desarrollo" los cambios en la penalidad que recogen las características atribuidas a estas transformaciones en Estados Unidos y Europa. De esta manera, propone como ejemplo un caso en Perú, en donde una política apoyada por el ejecutivo tenía como objetivo implantar la cadena perpetua a violadores y asesinos de niños (2007: 44), medida que ha sido tomada en distintos estudios como símbolo de punitivismo, en donde se reivindica el lugar de la víctima, se exigen castigos más severos, se busca la incapacitación del delincuente y el tono de las penas es, antes que nada, vindicativo. Además, es claro cómo éstas medidas están vinculadas a estrategias políticas de campaña y a satisfacer demandas de seguridad y satisfacción de derecho.

<sup>9</sup> Hay que tener claro que las afirmaciones de Garland tienen como objetivo el análisis de esta situación en Estados Unidos y el Reino Unido.

<sup>10</sup> Sobre este punto, habría que estudiar con especial atención el Consenso de Washington.

Zaffaroni en prólogo a Aniyar (2010 VII-XII) valora este fenómeno como un autoritarismo *new style*. Los políticos dejan de censurar a la prensa y la prensa pasa a censurar a los políticos. Evidentemente, este desarrollo presenta particularidades políticas y sobre todo en los procesos de aplicación de modelos importados en las condiciones económicas regionales. Se presenta una globalización de la propaganda, la explotación política, económica y social del riesgo, una neutralización política, procesos de victimización y policización, y un gran desprestigio político de múltiples sectores incapaces de generar cambios estructurales en dichas condiciones. El resultado más visible de todo lo anterior, es la expansión de los sistemas penales en América Latina, en gran parte, con gran apoyo a la importación de modelos de juzgamientos (como el Sistema Penal Acusatorio y el Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes, como lo ha hecho la Agencia Internacional de Desarrollo de Estados Unidos-USAID).

Esta expansión irresponsable, descontextualizada, de políticas criminales autoritarias en América Latina también trae consigo la expansión de conflictos sociales y modelos político-criminales, sin tener en cuenta especificidades y realidades sociales, lo cual tiene efectos perversos en las prácticas de represión, externalidades peores en un marco cultural y social ajeno. Esta globalización de la que se hablaba antes, no es la apertura del mundo y el libre mercado para todos, sino más bien como una estructura piramidal ideologizada, con mayor inequidad social, pobreza y desigualdad, en un lógica de exclusión. (ANIYAR 2010: 66-67 y 167)

Otro elemento relevante es cómo los medios hacen la publicidad del crimen, la guerra contra el delito se presenta como despolitizada. No se pregunta sobre cuál debe ser la respuesta a determinados problemas sociales, si no de cuánto tiempo de prisión. Los resultados de los estudios de medios y reacción social, que presenta Larrauri, muestran que la vinculación de ánimos punitivos con experiencias, no es tan claro, como la relación con el nivel de escolaridad, familiar, diversidad cultural, creencia en la ruptura del consenso moral y social y de crisis social. En este sentido, se entiende que la posición punitiva que se adopte tiene que ver más con valores que con experiencias. También es importante destacar que las condiciones sociales construyen un ánimo punitivo en función de las carencias. En este sentido reconoce que antes de cualquier cosa, es necesario reducir fuentes de ansiedades sociales y económicas. (2006: 21) El miedo al futuro y a perder bienes es más fuerte dicho temor entre más desposeídos sean las personas (ANIYAR 2010: 111)

En el caso de Colombia, este fenómeno de la nueva cultura del control se ha manifestado y estudiado en relación con el Partido Verde y las políticas de la senadora Gilma Jiménez, cuya bandera se ha orientado al castigo severo de violadores y victimarios de niños, niñas y adolescentes, mediante una reforma a la Constitución que permita imponer penas de cadena perpetua (FRANCO C y ROMERO S 2010). El proyecto ha fracasado en múltiples ocasiones y ha tenido oposiciones importantes, ha habido una movilización en distintas opiniones en prensa y por expertos (la Comisión de Política Criminal) señalándose que tal proceso es un claro ejemplo del punitivismo y autoritarismo electorero<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> A modo de ilustración pueden consultarse los artículos de Mauricio García (2011), "Populismo jurídico". *La Silla Vacía*. <http://www.lasillavacia.com/elblogueo/dejusticia/24518/populismo-juridico> (consultado el 14 de diciembre)

### Situación de los adolescentes en Colombia

Según el DANE<sup>12</sup>, 46'395.715 personas conforman la población actual de Colombia. De esta cifra, según el censo del 2005 del DANE y sus proyecciones de 2007, 2008 y 2009, la población entre 14 y 17 años representa casi un 8% de la totalidad de la población (DANE: 2005 y CONPES 3629 de 2009). Según las proyecciones de población de 2011, se calcula que para el año 2012 4.359.830 personas conformarían la franja etaria entre los 10 y los 14 años, 2.225.316 hombres y 2.134.514 mujeres, y 4.401.418 la franja etaria entre los 15 y los 19 años, 2.253.817 hombres y 2.147.601 mujeres (Fuente: DANE, 2011).

De esos 46 millones, se afirma que en el país existen 20 millones de pobres (al 2010 un 44,3% de la población) y casi 7 millones de personas en situación de indigencia (a la misma fecha un 14,8%) (CEPAL: 2011). De estas cifras, se calcula que los jóvenes representan el 46,8% en pobreza y el 15,3% en indigencia, la proporción más alta de América Latina según lo señaló el CEPAL en 2008<sup>13</sup>. Otras cifras señalan que el 59,8% de la población colombiana vive por debajo de la línea de pobreza, y que el 9% habita en condiciones de miseria, cuyos mayores afectados son la población infantil, según el DANE<sup>14</sup>. Según el censo de 2005, el 27,7% de la población del país presentó Necesidades Básicas Insatisfechas, lo que según esas cifras disminuyó en 8,1 puntos frente al censo de 1993 (35,8%), y un 10,6% de las personas viven en hogares con dos o más Necesidades Básicas Insatisfechas, lo cual presentó también una mejora frente al censo de 1993 (14,9%) en 4,3 puntos. El coeficiente de Gini, por su parte, para el 2010, se calculó en 0,578, correspondiente a 0,555 en la zona urbana y a 0,494 en la zona rural (CEPAL: 2011).

### Satisfacción de derechos de adolescentes

#### 1. Escolaridad

Según las cifras presentadas en el IX Festival Nacional de la Juventud de 2010, en Colombia existen 1.6 millones de niños, niñas y jóvenes por fuera del sistema educativo. De un 30% de los bachilleres que se matriculan en estudios de educación superior, sólo el 15% llega a graduarse. Según el DANE en su estudio sobre trabajo infantil de este año, en el trimestre octubre-diciembre de 2009, la tasa de no asistencia escolar fue 11,7%. En el resto del año, la tasa de no asistencia escolar fue 16,6%, 6,8 puntos porcentuales por encima de la cabecera. De los niños, niñas y adolescentes que no asistían a educación formal, en el periodo analizado, se observó que en su mayoría eran hombres (12,4%). Por grupos de edad, los adolescentes entre 15 y 17 años presentaron la mayor tasa de inasistencia escolar

de 2011); "¿La defensora de los niños?". *La Silla Vacía*. <http://www.lasillavacia.com/elblogueo/dejusticia/24849/la-defensora-de-los-ninos> (consultado el 14 de diciembre de 2011); Ramiro Bejarano Guzmán (2011), "La parábola de Gilma". *El Espectador*. <http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-294830-parabola-de-gilma> (consultado el 14 de diciembre de 2011), entre otros.

<sup>12</sup> Al 24 de febrero de 2012, 10:45am. Dato suministrado por su página web. [http://www.dane.gov.co/reloj/reloj\\_animado.php](http://www.dane.gov.co/reloj/reloj_animado.php)

<sup>13</sup> Cifras presentadas en el IX Festival Nacional de la Juventud, 2010.

<sup>14</sup> <http://www.manosporcolombia.org/cifras.html> (Consultado el 18 de octubre de 2011).

(25,9%); la menor incidencia de la no asistencia escolar se dio en el grupo de población entre 10 y 11 años (3,2%).

Según las cifras presentadas por el gobierno, un 18% de la población en edad escolar no recibe educación, lo que significa que en Colombia hay cerca de 2.300.000 niños y niñas por fuera del sistema educativo. Alianza por la niñez presenta otras cifras que señalan que 2.542.863 niños y niñas en edad escolar se encuentran por fuera del sistema educativo y que sólo uno de cada dos niños de estratos bajos tiene acceso al nivel preescolar; mientras que cuatro de cada cinco de estratos altos lo tiene, estas cifras deben haber presentado una variación con la implementación de la gratuidad en la educación primaria y secundaria a lo largo del país. Respecto de la deserción, en Bogotá, para el 2004, 63.578 niños y jóvenes abandonaron el estudio, otros 85.282 terminaron el año, pero no volvieron en el 2005, tal como informa la Secretaría de Educación de Distrital. Se estima que a lo largo del país 18 de cada 100 niños que cursan 1º de primaria abandonan sus estudios. En las zonas rurales 30 de cada 100 niños. El 8% de los colombianos (3.5 millones) es analfabeta, según informe realizado por Fundación Corona, el Preal y Corpoeducación.<sup>15</sup> Según el CENSO de 2005, un 3,6% de personas vive en hogares donde niños entre 7 y 11 años no asisten a un centro de educación formal, lo cual se considera que frente al censo de 1993, ha disminuido en 4,4 puntos. No obstante, se ven las restricciones de tal medición dadas las condiciones de edad y su cálculo en función de los hogares.

Para el año 2003, la cobertura neta en primaria era de 83,6% y en secundaria y media de 62,7%. El acceso al sistema educativo se considera inequitativo, tanto por estratos socio-económicos como por entidades territoriales. Respecto del ingreso, se señala que los más pobres tienen menos posibilidades de asistir en cualquiera de los niveles educativos. Del grupo entre los 12 a los 17 años, cuyos hogares pertenecen al 10% más pobre de la población, sólo asisten 60 de cada cien a una institución escolar, frente al 84% de los hogares que pertenecen al 10% más rico. Respecto de las entidades territoriales se ve una variación notable. En secundaria oscilan entre 75% de Bogotá y el 41% en el Cauca. Por su parte, las zonas rurales presentan un atraso de más de 20 años frente al promedio del país. Se estima que con continuarse con dicho ritmo histórico, se necesitarían de treinta años para que la Colombia rural tenga el nivel educativo nacional de 1999.<sup>16</sup>

## 2. Trabajo infantil

Asimismo, el DANE (2011) habla sobre las cifras de trabajo infantil. De la tasa de 9,2% general de trabajo infantil, se obtuvo un 21,8% para adolescentes entre 15 a 17 años 10,6% para el grupo poblacional entre 12 y 14 años. Entre 10 y 11 años, la tasa fue de 5,5%, mientras que para niñas y niños entre 5 y 9 años fue 2,0%, que a pesar de ser la menos representativa, llama mucho la atención. También, según el DANE en el Censo de 2005, el desempleo de la población entre 14 y 26 años es del 23%, siendo para las mujeres del 31%. El 94% de las y los jóvenes trabajadores en este segmento poblacional, lo hacen

<sup>15</sup> <http://www.manosporcolombia.org/cifras.html> (Consultado el 18 de octubre de 2011).

<sup>16</sup> Sarmiento Anzola (2003)

en la informalidad. Lo más llamativo al respecto de los anteriores datos es que se incluye a adolescentes entre 14 y 18 como población económicamente activa, reconociendo una problemática social clara.

### 3. Caracterización de los adolescentes en el Sistema de Responsabilidad Penal

Según el documento CONPES sobre el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, desde la implementación en marzo de 2007 hasta junio de 2009, la información reportada por la Policía Nacional es de 20.104 aprehensiones de adolescentes entre 14 y 17 años. Dichas aprehensiones estuvieron motivadas por 155 tipos de delitos diferentes, y principalmente i) tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, ii) hurto, iii) fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, iv) lesiones personales, v) daño en bien ajeno, vii) violencia intrafamiliar y viii) defraudación a los derechos patrimoniales de autor. Para septiembre de 2011, el ICBF informa a la Comisión de Seguimiento del SRPA la tendencia se mantiene variando los lugares y desapareciendo dentro de los delitos de mayor ocurrencia la defraudación de derechos patrimoniales de autor.

<b>Delitos</b> (entre marzo de 2007 y agosto de 2011)	
Hurto	<b>22.106</b>
Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes	<b>20.323</b>
Lesiones personales	<b>6.822</b>
Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones	<b>5.739</b>
Violencia Intrafamiliar	<b>2.468</b>
Daño en bien ajeno	<b>1.770</b>
Homicidio	<b>1.666</b>
Falsedad en documentos	<b>462</b>
Extorsión	<b>439</b>
Concierto para delinquir	<b>44</b>
<b>Total</b>	<b>61.839</b>

**Tabla No. 1. Delitos principales reportados por ICBF.**

**Fuente:** ICBF, 2011.

Se señala así que los 5 delitos de mayor ocurrencia corresponden al 82% del total acumulado, reportando el hurto un 29% de la totalidad de delitos, el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes un 27% y el homicidio un 2,2%. Según la Fiscalía, en datos también aportados a la Comisión de Evaluación del SRPA, además del homicidio, los delitos que a través de la reforma introducida por la ley 1453 de 2011 que se consideran de mayor gravedad representan un 0,6% en el caso de la extorsión y un 0,1% en el caso del secuestro. Por su parte, la ley de seguridad ciudadana (ley 1453 de 2011) contempla sanciones

privativas de libertad de los adolescentes para delitos con pena de más de 6 años, seña la Fiscalía que un 27% se refiere a tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, un 8% a fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, un 2,7% a delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, un 0,01% al empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos, un 0,02% al tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos, un 0,01% correspondiente a delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente.

Los delitos también tienen una importancia regional en su ocurrencia. Por ejemplo, el ICBF reportó en los primeros 5 meses de funcionamiento del SRPA en Antioquia la atención de 205 casos, de los cuales un 89% correspondían a hombres y el 11% restante a mujeres. 97 casos (un 53%) relacionados a delitos de tráfico, fabricación y porte de estupefaciente, 23 casos de lesiones personales (13%) y 13 casos de hurto (7%). En el distrito judicial de Cundinamarca (que incluye el departamento del Amazonas) en el mismo periodo se reportan 584 casos, de los cuales un 80% eran hombres y 20% mujeres, y los delitos de mayor significación estuvieron en un 50% relacionados con hurto y hurto calificado, en un 21% relacionados con lesiones personales y un 8% con tráfico, fabricación y porte de estupefacientes<sup>17</sup>. De la implementación de esta quinta fase del sistema, los delitos representativos coinciden a lo largo de los distintos distritos judiciales, destacándose la ocurrencia en un 29% de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones en el distrito judicial de Barranquilla, una relevancia en el de Cartagena, y una importancia secundaria de este delito y el delito de asonada en el distrito judicial de Valledupar, último el cual es el delito de mayor relevancia en el distrito judicial de Sincelejo y de Riohacha. En Riohacha es relevante el contrabando de hidrocarburos y el daño en bien ajeno. En Montería se presenta también con una relevancia secundaria el delito de falsedad en documento público.

También, el ICBF informa a la Comisión de Seguimiento del SRPA que se han atendido 75.811 adolescentes<sup>18</sup>. La diferencia por género se distribuye en 88% hombres (60.692) y 12% mujeres (8.347)<sup>19</sup>. A pesar de que el enfoque de género se hace expreso en los principios rectores de esta normatividad y que el porcentaje de mujeres adolescentes privadas de la libertad es reducido en comparación al de los hombres adolescentes, las discusiones en términos de las particularidades del tratamiento de niñas no se hace mención particular en los debates. Lo mismo ocurre en relación con las particularidades de la reacción frente a conductas cometidas por adolescentes pertenecientes a comunidades indígenas.

<sup>17</sup> Boletín Anual SRPA 2009, Fase V.

<sup>18</sup> Corresponde estas cifras a un 2% de la población en ese rango de edad, aproximadamente. Esto querría decir que 2150 de cada 100.000 adolescentes colombianos entre los 14 y 17 años han ingresado al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. A pesar de que, para la Comisión de Evaluación del Sistema, la Fiscalía reporta 8.414 adolescentes reincidentes, no es suficientemente esclarecedor para entender la dimensión de estas cifras presentadas.

<b>Sanción impuesta</b>	<b>Número de sancionados</b>
<b>Amonestación</b>	2.310
<b>Reglas de Conducta</b>	4.967
<b>Prestación de Servicios Comunidad</b>	842
<b>Libertad Vigilada</b>	5.724
<b>Centro Semicerrado</b>	3.183
<b>Centro de Atención Especializada</b>	4.986
<b>Total</b>	<b>22.012</b>

**Tabla No. 1. Sanciones aplicadas en el SRPA**

**Fuente:** ICBF, 2011.

Por su parte, la *Policía Nacional*, en su *Plan Unidos por la Vida*, afirma que existe una relación directa entre el bajo nivel socioeconómico del entorno familiar del adolescente y sus conductas punibles. Adicionalmente, señala que la mayoría de los adolescentes que ingresan al Sistema no cuentan con su ciclo educativo completo; lo cual es corroborado por algunos de los reportes de los operadores de la sanción de privación de la libertad, en centros de atención especializada del ICBF (...). Por su parte, el ICBF reporta un alto consumo de sustancias psicoactivas entre los adolescentes vinculados al Sistema. La *Policía Nacional* señala que el 78% de los adolescentes admiten haber consumido alguna sustancia psicoactiva, o mezcla de las mismas, sin existir en esta afirmación una discriminación entre el consumo ocasional o habitual (CONPES 3629 de 2009)<sup>20</sup>.

Vista la anterior caracterización y estas referencias, es necesario cuestionarse acerca de la construcción social de delincuente en Colombia, y cuáles son los argumentos acerca de la necesidad de intervención en la conflictividad social a través del sistema penal. El adolescente es reclutado al mercado laboral de la ilegalidad, vinculado a actividades económicas, como parte de organizaciones criminales, en el sicariato, en el tráfico de estupefacientes, o en otras actividades delictivas que traen lucro. Asimismo, a través de la agenda de política criminal se asocia frecuentemente la delincuencia con la juventud, como sucede con la regulación para enfrentar a las barras bravas, en la ley de seguridad ciudadana, en lo relacionado con consumo y porte de estupefacientes, entre otros fenómenos. Adicionalmente, los jóvenes son víctimas de una importante violación de derechos fundamentales en materia de desplazamiento, desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales o "falsos positivos", muertes por causas violentas. La esperanza de vida para los jóvenes (hombres) en determinados sectores marginales y segregados es menor a los 20 años. No es muy diferente la situación de satisfacción de derechos fundamentales, tanto civiles,

<sup>19</sup> Como puede verse, las cifras no concuerdan, no obstante han sido las presentadas por la misma entidad.

<sup>20</sup> Este dato preocupa altamente, en la medida en que una de las políticas abanderadas en la última década ha sido la penalización del consumo. Por esta razón, preocupa que esta criminalización sea inadecuada para enfrentar una problemática social, y al contrario termine estigmatizando el consumo de jóvenes, sin diferenciarse de otras conductas como la fabricación o el porte de estupefacientes. Al respecto, se discutió en el IX Festival Nacional de Juventud de 2010.

políticos, como económicos sociales y culturales. Cada vez hay más cargo de responsabilización en la satisfacción de derechos, recortes y regresiones en derechos sociales, así como violaciones a derechos laborales, de sindicalización y de participación pública.<sup>21</sup>

### **Adolescentes y populismo punitivo**

Asimismo, se han hecho ejercicios de interpretación de la transformación de los sistemas de control para adolescentes<sup>22</sup>. En ese contexto social de los 80 en donde se comienzan a ubicar los distintos procesos, se dan a su vez cambios en la delincuencia juvenil. Se perciben y desarrollan nuevas *tipologías* en las conductas de las personas menores de edad y las cifras presentan cambios cuantitativos considerables. Esto tiene incidencia, en la medida en que *aflore un sentimiento de inseguridad y de intolerancia que implica la exigencia de una reacción definitiva y correctora de la delincuencia*, en este caso concreto, relacionada con los adolescentes. Este *miedo al delito* emergente, *especialmente el miedo a la delincuencia juvenil, fue alimentado a través de los medios de comunicación creando una imagen del delincuente juvenil como un ser extremadamente violento*, (FERNÁNDEZ 2008: 72) En esta imagen colabora la opinión pública, en donde, por ejemplo, se presenta la existencia de jóvenes acusados por crímenes brutales que próximamente quedarían en libertad como producto de benevolencia injustificada de la ley (FERNÁNDEZ 2008: 248). Esto, como se verá más adelante, está presente en la representación de la delincuencia de adolescentes y de su valoración como ejemplo de la impunidad<sup>23</sup>.

