

PENSAR EN DERECHO N°22



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

PENSAR EN DERECHO

Directora

Mónica Pinto

Comité editorial

Guido Barbarosch

Ivana Bloch

María Victoria Famá

Gisela Makowski

Juan Pablo Mugnolo

Alberto A. Spota

Iván Cristóbal Tolnay de Hagymassy

Comité Académico

Susana Albanese

Susana Cayuso

Raúl Etcheverry

Fernando García Pullés

Carlos Gherzi

Adrián Goldin

Martín Krause

Delia Lipszyc

Luis Niño

Renato Rabbi Baldi

Coordinación de la revista

Bárbara Weinschelbaum



Eudeba

Universidad de Buenos Aires

1º edición: julio de 2023

© 2023

Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires

Sociedad de Economía Mixta

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

Tel: 4383-8025

www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723

ISSN: 2314-0194



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



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Autoridades

Decano: *Leandro Vergara*

Vicedecana: *Silvia Nonna*

Consejo Directivo de la Facultad de Derecho

Claustro de profesores/as

Consejeros/as Titulares

Mary Beloff
Juan Pablo Mas Velez
Marcela I. Basterra
Daniel R. Vítolo
Leila Devia
Alejandro Alagia
Graciela Medina
Gonzalo Alvarez

Consejeros/as Suplentes

Adelina Loianno
Marcelo Gebhardt
Silvia Nonna
Alfredo Vítolo
Nancy Cardinaux
Juan Pablo Mugnolo
María Blanca Noodt Taquela
Claudio E. Martyniuk

Claustro de graduados/as

Consejeros/as Titulares

Raúl M. Alfonsín
Silvia Bianco
Fabián Leonardi
Martín Río

Consejeros/as Suplentes

Elisa Romano
Enrique Rodríguez Chiantore
Silvia A. Bordón
Romina Nieto Coronel

Claustro de estudiantes

Consejeros/as Titulares

Mateo Agustín Pedroni
Luciana Gallardo
Sebastián Fernández Jaichenco
Juan Martín Sala

Consejeros/as Suplentes

Micaela Castañeda
Joaquín Santos
Trinidad Acuña Bianchi
Lucien Rocío Palacios Gava

Representante No Docente

Lorena Castaño

Secretarios/as

Secretario Académico: *Lucas G. Bettendorff*

Secretario de Administración: *Carlos A. Bedini*

Secretario de Extensión Universitaria: *Oscar M. Zoppi*

Secretaria de Investigación: *Luciana B. Scotti*

Secretaria de Relaciones Internacionales: *Marta R. Vígevano*

Secretaria de Relaciones Institucionales: *Carmen Virginia Badino Varela*

Secretaria de Vinculación Estudiantil: *Andrea Cristina Luciana Carreras Lobo*

Índice

Dossier: Algunas cuestiones actuales de Derecho Electoral

Violencia política de género 9
Alejandra Lázzaro

La integridad electoral como garantía de las elecciones21
Elena I. Gómez

La inteligencia artificial (IA) y las elecciones: breves y primeras reflexiones
sobre el uso, el impacto y la influencia de la IA en los procesos electorales 33
Paula S. Suárez

Democracia digital: luces y sombras53
María Alejandra Perícola

El proceso sancionador en el fuero electoral: acerca del artículo 146
del Código Electoral Nacional67
María Cristina Girotti

Artículos recibidos por convocatoria abierta

La Cuarta Revolución Industrial: la inteligencia artificial en el Poder Judicial87
Noelia Giselle Bertocchi

El proceso penal y los juicios mediáticos109
Juan Manuel Chiaradia

Breves notas sobre Emergencia y el Derecho Financiero. Aproximaciones
para un abordaje constitucional de los Tributos Extraordinarios..... 161
Ernesto Gómez Zamacola

Dossier

Algunas cuestiones actuales de Derecho Electoral

Violencia política de género

*Alejandra Lázzaro**

Resumen

El presente trabajo aborda la violencia política de género, destacando sus características y las formas que adquiere. Asimismo, desarrolla el marco normativo nacional y cómo a mayor participación política de las mujeres, más se visibiliza la violencia. Finalmente se reseñan algunos casos de violencia emblemáticos, detallando el primer caso en el que la justicia electoral se pronunció sobre este tema.

Palabras clave: género, violencia política de género, Argentina.

Gender Political Violence

Abstract

This paper is about gender-based political violence, specifically describing its characteristics and the various forms it takes. It also explores national regulations, highlighting how the increased presence of women has brought greater visibility to this issue. Finally, I emphasize a well-known judicial decision that addresses the problem.

Keywords: Gender, Political Violence, Argentina.

* Alejandra Lázzaro, argentina; Doctora en Derecho (UBA); Profesora de Derecho Constitucional, (UBA); Profesora de Teoría Política (Facultad de Ciencias Sociales, UBA); Miembro de la Asociación de Magistradas Electorales de las Américas; especialista en derecho electoral; alejandra.lazzarohotmail.com.

1. Introducción

Quien ha sufrido violencia de género, en cualquiera de sus formas, física, psicológica, sexual, económica, moral y/o simbólica, conoce los difíciles procesos internos que implica enfrentarla. Si consideramos, además, las características propias del ámbito donde se genera: público o privado, advertimos también las dificultades del entorno que pueden presentarse.

Afrontar la violencia política de género no escapa a esos procesos y al perpetrarse dentro de espacios públicos, sea un partido político, un sindicato, en una estructura gubernamental o en cualquier otro ámbito de poder, implica romper cadenas de complicidad y/o silencios profundamente arraigados. Los prejuicios y roles estereotipados perduran en estos espacios eminentemente masculinos a pesar del enorme avance que se ha producido en materia de igualdad de género.¹

La incorporación de más mujeres a la política producto de las diferentes medidas implementadas en las agendas gubernamentales desde la década del 80 en la región –Planes y Programas de Igualdad y Trato, las Oficinas Mujer en los ejecutivos y la incorporación de Acciones Afirmativas, cuotas y/o paridad– han visibilizado como contracara el aumento de la violencia asociada a esa mayor participación.²

Hostigamientos coordinados, presiones para que renuncien a sus cargos al resultar electas, obstáculos para que cumplan sus funciones, amedrentamientos, difamaciones, descalificaciones, promoción de desconfianza hacia sus capacidades, y hasta secuestrarlas y/o asesinarlas son algunas de las formas que adquieren las manifestaciones de la violencia en América Latina.

1. Cf. Mona Lena Krook y Juliana Restrepo Sanín, *Género y violencia política en América Latina. Conceptos, debates y soluciones*, Volumen XXII, número I, I Semestre Centro de Investigaciones Económicas A.C., México, 2016.

2. Cf. Nélide Archenti y María Inés Tula (editoras), *Mujeres y Política en América Latina*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2008.

2. Reconocimiento de la violencia política de género

a) Marco normativo nacional

Por ello es que en primer término es importante definir cuáles son los rasgos que nos permiten distinguir la violencia política contra las mujeres, considerando que hay diferentes definiciones y tipologías según los estados. Aunque en todas encontramos una raíz común, afectar los derechos políticos de las mujeres. La Ley Modelo Interamericana sobre Violencia Política contra las Mujeres la define como “cualquier acción, conducta u omisión, realizada de forma directa o a través de terceros que, basada en su género, cause daño o sufrimiento a una o a varias mujeres, y que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos políticos. La violencia contra las mujeres puede incluir, entre otras, violencia física, sexual, psicológica, moral económica o simbólica”.³

La República Argentina, que recuperó la democracia en octubre de 1983, inició una etapa de reconocimiento de derechos y aprobación de tratados internacionales. Así, en 1985 aprobó la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW),⁴ adquiriendo rango constitucional en 1994. Del mismo modo, se aprobó y ratificó la Convención de Belém do Pará, que consagró por primera vez el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado. A pesar del impacto positivo que tuvieron esos dos documentos internacionales, la legislación argentina mantuvo durante muchos años como único instrumento normativo la ley N°24.417 de violencia intrafamiliar.

Con la ratificación de Belém do Pará se modificó la agenda legislativa y comenzaron a presentarse proyectos específicos sobre la temática. En 2009 se sancionó la Ley N°26.485,⁵ una norma de “Protección Integral

3. Artículo 3° Ley Modelo Interamericana sobre Violencia Política contra las Mujeres - Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará.

4. La CEDAW –por sus siglas en inglés– fue aprobada mediante la ley N°23.179 y en 1994 adquirió rango constitucional (art. 75 inc. 22).

5. Sancionada el 11 de marzo de 2009 y promulgada de hecho el 1 de abril de 2009.

para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las mujeres en el ámbito que desarrollen sus relaciones interpersonales”. Reglamentada a través del decreto N°1011/2010 fue seleccionada como de “Buena Práctica”. Promueve la eliminación de la discriminación y el empoderamiento de la mujer en el contexto nacional, y resalta “que la violencia contra las mujeres es una flagrante violación de derechos humanos”. Su definición de la violencia política de género parte desde una perspectiva amplia, como “toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal”. Si bien es una ley declarativa y preventiva por no tener sanciones intentó reforzar su misión.

En ese camino se continuó avanzando al derogarse la figura del avenimiento del Código Penal, que permitía que el violador quedara exceptuado de la pena si contraía matrimonio con la víctima (cf. art. 132). De la misma manera, al incorporarse la figura penal del femicidio como agravante del homicidio en razón de género y el femicidio relacionado, con la pena de prisión perpetua (cf. art. 80).

Finalmente la ley de protección integral fue modificada en 2019 por la Ley N°27.533 incorporándose específicamente la figura de la violencia de género en el terreno de la participación política de las mujeres.⁶

Desde su artículo primero proclama su objetivo de visibilizar, prevenir y erradicar la violencia política contra las mujeres. Y comprende a “toda conducta por acción u omisión, basada en razones de género, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, participación política, como así también su seguridad personal”, incluyendo tanto las perpetradas por el Estado como por sus agentes.

Aclara que la violencia indirecta es toda conducta, acción u omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón. Y que la política es la “que se dirige a menoscabar, anular, impedir, obstaculizar o restringir la participación política de

6. B.O. del 20/12/2019.

la mujer, vulnerando el derecho a una vida política libre de violencia y/o el derecho a participar en los asuntos públicos y políticos en condiciones de igualdad con los varones”.

Asimismo, incorporó al artículo 5° de la Ley 26.485 el inciso h) que la define como aquella que “fundada en razones de género, mediando intimidación, hostigamiento, deshonra, descrédito, persecución, acoso y/o amenazas, impida o limite el desarrollo propio de la vida política o el acceso a derechos y deberes políticos, atentando contra la normativa vigente en materia de representación política de las mujeres, pudiendo ocurrir en cualquier espacio de la vida pública y política, tales como instituciones estatales, recintos de votación, partidos políticos, organizaciones sociales, asociaciones sindicales, medios de comunicación, entre otros”.

b) Casos de violencia política de género

Más allá del sinnúmero de causas judiciales que se originaron como consecuencia del incumplimiento de la ley de cupo femenino, cuya exposición visibilizó la discriminación y las diferentes formas de violencia que sufrían las mujeres dentro de los partidos políticos cuando no ajustaban sus comportamientos a las reglas no escritas, se comenzó a observar con mayor preocupación el aumento de casos que se suscitan en la vida diaria de la política, y que merecen ser considerados, aunque más no sea, a modo de ejemplo.

El 6 de octubre de 2011 la alianza “Compromiso Federal” obtuvo dos bancas de diputados nacionales por la provincia de Buenos Aires. El primer lugar de la lista estaba ocupado por Alberto Asseff y el segundo por Ramona Puchetta, del Movimiento Independiente de Jubilados y Pensionados (MIJD). El líder del movimiento, Raúl Castells, tercero en la lista, pretendió que Puchetta renunciara antes de asumir para ocupar su lugar. Según sus dichos ambos lo habrían así acordado. En una etapa previa, al oficializarse las listas la justicia electoral intimó a esa fuerza política para que diera cumplimiento a la Ley N°24.012 –de cupo– de manera que la lista de la alianza quedara debidamente integrada. Transcurrida la elección, inició una nueva ofensiva para alterarla de modo que Puchetta declinara su cargo. Las notas periodísticas de la época dan cuenta del impacto, reacción y apoyos que recibió la candidata electa por parte de diferentes asociaciones feministas y de mujeres de la política, lo que

determinó que finalmente Castells renunciara a su pretensión y que Puchetta asumiera la banca.⁷

Con el título “El goce de Cristina” el 7 de septiembre de 2012 la revista *Noticias* publicó en su tapa el dibujo de una imagen de la Presidenta de la Nación en la que aparecía en trance mientras una multitud la aclamaba en Plaza de Mayo. La publicación fue acusada de ejercer violencia mediática y repudiada por todo el arco político. En 2013, nuevamente la revista con el título “La reina está desnuda” la exhibió con una imagen sin ropas.⁸

En 2015, a partir de un altercado que surgiera entre la diputada nacional Victoria Donda, que había presentado una acción ante la justicia para que el gobierno nacional revelara los índices de pobreza, el entonces ministro Axel Kicillof le contestó: “Si querés salir en los diarios, ponete las plumas”. La legisladora le respondió que sus dichos no eran bien recibidos. El ministro a través de su cuenta de Twitter dijo no haber tenido la intención de ofender a las mujeres.⁹

La diputada nacional María Eugenia Vidal, quien fuera la primera gobernadora de la provincia de Buenos Aires en 2015, fue apodada “Heidi” por sus adversarios. El apelativo considerando la figura de la niña aludida buscaba desacreditarla, especialmente en torno a su capacidad para gobernar el distrito con el mayor número de electores del país. A finales de 2022 volvió a ser objeto de un horroroso agravio al ser tildada de “atrasada mental”. Con motivo de una visita a la provincia de Formosa la legisladora de CABA señaló el atraso estructural de dicha provincia y el gobernador Gildo Insfrán la atacó expresando “que el atraso de ella debía ser mental”.¹⁰

La actual senadora por la provincia de Santa Fe, Carolina Losada, fue objeto de numerosos comentarios injuriosos sobre su ropa y su cuerpo durante la campaña electoral. A tal punto que el 9 de febrero de 2022 llegó

7. *El Cronista* 18-11-2011, *Infobae* 31-10-2011; *Ámbito Financiero* 31-10-2011; *La Capital* 17-11-2011, entre otros.

8. Revista *Noticias* 8-09-2012 y 28-12-2013; *Página/12*, 15-09-2012; *El Cronista Comercial* 28-12-2013.

9. *La Nación* 15-03-2016; *Perfil* 16-09-2015.

10. Cf. *Infobae* 15/11/2022; *Perfil* 16-11-2022; *Cronista* 15-11-2022; *Clarín* 16-11-2022.

a ser “trending topic” en las redes, solo por exhibir en una foto un escote pronunciado.¹¹

Como surge de los casos reseñados, la violencia política de género no tiene color político sino un hilo conductor. Limitar, menoscabar, difamar, agraviar, amedrentar y/o obstaculizar la participación de las mujeres en la política. Especialmente cuando ejercen su derecho a ser candidatas, su derecho a ser funcionarias, su derecho a ser autoridades partidarias y hasta cuando ejercen su derecho a expresarse libremente. En definitiva, cuando pretenden ser parte del proceso de toma de decisiones.

En este sentido, resultan elocuentes las estadísticas arrojadas en el informe del Equipo Latinoamericano de Política y Género (ELA). Sobre una muestra de 45 legisladoras entrevistadas pertenecientes a todo el arco político de los distritos de CABA, Chaco, Chubut, Córdoba, Formosa, Jujuy, Mendoza, Misiones, Santa Fe y San Juan, ocho (8) de cada diez (10) encuestadas afirmaron haber vivido situaciones de violencia de género a lo largo de sus carreras políticas.¹²

La violencia sufrida con mayor frecuencia es la psicológica (50 %) y la segunda es la simbólica (28 %), mientras que la económica aparece en un 22 % y los reportes sobre violencia física o sexual no alcanzan el 10 %. Las agresiones provienen en mayor medida de varones (63 %), de varones y mujeres indistintamente (32 %) y solo de mujeres (5 %). Respecto al ámbito donde se desarrolla, las redes sociales aparecen en primer término (71 %) y luego dentro del recinto legislativo (40 %).

Estos índices fueron ratificados en la investigación que realizara ELA en la Legislatura de CABA en 2021.¹³ Un 77 % de las mujeres legisladoras encuestadas manifestaron haber vivido violencia política por motivos de género. En el 94 % de los casos, los agresores fueron varones y hasta un 18 % mencionaron que les habían ofrecido favores políticos a cambio de favores sexuales.

De 44 legisladores/as a quienes se les preguntó si las mujeres que trabajan en la política son percibidas como malas madres, respondieron afirmativamente el 50 % de las mujeres y el 18 % de los varones. A la pregunta

11. *Info-Veloz*, 14-02-2022; *Rosario 3* 14-02-2022.

12. “Violencia política por razones de género en Argentina”, ELA, 2018.

13. “Un secreto a voces”, informe ELA, 2023.

contraria, esto es, si los varones son percibidos como malos padres por trabajar en la política, solo el 4 % de las mujeres lo afirmaron versus un 13 % de los varones. Así como un 32 % de las mujeres legisladoras afirmaron que se les impidió asistir a reuniones en las que se tomaron decisiones, contra un 14 % de varones; un 18 % sostuvo que se les restringió el uso de la palabra contra el 0 % de los varones, y haber sufrido ataques durante la campaña electoral lo afirmaron un 23 % de mujeres contra un 0 % de varones. Finalmente un dato que exhibe de manera clara las intenciones de limitar a las mujeres en el proceso de toma de decisiones es que mientras el 62 % dice haber sufrido muchas de las situaciones mencionadas anteriormente siendo autoridad electa o en ejercicio de funciones, el índice desciende al 45 % en el caso de los varones.

c) Primer caso judicial sobre violencia política de género

En el marco de una elección interna de la Unión Cívica Radical de Catamarca a principios de 2021, un grupo de mujeres presentaron a la Junta Electoral Partidaria una nota en la que solicitaban que no se oficializara una lista en la que figuraba un precandidato al Comité Capital de ese distrito, hasta tanto la justicia penal se pronunciara sobre su situación, atento la denuncia penal por abuso sexual que pesaba en su contra. Asimismo, manifestaban su preocupación por la presencia de otros integrantes en las listas de su partido estando procesados. Como afirma la profesora María Cristina Girotti en su artículo “Las Ramonas atrevidas”,¹⁴ hasta ahí solo se trataba de una nota cursada hacia el interior de un partido político, inobjetable además por el derecho que tienen las militantes de manifestarse con total libertad. No obstante, a partir de la renuncia del candidato cuestionado con el fundamento de sentirse agraviado por la nota presentada, la situación interna tomó estado público. Desde ese momento, una ola de hostigamientos, maltratos y acciones en contra de las mujeres se volvió lugar común, quedando prácticamente aisladas política y socialmente, impactando hasta en su vida familiar. Es de resaltar que el texto de la nota no contenía juicio de valor alguno, sino de preocupación por la oferta electoral que exhibía su partido, con candidatos acusados de delitos. Calificadas de fascistas, tribunal de la

14. *Revista Argentina de Derecho Electoral*, Número 6, LJ Ediciones, mayo 2022.

Inquisición, prostitutas públicas y a través de un sinnúmero de calificativos denigrantes fueron violentadas. Al mismo tiempo su conducta fue denunciada ante el Tribunal de Conducta partidario, quien en un “trámite exprés” -el 17 de febrero de 2021- resolvió suspenderlas del ejercicio de sus cargos alegando “inconducta partidaria”. Apelada la decisión ante el juez de primera instancia, ordenó levantar la medida en virtud de que a las autoridades partidarias intervinientes se les había vencido su mandato, manteniendo silencio sobre la violencia sufrida. La resolución fue finalmente apelada ante el superior tribunal en la materia en abril de 2022. Mientras, las “Ramonas atrevidas” –como se autodenominó este grupo de mujeres radicales– presentaron su caso ante el comité de expertas del MESECVI. El comité consideró que la sanción impuesta no solo fue excesiva, considerando la proporcionalidad de su impacto bajo los estrictos estándares de la región, sino que calificó el hecho como amedrentador para ellas y para el resto de las y los militantes del partido, *concluyendo que configuraba un verdadero caso de violencia política de género* (el destacado me pertenece).¹⁵

Por su parte, la Cámara Nacional Electoral, que en una primera etapa mostró un comportamiento errático al rechazar los dos *Amicus Curiae* presentados, el primero de la profesora y especialista en género Dra. María Inés Tula y el segundo del Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), un año después dictó sentencia calificando los agravios como violencia política de género.¹⁶

En efecto, reconoció que la sanción impuesta a este grupo de mujeres había efectivamente sido una forma de violencia política por razones de género, admitiendo y pronunciándose sobre esta temática por primera vez. Señaló también que al ser las mujeres son un grupo históricamente postergado, alertó el efecto disuasivo que esas sanciones causan sobre ellas. Instó finalmente a los partidos a realizar un profundo análisis de los hechos de violencia basada en género hacia el interior de las agrupaciones políticas, previo a que llegaran a conocimiento de la justicia. Esta decisión ha marcado

15. “Comité´ de Expertas expresa preocupación por la violencia contra mujeres en la vida política por razones de género en la Provincia de Catamarca”, Argentina <https://mailchi.mp/acfo62a8ddd9/comunicado-del-comit-de-expertas-del-mesecvi>.

16. Expte. N° CNE N° 392/2021/CA1: “Unión Cívica Radical y otro s/impugnación de acto de órgano o autoridad partidaria –Integrante del Tribunal de Conducta U.C.R. solicita se deje sin efecto decisión del comité Provincia U.C.R.”.

un avance sustancial al reconocer la violencia política en razón de género como primer paso para combatirla.

d) El caso de la concejala Ivana Ferreyra

Con motivo de la licencia solicitada por el intendente de la ciudad de Icaño, Pío Carlotta, quien juró como senador provincial, a finales de diciembre de 2021, asumió su hijo Franco Carlotta, entonces presidente del Concejo Deliberante. Y como presidente de ese cuerpo asumió el concejal Ariel Alderete. Ante la vacancia que se había producido, le correspondía asumir a la señora Ivana Ferreyra, segunda concejala titular electa en 2021 por el Frente de Todos. Sin embargo, mediante un artilugio promovido por miembros de su propio partido, fundado en una supuesta incompatibilidad entre el cargo de concejala y docente que tenía Ferreyra, se le impidió jurar. En su lugar, asumió Esteban Mayorga –primer suplente de la lista–. Frente al hecho de violencia sufrida, Ferreyra inició un camino judicial, acompañada por el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), mujeres radicales, algunas mujeres de su propio partido y por la Red de Concejales. La denegación de su asunción llegó a la Corte de la provincia de Catamarca, quien se pronunció a su favor, el 17 de noviembre de 2022, ordenando al Concejo Deliberante que le tomara juramento. A pesar de la decisión del máximo tribunal, su ingreso se retrasaría nuevamente al suspenderse la sesión del 9 de marzo de 2023 en la que debía realizarse. Recién el 16 de marzo de 2023 Ivana Ferreyra logró asumir la banca que por derecho le correspondía y que le fuera arrebatada por más de un año.¹⁷ Lamentablemente esa no fue la última batalla que le tocó a la concejala, toda vez que a fin de obstaculizar su labor, el resto de los ediles modificaron los días y horarios de reuniones –sin su presencia– lo que obligó a la concejala a renunciar a parte de sus horas de clase. Nuevamente este y otros hechos de violencia sufridos por la concejala, ahora en el ejercicio de su cargo, motivaron que diferentes organizaciones de la sociedad civil presentaran una nota a la presidenta del Partido Justicialista de la Provincia de Catamarca, Lucía Corpacci, solicitando

17. *Página/12*, 02-06-2023.

la intervención del partido para garantizar que la concejala pudiera ejercer sus derechos políticos sin violencia de género.¹⁸

3. Conclusiones

La violencia contra las mujeres en política trasciende países, culturas y colores políticos. La reacción por parte de quienes buscan impedir u obstaculizar su participación en los espacios de toma de decisiones para mantener su *status quo* aumenta cuanto mayor presencia femenina se logra. Las diferentes actos violentos, discriminatorios y agraviantes exhibidos en cada uno de los casos expuestos en el presente artículo no solo evidencian los múltiples obstáculos a los que deben enfrentarse las mujeres para ser parte de la vida política pública, sino también los esfuerzos que se requiere por parte del sistema político para impedirlos. La violencia política en razón de género es un tema de derechos humanos que afecta ostensiblemente la democracia en tanto empobrece sus verdaderos valores. Transformar esa realidad es un compromiso de todas y todos, y por ello el desafío se mantiene: avanzar hacia una democracia justa, tolerante e inclusiva. En definitiva, hacia una democracia paritaria.

4. Bibliografía

- Aguirrezabal Quijera, Irune, *La democracia paritaria en América Latina*, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2021.
- Albane, Laura, *Contra la violencia de género en América Latina*, Ed. Universidad Simón Bolívar, Caracas, 2020.
- Archenti, Nélide y Tula, María Inés (editoras), *Mujeres y Política en América Latina*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2008.
- Farinati, Alicia Noemí, “Las filosofías de la democracia, Políticas de la desigualdad”, *La Ley*, CABA, Departamento de Publicaciones de la Facul-

18. Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), Cerrando Brechas, Comisión Argentina para Refugiados y Migrantes (CAREF) Fundación para Estudio e Investigación de la Mujer (FEIM), MEI, FunDheg, Julieta Lanteri Observatorio de la Violencia Machista en Política, TYPE, Fundación Siglo 21 y C.E.D.E.M., entre otras.

- tad de Derecho de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2015.
- Gamba, Susana, *Se va a caer. Conceptos básicos de los feminismos*, Ed. Pixel, La Plata, 2019.
- Krook, Mona Lena y Restrepo Sanín, Juliana, *Género y violencia política en América Latina, Conceptos, debates y soluciones*, Vol. XXIII, N° 1, Centro de Investigaciones Económicas A.C., México, 2016.
- Minetto, Celeste, “Violencia política contra las mujeres: matices del concepto en América Latina”, Universidad Torcuato Di Tella, Trabajo presentado en el 9° Congreso Latinoamericano de Ciencia Política, ALACIP, Montevideo, 2017.
- Segato, Rita, *La guerra contra las mujeres*, 2ª ed., Prometeo Libros, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018.
- *Las estructuras elementales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*, 2ª ed., Prometeo Libros, Buenos Aires, 2010.
- OEA-2017, Ley Modelo Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en la Vida Política.
- ONU Mujeres, Sistematización de experiencias de acoso político que viven o han vivido las mujeres que ocupan puestos de elección popular en el nivel local.
- Revista *La Ley*, “Género y Derecho”, edición especial, diciembre de 2018.

La integridad electoral como garantía de las elecciones

*Elena I. Gómez**

Resumen

El presente artículo se centra en analizar qué se entiende por “integridad electoral” y a partir de allí su íntima relación con el sistema democrático. Para ello se focaliza en señalar de qué hablamos cuando hablamos de integridad electoral, los elementos que la integran, si es posible su medición de manera general y, finalmente, se hace un breve comentario sobre cómo afecta la desinformación a la integridad electoral y por ende a la democracia.

Palabras clave: integridad electoral, democracia, carta democrática interamericana, derechos humanos, elecciones, desinformación, fake news.

Electoral Integrity as an Election Guarantee

Abstract

This article analyzes what “electoral integrity” means and its relationship with the democratic system. For this purpose, the author explains what is meant by electoral integrity, its elements, whether it is possible to measure it and finally makes a brief comment on disinformation and how it affects electoral integrity and democracy.

* Abogada UBA; Magíster en Derecho Electoral Universidad de Castilla - La Mancha, España. Especialista en Administración de Justicia. Docente de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho, UBA. Secretaria Ejecutiva del Observatorio de Derecho Electoral de la Facultad de Derecho, UBA.

Keywords: Electoral Integrity, Democracy, Interamerican Democratic Chapter, Human Rights, Elections, Misinformation, Fake News.

I. De qué hablamos cuando hablamos de integridad electoral

La integridad del proceso electoral es de vital importancia para el sistema democrático, debido a que garantiza que las elecciones sean libres y justas. Como ya lo señalara Kofi A. Annan, “las elecciones transparentes y justas, son vitales para el funcionamiento eficaz de la democracia”.¹

En el mismo sentido, se sostiene que “[e]n el sistema de protección internacional de los derechos humanos, la participación política es el derecho político por excelencia ya que reconoce y protege el derecho y el deber de los ciudadanos de participar en la vida política de su país”.²

Así, se ha dicho que los derechos políticos “propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político”³ ya que “el ejercicio efectivo de los [mismos] constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención”.⁴

La Corte Interamericana de Derechos Humanos destacó que “[e]n una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, en el que cada componente se define, completa y adquiere sentido en función de los otros. Al ponderar la importancia que tienen los derechos políticos [...] observa que

1. Kofi A. Annan, “Sobre integridad electoral”, *Reporte Final. Integridad Electoral en América Latina*, Electoral Integrity a Kofi Annan Foundation Initiative, México, 14 y 15 de agosto, 2017, p. 41.

2. Javier García Roca y Alberto, R. Dalla Via, *Los derechos políticos y electorales: un orden público democrático*, La ley, Buenos Aires, 2013, p. 3.

3. Corte IDH, caso *Castañeda Gutman vs. México*, sentencia del 6 de agosto de 2008, párr. 141; caso *Yatama vs. Nicaragua*, sentencia del 23 de junio de 2005, párr. 192.

4. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Castañeda Gutman...”, citado en Alberto R. Dalla Via, *La participación política y la reforma electoral en la Argentina*. Comunicación del académico Alberto Ricardo Dalla Vía en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 13 de julio de 2011.

incluso la Convención, en su artículo 27, prohíbe su suspensión y la de las garantías judiciales indispensables para la protección de éstos”.⁵

Por ello, “[e]l derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán”.⁶

Ahora bien, como lo expresa Nohlen,⁷ hay que tener en cuenta dos dimensiones para comprender a qué nos referimos cuando se habla de integridad electoral. En este sentido, desde un primer ángulo se comprende como un proceso global, integrador, que abarca las distintas etapas del proceso electoral “así como las principales opciones políticas e institucionales relacionadas con el sistema electoral, la competencia y los resultados”.⁸

Mientras que, desde otro ángulo, se vincula la integridad electoral con la calidad democrática, más específicamente a la adecuación entre valores y prácticas. Así, la “integridad electoral se determina como el postulado ético, dirigido al proceso electoral en total, a los individuos involucrados en él, para comportarse de forma íntegra, o sea, honesta, conforme a los valores y las normas que sustentan elecciones democráticas”.⁹ Al respecto, los valores que guían a la integridad electoral son los contenidos en las normas internacionales, en las convenciones, tratados y protocolos internacionales que se refieren a los derechos humanos, más específicamente a los derechos de participación política.

5. Corte IDH, Caso *Yatama vs. Nicaragua*, sentencia del 23 de junio de 2005, párr. 191.

6. Corte IDH, Caso *Yatama vs. Nicaragua*, cit., párr. 198.

7. Dieter Nohlen, “Arquitectura institucional, contexto sociocultural e integridad electoral”, *Desafíos*, 28(1), Colombia, 2016, p. 434.

8. Informe de la Comisión Global sobre Elecciones, Democracia y Seguridad. Profundizando la democracia: “Una estrategia para mejorar la integridad electoral en el mundo”, septiembre de 2012, Instituto Internacional para la Democracia y Fundación Kofi Annan, p. 15.

9. Dieter Nohlen, “Arquitectura institucional, contexto sociocultural e integridad electoral”, *op. cit.*, p. 434.

En este sentido, se ha definido a la integridad electoral como “la realización de principios en la conducción de las elecciones que son necesarios para apoyar la realización más amplia de los ideales democráticos”.¹⁰

Por ende, es menester la observancia de una serie de condiciones para el ejercicio efectivo del derecho participación política. En efecto, el derecho a competir en condiciones de equidad por los cargos públicos electivos, la libertad de expresión como condición de la competencia electoral, la libertad de asociación política, el respeto del derecho de las minorías, el financiamiento político, el acceso a la información, la alternancia en el poder político, la transparencia en los resultados electorales, la independencia del poder electoral como garantía del mismo proceso se transforman en requisitos esenciales para un Estado Constitucional de Derecho.

En la Carta Democrática Interamericana, instrumento que integra el corpus iuris del sistema interamericano de derechos humanos, se señala que “son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos” (artículo 3).

Ampliando este enunciado, la Corte IDH expresa que “[l]a Carta Democrática Interamericana hace entonces referencia al derecho de los pueblos a la democracia, al igual que destaca la importancia en una democracia representativa de la participación permanente de la ciudadanía en el marco del orden legal y constitucional vigente, y señala como uno de los elementos constitutivos de la democracia representativa el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho. Por su parte, el artículo 23 de la Convención Americana reconoce derechos de los ciudadanos que tienen una dimensión individual y colectiva, pues protegen tanto a aquellas personas que participen como candidatos como a sus electores. El párrafo primero

10. Toby S. James y Sead Alihodzic, “[When Is It Democratic to Postpone an Election? Elections During Natural Disasters, COVID-19, and Emergency Situations](https://www.liebertpub.com/doi/10.1089/elj.2020.0642)”, *Election Law Journal: Rules, Politics, and Policy*, Sep. 2020, 344-362. Disponible en: <https://www.liebertpub.com/doi/10.1089/elj.2020.0642>.

de dicho artículo reconoce a todos los ciudadanos los derechos: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a funciones públicas de su país”.¹¹

De esta manera, el concepto de integridad electoral no es una cuestión meramente arquitectónica del poder sino que hace a la esencia misma del régimen democrático ya que de “su cumplimiento depende la democracia como tipo de régimen. Las elecciones libres y honestas constituyen el elemento definitorio clave de la democracia. Procuran la legitimidad del régimen, su reconocimiento como democracia, y procuran también la legitimidad del ejercicio del poder por parte de los ganadores electorales”.¹² Dicho de otra manera, podemos hablar de integridad electoral cuando se cumplen estos requisitos como condición de un régimen democrático, y al mismo tiempo el régimen democrático se define como tal por el cumplimiento de la integridad electoral.

Por su parte, la interpretación de las normas internacionales ha extendido los componentes de la integridad electoral ya que para la existencia de elecciones libres y justas resulta necesario que confluyan una serie de elementos como condición de existencia de un Estado Constitucional de Derecho.

II. La integridad electoral como parámetro de medición de la democracia

Es preciso aclarar, tal como lo sostiene Dalla Via en su obra *Derecho Electoral. Teoría y Práctica*, que la terminología “integridad electoral ha sido cread[a] por quienes se dedican a las consultorías internacionales y al análisis de las elecciones como un mecanismo de medición de la transparencia electoral, especialmente para países en donde las elecciones se realizan con cierta normalidad, pero en las que también se detectan defectos a ser

11. Corte IDH, Caso *Petro Urrego vs. Colombia*, sentencia de 8 de julio de 2020, párr. 92.

12. Dieter Nohlen, “Arquitectura institucional, contexto sociocultural e integridad electoral”, *op. cit.*, p. 439.

corregidos”.¹³ Así, en la actualidad confluyen diversos estudios que tienden a medir la integridad electoral bajo un “conjunto de principios internacionales, valores y estándares de elecciones aplicados universalmente a todos los países del mundo a través del ciclo electoral, que incluye el período preelectoral, la campaña, el día de la votación y su epílogo”.¹⁴

Por su parte, Nohlen sostiene que “hay muchos factores de contexto que influyen en la integridad electoral, y que pueden, por lo demás, jugar un rol muy diferente según lugar y tiempo”.¹⁵ Por ello para su análisis no resulta una tarea sencilla establecer generalidades.

En este punto, cabe preguntarse si es posible medir el grado de integridad electoral. Al tratarse de un concepto genérico, puede servir para evaluar la praxis electoral¹⁶ atendiendo al contexto sociocultural en el que se desarrollan las elecciones. Ese contexto “constituye el marco histórico para reflexionar sobre las instituciones, sus funciones y sus efectos reales”.¹⁷

Aquí, corresponde aclarar que en la práctica electoral de cada país la autoridad electoral se integra y funciona de distinta manera, como respuesta a su contexto sociocultural. Lo que sí debe tener esa autoridad electoral es independencia: esa es la verdadera garantía de la integridad electoral en este aspecto.

III. La integridad electoral ante los cambios tecnológicos

La incorporación de nuevas tecnologías así como el desarrollo sociológico instauran una nueva etapa en los procesos electorales. Sin embargo, el empleo de la tecnología no es novedoso en esta materia.

13. Alberto Ricardo Dalla Via, *Derecho Electoral. Teoría y Práctica*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1era. ed., 2021, pp. 67-68.

14. Alberto Ricardo Dalla Via, *Derecho Electoral. Teoría y Práctica*, *op. cit.*, p. 68.

15. Dieter Nohlen, “Arquitectura institucional, contexto sociocultural e integridad electoral”, *op. cit.*, pp. 439-440.

16. Dieter Nohlen, “Integridad electoral”, *Diccionario Electoral*. Serie Elecciones y Democracia, IIDH / CAPEL, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Costa Rica, 3ra. edición, 2017, p. 564.

17. Dieter Nohlen, “Arquitectura institucional, contexto sociocultural e integridad electoral”, *op. cit.*, p. 430.

En este sentido, se ha expresado que “[l]a era de las elecciones cibernéticas está marcada por: (a) la nueva existencia ontológica de lo digital, (b) nuevos flujos de datos y comunicación, (c) la rápida aceleración del ritmo de las comunicaciones, (d) la mercantilización de los datos electorales y (e) una expansión de los actores involucrados en las elecciones. Estos brindan oportunidades para que los actores estatales incorporen tecnología en el proceso electoral para hacer que los objetivos democráticos sean más realizables. Pero también plantea grandes amenazas para la celebración de elecciones, ya que las actividades de los actores y la posible mala gestión del proceso electoral podrían socavar los ideales democráticos como la igualdad política y el control popular del gobierno”.¹⁸

Ante lo señalado es imprescindible ampliar la mirada sobre la integridad electoral hacia mayores y eficaces controles, con más transparencia y mayor información, así como también dotar de los medios tecnológicos adecuados para una mayor auditoría ciudadana y de los partidos políticos, la que debe ir acompañada de los recursos necesarios a fin de cumplir con la equidad en la competencia electoral.

Además, la rapidez de la circulación de la información y los nuevos actores en las comunicaciones plantean un reto para las autoridades electorales, los partidos políticos y para la ciudadanía en su conjunto.

La calidad de la deliberación pública en la contienda electoral es un elemento relevante de la integridad electoral. Es oportuno recordar que “los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental dentro del sistema interamericano que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático”.¹⁹

En este sentido, la CIDH ha indicado que “[d]urante los procesos electorales la libertad de expresión cobra particular importancia, en estos procesos los medios pueden fomentar la participación pública algo esencial en el

18. [Holly Ann Garnett](#) y [Toby S. James](#), “Cyber Elections in the Digital Age: Threats and Opportunities of Technology for Electoral Integrity”, *Election Law Journal*, Volume 19, Number 2, 2020, p. 111. Disponible en: <https://www.liebertpub.com/doi/10.1089/elj.2020.0633>

19. Corte IDH, “Castañeda Gutman ...”, cit., párr. 140.

desarrollo democrático de distintas maneras: informando sobre el desempeño del gobierno, orientando a los electores sobre cómo ejercer sus derechos, dando cuenta del desarrollo de las campañas, ofreciendo una plataforma para que los partidos políticos difundan su mensaje entre el electorado y permitiendo que los candidatos debatan entre sí”.²⁰

Por ende, la desinformación afecta palmariamente la integridad electoral. Una de las problemáticas está dada por la propagación de noticias falsas –*fake news*–, a través de la viralización de la información en las redes sociales y en las plataformas digitales durante el proceso electoral.

Se dice que “las noticias falsas contribuyen a confirmar sesgos cognitivos y, por lo tanto, poseen un mayor atractivo para ser diseminadas”.²¹ Además, las noticias falsas que tienen por objeto engañar a la ciudadanía, “daña(n) a la democracia, es fuente para conflictos y aporta al crecimiento de posiciones extremas y, por lo tanto, a la polarización. La polarización erosiona la democracia porque corta los canales de comunicación entre grupos divergentes”.²²

De este modo, “[l]as campañas de desinformación electoral engañan intencionalmente a los votantes, alterando así la noción de elecciones justas y desafiando a las democracias [...] a elaborar nuevas políticas que salvaguarden su integridad electoral”.²³

Recordemos que la Corte IDH dijo que “[s]in una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en

20. CIDH, Informe Anual 2005, volumen II, Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Capítulo VI, párr. 16 con cita al Informe Anual 2001, volumen I Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión.

21. Informe del Observatorio de OEA sobre la Democracia en las Américas (Pandemia/2021), Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, p. 151.

22. Informe del Observatorio de OEA sobre la Democracia en las Américas (Pandemia/2021), *op. cit.*

23. Elizabeth F. Judge y Amir M. Korhani, “Desinformación, Igualdad Informativa Digital e Integridad Electoral”, *Revista de Derecho Electoral: reglas, política y política*, junio de 2020, p. 240. Disponible en: <http://doi.org/10.1089/elj.2019.0566>

definitiva, se empieze a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad”.²⁴

IV. Conclusiones

La garantía de integridad electoral es indispensable para una democracia en los términos de la Carta Democrática Interamericana de Derechos Humanos. Si bien la integridad electoral ha sido, en principio, considerada como un parámetro para evaluar la democracia, no hay duda alguna de que es una garantía del proceso electoral en su totalidad.

Se ha destacado que “[e]l populismo y los movimientos de la posverdad ejercen una fuerte presión sobre las elecciones libres e imparciales, piedra angular de la legitimidad democrática, mediante el uso de las nuevas tecnologías y comunicaciones digitales, para confundir y engañar a la ciudadanía”.²⁵

En los últimos años vimos cómo en diferentes elecciones en el mundo se ha utilizado por parte de actores políticos el término “fraude” para descalificar el proceso electoral y a sus autoridades, erosionando de esta forma la democracia. Como bien lo expresa Dalla Via, fraude “es una palabra que debemos utilizar con cuidado, esto es, ante situaciones muy graves, ya que la misma suele ser reservada para aquella maniobra oscura o ‘mala práctica’ que modifica o cambia el resultado de una elección en cualquiera de sus categorías de cargos”.²⁶

Recientemente ha destacado IDEA que “[f]ortalecer la integridad electoral significa revisar la legislación, invertir en elecciones, comunicarse con el público y trabajar por consenso”. Agregando que “[e]n nuestra era de emergencias, es de vital importancia que los países emprendan reformas lo

24. Corte IDH, Sentencia *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia del 2 de julio de 2004, párr. 116.

25. Informe de la Comisión Kofi Annan sobre Elecciones y Democracia en la Era Digital, “La protección de la integridad electoral en la era digital”, Kofi Annan Foundation, enero 2020, p. 9.

26. Alberto Ricardo Dalla Via, *Derecho Electoral. Teoría y Práctica*, op. cit., p. 67.

antes posible de manera que fortalezcan la resiliencia democrática a mediano y largo plazo”.²⁷

Para concluir, estamos frente a la necesidad de enfrentar nuevos problemas que exigen nuevas soluciones. Es imposible enfrentar una nueva problemática con viejas categorías. Bienvenido el debate de este nuevo concepto, integridad electoral, al que hemos tratado de analizar a partir de sus ingredientes sustanciales. La clave está en cómo este principio enriquece el concepto de garantía para que las elecciones sean libres y justas sin menoscabar el valor intrínseco de la democracia en un Estado de Derecho.

Bibliografía

- Annan, Kofi A., “Sobre integridad electoral”, *Reporte Final. Integridad Electoral en América Latina*, Electoral Integrity a Kofi A. Annan Foundation Initiative, México, 14 y 15 de agosto, 2017.
- CIDH, Informe Anual 1990-1991; Informe anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión 2005; Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile 1985 y en Paraguay 1987.
- Informe Anual 2005, volumen II, Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Capítulo VI, párrafo 16 con cita al Informe Anual 2001, volumen I Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión.
- Corte IDH, Caso *Castañeda Gutman vs. México*, sentencia del 6 de agosto de 2008.
- Caso *Yatama vs. Nicaragua*, sentencia del 23 de junio de 2005.
- Sentencia *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia del 2 de julio de 2004.
- Caso *Petro Urrego vs. Colombia*, sentencia de 8 de julio de 2020.
- Dalla Via, Alberto R., *Derecho Electoral. Teoría y Práctica*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1era. ed., 2021.
- “Integridad y equidad electoral: El uso de las franjas en los medios de comunicación durante las campañas electorales”, *Revista Derecho Electoral*, Tribunal Supremo de Elecciones, N°19 enero - junio 2015.

27. Toby S. James, Alistair Clark y Erik Asplund, “Elecciones durante emergencia y crisis. Lecciones de integridad electoral de la pandemia de COVID-19”, IDEA Internacional, 8 de mayo 2023, p. 16. Disponible: <https://doi.org/10.31752/idea.2023.24>.