En un contexto de fracaso de las políticas sociales y de crisis de la rehabilitación, tal como lo enseña Garland, se comienza a mostrar cómo los sistemas de justicia de menores propios de un modelo de bienestar pierden apoyo y sentido político, al tomar cada vez un rumbo más conservador. Esa vuelta a la retribución como consecuencia de una crisis de la rehabilitación, se complementa, a su vez, un gran énfasis en el castigo y la nueva concepción en torno del niño, niña o adolescente como sujeto de derechos que trae la Convención de los Derechos del Niño, y que moldea un nuevo sistema de justicia de adolescentes (FERNÁNDEZ 2008: 73).

La reorientación, entonces, en relación con la criminalidad juvenil se relaciona con dos elementos. Por una parte, la creación de una percepción social de la delincuencia juvenil sobredimensionada y, por otra, el contexto socio-político que hacen inoperante el viejo sistema. Mediante dicha amplificación mediática de la criminalidad juvenil, surge un pánico moral al tener una imagen de la juventud como cada vez más peligrosa. Estas nuevas percepciones, por lo tanto, serán indispensables para la reorientación de la política criminal, en donde se percibirá a la juventud como un riesgo social que debe ser gestionado.

<sup>21</sup> Ver declaraciones del IX Festival Nacional de Juventud de 2010.

<sup>22</sup> Es clara esta interpretación en el caso de Miranda. Plantea el autor que *este rigor punitivo se ha dejado sentir también en el ámbito de la legislación penal de menores que se ha visto contaminado por este clima punitivista. Las últimas reformas han abandonado la idea del tratamiento educativo como principio inspirador de esta legislación, que ha sido sustituida por la implementación de políticas exclusivamente sancionadoras y represivas basadas en un modelo de claros perfiles retribucionistas. Ejemplos palmarios de esta nueva política son la ampliación de los supuestos en que puede aplicarse la medida de internamiento en régimen cerrado, la prolongación del tiempo de internamiento de los menores y lo que resulta más grave, la posibilidad de que el cumplimiento de la medida de internamiento en régimen cerrado, una vez alcanzada la mayoría de edad se realice en centros penitenciarios sometido al régimen general.* (2007: 66)

(FERNÁNDEZ 2008: 332-333, 340) *Las instituciones de custodia para niños y jóvenes hacen énfasis en la seguridad más que en la educación o la rehabilitación, y cada vez se confunden más con la prisión de adultos* (GARLAND 2001: 175).

Como se puede ver de lo anterior, este proceso de transformación es complejo, y no puede entenderse como una explicación universal, objetiva y totalizante de un fenómeno que se presenta en las condiciones de posibilidad de la modernidad tardía. Estos indicadores de cambio no necesariamente coexisten estáticamente en el mismo plano. Pero no obstante, estos indicadores identificados por Garland tienen como aglutinador el sentimiento constante de crisis que acompaña dichos procesos de transformación. (GARLAND 2001: 6-20, 77 y LARRAURI 2006: 15-16) Ese sentimiento de crisis se puede vincular con un argumento central para Garland, el cual vincula esos procesos de transformación a reestructuraciones políticas, económicas y de clase, en un marco cultural indispensable para el desarrollo de estos procesos (que crean las condiciones de posibilidad). Estas condiciones de posibilidad, al parecer, se encuentran estrechamente ligadas a esa cosmovisión neoliberal económica que impregna distintas esferas de la vida social, pero también neoconservadora política que configura los valores predominantes.

Dentro de las formas de control social de adolescentes, se ha identificado el actual Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes como forma principal de éste, el cual se encuentra en cabeza del Estado. Con la introducción de este sistema desde 2006 en Colombia, se propone la transformación de la concepción del ejercicio control y el castigo sobre los adolescentes, caracterizada por el abandono del paradigma tutelar, el cual entendía al adolescente como objeto de protección y operaba a través de instancias administrativas o judiciales que ostentaban una plena discrecionalidad, para acoger el paradigma de protección integral, el cual se orienta hacia la garantía, la protección y el restablecimiento de derechos del adolescente en cabeza de un juez penal, con las garantías definidas en tales procesos, en concordancia con el derecho internacional de los derechos humanos y el bloque de constitucionalidad.

Además de limitar la discrecionalidad de los operadores del sistema, uno de los cambios más importantes que trae consigo la consagración del paradigma de responsabilidad, de la protección integral y de la titularidad de derechos, consiste en la revisión de la categoría de imputabilidad penal para menores de 18. Esto resulta como consecuencia de la comprensión de los adolescentes en sujetos de derecho, es decir capaces de ejercerlos, lo cual justifica su introducción al sistema penal, al considerárseles exigible actuar conforme a derecho. Esto remite a su vez a una discusión muy profunda acerca de la capacidad de discernimiento acerca de la ilicitud de determinadas conductas y de dirigir la voluntad en consecuencia.

Este proceso de transformación, que comenzó formalmente con la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño, tuvo la intervención de diversos actores internacionales quienes, en su afán de abandonar a toda costa el paradigma tutelar, participaron ejerciendo una gran presión para que se adoptaran formas penales de control para los adolescentes, las cuales han sido reproducidas en distintos ordenamientos jurídicos nacionales, con discusiones puntuales y marginales sobre las realidades que sean determinantes para la preferencia de tales medidas de política criminal, las cuales han sido adoptadas casi a

---

<sup>23</sup> Este será un tópico en el especial de Séptimo Día (2011), *Menores no pagan*, de Caracol Televisión.

*priori*<sup>24</sup>. En cualquier caso, este discurso se sustenta sobre fundamentos jurídicos e institucionales que permiten, y obligan, a la adopción de determinadas formas de política criminal en concordancia con instrumentos internacionales previamente adoptados, que para este caso se encuentran establecidos en la Convención, junto con resoluciones y directrices que se entienden parte<sup>25</sup>.

No obstante, estas transformaciones no han sido acogidas positivamente por la opinión pública y, en general por discursos no oficiales, que a través de los medios de comunicación, como supuesto articulador de distintas opiniones, expone constantes rechazos a algunos de estos argumentos, al considerar que las legislaciones son muy permisivas y que son necesarios castigos más severos en un contexto de crisis institucional y de ruptura con políticas de bienestar. Así, los distintos intentos de contrarreforma, con sus respectivas justificaciones en altas tasas de criminalidad o en realidades sociales de violencia, acogen "democráticamente" la opinión acerca de las instituciones penales, convirtiendo en herramienta electoral los debates en torno a la seguridad y lo penal, dando preferencia a sanciones más punitivas, y con otras múltiples características que se pueden englobar en el fenómeno denominado populismo punitivo o, también, nueva cultura del control.

### Conclusiones

Frente a lo planteado, antes de señalar algunas conclusiones, debe rescatarse lo planteado por Elena Larrauri sobre la necesidad de *convencer al legislador de que no está determinado por el populismo punitivo*, que no deberá confundir opinión pública con opinión publicada y que su intervención constituye también opinión pública, la cual puede interferir en modificar el grado de punitivismo de una sociedad. También los operadores jurídicos deben tener en cuenta que la privación de la libertad no debe ser el eje de actuación del sistema, el cual

En este mismo sentido, Lola Aniyar plantea que *la gente de la calle debe saber (...) que los problemas sociales y los conflictos interpersonales no se resuelven con leyes. (...) Y se nos ha socializado para creer que las instituciones penales sirven para evitarlos o controlarlos, o castigar a los responsables*. Lo que no es evidente es que existe una desigualdad en la distribución del castigo y su relación con el daño. Esto permite la creación de estereotipos que, a su vez, generan distancias sociales y rompen lazos de solidaridad, los cuales terminan estando vinculados a elementos de raza y pobreza. En el sentido común, se asocia la inseguridad con la delincuencia de las clases bajas. Esa intensificación del malo y el peligroso, se erigen como justificación para aumentar la represividad y el control (2010: 91, 95-96, 100, 112-113, 150). Así, las medidas penales

---

<sup>24</sup> En el caso de Colombia, podría señalarse que una importante excepción se con relación a la situación penal de adolescentes desvinculados del conflicto armado. A pesar de que es un punto importante, de la agenda internacional de derechos humanos, se desarrolló una discusión al respecto que consta en la exposición de motivos del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), así como en otras actas y debates del trámite legislativo. Esto se tradujo en la inclusión del principio de oportunidad reglado bajo unos supuestos concretos en el caso de adolescentes desvinculados del conflicto armado. Al respecto véase la Gaceta del Congreso 551 del 23 de agosto de 2005. Cámara de Representantes., el punto 8 de dicha exposición de motivos en donde se justifica la inclusión de disposiciones especiales para el tratamiento penal de estos casos. Esto también puede verse en el módulo de formación de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla que se dedica a tratar el principio de oportunidad, con especial énfasis en la situación de conflicto armado. (Acuña, 2010: 50-61)

son un éxito, a pesar de su fracaso, *porque tienen pocos opositores políticos, costos comparativamente bajos y concuerdan con las ideas del sentido común acerca de las causas del desorden social y la adecuada atribución de las culpas.* (MIRANDA 2007: 52)

No obstante, a pesar la dificultad que suponen estos procesos y que el trabajo de crítica e identificación es relevante, Lola Aniyar de Castro plantea duros cuestionamientos a la "criminología académica", puesto que considera algo irresponsable el no asumir frente a la población la debacle emocional producto de la imposibilidad de las clases subalternas de proporcionarse y satisfacer seguridades de bienes y derechos. Aunque reconoce que se presenta una combinación difícil entre intereses y necesidades reales, no es suficiente explicar cómo estas políticas son populistas, en la medida en que el miedo permanece a pesar de la comprensión del fenómeno en la población. Para la autora el miedo *es un fenómeno que debe ser enfrentado desde las esferas oficiales, no con discursos retóricos o sustantivos, sino con acciones que convengan con que la seguridad de los ciudadanos está intentando seriamente ser resguardada por alguno de los medios democráticos posibles.* Así, quedaría claro que las conclusiones de estos análisis no son malas *per se*, así como la prevención situacional o la posibilidad de la víctima de participar en el proceso penal, entre otras cosas, que defiende la mencionada autora (ANIYAR 2010: 152-153, 156).

De todo lo visto anteriormente deben, entonces, formularse unas conclusiones generales. En primer lugar, existe un acuerdo acerca de la transformación de las instituciones penales. Son dimensiones importantes en estos procesos de cambio, (1) la cultura y la percepción de las instituciones, el delito y su tolerancia al mismo; (2) los procesos de producción y sus consecuencias en el mercado del trabajo; (3) la reconcepción de los procesos políticos, las instituciones y la noción de soberanía del Estado que incide los procesos de formulación de política criminal; y por último, relacionado con todos los elementos anteriores, (4) el surgimiento de nuevos criterios teóricos e ideológicos de la política criminal, en donde se reevalúa las concepciones de delito, responsabilidad, imputabilidad, tratamiento y funciones del derecho penal, cuyas incidencias son fundamentales para el control social de adolescentes.

Este proceso de transformación que se da en los mecanismos de control social de adolescentes, y en particular en el control penal, no se produce de manera aislada, sino que responde a todos esos giros culturales, sociales, políticos y económicos, haciendo evidente que los valores, la cultura y el sistema productivo participan bidireccional y activamente en el proceso de configuración de estas formas de control social y en la configuración de la política criminal. Debe resaltarse especialmente cómo las fuerzas productivas y el sistema productivo se muestran como argumento central en la discusión, ya que estas transformaciones se han articulado con una nueva configuración del mundo del trabajo y de las oportunidades para jóvenes quienes se ven obligados a ingresar al trabajo precarizado y no logran encontrarlo, en donde el sistema educativo no tiene la capacidad de aportar elementos para la creación de oportunidades y para adaptar el control a las formas flexibles del nuevo sistema de producción.

Tal como señala Wacquant, el sistema penal persigue a los excluidos del mercado, particularmente del mercado laboral, lo cual se extiende al sistema educativo, del cual debería hacer parte todos quienes

---

<sup>25</sup> Como las Reglas de Beijing, las Directrices de RIAD, las reglas de la Habana y las Reglas de Tokio.

ingresan al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Si concibe esa idea de complementariedad entre sistemas de control, queda claro que la persecución se fortalecerá frente a los excluidos del sistema educativo, del mercado laboral y de las redes familiares y vecinales de protección. Si se estudia con más detenimiento se verá cómo las personas menores de edad, y en particular los jóvenes serán uno de los grupos poblacionales más afectados con el desmonte de las políticas de bienestar y con la transformación de la educación. De ahí surge la generalizada y evidente necesidad de control social que perciben distintos sectores sociales, que ha apostado por las vías penales y los mecanismos de un castigo intermedio, encontrando un punto de consenso entre las formas desinstitucionalizadoras y minimalista y las más punitivistas, encontrando en el garantismo un punto de equilibrio entre la opinión y las exigencias constitucionales, de estándares y parámetros internacionales.

Precisamente en estas circunstancias es que se producirá la transición entre el paradigma tutelar y el paradigma de protección integral, que jugará un papel fundamental desde la década de los 90, al desplazar las políticas de bienestar reemplazándolas por políticas públicas, pero que introducirán lineamientos de política criminal para el desarrollo en la región de una normatividad de responsabilidad penal para adolescentes. Queda claro, entonces, que no sólo la Convención Internacional de los Derechos del Niño es resultado del "altruismo" de los actores que intervienen en dicho proceso, si no que determinadas medidas adoptadas por ésta resultan coherentes con procesos sociales, y, que a su vez, juega un papel complejo de transformación del papel del adolescente en la sociedad coherente con un momento histórico descrito, pero que será estandarte de protección de derechos frente a vientos punitivistas.

Con esta última afirmación no se está apostando por la defensa de las políticas convencionales. Al contrario, se quiere rescatar el papel complejo de la Convención al introducir garantías y defender a los adolescentes de políticas muy punitivas, pero ser a su vez la puerta de represión de los adolescentes. Por un parte, el SRPA hace parte de las formas de la nueva penalidad al introducir formalmente a los adolescentes a las formas del castigo penal, legitimando ciertas formas de exclusión, mucho más evidentes en el caso de los jóvenes, y permitiendo abrir la puerta a formas punitivas. Por la otra, frente a los vientos punitivos y las exigencias de castigos severos para adolescentes, las cuales están fundamentalmente concentradas en delitos *violentos*, cuya incidencia no es tan significativa como se muestra para otros delitos, la regulación internacional y la teleología del sistema se han constituido en la principal garantía de los adolescentes

## Bibliografía

- ANIYAR de Castro, L. (2010) *Criminología de los derechos humanos*. Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 2010.
- \_\_\_\_\_. (1987) *Criminología de la liberación*. Maracaibo, Ediluz, 1987.

- BARATA, F. (2008) "Alarmismos sociales y medios de comunicación". En: *Perspectivas y enfoques sobre percepción de seguridad ciudadana*. Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 2008, 13-25.
- Del OLMO, R. (1981) *América Latina y su criminología*. México, D.F., Siglo XXI editores, 1999.
- FERNÁNDEZ Molina, E. (2008) *Entre la educación y el castigo. Un análisis de la justicia de menores en España*. Valencia: Tirant lo blanch.
- FRANCO Caicedo, A. y ROMERO Sánchez, A. (2010) "Percepción de la criminalidad y populismo punitivo frente a delitos sexuales" En: *Revista Papeles del castigo*. Disponible en línea: <http://papelesdelcastigo.wordpress.com/2010/09/22/percepcion-de-la-criminalidad-y-populismo-punitivo-frente-a-delitos-sexuales/>
- GARLAND, D. (2007) *Crimen y castigo en la modernidad tardía*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- \_\_\_\_\_ (2001) *The Culture of Control*. New York, Chicago University Press, 2001.
- ITURRALDE, M. A. (2007). "La sociología del castigo de David Garland: El control del crimen en las sociedades modernas tardías". En: Garland (2007: 19-122)
- LARRAURI, E. (2006) "Populismo punitivo... y cómo resistirlo"; en: *Jueces para la democracia* N°22, Madrid, 15-22.
- MIRANDA, M. (2007) "El populismo penal. (Análisis crítico del modelo penal securitario)"; en: *Jueces para la democracia* N°28, Madrid, 43-72.
- WACQUANT, L. (2010). *Parias urbanos*. Buenos Aires: Manantial.

# **DERECHOS FUNDAMENTALES, OMISIÓN INCONSTITUCIONAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA DEL ESTADO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL BRASILEÑA.**

**Por Anderson Vichinkeski Teixeira**

## **RESUMEN**

El artículo pretende exhibir un breve panorama acerca de la posición del Supremo Tribunal Federal cuando el tema es responsabilidad objetiva del Estado por omisión inconstitucional, sobre todo omisión administrativa. Las ofensas a los derechos fundamentales de los ciudadanos por conductas omisas de la Administración Pública ha sido objeto de diversas interpretaciones en la historia de la jurisprudencia constitucional brasileña. Por eso empezamos con un análisis de algunos juzgados recientes y posteriormente concentramos nuestro estudio en el debate teórico existente sobre las principales teorías de la responsabilidad civil aplicables en casos como los aquí analizados.

## **PALABRAS CLAVE**

Derecho constitucional. Derechos fundamentales. Omisión inconstitucional

# FUNDAMENTAL RIGHTS, UNCONSTITUTIONAL OMISSION AND STATE'S OBJECTIVE LIABILITY IN THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL COURT

By Anderson Vichinkeski Teixeira

## SUMMARY

The article attempts to show a brief overview of the position of the Brazilian Supreme Court regarding cases of State's objective liability for unconstitutional omission, especially administrative omission. The affronts to fundamental rights of citizens by omissions from the public administration were object of several interpretations in the history of the Brazilian Constitutional Court. For this reason, we begin with an analysis of some recent cases and subsequently we focus our study on the theoretical debate about the main theories of civil liability applicable to cases like those analyzed here.

## KEYWORDS

Constitutional law. Fundamental rights. Unconstitutional omission.

# DERECHOS FUNDAMENTALES, OMISIÓN INCONSTITUCIONAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA DEL ESTADO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL BRASILEÑA.

Por Anderson Vichinkeski Teixeira\*

## I. Introducción

El presente artículo pretende hacer un estudio sobre el enfrentamiento del tema, por parte del Supremo Tribunal Federal, de la responsabilidad objetiva del Estado por omisiones inconstitucionales que resultaron en ofensas a derechos fundamentales. Analizaremos la reciente jurisprudencia constitucional y su evolución hacia la responsabilización objetiva estatal, sobre todo con base en la Teoría del Riesgo Administrativo.

En un primer momento sintetizaremos las posiciones adoptadas por el Supremo Tribunal Federal vinculadas al tema en objeto en los últimos veinte años. Consideraremos solamente los juzgados relacionados a omisiones (legislativas o administrativas) causadoras de lesiones en derechos fundamentales. Posteriormente pasaremos al examen de las posiciones teóricas adoptadas por la Corte brasileña máxima, con especial destaque para el debate entre la Teoría del Riesgo Administrativo, la Teoría del Riesgo Integral y la Teoría de la Causa Directa.