- *La participación política y la reforma electoral en la Argentina*. Comunicación del académico Alberto Ricardo Dalla Vía en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 13 de julio de 2011.
- García Roca, Javier y Dalla Vía, Alberto, R., *Los derechos políticos y electorales: un orden público democrático*, La ley, Buenos Aires, 2013.
- Garnett, [Holly Ann](#), y James, Toby S., “Cyber Elections in the Digital Age: Threats and Opportunities of Technology for Electoral Integrity”, *Election Law Journal*, Volume 19, Number 2, 2020. Disponible en: <https://www.liebertpub.com/doi/10.1089/elj.2020.0633>.
- Informe de la Comisión Kofi Annan sobre Elecciones y Democracia en la Era Digital, “La protección de la integridad electoral en la era digital”, Kofi Annan Foundation, enero 2020.
- Informe de la Comisión Global sobre Elecciones, Democracia y Seguridad. Profundizando la democracia: “Una estrategia para mejorar la integridad electoral en el mundo”, septiembre de 2012, Instituto Internacional para la Democracia y Fundación Kofi Annan.
- Informe del Observatorio de OEA sobre la Democracia en las Américas (Pandemia/2021), Secretaría General de la Organización de Estados Americanos.
- James, Toby S., Clark, Alistair, y Asplund, Erik, “Elecciones durante emergencia y crisis. Lecciones de integridad electoral de la pandemia de COVID-19”, IDEA Internacional, 8 de mayo 2023. Disponible: <https://doi.org/10.31752/idea.2023.24>.
- James, Toby S., y Alihodzic, Sead, “[When Is It Democratic to Postpone an Election? Elections During Natural Disasters, COVID-19, and Emergency Situations](#)”, *Election Law Journal: Rules, Politics, and Policy*. Sep 2020.344-362. Disponible en: <https://www.liebertpub.com/doi/10.1089/elj.2020.0642>
- Judge, Elizabeth F. y Korhani, Amir M. “Desinformación, Igualdad Informativa Digital e Integridad Electoral”, *Revista de Derecho Electoral: reglas, política y política*, junio de 2020. Disponible en: <http://doi.org/10.1089/elj.2019.0566>
- Nohlen, Dieter, “Arquitectura institucional, contexto sociocultural e integridad electoral”, *Desafíos*, 28 (I), Colombia, 2016.
- “Integridad electoral”, *Diccionario Electoral*. Serie Elecciones y Democracia, IIDH / CAPEL, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Costa Rica, 3ra. edición, 2017.

La inteligencia artificial (IA) y las elecciones: breves y primeras reflexiones sobre el uso, el impacto y la influencia de la IA en los procesos electorales

*Paula S. Suárez**

Resumen

La era de la IA nos obliga a reflexionar sobre un nuevo paradigma que se viene gestando desde hace un tiempo en la vida de los Estados.

Así, el advenimiento de la tecnología produjo una paulatina transformación en las reglas de funcionamiento de la sociedad, tales como el “datismo”, que ha creado una nueva dimensión informacional (infosfera), modificando con ello el modo en el que los humanos conciben y se relacionan con la realidad.¹

* Abogada; Máster en Derecho Electoral por la Universidad de Castilla La Mancha; Máster en Justicia Constitucional y DDHH de la Università di Bologna; Diplomada en Observación electoral y en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca; y en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales por la Universidad de Pisa; Doctoranda en Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la UBA; Profesora regular; Coordinadora del Curso de Posgrado Derechos Políticos y Electorales; Secretaria de redacción de la *Revista Jurídica de Buenos Aires* y Coordinadora de Relaciones Institucionales del Observatorio Electoral de la citada universidad; Subsecretaria de la Cámara Nacional Electoral; Participante de congresos nacionales e internacionales; autora de numerosos artículos de investigación y participación en obras colectivas sobre temas de Derecho Constitucional y Ciencia Política; Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional, de la Asociación Internacional de Derecho Electoral y de la Sociedad Argentina de Análisis Político; paulasuarez@derecho.uba.ar.

1. Lacava, Federico, “Luces y sombras de la gobernanza inteligente”. Publicado en: RDA 2022-139, 43 Cita: TR LALEY AR/DOC/3487/2021.

Este avance en la actualidad está cambiando al mundo: vehículos semiautónomos y autónomos, *laptops* cada vez más potentes, *smartphones* que casi pueden reemplazar a una computadora en la mayoría de sus funciones, pases de transportes y tarjetas bancarias con chips inteligentes, dispositivos *wearables*, electrodomésticos inteligentes, asistentes de voz, robots con IA incorporada, plataformas de *e-commerce*, sistemas de geolocalización, *apps* de *delivery*, etc. Todos estos dispositivos emiten de sus usuarios una cantidad ingente de datos, información en crudo de la que se pueden extraer patrones, tendencias y pautas de consumo.²

Toda esta realidad no fue ajena al campo electoral. En ese sentido, ya desde antes los partidos políticos y los candidatos comenzaron a utilizar cada vez más las redes sociales para llegar a los electores, movilizar apoyos y recaudar fondos; en tanto que los electores las usan para implicarse en las campañas y llamar la atención de los responsables políticos y de otros ciudadanos sobre problemáticas relacionadas con los comicios.³

De tal manera, los recursos destinados a la propaganda en plataformas digitales pasaron del casi 5 % en 2011 al 41 % en las elecciones legislativas del año 2021 (cf. datos de la Cámara Nacional Electoral).

Algunos consideran que con la implementación de nuevas tecnologías en el campo político electoral se contribuye al fortalecimiento de una democracia participativa al contar con una ciudadanía más activa, pero también encontraremos a quienes –sin estar en contra– se ven preocupados por los abusos que pueden originarse con el uso malintencionado de aquellas que podría llegar a quebrantar la confianza en la integridad de los procesos electorales.

Lo cierto es que, nos ubiquemos en cualquiera de las posturas antes descritas, no puede soslayarse la influencia que está teniendo, en todo el mundo, la IA en la arena política-pública y por ende en las elecciones.

Ahora bien, ¿cómo juegan en el campo de la IA los derechos fundamentales de participación política? ¿Pueden armonizarse estos conceptos?

2. Colombo, María Celeste, “¿Qué es la inteligencia artificial?”. Publicado en: EBOOK-TR 2023, 5 Cita: TR LALEY AR/DOC/764/2023.

3. “Reforzar la integridad y la transparencia de las elecciones en la era de las redes sociales”, 5/2/18, disponible en: <https://es.unesco.org/news/reforzar-integridad-y-transparencia-elecciones-era-redes-sociales>.

¿Debilitan o fortalecen al sistema institucional? De ahí que resulte necesario estudiar las diversas experiencias internacionales sobre la materia, pues este es un tema que viene ganando presencia y terreno tanto en América como en Europa.

Palabras clave: elecciones; Inteligencia Artificial; comunicación política; democracia.

Artificial Intelligence (AI) and Elections: Brief and First Reflections on the Use, Impact and Influence of AI in Electoral Processes

Abstract

The AI era forces us to reflect on a new paradigm that has been brewing for some time in the life of States.

Thus, the advent of technology produced a gradual transformation in the operating rules of society, such as “dataism”, which have created a new informational dimension (infosphere), thus modifying the way in which humans conceive and they relate to reality.

This advance is currently changing the world: semi-autonomous and autonomous vehicles, increasingly powerful laptops, smartphones that can almost replace a computer in most of its functions, transport passes and bank cards with smart chips, wearable devices, household appliances smartphones, voice assistants, robots with built-in AI, e-commerce platforms, geolocation systems, delivery apps, etc. All these devices emit a huge amount of data from their users, raw information from which patterns, trends and patterns of consumption can be extracted.

All this reality was not alien to the electoral field. In this sense, political parties and candidates began to use social networks more and more to reach voters, mobilize support and raise funds; while voters use them to get involved in campaigns and draw the attention of political leaders and other citizens to problems related to the elections.

Thus, the resources allocated to advertising on digital platforms went from almost 5 % in 2011 to 41 % in the 2021 legislative elections (cf. data from the National Electoral Chamber).

Some consider that the implementation of new technologies in the

electoral political field contributes to the strengthening of a participatory democracy by having a more active citizenry, but we will also find those who –without being against– are concerned about the abuses that can originate with the malicious use of those that could break confidence in the integrity of the electoral processes.

The truth is that, whether we place ourselves in any of the positions described above, the influence that AI is having throughout the world in the political-public arena and therefore in elections cannot be ignored.

Now, how do they play in the field of AI, the fundamental rights of political participation? Can these concepts be harmonized? Do they weaken or strengthen the institutional system? Hence, it is necessary to study the various international experiences on the matter, since this is a topic that has been gaining presence and ground both in America and in Europe.

Keywords: Elections; Artificial intelligence; Political Communication; Democracy.

I. Introducción

“Alguien inteligente aprende de la experiencia de los demás”
François-Marie Arouet, más conocido como Voltaire

La IA es una tecnología que ha ido ganando terreno en muchos ámbitos de la sociedad, y el ámbito político y electoral no es una excepción. Esta herramienta puede ser muy útil para mejorar la democracia, las elecciones y el estado de derecho, pero también presenta riesgos y desafíos que deben ser abordados cuidadosamente.

Todos sabemos que un aspecto central de cualquier sistema democrático constitucional es el referido a la integridad electoral. De igual manera, estamos de acuerdo en que en la era de la IA, la integridad electoral se vuelve aún más crítica ya que puede ser utilizada para manipular las elecciones de diversas maneras, por ejemplo mediante la creación y propagación de información falsa o desinformación.

El concepto de integridad electoral y su correlato negativo, el de mala práctica electoral (*electoral malpractice*), se han convertido en objeto de intenso debate y de investigaciones académicas en los últimos tiempos. Para

Elklit y Reynolds (2005) se trata de conceptos que ya fueron utilizados en la literatura de la Ciencia Política y la Sociología sobre elecciones, como mala conducta electoral, manipulación electoral, corrupción electoral, abuso electoral, fraude electoral, elecciones dañadas, etcétera.⁴

Ahora bien, la IA determina, con algoritmos, cuáles y cuántos mensajes deben aparecer en nuestras pantallas, así como el orden en la distribución de la información a través de las nuevas y tecnificadas redes sociales. De manera que el control político está cambiando de mando aceleradamente, porque la esfera pública transita hacia su instalación en el mundo virtual, en el campo y ambiente originario de la IA.⁵

Los casos como el de Cambridge Analytica, en donde fue manipulada la voluntad de los votantes por medio de las redes sociales, resultó alarmante y evidenció un elevado grado de deshonestidad en beneficio de diversos actores políticos con base en el uso tecnológico, discrecional y no autorizado de la información particular de millones de personas.⁶

Para abordar estos desafíos, entonces, es necesario adoptar medidas que garanticen la transparencia y la responsabilidad en la implementación de la IA en las elecciones. Esto incluye la transparencia en la recolección y el uso de datos, la identificación y eliminación de cuentas falsas o *bots*, y la regulación de los anuncios políticos en línea.

Además, es importante que los ciudadanos estén informados sobre los riesgos y desafíos que plantea la IA en las elecciones, y estén equipados para identificar y resistir la manipulación y la desinformación. La educación cívica y la alfabetización digital son herramientas importantes para empoderar a los votantes y proteger la integridad electoral.

4. Dalla Via, Alberto R., "Derecho electoral. Teoría y práctica", Rubinzal-Culzoni, 2021. Ver también Garrido, Antonio y Nohlen, Dieter, "Integridad Electoral y Derecho Electoral Comparado: Evaluando Evaluaciones", en *Derecho Electoral Latinoamericano. Un enfoque comparativo*, Fondo de Cultura Económica, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Instituto Nacional Electoral. IDEA Internacional, México, 2019, p. 1369.

5. Cortés Olivo, David, "La incorporación de la inteligencia artificial en el poder público. La política en el mundo inteligente", *Revista Conjeturas Sociológicas*. Universidad de El Salvador, Volumen 7, N° 19, 2019.

6. Cortés Olivo, David, *op. cit.*

Ya en noviembre de 2021, los 193 Estados miembros de la Conferencia General de la UNESCO adoptaron la Recomendación sobre la Ética de la IA, constituyendo así el primer instrumento normativo mundial sobre el tema. Allí se dijo que las tecnologías de la IA pueden ser de gran utilidad para la humanidad y todos los países pueden beneficiarse de ellas, pero también suscitan preocupaciones éticas fundamentales, por ejemplo, en relación con los sesgos que pueden incorporar y exacerbar, lo que puede llegar a provocar discriminación, desigualdad, brechas digitales y exclusión y suponer una amenaza para la diversidad cultural, social y biológica, así como generar divisiones sociales o económicas.⁷

En conclusión, la IA presenta desafíos significativos para la integridad electoral, pero también podría ofrecer oportunidades para mejorar la eficiencia de los procesos electorales. Ello dependerá de la implementación de principios fundamentales tales como la transparencia que deberá regir todo proceso electoral en sus diversas etapas pre y poselectorales.

Para que un sistema funcione bien no hace falta mucha virtud por parte del gobernante; lo que hace falta son instituciones que funcionen, que vigilen, que tengan transparencia, que establezcan protocolos en los cuales el mal comportamiento sea automáticamente castigado, o ni siquiera se produzca porque el propio sistema lo impide.⁸

II. ¿Qué es la IA? Su relación con los conceptos de *big data*, algoritmos y *blockchain*

“Lo que todos tenemos que hacer es asegurarnos de que estamos usando la IA de una manera que sea en beneficio de la humanidad, no en detrimento de la humanidad”
Tim Cook (CEO de Apple).

7. “Recomendación sobre la ética de la IA”. UNESCO. 23/11/23.

8. *La inteligencia artificial y política. Los desafíos de una tecnología acelerada en las instituciones contemporáneas*, Colección Parlamento Futuro - ICAP Secretaría Parlamentaria HCDN, Año 2022. Capítulo de Daniel Innerarity.

<https://www4.hcdn.gob.ar/icap/archivos/Inteligencia-artificial-y-politica-1668028317.pdf>.

Es indiscutible que la IA se relaciona y nutre de otros conceptos. Así, cuando hablamos de *big data* nos imaginamos esa gran cantidad de datos que emitimos todos desde, por ejemplo, nuestros dispositivos, y de la que se pueden extraer patrones, tendencias y pautas de consumo. Este concepto entraña la articulación de las tres V, es decir que cuando hablamos de *big data* nos referimos a aquellos datos masivos que contienen como características interrelacionadas la velocidad, la variedad y el volumen.⁹

Ahora bien, ¿qué es la IA?¹⁰ El grupo de expertos de alto nivel ha definido a los sistemas de IA como “sistemas de *software* (y en algunos casos también de *hardware*) diseñados por seres humanos que, dado un objetivo complejo, actúan en la dimensión física o digital mediante la percepción de su entorno a través de la obtención de datos, la interpretación de los datos estructurados o no estructurados que recopilan, el razonamiento sobre el conocimiento o el procesamiento de la información derivados de esos datos, y decidiendo la acción o acciones óptimas que deben llevar a cabo para lograr el objetivo establecido”.¹¹

9. Colombo, María Celeste, *op. cit.* Ver también Ortega Giménez, Alfonso, *Las aplicaciones del Big Data en el ámbito asegurador y el tratamiento legal de sus datos*, Fundación MAPFRE, Madrid, 2019, p. 31.

10. “El término fue acuñado por primera vez por John McCarthy cuando en 1956 celebró la primera conferencia académica sobre el tema. No obstante, un poco antes Vannevar Bush y Alan Turing se plantearon como dilema la posibilidad de que las máquinas aprendiesen a pensar tal y como lo hace un ser humano. En efecto, en 1945 Vannevar Bush redacta un *paper*, “As We May Think”, donde explica su idea de un dispositivo para uso personal, una especie de biblioteca y archivo privados mecanizados. Por su parte, Alan Turing publicó en 1950 un *paper*, “Computing machinery and intelligence”, cuya idea central recalca en el siguiente interrogante: ¿pueden pensar las máquinas? A los fines de esbozar algunas respuestas es que el autor establece lo que se conocerá mundialmente como la prueba o test de Turing. El test de Turing plantea como hipótesis un juego de imitación donde se encierra en una habitación a una persona; luego se le suministra dos notas que contienen respuestas de un ser humano y una máquina indistintamente. Si al final del día el humano no podía distinguir cuál era la respuesta del ser humano y cuál la de la máquina, no queda otra que concluir que las máquinas pueden pensar ya que no pudieron advertirse diferencias entre ambos participantes. Sin embargo, el propio Turing advierte las inconsistencias que pueden surgir si llegamos a esa conclusión sin sopesar otras cuestiones” (cf. Colombo, María Celeste, *op. cit.*).

11. Colombo, María Celeste, *op. cit.*

Con similar criterio, la UNESCO define a los sistemas de IA como “tecnologías de procesamiento de la información que incorporan modelos y algoritmos que producen una capacidad para aprender y realizar tareas cognitivas, y que da lugar a resultados como la predicción y la adopción de decisiones en entornos reales y virtuales. Estos sistemas de inteligencia artificial están diseñados para funcionar con cierta autonomía mediante la modernización y representación del conocimiento y la explotación de datos”.

Respecto a los algoritmos, una definición técnica señala que se trata de un “conjunto de reglas que, aplicadas sistemáticamente a unos datos de entrada apropiados, resuelven un problema en un número finito de pasos elementales”.¹² En virtud de lo expuesto hasta aquí podemos decir que todo algoritmo tiene un número finito de pasos tendientes a obtener un resultado, por lo que hay una entrada (*input*) y una salida (*output*). Entre ambos extremos se encuentran las instrucciones específicas para resolver el problema.¹³

El *machine learning* es una técnica donde los algoritmos detectan patrones complejos por intermedio de datos adquiridos, que luego utilizan para tomar decisiones por sí mismos y a los fines de resolver problemas no previstos. Pero el concepto de IA abarca no solo el *machine learning* sino también el denominado aprendizaje profundo (*deep learning*).¹⁴

Por tanto, podríamos decir conforme a lo precedentemente expuesto que los datos serían el combustible de la IA, el alimento de los algoritmos.¹⁵

Por último, con relación al *blockchain*, algunos dicen que es el *yang* y la IA el *yin* del negocio digital. Mientras la última nos ayuda a valorar, comprender, reconocer y decidir, *blockchain* nos ayuda a verificar, ejecutar y registrar. Mientras los métodos de aprendizaje automático que forman parte de la IA nos ayudan a encontrar oportunidades y mejorar la

12. Peña Marí, Ricardo, *De Euclides a Java, la historia de los algoritmos y de los lenguajes de programación*, Ed. Nivola, Citado en Colombo, María Celeste, *op. cit.*

13. Colombo, María Celeste, *op. cit.*

14. Corvalán, Juan Gustavo; Díaz Dávila, Laura; Simari, Gerardo, “Inteligencia artificial: Bases conceptuales para comprender la revolución de las revoluciones”, en Corvalán, Juan Gustavo (dir.), *Tratado de la Inteligencia Artificial*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 202, p. 13. Cit. en Colombo, María Celeste, *op. cit.*

15. Colombo, María Celeste, *op. cit.*

toma de decisiones, los *Smart contracts* y las tecnologías *blockchain* pueden automatizar la verificación de las partes transaccionales del proceso.¹⁶

Ya veremos más adelante cómo esta tecnología se está usando especialmente, por ejemplo, para el voto telemático.

III. La utilización de la IA en las diversas etapas electorales: pros y contras para un sistema democrático constitucional

“Cada máquina tiene inteligencia artificial. Y cuanto más avanzada se pone una máquina, más avanzada será la inteligencia artificial. Pero, una máquina no puede sentir lo que está haciendo. Solo sigue las instrucciones –nuestras instrucciones– de los seres humanos”

Abhijit Naskar

La IA ha comenzado a adquirir un rol fundamental en la democracia, ante todo en lo que se refiere al atributo participativo y electoral de la misma. Se ha visto cómo partidos políticos utilizan exactamente la misma técnica que compañías como **Amazon** para dirigir sus mensajes a sus potenciales electores; o cómo otros países a través de *hackeos* masivos son capaces de interferir en las elecciones de otro Estado en favor de uno u otro candidato, como pasó en las presidenciales estadounidenses del año 2016, cuando el Partido Demócrata hizo fuertes denuncias contra Rusia de haber intervenido en favor de la campaña de Donald Trump.¹⁷

Ahora bien, veamos algunos casos que se dieron en el mundo donde se aplicó IA y cuyo resultado logró cierto grado de éxito.

En España, la empresa Chatbot Chocolate diseñó Elecciones.chat, una chatbot y voicebot disponible para asistentes de voz del hogar como *Alexa* y también para WhatsApp, con la cual, los usuarios pueden conocer el

16. “Inteligencia artificial y blockchain, el yin y el yang de la tecnología”. Publicado en: <https://www.icjce.es/inteligencia-artificial-blockchain-yin-yang-tecnologia>.

17. “Las dos caras de la inteligencia artificial en los procesos electorales”. Publicado en: <https://marketingpoliticoygobierno.com/las-dos-caras-de-la-inteligencia-artificial-en-los-procesos-electorales/>

contenido de los programas de gobierno mientras realizan labores del hogar o solo con enviar un mensaje por WhatsApp a un número específico.¹⁸

En Israel, la compañía OrCam Technologies LTD. diseñó las OrCam MyEye 2.0, un dispositivo con el que se pretende devolverles a las personas con discapacidad visual su autonomía. Este dispositivo, que tiene un precio en el mercado de US\$4.500, está siendo utilizado en este país para que las personas con discapacidad visual puedan ir a votar sin asistencia alguna.¹⁹

También, hemos visto la insistencia de expertos y defensores de la tecnología *blockchain* en implementar el voto telemático, como dijimos en el apartado anterior. Sostienen que esto no solo aumenta la seguridad de los procesos electorales, porque una vez emitido el voto no se puede modificar ni manipular; sino que le ahorra millones al erario público y acerca estos procesos al ciudadano, toda vez que puede emitir el voto desde su casa, su móvil, un ordenador, etc. Países como Brasil, Japón, Estonia, EE. UU. y Suiza han venido implementando este tipo de voto con éxito.²⁰

Otro caso, y uno de los más llamativos, se dio el año pasado con la fundación del Partido Sintético (organización liderada por una IA) en Dinamarca, una máquina de inteligencia artificial llamada Leader Lars.

Su objetivo es llevarse los votos del 20 % de población absentista danesa y dar voz a los pequeños partidos que se quedan sin representación parlamentaria. Para la creación de esta IA se utilizaron los programas políticos de los partidos que se han quedado fuera del Parlamento danés desde 1970. El Partido Sintético se define en redes como “tecno populista, transhumanista y defensor de la democracia radical”. Su verdadera finalidad es crear un nuevo objetivo que se suma a la lista de 17 objetivos de desarrollo sostenible de la ONU que regule la convivencia con las inteligencias artificiales; y se ha dedicado en la campaña electoral 2022 a esparcir su mensaje por redes sociales, especialmente por Discord, donde los ciudadanos podían debatir con Leader Lars.²¹

18. “Las dos caras de la inteligencia artificial en los procesos electorales”, *op. cit.*

19. “Las dos caras de la inteligencia artificial en los procesos electorales”, *op. cit.*

20. “Las dos caras de la inteligencia artificial en los procesos electorales”, *op. cit.*

21. <https://cadenaser.com/nacional/2022/10/31/puede-una-inteligencia-artificial-ganar-las-elecciones-su-objetivo-es-que-tengan-un-componente-moral-para-no-llegar-a-la-destruccion-de-la-humanidad-cadena-ser/>.

Es de destacar que Leader Lars se construyó a través del modelo de código abierto GPT Neo2Oxb, que es una IA **generativa**. Esto quiere decir que es capaz de crear contenido original a partir de los datos con los que fue entrenado, tal como ocurre con ChatGPT.²²

De otro lado, en Suiza, Alliance F ha desarrollado un algoritmo contra los mensajes que incitan al odio. El algoritmo se llama *Bot Dog* porque funciona como un sabueso que busca discursos ofensivos y violentos y los señala. Luego, un grupo de voluntarios responde a cada mensaje. *Bot Dog* se encuentra aún en fase experimental. Las primeras pruebas son alentadoras: investigadores de la Escuela Politécnica Federal de Zúrich (EPFZ) y de la Universidad de Zúrich han seguido el proyecto piloto y han constatado que las respuestas son especialmente exitosas cuando apelan a la solidaridad emocional con las víctimas de mensajes de odio.²³ Aquí tenemos un claro ejemplo de colaboración entre humanos y algoritmos.

En Argentina, incluso en algunas provincias, se vienen implementando avances tecnológicos que hacen a los procesos electorales en sus diversas etapas. Por ejemplo en Río Negro, este año, desde la campaña electoral para las elecciones locales, cualquier usuario de WhatsApp podía conversar con “**AlbertoBot**”, un **asistente virtual creado por el equipo de “Juntos Somos Río Negro”**, para multiplicar los canales de contacto del senador y candidato a la gobernación del oficialismo provincial, Alberto Weretilneck, quien finalmente resultara electo. Integrantes del equipo de campaña de Weretilneck afirmaron que el sistema “es muy práctico y permite automatizar con IA los mensajes que la gente quiere hacerle llegar al candidato, para que él vea después las consultas, vaya monitoreando lo que se demanda y a partir de ahí tome decisiones”.²⁴

22. Jaimovich, Desirée, “Una charla con Leader Lars, el robot que lidera el Partido Sintético en Dinamarca y que busca darles voz a todos los partidos políticos minoritarios daneses”. Publicado en: <https://www.lanacion.com.ar/tecnologia/una-charla-con-leader-lars-el-robot-que-lidera-el-partido-sintetico-en-dinamarca-y-que-busca-dar-le-nid21032023/>.

23. “¿Pueden convivir la inteligencia artificial y la democracia directa?”. Publicado en: <https://www.swissinfo.ch/spa/politica/-pueden-convivir-la-inteligencia-artificial-y-la-democracia-directa-/47681976>.

24. “Inteligencia artificial para las elecciones de Río Negro: cómo funciona el chatbot de Weretilneck”. Publicado en: <https://www.rionegro.com.ar/politica/inteligen>

Por último, quisiera mencionar también el caso de la provincia de Corrientes, cuyas elecciones se celebrarán el próximo 11 de junio, donde se utilizará por primera vez la IA, simulación de la inteligencia humana en una computadora, en una elección a modo de “prueba científica” para acelerar la lectura de telegramas en el escrutinio de votos y poder dar los resultados lo más rápido posible. Habrá mesas testigo donde se contará con un sistema de lectura de telegramas con *transformer*, que son redes neuronales secuenciadas que hacen que la máquina piense como el ser humano. Así, se señaló que una vez extraída la información, se realizará una validación automática para corroborar que la suma de votos coincida con el total reportado.²⁵ Veremos cómo resulta esta prueba piloto.

Ahora bien, y mas allá de los interesantes aportes que nos podría brindar la IA y que estuvimos viendo con algunos ejemplos, no podemos desconocer que su implementación en los procesos electorales también podría llegar a plantear preocupaciones importantes en términos de transparencia y equidad.

De esta manera, un tema que es recurrente en los contextos de campañas electorales y comunicación política es la desinformación.²⁶ Así, la IA puede ser utilizada para manipular la opinión pública mediante la difusión de información falsa o la creación de perfiles políticos detallados de los votantes.

Se ha acentuado la preocupación por la existencia de tácticas de manipulación y desinformación en línea en las últimas elecciones de una diversidad de países de distintas regiones del mundo. Así, se han detectado,

cia-artificial-para-las-elecciones-de-rio-negro-como-funciona-el-chatbot-de-weriteil-neck-2831976/.

25. “Pondrán a prueba por primera vez a la IA en una elección provincial”. Publicado en: <https://facundoquirola.com/pondran-a-prueba-por-primera-vez-a-la-i-a-en-una-eleccion-provincial/>.

26. Recomiendo la lectura del informe “Desinformación en Internet en contextos electorales de América Latina y el Caribe”, contribución regional de organizaciones de la sociedad civil ligadas a los Derechos Humanos en el entorno digital de enero de 2019. Así como también la “Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales” del 17 de octubre de 2019, que la Asamblea General de la OEA encomendó realizar a la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH.

en efecto, sofisticadas técnicas que incluyen desde la utilización de perfiles falsos de dirigentes políticos a la difusión de noticias falsas construidas para crear corrientes de opinión en determinado sentido o bien generar una falsa idea de popularidad de un candidato.²⁷

Ya lo vimos con la campaña presidencial de Donald Trump en 2016, donde se utilizó una plataforma de publicidad en línea personalizada y un equipo de análisis de datos para identificar y segmentar a los votantes clave. Por su parte, en la campaña presidencial de Joe Biden en 2020, se implementó una plataforma de análisis de datos llamada *Narwhal*, que utilizaba técnicas de IA para recopilar y analizar datos de múltiples fuentes.²⁸

Esta preocupación, por ejemplo, fue evidenciada por la OEA en su informe preliminar del 2/5/2023 sobre las elecciones de Paraguay de este año.²⁹ De ahí que recomiendan “impulsar campañas de educación y capacitación tanto para actores políticos como para el resto de la población sobre el impacto de la desinformación en el marco de campañas electorales; y que las autoridades electorales sigan abriendo y fortaleciendo canales de comunicación e información con verificadores y demás organizaciones de la sociedad civil para combatir la desinformación sobre el proceso electoral”.

Asimismo, la Misión de la OEA recibió información de que no hubo un debate entre los candidatos con mayor apoyo en las encuestas. Sin embargo, en redes sociales circuló un debate entre ambos candidatos generado con herramientas de IA, lo que evidencia la irrupción de nuevas tecnologías con la capacidad tanto de informar como de desinformar con gran rapidez en las campañas electorales.³⁰

Para ello se utilizaron los programas de IA ChatGPT, Narakeet y D-ID. El debate duró unos 25 minutos y fue transmitido a través de la plataforma *Candydatos* y sus soportes digitales.³¹

27. Dalla Via, Alberto R., *Derecho electoral. Teoría y práctica*. Rubinzal-Culzoni, 2021.

28. “Ganar las elecciones en la era digital: el poder de la inteligencia artificial en las campañas políticas”. Publicado en: <https://alponente.com/ganar-las-elecciones-en-la-era-digital-el-poder-de-la-inteligencia-artificial-en-las-campanas-politicas/>.

29. <https://www.oas.org/fpdb/press/Informe-Preliminar-Paraguay-2023.pdf>.

30. <https://www.ultimahora.com/con-inteligencia-artificial-se-busca-suplir-falta-debate-presidencial-n3059469.html>.

31. <https://www.oas.org/fpdb/press/Informe-Preliminar-Paraguay-2023.pdf>.

Asimismo, la MOE OEA se expidió en su informe sobre la seguridad del voto electrónico, y recomendó: “-requerir a la empresa proveedora la lista de materiales de *software*, definir el modo de intercambio y realizar un riguroso análisis de esta, con el fin de mantener visibilidad sobre los avisos de seguridad que indican si un artefacto o producto incluido en la lista de materiales se vieron afectados por una vulnerabilidad o vulnerabilidades conocidas; -profundizar las pruebas técnicas (*testing*), empoderando al personal técnico del Tribunal Superior de Justicia Electoral (TSJE), para que la institución cuente con los recursos y la capacidad para poder constatar la seguridad y eficiencia del sistema en cada momento, especialmente antes de cada evento electoral; -definir una estrategia para la gestión de riesgos del voto electrónico y desarrollar los procedimientos respectivos, de conformidad con estándares internacionales; y -programar e implementar una mayor transferencia de conocimientos hacia el personal técnico del TSJE para evaluar mejoras al sistema, brindar respuestas y socializar la tecnología”.

En síntesis, por lo que pudimos ver, en principio, los casos de éxito de estas nuevas tecnologías han tenido lugar en países con grandes índices de calidad de vida y desarrollo, pero al pensar en países del llamado “Tercer Mundo” o países en vía de desarrollo, es inevitable no comenzar a cuestionarse sobre los niveles de éxito de las mismas.³²

En conclusión, es cierto que la IA tiene el potencial de mejorar significativamente la eficiencia, precisión y seguridad de los procesos electorales. Sin embargo, es importante asegurarse de que la implementación de la IA se realice de manera transparente, imparcial y equitativa para garantizar la integridad de las elecciones y la confianza de los votantes en el proceso democrático.

Así, como bien recomienda la UNESCO, dispositivos tanto técnicos como institucionales deberían garantizar la auditabilidad y la trazabilidad (del funcionamiento) de los sistemas de IA, en particular para intentar solucionar cualquier conflicto con las normas relativas a los derechos humanos, más específicamente en el caso que nos ocupa, relativas a los derechos de la participación política.

32. “Las dos caras de la inteligencia artificial en los procesos electorales”, *op. cit.*

IV. Reflexiones finales

“El verdadero signo de la inteligencia no es el conocimiento (información), sino la imaginación”
Albert Einstein

Pocas veces como hoy, las democracias en cualquier parte del mundo se han enfrentado a situaciones tan novedosas como la interferencia de factores tecnológicos en la elección, sin importar cuán desarrollado o no sea el régimen democrático de los países,³³ como se pudo apreciar en el apartado anterior.

Por tanto, el verdadero desafío del constitucionalismo de este siglo es pensar cómo dar protección a derechos y libertades del individuo en un contexto social profundamente mutado por la innovación tecnológica.³⁴

El Grupo de expertos de alto nivel sobre IA en “Directrices éticas para una IA fiable” (abril 2019, p. 14) establece que los sistemas de IA no solo tienen que ser respetuosos de los derechos fundamentales reconocidos por los Estados miembros, sino que deben garantizar la observancia de los siguientes principios éticos, a saber: a) respeto de la autonomía humana; b) prevención del daño; c) equidad; d) explicabilidad y trazabilidad. Coincidimos en destacar que “el desarrollo de la IA sin controles éticos y jurídicos es un asunto de derechos humanos. El riesgo existencial que tal clase de desarrollo conlleva impone a la generación actual de seres humanos el imperativo ético, derivado del principio de responsabilidad, de precaver el acaecimiento de tales riesgos”.^{35 36}

33. Dalla Via, Alberto R., *Derecho electoral. Teoría y práctica*, Rubinzal-Culzoni, 2021.

34. Lacava, Federico, “Luces y sombras de la gobernanza inteligente”. Publicado en: RDA 2022-139, 43 Cita: TR LALEY AR/DOC/3487/202. Ver también Frosini, Tommaso Edoardo, “Il costituzionalismo nella società tecnologica”, en *Diritto dell'informatica*, N° 3, 2020, p. 465 y ss.

35. López Oneto, Marcos, “Fundamentos antropológicos, éticos, filosóficos, históricos, sociológicos, y jurídicos para la constitución universal de un Derecho de la Inteligencia Artificial (DIA)”, en Corvalán, Juan Gustavo (dir.), *Tratado de la Inteligencia Artificial*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2021, p. 52. Cit. en Colombo, María Celeste, *op. cit.*

36. Colombo, María Celeste, *op. cit.*

Si bien hay que hacer todo lo posible por aumentar la transparencia y la explicabilidad de los sistemas de IA, incluidos los que tienen un efecto extraterritorial, a lo largo de su ciclo de vida para respaldar la gobernanza democrática el grado de tales principios debería ser siempre adecuado al contexto y al efecto, ya que puede ser necesario encontrar un equilibrio entre la transparencia y la explicabilidad y otros principios como la privacidad, la seguridad y la protección. Las personas deberían estar plenamente informadas cuando una decisión se basa en algoritmos de IA o se toma a partir de ellos, en particular cuando afecta a su seguridad o a sus derechos humanos; en esas circunstancias, deberían tener la oportunidad de solicitar explicaciones e información al actor de la IA o a las instituciones del sector público correspondientes.³⁷

En ese entendimiento, se ha señalado que “en la medida en que los procesos electorales se realicen en mejores condiciones de información, imparcialidad y libertad, mayor será la calidad de la democracia”.³⁸

El rol de la IA y de la ciencia de datos es cada vez más importante en el curso de las elecciones democráticas; aunque no pueden todavía comandar un país, los algoritmos tienen un papel cada vez más relevante en las campañas previas a los comicios. Las campañas electorales de Barack Obama y Donald Trump, el Partido Sintético de Dinamarca y el robo masivo de información en la campaña de Macron, como vimos, son buenos ejemplos.³⁹

Los algoritmos cohabitan con nosotros, nos hacen la vida más fácil. Nos habilitan una vía expedita cuando hay un atasco en el tráfico. Nos eligen una película cuando ya no queremos ni tomar esa decisión. En suma, nos allanan el camino en la rutina diaria. Sin embargo, las voces de alerta comienzan a sonar cada vez más fuerte. ¿Acaso no estamos entregando nuestra libertad a cambio de nuestros datos? La dimensión ética empieza a aflorar cuando *big*

37. “Recomendación sobre la ética de la IA”, UNESCO.23/11/23.

38. Molina, José E., “Elecciones en América Latina (2005-2006): desafíos y lecciones para la organización de procesos electorales”, *Cuadernos de CAPEL* N° 52, 2008, pp. 13-14, y Fallo CNE 4075/2008; citado en Acordada CNE N° 66/18.

39. Gracia del Río, Jorge: “Cómo son los algoritmos que elegirán al próximo presidente del gobierno”, <https://www.lanacion.com.ar/tecnologia/como-son-los-algoritmos-que-eligen-al-proximo-presidente-del-gobierno-nid29012023/>.

data y la utilización de algoritmos confrontan con nuestras libertades más fundamentales: dignidad, privacidad y libre albedrío.⁴⁰

La IA debe estar al servicio de los intereses de los ciudadanos, y no al revés. Se trata, en definitiva, de la búsqueda y el reforzamiento de la legitimidad, no solamente la legitimidad de origen que está garantizada cuando los procesos electorales son correctos y transparentes, sino fundamentalmente la legitimidad de ejercicio para que, como señala el constitucionalista Alberto Dalla Via, se haga cierta la advertencia de Georges Berlia en cuanto a que “los representantes del pueblo soberano no se conviertan en los soberanos representantes del pueblo”.⁴¹

Para pensar...

Bibliografía

- Colombo, María Celeste, “¿Qué es la inteligencia artificial?”. Publicado en: *EBOOK-TR 2023*, 5 Cita: TR LALEY AR/DOC/764/2023.
- Cortés Olivo, David, “La incorporación de la inteligencia artificial en el poder público. La política en el mundo inteligente”. *Revista Conjeturas Sociológicas*, Universidad de El Salvador. ISSN: 2313-013X. Volumen 7 núm. 19, 2019.
- Corvalán, Juan Gustavo; Díaz Dávila, Laura; Simari, Gerardo, “Inteligencia artificial: Bases conceptuales para comprender la revolución de las revoluciones”, en Corvalán, Juan Gustavo (dir.), *Tratado de la Inteligencia Artificial*, La Ley, Buenos Aires, 2021.
- Dalla Via, Alberto R., *Derecho electoral. Teoría y práctica*, Rubinzal-Culzoni, 2021.
- Frosini, Tommaso Edoardo, “Il costituzionalismo nella società tecnologica”, en *Diritto dell’informazione e dell’informatica*, N° 3, 2020.
- “Ganar las elecciones en la era digital: el poder de la inteligencia artificial en las campañas políticas”. Publicado en: <https://alponente.com/ga->

40. Colombo, María Celeste, *op. cit.*

41. Dalla Via, Alberto, “Sobre la democracia constitucional, la democracia radical y la ilusión de la democracia directa”. Comunicación del académico de número Alberto Dalla Via, en la sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 23 de agosto de 2017.

[nar-las-elecciones-en-la-era-digital-el-poder-de-la-inteligencia-artificial-en-las-campanas-politicas/](#).

Garrido, Antonio y Nohlen, Dieter, “Integridad Electoral y Derecho Electoral Comparado: Evaluando Evaluaciones”, *Derecho Electoral Latinoamericano. Un enfoque comparativo*. Fondo de Cultura Económica. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Instituto Nacional Electoral. IDEA Internacional. Ciudad de México. 2019.

Gracia del Río, Jorge, “Cómo son los algoritmos que elegirán al próximo presidente del gobierno”, <https://www.lanacion.com.ar/tecnologia/como-son-los-algoritmos-que-elegiran-al-proximo-presidente-del-gobierno-nid29012023/>.

“Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales” del 17 de octubre de 2019.

Harari, Yuval Noah, *Homo Deus. Breve historia del mañana*. Ed. Debate, 2017. Informe “Desinformación en Internet en contextos electorales de América Latina y el Caribe”, contribución regional de organizaciones de la sociedad civil ligadas a los Derechos Humanos en el entorno digital de enero de 2019.

“Inteligencia artificial y blockchain, el yin y el yang de la tecnología”. Publicado en: <https://www.icjce.es/inteligencia-artificial-blockchain-yin-yang-tecnologia>.

“Inteligencia artificial para las elecciones de Río Negro: cómo funciona el chatbot de Weretilneck”. Publicado en: <https://www.rionegro.com.ar/politica/inteligencia-artificial-para-las-elecciones-de-rio-negro-como-funciona-el-chatbot-de-weretilneck-2831976/>.

Jaimovich, Desirée, “Una charla con Leader Lars, el robot que lidera el Partido Sintético en Dinamarca y que busca darles voz a todos los partidos políticos minoritarios daneses”. Publicado en: <https://www.lanacion.com.ar/tecnologia/una-charla-con-leader-lars-el-robot-que-lidera-el-partido-sintetico-en-dinamarca-y-que-busca-darle-nid21032023/>.

La inteligencia artificial y política. Los desafíos de una tecnología acelerada en las instituciones contemporáneas. Colección Parlamento Futuro - ICAP Secretaría Parlamentaria HCDN. Año 2022. Publicado en: <https://www4.hcdn.gob.ar/icap/archivos/Inteligencia-artificial-y-politica-1668028317.pdf>.

Lacava, Federico, “Luces y sombras de la gobernanza inteligente”. Publicado en: RDA 2022-139, 43 Cita: TR LALEY AR/DOC/3487/2021.

- “Las dos caras de la inteligencia artificial en los procesos electorales”. Publicado en: <https://marketingpoliticoygobierno.com/las-dos-caras-de-la-inteligencia-artificial-en-los-procesos-electorales/>.
- López Oneto, Marcos, “Fundamentos antropológicos, éticos, filosóficos, históricos, sociológicos, y jurídicos para la constitución universal de un Derecho de la Inteligencia Artificial (DIA)”, en Corvalán, Juan Gustavo (dir.), *Tratado de la Inteligencia Artificial*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2021.
- Molina, José E., “Elecciones en América Latina (2005-2006): desafíos y lecciones para la organización de procesos electorales”, *Cuadernos de CAPEL* N° 52, 2008, pp. 13-14, y Fallo CNE 4075/2008, citado en Acordada CNE N° 66/18.
- Ortega Giménez, Alfonso, *Las aplicaciones del Big Data en el ámbito asegurador y el tratamiento legal de sus datos*, Fundación MAPFRE, Madrid, 2019.
- Peña Marí, Ricardo, *De Euclides a Java, la historia de los algoritmos y de los lenguajes de programación*, Ed. Nivola.
- “Pondrán a prueba por primera vez a la IA en una elección provincial”. Publicado en: <https://facundoquioga.com/pondran-a-prueba-por-primera-vez-a-la-i-a-en-una-eleccion-provincial/>.
- “¿Pueden convivir la inteligencia artificial y la democracia directa?”. Publicado en: <https://www.swissinfo.ch/spa/politica/-pueden-convivir-la-inteligencia-artificial-y-la-democracia-directa-/47681976>.
- “Recomendación sobre la ética de la IA”, UNESCO, 23/11/23.
- “Reforzar la integridad y la transparencia de las elecciones en la era de las redes sociales”, 5/2/18, disponible en: <https://es.unesco.org/news/reforzar-integridad-y-transparencia-elecciones-era-redes-sociales>
- Suárez, Paula S., “El impacto de las redes sociales en la comunicación política”, *Revista Mundo Electoral*, enero 2020, N° 37, Panamá.
<https://cadenaser.com/nacional/2022/10/31/puede-una-inteligencia-artificial-ganar-las-elecciones-su-objetivo-es-que-tengan-un-componente-moral-para-no-llegar-a-la-destruccion-de-la-humanidad-cadena-ser/>.
- <https://www.oas.org/fpdb/press/Informe-Preliminar-Paraguay-2023.pdf>.
- <https://www.ultimahora.com/con-inteligencia-artificial-se-busca-su-plir-falta-debate-presidencial-n3059469.html>.
- <https://www.oas.org/fpdb/press/Informe-Preliminar-Paraguay-2023.pdf>.

Democracia digital: luces y sombras

*María Alejandra Perícola**

Resumen

Existe un consenso generalizado sobre el impacto de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) en el desarrollo actual de las instituciones democráticas representativas.

En este trabajo se plantea, por un lado, la revisión de las posibilidades y beneficios que conlleva la denominada “democracia digital” o “democracia electrónica” con relación al gobierno abierto, la transparencia y agilización de los procesos electorales, y las nuevas formas de participación ciudadana. Por el otro, se operacionaliza el tema considerando los problemas resultantes de la específica manera en que se han desarrollado las TIC: el control y las garantías que plantea su utilización, la brecha digital, la desinformación, la proliferación de noticias falsas y la recolección de información sensible encubierta.

Por último, se presentan estándares y estrategias que tienen por finalidad regular y mitigar los efectos adversos del uso de las TIC con relación a los derechos de participación política.

* Argentina; Abogada y Licenciada en Ciencia Política; Especialista en Justicia Constitucional y Procesos Constitucionales y Máster en Derecho Electoral; en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires es Directora Académica del Observatorio de Derecho Electoral; Profesora Adjunta Regular de Teoría del Estado y Derecho Constitucional; Investigadora Adscripta del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja –en el que actualmente dirige el Seminario de Investigación sobre “Participación Política Inclusiva”–; y Directora del Proyecto de Investigación DeCyT “40 años de Democracia en Argentina: balance y desafíos respecto de los derechos de participación política” (Programación 2022-2024); mpericola@derecho.uba.ar.

Palabras clave: Tecnologías de la Información y la Comunicación, Democracia representativa, Democracia digital, Gobierno abierto.

Digital Democracy: Lights and Shadows

Abstract

It is generally acknowledged that Information and Communication technologies have had an impact on the current development of representative democratic institutions. This paper explores the possibilities and benefits associated with the so-called “digital democracy” or “electronic democracy” in relation to open government, transparency, the streamlining of electoral processes, and new forms of citizen participation. It additionally addresses the problems resulting from the specific manner in which ICT has been developed: control, the digital divide, disinformation, the proliferation of fake news, and the covert collection of sensitive information. Lastly, it presents standards and strategies aimed at regulating and mitigating the adverse effects of ICT use on political participation rights.

Keywords: Information and Communication Technologies, Representative democracy, Digital democracy, Open Government.

I. Preliminar

La democracia digital –o electrónica, o e-democracia conforme otras designaciones– consiste en la utilización de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) tanto por los gobiernos como por la ciudadanía con la finalidad de reforzar la transparencia de los procesos políticos e incrementar los espacios de formación de la opinión pública y la participación política.

Desde el punto de vista de la teoría democrática, y considerando la crisis de representación y la desafección de la ciudadanía hacia la política¹

1. El fenómeno de la desafección política puede definirse como el desinterés, la apatía, el aislamiento o el distanciamiento de la ciudadanía respecto de las instituciones de la democracia representativa.

—que puede enmarcarse en el conjunto de elementos que Norberto Bobbio denominó “falsas promesas”² de la democracia real—, la relación entre las TIC y la democracia presenta varias aristas. Puede ser analizada desde la lógica interna del actual sistema representativo, o el ideal de la democracia directa o de asamblea,³ o bien a partir de la consideración de nuevas formas de gobernanza colectiva.⁴

Pues bien, en esta exposición se retoma la idea expresada por John Stuart Mill en 1861, “el ideal de la mejor forma de gobierno se encontrará en alguna de las variedades del sistema representativo”.⁵ Se prescinde de la posibilidad de una democracia directa hincada en la inmediatez de las decisiones sin intervenciones deliberativas e institucionales. Se reconoce la necesidad de re-equilibrar el mecanismo de la representación política, es decir, la relación entre representantes y representados: que los primeros actúen responsablemente y respondan teniendo en cuenta las exigencias de la sociedad. Y, a partir de ello, se determinan las dos caras de una misma realidad, es decir, las luces y sombras que presenta la democracia digital, a saber: el modo en que las TIC pueden coadyuvar al fortalecimiento de mecanismos de deliberación y participación política; y, al mismo, tiempo, los riesgos y las transgresiones respecto de ciertos derechos fundamentales. Y todo ello, dentro de los límites del gobierno representativo.⁶

2. N. Bobbio, *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, [1984] 1986, pp. 16-26.

3. La democracia directa es el modelo de gobierno en el que la totalidad de quienes son considerados ciudadanos se reúnen en asambleas para tomar las decisiones políticas concernientes a la comunidad. El correcto funcionamiento de este tipo de gobierno requeriría una serie de condiciones: un Estado muy pequeño, en que el pueblo sea fácil de congregarse y en el que cada ciudadano pueda fácilmente conocer a los demás; sencillez en las costumbres y por tanto un escaso número de asuntos a considerar y también, igualdad en las fortunas (J. J. Rousseau, *El Contrato Social*, Cap. IV).

4. J. Subirats, “Los dilemas de una relación inevitable. Innovación democrática y tecnologías de la información y de la comunicación”, en H. Cairo Carou (comp.), *Democracia Digital. Límites y Oportunidades*, Madrid, Ed. Trotta, 2002, p. 97.

5. J. S. Mill, *Del Gobierno representativo*, Madrid, Tecnos, 4a ed., 2007, Cap. II, p. 45.

6. Téngase en cuenta que, si bien la Constitución Nacional Argentina es “representativista”, a partir de la reforma de 1994 se abren algunas posibilidades de ejercitación de mecanismos más directos: el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley (art. 39) y la consulta popular (art. 40).

II. Posibilidades y beneficios de la democracia digital

En el Estado democrático los poderes tienen como fuente inicial de legitimación el poder electoral. Por esta razón, es de especial relevancia prestar atención al uso de las TIC respecto del procedimiento electoral,⁷ definido por la normativa instrumental destinada a organizar las elecciones y a cumplir las finalidades propuestas por el sistema electoral.⁸

En este marco, el Gobierno Abierto⁹ cobra especial relevancia por entrañar un nuevo paradigma para el sistema democrático que se cimienta en el establecimiento de mecanismos de transparencia de los gobiernos, así como de espacios permanentes de colaboración y participación de la ciudadanía, aprovechando las posibilidades que proporcionan las TIC¹⁰ y gestionando la información en formatos abiertos. Así, es de suma importancia la Iniciativa de Datos Abiertos para las Elecciones (OEDI por sus siglas en inglés) que impulsó el National Democratic Institute (NDI) en 2013.

7. En el *iter* del procedimiento electoral (desde la convocatoria a elecciones hasta la proclamación de candidatos/as), las herramientas electrónicas se utilizan desde hace tiempo, por ejemplo, para: agilizar el recuento de votos, el diseño del instrumento de votación, la conformación de los códigos de identificación estandarizado para cada urna, el seguimiento –mediante dispositivos de geolocalización– de los vehículos asignados a las rutas de despliegue y repliegue de urnas; la visualización en tiempo real de determinados establecimientos a través de cámaras IP; la utilización del sistema de trazabilidad de las notificaciones de autoridades de mesa.

8. P. Santolaya Machetti, *Manual de Procedimiento Electoral*, Madrid, Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, 4ª ed., 1998, p. 25.

9. La Alianza para el Gobierno Abierto (OGP por sus siglas en inglés) fue fundada en 2011 por un grupo de gobiernos y organizaciones de la sociedad civil que buscaban la manera de trabajar en unión para atender retos complejos. Los pilares son: la colaboración entre gobiernos, sociedad civil y ciudadanía; el intercambio de metodologías innovadoras a nivel global y un enfoque en la implementación de medidas de gobierno abierto concretas y medibles. La OGP incluye 75 países y 106 gobiernos locales, que representan a más de dos mil millones de personas, y miles de organizaciones de la sociedad civil. Argentina fue aceptada como miembro en abril de 2013. Página oficial: <https://www.opengovpartnership.org>. Fecha de consulta: 26/05/2023.

10. C. Calderón y S. Lorenzo (coords.), *Open Government - Gobierno Abierto*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2010, p. 9.

“Abrir” los datos se refiere a compartirlos de manera que los miembros del público en general los puedan utilizar, reutilizar y redistribuir de manera libre y fácil.¹¹ Y para ello, se indican nueve principios de los datos electorales abiertos:¹²

- 1) Presentación oportuna: por ejemplo, la publicación casi en tiempo real de los resultados preliminares de los centros de votación ofrece transparencia en el proceso de conteo.
- 2) Disponibilidad en el nivel primario en el que se recopilan: los datos tienen que ser granulares, es decir, no son datos agregados ni modificados.
- 3) Disponibilidad gratuita en internet.
- 4) Presentación completa y en bloque: contenidos en un solo archivo, de manera que todo el conjunto de datos pueda obtenerse mediante una sola descarga.
- 5) Disponibilidad en formato digital.
- 6) No exclusividad: los formatos CSV tabular, XML y JSON son considerados formatos abiertos. Contrariamente, los formatos de archivo como XLS y DOC son formatos exclusivos propiedad de Microsoft y, por lo tanto, no son abiertos.
- 7) No discriminación: no existen requisitos de solicitud ni de registro para poder acceder a los datos o utilizarlos.
- 8) Libres de licencia: datos que están abiertos para ser reutilizados y redistribuidos con cualquier fin.
- 9) Disponibilidad permanente: disponibles en un “lugar estable en línea” o a través de “archivos en perpetuidad”.

En el ámbito latinoamericano, en Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, México y Perú, los datos primarios y destacados se ofrecen en formatos analizables y en bloque, es decir, satisfaciendo muchos de los principios de los datos electorales abiertos. Asimismo, conforme información brindada por NDI, con frecuencia “no son las electoras y electores los que utilizan directamente los datos electorales, sino los partidos políticos, grupos civiles,

11. Disponible en: <https://openelectiondata.net/en/>. Fecha de consulta: 23/05/2023.

12. Disponible en: <https://openelectiondata.net/es/guide/principles/>. Fecha de consulta: 23/05/2023.

organizaciones que monitorean u observan las elecciones y los medios de comunicación, quienes los (re) utilizan o les dan otros fines¹³.

Particularmente, en nuestro país, en 2018, la Cámara Nacional Electoral presentó la plataforma de datos abiertos para consultar: estadísticas electorales, el Registro de Redes y Plataformas Digitales,¹⁴ el Registro de Empresas de Encuestas y Sondeos de Opinión, el Registro de Entidades de Acompañamiento Cívico, información geoespacial, los partidos políticos vigentes, el mapa dinámico referido a las elecciones provinciales, la evolución de las candidaturas por género, datos sobre el financiamiento político, el padrón electoral, el portal de denuncias, entre otros elementos que forman parte del proceso electoral.¹⁵ De igual forma se publican los procedimientos administrativos de contratación de la Cámara Nacional Electoral, las rendiciones de cuentas de la aplicación de las diferentes partidas y los convenios de colaboración suscriptos por la Justicia Nacional Electoral, con la finalidad de que la gestión electoral sea transparente, inclusiva y participativa.

En pocas palabras, los datos abiertos pueden ayudar a incrementar la confiabilidad de los procesos electorales, fortalecer los conocimientos de los/as votantes, evitar la presencia de información incorrecta y fortalecer el vínculo entre los/as ciudadanos/as y sus gobiernos.

III. Implicancias de la democracia digital en la participación política

En el contexto de desafección política, el surgimiento de nuevas TIC, incluidas las computadoras, los teléfonos celulares, internet y las redes sociales¹⁶ a fines del siglo XX y principios del XXI, fue una gran oportunidad

13. Cfr. <https://openelectiondata.net/es/guide/introduction/>. Fecha de consulta: 23/05/2023.

14. Acordada CNE 66/2018.

15. Información disponible en: <https://www.electoral.gob.ar/nuevo/index.php>. Fecha de consulta: 24/05/2023.

16. Redes sociales (Facebook, Twitter, Orkut, hi5, Tuenti, Instagram, TikTok, WhatsApp) son aplicaciones web que permiten a las personas conectar con sus amigos/as y realizar nuevas amistades. Además, permiten a los/as usuarios/as compartir contenido, interactuar y crear comunidades sobre intereses similares. Véase: C. Calderón y S. Lorenzo (coords.), *op. cit.*, p. 176.

para la transformación de las fórmulas de participación política al aumentar la disponibilidad de información, la transparencia y la posibilidad de intervención en debates sobre políticas públicas.

En un primer momento, se observó cómo los partidos políticos comenzaron a utilizar las TIC para transmitir sus mensajes a través de la web 1.0,¹⁷ en la que únicamente ofrecían información a la ciudadanía. Luego, mediante la web 2.0,¹⁸ la red se ha transformado en el mejor altavoz del electorado y sus opiniones políticas.¹⁹ Así lo entendió, por ejemplo, Barack Obama en 2008, al centrar su campaña electoral en las redes sociales. En la siguiente elección presidencial de Estados Unidos, Hillary Clinton cimentó su campaña en la metodología creada por el equipo de Obama (contrató a una empresa emergente de microsegmentación,²⁰ financiada por el presidente de Google y gestionada por el director tecnológico de la campaña de Obama en 2012).²¹ También sobresale el uso de internet y las redes sociales en Italia con el *Movimiento 5 Stelle*, que ha fundado buena parte de su discurso contra los medios informativos y las oportunidades de internet para captar votos.²²

No obstante, el acceso abierto a las redes “ha emborronado las diferencias entre los expertos competentes y los troleros demagogos; se ha quebrantado la privacidad; y el exceso de mensajes ha socavado la reflexión”.²³

17. La web 1.0 es de solo lectura. El usuario no puede interactuar con el contenido de la página.

18. La web 2.0 se basa en comunidades de usuarios/as y una gama especial de servicios, como las redes sociales, los blogs, los wikis, que fomentan el intercambio de información.

19. C. Calderón y S. Lorenzo (coords.), *op. cit.*, p. 175.

20. Se denomina microsegmentación a las técnicas que utilizan las empresas de marketing para crear perfiles y predicciones y así seleccionar a los/as votantes a los que luego se dirigen los mensajes en las campañas electorales.

21. C. O’Neil, *Armas de Destrucción Matemática. Cómo el Big Data aumenta la desigualdad y amenaza la democracia*, Madrid, Capitán Swing, 2018, p. 237.

22. J. Castellanos Claramunt, *Participación ciudadana y buen gobierno democrático. Posibilidades y límites en la era digital*, Madrid, Marcial Pons, 2020, p. 263. Asimismo, el autor menciona los principales casos en los que la utilización masiva de redes sociales ha propiciado la acción colectiva: lo sucedido en España con el 15M, en Estados Unidos con la acción *Occupy Wall Street*, en México con el movimiento Yo soy 132, en Brasil con el movimiento *Passe Livre* y la Revolución de los paraguas en Hong Kong.

23. J. M. Colomer y A. L. Beale, *Democracia y Globalización*, Barcelona, Anagrama, 2021, pp. 159-161.

En la esfera del conocimiento, una de las limitaciones que presentan las redes sociales se ha formulado en términos de burbujas de información y cámaras de eco. “Los algoritmos de personalización alimentan a la gente con información con la que probablemente interactúan, y el resultado es la segregación en burbujas donde sus propias creencias están reforzadas y donde no se exponen a opiniones opuestas”.²⁴ Las consecuencias: fragmentación de la sociedad, discursos de odio y mayor polarización política. Además, el uso de *bots* (perfiles automatizados en las redes sociales que tienen apariencia de opiniones reales), si bien puede ejercer un importante rol para generar interés por un tema determinado, también está en condiciones de coadyuvar a suministrar visiones negativas con propaganda sesgada.²⁵

En el escenario de la democracia representativa, las tecnologías digitales pueden incitar a los/as votantes para que apoyen a un/a candidato/a o a una agrupación política mediante anuncios personalizados. Un caso conocido que implicaba la manipulación de las personas es el de Cambridge Analytica, que comprendía la recolección de datos privados de los/as usuarios/as de Facebook sin su autorización.²⁶ Se ha aseverado que esos datos fueron utilizados con la finalidad de influir en procesos políticos, como por ejemplo, la campaña presidencial de Donald Trump de 2016.^{27 28 29}

24. M. Coeckelbergh, *La filosofía política de la inteligencia artificial. Una introducción*, Madrid, Cátedra, 2023, p. 97.

25. J. Bercholz, *Big Data, Algoritmos y Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación. Efectos en el sistema político e institucional*, Buenos Aires, Aldina, 2020, p. 54.

26. Un análisis detallado sobre las investigaciones de Facebook durante las elecciones de 2010, 2012 y 2014 en Estados Unidos, puede verse en C. O’Neil, *op. cit.*, pp. 224-225.

27. M. Coeckelbergh, *La filosofía política de la inteligencia artificial. Una introducción*, Madrid, Cátedra, 2023, p. 101.

28. Resulta llamativo el doble juego que mantuvo Facebook respecto de D. Trump: luego de bloquear sus cuentas, continuaba promocionando sus discursos a través de sus algoritmos. Cuestión que contribuyó a favorecer el asalto al Capitolio en 2021. Véase: F. Balaguer Callejón, *La Constitución del Algoritmo*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad, 2023, p. 162.

29. Con Google la situación es parecida. Aparentemente, su algoritmo de búsquedas tiene como propósito incrementar los ingresos, pero los resultados de las búsquedas, si Google así lo decidiera, podrían tener un efecto dramático en lo que sabe la gente y en el sentido de su voto. Véase: C. O’Neil, *op. cit.*, p. 239.

De igual modo, también es posible manipular al electorado a través de la desinformación o noticias falsas. Si bien la desinformación organizada por medio de noticias falsificadas no es algo novedoso en la historia, lo que sí es actual es “la capacidad que tienen las redes sociales para convertir esas notificaciones falsificadas en tendencias mayoritarias en contextos democráticos, ocupando una parte fundamental del espacio público”.³⁰ Incluso, es también relevante que esas noticias se transmitan en el ámbito privado, como puede ser WhatsApp.

Asimismo, los procesos que construyen mensajes con el propósito de conducir el comportamiento del electorado al momento de sufragar, si se plasman a través de Inteligencia Artificial (IA)³¹ pueden alcanzar resultados inéditos en escala y efecto, “logrando que el mensaje llegue microfocalizado a los votantes, con tanto más efecto decisivo en unos comicios cuanto más igualadas puedan estar las candidaturas contendientes o las opciones en una determinada consulta popular”.³² Tal ha sido el caso del referéndum del Brexit en 2016, en el que la estrategia de marketing y propaganda subliminal personalizada se realizó a partir de los datos personales de usuarios de Facebook, sin el consentimiento de los afectados.³³

Sin lugar a duda, el empleo malicioso de las redes puede perjudicar la seguridad de los sistemas y la información que se recopila o transmite. Y, al mismo tiempo, afectar derechos y libertades de la ciudadanía. La actividad y los resultados del uso de las TIC –que se exageran en el caso de la IA– pueden afectar el derecho a la libertad de expresión,³⁴ la inviolabilidad de la

30. F. Balaguer Callejón, *La Constitución del Algoritmo*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad, 2023, p. 76.

31. La IA, entendida como la innovación que permite dotar de autonomía y capacidad a un sistema para desarrollar tareas que exigen inteligencia, está presente en los robots inteligentes, en los sistemas de reconocimiento de voz, en los *smarthphones*, traductores, gestores de contenidos audiovisuales digitales, o en general en los instrumentos computacionales con toma de decisiones automatizadas utilizando Big Data. Véase: P. J. Pérez Zafrilla, C. Benlloch Domenech, J. Sarrión Esteve, *E-Democracia Rural*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 117.

32. M. A. Presno Linera, *Derechos Fundamentales e Inteligencia Artificial*, Madrid, Marcial Pons, 2023, p. 69.

33. P. J. Pérez Zafrilla, C. Benlloch Domenech, J. Sarrión Esteve, *E-Democracia Rural*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 118.

34. Un estudio específico sobre el tema puede verse en: P. S. Suárez, “El impacto de las redes sociales en la comunicación política”, en *Revista Mundo Electoral* N° 37, Panamá, enero 2020.

personalidad virtual, la política de privacidad transparente o la conservación de los/as usuarios/as de internet del control de sus datos personales.³⁵ De este modo, es necesaria una concepción mejorada del principio de libertad de expresión en la era de la comunicación digital: “una concepción más inclusiva, que promueva la verdad, que sea pluralista y crítica”.³⁶

Otra variable a tener en cuenta en el desarrollo de la democracia digital se refiere al grado de acceso a la red del conjunto de la sociedad, en términos del principio de igualdad. La denominada “estratificación digital”, “brecha digital” o “*digital divide*” puede definirse a partir de las prácticas asociadas con las desigualdades y diferencias en el acceso a computadoras, telefonía celular, redes sociales y adquisición de conocimientos e información, que se da entre las distintas clases sociales, así como por género, edad, nivel educativo, etnia, idioma, nacionalidad, entre otros.³⁷ La brecha digital, que afecta de manera desproporcionada a los grupos vulnerables de la población, dificulta el acceso a la información y la participación en el debate público.

IV. Estrategias para controlar los efectos adversos del uso de las TIC con relación a los derechos de participación política

Con relación a la protección de la privacidad de las personas, o la denominada seguridad cívica³⁸ en el ámbito de la democracia digital, el Informe sobre Big Data y Privacidad del Grupo de Berlín del 6 de mayo de 2014³⁹ establece una serie de estándares y protocolos de actuación: robustecimiento y mejora de los procesos de anonimización así como la eliminación de información neutra asociada a datos anónimos que permitan rastrear la

35. L. Rebollo Delgado, *Inteligencia Artificial y Derechos Fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2023, p. 132.

36. M. Coeckelbergh, *La filosofía política de la inteligencia artificial. Una introducción*, Madrid, Cátedra, 2023, p. 50.

37. J. D. Carracedo Verde, *op. cit.*, p. 51.

38. J. A. Carracedo Gallardo, “Provisión de protocolos de anonimato para la protección de la privacidad y el desarrollo de la democracia electrónica en las comunicaciones mediante computadores”, en *Democracia Digital. Límites y Oportunidades*, *op. cit.*, p. 31.

39. Disponible en: https://www.datenschutz-berlin.de/fileadmin/user_upload/pdf/publikationen/berlin-group/2014/06052014_en.pdf. Fecha de consulta: 28/05/2023.

identidad virtual de la información; limitación de los datos recabados en función de las finalidades previamente establecidas, impidiendo la recopilación masiva de información no adecuada ni pertinente; puesta a disposición de los/as ciudadanos/as de información completa y transparente a través de Términos y Condiciones de Uso y Políticas de Privacidad en relación a los datos recabados; procedimientos que permitan el ejercicio del control sobre los datos y eviten efectos discriminatorios o de exclusión; afrontar el tratamiento de datos que supone el uso del Big Data desde el principio de responsabilidad de las entidades y organizaciones que gestionan la información y elaboración y adopción de códigos éticos o de conducta⁴⁰ que contribuyan a garantizar la efectividad de los derechos de ciudadanos/as.

Respecto de la difusión o proliferación de información inexacta o noticias falsas en los procesos electorales, el Informe del Secretario General de Naciones Unidas del 12 de agosto de 2022, titulado “Contrarrestar la desinformación para promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales”,⁴¹ señaló que “la difusión de desinformación en contextos electorales puede erosionar la confianza pública en la credibilidad de los procesos, lo que atenta contra el derecho a la participación política”. Atento ello, las principales recomendaciones a los Estados son: a) Contrarrestar la desinformación respetando, protegiendo y cumpliendo los derechos a la libertad de opinión y expresión, a la privacidad y a la participación pública;⁴² b) Apoyar una participación significativa, inclusiva y segura a todos los niveles; c) Impulsar una educación que fomente el pensamiento crítico y una regulación específica de las empresas comerciales en el ámbito de las

40. En el caso de Argentina, el “Compromiso Ético Digital”, impulsado por la Cámara Nacional Electoral en 2019, está orientado a preservar el debate democrático en las redes sociales y plataformas digitales y ha sido suscripto por las agrupaciones políticas, plataformas de redes sociales, entidades periodísticas y de la sociedad civil. Información disponible en: https://www.electoral.gob.ar/nuevo/paginas/cne/comp_digit_2021.php. Fecha de consulta: 29/05/2023.

41. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/459/27/PDF/N2245927.pdf?OpenElement>. Fecha de consulta: 29/05/2023.

42. En el caso de Argentina, en el ámbito de la Cámara Nacional Electoral, se creó el Registro de Redes y Plataformas Digitales, con la finalidad de “generar una fuente confiable a la que pueda recurrirse para verificar si los mensajes o campañas provienen de canales oficiales de las agrupaciones políticas o, por el contrario, de cuentas de terceros”. Véase: A. R. Dalla Via, *Derecho Electoral. Teoría y Práctica*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2021, p. 402.

comunicaciones; d) Propugnar alfabetización mediática e informacional a fin de que las personas puedan analizar críticamente y contrarrestar la desinformación, con miras a permitir su participación plena y efectiva en los asuntos públicos; e) Promover la integridad en la información pública, lo que exige que los gobiernos sean transparentes, precisos y responsables.

Por su parte, el Plan estratégico 2023-2027, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) durante su 185º período de sesiones el 31 de octubre de 2022,⁴³ consideró, entre los ejes transversales prioritarios, el análisis de “Los derechos humanos en el ambiente digital”. Allí se resalta que, si bien la internet ha cambiado las dinámicas sociales y en muchos aspectos ha propiciado el ejercicio de algunos derechos humanos, su potencial para el ejercicio de los derechos margina a quienes no tienen acceso o lo tienen en calidad deficitaria. También se indica que la brecha digital, la desinformación y la violencia digital requieren mecanismos que garanticen la protección de los datos y de los usuarios de los entornos virtuales. Consiguientemente, la CIDH se propone llevar a cabo una serie de actividades con miras a continuar reforzando los estándares actuales: a) realizar audiencias públicas sobre diversas problemáticas vinculadas a tecnologías digitales, con perspectiva de género; b) elaborar informes temáticos que avancen sobre la base de los estándares construidos en informes y guías anteriores; c) impulsar casos que permitan avanzar en los estándares por medio del sistema de peticiones y casos, y d) facilitar espacios –tales como foros– en los que participen los Estados Miembros de la OEA y las plataformas de medios digitales para profundizar en los desafíos de la internet y los derechos humanos.⁴⁴

V. Reflexiones finales

Este trabajo ha intentado realizar una exploración preparatoria sobre las luces y sombras que presenta la democracia digital.

43. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/planestrategico/2023/PlanEstrategico2023-2027.pdf>. Fecha de consulta 29/05/2023, p. 50.

44. *Idem*, p. 74.

Si bien las TIC no son, ni pueden ser, políticamente neutrales,⁴⁵ pueden otorgar mayor transparencia en el ámbito gubernamental, agilizar los procesos electorales y mejorar el ejercicio de los derechos de participación política. No obstante, también están en condiciones de impactar en forma negativa en el desarrollo democrático, cuando se pone en jaque el principio de privacidad al recabarse de manera encubierta los datos personales sensibles, con el consiguiente riesgo de re-identificación y falta de transparencia con relación a los derechos de información y acceso. Cuando se presenta la posibilidad de manipular a la ciudadanía a través de la desinformación o noticias falsas. Cuando la brecha digital impide aumentar la capacidad de representación política mediante las TIC.

En este panorama, se requiere una regulación pertinente a nivel estatal, que aproveche las posibilidades y evite los efectos adversos de la democracia digital.

Finalmente, destacar que este no es un texto cerrado, sino más bien el inicio de un diálogo multidisciplinario que tendrá que avanzar hacia una futura investigación que observe el actual proceso de metamorfosis digital en el que alcanzan cada vez mayor preeminencia las llamadas “tecnologías disruptivas inteligentes”.

Bibliografía

- Balaguer Callejón, Francisco, *La Constitución del Algoritmo*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad, 2023.
- Bercholz, Jorge O., *Big Data, Algoritmos y Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación. Efectos en el sistema político e institucional*, Buenos Aires, Aldina, 2020, p. 54.
- Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, [1984] 1986.
- Cairo Carou, Heriberto, *Democracia Digital. Límites y Oportunidades*, Madrid, Ed. Trotta, 2002.
- Calderón, César y Lorenzo, Sebastián (coords.), *Open Government-Gobierno Abierto*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2010.

45. M. Coeckelbergh, *La filosofía política de la inteligencia artificial. Una introducción*, Madrid, Cátedra, 2023, p. 77.

- Carracedo Gallardo, Justo A., “Provisión de protocolos de anonimato para la protección de la privacidad y el desarrollo de la democracia electrónica en las comunicaciones mediante computadores”, en *Democracia Digital. Límites y Oportunidades*, Madrid, Ed. Trotta, 2002.
- Carracedo Verde, José David, “Jerarquías y desigualdades en la sociedad de la información: la estratificación digital en relación con la democracia digital”, en *Democracia Digital. Límites y Oportunidades*, Madrid, Ed. Trotta, 2002.
- Castellanos Claramunt, Jorge, *Participación ciudadana y buen gobierno democrático. Posibilidades y límites en la era digital*, Madrid, Marcial Pons, 2020.
- Coeckelbergh, Mark, *La filosofía política de la inteligencia artificial. Una introducción*, Madrid, Cátedra, 2023.
- Colomer, Josep M. y Beale, Ashley L., *Democracia y Globalización*, Barcelona, Anagrama, 2021.
- Dalla Via, Alberto R., *Derecho Electoral. Teoría y Práctica*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2021.
- Mill, John Stuart, *Del Gobierno representativo*, Madrid, Tecnos, 4ª ed., [1861] 2007.
- O’Neil, Cathy, *Armas de Destrucción Matemática. Cómo el Big Data aumenta la desigualdad y amenaza la democracia*, Madrid, Capitán Swing, 2018.
- Pérez Zafrilla, Pedro, Benlloch Domenech, Cristina, Sarrión Esteve, Joaquín, *E-Democracia Rural*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- Presno Linera, Miguel Ángel, *Derechos Fundamentales e Inteligencia Artificial*, Madrid, Marcial Pons, 2023.
- Rebollo Delgado, Lucrecio, *Inteligencia Artificial y Derechos Fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2023.
- Santolaya Machetti, Pablo, *Manual de Procedimiento Electoral*, Madrid, Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, 4ª ed., 1998.
- Suárez, Paula S., “El impacto de las redes sociales en la comunicación política”, en *Revista Mundo Electoral* N° 37, Panamá, enero 2020.
- Subirats, Joan, “Los dilemas de una relación inevitable. Innovación democrática y tecnologías de la información y de la comunicación”, en H. Cairo Carou (comp.), *Democracia Digital. Límites y Oportunidades*, Madrid, Ed. Trotta, 2002.
- Weber, Max, *Economía y Sociedad*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., 1964.

El proceso sancionador en el fuero electoral: acerca del artículo 146 del Código Electoral Nacional

*María Cristina Girotti**

Resumen

En mayo de 2019 se sanciona la reforma el Capítulo III del Título VI del Código Electoral Nacional estableciendo profundas modificaciones al procedimiento para la aplicación de faltas y delitos electorales y la aplicación de las sanciones previstas en las leyes 26.215 y 26.571 por violación a las reglas de financiamiento de partidos políticos.

En este trabajo nos proponemos un repaso sobre algunas interpretaciones jurisprudenciales y lecturas pretendidas por las partes en distintas causas en trámite. A partir de ellas, intentaremos, con afán constructivo, desbrozar algunas ambigüedades y confusiones, siempre desde la perspectiva del derecho electoral como una rama específica del conocimiento jurídico, de desenvolvimiento más intenso en los últimos veinte años.

Palabras claves: electoral, faltas y delitos electorales, proceso sancionador, competencia.

* Profesora Consulta UBA; Master en Derecho Constitucional; Master en Derechos Humanos, especializada en derecho electoral; mariacrisgirotti@gmail.com. Agradezco los valiosos aportes del Dr. Pedro Romero, quien con suma paciencia me ayudo a repensar el tema.

The Sanctioning Process in the Electoral Jurisdiction: About art. 146 of the National Electoral Code

Abstract

In May 2019, the reform of Chapter III of Title VI of the National Electoral Code was sanctioned, establishing profound modifications to the procedure for the application of electoral offenses and sanctions provided for in laws 26.215 and 26.571 for violation of the financing rules of political parties.

In this paper we propose a review of some jurisprudential interpretations and readings intended by the parties in different pending cases. From them, we will try, with a constructive intent, to clear up some ambiguities and confusions, always from the perspective of electoral law as a specific branch of legal knowledge, with the most intense development in the last twenty years.

Keywords: Elections, Electoral Offenses, Sanctioning Process, Competence.

I. Presentación del tema

La ley 27.504 reformadora de la ley 26.215 de financiamiento de los partidos políticos actualizó, asimismo, la competencia sancionatoria¹ del fuero electoral. Desde su sanción, se observan diversas aplicaciones jurisprudenciales e intentos interpretativos de las partes interesadas.

Su repaso plantea cuestiones interesantes para reflexionar, tanto teóricas como prácticas.

II. Antecedentes

Muy escuetamente, el viejo art. 146 del Código Electoral Nacional establecía la competencia sancionatoria en cabeza de los jueces federales con competencia electoral de primera instancia. Cuando se trataba de faltas, en

1. Capítulo III del Título VI del Código Electoral Nacional, ley 19.945.

instancia única; en caso de delitos electorales, con apelación por ante la Cámara Federal de la jurisdicción con competencia penal. En ambos casos, regían las previsiones del Código Procesal Penal de la Nación.

En mayo de 2019 se sanciona un nuevo texto y se agregan doce artículos que introducen pautas e institutos novedosos en el fuero. Sintéticamente:

- Tanto las faltas como los delitos electorales son apelables.
- El tribunal de alzada pasa a ser la Cámara Nacional Electoral.
- A las faltas y delitos electorales previstos en el Código Electoral Nacional se le agregan las conductas descriptas en las leyes 26.215² y 26.571³ por incumplimientos a las obligaciones en materia de financiamiento partidario y de campañas electorales.
- Establece procedimientos distintos según la sanción prevista para la conducta en análisis sea pecuniaria o inhabilidad para cargos públicos, por un lado, o privativa de la libertad, por el otro.
- Crea un procedimiento para la aplicación de sanciones pecuniarias por violación de normas electorales, regulando citaciones, audiencias, producción de prueba, sentencia, apelación, bajo los principios procesales de inmediatez, concentración y celeridad.
- Mantiene la remisión al Código Procesal Penal de la Nación pero solo para los delitos con pena de privación de libertad y delimita las que denomina “cuestiones prejudiciales de competencia electoral” frente a la competencia del fuero penal.

Ahora está en manos de los jueces su interpretación. Intentaré plantear algunas de las incertidumbres jurisprudenciales como también intentos interpretativos por las partes en juicio.

2. Ley 26.215 de financiamiento partidario; incluye el desenvolvimiento regular de los partidos políticos y las campañas electorales.

3. Ley 26.571 de Primarias Abiertas Simultáneas y Obligatorias, que regula el financiamiento de las campañas electorales en las PASO.

III. Un intento de clasificación

Del repaso de las aplicaciones hasta ahora, podemos intentar un primer ordenamiento identificando las posturas en:

A. Criterio estricto o “sentido restringido”:⁴ entiende que el nuevo sistema normativo mantiene la competencia para investigar y resolver: a) faltas y delitos electorales del Código Electoral Nacional⁵ y b) violaciones a las leyes de financiamiento partidario;⁶ y solo agrega la competencia para la investigación⁷ –y solo investigación– de aquellos posibles delitos penales (los tipificados en el Código Penal) que se evidenciaran durante los procesos de contralor en el marco de las leyes de financiamiento.

En este sentido, no corresponde al fuero electoral la investigación de aquellos delitos que se detectan en el marco de procesos electorales ajenos al contralor de financiamiento electoral, tales como el proceso de obtención de personalidad jurídica política⁸ o fusiones o constitución de confederaciones de partidos políticos,⁹ sus caducidades,¹⁰ o durante el trámite de los procesos contenciosos,¹¹ todos regulados por la ley 23.298. Tampoco, en los casos de amparo del elector de los artículos 10 y 11 del Código Electoral Nacional.

En palabras del Dr. Ríos: “...puede acontecer que aun cuando en el contexto de los procedimientos electorales o en el ámbito de regulación de las normas electorales nacionales se produzcan conductas punibles o sancionables extrañas al interés electoral, la competencia electoral específica no

4. Tomo el nombre de “sentido restringido” y “concepción amplia” del trabajo de Ríos, Leandro, “Crónica de un fuero penal electoral anunciado”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año XIII, N°2, marzo 2023, pp. 93-94.

5. Ya la establecía el viejo texto del art. 146 del Código Electoral Nacional.

6. Establecida en el 2007 por la ley 26.215 de financiamiento partidario y en 2009 por ley 26.561 en los artículos referidos a financiamiento de campaña en el marco de las Primarias Abiertas Simultáneas y Obligatorias (PASO).

7. Código Electoral Nacional, art. 146 duovicies primer párrafo.

8. Ley 23.298, Capítulo I, puntos 1 y 2, y Capítulo II.

9. Ley 23.298 Capítulo I, punto 3.

10. Ley 23.298 Título VI.

11. Ley 23.298 Título VII, Capítulo III.

proceda y la sustentación, investigación y eventual represión corresponda a los órganos competentes y procedimientos reglados no electorales”.¹²

B. Criterio amplio o “concepción amplia”: considera competente al fuero electoral para entender en todas las causas en que se ventilen delitos electorales y delitos penales, siempre que la presunta conducta punible ocurra en el marco de un proceso de naturaleza electoral, y no solo en aquellos que tengan como objeto el contralor del financiamiento partidario.

Así, expande la competencia investigativa del fuero electoral sobre delitos penales a todos aquellos que se detectaran en el marco de todos los procesos judiciales electorales previstos en leyes electorales.¹³

Para esta postura, según señala el Dr. Ríos, existe un “principio general” de competencia penal-electoral en la referencia legal “...en el marco de procesos previstos en las leyes electorales”, siendo meras “contingencias específicas” aquellas competencias surgidas de las reglas procesales de pre-judicialidad y de atracción por conexidad (objetiva).¹⁴

C. Criterio amplísimo o ultraproceso: es el sostenido generalmente por los abogados defensores de los imputados en sede penal como fundamento a planteos de incompetencia del fuero penal. Amplía la competencia investigativa de delitos penales en el fuero electoral a todos aquellos delitos que guarden alguna conexión con la materia electoral, aun cuando

12. Ríos, Leandro, *op. cit.*, p. 93.

13. Sumariamente, podemos enumerar: 1) ley 19.945, Código Electoral Nacional; 2) ley 19.108, Organización de la Justicia Nacional Electoral; legislación de partidos políticos; 3) ley 23.298, ley Orgánica de los Partidos Políticos; 4) ley 20.907, Inscripción de inmuebles de Partidos Políticos de Orden Nacional; 5) ley 15.262, Simultaneidad de Elecciones Nacionales, Provinciales y Municipales; 6) ley 26.571, ley de Democratización de la Representación Política, la Transparencia y la Equidad Electoral; 6) ley 26.215, ley de Financiamiento de los Partidos Políticos y modificatorias, modif. ley 27.504; 7) ley 24.007/1991, Creación del Registro de Electores Residentes en el Exterior; Electores Privados de la Libertad. 8) ley 25.858, Electores privados de la libertad; 9) ley 27.337, Debate presidencial obligatorio; 10) ley 25.432, ley de Consulta Popular; 11) ley 24.747, ley de Iniciativa legislativa Popular; 12) ley 27.412, Paridad de Género en Ámbitos de Representación Política; entre otras. Además, los respectivos decretos reglamentarios.

14. Ríos, Leandro, *op. cit.*, p. 94.

su conocimiento no surja ni fuera denunciado en el marco de un “proceso judicial electoral”.

En este supuesto, por ejemplo, se pretende la competencia especial del fuero electoral ante una acusación por defraudación a la administración pública y asociación ilícita por apropiación de fondos de una legislatura local¹⁵ aduciendo que los montos investigados y apropiados habían sido retenidos como aportes compulsivos a “las campañas electorales de 2008 a 2018” o en el famoso caso de la “valija de Antonini Wilson”¹⁶ donde se solicita declarar nula la acusación fiscal ya que el dinero ingresado ilícitamente estaba destinado a una “campaña electoral”.

IV. Cuestiones terminológicas (y no tanto) previas

Antes de entrar al análisis de las causas donde estas posturas han sido desarrolladas, conviene hacer algunas precisiones terminológicas orientadas a aclarar el análisis y simplificar la lectura.

A. Primera

Utilizaré las expresiones “delitos electorales” para las conductas sancionadas en el Código Electoral Nacional (faltas y delitos) y las leyes de financiamiento, y “delitos penales” para los tipificados en el Código Penal y leyes complementarias.

Claramente, la clasificación parte de considerar como variable de identificación la fuente de la cual emana la tipificación de las conductas sancionadas. O sea, es un criterio formal u objetivo.

Esto así, ya que toda la doctrina coincide en que las prescripciones del Código Electoral Nacional respecto a las conductas disvaliosas vinculadas al acto electoral resultan deficientes y poco claras, no respondiendo a los

15. Autos: “Cullen, Miguel Ángel y Otros sobre Fórmula Petición□, Expte. N° CNE 8993/2018, y “Benckman, Claudia Marcela y Otros s/ Defraudación a la Administración Pública - Asociación Ilícita”, correspondiente al Legajo de Fiscalía N° 87.933 de la Justicia de la Provincia de Entre Ríos.

16. Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 1. El fiscal a cargo de la acusación es Marcelo Agüero Vera.

criterios estrictos y estándares aplicables a la normativa penal; conductas a las que, desde la sanción de la ley 26.215 y ley 26.561, se le agregan aquellas sancionadas en materia de financiamiento, de características distintas a las primeras.

Respecto del Código Electoral Nacional, éste no define qué es falta electoral ni qué es delito electoral. Tampoco de su estudio puede establecerse algún criterio que los diferencie o clasifique. En ambas categorías se entremezclan penas de prisión con sanciones de multa e inhabilitación, descripciones de conductas disvaliosas de carácter preventivo y otras represivas. Tampoco la gravedad de la sanción es una variable útil, ya que en algunos casos se establecen multas mayores en las faltas que en los delitos, faltas con pena de prisión¹⁷ y delitos castigados con multa.

Asimismo, las conductas con sanción en las leyes de financiamiento son mayoritariamente por incumplimientos formales (no presentar rendiciones contables a tiempo, o no presentarlas en absoluto) o establecen responsabilidad objetiva de terceros (por ej. de los partidos políticos integrantes de una alianza por las irregularidades de esta última, aun sin participación alguna de los primeros, del presidente de un partido por los actos del responsable económico financiero o de los precandidatos de una lista por no presentación del informe final de campaña por parte de la alianza o partido político).

Entonces, las faltas y delitos electorales presentan características y reglas propias que los diferencian de los delitos penales, como también de las faltas y contravenciones administrativas. Lo cual implica que la aplicación directa de estándares y reglas elaboradas a partir de criterios sancionatorios de otros fueros complica más de lo que soluciona. En todo caso, está pendiente la construcción teórica específica acerca de esta materia en el fuero electoral.

B. Segunda

El artículo 146 duovicies utiliza la frase “los procesos previstos en las leyes electorales” y los intérpretes suelen simplificarla en “proceso electoral”. Pero esta expresión “proceso electoral” es una expresión ambigua. Refiere tanto a las actuaciones procesales ante la justicia electoral regladas en

17. Código Electoral Nacional, art. 128.

distintas normas del fuero como también toda la actividad supervisada por la justicia electoral tendiente a llevar adelante los comicios.

Utilizaré la expresión “proceso judicial electoral” como la secuencia de trámites, actos y resoluciones ante la justicia electoral tendientes a resolver un conflicto entre partes o cumplir con las obligaciones legales de una o más partes.

En este sentido, se incluye, por ejemplo, el proceso para la obtención de personalidad jurídico-política¹⁸ o para la fusión o constitución de confederaciones de partidos políticos,¹⁹ sus caducidades,²⁰ o durante el trámite de los procesos contenciosos,²¹ todos regulados por la ley 23.298. Asimismo, el denominado “amparo del elector” de los artículos 10 y 11 del Código Electoral Nacional. También, los procesos de control de financiamiento de los estados contables anuales de la ley 26.215 y los de rendiciones de campaña PASO y general previstos en las leyes 26.215 y 26.571. Por último, el que tiene lugar en los años electorales con motivo de los comicios.

Esto, para diferenciar del uso que le da tradicionalmente la doctrina²² a la expresión “proceso electoral” que designa a la serie continua de actos con el fin de hacer posible la realización de los comicios y la asignación de cargos y bancas entre las agrupaciones políticas en competencia. O sea, toda la actividad jurisdiccional y política que va desde la convocatoria a elecciones hasta la proclamación de los candidatos.

Nuestra jurisprudencia también suele darle este último alcance. Así la Cámara Nacional Electoral, citando fallos de la Corte Suprema de la Nación, ha sostenido: “...el Estado tiene un interés eminente en preservar la ‘integridad’ del proceso electoral, asegurando que el derecho a votar no se vea menoscabado por la confusión o una influencia indebida en la voluntad de los electores (cf. arg. Fallos 328:1825, voto concurrente de los jueces Fayt y Maqueda, consid. 11)”.²³

18. Ley 23.298, Capítulo I, puntos 1 y 2, y Capítulo II.

19. Ley 23.298 Capítulo I, punto 3.

20. Ley 23.298 Título VI.

21. Ley 23.298 Título VII, Capítulo III.

22. RAE, *Diccionario Panhispánico del español jurídico*.

23. Cámara Nacional Electoral, Acordada N° 100 del 20 de agosto de 2015.

Es muy habitual que un término o expresión tenga más de una acepción. Pero es importante, ante un análisis normativo, aclarar por cuál se opta a fin de evitar malentendidos, confusiones y hasta discusiones estériles. Por ello, creo que la aclaración ayuda al análisis.

Esta acepción parece más congruente con la terminología del Código a lo largo de su articulado, que habla de “proceso”²⁴ y solo hay una norma transitoria²⁵ que refiere a “proceso electoral” como referido a aquel que tiene como objetivo los comicios.

En cambio, parece incongruente que la expresión en el artículo en análisis se refiera a “proceso electoral” como el que se desarrolla para la selección de autoridades nacionales, ya que este artículo 126 duovicies solo sería aplicable en los años en que se lleven adelante elecciones generales, aun para las sanciones por incumplimiento de, por ejemplo, los estados contables anuales.

V. Los casos

Ahora sí, veamos cómo ante distintos casos judiciales se disparan distintas interpretaciones que implican cuestiones teóricas y prácticas.

A. Caso “Colcerniani”²⁶

En el marco del procedimiento tendiente a obtener la personalidad jurídica política,²⁷ se detecta que las autoridades promotoras presentan fichas de adhesión²⁸ y fichas de afiliación²⁹ con datos y firmas falsas.

24. CNE, artículos 125 y 146.

25. CNE, Título VIII Disposiciones Generales y Transitorias, Capítulo Único, artículo 166: Las disposiciones del presente artículo y del anterior, al mencionar a alianzas o partidos políticos se refieren a las alianzas o partidos que participaron en la última elección provincial para renovar cargos legislativos provinciales excluyendo el proceso electoral de 1995.

26. Fallo “Colcerniani”, Cámara Nacional Federal Criminal y Correccional, Sala II, C.,M.L. y otros s/incidente de incompetencia. Capital Federal, 10 de noviembre de 2022.

27. CNE 2605/2011, “Kolina s/solicita reconocimiento-Capital Federal”. Intervino el Juzgado Federal N°1 de Capital Federal con competencia electoral.

28. Ley 23.298, art. 7 inc. a.

29. Ley 23.298 art. 7 bis inc. a.

El procedimiento sancionatorio se inicia bajo la norma derogada y, en consecuencia, se libran testimonios a fin de dar intervención a la justicia penal, bajo las previsiones del Código Penal y Código Procesal Penal de la Nación.³⁰ El fiscal requiere la instrucción, se produce prueba y queda en condiciones de la apertura de la instancia oral y pública.

Ante la reforma normativa, la defensa plantea –en sede penal– excepción de falta de competencia alegando que lo que se debate es una presunta maniobra destinada a asegurar la existencia de un partido político, lo que es de “inocultable naturaleza electoral”.

En otras palabras, lo que se debate es si se aplica esta nueva norma a los delitos penales³¹ que se evidencian o se denuncian en el marco de procesos regulados por la ley 23.298 y, en especial, el de obtención de personalidad jurídica de los partidos políticos. Y, como consecuencia, si es competente el fuero penal o el fuero electoral.