Por fin, después de analizar los juzgados y las principales teorías sobre responsabilidad objetiva defendidas por las partes en el Supremo Tribunal Federal, se demostrará la progresiva y constante tendencia de afirmación de la responsabilidad objetiva en casos de lesión a derechos fundamentales decurrentes de una omisión inconstitucional.

## II. Breve panorama acerca de la evolución jurisprudencial del Supremo Tribunal Federal

Para facilitar nuestro análisis, optamos por dividir el presente panorama de acuerdo con las temáticas específicas abordadas en los siguientes juzgados.

---

\* Doctor (2009) en Teoría y Historia del Derecho por la *Università degli Studi di Firenze* (IT), con periodo de investigación doctoral en la Facultad de Filosofía de la *Université Paris Descartes-Sorbonne*. Periodo de investigación posdoctoral en la *Università degli Studi di Firenze* (2010). Maestría (2005) en Derecho del Estado (PUC/RS). Profesor del Programa de Postgrado en Derecho de la *Universidade do Vale dos Sinos* (UNISINOS). Consultor jurídico y abogado. Otros escritos del autor están disponibles en [www.andersonteixeira.com](http://www.andersonteixeira.com)

## 2.1. Omisión administrativa de autoridades policiales que no cumplieron orden de reintegración de posesión

En el agravio regimental en agravio de instrumento, número 600.652, de 04/10/2011,<sup>1</sup> la Corte decidió no reexaminar, con base en la "súmula 279"<sup>2</sup> del Supremo Tribunal Federal, un caso donde el Estado fue condenado por omisión que resultó en daños a la propiedad privada de ciudadano cuyas tierras fueron invadidas indebidamente por miembros del "Movimento dos Sem-Terra". Por consecuencia, el Supremo confirmó la decisión del tribunal ordinario que condenó al Estado por incumplir orden de reintegración de posesión, una vez que por no enviar autoridades policiales resultó en pérdidas y daños efectivos.

## 2.2. Omisión administrativa y el derecho a matrícula en guardería

En el agravio regimental en recurso extraordinario con agravio, número 639.337, de 23/08/11, la Corte confirmó sentencia del Tribunal de São Paulo que condenó al Municipio de São Paulo por ofensa a derecho fundamental a la educación.<sup>3</sup> El caso trata del deber de matricular a los niños menores de 5 años en guarderías cerca de sus residencias o de los locales de trabajo de sus padres o responsables legales. La educación es derecho fundamental protegido por la Constitución brasileña (art. 208, IV) y el deber jurídico en casos como esos compete específicamente al Municipio (art. 211, § 2º).

En todas las instancias judiciales por donde pasó el presente caso el debate fue en gran parte concentrado entre el derecho a la educación y la reserva del posible.

El Ministro Celso de Mello afirmó que:

A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.

Además, el principio de prohibición del retroceso social impide, en tema de derechos fundamentales de carácter social, que sean subvertidas las conquistas ya alcanzadas por el ciudadano y por la organización social en que vive. La prohibición del retroceso en materia de derechos a prestaciones positivas por parte del Estado impide que las condiciones mínimas de concretización de tales prerrogativas, una vez alcanzadas, puedan ser ulteriormente reducidas o suprimidas por el Estado. El

<sup>1</sup> STF – Segunda Turma – AI 600.652 AgR/PR – Relator Ministro Joaquim Barbosa – Julgamento: 04/10/2011 – DJ: 24/10/2011.

<sup>2</sup> "Súmula 279: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário."

<sup>3</sup> STF – Segunda Turma – ARE 639.337 AgR/SP – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 23/08/2011 – DJ: 15/09/2011.

mínimo existencial establece un núcleo esencial de derechos que deben ser protegidos y garantizados por – y mismo contra – el Estado. El presente caso ilustra muy bien la responsabilidad estatal por omisiones administrativas que resultan en lesiones a derechos fundamentales.

La Corte Suprema confirmó también la legitimidad de la aplicación de astreintes en caso de no cumplimiento de la decisión judicial.

### **2.3. Falta de señalización en autopista federal y accidente que causó la muerte de tres personas**

En el juzgado número 693.628, un agravio regimental en agravio de instrumento, de 01/12/2009<sup>4</sup>, el Supremo Tribunal Federal decidió no reexaminar, nuevamente con base en su “súmula 279”<sup>5</sup>, un caso donde el Tribunal Regional Federal del Estado de São Paulo condenó el “Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER)” por omisión administrativa responsable por fallos en la señalización de autopista federal. Esos fallos resultaron en la muerte de dos hijos y del marido de la autora de la acción de indemnización originaria del presente caso.

La confirmación, por parte de la Corte, de la decisión del Tribunal *a quo* estuvo basada formalmente en la imposibilidad de un nuevo examen de pruebas por medio del recurso extraordinario, pero también se basó materialmente en los argumentos destacados por el Tribunal de São Paulo: en caso de responsabilidad objetiva por omisión de la Administración Pública es suficiente para caracterizar el deber de indemnizar la demostración de la inobservancia de los deberes legales a los cuales el Estado no puede omitirse. Según la Corte, solamente la imprevisibilidad y la irresistibilidad podrían quitar del Estado la responsabilidad en situaciones como la vista en el presente juzgado.

### **2.4. Fiscalización deficiente en casas nocturnas y el deber de indemnizar vecinos por parte del Estado**

En juzgado<sup>6</sup> de 24/08/2010 fue confirmada, por medio del rechazo del agravio regimental en agravio de instrumento, la responsabilidad civil objetiva del Municipio del Rio de Janeiro por fiscalización deficiente de un bar que funcionaba siempre hasta las 4 horas de la madrugada, perturbando el descanso de un vecino. En el momento de autorizar o no el funcionamiento del bar el Municipio debería preocuparse también con las condiciones de los moradores que serían afectados por las actividades nocturnas del establecimiento. La negligente fiscalización del Municipio resulta en su responsabilidad objetiva por daños patrimoniales y morales sufridos por dicha persona en contacto directo con el bar.

<sup>4</sup> STF – Segunda Turma – AI 693.628 /SP – Relator Ministra Ellen Gracie – Julgamento: 01/12/2009 – DJ: 18/12/2009.

<sup>5</sup> “Súmula 279: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.”

<sup>6</sup> STF – Segunda Turma – AI 742.555 AgR/RJ – Relator Ministra Ellen Gracie – Julgamento: 24/08/2010 – DJ: 10/09/2010.

## 2.5. Fuga de presos

En otro juzgado, un agravio regimental en agravio de instrumento, número 740.695, de 01/12/2009<sup>7</sup>, el Supremo entendió que preso que vive "extra-muros" se encuentra bajo la responsabilidad del Estado solamente cuando está dentro de la penitenciaría, que no es posible responsabilizar objetivamente el Estado por el asesinato del recluso mientras estaba fuera de la protección de la guardia interna de la cárcel. La negligencia podría configurarse solamente en caso de muerte dentro de la institución penitenciaria.

La presencia o no del recluso en el interior del presidio es también parámetro para casos de condena del Estado al pago de gastos con funeral y pensión mensual a la madre, como visto en el recurso extraordinario número 215.981, juzgado el 08/04/2002.<sup>8</sup> La condena del Estado de Río de Janeiro fue consecuencia de la omisión por parte de los agentes públicos en el deber de vigilar a los internos. En este caso cabe a la madre del individuo asesinado dentro de la cárcel el derecho a recibir indemnización por los gastos con funeral y una pensión mensual. La responsabilidad objetiva del Estado se tornó comprobada en definitivo cuando surgieron pruebas indicando ser previsible y evitable la muerte del recluso, pues había informaciones que indicaban que estaba marcado para morir por una facción criminosa que actuaba dentro de la cárcel. Para evitar la muerte del hijo de la autora bastaría con transferirlo para otra prisión.

Sin embargo, situación diversa es la del preso forajido. En el recurso extraordinario número 130.764/PR, de 12/05/1992, el Supremo Tribunal Federal decidió que no era posible sustentar la responsabilidad objetiva del Estado por el comportamiento de preso forajido que, cerca de 21 meses después de la evasión, había cometido un delito en cuanto miembro de una banda.<sup>9</sup> El nexo de causalidad entre la conducta y el resultado dañino debe ser claro incluso en casos de responsabilidad objetiva.

Pero en el recurso extraordinario número 409.203/RJ, de 08/04/2002, el nexo de causalidad fue comprobado con el fallo del Estado en mantener el interno dentro del sistema carcelario.<sup>10</sup> La omisión estatal permitió al recluso huir de la cárcel ocho veces y, en su última escapada, cometió el delito de violación de una niña de 12 años. El detalle muy significativo es que el violador estaba en régimen abierto cuando ocurrió el hecho. Además, las ocho fugas fueron bajo el mismo régimen abierto. Por todo eso, la víctima y su familia presentaron acción de indemnización por daños morales contra el Estado del Río Grande do Sul, alegando que el fugitivo invadió la casa de las autoras, amenazó a todas con un arma de fuego, les exigió dinero y, al final, violentó la niña de 12 años. Tanto el juez de primer grado como el Tribunal del Estado del Río Grande do Sul condenaron el Estado a indemnizar la víctima y su familia por

<sup>7</sup> STF – Segunda Turma – AI 740.695 AgR/RJ – Relator Ministra Ellen Gracie – Julgamento: 01/12/2009 – DJ: 18/12/2009.

<sup>8</sup> STF – Segunda Turma – RE 215.981 /RJ – Relator Ministro Néri da Silveira – Julgamento: 08/04/2002 – DJ: 31/05/2002.

<sup>9</sup> STF – Primeira Turma – RE 130.764 /PR – Relator Ministro Moreira Alves – Julgamento: 12/05/1992 – DJ: 07/08/1992.

<sup>10</sup> STF – Segunda Turma – RE 409.203 /RJ – Relator Ministro Joaquim Barbosa – Julgamento: 08/04/2002 – DJ: 31/05/2002.

la omisión dañina. El Supremo Tribunal Federal solamente confirmó esa decisión por medio del rechazo del recurso extraordinario en objeto.

## **2.6. Agente público en cuanto parte ilegítima para figurar en el polo pasivo de acción civil para reparación de daños por responsabilidad civil objetiva del Estado**

En juzgado de 18/8/2009, agravio regimental en recurso extraordinario, número 470.996, el Supremo reafirmó el entendimiento de que agente público es parte ilegítima para figurar en el polo pasivo de acción civil para reparación de daños con fundamento en la responsabilidad objetiva del Estado. Solamente el poder público puede figurar como reo en acciones de tal naturaleza.<sup>11</sup> Esa decisión mantiene la posición de la Corte ya precedentemente afirmada por el Ministro Ayres Britto, recurso extraordinario número 327.904, de 08/09/2006: “somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns”. Incluso cuando el agente público es el Alcalde debe figurar en el polo pasivo el Municipio. De acuerdo con el Ministro Ayres Britto, se trata de una doble garantía: “uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular.”<sup>12</sup>

## **2.7. Omisión administrativa que resultó en contaminación por virus**

Decisión muy innovadora del Supremo Tribunal Federal ocurrió en el caso del recurso extraordinario número 495.740 TAR/DF, de 02/06/2009.<sup>13</sup> El hecho que originó el presente juzgado envolvió a una funcionaria pública de la guardería del Hospital Regional de Planaltina/DF que fue contaminada, durante el embarazo, por citomegalovirus, lo que resultó en un feto con serio e irreparable comprometimiento en su formación. Después del nacimiento, fue detectado que la criatura había sido acometida por el “síndrome de West”, una enfermedad que resultó en parálisis cerebral, tetraplegia, ceguera, epilepsia y malformación encefálica. La madre presentó una acción contra el Estado postulando su responsabilidad civil objetiva por la exposición al virus causador de los daños al feto.

El recurso extraordinario en examen fue presentado, en 04/10/2006, contra decisión del Tribunal del Distrito Federal, que declaró inexistente el nexo de causalidad material entre “la enfermedad contraída, generadora de parálisis cerebral, ceguera y mala formación encefálica y la conducta de la red hospitalaria

<sup>11</sup> STF – Segunda Turma – RE 470.996 AgR/RS – Relator p/ acórdão Ministro Eros Grau – Julgamento: 07/03/2006 – DJ: 20/04/2007.

<sup>12</sup> STF – Primeira Turma – RE 327.904/SP – Relator Ministro Carlos Britto – Julgamento: 15/08/2006 – DJ: 08/09/2006.

pública" (hojas 295), confirmando la decisión del juez de primer grado que entendió no existir pruebas demostrando el referido nexo de causalidad en el caso en objeto.

Solamente en 02/06/2009, ocho años después del ocurrido, el Segundo Grupo del Supremo Tribunal Federal decidió, por unanimidad y en definitiva, conceder tutela anticipada a la demanda de la autora, pues entendió presentes los requisitos del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*. Estableció pensión de 2 salarios mínimos mientras el niño viva, valor a ser pago por la Secretaria de Salud del Distrito Federal, so pena de, en caso de no cumplimiento de esa determinación, inmediata incidencia de multa conminatoria diaria ("astreintes") de R\$ 20.000,00, en los términos del art. 461, § 5º, del Código Procesal Civil brasileño. Le fue concedido además el pago, a título de daños morales, de valor correspondiente a 80 salarios mínimos.

Otro juzgado envolviendo contaminación por virus es el agravio regimental en recurso extraordinario, número 363.999/RJ, de 08/04/2003.<sup>14</sup> Se trata de acción de indemnización por daños morales contra el Estado del Rio de Janeiro presentada por paciente hemofílico que contrajo el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) en transfusión de sangre realizada en hospital perteneciente al sistema de salud pública. El Supremo Tribunal Federal decidió no reexaminar, una vez más con base en su "súmula 279", el caso y confirmar la decisión del Tribunal del Rio de Janeiro que condenó el Estado a pagar indemnización por daños patrimoniales y morales decurrentes de la transfusión con sangre contaminada.

### III. La tesis de la causalidad directa: una teoría en decadencia

La tesis central de defensa de los órganos de la Administración Pública tiende a ser la Teoría de la Causa Directa. Eso fue el argumento principal de las procuradurías del Estado en el caso de la enfermera embarazada que contrajo citomegalovirus en un hospital de Planaltina/DF, del paciente hemofílico que fue contaminado con VIH durante transfusión de sangre, de diversas situaciones envolviendo detenidos forajidos del sistema carcelario, entre muchos otros casos.

Durante gran parte del siglo XX la doctrina brasileña preponderante consideraba que la Teoría de la Causa Directa, también conocida como Teoría de la Causa Inmediata, estaría respaldada por el Código Civil de 1916<sup>15</sup> y, posteriormente, por el vigente Código Civil de 2002<sup>16</sup>, una vez que ambos tienen la misma redacción en el momento de establecer que la responsabilidad debe ser directa e inmediata para que se pueda hablar en deber de indemnizar. Agostinho Alvim decía que todas las Escuelas que pretenden explicar la Teoría de la Causa Directa "concordam em que, se há uma violação de direito por parte do

<sup>13</sup> STF – Segunda Turma – RE 495.740 TAR / DF – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 02/06/2009 – DJ: 14/08/2009.

<sup>14</sup> STF – Segunda Turma – RE 363.999 AgR/ RJ – Relator Ministro Gilmar Mendes – Julgamento: 08/04/2003 – DJ: 25/04/2003.

<sup>15</sup> "Art. 1.060. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato."

<sup>16</sup> "Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual."

credor, ou de terceiro, interrompido está o nexo causal, e libertado de responsabilidade o autor da causa primeira." (ALVIM 1998: 348)

Dos problemas se pueden percibir de una posición como esa. Primeramente, el Código Civil se destina al reglamento de relaciones del ámbito civil entre personas presumidas formalmente como iguales, no siendo la referencia más adecuada para tratar de derechos fundamentales y de la responsabilidad del Estado por omisiones inconstitucionales, una vez que individuo y Estado no se encuentran en situación de igualdad formal. En segundo lugar, la propia definición de "nexo causal directo e inmediato" es una tarea que hasta hoy pocos han conseguido realizar de modo mínimamente razonable; la complejidad de las relaciones materiales impide que se pueda definir, en la mayoría de los casos, el momento en que la primera causa cesa sus efectos en virtud de la superveniencia de una causa provocada por tercero, lo que sería suficiente para exonerar de responsabilidad el autor de la primera causa. El Supremo Tribunal Federal, en el caso del preso forajido que cerca de 21 meses después de la evasión comete un delito como miembro de una banda, entendió que la primera acción – la omisión del Estado en su deber de vigilancia – ya no puede ser considerada causa para los resultados dañinos que posteriormente ocurrieron. La relación de causalidad se conserva hasta el momento en que ya no es posible atribuir al Estado una vinculación con los resultados que sean consecuencias de causas ulteriores provocadas por terceros, so pena del Estado ser condenado a permanecer eternamente vinculado al comportamiento del forajido. En el caso del forajido del régimen abierto que cometió el delito de violación contra una niña de 12 años la relación de causalidad es todavía muy restricta: fueron ocho fugas de la cárcel sin cualquier perjuicio en su régimen, y el delito ocurrió pocos días después de la fuga.

En alternativa a la Teoría de la Causa Directa, los tribunales suelen considerar aplicable la Teoría del Riesgo Administrativo, pero solamente cuando haya sido satisfecho el requisito elemental de la relación de causalidad material. Pero esa interpretación de la noción de riesgo administrativo desconsidera la posibilidad de nexo causal presumido, tornando la Teoría del Riesgo restricta apenas a los casos donde exista un conjunto probatorio sólido y en condiciones de demostrar todos los vínculos materiales entre la conducta del poder público y el resultado dañino sufrido por el ofendido. Como si fuera poco la reversión de la carga de la prueba en beneficio del Estado, tal interpretación atribuye a la referida teoría la necesidad de existencia del dolo o de la culpa por parte de la Administración Pública.

#### **IV. La Teoría del Riesgo Administrativo y su creciente adopción por el Supremo Tribunal Federal**

La Teoría del Riesgo Administrativo encuentra soporte especialmente en el art. 37, § 6º, de la Constitución brasileña de 1988: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa." Sin embargo, ambos elementos subjetivos referidos en el citado artículo podrían suscitar la necesidad de prueba concreta del nexo de causalidad entre la conducta lesiva del agente público y el resultado sufrido por el ofendido. En la

Teoría del Riesgo Administrativo, recibida en el ordenamiento constitucional brasileño desde la Constitución de 1946, se admite el nexo causal presumido cuando no es posible determinar claramente la relación de causalidad material entre conducta y resultado.

Para fines de comparación, recordemos que la noción de riesgo fue introducida en el derecho francés, en 1896, como bien menciona Maria Celina Bodin de Moraes, con el juzgado "*Teffaine*", el lo cual la empresa fue responsabilizada por los daños causados al empleado víctima de la explosión de una caldera (MORAES 2010: 383). La responsabilidad de la empresa se vinculaba así a la carga del negocio.

En el juzgado anteriormente analizado sobre omisión administrativa que resultó en contaminación por citomegalovirus, el relator Ministro Celso de Mello, destacó que, según línea consolidada en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal, los elementos que componen y estructuran la noción de responsabilidad civil objetiva del Estado son:<sup>17</sup>

- a) alteridad del daño: el ofendido precisa estar plenamente individualizado, pues la posibilidad de daño difuso es aún incipiente y ha sido desarrollada por la doctrina solamente en casos que envuelven medio ambiente y energía nuclear; en breve, es el momento de verificación de la ocurrencia efectiva del daño;
- b) causalidad material: la conducta omisa o activa del agente público debe estar, de algún modo, vinculada al resultado dañino, independientemente de la licitud o ilicitud de la conducta;
- c) oficialidad de la conducta: la actividad que resultó en el daño debe haber sido perpetrada por agente público que actuaba en condición funcional, o sea, en nombre del Estado; no se cuestiona la licitud del ato, pero si fue cometido por alguien en ejercicio del poder público y si el resultado puede ser atribuido a dicha conducta; el entendimiento es en el sentido de que la actuación de terceros y de hechos de la naturaleza no son suficientes para generar la responsabilización de la Administración Pública (MEIRELLES 2003: 629);
- d) inexistencia de causas excluyentes: no obstante sea objetiva y pueda ser utilizada incluso de modo presumido, existen circunstancias que excluyen la responsabilidad civil del Estado; en general, el Supremo se limita a referir las situaciones de: (1) caso fortuito, (2) fuerza mayor y (3) donde la culpa puede ser atribuible de modo inequívoco a la propia víctima; pero, ha preferido abstenerse de establecer reglas específicas sobre el tema, dejando al examen particularizado de cada caso la definición concreta de tales causas excluyentes.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> STF – Segunda Turma – RE 495.740-0/DF – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 15/04/2008 – DJ: 14/08/2009, fl. 1442.