A fin de una mejor comprensión, aclaramos que la norma aplicable es el artículo 146 CEN: “Faltas y delitos electorales. Los jueces federales con competencia electoral conocerán en primera instancia de las faltas, delitos e infracciones previstos en este Código, en la ley 26.215 de Financiamiento de los Partidos Políticos, en la ley 26.571 de Democratización de la Representación Política, la Transparencia y la Equidad Electoral y de cualquier otra norma electoral que las sustituya”.

Es fácil observar que no incluye la ley 23.298. Ya dijimos que probablemente esto obedezca al hecho de que en el articulado de la ley no se prevén ni faltas ni delitos específicos.

Adoptando una interpretación estricta circunscripta a este artículo 146, la justicia electoral de primera instancia rechaza el planteo de incompetencia e insiste en el procedimiento tradicional. Apelada ante la Cámara Federal Criminal y Correccional revoca el rechazo y remite al a quo para un

30. Fallo “Colcerniani”, Cámara Nacional Federal Criminal y Correccional, Sala II, C.,M.L y otros s/incidente de incompetencia.

31. Reitero que para simplificar utilizo las expresiones “delitos electorales” para las conductas sancionadas en el Código Electoral Nacional y las leyes de financiamiento y “delitos penales” para los tipificados en el Código Penal y leyes complementarias.

nuevo pronunciamiento de acuerdo con “nuevo escenario normativo”, en especial con los artículos 146 y 146 ter y 146 duovicies.³²

La jueza renueva su postura contraria. Aun incorporando a su análisis al artículo 146 duovicies, llega a la misma conclusión ya que afirma: “...la primera parte del artículo establece una regla que interpretada de forma aislada podría a prestar a confusión [...]; sin embargo, su segunda parte condiciona o restringe esta amplia interpretación, pues allí se establecen –en forma concreta– aquellas conductas que deben ser atendidas por el juez especializado en la materia, tratándose de las conductas vinculadas con el sistema de financiamiento partidario...”.

En definitiva, desde esta perspectiva, el nuevo sistema normativo mantiene la competencia para investigar y resolver respecto de lo que

32. CNE, Artículo 146 duovicies: Delitos previstos en el Código Penal y en otras leyes especiales. Si en el marco de los procesos previstos en las leyes electorales, se evidenciara o fuese denunciada la posible comisión de un delito tipificado en el Código Penal o sus leyes complementarias, su investigación estará a cargo del juez federal con competencia electoral correspondiente, y se aplicarán las siguientes reglas:

I. Será competencia de los jueces federales con competencia electoral la investigación de todos los delitos cuya acción penal dependiese de cuestiones prejudiciales de competencia electoral. Las cuestiones prejudiciales serán únicamente las siguientes:

1. Las que versaren sobre la presentación de las rendiciones de los artículos 23, 54 y 58 de la ley 26.215 y artículos 36 y 37 de la ley 26.571 o las que en el futuro las reemplacen;
2. Las que versaren sobre la prueba, su análisis y evaluación en las rendiciones del inciso anterior;
3. La aprobación o desaprobación de las rendiciones de los artículos 23, 54 y 58 de la ley 26.215 y artículos 36 y 37 de la ley 26.571 o las que en el futuro las reemplacen.

II. La apertura de los procesos de control al financiamiento electoral de los artículos 23, 54 y 58 de la ley 26.215 y artículos 36 y 37 de la ley 26.571 o las que en el futuro las reemplacen, a partir de su publicación en el sitio web del Poder Judicial de la Nación, producirá la atracción por conexidad a los jueces federales de Primera Instancia, con competencia electoral, del trámite de los juicios en otros fueros en que se ventilasen delitos del Código Penal y sus leyes complementarias. El juez federal con competencia electoral conocerá de las causas conexas conforme lo normado por el Código Procesal Penal de la Nación, o el que en el futuro lo reemplace.

III. Cualquiera que sea la sentencia posterior sobre la acción criminal, la sentencia anterior recaída en el juicio electoral pasada en cosa juzgada, conservará todos sus efectos producidos en el fuero. IV. En todos los casos será tribunal de alzada la Cámara Nacional Electoral.

denominamos “delitos electorales” y solo agrega la competencia para la investigación³³ de aquellos posibles delitos penales (los tipificados en el Código Penal) que se evidenciaran en el marco de las leyes de financiamiento.

Por lo que, desde este *criterio estricto*, la falsificación de fichas de adhesión y de fichas de afiliación en el proceso de obtención de personalidad para un partido político no es competencia del fuero electoral sino del penal. En primer lugar, porque no sería un delito electoral –reglamentado en leyes electorales– sino un delito penal (tipificado en el Código Penal); en segundo, porque no se lo evidenció en el marco de un proceso de contralor del financiamiento partidario.

Apelada la sentencia, la Cámara Federal Criminal y Correccional revoca la sentencia de 1ª instancia y desarrolla una *interpretación amplia*.

En su exhaustivo análisis, entiende que el artículo 146 duovicies³⁴ se refiere a *todos* los procesos judiciales electorales y que, en cambio, las especificaciones de dicho artículo, en sus distintos incisos, constituyen contingencias particulares identificadas como “cuestiones prejudiciales”, “conexidad” y “efectos de la sentencia penal sobre la electoral”.

En otras palabras, considera competente al fuero electoral para entender en todas las causas en que se ventilen delitos electorales y delitos penales, siempre que la presunta conducta punible ocurra en el marco de un proceso de naturaleza electoral, y no solo en aquellos procesos electorales que tengan como objeto el contralor del financiamiento partidario.

En apoyo trae a colación el artículo 23 de derechos políticos de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Carta Democrática Interamericana³⁵ recalcando que la “regulación internacional no se circunscribe, obviamente, al acto eleccionario/comicial, sino a aspectos que en conjunto permiten configurar el derecho humano a participar y elegir libremente a los representantes de un sistema político democrático”.

También sostiene la Cámara que, en lo interno, este “proceso” gobernado por “leyes electorales” constituye una “tupida red de normas que abarca la regulación del típico proceso electoral, pero principia con aquellas

33. CEN, art. 146 duovicies primer párrafo.

34. Ver nota 32.

35. Aprobada en el 28º Período Extraordinario de Sesiones de la OEA, el 11 de setiembre de 2001.

instituciones de derecho político que son el soporte y condición necesaria para la final expresión de la voluntad popular”.

Si aplicamos este *criterio amplio*, la justicia electoral es competente para la investigación del delito penal de falsificación ideológica de fichas de afiliación y fichas de adhesión del art. 293 del Código Penal, en el marco del proceso previsto en la ley 23.298 para la obtención de la personalidad jurídico-política a una agrupación.

Y así lo resolvió la alzada que hizo lugar a la excepción de incompetencia y declaró la competencia del Juzgado Federal con competencia electoral de la Capital Federal, en los términos del artículo 146 duovicies, del Código Electoral Nacional.

B. Caso “Cullen”³⁶

En la justicia provincial penal de Entre Ríos se investiga a personas con funciones públicas durante el período 2008-2018 que habrían formado parte de una organización que sustraía dinero de la Cámara de Diputados y de Senadores de la provincia. Para ello, celebraban contrataciones de obras en nombre de ambas Cámaras a favor de empresas que luego no realizaban ninguna prestación. Estas, luego, percibían una ínfima parte de los honorarios pactados, quedando el remanente en poder de la organización.

Los acusados interponen excepción de incompetencia y solicitan la intervención del juzgado federal con competencia electoral argumentando que las denuncias refieren “al manejo de recursos, aportes y gastos de campañas políticas de elecciones de las agrupaciones políticas, que participaron en procesos electorarios de la provincia de Entre Ríos, donde se eligieron de manera simultánea autoridades provinciales y nacionales”, porque así lo indican las leyes 26.215 y 26.571, cuyo objetivo es garantizar la transparencia del proceso de aportes y financiamiento de los partidos políticos.

El juez electoral subrogante consideró que la prueba agregada a la investigación “sugiere con elevado grado de probabilidad la investigación de cuestiones reservadas en forma exclusiva y excluyente por la normativa

36. Cámara Nacional Electoral, Autos: Cullen, Miguel Ángel y Otros s/Fórmula Petición Tribunal: Juzgado Federal de Paraná 1 - Secretaría Electoral (Distrito Entre Ríos), Expte. Nº 8993/2018.

federal a la jurisdicción de la Justicia Nacional Electoral, al comprometer severamente la financiación de los Partidos Políticos en su intervención en diversas campañas, hechos que no desaparecen con la aprobación administrativa por parte de la Justicia electoral en los supuestos de eventuales delitos”, dado que ella no hace desaparecer los delitos en que eventualmente se hubiera incurrido.

Hasta aquí, se advierte que el juez interviniente amplía la competencia sancionatoria del fuero electoral más allá de cualquier proceso en curso. Recordemos que la actual normativa limita su competencia investigadora a “...si en el marco de los procesos previstos en las leyes electorales, se evidenciara o fuese denunciada la posible comisión de un delito tipificado en el Código Penal o sus leyes complementarias...”.³⁷ En cambio, en este caso, la denuncia o evidencia del delito no surge en el marco de los procesos de control de financiamiento a los que remite; más aún, dichos procesos ya se encontraban finiquitados.

Más aún, los acusados de los delitos penales no serían tampoco algunas de aquellas personas que pudieren resultar responsables en sede electoral: responsables económicos financieros de campaña, tesoreros o presidente de las agrupaciones políticas en competencia.

La fiscal federal *ad hoc* interpone recurso de apelación alegando que la competencia federal se caracteriza por ser de excepción, y, en consecuencia, de interpretación restrictiva. Cita numerosos fallos y reconocida doctrina nacional. Recuerda que en reiteradas ocasiones la Cámara Nacional Electoral ha reconocido el “carácter restrictivo de la jurisdicción federal que limita su conocimiento a las causas específicamente determinadas en las leyes que rigen su competencia o en las que concreta y expresamente atribuye a sus normas la intervención y conocimiento del fuero federal de excepción... [que] la competencia de los tribunales especializados no puede ser interpretada en forma extensiva”.³⁸

En cuanto a lo fáctico, considera que las alegaciones de las partes solo serían un pretexto, a partir de datos imprecisos o inexactos y que los

37. CEN, art. 146 duovicies.

38. CNE, Causa “Partido Socialista Popular Orden Nacional s/ reconocimiento” (Expte. N° 768 CNE) - Capital Federal, del 28/9/84. En igual sentido, Fallos CNE 309/86, 543/88, 2146/96, 2304/97, 5081/2013, entre otros.

informes previos y finales de campaña en los períodos aludidos ya fueron rendidos ante la Secretaría Electoral y en aquellos casos que se resolvió la desaprobación judicial se instruyeron las actuaciones pertinentes conforme las bases sentadas en el Fallo “Sobisch”, y, luego, a tenor del procedimiento regulado en el artículo 146, sptes. y ccdtes. CEN (reformado por la ley 27.504).

Por lo demás, interpreta la normativa que nos ocupa en el sentido tradicional de que “en aquellas situaciones puntuales en donde al percatarse por parte del cuerpo de auditores contadores de la Cámara Nacional Electoral que existen serias deficiencias u objeciones de carácter sustancial que no habilitan a la aprobación del informe previo y final de campaña electoral, sea primaria o secundaria (art. 54, 58, Ley 26.215) [...] la justicia electoral federal asume la competencia para investigar a través de la delegación al Ministerio Público Fiscal”. En otras palabras, no analiza el alcance de la nueva normativa sino que fundamenta sobre la excepcionalidad de la jurisdicción federal.

La apelación es denegada por el juez subrogante, entendiendo que su decisión originaria es inapelable (art. 47 de la Ley 23.984).

Finalmente, queda quedado trabado el conflicto positivo de competencia (art. 47 inc. 6, CPPN).

Mientras tanto, la fiscal *ad hoc* se presenta en queja ante la Cámara Nacional Electoral, quien desestima la queja pero en un *obiter dictum* afirma que “deviene insoslayable señalar que el texto legal referido confiere competencia al fuero electoral para investigar y juzgar las conductas tipificadas en el Código Penal y en las leyes penales complementarias, cuando dichas conductas típicas se cometan en ámbitos regulados por las normas electorales nacionales”. Y agrega: “hay [...] un solo procedimiento que resulta aplicable [...] [al] trata[rse] de un delito tipificado por el Código Penal –máxime siendo una conducta sancionada con pena privativa de la libertad– [por lo que] el único camino procesal a seguir es aquel prescripto por ‘el Código Procesal Penal de la Nación o el que en un futuro lo reemplace’ (cf. art. 146 ter del Código Electoral Nacional)”.

Así, para la Cámara del fuero, la expresión normativa “se evidenciara o fuese denunciada la posible comisión de un delito tipificado en el Código Penal o sus leyes complementarias” es traducida por “conductas típicas se cometan en ámbitos regulados por las normas electorales nacionales”. Esta acepción resulta más precisa en cuanto no alcanzaría con que se denunciara

el delito en el marco del proceso de control sino que además debe ser una conducta cometida con motivo de la actividad bajo contralor del fuero electoral.

A la fecha, se encuentra tramitando ante la Corte Suprema de la Nación.

C. Caso “Antonini Wilson”

Ante el inicio del juicio oral por contrabando de divisas, los acusados Julio De Vido y Ricardo Echegaray solicitaron la incompetencia del fuero penal argumentando que “si la plata era para la campaña electoral de Cristina Kirchner, el caso debería tramitar en la justicia electoral, y no como un contrabando de divisas”.³⁹ El Tribunal Oral en lo Penal Económico N°1 rechazó el planteo. No ha trascendido la fundamentación del fallo.

De acuerdo con lo que hemos venido desarrollando, aquí no solo no se identifica cuál sería el proceso judicial electoral en el que se evidenciara o se denunciara los delitos investigados ya que, de manera genérica, habla de campaña de una persona sin especificar ni agrupación política, categoría por la que competiría ni cómo identificar a qué campaña de qué año se está refiriendo. Tampoco se indica si los imputados en sede penal fueron, en su momento, algunos de los responsables por violaciones a la ley de contralor al financiamiento de campaña. En otras palabras, no es la misma situación cuando el autor del delito es el candidato, alguno de los responsables económicos financieros, presidente o tesorero de las agrupaciones participantes en una campaña que intenta sacar algún provecho para ella que cuando un tercero ajeno a la campaña comete un ilícito aunque luego alegue que quería ayudar a algún candidato.

VI. Conclusión

Como siempre ocurre ante un nuevo texto legal, se inicia el camino de las interpretaciones que van a ir moldeando y construyendo a lo largo del tiempo su significado, nunca definitivo.

De lo recorrido, se advierte la necesidad de definir las variables de deslinde entre la competencia de los fueros penal y electoral respecto a aquellos

39. Planteo del Dr. Rusconi, defensor de los imputados, en la primera audiencia del juicio oral.

delitos penales que se detectan en la actividad jurisdiccional regulada en leyes electorales. Al respecto, me parece útil:

- Distinguir las conductas sancionadas en las leyes electorales –a la que denominé delitos electorales– de los delitos penales. Para ello, elaborar puntos en común y notas diferenciables a fin de evitar una generalización que limite el conocimiento y oscurezca el análisis.
- Evitar el uso de expresiones ambiguas que pueden redundar en discusiones vacías e interminables, cuando no en soluciones erradas.
- Pensar los doce artículos identificados con el número 146 como un sistema, tratando de encontrar las respuestas dentro de él. Así, por ejemplo, el primero –art. 146– enumera con precisión la competencia del poder sancionador del fuero electoral: Código Nacional Electoral y leyes de financiamiento. Cualquier interpretación ampliatoria del poder sancionador más allá de lo dispuesto por el legislador debería ser robustamente fundada. Esto así porque las leyes que quedan fuera de la enumeración legislativa no prevén sanciones.
- Recordar los límites expresos en los artículos 146 a 146 duovicies a la competencia en materia penal: a) el delito penal debe denunciarse o evidenciarse en el marco de un proceso judicial electoral o en las causas que le fueran remitidas por “conexidad”; b) la competencia del fuero electoral consiste en “investigar” mientras se sustancia el proceso judicial electoral; c) la competencia investigativa se limita a aquellos delitos “cuya acción penal dependiese de cuestiones prejudiciales de competencia electoral”; d) finiquitado el control en el proceso judicial electoral, el juez electoral remite la investigación al fuero penal que continúa su tramitación.
- Distinguir la materia sobre la que versen la sentencia electoral y la sentencia penal. Así, el artículo de manera taxativa prevé una primera sentencia electoral –previa a la penal– y una segunda sentencia penal. En principio, parece coherente que, si el juez electoral solo puede investigar, la sentencia en el proceso judicial electoral de contralor patrimonial debe versar sobre las conductas previstas en las leyes de financiamiento. Y, luego, la jurisdicción penal decidirá acerca de las conductas tipificadas en el Código Penal y sus normas complementarias.
- Compatibilizar las competencias entre ambos fueros exige normas interpretativas a fin de establecer en cada distrito quién resulte

competente en el fuero penal según el grado de avance de la investigación llevada a cabo en el fuero electoral. Hay que tener presente que la estructura del fuero penal difiere de provincia a provincia y, aun en el fuero federal, entre los distintos departamentos judiciales.

En definitiva, hay un intenso e interesante camino a fin de poner “en acción” la intención del legislador: evitar procesos que se entorpezcan entre sí o sentencias contradictorias, que redundan en la calidad de decisión y del ejercicio de la judicatura.

Bibliografía

- Ackerman, B., “Transparencia y financiamiento de las campañas políticas”, AA.VV., *Más allá del acceso a la información. Transparencia, rendición de cuentas y estado de derecho*. H. Blackmore & I. B. Flores, trad., 1ª ed., México, Siglo XXI Editores, 2008, pp. 282-308.
- Corcuera, Santiago, “El financiamiento político en la Argentina”, AA.VV., *Financiamiento de los partidos políticos en América Latina*, Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, OEA e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, P. Gutiérrez y D. Zovatto (eds.), 2011. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3014/6.pdf>.
- Dalla Via, Alberto, “La transparencia, el control de gastos electorales y la lucha contra la corrupción”, *La Ley*, N° 140, 1-D-778.
- *Derecho Electoral, Teoría y Práctica*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2021, 1ª edición.
- Ferreira Rubio, D. M., “Financiamiento de los partidos políticos en Argentina: Modelo 2012”, en *Elecciones*, enero-diciembre 2011, N° 12.
- Lázzaro, A., *Financiamiento de los partidos políticos: la desproporcionalidad entre recursos económicos y la representación en la Argentina*, Buenos Aires, Facultad de Derecho, UBA, 2012.
- “El financiamiento de la política en Argentina”, en *Pensar en Derecho*, N° 7, diciembre 2015.
- Ríos, Leandro, “Crónica de un fuero penal electoral anunciado”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año XIII, N°2, marzo 2023.
- *Delitos y faltas electorales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2022.

Artículos recibidos por convocatoria abierta

La Cuarta Revolución Industrial: la inteligencia artificial en el Poder Judicial

*Noelia Giselle Bertocchi**

Resumen

Este trabajo trata sobre la gestión judicial y su mejora, precisamente a través de la aplicación de la inteligencia artificial.

Considero que reflexionar sobre la inteligencia artificial y la posibilidad de aplicarla a nuevas tecnologías de la mano de la justicia para mejorar nuestro sistema judicial, agilizar tiempos, reducir costos y brindarle a la sociedad un mejor servicio es esencial. Así, lograremos en menor tiempo darle el lugar que se merece y sacarle el mejor provecho.

Palabras clave: automatización, gestión judicial, Administración de Justicia, Inteligencia Artificial, Prometea, COMPAS, Poder Judicial.

The Fourth Industrial Revolution: Artificial Intelligence in The Judicial Branch

Abstract

This work focuses on judicial management and its enhancement through the application of artificial intelligence. I believe that contemplating the potential of Artificial Intelligence and its application to new technologies

* Abogada (Universidad de Buenos Aires); Especialista en Administración de Justicia; Auxiliar letrada en el Juzgado de Familia N°2 del Departamento Judicial de Moreno-General Rodríguez; Egresada (eximida) de la Escuela Judicial de la provincia de Buenos Aires; noeliabertocchi@gmail.com.

is crucial for improving our judicial system. By leveraging AI, we can expedite time frames, decrease costs, and provide society with a superior service. This will enable us to accord it the prominence it deserves within a shorter timeframe and maximize its benefits.

Keywords: Automation, Judicial Management, Administration of Justice, Artificial Intelligence, Prometea, COMPAS, Judicial Branch.

1. Los algoritmos en la Justicia

Vivimos rodeados de programas que funcionan con algoritmos. Google, Facebook, nuestros dispositivos móviles, todos utilizan algoritmos, que filtran información y mejoran los resultados de búsquedas por internet. A su vez, colaboran en la retroalimentación de bases de datos propias de distintos servidores de internet que con esta valiosa información nos bombardean de publicidad a diario acorde a nuestros intereses con fines de consumo.

Según la Real Academia Española, un algoritmo es: “un conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema”.¹ Estas operaciones se encuentran organizadas de manera lógica y ordenada; son instrucciones o reglas establecidas y permiten a través de ellas arribar a un resultado o solución.

En el ámbito judicial los algoritmos ya se utilizan a diario. Me refiero a las computadoras, los programas específicos diseñados para el trabajo judicial, los sistemas informáticos internos para visualizar la radicación de causas, el sorteo de expedientes, ingreso de información de justiciables y más. Pero este uso que menciono se limita a las formas. Utilizamos modelos de providencias o resoluciones a fin de facilitar el despacho de expedientes y el sistema informático nos brinda opciones preseleccionadas a fin de que optemos por cualquiera de ellas acorde a lo que queramos expresar en el expediente que estemos trabajando. Asimismo, existen hoy en día infinidad de páginas jurídicas que ayudan a buscar a través de diversidad de filtros jurisprudencia o doctrina que nos facilite respaldar o refutar algún argumento. Ni hablar de foros digitales donde personas de

1. En: <https://dle.rae.es/?id=1nmLTsh>.

todo el mundo pueden dar su opinión respecto de cualquier tema que se esté debatiendo, y en ellos suele haber filtros los cuales nos ayudan a seleccionar temas para leer o seguir.

Ahora bien, hoy por hoy, la gran mayoría de los juzgados y tribunales existentes colapsan por la cantidad de causas en trámite. Aclaro que algunos más y otros menos. Hablo por experiencia propia ya que trabajo en un juzgado de Familia en la provincia de Buenos Aires, perteneciente a un departamento judicial que además tiene altos índices de ingreso de causas en materia de violencia familiar. A esto se suma que esas causas debenser trabajadas no solo de forma detallada sino también rápida. Los agentes judiciales volcamos horas y horas de trabajo a fin de poder darle a los justiciables una solución eficaz a sus problemas. Pero, por más voluntad que se ponga e indistintamente de esta colaboración informática que acabo de mencionar, la saturación existe. Lo cierto es que hemos pasado a mecanizar las providencias que se despachan, las sentencias en muchos casos responden a argumentos preexistentes y no se le da al grueso de las causas en trámite en los juzgados la atención y detalle necesarios. La necesidad de mejorar el servicio de justicia existe. Y como si fuera poco, es humanamente imposible hacer un seguimiento minucioso y pormenorizado de cada una de las causas que se trabajan en el día a día. Ello implicaría a su vez desatender otras causas que también necesitan solución. Pero como suele suceder, lo urgente desplaza lo importante.

Agrego, que por más capacitado que esté el plantel disponible en un juzgado, o pormás horas de trabajo que junten los empleados y funcionarios, se dificulta monitorear la totalidad de las causas en trámite en un juzgado. Es así que me planteo buscar una solución a este colapso. Al menos, una alternativa que pueda servirnos a todos para mejorar nuestro trabajo.

Considero que no todas las causas revisten la misma complejidad. Por dar un ejemplo, hay causas cuyas demandas son de fácil interpretación, plantean un petitorio claro, también los requisitos esenciales para proveerlas son cumplimentados de forma correcta y acorde a lo previsto legalmente.

Si tomamos ese punto de partida, y analizamos el modo en que un agente judicial procede a revisar una causa para darle o no lugar a lo solicitado en un escrito o en una demanda, podríamos concebir la posibilidad de que un algoritmo sea creado a fin de identificar estos mismos datos de relevancia, que a su vez utilice una base de datos propia de la dependencia donde se instalaría y que, a medida que se trabaje el expediente, este sistema se

retroalimente de sus propias resoluciones, y expida providencias en causas básicas (o quizás no tanto).

Surge entonces la pregunta: ¿cómo deciden los jueces? Si bien no es el objeto principal de este trabajo, cabe plantearnos su respuesta, aunque sea brevemente. A partir de ello, podremos ver qué tantas posibilidades hay de que una máquina o *software* colabore, si no reemplace, la función del juez en nuestro sistema judicial.

Los magistrados deben integrar distintos factores a fin de llegar a una decisión judicial que sea adecuada para la causa que llega a sus manos. Al momento de deliberar deben tomarse un tiempo prudencial para analizar cada caso en particular de manera minuciosa pero sin que esto afecte el acceso al justiciable a una decisión que llegue a tiempo. Todo esto implica un trabajo de raciocinio propio de la mente humana. Al menos por ahora.

Al respecto, el Dr. Marcelo Fabián Valle, juez titular a cargo del Juzgado Civil y Comercial N°4 del departamento judicial de Mercedes, me decía que “la resolución de conflictos humanos no siempre amerita una solución objetivamente justa. Uno de los fines perseguidos por el ejercicio de la Magistratura es la pacificación, y ésta muchas veces se logra a partir de la autocomposición, que indudablemente resulta el método más efectivo de lograr la pacificación y no siempre se trata de una resolución objetiva sino que, por el contrario, en la autocomposición de conflictos, por definición la subjetividad juega un papel trascendental. Verbigracia: muchas veces una disculpa verbal satisface más que un pago de dinero”.

Entonces, ¿es posible construir una decisión judicial fuera del cerebro humano? Crear un programa capaz de “pensar” en derecho, si bien suena futurista, en el siglo XXI no deberíamos tomar a risa el concepto de máquinas reemplazando a humanos en trabajos no solo prácticos sino también teóricos.

Según la RAE, pensar es “Formar o combinar ideas o juicios en la mente”.² Si partimos de esta definición hoy por hoy una máquina, robot o ser inanimado por más tecnología que tenga insertada no puede pensar porque no tiene una mente en la que pueda formar ideas. Esto se relaciona con el intelecto de los humanos, que los faculta a aprender, comprender, razonar, tomar decisiones y justamente, formarse ideas. Pero que no podamos concebir

2. En <https://dle.rae.es/srv/fetch?id=STY14io%7CSTayfGw>.

esto en nuestra época no significa que sea imposible en un futuro. Ya en su libro *Yo, Robot*³ Isaac Asimov planteaba una serie de conflictos con robots inteligentes y las tres leyes de la robótica⁴ que el mismo concibió.

Planteemos la siguiente situación: un robot recibe ciertos parámetros (algoritmos) dentro de los cuales trabaja su sistema interno. Asimismo, está provisto de una base de datos en constante retroalimentación (jurisprudencia, legislación vigente, doctrina, resoluciones judiciales). Por otro lado, un juez trabaja también dentro de ciertos parámetros (creencias, crianza de vida, ética personal); también está provisto de una base de datos en constante retroalimentación; en este caso su conocimiento y estudio de la ley el derecho; su capacitación y actualización jurídica. Todo esto que comprende las distintas aristas dentro de las cuales trabaja un magistrado se combina al momento de resolver una causa. En principio, lo que mencioné comparando un robot con una persona, en este caso un juez, no parece a simple vista ser tan distinto. Entonces, ¿en qué se diferencia el juez de una máquina? ¿Acaso no se vale de una “base de datos” integrada por pericias, dictámenes, jurisprudencia, antecedentes, así como de lo que ya está prescripto en las leyes y la jurisprudencia? Seguro, pero, también aplica su propia percepción sobre ciertos conceptos, sus estudios, historia personal, lo que hace que de un modo u otro conduzca a *nuestro mejor saber y entender* (¿este sería nuestro criterio basado en conceptos subjetivos?) a tomar la decisión final.

A esto último le podríamos llamar la *humanidad* de la que carecen los robots y la *imparcialidad* que detentan, frente a la *subjetividad* del ser humano y las presiones de las que podría dejarse llevar por más objetivo que pretenda ser.

Esta humanidad que menciono suele ser lo que la mayoría identifica como aquello que diferencia en esencia a un robot, a una máquina, de un

3. Asimov, Isaac, *Yo Robot*, Ediciones Sudamericana, Buenos Aires, 2001.

4. Isaac Asimov creó las tres leyes de la robótica, que aparecen por primera vez en su cuento de ficción “Círculo Vicioso” de 1942. Las mismas son:

Un robot no hará daño a un ser humano o, por inacción, permitirá que un ser humano sufra daño.

Un robot debe cumplir las órdenes dadas por los seres humanos, a excepción de aquellas que entrasen en conflicto con la primera ley.

Un robot debe proteger su propia existencia en la medida en que esta protección no entre en conflicto con la primera o con la segunda ley.

ser humano. Y es esto lo que hace que un juez en este caso, sea esencial para emitir un fallo judicial.

Realmente me resultó muy trabajoso definir la humanidad de una persona. En un primer momento surgen ideas de solidaridad, de compasión, sentimientos. Justamente, conceptos propios de los humanos, que difícilmente podemos adjudicarle a otro ente. Según la Real Academia Española, humanidad es, entre otras acepciones, “Fragilidad o flaqueza propia del ser humano”; “Sensibilidad, compasión de las desgracias de otras personas”; “Benignidad, mansedumbre, afabilidad”. Ahora bien, cuando se resuelve una causa, no solo se aplica la ley, o la doctrina más actual; también se toma en cuenta lo que el juez considera justo a su discreción.

El juez Richard Posner⁵ analiza en profundidad esta cuestión al preguntarse qué es lo que determina el juicio discrecional de un juez.

El área en la cual el juez ejerce discreción variaría de acuerdo al juez. La “zona de razonabilidad” de un juez (el área en la cual se siente libre para decidir un caso de cualquier forma) es probable que se ensanche con su experiencia judicial, mientras más y más conocimiento toma cuerpo en intuición, hasta tener una relación en forma de U con sus habilidades intelectuales. Tanto el más apto como el menos apto de los jueces de apelación son proclives a estirar la zona –el más apto por su facilidad en la manipulación de los materiales legales ortodoxos que pueden tener políticas transversalmente sensibles y la confianza en sus propias habilidades, el menos apto por su susceptibilidad a apelaciones emocionales por consejo o incapacidad de entender las virtudes más bien abstractas de tales consideraciones sistémicas que limitan el juicio idiosincrásico como estabilidad legal y predictibilidad– (Posner, 2011).

Posner plantea la presencia de la intuición en la toma de decisiones. Una característica enteramente humana. A medida que avanza su experiencia en la resolución de casos, esa intuición va tomando más y más cuerpo, lo que permite que confíe más en esa intuición, a veces incluso por sobre el razonamiento analítico.

Habiéndole consultado respecto de este tema al Dr. Valle, me hizo un aporte muy interesante a este trabajo al indicarme todos los puntos que el magistrado debe considerar al momento de dictaminar una resolución

5. Posner, Richard. *Cómo deciden los jueces*. Marcial Pons, Madrid, 2011.

judicial. Ante el planteo que le hice de un *software* capaz de emitir resoluciones judiciales basándose en legislación aplicable, jurisprudencia, con una base de datos retroalimentada con resoluciones judiciales previamente dictadas, que pudiera de alguna manera predecir el resultado de un caso, me marcó que no necesariamente sería de utilidad para el trabajo del judicial. Y lo ejemplificó de una manera muy elocuente: “Cuando se ventila un accidente de tránsito, donde el demandado resulta a todas luces responsable, quien en definitiva debe afrontar el pago de la indemnización normalmente es la compañía aseguradora. Ahora, frente a tal situación, si ésta tiene la posibilidad de usar herramientas procesales para dilatar el pago, evaluará cuál es el camino económicamente más conveniente, en tanto su objetivo es el lucro. No es un fin oscuro y maligno, pensado para causar el mal, es un fin legal previsto en el contrato de su creación. Entonces, si debe decidir entre pagar ahora una importante suma, o avanzar con herramientas procesales legítimas, difiriendo el pago, lo que le permite colocar el dinero que iba a destinar al pago, a interés, y ese interés es muy superior al que debe pagar cuando sea condenado, ¿cuál sería la conducta que el conjunto de leyes propicia? Obviamente que el de postergar la solución del litigio el mayor tiempo posible, aun pudiendo anticipar el resultado de la resolución. Es decir, como puede verse, conocer anticipadamente el resultado de un conflicto no resulta tan complejo, pero en muchos casos es de poca utilidad...”. Es decir que aun si un *software* del tipo IA resolviera que la compañía aseguradora debe abonar determinada suma en concepto de indemnización en el marco de un accidente de tránsito, esto no necesariamente evitará que la obligada utilice todos los resortes procesales existentes a fin de dilatar ese pago. Por lo tanto, indistintamente de que concibiéramos a la IA como una tecnología que tenga como interés superior llegar a resolver cuestiones judiciales de manera rápida, esto no evitará que se intente dilatar la culminación del proceso. Su eficacia se vuelve relativa.

Esto me llevó a replantearme la finalidad que se le daría a un potencial *software* máquina y la forma de programarla ya que, si tomamos en cuenta el planteo del Dr. Valle, indistintamente de la sentencia que se dicte en un juicio, todos los resortes procesales habidos podrían potencialmente demorar llegar a una resolución rápida. Asimismo, surge la cuestión de si sería posible que una máquina pudiera realizar la evaluación del caso de la manera en que lo planteó este magistrado. O si esta máquina podría igualar o intentar alcanzar esa discrecionalidad propia de un ser humano. Al menos hoy en día parece imposible. A esto se suma que si ponemos en discusión que un

software o máquina pudieran trabajar solos sin intervención humana y que se delegue al cien por ciento la responsabilidad que implica y las consecuencias que conllevan dichas resoluciones en las vidas humanas, la recepción es de mucho escepticismo.

Precisamente por ello, es que el análisis y reflexión para poder obtener la mejor forma de fusionar la inteligencia artificial, las nuevas tecnologías y la capacidad humana es primordial. Debe priorizarse a fin de lograr que la sociedad pueda llegar a obtener realmente justicia.

Es real que muchos magistrados no han nacido con la computadora en su casa, y varios han tenido que adaptarse a los distintos avances, programas, *softwares*, que a su modo han intentado agilizar y facilitar el trabajo del agente judicial. Sin embargo, ese

contacto tangencial no es suficiente. Es vital que se abran a los nuevos tiempos, que se interesen por probar lo que ofrece la inteligencia artificial. El debate que se está generando cada vez más y más respecto de las nuevas tecnologías y la llamada Administración Pública Inteligente es una buena señal.

Más allá de que se intenta implementar un proceso de modernización⁶ a fin de actualizar los sistemas actuales, con las nuevas tecnologías, de unos años a esta parte se ha presentado el expediente digital, la presentación de escritos electrónicos, la compulsación y procuración de expedientes vía Mesa de Entrada Virtual, y más. Pero lleva su tiempo, la transición de una época de papel y lapicera, de rigorismos, lo hace dificultoso, pero no imposible. Será tarea de los propios magistrados, de todos los trabajadores judiciales, los letrados y aquellos que intervienen desde su lugar poner su granito de arena para mejorar la justicia. La confianza e interés en que esto se implemente harán el camino más fácil.

2. El error judicial

Avanzando en esta temática me pareció adecuado darle un apartado, aunque sea breve, al concepto de *error judicial*.

6. A través del Decreto 436/2016 se aprobó el Plan de Modernización del Estado cuyo objetivo es alcanzar un Administración Pública al servicio del ciudadano en un marco de eficiencia, eficacia y calidad en la prestación de servicios.

La aceptación de la falibilidad judicial ya es una constante en todos los países de nuestro entorno jurídico y origina la búsqueda de remedios legales una vez que se han manifestado. Debatir sobre esto permite que analicemos qué tan distante estaría una máquina o programa inteligente de cometer un error en comparación con un humano, en particular dentro del ámbito judicial.

En su obra *El error judicial y la formación de los jueces* el profesor Malem Señamuestra una gran confianza en que la correcta formación del juez puede, por una parte, evitar el error judicial y, por otra, dotar de unidad a los fallos judiciales. Lo más importante para el autor es decidir conforme a derecho, hacerlo motivadamente y evitar errores. Para el profesor argentino, el mayor problema del mundo judicial estriba en la falta de uniformidad de los criterios para operar jurídicamente.⁷

Respecto de la definición del *error judicial* hay que recalcar que el autor aceptatanto el error de hecho como de derecho. Malem Señamuestra que “... en un sentido amplio se podría aducir que para que haya un error judicial es necesario que exista una respuesta, o varias respuestas, correcta(s) para un determinado problema jurídico. Además, es necesario que un caso resuelto por un juez o tribunal en ejercicio de su potestadjurisdiccional, no sea subsumido en alguna de esas respuestas correctas. Estas doscondiciones parecen ser necesarias y suficientes”.⁸

Pero la idea de que el juez pueda cometer errores debido a su propia falibilidad humana o a su propia incapacidad técnica o moral no ha de suponer olvidar que el ideal de un juez profesional es que no cometa errores. Si una de las facetas de un buen quehacerprofesional es el cumplimiento de las reglas y de las técnicas que constituyen su oficio, un mal técnico nunca sería un buen profesional. O presentado de otra manera, un juez quecometiera numerosos errores sería un mal técnico en la tarea de juzgar y de hacer

7. Barceló, Rafael Ramis, “Reseña sobre el libro de Jorge Malem Señamuestra *El error judicial y la formación de los jueces*”, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010. En <http://www.redalyc.org/pdf/3636/363635639007.pdf>.

8. Jorge F. Malem Señamuestra; F. Javier Ezquiaga Ganuzas y Perfecto Andrés, *El error judicial y la formación de los jueces*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

ejecutarlo juzgado, es decir, un mal profesional, que es lo mismo que decir un mal juez.⁹

Malem Seña considera que el juez es un profesional y un técnico del derecho. Sus errores pueden ser provocados por sus carencias o por causas ajenas a él. Conocedor de la falibilidad del mundo, el profesor argentino propugna el máximo cuidado para evitar los errores que puedan ser ocasionados por el juez. Para combatirlos, es necesario que el juez tenga una formación adecuada. De esta manera, incurrirá en menor medida en un error imputable por su parte, y podrá argumentar correctamente conforme al criterio de verdad como correspondencia y motivar adecuadamente las sentencias.

A partir de estas reflexiones, consulté con algunos titulares de diversas dependencias judiciales a fin de que me expresaran sus puntos de vista respecto de la posibilidad de que la inteligencia artificial tomara un protagonismo mayor en la creación de resoluciones judiciales. También les planteé si consideraban que esto reduciría incurrir en errores judiciales. Aunque todos se mostraron abiertos a nuevas tecnologías e injerencia de *softwares* de avanzada, siempre remarcaron que la supervisión humana es imprescindible.

Por ejemplo, la jueza Verónica Cecilia Núñez, del Juzgado de Familia N°1 del Departamento Judicial de Morón con competencia en Ituzaingó, se mostró abierta a la introducción a su dependencia de robots o máquinas que tuvieran la capacidad de producir resoluciones judiciales, tomando como fuente de información una base de datos completa con jurisprudencia. Sin embargo, recalcó que previo a la firma de estas resoluciones debería haber siempre intervención y supervisión humana.

Mismo fue el caso de la Dra. Andrea Danas, titular del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N°9 de CABA, quien también consideró la necesidad de que cualquier tipo de introducción de inteligencia artificial con la finalidad de producir resoluciones judiciales tuviera intervención humana: “Lo más rico de mi actividad judiciales el contacto con el justiciable, con su caso, su dolor, sus derechos y su reclamo de justicia. Eso nunca lo entendería una máquina”.

9. *Ibidem*.

Comparto esta opinión. Siendo agente de justicia en el fuero de familia, en infinidad de causas se tienen que evaluar distintas cuestiones, no solo respecto del derecho aplicable sino también la solución más adecuada para la persona que se encuentra en estado de vulnerabilidad. Esa sensibilidad que mencioné unos apartados más arriba es la que en ciertos casos se visualiza de forma más patente. Al menos hoy es realmente difícil visualizar un *software* o aplicación de inteligencia artificial que imite o reemplace esto.

A partir de los *softwares* que se han ido implementando de manera progresiva en distintos sistemas judiciales, como COMPAS o Prometea, a los cuales les dedicaremos un apartado en este trabajo, la magistrada Danas se mostró cautelosa respecto de la posible estandarización de los hechos como si todo pudiera ser resumido a casos tipo “perdiendo la singularidad de los casos y la necesidad de proximidad que todo juez debe guardar con las personas a quienes les imparte justicia”.

Por su parte, el doctor Edgardo Bartolomé Alemán, Asesor Tutelar y Presidente del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Departamento Judicial de Moreno-General Rodríguez, dijo que “la inteligencia artificial aplicada en determinados supuestos reduciría los tiempos de la justicia, y a tenor de los resultados de efectividad que se vienen observando en las pruebas piloto, muy probablemente reduzca también la posibilidad de incurrir en errores”.

Hasta aquí y ante lo que planteaba Malem Seña respecto de la formación de los jueces para reducir la posibilidad de incurrir en un error judicial, planteé a distintos titulares si la estructura jerárquica del poder judicial repartida en distintas instancias podía llegar a entenderse como un mecanismo para solucionar errores judiciales. El doctor Bartolomé Alemán entendió “que la estructura actual del Poder Judicial obedece a varios factores, como por ejemplo: idoneidad, capacidad, responsabilidad, comunicación y en gran medida al control. Pero, sin perjuicio de la estructura jerárquica formal, los magistrados debieran tener las destrezas de gestión necesarias para organizar la estructura real con los mecanismos que mejor se adapten a la realidad de la dependencia, siempre tendiente a brindar un mejor y eficaz servicio de justicia”.

Pues bien, nada me asegura entonces que un juez no vaya a incurrir en un error judicial. Su capacitación, sus conocimientos, su destreza en el ámbito jurídico y capacidad de poner en tela de juicio incluso lo que da por sentado, propenderá a reducir la probabilidad de que su decisión final sea errada.

Por otro lado, también es cierto que nadie asegura que un *software* cuya tarea sea la de emitir resoluciones judiciales no pueda errar. Queda la duda de si la supervisión humana que mencioné más arriba sería superflua si implicaría una revisión exhaustiva de lo resuelto tecnológicamente. Porque si el caso es el último, lejos de agilizar los tiempos, los dilataríamos aún más.

3. La inteligencia artificial en el Poder judicial

Tal como lo plantea Posner, parece que la inteligencia artificial empezará a alterar las prácticas judiciales.¹⁰ Incluso considera posible el día en que las computadoras creen perfiles de las filosofías de los jueces, partiendo de sus opiniones y sus declaraciones públicas, para actualizarlos continuamente conforme los jueces emitan opiniones adicionales. Estos perfiles permitirían a los abogados y a los jueces predecir el comportamiento judicial de forma más precisa, y ayudaría a los jueces a mantener consistencia con sus decisiones previas, cuando así lo quieran.¹¹

En palabras de Juan Gustavo Corvalán, Fiscal General Adjunto en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, “la clave viene dada por una reconfiguración de la Administración Pública a partir del concepto de innovación inclusiva y del impulso de nuevas tecnologías desde la óptica de las personas y sus derechos”.¹²

Una de las mayores críticas que se le hace al sistema de justicia es su lentitud. Los tiempos que toma llegar a una resolución justa implican tomarse el tiempo necesario para analizar los detalles y pormenores de cada caso en particular.

En los tiempos que corren, la inquietud de si existirá o si será posible crear algún mecanismo tecnológico que pueda colaborar a fin de facilitar el acceso a la justicia es cada vez más común. Ya es un tema de debate, en foros, en charlas académicas, y más, si es viable acelerar los procesos judiciales

10. Posner, Richard A., “El rol del juez en el siglo XXI”, *Themis* 58. *Revista de Derecho*, 2010.

11. *Ibidem*.

12. En: <http://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2017/08/Juan-Gustavo-Corval%C3%A1n-Administrativo-29.08.pdf>

integrando al sistema judicial tecnologías que no solo colaboren en la forma sino en el fondo de las decisiones que se toman.

Ahora, es necesario aclarar ciertos puntos. El sistema judicial no está desligado de la tecnología. Muy por el contrario. Prácticamente no existe lugar alguno donde no haya computadoras, impresoras, fotocopiadoras, para acelerar el acceso a la justicia. Ya no escribimos a máquina, sino que utilizamos computadoras que a su vez poseen programas especiales para facilitar la visualización de expedientes, sus providencias, filtrar resoluciones, buscar antecedentes, y muchas más posibilidades, todas gracias a la tecnología. En muchos juzgados o tribunales se han colocado puestos informatizados a fin de poder hacer un seguimiento de causas sin tener que hacer filas interminables para saber si un expediente está o no en letra.

Se ha procurado insertar en el mundo judicial la digitalización de los expedientes, el ingreso de los letrados al sistema virtual a través de las MEV (mesa de entrada virtual) que permitan que no tengan que moverse de sus estudios o gastar dinero en procuradores y traslados hasta juzgados.

Todo esto es efectivamente beneficioso en la forma, y no necesariamente en el fondo de la cuestión. Las computadoras que se utilizan, los *softwares* a través de los cuales trabajamos, simplemente funcionan como plataformas que no tienen injerencia alguna en la resolución final de un juicio.

Sin embargo, es cierto que muchos han mirado con reticencia la idea de permitir que una máquina tome más protagonismo en el mundo judicial ya que ven difícil si no imposible que pueda contextualizar y aplicar las leyes de manera acertada sin incurrir tarde o temprano en un error judicial. Pero, a partir de lo que expuse más arriba, lo cierto es que el ser humano es falible. Y si así es el caso, ¿qué tan distinta es la variante de permitirle a una máquina tomar decisiones?

Amplíemos un poco esto. El algoritmo que utiliza el sistema de IA se alimenta de datos que incorpora el ser humano que programa esa misma máquina. Esos datos, esa información, son administrados y seleccionados por personas, seres falibles, que justamente hacen al humano como tal. No somos seres perfectos. La máquina será más o menos falible en su “razonamiento” o en el criterio que utilice para decidir de tal o cual manera en tanto y en cuanto se le incorpore la mayor cantidad de datos que sean de relevancia, actualizados. Eso sin contar también con los códigos, leyes, jurisprudencia y doctrina que le sirva de referencia respecto del caso que se le presente.

Por supuesto, acepto que al menos hoy en día todavía no hemos llegado a los avances tecnológicos tales como para siquiera concebir que una máquina pueda “reflexionar y razonar” respecto de una circunstancia que se le plantee por fuera de un algoritmo. Sin embargo, cincuenta años atrás la idea de que un aparato tan diminuto como un celular nos iba a cautivar de la manera en la que lo hace, respondiendo preguntas sobre prácticamente cualquier cosa, y tomando fotografías y permitiéndonos que nos comuniquemos de manera inmediata con cualquier otra persona que esté literalmente del otro lado del mundo era impensable. Así que no debemos cerrarnos a lo que hoy nos parece imposible.

Una opción sería que los juzgados o tribunales acepten las aplicaciones de diversos mecanismos avanzados que, aunque no resuelvan causas, permitan disminuir trabajos que podríamos considerar monótonos y que a su vez retroalimenten su base de datos, lo que ayudaría a que a medida que pase el tiempo fuera más y más eficiente. Por poner un ejemplo, existen infinidad de contratos que se arman a partir de modelos base. Su diferenciación entre uno y otro es prácticamente imposible de identificar. Ni hablar para aquellos que sobrepasan el centenar de hojas. En estos casos, que un *software* pudiera escanear dichos instrumentos, e identificar las diferencias de relevancia respecto de contratos anteriores, o que alertara sobre conceptos o palabras que pudieran no estar previstas en el contenido del contrato, sería de gran ayuda.

Sería interesante y enriquecedor que cada magistrado, funcionario, empleado judicial o abogado pudiera brindar su perspectiva del uso que se le daría y los beneficios que considera traería la inteligencia artificial en el trabajo diario. El *feedback* obtenido con estos puntos de vista es la mejor herramienta a fin de encontrar la mejor manera de colaborar entre todos y apuntar a una Administración de Justicia inteligente.

4. La inteligencia artificial en el fuero de Familia de la Provincia de Buenos Aires

Trabajo en un juzgado de familia en la provincia de Buenos Aires y en un departamento judicial relativamente nuevo (Moreno-General Rodríguez) que justamente tiene altos índices de violencia, por lo que me pareció adecuado dedicar un apartado a la inteligencia artificial en el fuero.

En el fuero de familia se trabaja a contrarreloj. Las críticas están a la orden del día y la urgencia que tienen los justiciables para llegar a una solución a su situación de vulnerabilidad por temas de violencia, o por falta de pago de la cuota alimentaria, por mencionar algunos casos, es innegable. Muchas veces esto ocasiona que no se pueda analizar caso por caso cada una de las cuestiones que se presentan y la demora que se produce puede ser fatal.

En palabras del Asesor Tutelar Dr. Alemán: “Más del 80 % de las causas donde intervengo como Asesor de Incapaces corresponden al fuero de Familia, en tal sentido, la complejidad de las situaciones que se nos plantean, implica que las decisiones que se deban tomar tengan una evaluación multifocal y muchas veces atendiendo a la situación más conveniente para las personas vulnerables. Por lo que, en orden a respetar principios supralegales, se deba echar mano a soluciones dinámicas, atendiendo a la aplicación de principios procesales, que *prima facie*, entiendo, no podrían ser abastecidas por un robot, al menos en la actualidad”.

Entonces, la respuesta de la justicia debe ser rápida, pero también coherente. La protección es en miras de proteger a las potenciales víctimas, reducir los riesgos y hacer cumplir los derechos que les corresponden a cada uno de los justiciables.

Ahora, es imposible saber con certeza si alguien sufrirá violencia en el círculo familiar. Pero, si contamos con las herramientas acordes para detectar señales que nos indiquen la existencia de vulnerabilidad, podremos actuar con más eficiencia.

Evaluar esto a tiempo y saber aplicarlo podría facilitar la tarea de los juzgados no solo en la aplicación práctica sino en hacer un seguimiento meticuloso de este tipo de causas tan delicadas.

Sin embargo, dada la gran demanda existente, sumado a la falta de recursos, de personal, y al menos en el caso de nuestra departamental disparidad entre la cantidad de habitantes de Moreno y General Rodríguez respecto de la cantidad de juzgados de familia en funcionamiento (dos juzgados para un total de más de seiscientos mil habitantes),¹³ lamentablemente, el seguimiento que se le debería hacer a cada causa es prácticamente de imposible cumplimiento. Así, finalizadas las medidas preventivas tomadas, ya sean

13. Datos obtenidos del Censo Poblacional 2010.

perímetros de restricción, exclusiones de hogar, ceses de hostigamiento, la situación de violencia se repite. Las víctimas vuelven a realizar denuncias, y nuevamente se repite el colapso de causas en trámite brindando una medida inmediata pero temporal que pareciera estar muy lejos de resolver el problema de fondo.

Los juzgados de Familia le otorgan un marco legal a las cuestiones de violencia que se judicializan. Como mencionaba antes, la urgencia es tal que hay que dedicarle tiempo para resolver la situación lo antes posible y proteger a quien esté en peligro inminente. A fin de colaborar con nuestro trabajo, existen distintas dependencias, como las defensorías, las Asesorías Tutelares, Dirección de Niñeces y Adolescencias, pormencionar algunas. Pero sus carencias suelen ser similares. Más allá de las medidas que se tomen, tal como dije antes, no se llega a resolver el tema de fondo que dispara la violencia.

Ante este panorama, la posibilidad de llegar a una administración de justicia inteligente que nos permita delegar tareas simples, previsibles, y que facilite el acceso a la justicia es por lo menos interesante. Si bien es cierto que cada caso es un mundo aparte, los códigos por lo que nos manejamos, los modelos de escritos, o proveídos que se utilizan para darle cuerpo a una resolución son por lo general los mismos.

Con los algoritmos adecuados, un debate rico, y la apertura mental necesaria, no parecería tan alejado de la realidad que en un futuro se permitiera que una máquina o un *software* emitieran providencias simples, reduciendo tiempos y costos. O que colaboraran en calcular la gravedad de una denuncia, y evaluar medidas que se podrían disponer de manera precautoria.

En los Estados Unidos se ha implementado en distintos organismos el uso del programa COMPAS, al que le dedicaré un apartado más adelante, que calcula la probabilidad de reincidencia de una persona con base en sus antecedentes penales. En nuestro fuero, se podría implementar un programa similar, que evalúe la probabilidad de que una persona reincida en sus actos violentos a fin de proteger a potenciales víctimas y en todo caso hacer un seguimiento de la situación para evitar un mal mayor. No faltarán los críticos, los escépticos, que vean esto imposible e, incluso, como algo perjudicial.

Por lo pronto, como casi con todas las novedades informáticas, nos manejamos con prueba y error. Además, nos encontramos en una etapa de transición. Hasta hace poco, las computadoras ni siquiera existían en el

sistema judicial y todo se escribía a mano o a máquina y había que correr con los tiempos para presentar todo en plazo presencialmente en cada Juzgado o Tribunal. En la actualidad, los letrados pueden darse el lujo de no moverse de sus estudios para enviar escritos electrónicos o realizar la procuración de sus expedientes.

Es cierto que existen grandes asimetrías en el desarrollo tecnológico. En la Ciudad de Buenos Aires existe una Administración Pública que es totalmente digital mientras que en algunas provincias ni siquiera se ha comenzado el proceso.¹⁴

Es hora de que le demos a la inteligencia artificial un lugar en la justicia. Que nos capacitemos, debatamos y abramos la opción a nuevas tecnologías. Hay que darle la estola importancia que se merece. Si bien aquí hice una breve mención de los inconvenientes propios del fuero donde trabajo, en otras dependencias estatales existen circunstancias similares. Puede parecer muy alejado de la realidad, y estos cambios no ocurrirán de la noche a la mañana. Por el contrario, durante la transición habrá etapas híbridas en las que continuaremos trabajando complementariamente con los nuevos programas que se aplicarán.

Si nosotros, los agentes judiciales, no participamos de esta nueva revolución, no solo nos quedaremos en el pasado, sino que nos aislaremos en la ignorancia por no saber adecuarnos a los tiempos que corren. Sumado a esto, debemos entender que nuestro aporte es esencial para mejorar cada vez más cualquier tipo de innovación que se pretenda incluir en la justicia.

5. Prometea

Desde el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires han estado desarrollando un programa con la finalidad de predecir soluciones a expedientes. El mismo es un *software* creado por el Laboratorio de Innovación e Inteligencia Artificial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en conjunto con el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de la Buenos Aires. Actualmente el mismo se encuentra en modo de prueba, y se le delegan tareas consideradas rutinarias y predecibles.

14. Corvalán, Juan Gustavo, “La primera inteligencia artificial predictiva al servicio de la Justicia: Prometea”, *Revista LL*, 29/09/2017.

Juan Gustavo Corvalán es la persona responsable de este programa. Él ha manifestado que este *software* “es una oportunidad única para transformar laburocracia estatal”.

Este programa ayuda a organizar procesos judiciales internos, optimiza la relación ciudadano-Estado y enfoca su uso en los sectores vulnerables y personas con discapacidad. Muchos servicios estatales se brindan de manera más simplificada gracias a este *software*.

Como bien dice Corvalán, esto requiere un proceso transicional en donde la alfabetización digital, la cultura digital y la preparación tecnológica sean las categorías centrales para adaptarse a la diversidad de nuestro país, reconociendo las diferencias entre las personas, los distritos y las áreas vulnerables.¹⁵

Es vital que sepamos lo que tenemos en nuestras manos. Que conozcamos el funcionamiento de esta tecnología. Esto no significa ser expertos en inteligencia artificial o que tengamos que hacer una carrera en programación. Pero sí que nos capacitemos y estemos en constante actualización.

Con el debate que se haga, hay que poner en la mesa también la protección que se le deba dar a los derechos fundamentales de la sociedad. No podemos permitir tampoco que por querer incursionar en nuevas tecnologías terminemos ocasionando gravámenes irreparables en la vida de las personas. Al contrario, la innovación a la que apuntamos busca brindarle una mejor calidad de vida a la gente. Que la inteligencia artificial sea un fenómeno que evolucione cada vez más, que se introduzca en la administración de justicia. Quizás entonces, así como algunas décadas atrás nos parecía inimaginable el concepto de un teléfono celular sin el cual hoy no podríamos vivir, la inteligencia artificial pase a ser un elemento esencial para impartir la justicia eficiente que necesitamos.

6. Programa COMPAS

En los Estados Unidos se ha puesto en práctica el programa de Gestión de Perfil de Delincuentes para Sanciones Alternativas,¹⁶ o COMPAS (por sus siglas en inglés). Es una evaluadora de riesgos. Un *software* creado con

15. En: <http://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2017/08/Juan-Gustavo-Corval%C3%A1n-Administrativo-29.08.pdf>.

16. COMPAS: Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions.

la finalidad de indicar la potencialidad de reincidencia de un presidiario o incluso el riesgo de fuga de una persona imputada en un crimen, por dar un ejemplo.

Desarrollado por una compañía privada llamada *Equivant* (anteriormente *Northpointe*), funciona con un algoritmo que, basándose en el historial criminal de una persona, determina la probabilidad de que reincida en su conducta delictiva. Para esto, utiliza una base de datos en constante retroalimentación.

Este *software* ha tomado predominancia en el fuero penal donde se utiliza con asiduidad para colaborar con los jueces a la hora de analizar sobre la conveniencia o no de permitir que un imputado en una causa penal permanezca en libertad hasta el juicio, para calcular su posibilidad de reincidencia y mientras dure el proceso, se tomen las medidas preventivas necesarias.

Parece de gran utilidad, pero también se ha criticado este *software* al considerarse que puede ser manipulable.¹⁷ Distintas agencias han estudiado la aplicación y resultados de este programa y llegaron a concluir que el algoritmo utilizado era deficiente.

El caso más resonante fue el del *Estado contra Loomis*¹⁸ en los Estados Unidos. Paso a explicarlo brevemente. En el año 2013, Eric Loomis fue detenido por la policía cuando manejaba un vehículo implicado en un reciente tiroteo. Fue acusado de huir de la policía y de manejar un vehículo sin autorización de su propietario. Se declaró culpable de ambos delitos. El fiscal en su causa aportó datos obtenidos a través del programa COMPAS que daban cuenta de un índice de riesgo elevado de reincidencia. Considerando esto, el juez condenó a Loomis a seis años de prisión. La sentencia fue apelada por la defensa. Adujeron que se habían vulnerado las garantías de Loomis y que no podían saber los métodos utilizados por COMPAS para llegar a la evaluación de riesgo dada porque los desarrolladores del mismo se amparaban en el secreto comercial, lo que dificultaba analizar los pormenores de una situación como la de este caso ya que no se podían ver los datos utilizados para crear el

17. Disponible en: https://www.clarin.com/policiales/descubren-maquina-predice-futuros-delitos-favorece-blancos_o_rJoUMECEG.html.

18. “*State c. Loomis*”, en <https://harvardlawreview.org/2017/03/state-v-loomis/>.

algoritmo del programa COMPAS que resultaba en el grado de reincidencia que supuestamente tenía Loomis.

Los más críticos dicen que no es posible que cada caso sea analizado de manera justa y humana, y ese pensamiento reflexivo propio de las personas no podrá ser igualado por una máquina o programa. De hecho, indican que, al reducir su lógica a un algoritmo, deja de lado cualquier tipo de reflexión sobre la potencial rehabilitación de quien ha cometido errores en el pasado. Esta perspectiva es recelosa de las posibilidades de que el algoritmo que utilice un programa evaluativo de la reincidencia potencial de un criminal también sea entrenado para calcular las posibilidades de alcanzar la rehabilitación.

Asimismo, surge otra cuestión. Se asume tácitamente que las predicciones algorítmicas son inherentemente mejores que el razonamiento que pueda realizar el humano. Ello basándose, en líneas generales, en que su resolución no estará sesgada por cuestiones propias de la persona y se basará íntegramente en los datos incorporados para crear una predicción. Asumimos que una máquina es mucho más precisa y fiable que un ser humano, pero no damos cuenta de las variantes que sí analiza el programa y cuáles no. La capacidad de debate y de reflexión se reducen a cero.

Lo cierto es que los sistemas de IA se alimentan de datos que son precisamente ingresados por seres humanos que deciden —o han recibido la indicación u orden— indicarle a la máquina que a partir de estos mismos datos deberá proveer una decisión judicial. Y aquí es donde se hace la diferencia. Los datos que se ingresen serán el basamento por medio del cual el sistema de IA fundará su decisión. Si estos datos no están actualizados, se omite información de relevancia del caso, se cargan antecedentes específicos de forma adrede o se evita introducir la totalidad de los elementos de prueba a fin de contar con un contexto más rico para que el sistema cree patrones más certeros, entonces sí, muy probablemente la decisión a la que arribe el programa esté sesgada.

Un sistema interdisciplinario de control sería una opción viable a mi entender a fin de poder evaluar si las decisiones que toma una máquina se ajustan a derecho de manera eficaz, tomando en consideración cuestiones de género, de actualidad y no simplemente aplicando la ley fría. Pues lo cierto es que el juez además de su conocimiento del derecho, también utiliza su experiencia y criterio para decidir de tal o cual manera, considerando que su resolución será la más equitativa.

7. A modo de cierre

La inteligencia artificial llegó para quedarse. Muchos temen que los robots de alguna forma terminen desplazando al humano o le quiten la posibilidad de acceso al trabajo al ser suplantados por una máquina. Pero la respuesta a ese temor no es eliminar la posibilidad de avanzar tecnológicamente. Debemos encontrar como sociedad un nuevo papel en el mundo, nuevas funciones, y todo de la mano de la ciencia, la tecnología y la innovación.

El desarrollo de *software* va a seguir sucediendo y aparecerán cada vez más. En el ámbito judicial buscarán simplificar las tareas diarias, de manera colaborativa; que facilite el trabajo de los jueces, clasificando información, filtrando conceptos dentro de sentencias que ayuden a mantener actualizado el trabajo en los juzgados y, por qué no, dictar sentencias.

Parece un futuro muy lejano, pero podemos ser más optimistas y permitirnos la posibilidad de que dentro de no mucho las máquinas puedan tomar más protagonismo en el mundo judicial. Tal como se expresó en este trabajo, el colapso judicial parece no tener fin. Cientos y cientos de justiciables, escritos, expedientes, pilas y pilas de papeles. En principio solo adjudicaban la solución a abrir más juzgados, nombrar más jueces, más empleados, y por supuesto dar más capacitaciones, pero solo recientemente comenzó a darse relevancia a la tecnología. A modernizar el sistema judicial de modo tal que no solo sea pasar de escribir a máquina a escribir en computadoras o poder leer un expediente digital desde el estudio jurídico en vez de recorrer escaleras interminables en los tribunales. Realmente debe haber un debate a conciencia sobre las posibilidades que nos da hoy la inteligencia artificial.

Será tarea de los abogados, los magistrados y programadores que cuenten con la capacitación suficiente crear un *software* que brinde las herramientas necesarias para facilitar la tarea de quienes trabajamos en el poder judicial. Solo el futuro dirá si podremos delegar en una máquina o un *software* el destino de los justiciables.

Mientras tanto, todo lo que nos brinda la tecnología es importante adaptarlo al sistema judicial, de modo tal de hacer el mejor uso de la misma. Así, codo a codo, facilitar la labor judicial. Por el momento, disminuyendo tareas más mecánicas que intelectuales, pero sin que ello obste a que se desarrollen nuevas formas de implementar la tecnología que nos permita brindar un mejor y más rápido acceso a la justicia.

Bibliografía

- Asimov, Isaac, *Yo Robot*, Ediciones Sudamericana, Buenos Aires, 2001.
- Corvalán, Juan Gustavo, “La primera inteligencia artificial predictiva al servicio de la Justicia: Prometea”, *Revista LL*, 29/09/2017.
- Guarinoni, Ricardo V., Guibourg, Ricardo A., *Ciencia, cibernética y sistema*, Eudeba, Buenos Aires (módulo 5 de Introducción al Conocimiento Científico - UBA XXI), 1987.
- Malem Seña, Jorge F., Ezquiaga Ganuzas, Perfecto, Andrés, *El error judicial y la formación de los jueces*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- Posner, Richard A., *Cómo deciden los jueces*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011.
- “El rol del juez en el siglo XXI”, *Themis 58. Revista de Derecho*, 2010.
- Oppenheimer, Andrés. *¡Crear o morir! La esperanza de América Latina y las cinco claves de la innovación*, Editorial Debate, 2014.

Páginas web consultadas

- Laboratorio de Innovación e Inteligencia Artificial - Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho - MPF CABA. Disponible en: <https://ialab.com.ar/>
- Mayson, Sandra Gabriel, “Dangerous Defendants” (2017). 127 *Yale Law Journal* 490 (2018); U of Penn Law School, Public Law Research Paper No. 16-30. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2826600> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2826600>
- Prometea: Una inteligencia artificial para ayudar a la justicia porteña. Disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/tecnologia/prometea-una-inteligencia-artificial-para-ayudar-a-la-justicia-portena-nid2084991>
- Prometea: El programa de inteligencia artificial que sorprende al mundo. Disponible en: <https://www.fiscalias.gob.ar/project/prometea-el-programa-de-inteligencia-artificial-argentino-que-sorprende-al-mundo/>
- Prometea. La primera inteligencia artificial predictiva al servicio de la justicia. Disponible en: <http://thomsonreuterslatam.com/2017/10/la-primera-inteligencia-artificial-predictiva-al-servicio-de-la-justicia-prometea/>

El proceso penal y los juicios mediáticos

*Juan Manuel Chiaradia**

Resumen

El presente trabajo surge a partir de la proliferación de distintos tipos de abordajes periodísticos sobre hechos que son objeto de investigaciones penales con diversas miradas. La gran demanda social de información actual, la ramificación de un sector periodístico específico (la noticia judicial) y la reticencia de la administración de justicia de asumir un rol de comunicador de sus decisiones a la sociedad condujeron a la generación de procesos paralelos que no solo pueden afectar a las partes involucradas y las garantías que las resguardan, sino también profundizar la crisis de legitimación de la administración de justicia.

Así, pretendo analizar la problemática de los procesos paralelos –o juicios mediáticos– en contraposición con el proceso penal y con relación al modo de construcción de la verdad.

Para ello, comenzaré analizando la relación entre la administración de justicia y los medios de comunicación, para intentar conceptualizar los procesos paralelos, las diversas formas de aproximarse a los hechos (construcción de la verdad) entre aquellos y el proceso penal y puntualizar la

* Abogado (UBA), argentino; Especialista en Administración de Justicia (UBA, título en trámite); actualmente maestrando de la Maestría en Magistratura (UBA, tesis en curso); Ayudante de 2° de la materia del CPO “Debido proceso” (Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, UBA) a cargo de la Dra. Ángela E. Ledesma; ha concluido la Formación Pedagógica de Carrera Docente conforme RES (CS) 3481/07 (UBA); funcionario del Poder Judicial de la Nación, se desempeña en el fuero Criminal y Correccional Federal desde el año 2009; juanmanuelchiaradia@gmail.com.

vinculación de esos procesos con el sistema de garantías que llamamos “debido proceso”.

Por último, mostraré los dos tipos de abordajes que se han dado sobre la problemática a nivel internacional y los defectos o carencias de cada uno de ellos, para terminar esbozando lo que creo que podría constituir una posible solución.

Palabras clave: proceso penal, procesos paralelos, verdad periodística, verdad judicial, debido proceso.

Criminal Process and Trial by Media

Abstract

This work arises from the proliferation of different journalistic approaches on events that are subject to criminal investigations with diverse perspectives. The current high social demand for information, the ramification of one journalistic sector (criminal investigation news) and the reticence from the Justice to take over their role of communicator of their decisions to society have generated parallel processes that can not only affect the parties involved and the rights that protect them, but also it can increase the crisis of legitimation of the administration of justice.

Therefore, I intent to analyse the parallel processes problematic –or media trials– in juxtaposition with the criminal procedure and in relation to the method of construction of the truth.

To this effect, I will start by analysing the relation between the administration of justice and mass media, to attempt to conceptualise parallel processes, the different forms of approaching facts (construction of truth) between the aforementioned and the legal process, and specify the correlation of said processes with the system of right that we call “due process.”

Finally, I will present the two approaches that have been used in this problematic in an international level and the defects or deficiencies of both of them, to conclude by outlining what I believe could constitute a possible solution.

Keywords: Criminal Process; Parallel Processes; Journalistic Truth; Criminal Truth; Due Process.

I. Introducción

Hoy en día se reproducen grandes críticas a la administración de justicia,¹ principalmente en el sentido de que ésta es “lenta” y los procesos se alargan de forma injustificada. Razones no faltan. Lo cierto es que en general en nuestro país los pleitos duran tanto que se pierden de vista los fines de los procesos y cuando por fin llega una solución, aquella produce insatisfacción para las partes.² Esta preocupación y crítica por las demoras en la administración de justicia no es nada novedosa; más bien, es histórica.³

1. Pese a que hablar de la “administración de justicia” parece desconocer que en nuestro país coexisten veinticinco sistemas o “poderes judiciales” diferentes, lo cierto es que en general no haré referencia a alguno de aquellos en particular, ya que la problemática a analizar atraviesa a todos aquellos y la ciudadanía no suele hacer aquella distinción, refiriéndose a “la justicia” en general. En este sentido señalaba Julio B. J. Maier que la federalización de la organización judicial no es solo un principio político de la organización en sí, sino también una garantía de seguridad jurídica para el justiciable impuesta por nuestra Carta Magna. Sin perjuicio de ello, en este trabajo se hará referencia a la evolución del sistema procesal a nivel nacional –federal–, sin detenerme en la evolución de cada sistema provincial por la voluminosidad que aquella tarea requeriría.

2. Sería “*justice delayed, justice denied*” el adagio inglés adecuado para esta situación. Aquel es recordado por Guarnieri como “justicia lenta, justicia negada”, afirmando que el principal y más grave problema de la administración de justicia en Italia y que reúne a todos los demás es el de la duración de los procesos, y lo es tanto que para ese autor la justicia italiana no puede ser considerada digna de un país civilizado. En Guarnieri, Carlo, *¿Cómo funciona la máquina judicial? El modelo italiano*, traducción de Slokar, Alejandro W. y Frontini, Norberto F., publicado como *Judicialismo* en la Colección Serie Negra, N°5, dirigida por Julio E. S. Virgolini y Alejandro W. Slokar, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2003, p. 163.

3. En este sentido reseña Pastor: “Ya en la recopilación de Justiniano se recoge una constitución en la que se toman medidas ‘a fin de que los litigios no se hagan casi interminables y excedan de la duración de la vida de los hombres’. Las leyes romanas ‘establecieron un plazo preciso para la duración del proceso penal, disponiendo Constantino que empezara a contarse con la litiscontestación y que fuera de un año; plazo que, en la época de Justiniano, era de dos años’. En la *Magna Charla Libertatum* de 1215 el rey inglés se comprometía ‘a no denegar ni retardar derecho y justicia’. En el mismo siglo, Alfonso X, *el Sabio*, mandaba, en consonancia con la fuente romano-justiniana de sus *Siete Partidas*, que ningún juicio penal pudiera durar más de dos años. En los tiempos modernos, el problema fue preocupación de la ciencia jurídico-penal desde sus primeras y embrionarias manifestaciones. Beccaria, en 1764, afirmó que ‘el proceso mismo debe terminarse en

Sumado a ello, en nuestro país la cuestión tiene otra dimensión, ya que siendo tributarios de una cultura procesal⁴ de tradición inquisitiva (con todas las características que ello implica: proceso escrito, secreto, cuyo centro gravitacional es la confesión, sumario y con un manejo arbitrario de los tiempos)⁵ atravesada por procesos globales de inflación penal, y una mayor demanda de jurisdicción de los justiciables,⁶ la administración de justicia se

el más breve tiempo posible', porque 'cuanto más pronta y más cercana al delito cometido sea la pena, será más justa y útil; [...] más justa, porque ahorra al reo los inútiles y feroces tormentos de la incertidumbre, que crecen con el vigor de la imaginación y con el sentimiento de la propia debilidad; más justa, porque siendo una pena la privación de la libertad, no puede preceder a la sentencia'. Medio siglo más tarde que Beccaria sería Feuerbach quien acentuara que 'no tardar es una obligación de los jueces'...". En Pastor, Daniel R., *El plazo razonable en el proceso del estado de derecho. Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*, editorial Ad-Hoc, primera edición, Buenos Aires, 2002, pp. 101-102.

4. Autores como Edmundo S. Hendler y Luis María Bunge Campos diferencian la noción de cultura de los "modelos procesales" (inquisitivo o acusatorio) y las "tradiciones jurídicas" (continental o anglosajona) ya que éstas han sido resultado de realidades cambiantes y de procesos complejos desde el punto de vista histórico. Las diferencias no solo se limitan al modo de juzgar, sino al de castigar y, en definitiva, a la forma de ejercer el poder. Ese desarrollo diferenciado no solo se manifiesta en el modo de juzgar, sino en toda la concepción del castigo. En este sentido sostiene Bunge Campos que: "una cultura penal se entiende como ese conjunto de ideas compartidas sobre elementos propios del castigo penal. ¿Qué es lo que se castiga? ¿Con qué fin aplico ese castigo? ¿Por qué motivo castigo? ¿Qué debo verificar para que ese castigo se aplique? Estas culturas penales delinearán modos de pensar, formas de aproximarse y de comprender el fenómeno penal. Estos modos se traducen en una lógica cultural, un modo propio de pensar de cada cultura penal que, a su vez, define un enfoque determinado hacia los problemas que se presentan en todos sus aspectos".

5. Bunge Campos, Luis María; *Poder, pena y verdad en la historia. Estudio sobre la genealogía de las culturas penales*, editorial Didot, primera edición, 2019, pp. 168-178.

6. Dice Garapon al respecto: "Estos últimos decenios han visto estallar los contenciosos y crecer las jurisdicciones y multiplicarse, diversificarse y afirmarse cada día un poco más su autoridad [...] Esta exigencia es absoluta. Todo y todo el mundo, debe ahora ser justiciable [...] Esta progresión de la justicia no es homogénea; si algunos contenciosos han estallado, otros caen en desuso, aparecen nuevos delitos y otros desaparecen [...] La invocación a diestro y siniestro del derecho y a los derechos tiene como efecto someter al control del juez sectores completos de la vida privada, antes fuera de todo control público. Peor aún, esta 'judicialización' acaba por imponer una versión penal a toda relación –polí-

vio frente a una nueva labor que no supo afrontar. Así los pleitos se fueron prolongando cada vez más y aún los procesos sencillos pasaron a demorar años e incluso décadas.

Lógicamente, esta circunstancia va de la mano con una escasa asignación de recursos a la administración de justicia⁷ y un manejo ineficiente de estos escasos recursos, ya que la mayoría se destinan al pago de sueldos para los empleados de un poder judicial altamente burocratizado pero ineficiente, dejando un margen muy escaso para inversión en infraestructura y tecnología, investigación, etcétera; que también son esenciales para adaptarse a las demandas de los justiciables.

A raíz de ello, frente a la creciente demanda de información de la sociedad moderna y debido a que la administración de justicia se mantuvo embanderada bajo el viejo aforismo que dice que “los jueces sólo hablan por medio de sus sentencias”, los medios de comunicación adquirieron un rol cada vez más predominante en la comunicación de las decisiones judiciales, llenando el vacío que la administración de justicia no supo abastecer y empujando al sistema judicial hacia un aislamiento de la sociedad en general.⁸

Si los ciudadanos necesitan de “traductores” que les brinden las armas con la cuales librar la batalla deliberativa judicial (los abogados),⁹ resulta

tica, administrativa, comercial, social, familiar, incluso amorosa— ahora descifrada desde la perspectiva binaria y reductora de la relación víctima/agresor...”. Garapon, Antoine, *Juez y Democracia, una reflexión muy actual*, título original *Le gardien des promesses, Justice et démocratie*, traducción de Manuel Escrivá de Romani, Flor del Viento ediciones S.A., París, 1997, pp. 15-20.

7. En comparación con otras ramas del Estado. Los recursos que el Tesoro Nacional asigna al Poder Judicial de la Nación son equivalentes al 3,5 % de los recursos tributarios y no tributarios de la Administración General. Estos se reparten entre el Consejo de la Magistratura y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, asignándose el 0,57 % a la Corte Suprema de Justicia y el 2,93 % al Consejo de la Magistratura, conforme el Decreto de Necesidad y Urgencia N°557/05.

8. Binder, Alberto M., “La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo”, publicado en AA.VV., *La reforma a la justicia en América Latina: las lecciones aprendidas*, Bogotá, 2016.

9. Sostiene Martin Böhmer que: “En esta forma particular de diálogo político de la democracia constitucional, la deliberación judicial, los ciudadanos se enfrentan con herramientas desiguales dado que no conocen en la misma medida lo que manda el derecho positivo, ni tienen el mismo conocimiento de todos los hechos relevantes, tienen prejuici-

lógico que alguien deba “traducir” aquellas decisiones judiciales y los actos relevantes de los procesos para que sean comunicados a la sociedad de acuerdo a sus intereses y demanda. Cuando la administración de justicia decidió no ocupar ese rol de “traductores”, lo dejó en manos de quien quisiera tomarlo, y los periodistas y medios de comunicación lo hicieron.

De esta forma se produjo el fenómeno de la proliferación de los procesos paralelos.¹⁰ Estos procesos resultan mucho más atractivos para la sociedad –entre otras razones– porque se producen en tiempos mucho más expeditivos que los judiciales y tienden a desacreditar a la administración de justicia, tanto por su lentitud como por las decisiones que finalmente se adoptan –cuando difieren del juicio que emitieron los medios–. Como consecuencia de la larga tradición inquisitiva mencionada, que posiciona en la etapa de instrucción o investigación preparatoria el proceso epistemológico de averiguación de la verdad, es allí donde se producen las “noticias” que a los medios de comunicación les interesa más cubrir y a la sociedad consumir. Si el juicio no es más que una corroboración de lo actuado durante aquella etapa no puede pretenderse que la lógica periodística –que se rige por otros principios y reglas– espere hasta ese momento para comunicar a la sociedad, más aún, teniendo en cuenta la extensa duración de los procesos en nuestro país.

Al respecto, Antoine Garapon sostiene, con referencia a la situación en Francia, que: “Las relaciones entre la prensa y la justicia se ven exacerbadas por el arcaísmo de nuestro sistema, que le da demasiada importancia al juez de instrucción y no la suficiente al de audiencia. En muchos casos

cios no contestados, no saben articular los argumentos de forma igualmente persuasiva, etc. Es justamente porque tienen conocimientos y capacidades retóricas desiguales por lo que necesitan representantes, los abogados, que les brinden las armas con la cuales librar la batalla deliberativa en forma equilibrada...”. En Böhmer, Martin, “Iguales y Traductores. La Ética del Abogado en una Democracia Constitucional”, publicado en Alegre, Marcelo, Gargarella, Roberto y Rosenkrantz, Carlos F. (coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino.*, Buenos Aires, La Ley, Facultad de Derecho UBA, 2008.

10. Bajo esta denominación pretendo englobar tanto a los llamados “juicios mediáticos” como aquellos que se producen hoy en día en el marco de internet y las redes sociales que allí se alojan. En otro trabajo me he referido a los procesos paralelos, sugiriendo algunas propuestas para abordar la problemática involucrando a los diversos actores que intervienen, el que se encuentra publicado en coautoría con Mariana Fournier bajo el título “Proceso penal y juicios paralelos” en el tomo 9 de la colección Debido Proceso, editorial Hammurabi, dirigida por Ángela E. Ledesma, año 2019.

ordinarios, la verdadera pena no la decide el tribunal sino *ab initio* el juez de instrucción en el momento de la detención preventiva. Ésta quedará la mayor parte del tiempo encubierta por la jurisdicción del juicio. El *momento* de la justicia, el único en el que las garantías procedimentales están a la altura de lo que hay en juego, es la audiencia. El pretendido arcaísmo de nuestro procedimiento penal justifica todos los desbordamientos de los medios”.¹¹

Por eso, sin desconocer el complejo multicausalismo de este problema en el que intervienen diversas disciplinas, este trabajo pretende analizar la problemática de los procesos paralelos con relación al modo de construcción de la verdad. De esta forma, resultará satisfecho en sus objetivos con que solo sirva para poner de manifiesto la necesidad de emprender estas complejas tareas y que se produzcan serios debates en torno a ello con la intervención de los actores involucrados. Para ello, comenzaré analizando la relación entre la administración de justicia y los medios de comunicación, para intentar conceptualizar los procesos paralelos, las diversas formas de aproximarse a los hechos (construcción de la verdad) entre ambos y puntualizar la vinculación de aquellos con el sistema de garantías que llamamos “debido proceso”. Por último, repasaré las principales respuestas que se han dado desde el derecho comparado, analizando sus alcances.

II. Administración de justicia y medios de comunicación. Una relación en tensión

Para que la administración de justicia adquiera legitimidad y sea coherente con el sistema de gobierno, debe ser transparente, rendir cuentas, controlable por la ciudadanía, es decir: pública. La exigencia de publicidad, además de surgir de la Constitución Nacional en virtud de la forma republicana de gobierno (art. 1) y de la elección del juicio por jurados (arts. 24, 75 inc. 12 y 118) también está reconocida en disposiciones internacionales (arts. 8.5 CADH, 14.1 PIDCP y 10 DUDH) y en diversos códigos procesales.¹²

11. Garapon, Antoine, *Juez y Democracia, una reflexión muy actual*, título original *Le gardien des promesses, Justice et démocratie*, traducción de Manuel Escrivá de Romani, Flor del Viento ediciones S.A., París, 1997, p. 62.

12. El nuevo Código Procesal Penal Federal, sancionado por ley 27.482 que introdujo reformas a la ley 27.063, al enumerar los principios del proceso acusatorio dispone en el

La publicidad, que en palabras de Bentham es “el alma de la justicia”, puede ser entendida no solo como una garantía de los justiciables contra arbitrariedades, sino también como un principio político, pues, en su faz externa, actúa como medio para asegurar la transparencia de la administración de justicia mediante el control de las actuaciones por parte de la opinión pública. En este sentido, es posible afirmar que no tiene un efecto estrictamente procesal sino que, como enseña Bovino, “se presenta como un principio fundamental y estructurante del procedimiento penal, de carácter político que involucra diversos intereses”.¹³

En efecto, permite la formación de un espíritu cívico y el desarrollo de una opinión pública, fundamenta la confianza pública en la justicia y refuerza la independencia, aumenta su responsabilidad social y neutraliza vínculos jerárquicos y espíritu de cuerpo, favorece la probidad de los jueces al actuar como freno en el ejercicio de un poder del que es tan fácil abusar.¹⁴

En virtud de la importancia del principio, las posibles limitaciones resultan verdaderas excepciones (que deben estar justificadas en la protección de otro derecho más relevante) dadas en aras a la salvaguardia de la tutela judicial efectiva, para que el suministro de determinada información a la opinión pública no pueda dañar los derechos de cualquiera de las partes o poner en peligro la buena marcha del proceso judicial.

Originalmente, la garantía de publicidad se pensó para que fuera satisfecha con la presencia directa de la ciudadanía en la sala de juicio observando el proceso. No obstante como advierte con acierto Binder, esta es una visión superficial, pues lo que ocurre es que nadie va a controlar los juicios.¹⁵

En consecuencia, los medios de comunicación juegan un papel fundamental, pues a través de ellos se efectúa –más allá de la sala de juicio– la difusión de los pormenores de las decisiones judiciales. Así, los medios prestan

art. 2 que “durante todo el proceso se deben observar los principios de [...] publicidad. Todas las audiencias deben ser públicas, salvo las excepciones expresamente previstas en este Código”.

13. Bovino, Alberto, “Publicidad del juicio penal: la televisión en la sala de audiencias” en Bertoni, Eduardo A. (comp.), *Libertad de prensa y derecho penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 118.

14. Bentham, J., *Tratado de las pruebas judiciales*, pp. 142-143, citado por Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta, Madrid, 1995.

15. Binder, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*, segunda edición 1999, séptima reimpresión, Buenos Aires, 2016, editorial Ad-Hoc, p. 109.

un servicio a la democracia al informar y brindar datos que sirven para la formación de una opinión libre en la ciudadanía. Con relación a la función de los medios la Corte IDH indicó que “juegan un rol esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones. Los referidos medios, como instrumentos esenciales de la libertad de pensamiento y de expresión, *deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan*”.¹⁶

Sin embargo, en la relación prensa-proceso el paradigma se rompe cuando la función informativa o comunicativa se transforma en una configurativa e intervencionista, tanto en los procesos de decisión judicial como en el contexto social de recepción y percepción de dichas decisiones.¹⁷ Sobre este punto, Binder señala que “el control queda reducido a lo que la prensa quiera publicar, con mayor o menor cuota de ‘amarillismo’. Este traslado del control ciudadano a la prensa plantea muchas dificultades y puede convertirse en un gran medio de distorsión de la opinión social”.¹⁸

Ibáñez también nos advierte sobre los problemas del mal uso de la publicidad en una materia tan sensible como la aplicación del derecho penal. En efecto, destaca que estos abusos no son novedosos –recordando ejemplos de principios del siglo XX registrados por Giostra en Italia– pero que se han visto potenciados en las últimas épocas por el carácter masivo de la información y por la naturaleza invasiva de los medios de comunicación.

En nuestros tiempos, los casos judiciales son objeto de una creciente cobertura mediática. Es cada vez mayor el espacio que se les dedica en la televisión y en la prensa escrita¹⁹ pero esto no es casual, sino que está

16. Corte IDH “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sentencia del 2/7/2004, Serie C N°107, párr. 117 (el destacado me pertenece).

17. Hernández García, J. (2001), “Justicia Penal y Medios de Comunicación: los Juicios Paralelos”, en Picó I Junoy, J. *et al.*, *Problemas Actuales de la Justicia Penal*. Barcelona, J. M. Bosch Editor, p. 73.

18. Binder, Alberto M., *Derecho Procesal Penal, Tomo I Hermenéutica del proceso penal*, Ad-Hoc, 2013, p. 109.

19. Por ejemplo: se incorporó la sección “noticias judiciales” o “tribunales” en las redacciones de distintos medios e incluso se han conformado medios especializados en este tipo de noticias, como por ejemplo *Data judicial*, *Justicia de primera*, *Tiempo judicial*, etcétera.

determinado por fenómenos contemporáneos: como la concentración de los *mass media* en monopolios, los sesgos ideológicos, orientaciones políticas o el simple interés económico o comercial. Esto produce que sean rentables la dramatización y la exageración en la cobertura de los fenómenos sociales y particularmente redituable la difusión de hechos delictivos en una sociedad de riesgos.²⁰

Sobre esta cuestión, reflexiona el jurista español Ibáñez: “Lo que este nuevo poder macro-empresarial produce de forma masiva no suele ser información dirigida a estimular el desarrollo cultural y el crecimiento democrático, apta para contribuir a la construcción de esa esfera pública, sino un flujo de datos de consumo inmediato, con la mayor frecuencia ajenos a esta perspectiva, que conforman un público, al expresivo decir de Scarelli, ‘lleno de noticias y pobre en conocimiento, adicto y cansado, olvidadizo y distraído’. Así, el resultado es que la noticia puede llegar a cumplir, incluso, y de nuevo paradójicamente, una función de encubrimiento muy parecida al secreto: impedir el análisis instruido de aquello que es su objeto”.²¹

En nuestro país, hace más de veinte años el periodista Joaquín Morales Solá presentaba a los jueces y los periodistas como “actores públicos condenados a vivir un conflicto permanente entre ellos” y situaba el comienzo de la seria relación conflictiva a comienzos de la década de 1990, con el origen de la “justicia mediática”. En este sentido sostenía que: “Una Justicia con indisimulados vínculos con el poder político irrumpió junto con un periodismo mucho más activo en la investigación y publicación de presuntos hechos delictivos, que ciertamente acusaban a los gobernantes de entonces y a sus adyacencias. Un camino contradictorio frente a la opinión pública comenzaban a recorrer también ambos sectores. Mientras la Justicia iniciaba una notable caída en todas las mediciones de opinión pública, el periodismo escalaba hacia la cima más alta de esas encuestas. [...] Pero esa

20. Hernández García, J., *Justicia Penal y Medios de Comunicación: los Juicios Paralelos*. En Picó I Junoy, J. et al., *Problemas actuales de la justicia penal*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001, pp. 69-70.

21. Ibáñez, Perfecto Andrés, *Proceso Penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?*. en AA.VV., *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 172, con cita de Scarpelli, Uberto, *La democrazia e il segreto*, en *Il segreto nella realtà giuridica italiana*, 1983, p. 631, *op. cit.*, por Giostra, Glauco, *Processo penale e informazione*, Ed. Giuffrè, Milano, 2ª ed., 1989, p. 3.1.

caída de la Justicia fue una novedad imprevista y sorprendente. Hasta fines de los años ochenta la Justicia en general –y la Corte Suprema de Justicia en particular– había conservado muy buenos índices de credibilidad y respeto en la gente común. La abundante aparición de hechos supuestamente corruptos por parte de poderosos funcionarios del Estado, y su consecuente impunidad, fue el dato determinante de aquella caída. El hombre de a pie reclamaba actos de justicia y, a falta de la verdadera, sobrevino la llamada ‘justicia mediática’. Se trata, sin duda, de una deformación de la Justicia [...] La Justicia demora sus fallos atada a compromisos políticos o a la influencia de actos corruptos. Esa realidad es tan cierta como otra que involucra a la mayoría de jueces honestos y probos: los tiempos de la Justicia no son los tiempos de la prensa ni los que reclama la ansiedad social. Esa diferencia de ‘tiempos’ no sería significativa si no incluyera, como víctimas principales, a terceros afectados. Esto es: a las personas sospechadas por la Justicia que son exhibidas en el teatro mediático como culpables de cabo a rabo”.²²

Por otro lado, en los últimos tiempos el desarrollo tecnológico en materia de comunicación incrementó exponencialmente su alcance: canales de televisión de noticias de 24 horas, innumerables señales de radio con más de un flash de información por hora y otras formas no tradicionales de comunicación a través de internet y redes sociales “como los blogs, los servicios de envío a celulares y computadoras o de accesos a la información (YouTube, Twitter, Facebook, RSS, SMS, MMS, etc.). Ya no solo los grandes medios tienen la capacidad de negar el proceso judicial de construcción de la verdad y sus reglas sino que existen otras formas de mediatización de la información pública, de opiniones, anuncios, etcétera, que se realizan en tiempo real por los propios protagonistas²³ y cualquier manifestación puede replicarse en cuestión de minutos en miles –o millones– de usuarios, en tanto “El poder de Internet no radica en estar bajo el control central de un partido o grupo

22. Morales Solá, Joaquín, “Inútil combate de jueces v. periodistas”, publicado en *La Nación* el 24 de junio de 2000, puede compulsarse en <https://www.lanacion.com.ar/politica/inutil-combate-de-jueces-v-periodistas-nid22065/>

23. Ercolini, Julián D., “Algunos apuntes sobre Justicia y medios de comunicación”, publicado en AA.VV. *Justicia Argentina Online - la mirada de los jueces*, en el Centro de Información Judicial del Poder Judicial de la Nación.

político, sino en su carácter viral”.²⁴ Este fenómeno se encuentra vinculado –a la vez que conduce– a otras problemáticas actuales como: noticias falsas virales (*fake news* y *deepfake*), cultura de la cancelación (*cancel culture*) y prohibiciones de discursos o figuras (*speech bans*) en foros públicos modernos –redes sociales–, entre otros.

De esta forma nos encontramos frente a dos supuestos en los que distintos grupos pueden llevar a cabo juicios paralelos: por un lado, el de los medios de comunicación como grupos de formación de opinión y, por otro lado, el que puede generar un sector o un grupo en internet debido al carácter viral de la plataforma. Ambos se encuentran, en principio, amparados en derechos constitucionales: sea en la libertad de prensa o de expresión, aunque los problemas surgen de su ejercicio abusivo.