<sup>18</sup> "O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior - ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima." STF – Primeira Turma – RE 109.615/RJ – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 28/05/1996 – DJ: 02/08/1996. En ese mismo sentido, ver STF – Segunda Turma – RE 481.110/PE – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 15/04/2008 – DJ: 24/09/2009.

No es posible hablar de culpa atribuible a la propia víctima en el caso de la contaminación por citomegalovirus porque su condición de funcionaria pública no le retira su propia hiposuficiencia frente al empleador, quien debería haber tomado las debidas precauciones y alejado la funcionaria mediante licencia-gestante o simple cambio de sector. El parecer del Sub-Procurador-General de la República, Dr. Wagner de Castro Mathias Netto, fue preciso en destacar (hojas 355-8) que la indiferencia del Estado con su funcionaria empezó por no pagarle insalubridad y culminó con el completo abandono después del parto:

**De outra parte**, o Estado **não** arcou, sequer, com o pagamento do adicional de insalubridade, devido nessas circunstâncias (fls. 18-22), **submetendo a funcionária a situação de contágio, sem opção de mudança** de setor ou qualquer compensação financeira.

**Constatada a gravidez, nada foi alterado no panorama descrito, recalcitrando o poder público na exposição da servidora a risco injustificado**, principalmente porque, exercendo o cargo de técnica de administração pública, não deveria estar transportando urina e sangue para os exames laboratoriais. **Assim, enquanto empregador, assumiu**, com a conduta, **o risco deliberado de lesionar o feto**, o que ocorreu a partir do contágio da gestante por citomegalovírus, com conseqüências desastrosas e permanentes, refletidas em tetraplegia, epilepsia e má-formação encefálica, com grave sofrimento para a mãe e a criança e vultosas despesas, incompatíveis com sua situação econômica, para o tratamento clínico da enfermidade e suas repercussões.

La tesis de la culpa atribuible a la víctima ocurre en casos como el agravio regimental en agravio de instrumento, número 596.310-6/MG, donde el Supremo Tribunal Federal entendió que el hecho de la recurrente haber dejado de pagar las facturas de teléfono que estaban a su nombre impide que ella pueda alegar responsabilidad civil objetiva por parte del Estado en relación a la inscripción indebida de su nombre en el Servicio de Protección al Crédito hecha por la compañía telefónica concesionaria de servicio público<sup>19</sup>, o también como visto en el recurso extraordinario número 74.554/PR, cuando se trata de agente público que, en legítima defensa y en el estricto cumplimiento del deber legal, causa la muerte de la víctima<sup>20</sup>. Incluso en esas situaciones, cabe al Estado probar que la víctima causó su propio infortunio,

<sup>19</sup> STF – Segunda Turma – AI-AgR 596.310-6/MG – Relator Ministro Gilmar Mendes – Julgamento: 04/03/2008 – DJ: 28/03/2008.

<sup>20</sup> “RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. TEORIAS DO RISCO ADMINISTRATIVO E DO RISCO INTEGRAL. PROVADO QUE O FATO DECORREU DE CULPA OU DOLO DO LESADO, NÃO CABE AO ESTADO INDENIZAR. ACÓRDÃO QUE JULGA IMPROCEDENTE AÇÃO DE INDENIZAÇÃO PORQUE A MORTE DA VÍTIMA DECORREU DE ATO PRATICADO POR AGENTE POLICIAL EM LEGÍTIMA DEFESA E NO ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL. RECURSO

pues la carga de la prueba *a priori* no podrá recaer sobre ella, sino sobre el poder público. No se puede decir que la Administración Pública deba indemnizar todo y cualquier daño sufrido por particulares. Sin embargo, una vez presentada la acción de indemnización contra el Estado, a éste competirá probar que fue la víctima quien actuó culposamente, en vez de su funcionario. Del punto de vista procesal, "invertese, assim, a posição: não o autor, mas o réu deve comprovar. Se a Administração deixar de produzir essa prova, responderá pelas perdas e danos, cumprindo ao lesado apenas positivar o prejuízo e sua relação causal com o fato." (MARMITT 1992: 258)

Es importante en ese momento recordar una distinción doctrinaria: Teoría del Riesgo Administrativo y Teoría del Riesgo Integral. Mientras aquella cuenta con diversas causas posibles de exclusión de la responsabilidad objetiva del Estado, la tesis del riesgo integral no admite cualquier excluyente de responsabilidad estatal, aun habiendo sido la conducta perfectamente lícita, celosa y de acuerdo con todas las determinaciones concernientes a la materia en cuestión. Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES 2003: 626-7) resaltó tal distinción, pero la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia no acogieron en Brasil la Teoría del Riesgo Integral.<sup>21</sup> Ésta ha tenido alguna aceptación en el ámbito del Derecho Ambiental, bajo el argumento de que compete, en última instancia, al Estado soportar las cargas de la responsabilidad por el daño ambiental (SCAFF 1990: 68-9). Pero en la esfera administrativista, la Teoría del Riesgo Administrativo es ampliamente preponderante por mostrarse más cerca de las necesidades del Estado y de sus administrados, permitiendo que, por un lado, existan causas excluyentes de responsabilidad y, por otro, sea adoptado como criterio referencial la existencia de nexo causal entre la actuación del poder público y el resultado dañino. En la Teoría del Riesgo Administrativo no prevalece la culpa del agente, el fallo del propio servicio o de la actividad administrativa que debería haber sido prestada correctamente. Ocurre la presunción *iuris et de iure* de culpa (PEREIRA 1998: 132). Por otro lado, la Teoría del Riesgo Integral atribuye a la Administración Pública el deber de indemnizar incluso en las situaciones de culpa exclusiva de la víctima o de terceros, una cosa que se muestra por completo incompatible con la tradición civilista brasileña.

## V. El concepto de nexo de causalidad

Como se puede ver, el debate desarrollado en las diversas instancias judiciales por donde pasan los casos de responsabilidad civil objetiva del Estado en Brasil se centra con frecuencia en la definición conceptual de lo que sería "nexo de causalidad". Para una mejor comprensión de este concepto, retomemos la clasificación de las teorías sobre la relación de causalidad presentada por Roberto H. Brebbia (BREBBIA 1979) y citada, entre otros, por Yussef Sahid Cahali (CAHALI 1995: 95-6):

---

EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO." STF – Primeira Turma – RE 74.554/PR – Relator Ministro Rodrigues Alckmin – Julgamento: 30/08/1974 – DJ: 20/09/1974.

<sup>21</sup> Algunos autores reducen al plano meramente terminológico la referida distinción (CAHALI 1995: 40).

- 1) Teoría de la Equivalencia de las Condiciones: sostiene que toda y cualquier condición que influya en la producción del resultado puede ser considerada la causa de éste, independientemente de ser inmediata o distante su posición en la cadena de efectos.
- 2) Teoría de la Causa Directa: sostiene que existe una condición específica que influye en la producción del resultado y que puede ser llamada de su causa, no llevando cuenta las demás condiciones que, aunque de modo indirecto o mediato, hayan influenciado en la producción del resultado.
- 3) Teoría de la Causalidad Eficiente: sostiene que las condiciones que influyen en la producción del resultado no están en un mismo nivel de equivalencia, a saber, no son de igual modo eficientes para constituirse en causa; existiría, en efecto, una condición concreta, entre las demás, capaz de constituirse en causa de la producción del resultado.
- 4) Teoría Negadora de Max Ernst Mayer: sostiene que, una vez que haya sido probado el resultado, sería irrelevante comprobar la existencia del nexo de causalidad, pues el punto fundamental sería determinar la culpabilidad del agente; tal teoría tiene influencias oriundas de la formación notablemente penalista de Mayer.
- 5) Teoría de la Causalidad Típica: también oriunda del Derecho Penal, sostiene ser de mayor importancia la tipicidad de la conducta y de la producción del resultado, en vez de ser la determinación de la condición preponderante en la relación de causalidad.
- 6) Teoría de la Causa Adecuada: se diferencia principalmente de la Teoría de la Equivalencia de Condiciones porque sostiene que, para ser considerada causa, la condición no puede ser considerada como equivalente a otra cualquiera; la causa sería consecuencia de condiciones determinantes para la producción del resultado de acuerdo con la propia naturaleza de la condición.

No obstante el Supremo Tribunal Federal tradicionalmente haya aplicado, con mayor frecuencia, la llamada Teoría de la Causa Directa, los juzgados analizados precedentemente demuestran su orientación en dirección a la Teoría de la Causa Eficiente, una vez que, en casos como el de la enfermera embarazada en contacto con material contagioso, la Corte admite la posibilidad del reconocimiento del nexo de causalidad presumido.

La Teoría de la Equivalencia de Causas produciría el peligro de que, en situaciones extremas, el Estado permaneciera *ad perpetuum* respondiendo por los efectos de un resultado dañino suyo, como por ejemplo en una eventual fuga de preso de alta peligrosidad que, pasados diez o quince años, permaneciera cometiendo delitos, mientras que al otro lado, el Estado continúa a responder civilmente por tales resultados, una vez que la fuga ocurrió por fallo estatal en la fiscalización de la penitenciaria.<sup>22</sup> Ya la Teoría

<sup>22</sup> El Supremo Tribunal Federal tiene jurisprudencia ampliamente consolidada cuando se trata de situaciones en las cuales el nexo de causalidad ya fue hecho mucho perdido: "RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LATROCÍNIO PRATICADO POR PRESO FORAGIDO, MESES DEPOIS DA FUGA. Fora dos parâmetros da causalidade não é possível impor ao Poder Público uma responsabilidade ressarcitória sob o argumento de falha no sistema de segurança dos presos. Precedente da Primeira turma: RE 130.764, Relator Ministro Moreira Alves. Recurso extraordinário não conhecido." (RE 172.025/RJ – Primeira Turma – Relator: Min. Ilmar Galvão – Julgamento: 08/10/1996 – DJ: 19/12/1996). Por otro lado, la

de la Causa Directa intenta acercarse a un elevado grado de certeza en la determinación de las condiciones que puedan ser consideradas como causas del resultado dañino. Sin embargo, existen casos donde el hecho en sí ya puede ser considerado causa directa del resultado dañino, llevándose en cuenta que la precisa determinación del momento en que hubiera ocurrido el hecho culpable es algo prácticamente imposible en muchas situaciones.

Cuando aplica la Teoría de la Causa Eficiente el Supremo transfiere al Estado la carga de tener que probar que las alegaciones son inverídicas, reafirma la Teoría del Riesgo Administrativo y, lo que nos parece más importante, establece ser posible la condena con base en un nexo causal presumido. En vez de optar por una racionalidad "pseudo-cartesiana" que busca en todos los vínculos concretos el fundamento de la relación de causalidad, viene así consagrada la primacía de la razonabilidad, en detrimento de una frágil racionalidad a-sistemática.

## VI. Repensando la amplitud de la noción de omisión inconstitucional

Muchos de los juzgados analizados anteriormente son consecuencias de omisiones del poder público ante a deberes constitucionales. La definición de omisión inconstitucional no se limita exclusivamente a los casos de omisión legislativa, sino que también se extiende a las incontables conductas omisas de la Administración Pública que día tras día lesa derechos fundamentales con conductas que *stricto sensu* materializan la noción de omisión inconstitucional en cuanto inacción estatal. En el caso de la enfermera embarazada que se contaminó con citomegalovirus la cantidad de ofensas a los derechos más elementales de madre e hijo trascienden la subjetividad del discurso de los derechos fundamentales, pues se constituyen en una ofensa mucho mayor, una ofensa a la comprensión más básica de Estado de Derecho que la Constitución brasileña hace más de 20 años está intentando consolidar: un agente proveedor de asistencia en los momentos de mayor necesidad del individuo. Cuando necesitaron, madre y hijo encontraron solamente en el Poder Judicial la tutela que la Administración Pública les negó continuamente, aunque haya sido una tutela que les fue garantizada casi ocho años después de la presentación de la acción, en noviembre de 2001. La comprensión legalista del concepto de omisión inconstitucional, limitando su utilización tan solo a los casos de ausencia de legislación, es inadecuada por dos razones fundamentales:

---

situación del detenido muerto dentro del presidio es absolutamente diversa: "CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: DETENTO FERIDO POR OUTRO DETENTO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes -- a negligência, a imperícia ou a imprudência -- não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. - A falta do serviço -- faute du service dos franceses -- não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. - Detento ferido por outro detento: responsabilidade civil do Estado: ocorrência da falta do serviço, com a culpa genérica do serviço público, por isso que o Estado deve zelar pela integridade física do preso. IV. - RE conhecido e provido." (RE 382.054/RJ – Segunda Turma – Relator: Min. Carlos Velloso – Julgamento: 03/08/2004 – DJ: 01/10/2004).

(1) la concretización de los derechos fundamentales no se hace solamente por medio de la producción de nuevas normas reglamentarias, sino también – y primordialmente – por medio de la aplicación de las normas ya existentes, aun cuando eso demanda una postura arrojada y efectiva del agente público, impulsándole a hacer más de lo que ordinariamente le sería exigido, o sea, impulsándole a ser el agente responsable por criar la norma del caso concreto (sea tal postulado normativo de naturaleza administrativa o judicial), a estar el agente apto a encontrar la solución que el ordenamiento jurídico previó sólo abstractamente en el plano principiológico o de los derechos fundamentales; resaltemos que la inexistencia de una regla específica (norma reglamentaria) no es causa para la inacción/omisión, pero motivo suficiente para una mayor aproximación cognitiva entre el intérprete/aplicador y el caso concreto (ZAGREBELSKY 1988: 47-9);

(2) el carácter integral y omnicomprensivo de la doctrina de los derechos humanos y, fundamentalmente, el modo como ha sido recibida en el derecho brasileño, posibilita afirmar que la insuficiencia normativa frente a los clamores del caso concreto es más un problema hermenéutico que un problema legislativo, pues la autoaplicabilidad de los derechos fundamentales entregan en las manos del intérprete/aplicador del derecho el poder de crear, de realizar, de encontrar la mejor – no la única – respuesta correcta para el caso.

Se puede ver, en casos como éste, aflorar todas las deficiencias hermenéuticas de un modelo de sistema de derecho basado más en la interpretación literal que en la interpretación sistemática, más en la postergación de la solución del problema que en su enfrentamiento inmediato, más en la salvaguardia máxima del Supremo Tribunal Federal que en la satisfactoria respuesta judicial de alguien que localmente podría haber atendido de modo más eficiente, eficaz y humano las necesidades de madre e hijo – basta con recordar que solamente después de *ocho años* el caso fue juzgado en definitivo por el Supremo. La omisión hodierna (sobre todo administrativa) del poder público constituye una inconstitucionalidad silenciosa y perenne que debe ser enfrentada con la misma, o mayor, gravedad de la omisión inconstitucional “tradicional”.

En este sentido, la afirmación citada abajo, del Ministro Celso de Mello, debe aplicarse no sólo al Estado mientras sujeto dotado de poder legislativo, pero sobre todo al Estado en cuanto sujeto encargado de asegurar los derechos fundamentales, pues:

As situações configuradoras de omissão inconstitucional, ainda que se cuide de omissão parcial, refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado – além de gerar a erosão da própria consciência constitucional – qualifica-se, erigosamente, como um dos processos informais de mudança ilegítima da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário.<sup>23</sup>

Del punto de vista jurídico, interpretar es buscar la “norma adecuada tanto al caso quanto al ordenamiento”. (ZAGREBELSKY 1992: 182) En otras palabras, “interpretar una norma é interpretar o

sistema inteiro, pois qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do Direito, para além da sua dimensão textual.” (FREITAS 2010: 78) La omisión del intérprete/aplicador frente a la norma constitucional definidora de derechos fundamentales se constituye inmediatamente, en un fallo hermenéutico, de modo que, mediatamente, produce el resultado más gravoso: una conducta lesiva a la norma constitucional, a saber, una omisión inconstitucional.

Si consideramos que, en el control de constitucionalidad por omisión de actos normativos o con fuerza de ley, el parámetro constitucional para la determinación de la legitimidad constitucional debe ser, necesariamente, una norma que no goce de auto aplicabilidad inmediata y eficacia plena, so pena de pérdida del objeto de la acción<sup>24</sup>, en el caso de omisión inconstitucional por parte de la Administración Pública el parámetro deberá ser autoaplicable y de eficacia plena, o entonces estar reglamentado, una vez que la inconstitucionalidad por omisión estará en la conducta *stricto sensu* y *inter partes* del agente público que violó, por ejemplo, derechos fundamentales a los cuales debería haber sido dada autoaplicabilidad inmediata y eficacia plena. Estamos delante de un *deber constitucional* que ningún intérprete/aplicador puede intentar desobedecer.

Como forma de eximirse del deber constitucional el Estado apela para el argumento de la imposibilidad de atender de modo adecuado a todas las personas en sus demandas individuales de protección y garantía de sus derechos fundamentales. Tal argumentación se basa en la tesis de la reserva del posible.<sup>25</sup> Pero eso no se aplica en situaciones que pueden resultar en la negación del derecho fundamental del individuo, especialmente como podemos ver en casos que envuelvan la salud pública.<sup>26</sup> Esa posición puede ser sentida, ilustrativamente, en decisión del Superior Tribunal de Justicia brasileño al reafirmar que: “o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade *ad causam* para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros.”<sup>27</sup> Cuando se trata de derecho a la salud, ocurrirá, indubitadamente, la responsabilidad solidaria entre los entes federados, desde que se verifique la incapacidad del ente específico en prestar la debida asistencia médica.<sup>28</sup>

Aún en ese mismo sentido:

<sup>23</sup> STF – Pleno – ADI 1442/DF – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 03/11/2004 – DJ: 29/04/2005.

<sup>24</sup> ADI-MC 297/DF – Relator Ministro Octavio Gallotti – Julgamento: 25/04/1996 – DJ: 08/11/1996. Para ulteriores informaciones sobre los parámetros en el control de constitucionalidad, ver CICCONE; TEIXEIRA 2010: 82-3.

<sup>25</sup> En virtud de los objetivos de nuestro estudio en la presente investigación, no es posible entrar en el debate sobre el tema en cuestión. Recomendamos, como literatura favorable al principio de la reserva del posible, la obra de HOLMES; SUNSTEIN 2000.

<sup>26</sup> Sobre el tema, ver SARLET; TIMM 2008.

<sup>27</sup> STJ – Segunda Turma – Resp 771.537/RJ – Relatora Ministra Eliana Calmon – DJ 03/10/2005.

<sup>28</sup> “Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública.

CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. DETENTO. ENCARCERAMENTO EM CONDIÇÕES TIDAS COMO CAÓTICAS. DANOS MORAIS. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. INVIABILIDADE DA INVOCAÇÃO NAS SITUAÇÕES PREVISTAS NO ART. 37, § 6º, DA CF.

1. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato dos agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37 § 6º da Constituição, dispositivo auto-aplicável, não sujeito a intermediação legislativa ou administrativa para assegurar o correspondente direito subjetivo à indenização. Não cabe invocar, para afastar tal responsabilidade, o princípio da reserva do possível ou a insuficiência de recursos. Ocorrendo o dano e estabelecido o seu nexos causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado, caso em que os recursos financeiros para a satisfação do dever de indenizar, objeto da condenação, serão providos na forma do art. 100 da Constituição.