De acuerdo a lo señalado, una definición de juicio paralelo podría ser: “todo proceso generado e instrumentado en y por los medios de comunicación erigiéndose en jueces sobre un hecho *sub judice* y anticipando la culpabilidad del imputado/acusado o desacreditando el proceso con el fin de influir en la decisión del Tribunal trocando su imparcialidad, de modo que cualquier lector/televidente tendrá la impresión de que la jurisdicción penal no tendrá otro recurso que sentenciar en los términos publicados/publicitados”.²⁵ También constituyen juicios paralelos las campañas planificadas en contra o a favor de acusados, que se valen para tal fin de la filtración de información del proceso, la publicación sesgada, fragmentada y descontextualizada de datos, análisis parcial de la prueba, etcétera, con el objetivo de trasladar el debate a una sede que no es la judicial –careciendo por ende de las garantías idóneas– y someter a la opinión pública a la línea de ese medio o grupo de poder específico.²⁶

24. Abraham H. Foxman y Christopher Wolf, *Viral Hate: Containing its Spread on the Internet*, New York, Palgrave Macmillan, 2013.

25. Latorre Latorre, Virgilio, *Función Jurisdiccional y Juicios Paralelos*. Madrid, Ediciones Civitas S.L., 2002, p. 105.

26. Juanes Peces, Ángel, “Los Juicios Paralelos. El Derecho a un Proceso Justo. Doctrina Jurisprudencial en relación con esta Materia. Conclusiones y Juicio Crítico en Relación con las Cuestiones Analizadas”, en Fresneda Plaza, F. (dir.) *et al.*, *Justicia y Medios de Comunicación*. Madrid, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial XVI-2006, p. 64.

Sin perjuicio de estas aproximaciones, existen múltiples definiciones posibles sobre el

No son pocos los casos de magistrados o fiscales que –no habituados a relacionarse con los medios de comunicación– se ven desbordados cuando tienen un caso relevante para el interés público. Esto ocurre porque la sociedad, interesada en conocer las circunstancias del caso y las razones de las decisiones, les exigen adoptar un rol de comunicadores con escasos medios y recursos. Así, cada intento de comunicación parece más bien un paso en falso que empeora la situación de percepción social del proceso judicial, lo que además se acrecienta cuando las decisiones difieren del juicio paralelo que ya se había emitido.

Para evitar estas situaciones, los actores judiciales deben aceptar la existencia de una dinámica entre el poder judicial y los medios de comunicación como un corolario de la publicidad del proceso. Replantearse los términos en los que actualmente se produce, y finalmente capacitarse para poder comunicar las decisiones a la ciudadanía de la forma más sencilla y amplia posible, y no limitarse a registrar en los anales de la jurisprudencia la decisión o dejarla para el estudio científico-académico.

Es decir que resulta necesario que la administración de justicia, y particularmente los jueces, se preparen para afrontar la realidad mediática, para lo cual deben buscarse y conformarse canales de información y comunicación idóneos para dar a conocer lo que sucede dentro del Poder Judicial, para hacer comprensibles las decisiones de los jueces y así ayudar con el objetivo de educación ciudadana que integra el acceso a la justicia.

Que la verdad jurídicamente constituida difiera del juicio paralelo ya emitido –por los medios de comunicación o grupos en redes sociales– no traería aparejados tantos inconvenientes si los fundamentos de las decisiones fueran transmitidos de forma clara y sencilla para que sean ampliamente comprendidos y, así se produzca un debate más rico sobre el caso –o trascendiéndolo, sobre las políticas públicas–, aun en el seno periodístico.

Para eso, resulta imprescindible que se implementen y ejerciten dos aspectos: la oralidad junto con el uso del lenguaje claro y el desarrollo de mejores mecanismos y canales de comunicación institucionales. La oralidad,

concepto de juicios paralelos, sin que exista consenso sobre la definición. En este sentido puede verse la recopilación efectuada por Leturia I., Francisco J., “La problemática de los juicios paralelos en la jurisprudencia y doctrina española”, publicado en *Ius et Praxis*, 23(2), 21-50, 2017, que puede compulsarse en <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122017000200021>.

siguiendo a Bovino,²⁷ no es un instrumento neutro, sino que es un mecanismo previsto para garantizar ciertos principios políticos estructurales del proceso penal, en especial la intermediación, la publicidad y la personificación de la función judicial.

Por otro lado, el poder judicial no puede mantener una conducta meramente reactiva en la confección de la agenda pública, sino que debe asumir un rol activo para comunicar casos de interés social, sin que ello implique ningún menoscabo a la imparcialidad o la publicidad de todos los casos.

En este sentido el Centro de Información Judicial representó un gran avance –y continúa implementando novedades y actualizaciones–, pero resta desarrollar una mejora de la interfaz orientada al público no especializado y explorar la posibilidad de un mayor desarrollo de la presencia en redes sociales, teniendo en cuenta que cada una posee reglas intrínsecas propias para abordar a sus usuarios. Si el mecanismo de comunicación institucional –o su interfaz– es arcaico, resulta inaccesible o es mínima la información pública, se diluye la publicidad y los fines perseguidos, convirtiéndose en una mera pantomima.

Por eso no resulta suficiente (como ocurre actualmente) que cada órgano elabore un “memo o *abstract*” con los pasajes de relevancia de la decisión que desea publicar y su publicación completa –que sí puede servir para que sean analizadas por la prensa y público especializado– sino que también debería explorarse la posibilidad de una agencia institucional que colabore con los jueces en la elaboración de las estrategias comunicacionales, rigiéndose por reglas periodísticas básicas para los comunicados de prensa que los operadores judiciales, en general, descuidan o desconocen,²⁸ y planteando un programa o estrategia de comunicación adecuada al caso, a la decisión y los distintos contenidos, medios y abordajes que pueden dársele.

En este sentido, resulta interesante el análisis que realiza Kevin Lehman sobre la atribución de razonabilidad a una decisión por parte de ciudadanos no vinculados al caso, como elemento que influye en la legitimidad social de las decisiones judiciales. Es decir, la interpretación extrajurídica de

27. Bovino, Alberto y Bertelotti, Mariano, “La oralidad en el proceso penal”, en *El debido proceso penal*, Ángela E. Ledesma (dir.), Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, volumen III, pp. 83-109.

28. Uso de los estilos –negritas, cursivas, versalitas–, encabezados, bajadas, *lead*, etc.

un fallo judicial como una mera valoración subjetiva (ya que si la decisión careciera de razonabilidad sería arbitraria). Lo que el autor resalta es que se debe transmitir a la sociedad mucha más información que la decisión o resultado del pleito, para que pueda ser aceptada por la ciudadanía cuando contradice el juicio paralelo –que se había asentado en prejuicios.²⁹

Afirma que esta es una de las claves a la hora de establecer la estrategia comunicacional de decisiones controversiales: “Poner a disposición de la sociedad información que ofrezca los contextos que rodean a la decisión técnica. Contar la historia como sucedió en la realidad, como la vivieron los protagonistas. La solución técnica (decisión jurisdiccional) nace del cruce de esa historia con la valoración que hemos establecido socialmente de las conductas, los valores, los derechos y bienes protegidos y del modo de proceder para tutelarlos. Esto es comunicar para producir identificación, que es lo mismo que decir: comunicar para que se comprendan las decisiones. No es lo mismo que comunicar para que la sociedad aprenda Derecho. Es parte del mismo vector, al final del camino se aprende Derecho, pero el acento está en las personas reales, no en los tipos ideales. Comunicar de ese modo forma parte del trabajo de asumir la representación que ejercen los magistrados y es una manera efectiva de atacar los juicios paralelos y las interpretaciones erróneas de las medidas adoptadas. Es necesario insistir en que no construyen consensos lo que es verdadero o jurídicamente correcto sino lo que es percibido como creíble y valioso”.³⁰

Sin perjuicio de ello, tampoco hay que desconocer que existen profesionales del derecho que “litigan por la prensa” y que cometen faltas éticas. En primer lugar, sería un gran aporte para mejorar la actividad de los litigantes que desde la academia exista verdadera formación sobre la ética profesional de la abogacía. Así como lentamente se están incorporando cursos de litigación y ética –una gran deuda desde las universidades–,³¹ sería

29. Lehman, Kevin, “Juicios Paralelos”, columna de opinión publicada en el portal de noticias del Poder Judicial de la provincia de Chubut. <https://jusnoticias.juschubut.gov.ar/index.php/opinion/916-juicios-paralelos>.

30. Lehman, Kevin, *ibidem*.

31. Al respecto ha sido fundamental el desarrollo del “Programa de Formación en áreas de vacancia de la Abogacía” (PFAVA). Tal como explica Martin Böhmer: “...acordamos con los decanos diez áreas de vacancias y les pusimos nombre y apellido: escritura jurídica, investigación jurídica, destrezas para el litigio, ética profesional, gestión judicial, resolución

un gran avance que además se ofrezca capacitación sobre cómo abordar el desafío de participar en el escenario de la opinión pública.

Por otra parte, también, advertimos que si bien existen códigos de ética, no se muestran como suficientes, ya que, en líneas generales, no se encuentran actualizados para la realidad moderna y específicamente para el desarrollo de los medios de comunicación, redes sociales y el acceso masivo a internet. Por ejemplo, en el ámbito del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal existe un código aprobado en 1987.

Así, sería de gran utilidad contar con un conjunto de reglas, actuales, que orienten a los litigantes –en general– para que puedan ponderar si las acciones que llevan a cabo en el ejercicio de la profesión se encuentran o no dentro de los parámetros éticos esperables, pues como funcionarios del sistema de justicia poseen también responsabilidad sobre la calidad de justicia que se brinda a la ciudadanía.

En este sentido, podemos destacar las Reglas Modelo de Conducta Profesional de la American Bar Association, que en lo que aquí interesa tratan sobre la publicidad de los juicios (Regla 3.6) y estipulan que “(a) Un abogado que esté participando o haya participado en la investigación o litigación de un asunto no deberá hacer una manifestación extrajudicial que el abogado sabe o debe saber razonablemente que será difundida a través de los medios de comunicación pública y que tendrá una probabilidad sustancial de perjudicar materialmente el proceso adjudicativo del asunto”. La regla, a su vez, expresamente contempla algunas excepciones. Podemos mencionar, por ejemplo, expresiones que razonablemente el litigante cree necesarias para proteger a su

alternativa de conflictos, etcétera. Les pusimos nombres y con eso cambiaron los planes de estudio e incluyeron nuevas materias en los planes de primero a quinto año. Además, cuando les pregunté por qué no les enseñaban la respuesta fue que no tenían materiales ni profesores, entonces lo que les propuse fue financiar la creación de manuales, que están publicados en la biblioteca digital del SAIJ (<http://www.bibliotecadigital.gob.ar/collections/show/23>). Hay más de treinta manuales, que están ahí para cualquier profesor o profesora que en cualquier lugar de Argentina tenga que dar –por ejemplo– ética profesional, y tiene un lugar desde donde empezar”. En “Enseñanza del derecho y democracia constitucional. Aprender a manejar la Ferrari - Entrevista al Dr. Martín F. Böhmer”, publicado en *Carrera y Formación Docente: Revista del Centro de Desarrollo Docente*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Año VIII, N°10, Invierno 2020, puede compulsarse en <http://www.derecho.uba.ar/academica/centro-desarrollo-docente/revista-digital-carrera-docente.php>.

cliente del perjuicio indebido de publicidad no iniciada por el propio abogado o su cliente, o información que conste en un documento de acceso público, el resultado de una etapa de litigio, entre otras. En conclusión, se busca un balance entre los intereses en juego: el derecho al juicio justo y la libertad de expresión mediante un estándar de probabilidad real de perjuicio sustancial.

III. Verdad procesal y verdad periodística

A. La verdad en el proceso penal

A nivel federal nuestro actual sistema procesal penal resulta ser mixto –o inquisitivo reformado– pues se inicia con una etapa de investigación de corte inquisitivo y finaliza con una etapa de debate de tendencia acusatoria formal. Así, producto de esa tradición inquisitiva que se mantuvo para la instrucción, se concibe a la producción de la prueba como la actividad que lleva adelante el juez instructor para comprobar la realidad de los hechos que motivan la persecución penal. La prueba consistirá, pues, en el conjunto de actos o procedimientos que son realizados y buscan, en su caso, establecer o descartar la veracidad de aquellos hechos con base en los cuales se sustenta una imputación determinada en contra de una persona. Sin embargo, aquel paradigma se vio modificado frente a la sanción del nuevo CPPN, aprobado por Ley 27.063, que establece un proceso penal netamente acusatorio y oral en todas sus etapas. Las funciones de investigación y acusación están a cargo del fiscal y, por ende, separadas de la función de control de garantías a cargo del juez, que adopta las decisiones en audiencias orales y públicas, en las cuales las partes tienen la carga de fundamentar y probar sus pretensiones.

Sin embargo, en ambos casos se indica como una de las metas del proceso la *averiguación de la verdad*. Ello surge textualmente del actual artículo 193 del CPPN³² y el 196 del código moderno,³³ que la posiciona en cabeza

32. CPPN –ley 23.984–: “La instrucción tendrá por objeto: 1º) Comprobar si existe un hecho delictuoso mediante las diligencias conducentes al *descubrimiento de la verdad*...”.

33. El CPPN –ley 27.063– fija el criterio de actuación del fiscal de esta forma: “El representante del Ministerio Público Fiscal dirigirá la investigación preparatoria con un criterio objetivo, procurando recoger con celeridad los elementos de cargo o de descargo que resulten útiles para *averiguar la verdad*”.

del fiscal. Conceptualizar qué debemos entender por *verdad* no es sencillo, ya que constituye uno de los grandes problemas filosóficos de la historia, remontándonos hasta las primeras conceptualizaciones de Aristóteles.³⁴ Por lo tanto, veremos las distinciones entre los procesos en las formas de aproximarse a aquella.

Al adoptar el proceso mixto³⁵ en el año 1992 la intención fue que el centro gravitacional del proceso estuviera fijado en el juicio oral y público y, de esa forma, resolver los diversos problemas que se derivaban del sistema inquisitivo. Este ordenamiento preveía una breve etapa de investigación –llamada “instrucción”– de corte inquisitivo, y una etapa de juicio oral y público con tendencia adversarial que fuera el eje del proceso. Sin embargo, el cambio no fue lo suficientemente radical para producir el efecto buscado ya que se mantuvieron en la etapa de investigación –instrucción– todos los elementos del modelo anterior –inquisitivo–. Así, mantener en la etapa de investigación al juez-investigador y como un fin declarado del proceso “la búsqueda de la verdad”³⁶ implicó mantener el principio de oficialidad inquisitivo. Es decir, que el eje discursivo del proceso siguió siendo un monopolio del poder, por el cual se convierte el dialogo de las partes que debería tener todo el proceso en un monólogo en el que hay un solo protagonista –el investigador– y un objeto de conocimiento –“la verdad”– que es autoevidente y parte de una hipótesis –sospecha– en la mente del investigador, que realizará todas las “medidas de prueba” que tiendan a verificarla.³⁷ Es decir, hará lo que considere necesario para confirmar su propia sospecha.

Esto condujo a que en la mayoría de los casos la etapa del juicio no fuera más que una corroboración de lo actuado en el expediente durante la etapa de instrucción. Ésta siendo el centro del proceso, por ser donde se produce efectivamente la prueba, la que luego es reproducida en el juicio.

34. Aristóteles había postulado una definición del concepto de verdad en el sentido que luego será receptado por la teoría de la correspondencia: “Decir que lo que es no es o que lo que no es es, es erróneo; pero decir que lo que es es y que lo que no es no es, es verdadero”. Aristóteles, *Metafísica*, trad. al castellano de Zucchi, Hernán, editorial Sudamericana, 2000, p. 240.

35. También llamado inquisitivo reformado o acusatorio formal.

36. Esa verdad absoluta, real, material y autoevidente que persigue el proceso inquisitivo.

37. Bunge Campos, Luis María, *Poder, pena y verdad en la historia - Estudio sobre la genealogía de las culturas penales*, editorial Didot, primera edición, 2019, pp. 155-168.

Ahora bien, siguiendo con la cultura de lo público en la que se enmarcan nuestros modelos procesales –producto de nuestra larga tradición inquisitiva–, adoptar un sistema que proviene de la cultura de lo privado implica que necesariamente debe ser adaptado a nuestra cultura penal. Cambiar un sistema procesal no trae aparejado por sí solo un cambio en el conjunto de ideas compartidas sobre elementos propios del castigo penal que conforman la cultura, sino que se requiere un cambio mucho más grande y coyuntural. Bunge Campos considera que las diferencias en el método para aproximarse a “la verdad” dentro de cada sistema resultan esenciales a cada cultura y, dentro de ese modelo de aproximación –sea una actividad a realizar o información a analizar– poco importa el nombre del funcionario que realiza la tarea, sino el modo en que se aporta la información para arribar a la solución jurisdiccional.³⁸ De esta forma afirma que: “la idea de que es el Ministerio Público el encargado de la búsqueda de la verdad, hace, a nuestro juicio, del sistema acusatorio una variante del inquisitivo, al cambiar el nombre del inquisidor, mediante el viejo truco de la burla de etiquetas. En el sistema acusatorio son las partes las que aportan su verdad y no un inquisidor que puede llamarse juez o fiscal, aunque su rol sea el mismo”.³⁹

Históricamente se habla de la clásica oposición entre verdad supuestamente “real” (también llamada histórica o material) y otra verdad meramente “formal”. Esta distinción se encontraba principalmente ligada al proceso en el que se producía la búsqueda de la verdad: el proceso penal inquisitivo perseguía una verdad absoluta⁴⁰ mientras que en el proceso civil se produ-

38. Bunge Campos, Luis María, *Poder, pena y verdad en la historia - Estudio sobre la genealogía de las culturas penales*, editorial Didot, primera edición, 2019, pp. 267-269. El autor dice: “La evidencia es una información que debe ser analizada, la prueba una actividad que debe ser desarrollada. Esta diferencia es claramente el distingo entre los modos de aproximarse a la verdad de un sistema y de otro; en uno se hace a través de elementos que son aportados por las partes y en el otro a través de la actividad de un investigador que puede ser el juez-pesquisador del que hablan las Partidas o un fiscal. El nombre del funcionario ajeno al conflicto que desarrolle esa actividad es indiferente, lo que importa es el modo en que se aporta esa información para arribar a la solución jurisdiccional. En una, un investigador indaga para averiguar la verdad; en la otra, un tercero escoge entre dos versiones la que resultó apoyada por la evidencia aportada por las partes. Esa es, en definitiva, la diferencia entre uno y otro método”.

39. Bunge Campos, Luis María; *Poder, pena y verdad...*, *ibidem*, p. 5.

40. Ferrajoli llama a esta verdad absoluta o material “verdad sustancial” y la define como: “omnicomprensiva en orden a las personas investigadas, carente de límites y de confines

cía la verdad formal, asociada a la resolución del conflicto y sin facultades de instrucción para el juez –es decir que prima la autonomía de las partes, no tendiendo a una búsqueda de la verdad autónoma.

Sin embargo, hoy en día no tendría mucho sentido ya que los mecanismos de que se nutre actualmente el proceso penal –y los límites que enfrenta en el respeto de las garantías– para conocer la verdad y el grado al que ha llegado la discusión epistemológica solo permiten hablar de *verdades relativas*, que distan mucho de las míticas verdades absolutas con las que se emparenta la verdad real y el modelo inquisitivo en que ella es buscada.

Señala así Guzmán que: “Verdad ‘material’, ‘verdad real’, ‘verdad histórica’, ‘verdad objetiva’ son todas expresiones que fueron empleadas históricamente para designar de modo indistinto un único concepto, que encerraba la idea de la posibilidad de alcanzar el conocimiento absoluto de la verdad en el proceso penal y, simultáneamente, el de la imposibilidad de renunciar a ese conocimiento”.

“Ahora bien, el modelo procesal penal inquisitivo, con su búsqueda empecinada de una verdad absoluta (o material o real) se ubica en el polo opuesto al modelo adversarial (*adversary system*) de los sistemas del *common law* [...] un planteo que liga al *concepto* de verdad con un determinado *método* para su búsqueda es equivocado. Es un error considerar que puede y *debe* renunciarse a la verdad puesto que su búsqueda nos conduce solo a un modelo inquisitivo (del mismo modo que es un error considerar que debe mantenerse un modelo inquisitivo porque es el único que puede garantizarnos el conocimiento de la verdad). Renunciar a la lógica inquisitiva no implica renunciar al valor de verdad en el proceso (insustituible para la aplicación de una condena); ella es efectivamente un valor...”⁴¹

En este sentido, el método de aproximación a la verdad, sea como “búsqueda” –modelo inquisitivo– o como “descubrimiento” –modelo acusatorio– determinará si nos encontramos frente a un monólogo o un diálogo y si aquella debe ser buscada por un investigador activo o si se tornará evidente

legales, alcanzable con cualquier medio más allá de rígidas reglas procedimentales”. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, pp. 44-45.

41. Guzmán, Nicolás, *La verdad en el proceso penal*, ediciones Didot, 1ª ed., Buenos Aires, 2018, pp. 57-58.

mediante el desarrollo de la confrontación, pero de ninguna forma es abandonada.

Genéricamente suele decirse que los fines del proceso son la aplicación del derecho material –o sustantivo– y la averiguación de la verdad.⁴² Respecto del primero, se advierte que el proceso es un medio para la jurisdicción (aplicación del derecho material en un caso concreto, coloquialmente: “decir el derecho”).

Respecto del segundo parece insuficiente sostener que consiste en la “búsqueda de la verdad” sin más, que proviene de nuestra larga tradición inquisitiva. Sin embargo, con la reforma constitucional del año 1994 se estableció a través del art. 75 inc. 22 jerarquía constitucional a ciertos tratados que dotan de contenidos los derechos humanos, que vienen a integrar nuestro bloque de constitucionalidad federal. Así, se estableció que la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos, en las condiciones de su vigencia, no derogaba artículo alguno de la primera parte de la Constitución y que debían entenderse como complementarios de los derechos y garantías en ella reconocidos.

La incorporación de la normativa supranacional a la CN por intermedio de su art. 75 inc. 22 ha influido de manera determinante en la actividad punitiva del Estado. No puede negarse que esos instrumentos han venido a reforzar los límites que ya la CN trazaba al poder persecutorio que posee el Estado. Incluso, por un lado, han aportado nuevas herramientas que van a hacer las veces de barreras frente al interés del Estado por aplicar una sanción penal, mientras que, por otra parte, han venido a confirmar gran parte de las garantías preexistentes en la normativa interna.

Entonces, si los derechos y garantías reconocidos en los tratados de derechos humanos hacen las veces de piso mínimo de tutela, no parecería extraño que el Estado, a través del Poder Judicial otorgue, a partir de esa “base” que brindan estos instrumentos y mediante las sentencias dictadas

42. Como dijimos, esto surgía textualmente del art. 193 en el código que establecía la ley 23.984 y del art. 196 del ordenamiento regulado por la ley 27.063. Desde la perspectiva de la doctrina alemana, se dijo recientemente que el fin del proceso es la decisión judicial sobre la punibilidad del imputado: (1) materialmente correcta; (2) obtenida conforme al ordenamiento procesal penal, y (3) que restablezca la paz jurídica. En este sentido ver Roxin, Claus y Schünemann, Bernd, *Derecho procesal penal*, traducción de la 29ª edición, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2019, p. 59.

en los casos concretos, un mayor resguardo o protección a los derechos que le son reconocidos en esos tratados a las personas que –eventualmente– resultan perseguidas penalmente.

Con lo expuesto se advierte que no puede sostenerse que un fin del proceso sea una búsqueda *irrestringida* de la verdad, sino que aquella debe producirse respetando estos derechos fundamentales, marcando un claro límite, pero, además, constituyéndose como un nuevo fin del proceso: el velar por el cumplimiento de las garantías y los derechos fundamentales de los individuos.⁴³ De ello se concluye que el proceso no tiene fines “en sí mismos” sino que se trata de un conjunto de fines, destinados a la aplicación válida de la ley penal. Es decir, la comprobación de la verdad de la hipótesis acusadora no sería más un fin del proceso, sino más bien, una *condición necesaria* para el dictado de una sentencia condenatoria (aplicación de ley sustantiva –jurisdicción–).⁴⁴

B. Verdad periodística

1. El proceso paralelo en el relato periodístico

En algunos casos que alcanzan enorme notoriedad pública, los juicios mediáticos parecieran ser verdaderos juicios previos, en tanto no solo se desarrollan simultáneamente con el proceso, sino incluso antes de que comience. Así, como explica Garapon, “cada órgano de prensa, más que informar sobre el trabajo de la justicia, adopta el punto de vista de unas de las partes, dispuesto a cambiar el curso del proceso, les revela elementos probatorios a sus lectores incluso antes de que la justicia tenga conocimiento de ellos, califica el trabajo de cada uno de los actores y, finalmente, juzga en lugar de los jueces”.⁴⁵

43. Pastor, Daniel, “El principio de la descalificación procesal del Estado en el derecho procesal penal”, publicado en Bertolino y Bruzzone (comps.), *Estudios en Homenaje al Dr. Francisco J. D’Albora*, ed. Lexis-Nexis-Abeledo Perrot, 2005, pp. 431-454.

44. Sobre lo analizado en este punto con relación al rol de la verdad en el proceso penal argentino, he formulado un desarrollo más extenso –en coautoría con Eric Heffle– que puede compulsarse en https://www.academia.edu/40090312/Los_limites_a_la_verificacion_de_los_hechos.

45. Garapon, Antoine, *Juez y democracia, Una reflexión muy actual*, título original *Le*

En este sentido, se aprecia que el comportamiento de los medios de comunicación es diferenciado según se trate de delincuencia común o delitos no convencionales.

En el primer caso –más habitual– emiten veredictos de culpabilidad anticipadamente⁴⁶ y esperan que los juzgadores lo hagan también, muestran a la persona indicada como único responsable, señalándola con nombre y apellido,⁴⁷ mostrando dónde vive,⁴⁸ dónde trabaja, su familia, etcétera, independientemente de las pruebas que objetivamente se hayan incorporado al proceso, sin reflexión sobre posibles factores criminógenos externos y prescindiendo del análisis técnico-jurídico.⁴⁹

En el segundo caso, en los delitos en que intervienen personas de alto nivel socioeconómico, respetables o políticos la posición del medio de comunicación suele ser definida por los intereses y afinidades que tiene con la persona imputada. De esta forma, la lectura de los hechos y su presentación se verán radicalmente alterados en cada medio con intereses contrapuestos⁵⁰ y –de igual manera– los consumidores de cada uno obtendrán una

gardien des promesses, Justice et démocratie, traducción de Manuel Escrivá de Romani, Flor del Viento ediciones S.A., 1997, p. 73.

46. Entre otros: <https://www.elchubut.com.ar/nota/2021-1-26-18-14-0-atrapan-a-ladron-vendiendo-por-facebook-elementos-robados>, <https://twitter.com/igonzalezprie-to/status/1359182524082249729?s=11> <https://www.lanoticia1.com/noticia/femicidio-de-ursula-indagan-al-policia-asesino-matias-martinez-127830.html> , <https://www.ellitoral.com/index.php/diarios/2011/12/12/sucesos/SUCE-08.html>. Cabe destacar que la prensa escrita es mucho más cuidadosa al emitir veredictos de culpabilidad, a diferencia de medios y periodistas que actúan en transmisiones en vivo (radio, televisión, canales digitales, etcétera).

47. Entre otros: https://www.zocalo.com.mx/new_site/articulo/atrapan-a-ladron-de-es-cuelas.

48. Entre otros: https://www.clarin.com/provincias/santiago-estero-hallaron-ofrendas-san-muerte-casa-doble-femicida-monte-quemado_o_015Dk-JBP.html.

49. Entre otros: <https://www.perfil.com/noticias/reperfilar/fernando-baez-sosa-asi-avanza-la-causa-contra-los-rugbiers-en-la-justicia.phtml> , <https://twitter.com/c5n/status/1345155230669877254?s=11>.

50. Los ejemplos a citar son extensos, pueden verse algunos con relación a una noticia en particular (<https://www.lanacion.com.ar/politica/sin-reforma-otro-avance-k-justicia-nid2592660> o <https://www.cronista.com/economia-politica/Quien-es-el-juez-que-aparto-el-macrisimo-y-puede-volver-a-un-puesto-clave-en-la-Camara-Fede>

“versión diferente”. Las diferencias pueden ser sutiles –aportando subjetividad solamente con las palabras utilizadas para presentar los hechos– o llegar a denunciar la actuación regular de la administración de justicia.⁵¹

En este contexto se produce una paradójica situación porque la publicidad de los procesos fue prevista para contrarrestar el secreto de las actividades estatales y, por ende, evitar arbitrariedades, mientras que en los tiempos que corren, la divulgación de los hechos de un proceso por el fenomenal desarrollo de la comunicación –sin el respeto de ciertas reglas– puede transformarse en un mecanismo que vulnera derechos.

Estos “juicios” resultan mucho más atractivos para la sociedad por dos razones: a) por un lado, al estar desprovistos de las reglas del debido proceso resultan mucho más intuitivos y con lo tanto, el contenido o la carga emocional es más fuerte, lo que tiende a que sea privilegiado por la opinión pública por sobre el proceso judicial,⁵² y b) porque se producen en tiempos mucho más expeditivos que los judiciales. El tiempo, diferencia esencial entre proceso judicial y juicio paralelo, es uno de los principales motivos que lleva a la sociedad a privilegiar el valor de uno por sobre el otro.

Con relación a la primera razón, a diferencia de las reglas que rigen el proceso penal (independientemente del modelo procesal adoptado), los procesos periodísticos solo requieren de información capaz de construir una narración verosímil. Esa apariencia de veracidad puede basarse en la consistencia interna de los datos (aunque no guarden relación con los hechos), en la consonancia cognitiva, el sesgo de confirmación (información

[ral-20201215-0033.html](https://www.pagina12.com.ar/186489-prohiben-rappi-glovo-y-pedidos-ya)) o respecto de algún funcionario (ver <https://www.pagina12.com.ar/186489-prohiben-rappi-glovo-y-pedidos-ya>; <https://www.lapoliticaonline.com/nota/nota-21894/>; <https://www.perfil.com/noticias/sociedad/un-juez-que-se-hizo-famoso-por-sus-resoluciones-controvertidas-0429-0099.html>).

51. En este punto destaco una distinción cuando se denuncia la “actuación regular” de la administración de justicia ya que desde tiempos de antaño se ha presentado un fenómeno global en el que el gobernante (sea monarca, dictador o presidente de turno) ha utilizado una administración de justicia cómplice para sus fines personales (como persecución de opositores). Estas actuaciones razonablemente deben –y han sido– denunciadas por el periodismo independiente.

52. El periodismo puede valorar elementos que están vedados en el proceso (exclusiones probatorias), puede “condenar” socialmente basado en meras concepciones morales (en contraposición con el principio de estricta legalidad), etcétera.

que refuerza lo que ya se pensaba sobre el tema), en un recorte satisfactorio de los datos, etc.

Asimismo, el periodista no tiene ningún deber constitucional de imparcialidad ni ve su actuación encorsetada por las reglas de un proceso legal. De esta forma, pese a no contar con el ejercicio del poder punitivo y el monopolio de la fuerza pública al que puede recurrir un juez penal, en algunas situaciones posee un poder mayor ya que solo se verá restringido por las normas morales o éticas que decida imponerse a sí mismo y es capaz de ejercer una influencia sobre la opinión pública mucho mayor de acuerdo al alcance sobre la población. En este sentido resultan destacables como guías –por ejemplo– el Código de Ética elaborado por la Asociación de Periodistas Argentinos (ADEPA), el Código Internacional de Ética Periodística UNESCO o el código de ética elaborado por el Foro de Periodistas Argentinos (FOPEA).

Sobre este punto se ha explicado acertadamente que “la falta de vitalidad de la ética puede estar causada por la mala voluntad del profesional, pero también por una deficiente protección de los derechos de los profesionales, cuando se ven sometidos a exigencias de las empresas periodísticas que ponen en cuestión sus deberes profesionales. Esta situación produce una especie de vaciamiento de la profesionalidad del periodista y produce lo que podríamos calificar de ‘periodismo sin periodistas’, pues estos son obligados a abandonar la investigación de los acontecimientos para convertirse en difusores de noticias elaboradas por otras instancias, ya sean estas poderes públicos, empresas privadas, agencias informativa o, últimamente, cada vez con más frecuencia, a través de las redes sociales y los blogs. Las redacciones de los medios son cada vez más exiguas y se le obliga a los profesionales que restan a producir información como si de un proceso de enlatado se tratara, sin que le quede tiempo para contrastar, integrar otras versiones o formarse para informar con más criterios de lo que pueda decir la fuente informativa...”⁵³

53. Suárez Villegas, Juan Carlos, “La verdad informativa como garantía del periodismo de calidad”, publicado en *DILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, año 6 (2014), N°14, pp. 85-97. ISSN 1989-7022. Puede compulsarse en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4780373.pdf>.

En efecto, los juicios paralelos o mediáticos no solo inciden en una serie de derechos y garantías de los acusados –víctimas también– tales como la presunción de inocencia, imparcialidad e independencia de los juzgadores, derecho de defensa, a la intimidad, al honor, entre otros, sino que además pueden afectar la imagen y legitimación de la administración de justicia desde la percepción ciudadana.

Sumado a ello, el problema se ve exacerbado en un contexto de inflación legislativa y penal⁵⁴ porque las soluciones brindadas por el proceso paralelo, en cuanto responden a lo que aparentemente “demanda” la opinión pública –a la vez que la construyen–, son más fácilmente aceptadas por la sociedad, que rechaza la solución que adopta la administración de justicia, guiada por otras reglas. De esta forma, estos pseudoprocesos se ventilan en los medios de comunicación eliminando las garantías para el acusado y finalizando con una sentencia no escrita de condena en la moral colectiva.

Pero esto no quiere decir que los medios de comunicación sean los únicos responsables de este fenómeno. Cuando se produce un hecho que tiene apariencia de delito o se denuncia un suceso de esas características –haya ocurrido o no– debe ser interpretado, y si la comunicación judicial no lo hace, vemos que otros actores con interés en el caso se hacen cargo. Mientras más tarda la justicia en incorporar la información al debate público más difícil es desinstalar el juicio paralelo.

Además, hay que considerar el rol de jueces, fiscales y defensores (públicos y privados), que no resultan ajenos a la existencia de los juicios paralelos cuando contribuyen mediante filtración de información, sugerencias de revelaciones que dan lugar a todo tipo de teorías por parte de los informadores o de la sociedad en general e incluso adelantamiento de decisiones previo a ser adoptadas.

Autores como Ibáñez afirman: “Aunque, con frecuencia, tales modos de operar gozan de cierto consenso, y se presentan cubiertos con el manto legitimador del derecho del ciudadano a saber, lo cierto es que se trata de prácticas ilegítimas, además o antes incluso que ilegales. En efecto, pues, aparte de entrañar usos en sí mismos arbitrarios de información privilegiada, insuficientemente contrastada por su unilateralidad, siempre se

54. Luigi Ferrajoli también denomina este fenómeno como “administrativización del proceso penal” (*Derecho y Razón, ibidem*, p. 770).

producen de forma parcial e instrumental, es decir, de manera sesgada y buscando deliberadamente el perjuicio de alguien con el consiguiente beneficio de otro. Además, no es infrecuente que policías, jueces y fiscales se sirvan de esa clase de datos para un cierto *do ut des*, en el que la contrapartida para ellos es un mejor trato mediático”.⁵⁵

Con relación a la segunda razón (la diferencia en los tiempos), como dije antes, se asocia con nuestra larga tradición inquisitiva, que posiciona en la etapa de instrucción o investigación preparatoria el proceso epistemológico de averiguación de la verdad. Al constituirse como centro del modelo, es allí donde se producen las “noticias” que a los medios de comunicación les interesa cubrir y a la sociedad consumir. Si el juicio no es más que una corroboración de lo actuado durante aquella etapa no puede pretenderse que la lógica periodística –que se rige por otros principios y reglas– espere hasta ese momento para comunicar a la sociedad, más aún, teniendo en cuenta la extensa duración de los procesos en nuestro país, que además son esencialmente secretos como característica sustancial de la tradición inquisitiva.⁵⁶

Ya en 1925 Tomas Jofré describía la tarea del juez en nuestro sistema procesal de esta forma: “El juez de instrucción ha trabajado en silencio, durante días, semanas o meses, recibiendo declaraciones de testigos, oyendo a los peritos, constatando presunciones, verificando visitas domiciliarias y

55. Ibáñez, Perfecto Andrés, *Proceso Penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?*. en AA.VV., “Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier”, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 172.

56. Es quizás una de las características más reconocidas del proceso inquisitivo. Fue incorporado a fines del siglo XVIII por el papa Bonifacio VII. El secreto era para el imputado, a quien se le ocultaban las declaraciones e identidades de los testigos, lo que era mantenido en las dos etapas del proceso –la sumaria de investigación y la plenaria de juzgamiento–. Mientras que Tomás y Valiente destacaba que el riguroso cumplimiento del secreto constituía la principal base de la eficacia inquisitorial, Foucault explicaba que: “La forma secreta y escrita del procedimiento responde al principio de que en materia penal el establecimiento de la verdad era para el soberano y sus jueces un derecho absoluto y un poder exclusivo”. Ver sobre este punto Bunge Campos, Luis María; *Poder, pena y verdad en la historia. Estudio sobre la genealogía de las culturas penales*, editorial Didot, primera edición, 2019, pp. 167-168, con cita de Tomás y Valiente, Francisco, “Relaciones de la Inquisición con el aparato institucional del Estado”, en *Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen*, Alianza, Madrid, 1982, y Foucault, Michel, *Vigilar y Castigar*, trad. Aurelio Garzón del Camino, Siglo XXI, Buenos Aires, 2002, p. 41.

tratando por todos los medios de poner en evidencia la culpabilidad del acusado. Su obra es perfecta, la ha ido fabricando pieza a pieza, con cariño y a veces hasta con pasión, pero es la obra de un solitario a quien nada perturba, de un unilateral a quien nadie contradice, de un autoritario a quien nadie vigila”.⁵⁷

Por el contrario, si el foco del proceso se estableciera en el juicio, siendo este público y cercano al momento del hecho, con participación de la sociedad a través de jurados, se puede despejar –o al menos disminuir en gran medida– esta problemática.

Al respecto sostiene Garapon: “Las relaciones entre la prensa y la justicia se ven exacerbadas por el arcaísmo de nuestro sistema, que le da demasiada importancia al juez de instrucción y no la suficiente al de audiencia. En muchos casos ordinarios, la verdadera pena no la decide el tribunal sino *ab initio* el juez de instrucción en el momento de la detención preventiva. Ésta quedará la mayor parte del tiempo encubierta por la jurisdicción del juicio. El *momento* de la justicia, el único en el que las garantías procedimentales están a la altura de lo que hay en juego, es la audiencia. El pretendido arcaísmo de nuestro procedimiento penal justifica todos los desbordamientos de los medios. ¿Por qué ridiculizan todos ellos el secreto de la instrucción y la presunción de inocencia? Porque los mismos magistrados no los respetan, decía recientemente un periodista. ‘En Francia, se empieza destruyendo la reputación de los sospechosos encarcelándoles, y a continuación se hace la investigación. Todo se desarrolla llevando el juez de instrucción y los medios a los sospechosos a la picota. Todo es público, en las peores condiciones posibles, ya que es la prensa la que finalmente dice quién es culpable y quién inocente. Y ésa, evidentemente, no es su misión’. Los medios justifican su intervención cada vez más indiscreta porque la justicia no cumple su cometido –o lo cumple mal–. La prensa se inmiscuye en el trabajo de la justicia y la situación recíproca es también verdad: jueces y policías integran a la

57. Jofré, Tomás, *Manual de Procedimiento (Civil y Penal)*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1925, 3ª ed., T. II, p. 137; citado por Bunge Campos, Luis María, *Poder, pena y verdad en la historia. Estudio sobre la genealogía de las culturas penales*, editorial Didot, primera edición, 2019, p. 280.

prensa en su funcionamiento institucional, o en su estrategia. Cada uno de ellos cree que manipula al otro”.⁵⁸

2. Relación con el debido proceso

a) El principio de inocencia

La ley fundamental impide que se trate como si fuera culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible, cualquiera que sea el grado de verosimilitud de la imputación, hasta tanto el Estado, por intermedio de los órganos judiciales establecidos para exteriorizar su voluntad en esta materia, no pronuncie la sentencia final firme que declare su culpabilidad y la someta a una pena.⁵⁹ A partir de lo que se viene analizando, parece claro que un juicio paralelo o mediático puede efectivamente vulnerar el principio de inocencia.

Algún sector de la doctrina sostiene que una campaña informativa es una actuación de particulares, en consecuencia, hacer de un juicio un proceso justo depende de un juez y de las partes, no de los medios de comunicación, por lo que no existe una obligación de respetar el principio constitucional de inocencia en los medios de comunicación. Sin embargo, no compartimos esta posición porque entiende la garantía en un sentido formal –procesal– y no material. El principio de inocencia tiene una dimensión extraprocesal y vincula no solo a los poderes públicos sino también a los privados, como el poder mediático.

De los principios morales liberales⁶⁰ se deriva que la inviolabilidad no solo resguarda la autonomía de los individuos frente a los intereses de la sociedad, sino también de terceros, con lo cual no podría aceptarse que garantías y derechos constitucionales funcionen como una barrera contra la actividad estatal y no de los particulares. Más allá de que en el proceso

58. Garapon, Antoine, *Juez y Democracia, una reflexión muy actual*, título original *Le gardien des promesses, Justice et démocratie*, traducción de Manuel Escrivá de Romani, Flor del Viento ediciones S.A., 1997, p. 62.

59. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Fundamentos, Ad-Hoc, p. 459.

60. Nino, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Astrea, primera edición 1992, quinta reimpresión 2017, pp. 211-241.

formal permanezca inalterado el principio de inocencia, el trato de culpable que generan los medios de comunicación en la opinión pública puede provocar importantes repercusiones en la vida del acusado.

De ahí que Ibáñez plantea que los medios pasaron a constituirse en una atípica parte procesal e, incluso, en un juez virtual; y “que en muchas ocasiones, la publicidad de la *notitia criminis* es para el afectado bastante más gravosa que la eventual sentencia condenatoria”.⁶¹

Cuando los medios de comunicación sobrepasan la función de garantía que tienen, formulando juicios desde el inicio del proceso, basándose en indicios o datos erróneos o parciales, relatos que faltan a la verdad o sesgados, relatos que generan la reacción a favor o en contra de la opinión pública, dañan de manera irreparable a las personas involucradas que se ven “linchadas por los medios de comunicación”.⁶²

En definitiva, “la libertad de expresión que es concebida como un contrapeso contra el ámbito secreto del poder ha derivado en un nuevo poder de difícil fiscalización y frente al cual el ciudadano está desamparado”.⁶³

Al realizar una valoración sobre atribución de responsabilidades, por fuera del proceso penal no solo se arrojan facultades de los órganos jurisdiccionales –a quienes les está constitucionalmente encomendada la función– sino que también lo hacen prescindiendo de cualquier análisis técnico-jurídico y del marco del debido proceso para la solución del conflicto, lo que conduce mayormente a soluciones disímiles de las jurisdiccionales.

Por estas razones es posible sostener que la emisión de juicios de culpabilidad en estos procesos paralelos afecta el principio constitucional de inocencia. Sin embargo, tampoco debe soslayarse la responsabilidad de las autoridades judiciales y estatales (fuerzas de seguridad) que sin sentencia firme de condena exponen a las personas acusadas de un delito como culpables, no solo violando la presunción de inocencia sino también participando activamente en generar y fomentar los procesos paralelos y exhibiendo a

61. Ibáñez, Perfecto Andrés, *Tercero en discordia. Jurisdicción y Juez del Estado Constitucional*, Editorial Trotta, Madrid, 2015, p. 524.

62. Sánchez Esparza, M. y Ordóñez Pérez, A. M., *Juicios mediáticos y presunción de inocencia*, 2ª ed., 2016, Madrid, p. 54.

63. Ibáñez, Perfecto Andrés, *Tercero en discordia. Jurisdicción y Juez del Estado Constitucional*. Editorial Trotta, Madrid, 2015, p. 522.

los acusados en los medios de comunicación como criminales (esposados, siendo detenidos, trasladados, etcétera).

Sobre este punto, la Directiva UE 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo⁶⁴ es particularmente gráfica respecto de cómo podrían las autoridades estatales fomentar el respeto a la presunción de inocencia. La norma manda a los estados europeos a, por ejemplo, abstenerse de presentar a los sospechosos o acusados como culpables, ante los órganos jurisdiccionales o el público, mediante el uso de medios de coerción física como esposas, cabinas de cristal, jaulas y grilletes, adoptar las medidas necesarias para garantizar que, cuando faciliten información a los medios de comunicación, las autoridades públicas no se refieran a los sospechosos o acusados como culpables mientras no se haya probado con arreglo a la ley la culpabilidad de esas personas, informar a las autoridades públicas de la importancia de tener debidamente en cuenta la presunción de inocencia cuando faciliten o divulguen información a los medios de comunicación y que las declaraciones y resoluciones judiciales no deben reflejar la opinión de que la persona acusada es culpable.

Asimismo, la Directiva citada señala claramente que se vulneraría la presunción de inocencia si en cualquier declaración que se refiera a una infracción penal y que emane de una autoridad que participa en el proceso penal relativo a esa infracción penal (como por ejemplo las autoridades judiciales, la policía y otras autoridades con funciones policiales u otra autoridad pública, como ministros y otros cargos públicos) o las resoluciones judiciales que no fuesen de condena se refiriesen a un sospechoso o acusado como culpable mientras no se haya probado su culpabilidad con arreglo a la ley.

Sin perjuicio de ello, también puede darse un caso de juicio paralelo que proclama la inocencia de un acusado en el marco de un proceso. En este caso lo que se hace es reafirmar un estatus predicable a todo ciudadano, es decir, el derecho a que se lo considere inocente hasta que se demuestre lo contrario,⁶⁵ por lo que no podríamos hablar de una afectación a la inocencia. Sin embargo, cuando va acompañado de una descalificación falaz del

64. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0343>.

65. Latorre Latorre, Virgilio, *Función Jurisdiccional y Juicios Paralelos*. Madrid, Ediciones Civitas S.L, 2002.

proceso o de las personas juzgadoras o acusadoras (en general, motivado por la pertenencia política o influencia pública del involucrado) es posible sostener que sí se produce un “proceso paralelo” que podría erosionar la legitimidad del sistema de administración de justicia o afectar la imparcialidad del juzgador.

Independientemente de ello, de ninguna forma debe rechazarse o limitarse la posibilidad de que los medios de comunicación valoren o critiquen el funcionamiento del proceso judicial, de uno de sus miembros o de un juicio en particular. Por el contrario, deben ejercer ese rol bajo la luz del principio constitucional de inocencia. Ello implica una conciencia sobre las consecuencias que pueden tener esas acciones para los involucrados en un proceso y terceros –familiares, amigos, etc.–, especialmente, tratándose de un caso penal, por la estigmatización que conlleva el etiquetamiento de los acusados en estos juicios paralelos. Aunque no sea condenado en el proceso judicial, el daño ya está causado, y no solo es en muchos casos de imposible reparación, sino que en general no se comunica o no se lo hace con la misma intensidad que la primigenia condena periodística (que puede convertirse en social).

b) La garantía de imparcialidad e independencia del juzgador

El derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal independiente e imparcial, presupuesto fundamental del debido proceso, se encuentra recogido en los arts. 8.1 de la CADH y 14.1 del PIDCP. Asimismo, el nuevo Código Procesal Federal en el art. 8 dispone: “Los jueces deben actuar con imparcialidad en sus decisiones. Se debe garantizar la independencia de los jueces y jurados de toda injerencia externa y de los demás integrantes del Poder Judicial”.

La independencia judicial, que en palabras de Ibáñez es una metagarantía⁶⁶ por ser presupuesto de todas las demás, no equivale a imparcialidad pero está íntimamente ligada con esta, pues para que se garantice la imparcialidad del juzgador debe haber independencia.

66. Ibáñez, Perfecto Andrés, *Tercero en discordia. Jurisdicción y Juez del Estado Constitucional*, Editorial Trotta, Madrid, 2015.

Como enseña Binder, “la independencia de los jueces no es una prerrogativa profesional. Se trata, en realidad, de que los ciudadanos, sujetos pasivos de la administración de justicia, tengan la garantía de que la persona que va a administrar algo de tan graves consecuencias como el poder penal del Estado, actúe con total libertad y sin estar sometido a presiones [...] es una garantía prevista en favor de los ciudadanos”.⁶⁷

También, con relación a la garantía contra presiones externas, se ha dicho que los Principios Básicos de Naciones Unidas relativos a la Independencia de la judicatura disponen que los jueces resolverán los asuntos que conozcan “basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo” (Principio 2). Asimismo, se ha resaltado el Principio 4, según el cual “no se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial”.⁶⁸

Sin embargo, en la práctica se ha incrementado notablemente la frecuencia con la que periodistas, autoridades estatales e incluso judiciales realizan referencias críticas sobre los jueces y el sistema judicial que erosionan su legitimación, muchas veces motivados por conveniencia política.⁶⁹ Es

67. Binder, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*, segunda edición 1999, séptima reimpresión, Buenos Aires, 2016, editorial Ad-Hoc, p. 153.

68. Corte IDH, *Caso López Lone y Otros vs. Honduras*, sentencia de 5 de octubre de 2015, Serie C No. 302, párr. 197.

69. Un triste y brutal ejemplo del nivel al que puede llegar la presión del Ejecutivo lo aporta Pellet Lastra, con relación al ex procurador general de la Nación D'Alessio y su fin en el cargo, que relata en primera persona de la siguiente manera: “Yo había sido alertado de que el poder ejecutivo me había puesto todos los cañones apenas asumió Menem [...] Y había tenido algunas entrevistas protocolares y así es que para acordar distancias pido una audiencia con el Presidente, que se concretó el 19 o 20 de julio, y ahí con él, le aclaro cual era mi intención de permanecer en el cargo [...] Le digo entonces ‘Yo no aspiro a permanecer en el cargo toda mi vida, ni siquiera todo su gobierno. Quiero sí dejar un Ministerio Fiscal que sea útil’, porque en ese momento sin reglamentaciones, sin todo lo que se ha desarrollado después era inconcluso. Las bases las echamos en aquel momento. Entonces Menem me dice: ‘Yo no he pensado en relevarlo, D'Alessio’. Yo contesto con muy poca táctica. ‘No le digo por eso, ya que mi cargo es inamovible’. Creo que allí sellé mi destino. Eso era algo que él no quería oír...”. Pellet Lastra, Arturo, *Historia política de la Corte (1930-1990)*, editorial Ad-Hoc, p. 452.

importante que la ciudadanía sea informada respecto de estas cuestiones y es válido que en democracia se efectúen críticas jurídicas o profesionales, pero el conflicto surge cuando el tratamiento que se da a estos temas se realiza con el fin de influenciar en las decisiones judiciales.

La realidad muestra que el fenómeno del juicio paralelo sí podría tener una incidencia en el ánimo del juzgador y afectar su independencia e imparcialidad, o al menos se percibe un evidente riesgo de que suceda por efecto de la presión social y mediática.

El juzgador puede ceder a las presiones de los medios o de la opinión pública. En el marco de los denominados juicios paralelos, los medios de comunicación suelen presentar a una persona sometida a proceso como culpable frente a la opinión pública, antes de que exista sentencia firme. Esto es también una forma de someter a presiones indebidas a los juzgadores, quienes no se encuentran aislados de la realidad social y pueden ser vulnerables a la influencia mediática y a la presión social. Ante este proceder, existe un riesgo considerable de que quien debe decidir sobre el caso no se pueda sustraer de la opinión pública y se incline, hasta inconscientemente, por las expectativas de los medios en lugar de buscar una solución justa. También, podría resolver contra los medios con el objeto de reafirmarse frente a estas amenazas. En este último supuesto también estaría contaminada la decisión, ya que de igual manera el juez se habría apartado de su deber de imparcialidad e independencia. Como sea, esa presión suele influir de alguna forma en el juzgador.

Enseña Ferrajoli que “No puede castigarse a un ciudadano solo porque ello responda al interés o la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría, por más aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o subsanar un error cometido en perjuicio de un solo ciudadano. Y ningún consenso político –del parlamento, la prensa, los partidos o la opinión pública– puede suplantar la falta de prueba en una hipótesis acusatoria”.⁷⁰ Lo mismo a la inversa.

La problemática se extiende aún más, ya que a ello se suman los casos de un sector, minoritario, de jueces que se exponen excesivamente a los

70. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón - teoría del garantismo penal*, p. 544, Editorial Trotta, décima edición, segunda reimpression, 2016, traducción de AA.VV., título original “Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale”.

medios de comunicación para “explicar” sus decisiones⁷¹ o incluso adelantar medidas que van a realizar. En algunos casos se tiende a identificar el juzgamiento no hacia la institución del Poder Judicial sino hacia el juez como individuo, cuyo ámbito o vida privada son expuestos, a su vez, por los medios ante la sociedad. Esto lleva a que mediáticamente se estudien los perfiles de los jueces, se publiquen noticias relativas a la vida personal de los funcionarios para desprestigiarlos, se analicen sus fallos utilizando sesgos de acuerdo a la postura política que posea el medio y en algunos supuestos se especule sobre futuras decisiones (incluso indicándolas como la única decisión sensata y descartando cualquier otra),⁷² acompañando estas observaciones de actuaciones dirigidas a presionarlos para que emitan decisiones conforme a la línea del medio.

Como vimos, el juzgamiento que realizan los juicios paralelos es inmediato, y la sentencia judicial se emite mucho tiempo después, incluso cuando no es una sentencia definitiva. Cuando esta no coincide con la “sentencia” mediática, en la mayoría de los casos, el periodismo no reconoce el error y públicamente se reclama la revisión de la decisión. Pero no se trata del control de la actividad judicial en la revisión de los fundamentos de una decisión –lo que constituiría la función política de la opinión pública–⁷³ sino de la negación del proceso judicial de construcción de la verdad o su rechazo, privilegiando el proceso mediático.

Así se ha dicho que la relevancia y permisión dada a los medios incluye la inadmisibile facultad de juzgar a los juzgadores. La omnipotencia de los medios se traduce en nuestros tiempos en la inaceptable autoridad de instituirse en jueces de los jueces.⁷⁴

71. En general, esta explicación en realidad suele esconder, o cierto afán o gusto del funcionario por mostrarse en cámara o bien la necesidad de hacerlo por la presión que recibe debido a la notoriedad e interés social en el caso.

72. Entre otras, ver: https://www.clarin.com/politica/corte-ratificara-jueces-desplazados-analiza-opciones-trampa-quedar-bien_o_FIPeL-uoT.html.

73. Siguiendo a Jürgen Habermas, los integrantes de la comunidad ejercen el control de la actividad de los distintos órganos estatales mediante la crítica, para lo cual utilizan a los medios de comunicación. Así se produce un mecanismo de control recíproco entre la sociedad civil y la estructura estatal; ver en este sentido, del autor citado, *Historia y Crítica de la Opinión Pública y Facticidad y Validez* (especialmente el capítulo VIII).

74. Daniel Rubinovich, “Comentario al capítulo XIX - Justicia, publicidad y medios de

Frente a este panorama, se constata una dificultad práctica para verificar vulneraciones a la imparcialidad e independencia del juzgador, pues es poco probable que algún juez profesional reconozca haber sido influenciado o presionado por los medios de comunicación a la hora de resolver un caso.⁷⁵

Sin embargo, tal como sostuvo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: “se conculca el derecho a un proceso con todas las garantías, incluso sin necesidad de probar que la influencia ejercida ha tenido efecto concreto en la decisión de la causa, pues, por la naturaleza de los valores implicados, basta la *probabilidad fundada* de que tal influencia ha tenido lugar”.⁷⁶

El famoso adagio inglés *justice must not only be done, it must also be seen to be done* parece reflejar lo que postulaba Carlos Nino, afirmando que “el procedimiento judicial debería modificarse para hacerse transparente y expeditivo y permitir de ese modo que las leyes no sólo se cumplan imparcialmente, sino que parezca que se cumplen imparcialmente”.⁷⁷

Por otra parte, en cuanto al derecho al juicio justo o tutela judicial efectiva, es importante señalar que a pesar de que la imparcialidad quede inalterada en caso de un juicio mediático, si la opinión pública prejuzga una cuestión se corre el riesgo de que se pierda el respeto y la confianza en los tribunales. Sin duda alguna, la interferencia mediática puede generar un alto riesgo de manipulación del proceso valorativo de la prueba por parte de

comunicación masivos”, en AA.VV., *Un Juez para la democracia. Debates acerca de jurisdicción y Estado constitucional en la obra ‘Tercero en discordia’ de Perfecto Andrés Ibáñez*, dirección de Daniel R. Pastor, p. 247, Ad-Hoc, 2016.

75. Esta circunstancia es tan reconocida que se propuso incluir la presión mediática en el artículo 70, inciso E del proyecto de ley de “reforma judicial” que pretende imponer a los jueces “comunicar en forma inmediata al Consejo de la Magistratura de la Nación cualquier intento de influencia en sus decisiones por parte de poderes políticos o económicos”. Al respecto ver proyecto MENSJ-2020-51-APN-PTE denominado “Ley de organización y competencia de la justicia federal con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en las provincias” que puede compulsarse en <http://www.saij.gob.ar/proyecto-ley-reforma-judicial-proyecto-ley-reforma-justicia-federal-nv25102-2020-07-30/123456789-0abc-201-52ti-lpssedadevon> y la nota referida a la modificación aludida en <https://www.infobae.com/politica/2020/08/05/oscar-parrilli-reclamo-incluir-las-presiones-mediaticas-en-la-reforma-judicial/>.

76. TEDH “Worm vs. Austria” del 29 de agosto de 1997 (el destacado me pertenece).

77. Nino, Carlos S., *Un país al margen de la ley*, Emecé, 1992, pp. 220-221.

los juzgadores. Por ejemplo, un veredicto mediático condenatorio en contradicción con una sentencia judicial absolutoria podría afectar la imagen y legitimidad del sistema de administración de justicia ante la ciudadanía.

Desde el ámbito periodístico se tiende a argumentar que, en todo caso, el problema solo se presenta con aquellos miembros del Poder Judicial que, alejándose del deber que se les impone en razón de su función, se dejan influenciar por el “cuarto poder” que no ejerce tales presiones sino que solo comunica hechos y la opinión de la ciudadanía. Por otro lado, doctrinarios y jueces niegan la posibilidad de estas presiones amparándose en la estructura judicial, la jerarquía de normas y señalan a los medios como únicos responsables de fomentar la decadente percepción de la sociedad en la calidad institucional de la administración de justicia. Garapon explicaba esta interrelación como un juego perverso entre política, poder judicial y medios de comunicación, donde cada uno justifica sus trasgresiones por las de los otros: “los medios se convierten en jueces, algunos jueces se aventuran en el terreno político y los políticos hablan de complot... para no pagar los platos rotos. El político se defiende, no en el terreno del derecho, sino apresurándose a hacerse la víctima, denunciando el encarnizamiento de los jueces y la complicidad de la prensa. Las querellas contra los magistrados presentadas por los políticos se multiplican y dan la sensación de un cuerpo a cuerpo en el que nada puede arbitrar, ya que una de las partes no es otro que el mismo mediador”.⁷⁸

c) Influencia en las investigaciones

Frente a un hecho de aparente relevancia jurídico-penal (eventualmente puede no poseerla) pero que motive la actuación de la administración de justicia caben dos posibilidades: que los medios de comunicación lo consideren digno de comunicar o no. Si se trata de lo primero, la simple intervención del medio comenzará a conformar y contornar el relato de los hechos que competen a la administración de justicia y, muchas veces, incluso antes de que el magistrado respectivo entienda en el asunto.

78. Garapon, Antoine, *Juez y Democracia*, título original *Le gardien des promesses, Justice et démocratie*, traducción de Manuel Escrivá de Romaní, Flor del Viento ediciones S.A., 1997, p. 63.

Esto se explica por una razón sencilla: la “noticia” es tal mientras sea novedosa o fresca. El periodista debe buscar algo que valga la pena comunicar dentro de un hecho que interpele a su público. Y en ese afán es mucho más expedito que la actuación policial y judicial ya que cuenta con otros recursos y su actuación no se ve condicionada como la del operador judicial. Frente a un hecho delictivo el periodista puede trasladarse y en minutos encontrarse en el lugar del hecho donde busca grabaciones, entrevista a potenciales testigos, vecinos, a la víctima, a los oficiales que intervienen, fotografía y filma al acusado si fue aprehendido e intenta entrevistarle para obtener su versión de los hechos. Si alguno de los involucrados fue hospitalizado el periodista se traslada al hospital donde entrevista a los médicos y familiares sobre su estado de salud, recibe los partes médicos, etcétera. Y todo ello en el mismo día del hecho o durante los días siguientes. Mientras tanto, es probable que el funcionario judicial que interviene solamente haya recibido una comunicación telefónica de la situación por parte de las fuerzas de seguridad y haya dado ciertas directivas u ordenado algunas medidas probatorias de esa forma. Además, en casos de particular relevancia, es probable que el periodista incluso se traslade a las afueras de la sede de administración de justicia donde intentará obtener testimonios –oficiales o extraoficiales– de los funcionarios intervinientes, filmar y entrevistar a testigos y partes antes o después de sus audiencias, etcétera.

Y en principio no habría ningún problema con esta dinámica siempre que los elementos de prueba estén resguardados para el proceso y que quien intervenga en el juzgamiento no posea preconceptos (prejuzgamientos) por la labor periodística. Sin embargo, lo cierto es que la mera intervención del periodista va construyendo la versión sobre los hechos que recordarán incluso los testigos.

Así como se afirma que es “no solo el juez quien está contaminado por la investigación, sino que aquella está contaminada por el juez, por su carga de teoría,⁷⁹ lo mismo ocurre con la carga de teoría del periodista y su investigación, que selecciona y orienta los testimonios hacia aquella e influye sobre el recuerdo de los testigos que no solo no declararon en el juicio sino

79. Ibáñez, Perfecto Andrés, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, publicado en *Cuadernos de derecho judicial*, 13, Madrid, 1992, p. 185.

que quizás ni siquiera lo han hecho en el proceso preliminar (instrucción o investigación preparatoria).

Para empezar cabe recordar que “si una persona ha experimentado un suceso, éste es almacenado en la memoria. Pero eso no significa que el recuerdo del suceso quede conservado en un recipiente hermético en estado inmodificable. También la memoria forma parte de un ser vivo que se modifica constantemente”.⁸⁰

Así, hay muchas investigaciones que aportan la prueba de cuán intensamente podrían conducir rumores, prejuicios, firmes opiniones o expectativas a declaraciones falsas subjetivamente no advertidas como tales y no intencionales. Por ejemplo, en el caso de un estudio practicado con relación a abusos sexuales en menores de edad y el efecto de los rumores en la memoria se concluyó que: “Se debe prestar especial atención a la posibilidad de que todos los recuerdos sean erotizados o sexualizados posteriormente. [...] Se tendrá que contar con la posibilidad de este fenómeno psicológico especialmente en los casos en que, sobre la base de un rumor aparecido sobre las faltas de un maestro, los niños y jóvenes a los que él enseña hablen entre sí al respecto y sean interrogados por los padres angustiados, el consejero escolar, el policía y el juez de instrucción. Entonces, los alumnos o las alumnas, de pronto, comienzan a acordarse: ‘¡Ah!, sí, algo ha hecho él también conmigo’; y así se llega a un proceso gigantesco, en el cual desfilan ahora toda una serie de jóvenes testigos que afirman de modo bastante uniforme haber sido objeto de ciertas acciones del maestro. En tales casos ya no es posible en absoluto, en la audiencia de debate, distinguir cuál de estas declaraciones es la reproducción de sucesos fácticos reales, cuál es una erotización posterior, un efecto de la sugestión en masa o el resultado de la intensa inquisición de profesionales y no profesionales”.⁸¹

80. Udo Undeutsch y Gisela Klein, “Dicho de buena fe, pero falso: de la problemática del valor probatorio de la declaración testimonial”, título original *Redlich, aber falsch - zur psychologischen Problematik des Beweiswertes von Zeugenaussagen*, publicado en *AJP/PJA (Zeitschrift für die Aktuelle Juristische Praxis)*, 11/2000, pp. 1354-1359. Traducción de Patricia S. Ziffer, publicada por Thomson Reuters-La Ley el 10 de enero de 2012.

81. Udo Undeutsch y Gisela Klein, *ibidem*, con cita de Stern, W. (1926), *Jugendliche Zeugen in Sittlichkeitsprozessen*, Leipzig, Quelle & Meyer.

En este sentido cabe destacar que todo lo que se guarda en la memoria de una persona es susceptible de ser olvidado. La curva de olvido es, al principio, abrupta, y se vuelve cada vez más plana, después de mucho tiempo. Con el transcurso del tiempo, disminuye el número de detalles que se pueden recordar. Existe entonces el peligro de que, posteriormente, las lagunas que surgen sean rellenadas con conclusiones o con el producto de la imaginación.⁸² Esta situación se ve exacerbada cuando el testimonio ocurre mucho tiempo luego del suceso. Así, si la declaración testimonial en la etapa preliminar se recibe dentro de los primeros años del hecho investigado y la persona es citada al juicio años después de aquella fecha, resulta lógico asumir que al menos parte de sus recuerdos han sido suplidos por otra información, como, por ejemplo, la entrevista con un periodista.

“Frente a acontecimientos, luego de los cuales, posteriormente, una persona que se hallaba presente es interrogada como testigo en el tribunal, existe aún otro peligro: que el suceso respectivo no se haya conservado inmóvil e intacto en la memoria desde el momento en el que ha ocurrido, sino que haya sido actualizado de diversos modos. Después del suceso, hubo diálogos, comunicaciones de otras personas presentes, interrogatorios. Por medio de procesos de esa índole se han añadido informaciones posteriores a la memoria –correctas e incorrectas–. La expresión técnica para esto se denomina *post-event information*”.⁸³

Así, una de los principales mecanismos por los que el testigo añade información posterior al recuerdo es, justamente, los testimonios brindados. Y ello es así porque “de las investigaciones más recientes en materia de psicología de la declaración, lo más importante para la apreciación de la prueba serían los resultados de las investigaciones sobre la influencia de la forma del interrogatorio. Estas investigaciones demuestran que cuando las preguntas contienen, para el testigo, nuevas informaciones, éstas, bajo ciertas circunstancias, son asumidas y mezcladas con los propios recuerdos, de modo que el testigo, después de ello, ya no puede distinguir entre aquello que efectivamente experimentó por sí mismo originariamente, y aquello que experimentó después de ello. En una serie de experimentos se pudo demostrar que pueden

82. Udo Undeutsch y Gisela Klein, *ibidem*.

83. Udo Undeutsch y Gisela Klein, *ibidem*, con cita de Loftus, E. F. & Doyle, J. M. (1992), *Eyewitness testimony: Civil and Criminal*, Charlottesville, Virginia, The Michie Company.

ser modificadas las apreciaciones subjetivas. Para ello ya es suficiente la *elección de las palabras* con que se formula la pregunta”.⁸⁴

Es decir que con la sola elección de las palabras con las que se formula una pregunta el periodista está introduciendo información que reconfigura el recuerdo del testigo sobre el hecho. Va de suyo que escuchar otros testimonios o la información que relata el propio periodista sobre indicios y sus conclusiones va a ejercer una influencia aún mayor sobre el recuerdo del testigo. Ahora bien, se presenta en este punto una objeción perfectamente válida: el interrogatorio de las autoridades policiales y judiciales también ejerce esta influencia sobre el recuerdo de los testigos. Sin embargo, la distinción está dada porque la declaración brindada en sede judicial suele estar resguardada por el contradictorio entre las partes y reglas con relación a la formulación de preguntas, lo que permite obtener una información de mejor calidad si es realizada lo más cercano posible en el tiempo al hecho y antes de que se haya alterado por influencias externas como la entrevista periodística.

Un ejemplo claro de esta situación y sus nocivos efectos se puede advertir en el precedente “Miguel”⁸⁵ de la CSJN. En ese caso, el principal acusado –que resultó condenado a 12 años de prisión por la Cámara Penal de Tucumán por el homicidio de Lucas Sebastián Fernández– había sido identificado por tres testigos a partir de su aparición televisiva en un medio local, cuando aquellos testigos habían declarado en primera instancia que no podrían reconocer al autor de los disparos y luego ratificaron aquellas percepciones en el juicio oral. Sin embargo, ese reconocimiento se erigió en la prueba dirimente por la cual los jueces decidieron su condena y –paradójicamente– resolvieron extraer testimonios para investigar a otra persona como autor de los disparos de acuerdo a las pruebas recolectadas en el juicio. Según se consignó en el fallo esta otra persona había amenazado de muerte a la víctima, era propietaria de un vehículo que coincidía con el utilizado para la perpetración del hecho; que en la madrugada en que se desarrolló el hecho circulaba por la zona junto con su novia de cabellera

84. Udo Undeutsch y Gisela Klein, *ibidem*, citando experimentos de Loftus, E. F. (1975), “Leading questions and the eyewitness report”, *Cognitive psychology*, N°7, pp. 560-572, y Loftus, E. F., Altmann, D. & Geballe, R. (1975), “Effects of questioning upon a witness’s later recollections”. *Journal of Police, Science and Administration*, N°3, pp. 162-165.

85. CSJN, Fallos 329:5628, “Miguel, Jorge Andrés Damián s/ p.s.a. de homicidio”, rta. el 12 de diciembre de 2006.

larga, lo cual también guarda armonía con la descripción que efectuaron los testigos acerca del acompañante del autor del homicidio; que tenía un arma del mismo calibre que la utilizada para la comisión del delito, etcétera.

IV. Distintas respuestas adoptadas

Tratándose de un fenómeno global, en lo que respecta a las medidas adoptadas por distintos países para hacer frente a los procesos paralelos se advierte la existencia de dos tipos de abordaje: a) los que se inclinan por la tipificación penal de estas conductas y b) los que generan restricciones a la intervención de los medios en cada caso concreto, sin una regla general.

Respecto del primer caso, en algunos países del continente europeo existen legislaciones que disponen sanciones para los medios de comunicación que se “exceden” en el ejercicio de su libertad de prensa a través de los juicios paralelos. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha llamado la atención sobre los peligros de los juicios paralelos porque entiende que una extralimitación del ejercicio de la libertad de información puede suponer una violación o afectación de derechos fundamentales. Sin embargo, no establece una doctrina consolidada que nos permita determinar cuándo el uso abusivo de la libertad de expresión puede afectar el proceso y cuándo puede determinar su nulidad.

De esta forma, algunos autores destacan la efectividad del sistema adoptado por Inglaterra donde: “la justicia prima sobre la libertad de prensa”. En aquel modelo se garantiza la imparcialidad limitando y sancionando mediante el *Contempt of Court* la publicación de información que influya en eventuales persecuciones penales. Entre las actividades sancionadas están las publicaciones que supongan un juicio previo o “*trial by newspaper*” y, en general, toda acción que entrañe una interferencia en el curso de la justicia. Así, frenando severamente la libertad de prensa, sostienen que el derecho inglés garantiza no solo la imparcialidad del poder judicial –evitando presiones externas– sino también el pleno ejercicio del derecho de defensa y del principio de inocencia.⁸⁶

86. Daniel Rubinovich en *Un Juez para la democracia...*, dirección de Daniel R. Pastor, p. 249, Ad-Hoc, 2016, con cita de la propuesta de Guariglia respecto de limitar a un

En el caso “*The Sunday Times contra Gran Bretaña*”,⁸⁷ el TEDH se refirió a estas prohibiciones y señaló que el *contempt of court* constituye una injerencia de los poderes públicos en el ejercicio de la libertad de expresión que responde a un fin legítimo, reforzar la autoridad del poder judicial, aunque el predominio que se debe conceder a la libertad de expresión obliga a realizar una interpretación restrictiva. De este modo, reconoció el derecho del semanario *The Sunday Times* a informar sobre el proceso abierto a los responsables de introducir en el mercado farmacéutico un medicamento, pero aceptó la vigencia de la institución del “desacato al tribunal”, consciente de los peligros que representan los procesos mediáticos para la autoridad del Poder Judicial.

En Austria, por ejemplo, se castigan ciertos juicios paralelos por la vía penal, contemplando como delito, en el artículo 23 del Código Penal “la influencia abusiva sobre un procedimiento penal”. Este precepto ha llegado al TEDH, que examina caso por caso los supuestos en los que se aplica, es decir, no reconociéndole cobertura convencional en todos los casos en abstracto, sino considerando las circunstancias concretas uno por uno. En principio, no considera contrario al convenio que por vía penal se castiguen ciertos juicios paralelos, los más abusivos.⁸⁸

Por su parte, en Alemania y en Francia solo existen algunas disposiciones que penalizan la violación del secreto durante la fase de instrucción, pero no referidas a la actuación de los medios de comunicación cuando informan respecto de la investigación judicial en curso. En Alemania, el párrafo 353 d) del Código Penal (*Strafgesetzbuch, StGB*) penaliza la violación de la obligación de secreto cuando se produzcan ciertas informaciones prohibidas antes de que los autos sean elevados a vista pública.⁸⁹

mínimo o prohibir la difusión periodística del caso, introducir facultades a la defensa para neutralizar la publicidad adversa y limitar la información de los medios de manera gradual dependiendo del estadio del proceso.

87. TEDH *Sunday Times vs. Gran Bretaña*, sentencia nro. 6538/74 del 26 abril 1979, FJ 63.

88. Juanes Peces, Ángel, “Independencia Judicial y Medios de Comunicación”, en Ovejero Puente, Ana María (coord.), *La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos*, pp. 103-114, Madrid, La Ley, 2012.

89. Bravo, Gabriela, “Derecho a la Información y Populismo Mediático”, en Ovejero Puente, Ana María (coord.), *La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos*, pp. 39-

Por su parte, la legislación francesa se caracteriza por una exhaustiva regulación de medidas protectoras de la administración de justicia y la presunción de inocencia y demás derechos de las víctimas frente a las injerencias de los medios de comunicación, sobre todo durante la instrucción. En el artículo 434 del Código Penal de 1995 se tipifica como delito la publicación de comentarios sobre un asunto *sub judice* con la finalidad de ejercer presiones sobre las declaraciones de los testigos o de los peritos o cuando constituyan atentado contra la autoridad e independencia de los jueces.⁹⁰

También es delito intentar desacreditar mediante actos, escritos o expresiones un acto o decisión judicial de manera que pueda atentar a la autoridad de la justicia o su independencia. La ley gala protege además los derechos fundamentales de las partes implicadas en el proceso: castiga penalmente con multa la difusión sin su consentimiento de imágenes del acusado esposado o conducido al tribunal tras su detención, así como comentar o sondear acerca de la culpabilidad de un sospechoso o especular sobre la pena que se le impondrá. Asimismo, es delictivo publicar actas de acusación u otros escritos del procedimiento antes de la audiencia pública, o difundir las deliberaciones del jurado o del tribunal, supuestos en los que se prevén penas de multa.⁹¹

Sin embargo, en nuestro ordenamiento un tipo de regulación de esta índole podría entrar en colisión con los derechos constitucionales de libertad de expresión y de prensa. Precisamente el artículo 11 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión IDH, que establece que: “Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como ‘leyes de desacato’ atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información”.

61, Madrid, La Ley, 2012.

90. Hernández García, Javier, “Justicia Penal y Medios de Comunicación: Los Juicios Paralelos”, en Picó I Junoy, Joan (dir.), *Problemas Actuales de la Justicia Penal*, pp. 67-90, Barcelona, Bosch, 2001.

91. Bravo, Gabriela, “Derecho a la Información y Populismo Mediático”, en Ovejero Puente, Ana María (coord.), *La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos*, pp. 39-61, La Ley, Madrid, 2012.

Además de ello, entiendo que puede abordarse la problemática sin necesidad de recurrir a la intervención del derecho penal –de *ultima ratio*.

En coincidencia con ello, Ferrajoli propone: “la supresión de cualquier forma de penalización de la libertad de crítica y de censura en relación con los magistrados, como es en Italia la previsión del delito de desacato contra el orden judicial”.⁹² El autor advierte sobre el carácter esencial de la crítica pública sobre las actividades judiciales y la necesidad de que el juez se exponga a ella constantemente, ya que “esta forma de responsabilidad social es la única idónea para evidenciar los márgenes irreductibles de ilegitimidad política que, como se ha visto [...] marcan la actividad del juez”.⁹³

A su vez, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que aquel tipo de leyes otorgan injustificadamente a los funcionarios públicos un derecho a la protección especial del que no disponen los restantes miembros de la sociedad y, paradójicamente, invierte el principio fundamental del sistema democrático de gobierno que hace al gobierno objeto de controles; entre ellos, el escrutinio de la ciudadanía, que ampara, precisamente, el derecho a la libertad de expresión.⁹⁴

Además, se ha sostenido que las leyes referidas restringen indirectamente el derecho a la libertad de expresión, ya que la amenaza de una pena equivaldría a una censura que posiblemente disuada de expresar las ideas u opiniones, teniendo un efecto directo sobre el debate abierto y amplio, necesario para el desarrollo democrático.

Entonces, parecería que la tipificación o penalización de estas conductas no sería un mecanismo válido o conducente para resguardar el derecho de las partes al debido proceso y, a la vez, preservar la libertad de prensa y de expresión, al menos en nuestro país.

Por otro lado, en Estados Unidos existe una tendencia evolutiva de la jurisprudencia hacia una limitación de las medidas restrictivas de la intervención de los medios en los procesos, separándose del *leading case* “*Estes*

92. Ferrajoli, Luigi: *Derecho y Razón, teoría del garantismo penal*, p. 602, Trotta, décima edición, segunda reimpresión, 2016, traducción de AA.VV., título original “Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale”.

93. Ferrajoli, Luigi, *ibidem*, p. 603.

94. CIDH, OEA/ser L/V/II.88, Doc. 9 rev -1995.

v. Texas".⁹⁵ Sin embargo, la *ratio* no se encuentra en la antijuricidad de aquella, sino en una mayor exigencia de justificación de los presupuestos de adopción; giro que se inserta en la doctrina de la prohibición de restricciones a la libertad de expresión basadas en la excesiva amplitud –*overbreadth*– o vaguedad –*vagueness*– de las cláusulas o supuestos limitativos.⁹⁶

La sentencia dictada en el caso “*Sheppard v. Maxwell*”⁹⁷ constituyó el primer intento de la Corte Suprema de ese país de encontrar un punto de equilibrio entre la publicidad del proceso y el derecho a un juicio justo. El Tribunal anuló el proceso porque el juez que lo dirigió “no cumplió con su deber de proteger a Sheppard de la injerencia de una publicidad ilegal que saturó la comunidad, y, de controlar las influencias perjudiciales en la Sala de juicio”. El tribunal debió haber evitado la aparición de material prejudicial para proteger la influencia del jurado, aislado a los testigos, prohibido cualquier divulgación del material del proceso, y si hubiere sido preciso, debió haber trasladado el desarrollo del proceso a otro lugar, para preservar al jurado de influencias extrajudiciales.

Por otro lado, en la sentencia “*Nebraska Press Association v. Stuart*”⁹⁸ la Corte recomendó otras medidas para garantizar la limpieza del proceso: el cambio del Tribunal o de Jurisdicción, es decir, llevar el juicio a otra parte donde interese menos o donde se pueda esperar menor publicidad, posponer el juicio hasta que se calme la publicidad adversa, permitir un examen previo sobre los jurados para impedir prejuicios, instruir a los jurados sobre su obligación de excluir terminantemente cualquier evidencia no obtenida en el curso de un proceso.⁹⁹

95. “*Estes v. Texas*”, 381 U.S. 532 (1965).

96. Hernández García, Javier, “Justicia Penal y Medios de Comunicación: Los Juicios Paralelos”, en Picó I Junoy, Joan (dir.), *Problemas Actuales de la Justicia Penal*, pp. 67-90, Barcelona, Bosch, 2001.

97. “*Sheppard v. Maxwell*”, 384 U.S. 333 (1966).

98. “*Nebraska Press Association v. Stuart*”, 427 U.S. 539 (1976).

99. Juanes Peces, Ángel, “Los juicios paralelos. El derecho a un proceso justo. Doctrina jurisprudencial en relación con esta materia. Conclusiones y juicio crítico en relación con las cuestiones analizadas”, en Fresneda Plaza, Felipe (dir.), *Justicia y Medios de Comunicación*, pp. 61-92. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007.

En definitiva, el desarrollo de la jurisprudencia norteamericana sentó las bases para la adopción de distintos mecanismos pensados para restringir la injerencia externa en el juzgamiento por parte de jueces legos en jurados. Estos mecanismos son, la *audiencia de selección de jurado* o *voir dire*, las *instrucciones* que se imparten al jurado durante la selección, al comienzo de la producción de la prueba, durante el juicio y antes de la deliberación, el *secreto del jurado*,¹⁰⁰ respecto del contenido de las deliberaciones y el veredicto inmotivado, esencial para garantizar la independencia del jurado y protegerlo de influencias externas, el *secuestro del jurado*, una medida de carácter excepcional que busca aislar a los ciudadanos que lo integran para que no tengan contacto con terceros, con las noticias, y así evitar presiones, la *prohibición de brindar información sobre el caso*, impuesta a los litigantes, partes, testigos y empleados del tribunal y, por último, el *traslado del jurado* como otra herramienta para evitar la influencia de los medios de comunicación locales en los potenciales miembros, para casos ocurridos, por ejemplo, en pequeñas localidades.¹⁰¹

Aquellos mecanismos han sido en mayor o menor medida receptados por los ordenamientos provinciales que prevén el juicio por jurados, aun con sus matices. A modo de ejemplo, el proceso cordobés establece la posibilidad de juzgamiento mediante un jurado escabinado (integrado por jueces profesionales y legos) que no prevé estos mecanismos; por otro lado, el proceso penal de la provincia de Neuquén, que establece la posibilidad de un juzgamiento mediante jurados populares, prevé la audiencia de selección (art. 198), las instrucciones al jurado (arts. 205 y 206), su incomunicación (208) y el traslado del jurado (art. 25).

100. Ver al respecto Harfuch, Andrés, “Libertad de prensa y regla del secreto del jurado. Su distinta regulación en los Estados Unidos e Inglaterra”, en *Juicio por jurados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Jusbaire, 2014, pp. 21-22, puede compulsarse en <http://editorial.jusbaire.gob.ar/libro/cargar/139>

101. Esta opción fue utilizada en el quinto caso resuelto mediante juicio por jurados en la provincia de Neuquén, ya que por pedido de la defensa se cambió de ciudad y se constituyó el jurado con miembros de la localidad de Junín de los Andes, por la conmoción pública causada por el hecho en la localidad de San Martín de los Andes, donde ocurrió. Puede compulsarse una síntesis en <https://www.mpfneuquen.gob.ar/mpf/index.php/es/10-neuquen/2-uncategorised/36-especial-juicios-por-jurados>.

Sin embargo, se trata de adoptar en cada caso concreto alguno o varios de los mecanismos referidos para evitar que se introduzcan en el juicio las valoraciones o conclusiones del proceso mediático. Estas respuestas, si bien adecuadas y necesarias para cada caso, no resuelven el problema estructural analizado. Se trata de soluciones de la administración de justicia para limitar el impacto de los juicios paralelos, pero no van más allá.

V. Conclusión

Este trabajo pretendía poner de relieve el complejo fenómeno de los juicios paralelos, consecuencia tanto de la dinámica de interacción entre la administración de justicia y los medios de comunicación en la modernidad como de la falta de compromiso de la primera en asumir el rol de comunicador de sus propias decisiones, lo que fue suplido por los medios de comunicación de acuerdo a sus propias reglas y principios. De esta forma, el intento de señalar a los medios de comunicación como los únicos culpables de la pérdida de legitimación que sufre la administración de justicia deja de lado las falencias que la propia institución no pudo superar, principalmente, en el rol de comunicador que debería desempeñar sobre su función y simplifica un complejo fenómeno que responde –más que a una lucha de poder y legitimación entre las instituciones– a un mecanismo de construcción de la verdad diferente, tanto en sus principios, facultades y restricciones como en el tiempo que demanda y los recursos empleados.

Va de suyo que estos procesos producen efectivamente una afectación a distintas garantías constitucionales de los involucrados, influyen en la investigación penal y erosionan marcadamente la legitimación de la administración de justicia a la vez que ejercen presión sobre los magistrados y funcionarios judiciales intervinientes, a los que en general luego se descalifica junto con sus decisiones (sea cual sea su decisión, será descalificada de acuerdo a la postura política o político-criminal del medio). Sin embargo, insisto, cuando se busca responsabilizar exclusivamente a los medios de comunicación, prescindiendo de las falencias que han exhibido en distintos aspectos la propia administración de justicia y los litigantes, se conduce a respuestas de carácter legislativo que no funcionan ni para resolver aun en apariencia la problemática.

¿De qué forma hay que conciliar estos mecanismos de construcción de la verdad? La respuesta no es sencilla ni unitaria, pero una aproximación es que ambos deben encontrarse en un término medio. Por un lado, la administración de justicia debe evolucionar y adquirir la capacidad de transmitir sus decisiones, pudiendo utilizar traductores profesionalizados (como el “vocero judicial”) pero también debe mejorar sus tiempos de respuesta y comprender las necesidades que demanda la sociedad de aquella. Por otro lado el periodismo debe desarrollar una formación profesional ética que tome en serio las garantías que busca resguardar el sistema que denominamos “debido proceso” y transmita información de alta calidad sin afectar, o con una afectación mínima, a los involucrados. Es decir, no debe limitarse o rechazarse la crítica que pueda ejercer el periodismo sobre la administración de justicia, pero aquella debe ser ética y profesional y no guiada por intereses políticos o comerciales, lo que la convierte en ataques falaces que no solo erosionan la legitimación de la administración de justicia, sino también del propio periodismo.

Por eso, como vimos, el fenómeno de los procesos paralelos no puede ser “erradicado” mediante meras modificaciones legislativas que buscan responsabilizar exclusivamente a los medios de comunicación. Son respuestas “hacia los medios” o “hacia el proceso paralelo” que simplifican la cuestión y, en consecuencia, fracasan. Por eso, los dos grandes tipos de abordajes clásicos –la tipificación de las conductas o las restricciones en cada caso concreto en casos de juicio por jurados– no resultan suficientes e implican que los múltiples desafíos que quedan por delante deben ser abordados desde una óptica distinta; apelando principalmente a la formación profesional, la capacitación ética de periodistas, jueces y litigantes y la deliberación entre todos los actores involucrados, para arribar en conjunto a las mejores soluciones posibles para hacer conjugar los derechos constitucionales abarcados, mediante un debate que ponga en serio el problema y sus efectos en la agenda socio-política.

Bibliografía

- AA.VV., *Problemas actuales de la Justicia Penal*. Barcelona, Editorial J. M. Bosch.
- AA.VV., *Justicia Argentina Online - la mirada de los jueces*, publicado en el Centro de Información Judicial del Poder Judicial de la Nación.

- AA.VV., *Juicio por jurados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Editorial Jusbaire, 2014.
- AA.VV., *La reforma a la justicia en América Latina: las lecciones aprendidas*, Bogotá, F. Ebert Stf., 2016.
- AA.VV., *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.
- AA.VV., Alegre, Marcelo, Gargarella, Roberto y Rosenkrantz, Carlos F. (coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*. Buenos Aires, La Ley, Facultad de Derecho UBA, 2008.
- AA.VV., Bertolino y Bruzzone (comps.), *Estudios en Homenaje al Dr. Francisco J. D'Albora*, Lexis-Nexis-Abeledo Perrot, 2005.
- AA.VV., Bertoni, Eduardo A. (comp.), *Libertad de prensa y derecho penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- AA.VV., Pastor, Daniel R. (dir.), *Un Juez para la democracia. Debates acerca de jurisdicción y Estado constitucional en la obra 'Tercero en discordia' de Perfecto Andrés Ibáñez*, Editorial Ad-Hoc, 2016.
- AA.VV., Francisco Muñoz Conde (dir.), *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología* (2008), Valencia, Editorial Tirant lo Blanch.
- AA.VV., Fresneda Plaza, F. (dir.), *Justicia y Medios de Comunicación*. Madrid, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial XVI-2006.
- AA.VV., Ledesma, Ángela E. (dir.), *El debido proceso penal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, volumen III, 2015.
- Binder, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*, segunda edición 1999, séptima reimpresión, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016.
- *Derecho Procesal Penal, Tomo I Hermenéutica del proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013.
- Bunge Campos, Luis María; *Poder, pena y verdad en la historia - Estudio sobre la genealogía de las culturas penales*, primera edición, Editorial Didot, 2019.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.
- Filippini, Aníbal, *Jueces y medios. Interferencia mediática, Juicios paralelos, el principio de inocencia, Procesos intangibles y Estado de derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017.
- Foxman, Abraham H. y Wolf, Christopher, *Viral Hate: Containing its Spread on the Internet*, New York, Palgrave Macmillan, 2013.

- Garapon, Antoine, *Juez y democracia, Una reflexión muy actual*, traducción de Manuel Escrivá de Romaní, Flor del Viento Ediciones, 1997.
- Guarnieri, Carlo, *¿Cómo funciona la máquina judicial? El modelo italiano*, traducción de Slokar, Alejandro W. y Frontini, Norberto F., publicado como *Judicialismo* en la Colección Serie Negra, N°5, dirigida por Julio E. S. Virgolini y Alejandro W. Slokar, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2003.
- Guzmán, Nicolás, *La verdad en el proceso penal*, Ediciones Didot, 1ª ed., Buenos Aires, 2018.
- Habermas, Jürgen, *Historia y Crítica de la Opinión Pública. La transformación estructural de la vida privada*, Editorial Gili, Barcelona, 1981.
- *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Editorial Trotta, 6ª edición, 2010.
- Harfuch, Andrés, *El juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires*, Ad-Hoc, 2016.
- Ibáñez, Perfecto Andrés, *Tercero en discordia. Jurisdicción y Juez del Estado Constitucional*, Editorial Trotta, Madrid, 2015.
- Latorre Latorre, Virgilio, *Función Jurisdiccional y Juicios Paralelos*. Madrid, Ediciones Civitas, 2002.
- Ledesma, Ángela E., “La oralidad del proceso civil como instrumento de cambio”, en *Revista Derecho Privado*. Año II, N°7. Ediciones Infojus, noviembre 2013.
- Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, Tomo I Fundamentos, Ad-Hoc.
- Nino, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Editorial Astrea, Buenos Aires 2017.
- *Un país al margen de la ley*, Editorial Emecé, 1992.
- Pastor, Daniel R., *El plazo razonable en el proceso del estado de derecho - Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*, Editorial Ad-Hoc, primera edición, Buenos Aires, 2002.
- Roxin, Claus y Schünemann, Bernd, *Derecho procesal penal*, traducción de la 29ª edición, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2019.
- Sánchez Esparza, M. y Ordóñez Pérez, A. M., *Juicios mediáticos y presunción de inocencia*, 2ª ed., Madrid, 2016.
- Schiavo, Nicolás, *El juicio por jurados, Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2016.

Undeutsch, Udo y Klein, Gisela, “Dicho de buena fe, pero falso: de la problemática del valor probatorio de la declaración testimonial”, título original *Redlich, aber falsch – zur psychologischen Problematik des Beweiswertes von Zeugenaussagen*, publicado en *AJP/PJA (Zeitschrift für die Aktuelle Juristische Praxis)*, 11/2000, pp. 1354-1359. Traducción de Patricia S. Ziffer, publicada por Thomson Reuters - La Ley el 10 de enero de 2012.