2. Recurso Especial improvido.<sup>29</sup>

Delante de posibles argumentos como ese de la reserva del posible, gana mayor importancia la comprensión de la omisión administrativa, cuando haya el deber constitucional de concretizar derecho fundamental, como siendo un caso de omisión inconstitucional. Procesalmente, no hay diferencias significativas que la omisión sea administrativa o legislativa. En efecto, el gran cambio ocurriría en el ámbito de la eficacia de la equiparación entre omisión administrativa y omisión inconstitucional: (1) establecería como parámetro inmediato una norma constitucional definidora de derecho fundamental, lo que permite *a priori* atribuir al ofendido primacía frente a otros derechos en conflicto, mayor viabilidad de tutela ya en carácter liminar, preferencia en el recibimiento de sus eventuales créditos contra el Estado, entre otras muchas posibilidades más favorables al ofendido (habido como hiposuficiente); y (2) sería una forma de alejar la incidencia de la tesa de la reserva del posible, una vez que esta no se muestra compatible con el principio de la supremacía material de la Constitución que estaría nulificando la conducta comisiva o omisa del poder público al no garantizar determinado derecho fundamental.

Al final, por cierto, no ocurriría la descaracterización de un concepto como el de omisión constitucional. Ocurriría sí su ampliación y adecuación a las necesidades del ámbito administrativista, trascendiendo los límites iniciales de su posición claramente constitucionalista/legalista.

Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento." STF – Pleno – SF 47 AgR/PE – Relator Ministro Gilmar Mendes – Julgamento: 17/03/2010 – DJ: 30/04/2010.

## VII. Consideraciones finales

Esperamos haber presentado un breve panorama de la condición del tema en objeto según la evolución de la jurisprudencia constitucional brasileña en las dos últimas décadas. El cambio de perspectiva al tratar de los derechos fundamentales ante las omisiones inconstitucionales de la Administración Pública es un reflejo de la revaloración del individuo después de la Constitución de 1988. En el plano axiológico no existe más una jerarquía entre Estado e individuo, pues las propias ideas de "Constitución ciudadana", participación democrática, efectividad inmediata de los derechos fundamentales, entre otras concepciones presentes en el texto constitucional o con éste asociadas, hacen posible pensar en una mayor legitimidad de las demandas individuales contra el Estado, una mayor responsabilidad de la colectividad por las ofensas a los derechos y garantías individuales, en fin, una mejor distribución de las cargas por daños injustamente sufridos por las personas en hechos que envuelven el aparato estatal.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Agostinho. (1980) *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5ª ed. São Paulo, Saraiva.
- BREBBIA, Roberto H. (1979) *Hechos y Actos jurídicos*. Buenos Aires, Editorial Astrea.
- CAHALI, Yussef Said. (1995) *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo, Malheiros.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. (2003) *Programa de Responsabilidade Civil*. 5ª edição. São Paulo, Malheiros.
- CICCONETTI, Stefano M.; TEIXEIRA, Anderson V. (2010) *Jurisdição Constitucional Comparada*. Florianópolis, Conceito Editorial.
- FREITAS, Juarez (org.). (2006) *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo, Malheiros.
- \_\_\_\_\_. (2010) *Interpretação Sistemática do Direito*. 5ª edição. São Paulo, Malheiros.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. (2000) *The Cost of Rights – why liberty depends on taxes*. New York, Norton.
- MARMITT, Arnaldo. (1992) *Perdas e Danos*. Rio de Janeiro, Aidê.
- MEDAUAR, Odete. (2004) *Direito Administrativo Moderno*. 11ª edição. São Paulo, RT.
- MEIRELLES, Hely Lopes. (2003) *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ª edição. São Paulo, Malheiros.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. (2010) *Na Medida da Pessoa Humana: Estudos de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. (1998) *Responsabilidade Civil*. 8ª edição. Rio de Janeiro, Forense.
- SAAD, Renan Miguel. (1994) *O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro, Lúmen Juris.
- SARLET, Ingo W.; TIMM, Luciano B. (orgs.). (2008) *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- SCAFF, Fernando Facury. (1990) *Responsabilidade Civil do Estado Intervencionista*. São Paulo, Saraiva.

<sup>29</sup> STJ – Primeira Turma – Resp 1051023/RJ – Relator Ministro Falcão – Relator para acórdão Ministro Teori Zavascki – Julgamento: 11/11/2008 – DJ: 01/12/2008.

- STOCO, Rui. (2004) *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6ª edição. São Paulo, RT.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. (1988) *La Giustizia Costituzionale*. Bologna, Il Mulino.
- \_\_\_\_\_. (1992) *Il diritto mite*. Torino, Einaudi.

# **PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO E LIBERDADE DE CONTRATAÇÃO: A EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE NAS RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS EM QUE HÁ A OFERTA PÚBLICA DE BENS OU SERVIÇOS**

**Por Thiago Penido y Jamile Bergamaschine Mata Diz**

## **RESUMO**

O presente artigo tem o objetivo precípuo realizar minucioso e pormenorizado estudo acerca da temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, especificamente, da eficácia do direito fundamental à igualdade no âmbito das relações jurídicas privadas de natureza contratual, com o intuito de contribuir para o desenvolvimento dos debates existentes, na tentativa de encontrar proposições adequadas e capazes de conciliar a necessidade de promoção da igualdade e de combate às práticas discriminatórias e, ao mesmo tempo, garantir a proteção da autonomia privada e liberdade contratual, corolários do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade e do Estado Democrático de Direito.

## **PALAVRAS-CHAVE**

Autonomia Privada – Liberdade de Contratação - Relações Contratuais – Eficácia do Direito Fundamental à Igualdade – Acesso a bens e serviços ofertados ao público - Livre Desenvolvimento da Personalidade Humana.

# **PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN Y LA LIBERTAD CONTRACTUAL: LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD EN LAS RELACIONES JURÍDICAS PRIVADAS EN QUE HAY OFERTA PÚBLICA DE BIENES O SERVICIOS**

**Por Thiago Penido y Jamile Bergamaschine Mata Diz**

## **RESUMEN**

El artículo tiene como objetivo principal realizar un estudio exhaustivo y detallado sobre el tema de la efectividad de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas privadas, en especial, la efectividad del derecho fundamental a la igualdad en las relaciones jurídicas privadas contractuales, con el fin de contribuir a el desarrollo de los debates existentes en un intento de encontrar propuestas adecuadas y capaces de conciliar la necesidad de promover la igualdad y combatir las prácticas discriminatorias y, al mismo tiempo asegurar la protección de la autonomía privada y la libertad de contratación, esencias del derecho fundamental a la libre desarrollo de la personalidad y el Estado Democrático de Derecho.

## **PALABRAS CLAVE**

Autonomía privada - Libertad de contratación - Relaciones contractuales - Eficacia del derecho fundamental a la igualdad - El acceso a bienes y servicios que se ofrecen al público - Libre desarrollo de la personalidad humana.

# PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO E LIBERDADE DE CONTRATAÇÃO: A EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE NAS RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS EM QUE HÁ A OFERTA PÚBLICA DE BENS OU SERVIÇOS

Por Thiago Penido\* y Jamile Bergamaschine Mata Diz\*\*

## 1 Introdução

A teoria dos direitos fundamentais, enquanto importante elemento da ciência jurídica, encontra-se em constante processo de evolução para se adequar aos anseios e demandas de uma sociedade em rápida expansão. A historicidade e mutabilidade inherentes aos direitos fundamentais tornam incessante e infundável seu processo de evolução. O tempo passará, a sociedade passará por profundas transformações, novos direitos surgirão, direitos existentes serão reinterpretados e conformados às novas realidades sociais.

Nesse complexo cenário de evolução das relações sociais, o fenômeno do poder social ou econômico tornou necessária a reformulação da teoria dos direitos fundamentais, que deverá ser vislumbrada a partir de um novo enfoque, haja vista que não somente o poder estatal, mas também os particulares, passaram a constituir séria ameaça aos direitos fundamentais, em razão de sua capacidade de, no âmbito de suas relações jurídicas privadas, vulnerarem direitos fundamentais de outros particulares.

Diante deste quadro, os direitos fundamentais necessitam ser observados sob uma nova perspectiva, com o desiderato de conferir-lhes maior efetividade na árdua tarefa de proteger os indivíduos e a sociedade. A partir deste novo enfoque, busca-se ampliar o lastro protetivo atribuído aos indivíduos, pois os direitos fundamentais deixam de ser concebidos exclusivamente como limites à atuação do poder público, para também imporem limites aos particulares, no âmbito de suas relações jurídicas privadas.

A nova compreensão da Constituição trouxe consigo importantes reflexos sobre o ordenamento jurídico e, especialmente, sobre o direito privado. O reconhecimento da força normativa e da supremacia do texto constitucional, com a sobrelevação da importância dos princípios constitucionais,

---

\* Doctorando en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais (2012). Master en Derecho Privado por la Facultad de Derecho Milton Campos (2010). Especialista en Derecho Público por la Facultad de Derecho Milton Campos (2008). Licenciado en Derecho por la Faculdade Mineira de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais (2007). Profesor de cursos de grado y postgrado en Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais.

\*\* Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Minas Gerais. Profesora de la UIT-MG Brasil. Profesora de la Facultad de Derecho Novos Horizontes. Doctora en Derecho Público/Derecho Comunitario por la Universidad Alcalá de Henares - Madrid. Asesora Jurídica del Sector de Asesoría Técnica Secretaría del

destacadamente em razão da sua capacidade para promover a unidade, sistematicidade e harmonia ao ordenamento jurídico, fomentou o desenvolvimento do fenômeno denominado constitucionalização do direito privado.

Se no positivismo jurídico os princípios eram destituídos de força normativa, sendo-lhes atribuída função meramente subsidiária, no pós-positivismo jurídico há uma mudança de compreensão, especialmente em razão do reconhecimento de que eles são inequivocamente dotados de força normativa. Com a mudança de perspectiva, as normas constitucionais passam a irradiar seus efeitos por todo ordenamento jurídico, conformando a elaboração e interpretação das normas de direito privado.<sup>1</sup>

O fenômeno da constitucionalização, no qual se encontra inserida a temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, trouxe importantes reflexos e influxos para o ordenamento jurídico, conferindo-lhe sistematicidade e unidade. Em razão deste fenômeno, as normas constitucionais se tornaram fundamento de toda e qualquer norma infraconstitucional integrantes dos diversos segmentos do direito, o que acarretou a própria relativização da dicotomia entre direito público e direito privado.<sup>2</sup>

Definir da extensão da eficácia do direito fundamental à igualdade, assume, neste contexto, extrema importância e requer de toda especial atenção, impondo a necessidade de se realizar detido e acurado estudo sobre os efeitos da adoção de uma eficácia direta ou indireta deste direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares, principalmente considerando que, se é necessário conferir a máxima efetividade aos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, indispensável também assegurar e proteger a autonomia privada e a liberdade contratual e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Nesse diapasão, o artigo tem o objetivo precípuo realizar minucioso e pormenorizado estudo acerca da temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, especificamente, da eficácia do direito fundamental à igualdade no âmbito das relações jurídicas privadas contratuais, com o intuito de contribuir para o desenvolvimento dos debates existentes, na tentativa de encontrar proposições adequadas e capazes de conciliar a necessidade de promoção da igualdade e de combate às práticas discriminatórias e, ao mesmo tempo, garantir a proteção da autonomia privada e liberdade contratual, corolários do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

---

MERCOSUR - Montevideo (período: 2008-2009) Mestre en Derecho por la UAH, Madrid Master en Instituciones y Políticas de la UE - UCJC/Madrid.

<sup>1</sup> Interessante é a constatação tecida por FACHIN, segundo o qual *“O reconhecimento da possibilidade de os direitos fundamentais operarem sua eficácia nas relações interprivadas é, talvez, o cerne da denominada constitucionalização do Direito Civil.”* (2003, p. 100).

<sup>2</sup> Segundo FACHIN, *“A eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas se torna inegável, diante da diluição de fronteiras entre público e privado”* (2003, p.100). Para TEPEDINO, estaríamos no contexto *“em que, progressivamente, supera-*

## 2 Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações jurídicas entre particulares

### 2.1 Pressupostos históricos e sociais

O desenvolvimento das relações capitalistas, o acúmulo de capitais pelos agentes econômicos, o agravamento das desigualdades sociais entre os indivíduos e o afastamento do poder estatal das relações de mercado, especialmente em razão da adoção dos ideais neoliberais, foram fatores que fomentaram o surgimento, desde o constitucionalismo social, do fenômeno do poder social, também denominado de poder sócio-econômico ou poder privado<sup>3</sup>, exercitado por agentes ou grupos econômicos no âmbito de suas relações jurídicas privadas.

De acordo VALE (2004), o fenômeno do poder privado já era conhecido desde o processo de transição do constitucionalismo liberal ao constitucionalismo social, haja vista sê-lo um dos principais motivos que conduziram ao reconhecimento de que era necessária a intervenção estatal para equalizar as relações jurídicas entre particulares, mediante a garantia de direitos fundamentais de cunho social e econômico, protegendo os indivíduos mais fracos, pois o direito formal de igualdade para todos tende a tornar os fortes ainda mais fortes e os débeis ainda mais débeis (BOCKENFORDE, 1993).

Diante deste novo cenário econômico e jurídico, tem se verificado o crescente recrudescimento e concentração do poder social nas mãos dos agentes econômicos. De fato, o exercício do poder social pelos agentes econômicos no âmbito de suas relações jurídicas particulares traz consigo reflexos e sérias implicações para os direitos fundamentais, haja vista que, não somente o poder público, mas também os poderes privados constituem séria ameaça à efetivação dos direitos fundamentais, em razão de sua inquestionável capacidade de impor limites e restrições ao seu exercício e, até, suprimir-lhes o conteúdo.

A constatação de que os poderes privados também constituem ameaças aos direitos fundamentais reflete sobre a própria imagem destes, tornando necessária a reformulação da concepção que lhes atribui natureza de liberdades públicas, de direitos subjetivos de defesa atribuídos aos indivíduos, com a função precípua de protegê-los contra as indevidas ingerências estatais no âmbito de sua esfera privada, garantindo o exercício dos direitos fundamentais à liberdade, propriedade, intimidade, integridade, dentre outros. Exsurge, portanto, no âmbito da teoria dos direitos fundamentais uma nova e importante questão, qual seja, a da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. A teor do que preleciona SARLET (2000: 630):

“Ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é a constatação de que, ao contrário do Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, exerciam – ou, pelo menos, eram concebidos desse modo – a função precípua de proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos no âmbito da sua esfera pessoal (liberdade, privacidade, propriedade, integridade físicas etc.), alcançando, portanto, relevância apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, assim

*se a dicotômica distinção entre o direito público e o direito privado, destacando-se a ampla admissão da aplicação direta das normas constitucionais nas relações privadas” (2008, p.23).*

<sup>3</sup> A expressão é utilizada por SARLET (2000, p. 73) e (2007, p.108), que também utiliza o termo poder social.

como entre o público e o privado, no assim denominado Estado Social de Direito tal configuração restou superada.”

De fato, conforme destacado por STEINMETZ (2004:85), com o desenvolvimento da sociedade capitalista, pessoas e grupos econômicos passaram a deter os poderes político, econômico e ideológico, bem como a desenvolver lutas de poder e pelo poder, às vezes, conjuntamente com o Estado, mediante atos de aliança, e, outras vezes, contra o próprio Estado. Estes atores sociais passaram, ao longo dos anos, a serem detentores da capacidade de condicionar, restringir ou mesmo eliminar direitos fundamentais de outros indivíduos ou grupos.<sup>4</sup>

Neste contexto, em que os indivíduos passaram a deter a capacidade de condicionar, restringir ou eliminar direitos fundamentais em suas relações jurídicas privadas, *“emergiu imprescindível, além da intervenção do Estado na formação das relações contratuais – por meio do dirigismo estatal e da mudança da base subjetiva dos negócios jurídicos – a instrumentalização de uma teoria”* (SOMBRA, 2004, p. 43) que propiciasse a extensão da eficácia dos direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares, teoria que adquiriu relevo e importância teórica e prática, refletida na indagação levantada por CANOTILHO (2003a: 1151):

“Em termos tendenciais, o problema pode enunciar-se da seguinte forma: as normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias (e direitos análogos) devem ou não devem ser obrigatoriamente observadas e cumpridas pelas pessoas privadas (individuais e colectivas) quando estabelecem relações jurídicas com outros sujeitos jurídicos privados?”

SARMENTO (2008) sustenta interessante entendimento segundo o qual, desde o advento das teorias contratualistas, os direitos fundamentais também tinham por objetivo a proteção dos indivíduos em relação aos seus semelhantes, destacando, inclusive, que esta seria uma das justificativas para a existência do próprio Estado, que teria sido criado mediante o Contrato Social com o objetivo e dever de proteger os direitos fundamentais das violações ocasionadas por particulares e por ele próprio.<sup>5</sup> De acordo com PEREZ LUÑO (2007: 22-23)

“Em sua dimensão subjetiva, os direitos fundamentais determinam o estatuto jurídico dos cidadãos, da mesma forma em suas relações com o Estado e as relações entre si. Tais direitos tendem, portanto, a tutelar a liberdade, a autonomia e a segurança da pessoa não só frente ao poder, mas também frente aos demais membros do corpo social. Concebidos inicialmente como instrumentos de defesa dos cidadãos frente à onipotência do Estado, se considerou que os direitos fundamentais não teriam razão de ser nas relações entre sujeitos do mesmo nível em que se desenvolvem as relações particulares.

<sup>4</sup> Mas como definir o poder? BOBBIO, adepto da teoria relacional do poder, cita excerto da obra de Robert Dahl, para o qual *“a influência (conceito mais amplo, no qual se insere o de poder) é uma relação entre atores, na qual um ator induz outros atores a agirem de um modo que, em caso contrário, não agiriam”*. (2003:78).

<sup>5</sup> Segue o autor *“Sem embargo, a própria origem contratualista das teorias sobre os direitos humanos induz a ideia de que, na concepção dos filósofos inspiradores do constitucionalismo, tais direitos também valiam no âmbito das relações privadas. De fato, se os direitos eram naturais e precediam a criação do Estado, é evidente que eles podiam ser invocados nas relações privadas, até porque, num hipotético Estado de Natureza, inexistiria poder público. Sob esta ótica, a criação do Estado através do contrato social não desvirtuava tal situação, pois o que justificava o poder estatal era exatamente a necessidade de proteção dos direitos do homem, em face de seus semelhantes. Portanto, nas doutrinas jusnaturalistas, os direitos naturais valiam erga omnes, sendo concebidos como direitos de defesa do homem também em face de outros indivíduos e não apenas do Estado.”* (SARMENTO, 2008: 12).

Este pensamento obedecia a uma concepção puramente formal da igualdade entre os diversos membros da sociedade. Mas é um fato notório que na sociedade neocapitalista essa igualdade formal não supõe uma igualdade material, e que nela o pleno desfrute dos direitos fundamentais se vê, em muitas ocasiões, ameaçado pela existência na esfera privada de centro de poder não menos importantes aqueles que correspondem aos órgãos públicos.” (tradução nossa).

O cerne da questão da eficácia do direito fundamental à igualdade nas relações jurídicas privadas de natureza contratual está em definir em que medida os particulares, em celebrarem contratos, estão vinculados a este direito fundamental.<sup>6</sup> Os particulares, ao celebrarem negócios jurídicos, no exercício de sua autonomia privada, possuiriam ampla liberdade para definirem se vão contratar ou não, bem como com quem contratar? Poderiam agir de forma livre e discricionária na definição do outro sujeito contratual ou estariam diretamente vinculados ao direito fundamental à igualdade, restando proibida toda e qualquer forma de discriminação, independente de motivo?

## 2.2 A Constituição e os direitos fundamentais

A Constituição da República de 1988 inovou ao apresentar extenso rol de direitos e garantias fundamentais. Contudo, similarmente a outros textos constitucionais, não estabeleceu de forma expressa e inequívoca a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, restringindo-se a estabelecer, no parágrafo primeiro, de seu artigo 5º, o princípio da imediata aplicabilidade das normas definidoras dos direitos fundamentais.<sup>7</sup>

A análise dos preceitos legais contidos no parágrafo primeiro, do artigo 5º, da Constituição da República de 1988, permite inferir que o referido dispositivo, além de não consagrar expressamente a vinculação do poder público aos direitos fundamentais, como ocorre em outros ordenamentos jurídicos, permaneceu igualmente silente quanto à vinculação dos particulares. SARLET (2000:120) ao analisar o conteúdo do parágrafo primeiro, do artigo 5º, da Constituição da República de 1988, tece as seguintes considerações:

“Ao contrário da Constituição Portuguesa de 1976, que, em seu art. 18.1, consagrou expressamente uma vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, a nossa Constituição de 1988 sequer previu, a despeito de consagrar o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, § 1º), a expressa vinculação do poder público, tal como ocorreu, por exemplo, e paradigmaticamente, na Lei Fundamental da Alemanha (artigo 1º, inciso III), assim como nas vigentes

<sup>6</sup> Atualmente, poucos são aqueles que ainda se insurgem contra a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais em suas relações jurídicas privadas, em decorrência do reconhecimento da, hoje, inafastável, força normativa da Constituição. Que estão vinculados, não resta maiores dúvida, cumpre agora definir se está vinculação se dá de forma direta ou indireta.

<sup>7</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Constituições da Grécia, Espanha e na própria Constituição de Portugal, já referida.”

A despeito de inexistir no texto constitucional dispositivo expreso prevendo a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, não tem se verificado, entre os teóricos nacionais, maiores questionamentos sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre indivíduo e Estado, restringindo-se, a controvérsia, ao âmbito das relações jurídicas entre particulares. Segundo SARLET (2007: 360):

“A omissão do Constituinte não significa, todavia, que os poderes públicos (assim como os particulares) não estejam vinculados pelos direitos fundamentais. Tal se justifica pelo fato de que, em nosso direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF) pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível.”

A vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais decorre do próprio reconhecimento da força normativa das normas constitucionais, inclusive as que veiculam os direitos fundamentais, previstas no título segundo de nossa Constituição e em outras normas esparsas pelo texto constitucional. O Estado, no exercício de quaisquer de suas funções, seja a executiva, a legislativa ou judiciária, encontra-se vinculado e deve estrita observância aos preceitos constitucionais, inclusive às normas de direitos fundamentais.

Conforme destaca STEINMETZ (2004:100), a ausência de preceito constitucional, por si, não pode constituir obstáculo à vinculação dos particulares, em suas relações privadas, aos direitos fundamentais, haja vista que, a impossibilidade de uma fundamentação imediata, diretamente referenciada e extraída do texto constitucional, não inviabiliza a possibilidade de construção de uma fundamentação mediata, a partir de uma análise das normas e princípios constitucionais.

Até mesmo porque, destaque-se que a experiência colhida em outros ordenamentos jurídicos tem demonstrado que mesmo naqueles em que há preceito normativo constitucional estabelecendo a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, como no caso da Constituição Portuguesa de 1976<sup>8</sup>, as controvérsias acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não foram eliminadas e, em alguns casos, até se intensificaram.

Esta situação demonstra que, independentemente da existência de preceito constitucional prevendo a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, os diálogos e debates acerca da extensão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas permeiam os principais ordenamentos jurídicos, em diversos continentes, de diversificadas tradições jurídicas, comprovando a inequívoca importância e atualidade da temática para a ciência jurídica.

<sup>8</sup> Artigo 18.1: “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam entidades públicas e privadas.”

Outro não é o entendimento de STEINMETZ (2004:100) ao apontar que nem nos ordenamentos jurídicos em que existe norma constitucional prevendo de forma expressa a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, a controvérsia acerca da extensão e o modo da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não foi eliminada, justamente em razão da complexidade e dos reflexos que advém da questão.

Apresentadas as premissas históricas, sociais e teóricas acerca do surgimento e desenvolvimento da temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, cumpre adentrar na análise da eficácia do direito fundamental à igualdade com o intuito de contribuir para os debates existentes, na tentativa de formular e sugerir proposições adequadas e capazes de conciliar a necessidade de promoção da igualdade e o combate às práticas discriminatórias e, ao mesmo tempo, assegurar a necessária proteção à autonomia privada e à liberdade contratual,<sup>9</sup> corolários ao livre desenvolvimento da personalidade.

### 3 Eficácia do Direito Fundamental à igualdade nas relações jurídicas entre particulares

A eficácia do direito à igualdade no âmbito das relações jurídicas entre particulares tem sido objeto de enorme controvérsia no âmbito do ordenamento jurídico europeu. A questão que vem sendo aventada está em se delimitar se o texto constitucional poderia impor rigidamente a cada indivíduo que trate os demais com igualdade em suas relações jurídicas contratuais, obrigando-o a justificar objetivamente qualquer descumprimento ao tratamento igualitário, ou se a liberdade negocial inclui necessariamente uma margem de arbítrio e discricionariedade que não pode ser limitada injustificadamente, sob pena de supressão da autonomia privada e liberdade individual.

No âmbito do ordenamento jurídico europeu diversos estudiosos tem se dedicado a analisar a polêmica e relevante questão da aplicabilidade do direito fundamental à igualdade às relações jurídicas privadas<sup>10</sup>, especialmente em decorrência da edição pela Comunidade Européia de diversos instrumentos normativos<sup>11</sup> disciplinando a aplicação do princípio constitucional da igualdade nas relações jurídicas privadas contratuais, como mecanismo de combate à discriminação no âmbito privado, bem como em

<sup>9</sup> Conforme aduz CANOTILHO, “*poderemos afirmar com relativa segurança, que, hoje, um dos temas mais nobres da dogmática jurídica diz respeito às imbricações complexas da irradiação dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos (Drittwirkung) e do dever de proteção de direitos fundamentais por parte do poder público em relação a terceiros (Schutzpflicht) na ordem jurídica dos contratos*” (2004: 192).

<sup>10</sup> AGUILERA RULL, INFANTE RUIZ, CARBONELL, BILBAO UBILLOS, MC CROIRIE, GALVEZ CRIADO, GALVEZ MUÑOZ, GRACIELA CAYUSO, ALFARO AGUILA-REAL, REY MARTINEZ, ALONSO GARCIA, VIEIRA ANDRADE, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, SUAY RINCON, GARCIA RUBIO, DE CASTRO Y BRAVO, CERDÁ MARTINEZ-PUJALTE.

<sup>11</sup> Cite-se a Directiva 200/43/CE, de 29 de junho de 2000, que disciplina a aplicação do princípio da igualdade no tratamento das pessoas, independentemente de sua origem racial ou étnica; a Directiva 200/78/CE, de 27 de novembro de 2000, relativa ao estabelecimento de um marco geral para a igualdade de tratamento nas relações de emprego e ocupação; a Directiva 2002/73/CE, de 23 de setembro de 2002, que disciplina a aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, a formação e promoção profissionais e condições de trabalho; e por último, a mais relevante para o presente estudo, a Directiva 2004/113/CE, de 13 de dezembro de 2004, que disciplina a aplicação do princípio da igualdade no tratamento de homens e mulheres no que tange ao acesso de bens, serviços e seu fornecimento.

razão da incorporação destes instrumentos normativos por ordenamentos jurídicos dos Estados integrantes da Comunidade Européia, tal como ocorreu em Alemanha, Espanha e Portugal.<sup>12</sup>

A definição da extensão da eficácia do direito fundamental à igualdade nas relações jurídicas entre particulares assume extrema importância e requer de todos aqueles que se dedicam ao estudo do direito privado e dos direitos fundamentais especial atenção, impondo um detido e acurado estudo sobre os efeitos da atribuição de uma eficácia direta ou indireta, principalmente sobre a autonomia privada e liberdade individual. Isto porque, ao mesmo tempo em que a admissão de uma eficácia direta do princípio da igualdade poderá importar em risco para a autonomia privada, fonte dos negócios jurídicos, a adoção incondicionada da teoria da eficácia indireta poderá não ser suficiente para impedir atos de discriminação realizados por particulares no âmbito de suas relações jurídicas privadas.

Se a questão da eficácia dos direitos fundamentais em geral é controvertida, a questão se torna ainda mais tormentosa quando se trata de definir em que medida os particulares, no âmbito de suas relações contratuais privadas, encontram-se vinculados ao direito fundamental à igualdade, haja vista que a aplicabilidade deste direito poderá acarretar uma excessiva restrição à liberdade da pessoa humana, ao exercício da autonomia privada, obstaculizando o agir humano livre e democrático, comprometendo o livre desenvolvimento da personalidade humana. Deve ser garantido aos indivíduos um espaço privado de livre determinação, no qual possa gerir sua vida privada e eleger a melhor forma de promoção de sua personalidade.

Nem mesmo autores que sustentam a máxima eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas se olvidam da necessidade de se assegurar espaços para o livre exercício da autonomia e liberdade, pois a aplicação irrestrita e incondicionada do direito fundamental à igualdade certamente acarretará situações jurídicas absurdas e insuportáveis, decorrente a planificação do agir humano.<sup>13</sup> Essa controvérsia e a relevância da questão estão claramente representadas nas palavras de BILBAO UBILLOS ((2007:394), segundo o qual:

“Nem mesmo aqueles que advogam pela máxima eficácia dos preceitos constitucionais negam que essas áreas de imunidade ou autonomia existem. Ao fim e ao cabo, a abolição dessa esfera privada é um dos sinais de identificação do totalitarismo. A existência dessas válvulas de escape, desses espaços de vida privada nos quais alguém atua sem ter que dar explicações, marca a diferença entre uma sociedade livre e uma sociedade ocupada pelo Estado. Estender ao âmbito das relações jurídico-privadas o princípio constitucional da igualdade, uma regra alheia a este mundo, pode acarretar conseqüências absurdas e insuportáveis.”

Se a maioria dos teóricos concorda que o princípio da igualdade é imperativamente aplicável nas relações jurídicas entre os indivíduos e os poderes públicos, constituindo verdadeiro direito subjetivo, o

<sup>12</sup> Dentre as principais legislações que incorporaram os preceitos das directivas comunitárias, cite-se a Lei Geral de Tratamento Igualitário (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – AGG*), que entrou em vigor em 14 de agosto de 2006, em Alemanha; a Lei Orgânica 3/2007, de 22 de março de 2007, em Espanha, e a Lei 18 de 11 de maio 2004, em Portugal.

mesmo não se procede quando se discute a aplicabilidade deste direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares, especialmente em razão de seu conflito com os direitos fundamentais à liberdade e à autonomia privada. A questão, a despeito de controversa, não tem merecido destaque entre os teóricos brasileiros, haja vista que poucos se dedicaram ou tem se dedicado a discussão do tema.<sup>14</sup>

A questão adquire relevância ao se considerar que a discriminação é, antes de jurídico, um fenômeno social, que se manifesta em todo tecido social, não estando restrito às relações jurídicas entre indivíduos e os poderes públicos. Assim, por se caracterizar muito mais como uma prática sistemática e generalizada, pauta de conduta social implícita, decorrente de estereótipos arraigados, o combate à discriminação se faz necessário em todas as espécies de relações jurídicas, em nome da máxima eficácia do direito fundamental à igualdade. Restringir a aplicabilidade do princípio da igualdade às relações jurídicas entre os indivíduos e o poder público comprometeria a efetividade de quaisquer políticas públicas de eliminação ou redução da discriminação. Conforme destaca CERDÁ MARTINEZ-PUJALTE (2009:104)

“(…) o tema da igualdade e sua consecução prática, muito mais para lá de estar resolvido, segue plenamente vigente, e um dos objetivos dos atuais governos e legisladores segue sendo, como em outras épocas, avançar formalmente neste caminho, para que se possam dar em todos os âmbitos as condições necessárias objetivas que garantam a igualdade dos cidadãos, respeitando em todo caso as peculiaridades de cada um deles.” (tradução nossa)

Ressalte-se, contudo, que de igual modo, a garantia a cada indivíduo de espaços privados de decisão e atuação livres e imunes a aplicabilidade do direito fundamental à igualdade, permitindo-lhes agir de forma autônoma, é corolário da existência de uma sociedade livre e democrática. Obviamente, que a garantia desses espaços privados de livre decisão e atuação aos indivíduos não pode transformá-los em espaços institucionalizados de legitimação à prática de atos de discriminação baseados em motivos de raça, cor, origem, sexo ou etnia. Assim, verifica-se que a solução para a questão da eficácia do direito fundamental à igualdade nas relações jurídicas entre particulares não se encontra na defesa de entendimentos extremos, mas sim, dependerá das especificidades e peculiaridade do caso concreto.<sup>15</sup>

MC CRORIE (2005), ao analisar a questão da eficácia do direito fundamental à igualdade nas relações jurídicas privadas, destaca que nas relações laborais a eficácia do princípio da igualdade é possível, uma vez tratem-se de relações em que predomina o desequilíbrio entre os sujeitos<sup>16</sup>. Contudo, no que concerne às relações jurídicas não laborais, sustenta que os sujeitos “já não deverão estar vinculados a este princípio, sobretudo se se tratar de uma relação contratual que esteja intimamente ligada com a sua esfera privada”<sup>17</sup>, e cita

<sup>13</sup> Nesse sentido preleciona MC CRORIE: “É duvidoso que o direito privado, no qual os indivíduos actuam uns com os outros livre e arbitrariamente, seja espaço jurídico para se impor uma moral oficial.” (2005:45).

<sup>14</sup> STEINMETZ talvez seja o único autor brasileiro que se dedicou a fimco a analisar a questão da eficácia da igualdade nas relações jurídicas não laborais.

<sup>15</sup> Nesse sentido é que NOVAIS (2004) sustenta que mesmo nos casos de discriminação assentadas em motivos de raça, origem, etnia, cor ou sexo, casos típicos de discriminações suspeitas, em que se presume a existência de ato discriminatório ilícito, se a discriminação estiver fundamentada em justificativas legítimas, razoáveis e proporcionais, a presunção de ilicitude será elidida.

<sup>16</sup> O mesmo ocorre quanto atividade em que há a presença de monopólio e naquelas relacionadas à atividades de natureza pública.

<sup>17</sup> Em igual sentido (BILBAO UBILLOS, 2007:392).

as relações de emprego doméstico, de locação de bens imóveis, as de natureza associativa, como outros exemplos de relações jurídicas privadas em que a aplicabilidade direta do princípio da igualdade não seria possível. Sustenta ainda MCCROIRE (2005:60) que:

“Parece-nos que será excessivamente restritivo considerar que poderá haver aí um verdadeiro dever de contratar, pelo que parece fazer sentido considerar que também estas diferenças de tratamento não são ilícitas em si mesmas. Só se qualificarão como tais aquelas que impliquem, além disso, a violação de outros valores constitucionais substantivos.”

BILBAO UBILLOS (2007) - apesar de ser um dos principais defensores da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, no que tange a eficácia do direito fundamental à igualdade - sustenta que este direito “*tem uma eficácia muito limitada do âmbito das relações regidas pelo direito privado, devido a ampla articulação que neste contexto se reconhece ao princípio da autonomia privada, um princípio que conta também com respaldo constitucional*”<sup>18</sup>. Destaca, todavia, o autor (BILBAO UBILLOS, 2007: 393) que a autonomia e liberdade conferida aos indivíduos para gerir seus próprios interesses e suas relações sem ingerências externas deverá ser exercida sem que haja violação aos outros direitos fundamentais ou à ordem pública, a saber: <sup>19</sup>

“Em linhas gerais, a doutrina rechaça a vigência do princípio da igualdade na esfera das relações privadas enquanto proibição de arbitrariedade ou imperativo de razoabilidade no comportamento particular. A liberdade individual, na sua vertente negocial ou associativa, inclui necessariamente uma margem de arbítrio e não pode ser limitada injustificadamente. Pode ser exercida de forma irracional e incongruente. L. Herkin, um autor norte-americano, defendeu há muitos anos “*the individual's freedom to be irrational*”, uma liberdade que a Constituição nunca pretendeu eliminar. Em lugar de impor rigidamente a cada indivíduo que trate os demais com elegante igualdade em suas relações recíprocas, obrigando-o a justificar de forma objetiva qualquer desvio dessa regra (sua decisão, por exemplo, de não contratar com uma pessoa quando o fez com outras em idênticas circunstâncias), deve-se permitir um espaço de espontaneidade e até de arbitrariedade.”

Em linhas gerais, teóricos e tribunais europeus têm afastado a aplicabilidade direta do direito à igualdade no âmbito das relações jurídicas entre particulares, salvo no que tange às relações jurídicas de natureza trabalhista, nos casos em que o fornecimento de bens e serviços ocorre em regime de monopólio; quando há uma emissão pública e geral da vontade de contratar para o fornecimento de bens e serviços; ou quando a atividade privada for, de alguma forma estimulada ou subsidiada pelo poder público, tal como ocorre nos casos das empresas prestadoras de serviços sob o regime de concessão,

<sup>18</sup> Em igual sentido (SUAY RINCON, 1985). Ainda de acordo com BILBAO UBILLOS (2007: 405) “*a imensa maioria dos autores nega a eficácia frente a terceiros do princípio da igualdade*”. De acordo com LARENZ (1993:138) “*o princípio da igualdade é de escassa importância, já que são admissíveis as desigualdades que o desfavorecido consente, salvo quando se trate de situações extremas em que há que considerar o consentimento como contrário aos bons costumes*.”

<sup>19</sup> Nesse sentido tem sido as manifestações do Tribunal Constitucional Espanhol o qual destacou que “*no âmbito das relações privadas os direitos fundamentais e, entre eles, o princípio da igualdade, não de ser aplicados ponderadamente, pois não de se fazer compatíveis com outros valores ou parâmetros que têm sua origem última no princípio da autonomia da vontade, e que se manifestam*

permissão ou autorização pelo poder públicos, haja vista que nesta hipótese a aplicabilidade decorrerá de um efeito indireto da vinculação dos poderes públicos ao princípio da igualdade (ALFARO AGUILA REAL, 1993:120).

Fora estas hipóteses, teóricos e tribunais também se manifestado, em regra, no sentido que de discriminações ocorridas no âmbito de relações jurídicas entre particulares fundadas critérios de raça, cor, origem, etnia ou sexo, são presumidamente odiosas e suspeitas, sendo, portanto, inadmissíveis por contrariarem outros valores constitucionais. Essas hipóteses de discriminação somente seriam admitidas quando comprovada a existência de razões ou motivos justificáveis para o tratamento diferenciado, como ocorre, por exemplo, nos casos dos contratos de seguro de vida, saúde ou de veículos, em que o sexo, a idade ou a raça podem constituir elementos majoram ou minorar os riscos securitários segundo dados estatísticos.<sup>20 21</sup>

Ademais, a despeito da maioria dos teóricos admitirem apenas a eficácia indireta do princípio da igualdade no âmbito das relações jurídicas privadas, condicionando a sua eficácia a prévia intermediação legislativa ou a concreção judicial das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, em sua maioria sustentam que se a discriminação não se basear em “*diferenciação objetivamente justificada*”, “*motivo racionalmente evidente*”, “*justificação racional e objetiva, não arbitrária*”<sup>22</sup>, esta atentará contra o princípio da dignidade da pessoa humana, tornando-a ilegítima e inconstitucional. Note-se, que neste caso, não é o princípio da igualdade que possui eficácia direta, mas sim o princípio da dignidade da pessoa humana que tornará ilícita a discriminação. Conforme destaca ALFARO AGUILA-REAL (1993: 113-114)

“O que se sucede é que o risco de tratamento vexatório ao qual temos aludido se atualiza especialmente em relação à negativa a contratar discriminatória (em particular por razão de sexo ou raça), pela especial conexão que o direito à igualdade tem com a dignidade humana, porém isso não significa que uma negativa de contratar seja ilícita por ser discriminatória. A negativa é ilícita porque atenta contra a dignidade de outro particular, de maneira que discriminações (na seleção de co-contratante) que não sejam vexatórias são perfeitamente lícitas.”

---

*através dos direitos e deveres que nascem da relação contratual*” (ESPAÑA, 1988, STC 177). Em igual sentido (CARRASCO PERERA, 1991 e BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 1990).

<sup>20</sup> Basta lembrarmos que no Brasil, a esperança de vida das mulheres é superior a dos homens, o risco de acidentes automobilísticos envolvendo condutoras mulheres é menor do que aqueles envolvendo condutores homens, a maior idade do segurado lhe coloca em situação de maior probabilidade de demandar assistência médico-hospitalar. Todos esses são fatores que são considerados na celebração do contrato. Isto porque, segundo destaca AGUILERA RULL (2009:10) “*es decisivo para el asegurador garantizar que las primas que paga el asegurado estén en relación con la probabilidad de que se produzca el daño frente al que se está asegurando.*” Vide neste sentido (GARCIA RUBIO, 2006 e FERNANDEZ TORRES, 2007).

<sup>21</sup> Por isso, não podemos concordar com STEINMETZ quando parece sustentar que sempre quando a discriminação se basear em critérios de cor, idade, religião, raça, origem, sexo se estará violando a dignidade da pessoa humana. Segundo este autor: “*os particulares estão proibidos de, entre si, praticar tratamento discriminatório com base em preconceitos de cor, idade, religião, raça, origem sexo e de quaisquer outros conceitos contrários à dignidade da pessoa e incompatíveis com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária ou com as demais matrizes e os objetivos fundamentais da CF.*” (2004: 260).

<sup>22</sup> Termos utilizados, respectivamente, por (LARENZ, 1993: 141), (CANOTILHO, 2003a: 1161) e (PINTO, 1999: 80).

Há que se destacar, ainda, dada a relevância, que no ordenamento jurídico brasileiro a própria legislação civil, assegurando a liberdade e autonomia privada, tutela o tratamento discriminatório no âmbito de relações jurídicas privadas quando, por exemplo, possibilita que o doador ou testador, conforme preceitos legais contidos nos artigos 549 e 1789 ambos do Código Civil, disponha livremente da metade de seus bens ou da herança. Assim, no que tange a parte disponível poderá o doador ou testador optar por doá-la ou destiná-la de forma diferenciada entre seus filhos ou, inclusive, doá-la ou destiná-la a apenas um de seus filhos sem que os demais possam nulificá-la sob alegação de violação ao princípio da igualdade.<sup>23</sup>

Tecidas as considerações gerais acerca da eficácia do direito fundamental à igualdade nas relações jurídicas entre particulares, especialmente no que concerne a sua relação com os direitos fundamentais à liberdade, autonomia privada e ao livre desenvolvimento da personalidade, imperioso proceder à análise de relevante questão envolvendo a aplicabilidade do direito fundamental à igualdade nas relações jurídicas entre particulares, qual seja, se é possível e, em caso positivo, em que medida, os particulares, no âmbito de suas relações jurídicas privadas podem, no exercício de sua liberdade contratual, se negar a vender bens ou a prestar serviços ofertados ao público. Ou seja, seria possível que um particular proprietário de estabelecimento aberto ao público escolha quem admitirá em seu estabelecimento e adote como critério de eleição o sexo, raça, etnia ou outra característica da pessoa?

### **3 Liberdade de contratação e proibição de discriminação e nos ordenamentos jurídicos europeus.**

Uma das questões que mais tem despertado o interesse de estudiosos no âmbito do ordenamento jurídico europeu é a atinente ao conflito entre a liberdade de contratação e a proibição de discriminação no âmbito das relações jurídicas privadas. A questão adquiriu tamanha relevância que, ao longo destes últimos anos, foram elaborados, pela Comunidade Européia, diversas normativas destinadas a disciplinar e regulamentar a aplicabilidade do princípio da igualdade no âmbito das relações jurídicas privadas, com o objetivo precípua de combater as práticas discriminatórias ilícitas.<sup>24</sup>

Os instrumentos normativos editados pela Comunidade Européia materializam duas importantes Convenções Internacionais editadas no âmbito da Organização das Nações Unidas, quais sejam, a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, datada de 21 de

<sup>23</sup> Neste caso o tratamento diferenciado poderia, inclusive, levar em consideração o fato de se tratar de filho "legítimo", adotivo ou espúrio. Destaque-se, que no caso específico existe, inclusive, norma constitucional específica relativa a igualdade entre filhos.

<sup>24</sup> Assim, a título de exemplo, merecem destaque a Directiva 2000/43/CE, de 29 de junho de 2000, que disciplina a aplicação do princípio da igualdade no tratamento das pessoas, independentemente de sua origem racial ou étnica; a Directiva 2000/78/CE, de 27 de novembro de 2000, relativa ao estabelecimento de um marco geral para a igualdade de tratamento nas relações de emprego e ocupação; a Directiva 2002/73/CE, de 23 de setembro de 2002, que disciplina a aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, a formação e promoção profissionais e condições de trabalho; e, a mais relevante para o presente estudo, a Directiva 2004/113/CE, de 13 de dezembro de 2004, que disciplina a aplicação do princípio da igualdade no tratamento de homens e mulheres no que tange ao acesso de bens, serviços e seu fornecimento.

dezembro de 1965<sup>25</sup>, e a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, editada em 18 de dezembro de 1979, as quais foram ratificadas por inúmeros Estados.

Além dos instrumentos normativos comunitários destinados à promoção da igualdade e combate às práticas discriminatórias, constata-se a sua gradativa incorporação aos diversos ordenamentos jurídicos europeus, como ocorreu em Alemanha, com a edição da Lei Geral de Tratamento Igualitário, em vigor desde 14 de agosto de 2006, em Portugal, com a Lei n.º 18 de 11 de maio 2004, Lei Geral de Tratamento Igualitário, e, recentemente, em Espanha, com a aprovação do anteprojeto de Lei Geral de Igualdade de Tratamento e não Discriminação.

Essas legislações refletem os preceitos normativos contidos nas Diretivas 2000/78/CE e 2004/113/CE, editadas pelo Conselho da União Européia, e tem como objetivo inserir em cada um dos ordenamentos internos normas jurídicas destinadas a regulamentar e disciplinar a aplicação do princípio da igualdade no âmbito das relações jurídicas de natureza trabalhista, securitária, consumerista, locatícia, dentre outras, constituindo importantes mecanismos de promoção e efetivação do princípio da igualdade no âmbito das relações jurídicas particulares e combate às práticas discriminatórias ilícitas.<sup>26</sup>

O presente artigo, a despeito da amplitude das normativas comunitárias e legislações citadas, limitar-se-á a analisar e estudar a relevante questão da aplicabilidade do princípio da igualdade e a consequente proibição de discriminação no âmbito das relações jurídicas privadas, especificamente, no que concerne a possibilidade de que estabelecimentos abertos ao público se recusem a contratar e não admitam o ingresso em suas dependências de determinadas pessoas em razão de seu sexo, raça, etnia, dentre outros, a partir da análise das Directivas 2004/113/CE e 2000/78/CE, bem como das legislações existentes em Alemanha, Portugal e Espanha.<sup>27</sup>

Nesse diapasão, diante dos objetivos propostos pelo presente trabalho, a partir de um estudo do direito comparado, cumpre questionar, podem os proprietários de estabelecimentos comerciais, tais como restaurantes, bares, hotéis, boates, cinemas, e demais estabelecimentos abertos ao público se negarem a admitir em suas dependências pessoas em razão de sua raça, etnia, sexo, religião, opção sexual, opiniões ou convicções? Como conciliar, nestes casos, o direito de liberdade de contratação, inclusive no que tange a possibilidade de recusa em contratar, com a proteção do direito a igualdade e com o combate às práticas discriminatórias? Essa é a relevante questão que se passa a analisar.

<sup>25</sup> O Brasil ratificou a referida convenção, junto ao Secretário Geral das Nações Unidas, em 27 de março de 1968, tendo, posteriormente editado o Decreto nº 65.810 - de 8 de dezembro de 1969.

<sup>26</sup> Conforme destaca SILVA (2007:416) ao analisar o caso brasileiro, *"a inexistência de uma lei geral de antidiscriminação aplicável ao Direito Privado tem por efeito não só a inexistência de um debate dogmático sobre o tema, como também deixa ao desabrigo hipóteses de proteção que exigem intervenção legislativa. Essa circunstância demonstra-se na deficitária e lacunosa proteção oferecida pela ordem jurídica brasileira."*

<sup>27</sup> Segundo destaca AGUILERA RULL (2009), a partir de uma análise da exposição de motivos que justificaram a edição da Diretiva 2004/113/CE, o conceito de bens e serviços disponíveis para o público abrange "o acesso a locais em que se permite a entrada do público", "todos os tipos de moradia, incluídas a de aluguel e alojamento em hotéis", "serviços bancários, de seguros e outros serviços financeiros" "transporte" e "os serviços de qualquer profissão ou ofício ofertados ao público".

### 3.1 Liberdade de contratação e proibição de discriminação nos estabelecimentos abertos ao público.

Uma das questões mais controvertidas que as Diretivas 2000/78/CE e 2004/113/CE normatizam é a referente à proibição de discriminação quando há a oferta pública de bens ou serviços por um particular. Isto porque, segundo preceitos contidos nas Diretivas 2000/78/CE e 2004/113/CE<sup>28</sup>, as pessoas que forneçam bens ou prestem serviços disponíveis ao público estão vinculadas ao princípio da igualdade, razão pela qual estão proibidas de escolher os contratantes com base em seu sexo, raça ou etnia. Assim, o fornecedor de bens ou o prestador de serviços que ofertem bens ou serviços ao público, não poderiam, no exercício de sua liberdade de contratar, se negar a admitir uma pessoa em seu estabelecimento em razão de seu sexo, raça ou etnia. Conforme destaca BILBAO UBILLOS (2006:162)

“De forma recorrente, os meios de comunicação fazem eco da existência de práticas discriminatórias no acesso a determinados estabelecimentos abertos ao público. Os proprietários destes locais invocam para justificar este tipo de comportamento o direito de admissão que lhes assiste. Mas os juristas não tem prestado demasiada atenção nesta questão e são muitas as dúvidas que nos assaltam em relação ao conteúdo e aos limites desta faculdade, que anularia o suposto direito de ser admitido do potencial cliente. O que é latente no fundo deste debate é a crescente dificuldade para traçar uma linha divisória nítida entre a esfera pública e a esfera privada. Não são poucas as atividades que se situam em uma zona cinzenta, fronteiriça, as condutas aparentemente privadas que tem uma transcendência social.” (tradução nossa).

Em Alemanha, a Lei Geral de Tratamento Igualitário, em vigor desde 14 de agosto de 2006, incorporando os preceitos normativos contidos na Diretiva 2004/113/CE, prevê no artigo 1, serem proibidas práticas discriminatórias baseadas em raça, etnia, origem, sexo, religião e orientação sexual no que tange ao *“acesso e fornecimento de bens e serviços que estão disponíveis ao público, incluindo a habitação.”*<sup>29</sup> Em disposição normativa parecida, em Portugal, a Lei 18 de 2004, no artigo 3.2, considera discriminatórias e, portanto, proibidas, as práticas de *“recusa de fornecimento ou impedimento de fruição de bens ou serviços”* bem como de *“recusa de acesso a locais públicos ou abertos ao público”*, em razão do sexo, raça, etnia, cor, orientação sexual. Em igual sentido, em Espanha, o anteprojeto de Lei Geral de Igualdade de Tratamento e não Discriminação, prevê no artigo 3, que a proibição de discriminação se aplicará no que concerne ao *“acesso, oferta e aquisição de bens e serviços disponíveis ao público, incluindo a habitação.”*<sup>30</sup>

Não se pode olvidar que as Diretivas 2000/78/CE e 2004/113/CE reconhecem o direito de liberdade contratual e a autonomia privada ao preceituarem que, *“qualquer pessoa goza de liberdade contratual,*

<sup>28</sup> “(13) A proibição de discriminação é aplicável a pessoas que fornecem bens ou prestam serviços disponíveis ao público e oferecidos fora do domínio da vida privada e familiar e das transações efectuadas neste contexto.”

<sup>29</sup> Segue o texto original em inglês: *“The purpose of this Act is to prevent or to stop discrimination on the grounds of race or ethnic origin, gender, religion or belief, disability, age or sexual orientation. (1) For the purposes of this Act, any discrimination within the meaning of Section 1 shall be inadmissible in relation to: 8. access to and supply of goods and services which are available to the public, including housing.”*

<sup>30</sup> Segue o texto original em espanhol: *“Acceso, oferta y suministro de bienes y servicios a disposición del público, incluida la vivienda.”*

nomeadamente da liberdade de escolher o outro contraente para uma transação<sup>31</sup>. Contudo, quando se tratar de fornecimento de bens ou prestação de serviços ofertados ao público, o exercício da liberdade contratual e da autonomia privada restam limitados, haja vista que, a recusa em contratar com determinada pessoa, por exemplo, ao não se admitir seu ingresso no estabelecimento, somente poderá se basear no critério sexo ou em outros critérios distintivos tais como raça, etnia, religião, opção sexual, quando existirem objetivos legítimos justificadores da discriminação realizada, ou seja, quando existirem justificativas adequadas para legitimar a discriminação.<sup>32</sup> É o que prevê o artigo 4º, da Diretiva 2004/113/CE, segundo a qual:

Artigo 4º

5. A presente directiva não exclui à partida diferenças de tratamento, se o fornecimento de bens e a prestação de serviços exclusivamente ou prioritariamente aos membros de um dos sexos for justificado por um objectivo legítimo e os meios para atingir esse objectivo forem adequados e necessários.<sup>33</sup>

A própria Diretiva 2004/113/CE, na exposição de motivos, descreve algumas situações nas quais aqueles que ofertam bens ou serviços ao público podem, no exercício da liberdade contratual e autonomia privada, exercerem o direito de admissão e livremente discriminarem os potenciais contratantes em razão de seu sexo, se negando a contratar com os demais.

(16) As diferenças de tratamento só podem ser aceitas se forem justificadas por um objectivo legítimo. Pode considerar-se um objectivo legítimo, por exemplo, a protecção de vítimas de violência relacionada com o sexo (em casos como o estabelecimento de centros de acolhimento para pessoas do mesmo sexo), motivos de privacidade e decência (em casos como o fornecimento de alojamento por uma pessoa numa parte da sua própria casa), a promoção da igualdade dos sexos ou dos interesses de homens e mulheres (por exemplo, organizações voluntárias de pessoas do mesmo sexo), a liberdade de associação (por exemplo, clubes privados reservados a pessoas do mesmo sexo) e a organização de actividades desportivas (por exemplo, acontecimentos desportivos para pessoas do mesmo sexo). Qualquer limitação deve, no entanto, ser adequada e necessária de acordo com os critérios decorrentes da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

<sup>31</sup> Nos termos do item (14) *“Qualquer pessoa goza de liberdade contratual, nomeadamente da liberdade de escolher o outro contraente para uma transação. Quem forneça bens ou preste serviços pode ter razões subjectivas para a escolha do outro contraente. Desde que essa escolha não se baseie no sexo, a presente directiva não prejudica a liberdade de cada um nessa escolha.”*

<sup>32</sup> GALVEZ MUÑOZ (2003:202-203), ao analisar a jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, sustenta que: *“El Tribunal ha establecido también los criterios o elementos que permiten distinguir entre una diferencia de trato justificada y otra discriminatoria y, por tanto, constitucionalmente inadmisibile (desigualdad de los supuestos de hecho; finalidad constitucionalmente legitima; congruencia entre el trato desigual, el supuesto de hecho que lo justifica y la finalidad que se persigue; y proporcionalidad entre los elementos anteriores); ha otorgado a las condiciones personales explicitamente enunciadas en el artículo 14 (nacimiento, raza, sexo, religión y opinión) el tratamiento de ‘categorías sospechosas de discriminación’, de tal modo que todo trato desigual basado en algunas de esas circunstancias debe ser sometido a un escrutinio especialmente riguroso, necesitando un plus de fundamentación de su objetividad y razonabilidad para pasar en el test de constitucionalidad.”*

<sup>33</sup> Em igual sentido preceitua o artigo 3º da Lei Portuguesa 18/2004 que *“Não se considera discriminação o comportamento baseado num dos factores indicados nas alíneas anteriores, sempre que, em virtude da natureza das actividades em causa ou do contexto da sua execução, esse factor constitua um requisito justificável e determinante para o seu exercício, devendo o objectivo ser legítimo e o requisito proporcional.”* Em Espanha, o artigo 4.2, do anteprojeto prevê que *“No se considera discriminación la diferencia de trato basada en alguna de las causas previstas en el apartado primero del artículo dos de esta Ley derivada de una disposición, acto,*

Importa destacar, que a recusa em contratar baseada na raça ou na etnia dificilmente estará ampara pela liberdade de contratar ou pela autonomia privada, haja vista que, nestes casos, a recusa em contratar e a não admissão da pessoa no estabelecimento aberto ao público, além de dificilmente encontrar um motivo ou objetivo legítimo, importará em inquestionável tratamento vexatório e degradante, violador da dignidade da pessoa discriminada.<sup>34</sup> ALFARO AGUILA-REAL destaca que nestes casos o particular abusa de seu direito de liberdade de contratação, ao submeter o outro particular, em razão da negativa de contratação, a tratamento humilhante e, portanto, contrário a sua dignidade e ao ordenamento jurídico. Destaca o autor que, nestas situações, a recusa em contratar não é ilícita apenas por ser discriminatória, mas principalmente pelo fato de violar a dignidade do outro contratante,<sup>35</sup> pensamento que também é compartilhado por VIEIRA DE ANDRADE (1998:295), que aponta a necessidade de se proibir apenas as discriminações que afetem de forma intolerável a dignidade humana. Conforme destaca ALFARO AGUILA-REAL (1993:119), ao tratar da necessidade de combate às práticas discriminatórias:

“O caso mais patente é o de acesso a locais públicos, por quanto a abertura de um estabelecimento ao público implica em uma renúncia expressa a selecionar a clientela sob bases individuais, ainda quando caiba afirmar que haja a obrigação de contratar pelo mero fato da abertura. O que torna vexatória a negativa é que todo mundo sabe que em princípio se aceita contratar com qualquer um, razão pela qual a negativa não justificada só pode ser interpretada como um ato de desprezo e desvalorização, justamente a finalidade perseguida pelo discriminador.”

Outra situação de difícil resolução é quando a discriminação não se baseia em critérios como sexo, raça etnia, religião, mas leva em consideração a aparência da pessoa que teve sua admissão recusada. Pode um estabelecimento recusar a admissão de um cliente que, segundo a compreensão dos proprietários, não estivesse trajando vestimentas adequadas? Pode um estabelecimento recusar a admissão de pessoas trajando camisetas, bermudas ou bonés, sob a alegação de que tais vestimentas ou acessórios não seriam compatíveis com o “padrão” exigido para o estabelecimento? Na esteira de BILBAO UBILLOS (2007), para que, nestes casos, a recusa possa ser legítima, indispensável que as condições de admissão, além razoáveis, objetivas e destinaram-se ao público em geral, devem ser previa e publicamente estabelecidas, apresentando de antemão os limites à vontade de contratar externalizada pelo proprietário do estabelecimento. É o critério adotado pelo artigo 21 do anteprojeto de Lei Geral de Igualdade de Tratamento e não Discriminação.

Artículo 21. Direito a igualdade de tratamento e não discriminação em estabelecimentos ou espaços abertos ao público.

---

*critério o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla.”*

<sup>34</sup> Em igual sentido destaca BILBAO UBILLOS (2003: 68).

<sup>35</sup> “Lo que sucede es que el riesgo de tratamiento vejatorio al que hemos aludido se actualiza especialmente en relación con la negativa de contratar discriminatoria (...) por la especial conexión que el derecho a la igualdad tiene con la dignidad humana, pero esto no significa que una negativa de contratar sea ilícita por ser discriminatoria” (ALFARO AGUILA-REAL, 1993: 114)

1. Os critérios e práticas sobre admissão das pessoas em estabelecimentos ou espaços abertos ao público, espetáculos públicos ou atividades recreativas deverão garantir a ausência de qualquer forma de discriminação por razão dos motivos previstos no primeiro artigo desta lei. (nascimento, origem racial ou étnica, sexo, religião, convicção ou opinião, idade, incapacidade, orientação ou identidade sexual, enfermidade, língua, ou qualquer outra condição ou circunstância pessoal ou social)
2. A proibição de discriminação regulada no item anterior compreende tanto as condições de acesso aos locais ou estabelecimentos, como a permanência nestes, assim como o uso e o desfrute dos serviços que se prestem, sem prejuízo da existência de organizações, atividades ou serviços destinados exclusivamente a promoção de grupos identificados por um dos motivos mencionados no artigo dois.
3. As pessoas titulares de estabelecimentos e locais a que se referem os itens anteriores darão conhecimento em local visível os critérios e limitações que resultem do exercício do direito de admissão e, com caráter prévio a sua adoção, comunicarão às autoridades públicas competentes. (tradução nossa)

Nestes casos específicos, a conduta adotada pelo proprietário do estabelecimento aberto ao público deixa de configurar discriminação ilícita, haja vista que, ao se dar publicidade prévia de quais são os critérios de admissão naquele estabelecimento, estes critérios passam a ser aplicados a coletividade, de forma geral, abstrata e indistinta, de modo que não haverá como se aduzir que determinada pessoa foi discriminada. Essa lógica, contudo, não pode ser utilizada para permitir que o estabelecimento preveja que não se admitirá pessoas de determinada raça ou etnia, pois, nesta situação, a despeito da discriminação não possuir um destinatário específico, se concretiza em desfavor de toda uma categoria de pessoas, violando a dignidade humana de seus integrantes. É nesse sentido, por exemplo, que é recomendável que academias, saunas, clubes recreativos, salões de beleza e outros estabelecimentos que ofertem serviços destinados exclusivamente a público de determinado sexo prevejam essa limitação de forma prévia.

A grande dificuldade em se admitir a possibilidade de que um estabelecimento aberto ao público, no exercício de sua liberdade da contratação, não admita pessoas em razão de características pessoais decorre do fato de que ao atuar no mercado o estabelecimento manifesta e torna pública a sua vontade de contratar, razão pela qual, qualquer pessoa que deseje contratar nas condições previamente fixadas poderá fazê-lo.<sup>36</sup> Assim, conforme destaca AGUILERA RULL (2009: 16) *“lo decisivo será ahora el círculo de destinatários al que el oferente dirige sua declaración de voluntad. Se dirigirse a un círculo indeterminado de personas deberá garantizarles a todas ellas el acceso en igualdad de condiciones, sin poder excluir a ciertas personas por sua origen racial o sexo”*<sup>37</sup>. Assim, importante que eventuais limitações impostas pelo estabelecimento como condições para

<sup>36</sup> No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, inexistem instrumentos normativos específicos destinados a normatizar a aplicabilidade do princípio da igualdade nas relações jurídicas privadas. A despeito disso, há que se destacar, dada relevância e pertinência temática que, configurada a natureza consumerista da relação jurídica, nos termos do inciso IX, do artigo 39, do Código de Defesa do Consumidor, constitui prática abusiva a recusa de venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se dispenha a adquiri-los mediante pronto pagamento.

<sup>37</sup> Em igual sentido, destaca CERDÁ MARTINEZ-PUJALTE (2009:117) que *“detrás de todo subyace el pensamiento de que aquellos que ponen sus mercancías y servicios a disposición del público tienen el deber de desenvolverse de forma neutral en dicho mercado. La oferta hecha se dirige a cualquiera y es independiente de si la parte oferente actúa en el mercado de forma habitual com una intención empresarial o no.”*

admissão, desde que não fundadas em raça ou etnia, critérios naturalmente odiosos, sejam previa e publicamente estabelecidas, de forma que os potenciais contratantes delas tomem ciência e, desejando contratar, passem a observá-las.

Há que se destacar que a doutrina europeia também tem se inclinado no sentido de inadmitir e considerar ilegítima a recusa em contratar quando o bem ou serviço ofertado forem considerados essenciais ou quando ofertados no mercado em regime de monopólio. Dessa forma, não seria possível à única escola, ao único hospital, ao único hotel de determinada localidade se negar a contratar adotando critérios de sexo, raça, etnia, crença religiosa. Nesse sentido, BILBAO UBILLOS (2006:156-157) destaca que *“é um dado decisivo a posição dominante e monopolística da entidade discriminadora no mercado e na sociedade”,* assim, *“o único clube recreativo, a única sala de cinema, a única piscina aberta ao público em uma determinada localidade não poderia excluir determinadas categorias de pessoas por motivos de raça, sexo ou crenças”.* E conclui *“uma coisa é selecionar um espaço de liberdade em que se prima pelas preferências e simpatias pessoais e outra é abusar da posição de virtual monopólio para discriminar aqueles que não tem outra alternativa e não podem acudir a outro estabelecimento.”*

A aplicabilidade do princípio da igualdade e consequente proibição de discriminação em razão de raça, etnia ou sexo no que concerne aos particulares que ofertem bens ou serviços ao público, portanto, não é incondicionada, haja vista que a própria diretiva reconhece a inviabilidade de se proibir que os particulares discriminem em relações jurídicas privadas que se concretizem dentro do âmbito ou no contexto da vida privada e ou familiar. Reconhece-se que em relações jurídicas em que há o predomínio de questões atinentes à vida privada ou à esfera familiar é indispensável se resguardar a possibilidade de que os particulares escolham livremente os contratantes que melhor atendam aos seus interesses, tal como ocorre, por exemplo, nas relações jurídicas de natureza associativa ou naquelas referentes à locação de bens imóveis.<sup>3839</sup>

CERDÁ MARTINEZ-PUJALTE (2009:120) aduz que *“junto com a liberdade de associação, é também relevante a proteção da esfera privada e da vida familiar assim como os negócios existentes neste contexto”,* e destaca a importância de que, *“com referência à vida privada, que inclui a vida familiar, mas vai mais além, se está respeitando o âmbito em que cada pessoa fica livre da observação pública e pode comportar-se assim mesmo, livremente.”* Essa necessidade de proteção da vida privada e da intimidade individual é reconhecida pelo artigo 3.1, da Diretiva 2004/113/CE que, de forma expressa, afasta a aplicabilidade do princípio da igualdade das

<sup>38</sup> Aqui se refere àquelas relações jurídicas em que um particular aluga seu imóvel, sem que tal ato represente constituía sua atividade empresarial; aqueles casos em que o particular aluga seu próprio imóvel ou parte de seus cômodos a terceiros em uma espécie de pensionato, bem como naquelas em que o imóvel se destina a abrigar público de determinado sexo, tal como ocorre nas repúblicas estudantis.

<sup>39</sup> Nesse sentido, de acordo com a Seção 19, da Lei Geral de Tratamento Igualitário alemã *“(3) In the case of rental of housing, a difference of treatment shall not be deemed to be discrimination where they serve to create and maintain stable social structures regarding inhabitants and balanced settlement structures, as well as balanced economic, social and cultural conditions.*

*(4) The provisions set out in Part 3 shall not apply to obligations resulting from family law and the law of succession.*

*(5) The provisions set out in Part 3 shall not apply to civil-law obligations where the parties or their relatives are closely related or a relationship of trust exists. As regards tenancy, this may in particular be the case where the parties or their relatives use housing situated on the same plot of land. The rental of housing for not only temporary use shall generally not constitute business within the meaning of Subsection (1) No 1 where the lessor does not let out more than 40 apartments in total.”*

relações jurídicas que estejam relacionadas à vida privada e familiar dos particulares. Nos termos do referido dispositivo legal:

Artigo 3º

1. Dento dos limites das competências da comunidade, a presente diretiva é aplicável a todas as pessoas que forneçam bens e prestem serviços disponíveis ao público, independentemente da pessoa em causa, tanto no sector público como no privado, nomeadamente organismos públicos, e que sejam oferecidos fora do quadro da vida privada e familiar e das transacções efectuadas nesse contexto.<sup>40</sup>

Há que se destacar que sob a perspectiva da liberdade associativa a análise da questão merece outros contornos e explicitações. As associações privadas além de não configurarem estabelecimentos abertos ao público, não estão obrigadas a admitirem associados com base no princípio da igualdade, pois constituem espaços de exercício da vida privada por seus associados. As associações privadas são livres para elegerem aqueles com quem pretendam contratar e se associar, inclusive adotando como critério de eleição o sexo, a raça, a etnia, as crenças, as concepções religiosas, a comunhão ou identidade de interesses, sem que tais discriminações possam ser consideradas ilícitas, uma vez que não representam qualquer afronta à dignidade daqueles que não foram aceitos como associados. Assim, por exemplo, é possível a existência de associações em que só mulheres, homens, brancos ou negros, possam se associar, das quais somente cristãos ou judeus podem participar, nas quais se exija que a pessoa possua os mesmos interesses dos demais associados.

#### 4 – Considerações Finais

Conforme se pôde inferir, a partir de uma detida análise e estudo das normas jurídicas do direito comparado, a questão da eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares é extremamente tormentosa, uma vez que, se por um lado a promoção da igualdade entre os indivíduos e o combate às práticas discriminatórias é essencial à formação de uma sociedade justa e livre de discriminações, por outro, a proteção e garantia da liberdade contratual e da autonomia privada também se mostra indispensável a existência de uma sociedade livre.

Atentos à necessidade de conciliar a promoção da igualdade e o combate às práticas discriminatórias ocorridas nas relações jurídicas privadas, com a proteção da liberdade contratual e autonomia privada, Comunidade Européia e os Estados Europeus vem editando importantes normatizações destinadas a disciplinar essa relevante problemática, as quais forma objetos de estudo, com o objetivo de se verificar em que medidas elas podem contribuir para o desenvolvimento da legislação e doutrina brasileiras sobre o tema que, até o presente momento são praticamente inexistentes.

<sup>40</sup> De acordo com a exposição de motivos da Diretiva 2004/113/CE, esta reconhece que *“ao mesmo tempo que se proíbe a discriminação, é importante respeitar outros direitos e liberdades fundamentais, designadamente a proteção da vida privada e familiar e das transações efetuadas neste contexto, bem como salvaguardar a liberdade de religião.”*

No que concerne ao tema central, qual seja, a aplicabilidade do princípio da igualdade aos estabelecimentos abertos ao público e a proibição de discriminação, verificou-se que, seguindo os preceitos normativos contidos na Diretiva 2004/113/CE e nas legislações de promoção da igualdade e combate à discriminação alemã, espanhola e portuguesa, a recusa em contratar, mediante a não admissão de ingresso no estabelecimento, somente poderá se basear nos critérios de sexo, raça, etnia, religião, opção sexual, quando os objetivos forem legítimos, razoáveis, necessários e adequados.

De igual modo, inferiu-se que se a recusa em contratar baseada no sexo, religião ou orientação sexual pode ser considerada legítima, desde que devidamente fundamentadas, a recusa em contratar baseada na raça ou na etnia dificilmente estará ampara pela liberdade de contratar ou pela autonomia privada, haja vista que, nestes casos, a não admissão da pessoa no estabelecimento aberto ao público, além de dificilmente estar alicerçada em uma justificativa, motivo ou objetivo legítimo, importará em inquestionável tratamento vexatório e degradante, violador da dignidade da pessoa discriminada, o que é inadmissível.

Ademais, verificou-se que nas relações jurídicas realizadas no contexto da esfera privada ou esfera familiar, bem como naquelas atinentes ao exercício da liberdade associativa a análise da questão merece outros contornos e explicitações. Isto porque reconhece-se que nessas relações jurídicas, por haver o predomínio de questões atinentes à vida privada ou à esfera familiar, é indispensável resguardar a possibilidade de que os particulares escolham livremente os contratantes que melhor atendam aos seus interesses, não sendo possível aduzir a aplicabilidade do princípio da igualdade.

Constatou-se não ser possível sustentar de forma acrítica e uniforme a aplicabilidade do princípio da igualdade em todas as relações jurídicas privadas, haja vista que a aplicabilidade está condicionada às peculiaridades e especificidades do caso concreto, nem mesmo ser possível sustentar que toda discriminação é ilícita, uma vez que será ilícita a discriminação que não se basear em motivo razoável e legítimo, que atentar contra outros direitos fundamentais, especialmente à dignidade da pessoa humana, contra a ordem pública, os bons costumes, ou nos casos em que o exercício da liberdade e da autonomia privada caracterizar abuso de direito.

Sustentar ser o princípio da igualdade aplicável a todas as relações jurídicas privadas, obrigando os particulares a sempre apresentarem uma justificativa racional e objetiva para o tratamento diferenciado, implicaria em restrição indevida e não razoável à liberdade e à autonomia privada, limitando sobremaneira o espaço privado de livre determinação e desenvolvimento da personalidade. Assim como quaisquer outros direitos fundamentais, os exercícios da liberdade e da autonomia privada não são absolutos, uma vez que deverão ser exercidos em conformidade com os demais direitos fundamentais, razão pela qual a análise das especificidades e peculiaridades do caso concreto sempre se mostrarão indispensáveis.

**BIBLIOGRAFIA**

- AGUILERA RULL, A. (2009). "Prohibición de discriminación y libertad de contratación" En *Revista Análisis del Derecho*. Barcelona: Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra, p.1-30.
- AGUILERA RULL, A. (2011) "El proyecto de ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación". En *Revista Análisis del Derecho*. Barcelona: Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra, p.1-15.
- ALFARO AGUILA-REAL, J. (1993). "Autonomía privada y derechos fundamentales." En *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46, N. 1, Ministerio de Justicia: Madrid, p. 57-122.
- VIERA DE ANDRADE, J. C. (1998). *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo. Principio de igualdad y derecho privado. En *Anuario de Derecho Civil*, vol. 43, N. 2, Ministerio de Justicia: Madrid, p. 369-427.
- BILBAO UBILLOS, J. M. (2007). "La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales em el ordenamiento español" En MONTEIRO, A P; NEUNER, J e SARLET, I W. (coords.). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, p.145-163.
- BILBAO UBILLOS, J. M. (2006) "¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?" En SARLET, I. W. (coord.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 301-340.
- BOBBIO, N. (2003) *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 10ª ed. São Paulo: Paz e Terra.
- BOCKENFORDE, E. W. (1993) *Escritos sobre derechos fundamentales*. Juan Luis Requejo Pagés (Trad.). Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- CANOTILHO, J. J. G. (2003) *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina.
- \_\_\_\_\_ (2004) *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora.
- CARRASCO PERERA, A. (1991). "El principio de no discriminación por razón de sexo". En *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n. 11-12, Albacete: UCLM, 9-38.
- CERDÁ MARTINEZ-PUJALTE, C. (2009). "El problema de la discriminación en el ámbito privado: una aproximación a las legislaciones recientes en Alemania y España". En *Revista de Derecho Privado*, n. 16. Colombia: Universidad Externado de Colombia, p. 103-146.
- FACHIN, L. E. (2003a). *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2ª. ed. Rio de Janeiro, Renovar.
- \_\_\_\_\_ (2003b) "Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Código Civil: uma análise crítica." En SARLET, I. W. (coord.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 87-104.
- GALVEZ MUÑOZ, L. (2003) "La clausula general de igualdad." *Anales de Derecho*, n. 21. Universidad de Murcia, p. 195-206.

- MC CRORIE, B. F. S. (2005). *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina.
- NOVAIS, J. R. (2007) "Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares." En SARMENTO, D. A. M. (Org.). *A Constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris.
- PEREZ LUÑO, A. E. (2007). *Los derechos fundamentales*. 9ª ed. Madrid: Tecnos.
- PINTO, C. A. da M. (1996). *Teoria geral do direito civil*. 3ª ed. actual. Coimbra: Coimbra Editora.
- PINTO, P. M. (2007). "A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português." En MONTEIRO, A. P. et al (Orgs.). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, p.145-163.
- PRIETO SANCHIS, L. (1994) *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Debate.
- REY MARTINEZ, F. (2010). "Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español." En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLIII, núm. 129, septiembre-diciembre, p. 1323-1369.
- SARLET, I. W. (2000). *A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- \_\_\_\_\_ (2007) *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado.
- SARMENTO, D. A. de M. (2008). *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar.
- STEINMETZ, W. (2004). *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores.
- SILVA, J. C. F da (2007). "A proteção contra a discriminação no direito contratual brasileiro." En MONTEIRO, A. P. et al (coords.). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, p.389-416.
- SOMBRA, T. L. S. (2004). *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris.
- SUAY RINCON, J. (1985). "El principio de igualdad en la justicia constitucional." ED, Instituto de Estudios de Administración Local: Madrid.
- TEPEDINO, G. (2008). "Normas constitucionais e relações privadas na experiência das cortes brasileiras." *Revista Themis*, Curitiba, Centro Acadêmico Hugo Simas, p. 21-29.
- VALE, A. R. do. (2004) *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.



# RESEÑA

## **III Jornadas de Jóvenes Investigadoras/es en Derecho y Ciencias Sociales del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja**

Del miércoles 3 al viernes 5 de octubre se llevaron a cabo las III Jornadas de Jóvenes Investigadoras/es en Derecho y Ciencias Sociales del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja, organizadas por la Comisión de Jóvenes Investigadoras/es del Instituto.

El panel de inauguración de las jornadas se propuso presentar el trabajo de tres prestigiosos investigadores que no pertenecen al área del derecho, pero que investigan temas que son de interés para la investigación jurídica. Así, disertaron en el panel titulado "Otras miradas sobre el derecho", las investigadoras **María Inés Pacecca**, antropóloga, docente e investigadora del Instituto de Ciencias Antropológicas de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, especialista en migraciones; **María Cristina Cravino**, antropóloga y docente e investigadora de la Universidad Nacional de General Sarmiento, especialista en derecho a la ciudad y asentamientos informales; y el investigador **Julián Rebón**, sociólogo, docente e investigador de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y director del Instituto de Investigaciones Gino Germani, de la misma Facultad, especialista entre otros temas, en la cuestión de fábricas recuperadas. El panel contó con la presentación del director del Instituto Gioja, el doctor Carlos Cárcova.

Asimismo, las jornadas contaron con mesas especializadas en derecho penal, derecho internacional, derechos humanos, política y derecho, derecho constitucional y teoría general del derecho, en las que participaron cerca de ochenta ponentes de distintas ciudades de Argentina, Brasil y Colombia.

El evento cumplió así con el objetivo que se propusieron estas jornadas desde su inicio: el de fomentar el diálogo y el intercambio académico entre jóvenes investigadores del área de derecho y de las ciencias sociales de nuestro país y de nuestra región.

La Comisión de jóvenes investigadoras/es del Instituto Gioja agradece en particular el apoyo brindado por la Secretaría de Investigación de esta Facultad, así como por el Director del Instituto y su personal administrativo, en la organización de estas jornadas.

## CONVOCATORIA PARA EL PRÓXIMO NÚMERO DE LA REVISTA

La Revista electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Gioja recibirá trabajos para publicar en su próximo número, previo referato, **hasta el día 31 de marzo de 2013.**

Todos los trabajos deberán estar adecuados a nuestras normas de publicación, que pueden ser consultadas en: [http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/normas\\_prestrabajos.php](http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/normas_prestrabajos.php)

Aquellos artículos que no se encuentren adaptados a dichas pautas serán rechazados in limine, antes de ser enviados para su evaluación por nuestros árbitros.