Breves notas sobre Emergencia y el Derecho Financiero. Aproximaciones para un abordaje constitucional de los Tributos Extraordinarios

*Ernesto Gómez Zamacola**

A mis amigos del Observatorio de Derecho Financiero

Resumen

En el presente trabajo elaboro una serie de breves notas sobre dos temas que han sido poco reflexionados de manera conjunta por la doctrina nacional. El primero de ellos son las denominadas emergencias. El segundo es cómo en un período de emergencia se desenvuelve el Derecho Financiero Público, especialmente el Derecho Tributario.

En este marco intento apuntar algunas ideas para abordar los problemas que se pueden suscitar cuando se establecen Tributos Extraordinarios en períodos de emergencia o excepcionales.

Descripto el propósito del presente trabajo corresponde advertir al lector que las ideas desarrolladas en esta colaboración son efectuadas en formato de breves notas dado el carácter provisional de las reflexiones esgrimidas, su desarrollo conciso y que los argumentos expuestos no son definitivos ya que es un tema complejo que invita a seguir estudiando y explorar

* Abogado graduado en la Universidad de Buenos Aires; Especialista en Derecho Tributario por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; Docente de grado (UBA, UNPAZ y UNDAV) y posgrado; Presidente del Observatorio de Derecho Financiero y Director de la revista digital *Constitución Financiera en la Jurisprudencia de la Corte Suprema*; ernestogomezzamacola@derecho.uba.ar.

distintos puntos de vista para poder tener una visión más clara, definitiva y completa sobre él.

Dicho de otro modo, esta publicación no pretende ser un punto de partida, ni mucho menos de llegada, sino tan solo un esbozo que permita ir pensando herramientas para abordar un nudo conflictivo que se genera por la conjunción de dos temas por sí solos ya problemáticos como lo son “las emergencias o crisis” y “los tributos”.

Palabras claves: Derecho Constitucional, Emergencia, Derecho Financiero, Constitución Financiera, Tributos Extraordinarios, Impuestos a las Grandes Fortunas, Principios Constitucionales de Derecho Financiero.

Brief Notes on Emergency and Public Financial Law in a State of Emergency. Approaches for a Constitutional Approach to Exceptional Taxes

Abstract

In this paper I elaborate a series of brief notes on two topics that have been little reflected on together by the national doctrine. The first is the so-called emergencies, and the second is how Public Financial Law, especially Tax Law, operates during periods of emergency. Within this framework, I aim to propose some ideas to address the problems that may arise when Extraordinary Taxes are established during emergency or exceptional periods.

It is important to note that the ideas presented in this collaboration are provisional, concise, and not definitive, given the complexity of the subject and the need for continued study and exploration of different points of view to gain a clearer, more complete understanding. In other words, this publication is not intended to be a starting or endpoint, but merely a sketch to begin thinking about tools to address a challenging knot created by the combination of two problematic themes – “emergencies or crises” and “taxes”.

Keywords: Constitutional Law, State of emergency, Financial Law, Financial Constitution, Extraordinary Taxes, Great Fortunes Taxes, Constitutional Principles of Financial Law.

Nota I: Constitución y Emergencias

I.1.a. El profesor Loewenstein en su momento observó que “en nuestro tiempo, ninguna constitución bien construida puede permitirse ignorar la posibilidad y las exigencias de una situación de crisis, y omitir la reconciliación, en todo lo que sea posible, de esta situación con los principios de un orden social libre con una estructura de Estado de derecho”.¹

Desde su redacción originaria la Constitución Nacional ha contemplado la existencia de situaciones de emergencia, crisis o urgencia que requieran medidas excepcionales. En un enjundioso estudio comparativo se ha observado que “[t]anto *la Corte norteamericana como la argentina han coincidido en que los poderes del Estado frente a una emergencia no son creados por esta última*”,² ya que aquellos están de manera expresa o implícita en la Constitución.

Así se observa que en el texto clásico de la Constitución³ se encontraba regulada la facultad de declarar el estado de sitio (art. 23, 61, 75, inc. 29 y 99, inc. 16 CN), la intervención federal (art. 6, 75, inc. 31 y 99, inc. 20 CN) o declarar la guerra (art. 75, inc. 25 y 99, inc. 15 CN).

Asimismo, cuando se den también ciertas circunstancias anómalas, la redacción actual de la Constitución permite el ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo; sea vía “delegación” (art. 76 CN) o a través de los “Decretos de Necesidad y Urgencia” (art. 99, inc. 3 CN).

I.1.b. Por otro lado, no es menos cierto que las situaciones de emergencia, crisis o urgencia han hecho que el Poder Legislativo y Poder Ejecutivo acrecienten sus facultades para regular los derechos y que de la mano de ello la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su rol institucional,⁴

1. Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Editorial Ariel, 2ª ed., 1976, p. 286. Traducción: Gallego Anabitarte, Alfredo.

2. Bianchi, Alberto B., *Dinámica del Estado de Derecho. La seguridad jurídica ante la emergencia*, Buenos Aires, Ábaco, 1ª ed., 1996, p.72.

3. Usaremos la cita de los artículos correspondientes a la redacción actual.

4. Sobre el rol institucional de la CSJN recomendamos la obra de Alfonso, Santiago (h), *La Corte Suprema y el control político. Función política y posibles modelos institucionales*, Buenos Aires, Ábaco, 1ª ed., 1999.

ha ido creando una serie de reglas que dichos poderes deben respetar para poder usar estas facultades extraordinarias de manera legítima.

A modo de ejemplo se pueden citar los *leading case* en la materia: “*Ercolano*”⁵ donde la CSJN declaró la constitucionalidad de la ley 11.157 que congelaba el pago de los alquileres por dos años, como también el precedente “*Agustín Avico*”⁶ en el cual se declaró la constitucionalidad de una ley que dispuso por tres años una moratoria hipotecaria y se limitó la tasa de interés, o “*Russo Ángel*”⁷ donde la Corte declaró la constitucionalidad de una serie de leyes que suspendieron, por ciento veinte días, los desalojos ordenados por sentencia judicial firme.

I.1.c. Asimismo, más cerca en el tiempo, se puede observar que la declaratoria de emergencia habilitó el dictado de un decreto delegado por parte del Poder Ejecutivo Nacional por el cual se modificaron ciertos derechos de un convenio colectivo de trabajo que fue convalidado por la CSJN en el caso “*Cocchia, Jorge Daniel*”⁸, como también la disminución de la remuneración de los empleados públicos en el caso “*Muller, Miguel Ángel*”⁹ donde expresamente se dijo que “el Estado puede reducir los salarios de sus agentes, salvo que la Constitución Nacional expresamente garantice su intangibilidad, pero para que ello encuentre sustento en nuestra Ley Suprema, debe cumplir ciertos requisitos: que la reducción se adopte ante situaciones excepcionales de emergencia, tenga efectos generales y vigencia para el futuro en forma transitoria y no resulte confiscatoria, es decir, no desnaturalice el derecho a la retribución”.

5. Fallos: 136:161.

6. Fallos: 172:21.

7. Fallos: 242:472.

8. Fallos: 316:2624. Cabe recordar que en esta ocasión la Corte afirmó que en las “situaciones de grave crisis o de necesidad pública, que obligan al Congreso a la adopción de medidas tendientes a salvaguardar los intereses generales: el órgano legislativo puede, sin violar ni suprimir las garantías que protegen los derechos patrimoniales, sancionar la legislación indispensable para armonizar los derechos y garantías individuales con las conveniencias generales, de manera de impedir que los derechos amparados por esas garantías corran el riesgo de convertirse en ilusorios por un proceso de desarticulación de la economía estatal, el que, además y frente a la grave situación de perturbación social que genera, se manifiesta con capacidad suficiente para dañar a la comunidad nacional toda”.

9. Fallos: 326:1138. En este mismo sentido puede consultarse también Fallos: 323:1566.

I.1.d. La breve línea jurisprudencial de precedentes de la Corte Suprema argentina reseñadas en el punto que antecede se condice, en cierta medida, con la observación que hace Dalla Via respecto a cómo en Estados Unidos para los períodos de emergencia “[l]a Corte Suprema norteamericana ha elaborado una doctrina de doble jerarquía o ‘doble estándar’ en cuanto a las cláusulas constitucionales, de modo tal que de un lado se ubican los ‘derechos económicos’ y por el otro las llamadas ‘libertades fundamentales’, justificándose una mayor discrecionalidad por parte del legislador en la reglamentación de los derechos económicos” (el destacado no obra en el original).¹⁰

I.2. El análisis hasta aquí efectuado nos permite inferir que el sistema Constitucional establece tanto potestades y pautas legislativas que se aplican a los períodos de normalidad –los cuales deberían ser la *regla*– como también potestades y pautas legislativas que se aplican a períodos de emergencia –los cuales deberían ser la *excepción*.

Dicho de otro modo, se observa un “régimen legislativo *normal*” y la coexistencia de “*potestades de excepción*”.¹¹

En un período de normalidad la potestad legislativa se encuentra asignada, casi de manera exclusiva, al Poder Legislativo,¹² ya que la Constitución “pone en manos del Congreso de la Nación todas aquellas (competencias) que hacen a la función legislativa, o sea *la de crear derecho nuevo*”¹³ (el destacado no obra en el original).

Sin embargo, *bajo ciertas circunstancias excepcionales* la propia Constitución, con los procedimientos, pautas y límites que impone, *otorga*

10. Dalla Via, Alberto R., *Derecho Constitucional Económico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 247.

11. Corti, Horacio G., *Derecho Constitucional Presupuestario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 1ª ed., 2007, pp. 344-345.

12. A modo general, en un período de normalidad, el PEN participa en la función legislativa con la potestad constitucional de promulgar o vetar, total o parcialmente una ley. De modo específico en nuestra materia el PEN tiene la iniciativa parlamentaria en materia de presupuesto.

13. Bianchi, Alberto B., *La delegación legislativa. Teoría de los reglamentos delegados en la Administración Pública*, Ábaco, Buenos Aires, 1ª ed., 1990, p. 32.

al Poder Ejecutivo potestades legislativas en los artículos 76¹⁴ y 99 inc. 3;¹⁵ estas facultades pueden denominarse *potestades constitucionales de excepción*.

Ahora bien, cabe reiterar que es la situación de emergencia o crisis la que habilita la utilización de los instrumentos jurídicos de excepción y no la discrecionalidad del Poder Ejecutivo ya que “el texto de la Constitución Nacional *no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto*”.¹⁶

Asimismo, se observa que el sistema constitucional tolera una legislación más intensa en períodos de emergencia que en los de normalidad o, dicho de otro modo, la emergencia también otorga al Poder Legislativo la facultad de regular con mayor intensidad los derechos y libertades que en época de normalidad.

En este sentido, de modo claro se ha señalado que así como “los derechos pueden reglamentarse en tiempos de normalidad, *circunstancias excepcionales* requieren medidas excepcionales, de modo que *los derechos*

14. Sobre esta facultad, la Corte fue contundente al señalar que “En lo que se refiere a los decretos dictados en uso de facultades delegadas (o ‘decretos delegados’), el artículo 76 de la Constitución Nacional establece tres requisitos básicos: 1) que se limiten a ‘materias determinadas de administración o *emergencia pública*’; 2) que se dicten dentro del plazo fijado para su ejercicio y 3) que se mantengan ‘dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca’. El artículo 100, inciso 12 añade un cuarto requisito, a saber, 4) que los decretos así dictados sean refrendados por el jefe de gabinete de ministros y sometidos al control de la Comisión Bicameral Permanente del Congreso de la Nación (el destacado no obra en el original)”, Fallos 331:2406.

No es objeto del presente trabajo, sin embargo, no queremos dejar de señalar que cuando la delegación se haga en función a “materias determinadas de administración”, tal desplazamiento de la potestad no requiere la declaración de la emergencia pública.

15. Sobre esta facultad, Decretos de Necesidad y Urgencia, la CSJN ha sido categórica en cuanto que “la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte el Poder Ejecutivo se hace bajo *condiciones de rigurosa excepcionalidad* y con sujeción a exigencias materiales y formales, que constituyen una limitación” (el destacado no obra en el original), Fallos: 322:1726.

16. Fallos: 333:63.3

*pueden ser regulados, o restringidos, con (mucho) mayor intensidad*¹⁷ (el destacado no obra en el original).

I.3. Por otro lado, se ha precisado que “[el] poder ejercido por las autoridades constitucionales durante las crisis también deriva su autoridad del derecho. *Es el derecho lo que habilita al presidente o al Congreso a adoptar medidas de emergencia que difieren en procedimiento y sustancia de las que ellos pueden adoptar durante tiempos normales. Las autoridades constituidas están capacitadas por ley a actuar como sea mejor para obtener la efectividad requerida para responder a las emergencias.* Siendo así, la única distinción entre *las decisiones adoptadas en tiempos normales y las adoptadas en tiempos de crisis es que las últimas pueden sufrir, por así decirlo, procedimientos de atajo y pueden variar en sustancia*” (el destacado no obra en el original).¹⁸

Asimismo, sobre la tarea hermenéutica que debe practicar la comunidad jurídica para desentrañar los problemas que pueden devenir de la emergencia se ha dicho que “[l]a Constitución Argentina *tiene todas las respuestas a las posibles incertidumbres jurídicas, aun (o con más razón aún) en momentos de crisis. Solo hay que empeñarse en encontrarlas*”.¹⁹

Por las razones expuestas entendemos que *el norte para resolver los problemas de emergencia debe estar guiado por preceptos constitucionales.*

I.4. En este marco corresponde recordar que la CSJN ha dicho con mucha precisión que “las situaciones caracterizadas en la doctrina jurídica como ‘de emergencia’ [...] han *justificado siempre y en todos los países una legislación excepcional.* Estas situaciones derivan de acontecimientos extraordinarios, imprevisibles o bien inevitables con los recursos ordinarios, y que tienen una repercusión muy honda y extensa en la vida social, de suerte que demandan remedios también extraordinarios: a veces, son acontecimientos de carácter físico, como un terremoto, *una grave epidemia, etc.; a*

17. Arballo, Gustavo, *Brevísimo curso de derecho para no abogados*, Siglo XXI, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022, pp. 148-149.

18. Rosenkrantz, Carlos, “Emergencias Constitucionales en Argentina: Los Romanos (no los jueces) tienen la solución”, en Riberi, Pablo (coord.), *Fundamentos y desafíos de la teoría constitucional contemporánea*, Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2019, p. 274.

19. Voto del ministro Dr. Horacio Rosatti en Fallos: 343:195.

veces, de índole económica, como las que han determinado en nuestro país –y en la generalidad de los países extranjeros– legislaciones especiales, de efectos restrictivos para el derecho de propiedad consagrado por la Constitución [...] ‘la emergencia no puede crear un poder que nunca existió, ella puede proporcionar una razón para el ejercicio de poderes existentes y ya gozados’, dijo la Corte Suprema de los Estados Unidos (Wilson v. New, 24-3 V. S. 332, 348), cuya doctrina es siempre de interés en nuestro derecho público dados los antecedentes de la Constitución Argentina. La emergencia no autoriza, en efecto, el ejercicio por el gobierno de poderes que la Constitución no le acuerda, pero sí justifica, con respecto a los poderes concedidos, *un ejercicio pleno y a menudo diverso del ordinario, en consideración a las circunstancias excepcionales que constituyen la emergencia.* Esta flexibilidad y amplitud en el ejercicio de los poderes, es de la esencia de todo gobierno, obligado constantemente a afrontar situaciones cambiantes y diversas, que requieren con frecuencia disposiciones urgentes y de distinta magnitud [...] Dentro de nuestro régimen constitucional, por consiguiente, todo gobierno [...] *está facultado para establecer la legislación que considere conveniente, tanto en las situaciones ordinarias como en las de emergencia, con el límite de que tal legislación sea razonable y no desconozca las garantías individuales o las restricciones que la misma Constitución contiene en salvaguarda de las instituciones libres”* (el destacado no obra en el original).²⁰

I.5. Por otro lado, en lo que respecta a qué se tutela con la emergencia y cuales son, en general, las alternativas para superarla, si bien se refiere a un tipo de emergencia específica, por lo gráfico de esta exposición conviene traer a colación la explicación del Dr. Rosenkrantz en cuanto a que “[e]n una emergencia constitucional, *la protección de las aspiraciones de la Constitución puede requerir o bien decisiones públicas que restringen los derechos constitucionales o la suspensión temporal de procedimientos constitucionales a favor de alternativas más expeditas”*.²¹

I.6. Por último, pero no menos importante, queremos señalar, de manera breve, que así como aun en actos de fuerza contra el orden institucional nuestra Constitución no suspende su vigencia (art. 36 CN), en la emergencia

20. Fallos: 238:76.

21. Rosenkrantz, Carlos, *op. cit.*, en Riberi, Pablo (coord.), *op. cit.*, p. 239.

su debida observancia deviene primordial ya que todos los actos y medidas dictadas en consecuencia deben ser razonables (art. 28 CN) y respetar el sistema de Derechos Fundamentales (art. 75 inc. 22 CN) o, en palabras nuestra norma fundamental, tratar de restringir en lo menor posible “el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos” (art. 75, inc. 23 CN).

Nota II: el Derecho Financiero Público en Emergencia

II.1. En la nota anterior, en prieta síntesis, intentamos poner en manifiesto que en épocas de emergencia nuestro ordenamiento jurídico reconoce ciertas potestades y modalidades de regulación aplicables a dicho contexto, las cuales en un período de normalidad no estarían permitidas. Ahora nos toca ver cómo es que la emergencia opera sobre el Derecho Financiero Público.

Llegados a este punto, para poder proseguir con la exposición del tema abordado es conveniente, a los efectos metodológicos, pasar a definir para una mejor claridad expositiva, de manera sucinta y de modo *ad hoc*, qué se entiende por Derecho Financiero Público.²²

El Derecho Financiero es una rama del derecho público que regula el fenómeno que se conoce como actividad financiera pública y, en consecuencia, “es lógico que *la parte del Derecho objetivo que regula esa actividad se denomine Derecho Financiero*”.²³ También se ha precisado, con acierto, que “el derecho financiero *regula el aspecto sustantivo de las instituciones financieras*”.²⁴

22. Para ampliar sobre la problemáticas de la definición, determinar el alcance y contenido del derecho financiero ver: Gómez Zamacola, Ernesto, “Breves notas sobre teoría general, metodología y derecho financiero. La unidad del derecho financiero desde la Constitución Financiera y el principio de reserva de ley en materia financiera”, en Gómez Zamacola, Ernesto (dir.), Revista digital *Constitución Financiera en la Jurisprudencia de la Corte Suprema - Precedentes 2019*, N° 4, año 3, Observatorio de Derecho Financiero, 2022, pp. 200-216.

23. Sainz de Bujanda, Fernando, *Lecciones de Derecho Financiero*, Universidad Complutense - Facultad de Derecho, Madrid, 1979, p. 1.

24. Corti, Horacio G., *op. cit.*, 2007, p. 7.

Por su parte, cabe señalar que, a la *actividad financiera pública*, en términos jurídicos constitucionales,²⁵ se la concibe como “[e]l conjunto de *acciones financieras realizadas por el Estado con el fin de hacer efectivas las instituciones constitucionales*”²⁶ como también “*el sistema constitucional de los derechos humanos*”²⁷ y, en consecuencia, comprende a las normas por las cuales se regulan dichas actividades, actos u operaciones. Es decir, que esas normas “*regulan el ciclo completo del fenómeno financiero*”²⁸ e integran el derecho financiero público.

Ahora bien, como el *derecho financiero público encuentra*, en términos específicos, su fundamento normativo en el concepto de *Constitución Financiera*,²⁹ la actividad financiera pública es un fenómeno que se encuen-

25. Hacemos hincapié en que este es un análisis jurídico constitucional porque la actividad financiera pública como fenómeno puede ser objeto de estudio de distintas disciplinas ya que puede tener un abordaje desde las ciencias económicas, ciencias sociales y, como en este trabajo, desde las ciencias jurídicas.

26. Corti, Horacio G., *op. cit.*, 2007, p. 1.

27. Corti, Horacio G., *op. cit.*, 2007, p. 5.

28. Sainz de Bujanda, Fernando, *op. cit.*, p. 1.

29. Sobre el concepto de Constitución Financiera la bibliografía es vasta, pero recomendamos la lectura de los siguientes trabajos: Corti, Horacio G., “Introducción a la Teoría General de la Constitución Financiera”, publicado en Gómez Zamacola, Ernesto (dir.), Revista digital *Constitución Financiera en la Jurisprudencia de la Corte Suprema* - Precedentes 2017, N° 2, año 2, Observatorio de Derecho Financiero, 2021, pp. 202-261; Corti, Horacio G., “La Constitución Financiera: un nuevo marco teórico para las finanzas”, publicado en Gómez Zamacola, Ernesto (dir.), Revista digital *Constitución Financiera en la Jurisprudencia de la Corte Suprema* - Precedentes 2016, N° 1, año 1, Observatorio de Derecho Financiero, 2019, pp. 1-11. Asimismo, ver: Corti, Horacio G., *Financiar la Constitución*, Eudeba, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2020, pp. 115-141 y Rodríguez Berejio, Álvaro, *La Constitución fiscal de España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.

La Constitución Financiera ha sido definida como “el *subsector* de una constitución que *establece y regula cómo ella debe financiarse*” y por lo tanto “*regula una de las condiciones materiales que son necesarias para la existencia fáctica del Estado constitucional de Derecho: los recursos financieros*” y cómo éstos se deben asignar; Corti, Horacio G., *op. cit.*, p. 250; publicado en Gómez Zamacola, Ernesto (dir.), *op. cit.*, 2021.

tra, necesariamente, teñido de *pensamiento constitucional*³⁰ ya que tiene una “*configuración constitucional*”³¹ que actualmente no puede soslayarse.

En síntesis, se observa que el *derecho financiero público*, lo constituyen las normas, principios, potestades, derechos y deberes jurídicos que disciplinan las acciones financieras del Estado por las que se obtienen los recursos públicos de naturaleza financiera (art. 4 y 75, incs. 1, 2, primer párrafo, y 4 CN) y se practican asignaciones y gastos públicos (art. 75, incs. 2 segundo párrafo en adelante, 3, 7, 8 y 9 CN) con el fin de hacer efectivos los derechos fundamentales y mantener las instituciones constitucionales.³²

Por las ideas desarrolladas en este acápite es que coincidimos en la visión del “*derecho financiero como una unidad*” y con la observación efectuada por la Dra. Schafrik en que es “*la disciplina que ordena sus normas al cumplimiento de los fines previstos por el propio texto constitucional*”,

30. Al respecto ver, Corti, Horacio G., *Metodología para el análisis del tributo: fundamentos de un enfoque*

constitucionalista, en García Novoa, César y Hoyos Jiménez, Catalina (coords.), *El tributo y su aplicación: perspectivas para el siglo XXI*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, t. 1, pp. 58-65.

31. Corti, Horacio G., *op. cit.*, 2007, p. 6.

32. No es ocioso recordar que la Constitución, aparte de las cláusulas expresas de contenido financiero, incluye cláusulas que inciden en cierta manera en el financiamiento de la Constitución y en el orden socioeconómico que ella establece. A estas normas se las denomina cláusulas de contenido financiero implícito. A modo de ejemplo en el derecho argentino puede verse, entre otras, las cláusulas constitucionales de regular el comercio –tanto en la esfera interprovincial como con el resto de las naciones– (art. 75 inc. 13 CN), las cláusulas de los códigos de fondo (art. 75 inc. 12 CN), la cláusula de progreso, del desarrollo humano y promoción de los derechos fundamentales (art. 75 incs. 18, 19, 22 y 23 CN), la referida a los establecimientos de utilidad nacional (art. 75 inc. 30 CN), la de disponer los bienes de propiedad nacional (art. 75 inc. 5) y las que se refieren a la creación y cuidado de la moneda y el sistema bancario (art. 75 incs. 6, 11 y 19); todas ellas coadyuvan tanto a financiar la Constitución como a implementar un orden socioeconómico que encuentre su fundamento en la norma fundamental.

Algunas de las mencionadas cláusulas han sido denominadas por la doctrina como las cláusulas de contenido tributario implícito. Recomendamos la lectura de Bulit Goñi, Enrique G., *Constitución Nacional y Tributación Local*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1ª ed., Tomo II, 2009, pp. 1109-1482.

Respecto del orden socioeconómico de la constitución puede consultarse la obra Bidart Campos, Germán, *El orden socioeconómico en la Constitución*, Buenos Aires, Ediar, 1999.

cuya finalidad última es “*es el cumplimiento de los mandatos previstos en el propio texto Constitucional*” (el destacado no obra en el original).³³

II.2.a. Delimitado, sucintamente, qué se entiende por derecho financiero público, se observa que en nuestro ordenamiento jurídico, en período de normalidad, la potestad normativa financiera se encuentra asignada al Poder Legislativo (art. 75 CN);³⁴ sin embargo, aun en este contexto, el ordenamiento jurídico constitucional le reconoce al Poder Ejecutivo dos potestades colegislativas: *a) el veto* (art. 78 CN y 99, inc. 3) y *b) la iniciativa de ley* en materia presupuestaria y para la ley de ministerios (art. 100, inc. 6 CN).

En este período el punto de conflicto se encuentra en la delimitación de la potestad legislativa y de la potestad reglamentaria, que, en términos de derecho financiero, implica determinar cuál es la extensión que se le debe asignar al principio de reserva de ley.³⁵

Otro punto de conflicto en este período es determinar qué se puede delegar y qué no bajo el concepto “determinadas materias de administración”, ya que para que ella ocurra no requiere, en principio, la existencia de un período de excepcionalidad o emergencia, sino simplemente cumplir con los demás requisitos del artículo 76 de la CN.

II.2.b. Ahora bien, *en el derecho financiero público la emergencia juega un papel fundamental* ya que nuestra Constitución habilita en dicho contexto y bajo ciertas pautas al Poder Ejecutivo a dictar decretos delegados como también decretos de necesidad y urgencia. Dicho de otro modo, la

33. Schafrik, Fabiana, “Algunas reflexiones sobre los principios del derecho financiero y de la institución tributaria en particular”, publicado en *Pensar en Derecho*, N° 21, Eudeba, Buenos Aires, 2022, p. 35.

34. La asignación de la potestad legislativa en el Congreso Nacional, en enseñanzas de la CSJN trae, como mínimo, las siguientes consecuencias: *a) “existiendo la facultad de legislar en el Congreso, corresponde a éste apreciar las ventajas e inconvenientes de las leyes que dictare, siendo todo lo referente a la discreción con que hubiera obrado el cuerpo legislativo ajeno al poder judicial”* (conf. Fallos: 68:238); *b) no les corresponde a los jueces decidir sobre la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones* (conf. arg. Fallos: 318:785); *c) Tampoco le corresponde pronunciarse sobre la oportunidad o discreción en el ejercicio de aquéllas, ni imponer su criterio de eficacia económica o social al Congreso de la Nación* (conf. Fallos: 224:810 y 311:1565) y *d) en principio “el control de constitucionalidad no autoriza a la Corte Suprema a sustituir en su función a los otros poderes del gobierno”* (Fallos: 256:386).

35. Corti, Horacio G., *op. cit.*, 2007, pp. 183-187.

emergencia desplaza, mediante distintas técnicas, la decisión financiera del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo, con los límites y alcances que establece la Constitución.

En efecto, se ha precisado que “[l]as decisiones de necesidad y en ejercicio de facultades delegadas no amplían la potestad reglamentaria del Ejecutivo, sino que *habilitan a ejercer legítimas potestades legislativas. De ahí que se expresen bajo la forma de decretos, pero que no contienen reglamentos, sino decisiones jurídicas de rango legal. En tal carácter importan la creación de nuevas disposiciones legales o, en su caso, la modificación, e incluso derogación, de las disposiciones legales preexistentes*” (el destacado no obra en el original).³⁶

Desde otra perspectiva se ha observado que “*la emergencia y la urgencia aparecen como un medio de fortalecimiento de la autoridad ejecutiva y la administración al servicio de los agentes económicos fuertes y el correctivo debilitamiento del poder legislativo y judicial. La sustitución de la representación parlamentaria y de la interpretación judicial conducen a la pérdida de diversidad democrática y tutela de los derechos individuales*”.³⁷

II.2.c. El fenómeno de la emergencia en el derecho financiero público trae como consecuencia *la flexibilización del principio de reserva de ley en algunas ramas que lo integran.*

Al respecto se observa que la emergencia incide tanto en el derecho presupuestario como en lo relativo al derecho del crédito público y deuda pública ya que la Constitución permite, de modo excepcional, al Poder Ejecutivo Nacional el uso de las instituciones legislativas de excepción en estos sectores del ordenamiento jurídico.

Además de ello, simplemente señalaremos que la emergencia en el derecho del crédito público y deuda pública influye de tal manera que habilita al Estado a declarar el *default*, repudio o la suspensión del pago de la deuda pública como también a modificar de modo unilateral las condiciones del cumplimiento de los empréstitos públicos (plazo de cumplimiento, moneda de pago, etc.). Este último proceder ha sido declarado constitucional por la

36. Corti, Horacio G., *op. cit.*, 2007, p. 345.

37. Rosembuj, Tulio, *Impuesto. Democracia, Coerción y Estado*, Editorial El Fisco, Barcelona, 2022, p. 86.

CSJN en varias oportunidades entre las que merece destacarse como precedentes “*Bruniardi*”³⁸ y “*Galli, Hugo G.*”.³⁹

Si bien los precedentes citados son los que estructuran el modo en que la CSJN aborda el vínculo entre la emergencia y el derecho del crédito público y deuda pública, en un caso posterior sintetizó que de ellos se desprende la doctrina referida a lo “*concerniente a las facultades del Estado, respecto de la posibilidad de que en épocas de graves crisis económicas, limite, suspenda o reestructure los pagos de la deuda para adecuar sus servicios a las reales posibilidades de las finanzas públicas, a la prestación de los servicios esenciales y al cumplimiento de las funciones estatales básicas que no pueden ser desatendidas*”.⁴⁰

II.2.d.i. Ahora bien, en el ordenamiento jurídico argentino hay dos sectores del derecho financiero público en los cuales se erige un valladar infranqueable por el cual, incluso en época de emergencia, se debe respetar estrictamente el principio de reserva de ley. Ello sucede en materia tributaria como también en lo relativo al sistema de coparticipación.

II.2.d.ii. En lo que se refiere a la emergencia y el derecho tributario vemos que la propia Constitución ha prohibido de manera expresa el uso de decretos de necesidad y urgencia en dicha materia.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido tajante en la imposibilidad de que el Poder Ejecutivo, utilizando distintas técnicas, dicte normas de naturaleza legislativa.

En el precedente “*Video Club Dreams*”⁴¹ la Corte declaró la inconstitucionalidad de dos Decretos de Necesidad y Urgencia por los cuales se extendió la hipótesis de incidencia tributaria establecida en la ley 17.771 y

38. Fallos: 319:2886.

39. Fallos: 328:690. Aprovechamos esta cita para aclarar que estas notas no pretenden ser una oda a las potestades de emergencia o excepción; sino simplemente analizar cómo opera ello sobre el derecho financiero. Respecto a la emergencia, compartimos plenamente las observaciones efectuadas en la causa citada en el voto conjunto de los ministros Zaffaroni y Lorenzetti en cuanto a que: “que el derecho es experiencia y ella nos enseña de modo contundente *que la emergencia reiterada ha generado más emergencia e inseguridad [...] Un sistema estable de reglas y no su apartamiento por necesidades urgentes es lo que permite construir un Estado de Derecho*” (el destacado no obra en el original).

40. Fallos: 333:855.

41. Fallos: 318:1154.

sostuvo que “ninguna carga tributaria puede ser exigible *sin la preexistencia de una disposición legal encuadrada dentro de los preceptos y recaudos constitucionales, esto es válidamente creada por el único poder del Estado investido de tales atribuciones*” (el destacado no obra en el original).

Por otra parte, en el caso “*Camaronera Patagónica*”,⁴² la Corte declaró la inconstitucionalidad de ciertas resoluciones del entonces Ministerio de Economía e Infraestructura que se habían dictado bajo el amparo de la ley 25.561 “*de emergencia pública y reforma del régimen cambiario*” ya que “el principio de reserva, de ley en materia tributaria tampoco cede en caso de que se actúe mediante *el mecanismo de la delegación legislativa previsto por el art. 76 de la Constitución*” (el destacado no obra en el original).⁴³ Sin embargo, a modo de *obiter dicta*, nuestro Máximo Tribunal señaló que por el singular contexto en el que se desenvuelve el derecho aduanero “*resulta admisible que el Congreso atribuya al Poder Ejecutivo ciertas facultades circunscriptas, exclusivamente, al aspecto cuantitativo de la obligación tributaria, es decir, autoriza elevar o disminuir las alícuotas aplicables, siempre y cuando, para el ejercicio de dicha atribución, se fijen pautas y límites precisos mediante una clara política legislativa*”.

En síntesis, la Corte Suprema entiende que *la emergencia no permite sortear las exigencias constitucionales en materia tributaria en cuanto exige que los tributos sean establecidos respetando el principio de reserva de ley*,⁴⁴ salvo bajo pautas precisamente determinadas, solamente podría delegarse la fijación de la alícuota arancelaria en los impuestos a la exportación e importación.

Por lo tanto nuestro ordenamiento jurídico, en este aspecto, termina coincidiendo con el postulado de la más destacada doctrina que sostiene

42. Fallos: 337:388.

43. Esta categórica jurisprudencia es reiterada por el ministro Dr. Lorenzetti en su voto en disidencia en la causa “*Festival de Doma y Folklore c/ Estado Nacional s/ acción meramente declarativa de derecho*”, Fallos: 341:101 y por la mayoría de la CSJN en la causa “*Swiss Medical S.A. c/ EN - SSS s/ amparo ley 16.986*”, Fallos: 343:86.

44. Sobre este principio en materia tributaria la bibliografía es frondosa pero no podemos dejar de recomendar para tomar dimensión acabada del principio el trabajo efectuado por el Dr. Casas. Ver Casas, José O., *Derechos y garantías constitucionales del contribuyente. A partir del principio de reserva de ley*, 1ª ed., 1ª reimpr., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

que “*la atribución a los órganos legislativos, de la competencia para dictar normas en materia tributaria debería significar, siguiendo estrictamente el principio de separación de poderes, la exclusión de la potestad legislativa del poder ejecutivo*”.⁴⁵

II.2.d.iii. Por su parte, en materia de coparticipación las potestades constitucionales de excepción han tenido similar suerte que en materia tributaria.

En efecto, en lo que se refiere a decretos delegados, la Corte en la causa “*Santa Fe c. Estado Nacional*”⁴⁶ declaró la inconstitucionalidad del decreto delegado N° 1399/01 dictado por el Poder Ejecutivo en virtud de las disposiciones de la ley 25.414 de “[d]elegación del *ejercicio de atribuciones legislativas. Materias determinadas de su ámbito de administración. Emergencia pública. Alcances*”, por el cual establece una detracción de recursos coparticipables, previa a la distribución primaria, para financiar la operatoria de la Administración Federal de Ingresos Públicos.

En dicha ocasión fue tajante al señalar que los decretos delegados son inadmisibles en el sistema de coparticipación de impuestos ya que “en base a los caracteres esenciales y constitutivos del régimen de la coparticipación federal [...], *deviene irrelevante examinar el carácter delegado del decreto –en cuanto dispone la detracción en cuestión–*, porque en ningún caso *resultaría sustituible la potestad legislativa* de asignar específicamente recursos coparticipables, porque se trata de una facultad excepcional cuyo ejercicio por parte del Congreso de la Nación requiere de condiciones específicas [...] que impiden que pueda ser delegada” (el destacado no obra en el original). Se observa que la Corte ha sido tajante en cuanto a la posibilidad de usar la técnica delegativa en materia de coparticipación de ingresos y gastos.

El estándar señalado es reiterado por nuestro máximo Tribunal en el precedente “*Entre Ríos c. Estado Nacional*”,⁴⁷ donde si bien no declaró la inconstitucionalidad de los decretos en juego, sí concedió la medida cautelar peticionada por la provincia y ordenó al Estado Nacional que se haga cargo

45. Uckmar, Victor, *Principios Comunes del Derecho Constitucional Tributario*, Temis, Bogotá, 2002, p. 17. Traducción: Zino Colanino, Antonio.

46. Fallos: 338:1389.

47. Fallos: 342:1591.

de los efectos fiscales de la aplicación de los decretos cuestionados por inconstitucionales⁴⁸ ya que “los principios constitucionales de buena fe y lealtad federal –*que repelen la idea de una Nación fragmentada y procuran el armónico desarrollo de las necesidades locales junto con las nacionales– impiden que uno, de los sujetos del sistema adopte de modo intempestivo medidas que puedan afectar al resto de los miembros de la federación*” y que “la posibilidad –como excepción– de detraer recursos coparticipables, *debe ser dispuesta por el Congreso y cumpliendo los requisitos constitucionales*” (el destacado no obra en el original).

En síntesis, la regla fijada por la Corte Suprema es que por las singulares características que reviste el sistema de coparticipación en la Constitución Argentina⁴⁹ resulta ser una materia ajena a la técnica de la delegación legislativa prevista en el artículo 76, o dicho de otro modo más claro: *resultan indelegables las atribuciones legislativas del Congreso en materia de coparticipación ya que es insustituible la potestad legislativa que tiene el Congreso en este sector del ordenamiento jurídico.*

En cuanto a los decretos de necesidad y urgencia, si bien aún no se ha pronunciado de manera expresa, todo lleva a concluir que, en virtud de la conceptualización hecha por la CSJN de los principios de buena fe y lealtad federal, el carácter excepcional de detraer recursos coparticipables, y que la utilización de la potestad legislativa en materia de coparticipación requiere de procesos institucionales complejos, la CSJN difícilmente acepte

48. Para una mejor comprensión del precedente recomendamos el excelente trabajo de Caminos, Pedro, “Los riesgos de una innovación interpretativa. Una evaluación del caso Entre Ríos c/ Estado Nacional”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Volumen 21, N° 1, noviembre 2020, Universidad Torcuato Di Tella, Escuela de Derecho. ISSN edición digital 1851-684X.

49. Cabe recordar que la Constitución Nacional regula el sistema de coparticipación y para su sanción requiere una “ley convenio” que se realice sobre la base de “acuerdos previos entre la Nación y las Provincias”, que tendrá como cámara de origen al *Senado*, que debe ser aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, que “no puede ser modificada unilateralmente ni reglamentada” y que además debe ser aprobada por las provincias; sumado a que para “establecer y modificar asignaciones específicas de recursos coparticipables”, por tiempo determinado, requiere una ley especial también aprobada por la “mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara, hacen que en materia de coparticipación de recursos federales rige un principio de reserva de ley agravado”.

la constitucionalidad de este tipo de facultades excepcionales en esta materia ya que las medidas intempestivas (como son los DNU) son incompatibles con el sistema federal de coparticipación.

II.3. A modo de cierre de la presente nota queremos señalar que en este punto hemos tratado de explicar sucintamente cómo la emergencia surte sus efectos jurídicos en el Derecho Financiero Público. Al respecto es menester señalar que su incidencia tiene distintos alcances en función de qué sector o rama del Derecho Financiero Público se trate.

En efecto, se observa que en nuestro ordenamiento jurídico la emergencia tiene una mayor incidencia en el derecho del crédito público y en materia presupuestaria. Por el contrario, por regla general, la emergencia no puede modificar los procedimientos constitucionales relativos a la creación de tributos como tampoco podría alterar las relaciones financieras nacidas en el marco del sistema federal de coparticipación.

Nota III: Breves consideraciones sobre los Tributos Extraordinarios

III. En esta nota haremos una breve recopilación de las opiniones que efectuaron los profesores más destacados en la materia que se han ocupado de estudiar los tributos que se establecen en momentos de emergencia.

III.1.a. Literatura italiana

Sin bien no indaga profundamente en sus fundamentos o justificaciones, sirve de testimonio la descripción que hace el maestro Giannini sobre los tributos extraordinarios en el ordenamiento italiano.

En efecto, en su clásica obra se precisa que “la imposición extraordinaria sobre el patrimonio”⁵⁰ fue determinada por “*las excepcionales exigencias de la actual situación financiera*” (el destacado no obra en el original)⁵¹ y que

50. Giannini, Achille D., *Instituciones de derecho tributario*, Olejnik, Argentina, 2022, p. 249. Traducción: Sainz de Bujanda, Fernando.

51. Giannini, Achille D., *op. cit.*, p. 249.

el “[i]mpuesto sobre beneficios extraordinarios de guerra”⁵² tiende a “restituir parcialmente al Estado los beneficios extraordinarios determinados por el estado de guerra”.⁵³ Cabe agregar que este último impuesto no lo pagaban solamente quienes hubieran tenido beneficios extraordinarios sino también aquellos sujetos que percibieron “rentas que por especial disposición de la ley están exentas de los impuestos directos ordinarios”.⁵⁴

Quien más teorizó sobre la *tributación sobre los beneficios extraordinarios producidos por las guerras* fue Einaudi,⁵⁵ quien señala que “[d]espués de 1914, el caso típico de los beneficios de guerra atrajo poderosamente la atención pública. Por circunstancias contingentes, el Estado en aquella época se había convertido en *un cliente obligado a comprar a cualquier precio*. Con la perturbación de las corrientes comerciales a causa de la guerra, *los que se encontraban en situación de disponer de mercancías de fuerte demanda estuvieron en condiciones de obtener ganancias excepcionales*. Existen, pues, *circunstancias que hacen que ciertos réditos adquieran dimensiones extraordinarias, superiores a las normales*. Los réditos que con *independencia del esfuerzo del contribuyente adquieren dimensiones muy superiores a las normales*, merecen ser supergravados” (el destacado no obra en el original)⁵⁶ y ello es así porque dicho crédito se da o se consigue “*gracias a la acción o colaboración de los entes públicos*” (el destacado no obra en el original).⁵⁷ Sin embargo, también observaba que estos impuestos muchas veces encuentran límites rígidos al momento de ser aplicados en las “*emergencias más graves del Estado*”.⁵⁸

En lo que respecta al *impuesto extraordinario sobre el patrimonio*, Griziotti sostuvo que su fundamento “es el de hacer *participar en los sacrificios de la guerra* [a un] número limitado de los *propietarios, que poseen*

52. Giannini, Achille D., *op. cit.*, p. 329.

53. Giannini, Achille D., *op. cit.*, p. 330.

54. Giannini, Achille D., *op. cit.*, p. 330.

55. Einaudi, además de ser un académico de la “Hacienda Pública”, ocupó distintos puestos oficiales hasta llegar a ser presidente de Italia en el período 1948 - 1955.

56. Einaudi, Luigi, *Principio de Hacienda Pública*, M. Aguilar, México, 1948, p. 220. Traducción: Algarra, Jaime y Paredes, Miguel.

57. Einaudi, Luigi, *op. cit.*, p. 220.

58. Einaudi, Luigi, *op. cit.*, p. 363.

*la mayor parte de la riqueza particular, cuando el déficit del presupuesto estatal no puede cubrirse con la sola imposición a los réditos” (el destacado no obra en el original).*⁵⁹

A modo general, explica el profesor de Pavía que los gastos extraordinarios se pueden cubrir “apelando al sacrificio de los contribuyentes actuales, *con recaudaciones que disminuyan la renta o también el patrimonio de los contribuyentes* [...] Las recaudaciones pueden corresponder a los impuestos directos e indirectos, las tasas, otros tributos” (el destacado no obra en el original).⁶⁰

III.1.b. Literatura española

En lo que refiere a la doctrina española el académico Ferreiro Lapatza afirma que “[l]os impuestos extraordinarios se diferencian de los ordinarios, fundamentalmente, casi podríamos decir solamente, por su vigencia limitada en el tiempo, por su vocación de temporalidad”,⁶¹ a lo que agrega que “los impuestos extraordinarios pueden ofrecer también ciertas especialidades en su gestión igualmente derivadas de su carácter temporal”.⁶² Asimismo, señala que “todos los tributos no solo los impuestos pueden revestir un carácter extraordinario”.⁶³

Se observa que el autor no indaga en las razones de por qué este tipo de medidas se caracterizan por ser temporarias y por qué se dictan. Sin perjuicio de ello, utiliza la Ley española 50/1977 como ejemplo para explicar este tipo de tributos ya que por dicha norma se tomaron “las primeras medidas significativas de adaptación de la fiscalidad a la democracia que entonces se

59. Griziotti, Benvenuto, *Principios de las Ciencia de las Finanzas*, Depalma, Buenos Aires, 1959, p. 250. Traducción: Jarach, Dino.

60. Griziotti, Benvenuto, *op. cit.*, p. 375.

61. Ferreiro Lapatza, José Juan, *Curso de derecho financiero español*, Marcial Pons, 9ª ed., Madrid, 1987, p. 651. Aquí el término “gestión” tiene una significación especial ya que en el ordenamiento tributario español opera como un concepto que engloba, en general, lo que en nuestra doctrina se entiende por fiscalización, verificación, determinación y exigencia de la obligación tributaria.

62. Ferreiro Lapatza, José Juan, *Instituciones de Derecho Financiero*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 104.

63. Ferreiro Lapatza, José Juan, *op. cit.*, 1987, p. 652.

trataba de implantar”⁶⁴ y en consecuencia se estableció un “[i]mpuesto extraordinario sobre determinadas Rentas del Trabajo Personal cuyo período de aplicación se fijó y ciñó al año 1978”.⁶⁵

III.1.c. Literatura francesa

Entre los profesores franceses el tema del “impuesto excepcional al capital” ha sido objeto de estudio por parte de Duverger.

En su obra *Instituciones Financieras* sostiene que la idea de establecer este tipo de tributos se remonta a “inmediatamente después de la guerra de 1914-18” y se vuelve a poner al orden del día por la segunda guerra mundial.

El profesor Duverger entiende que “después de *graves acontecimientos que han desequilibrado la hacienda pública de un país y provocado gastos excepcionales muy importantes* (por ejemplo la reconstrucción), se impone exigir a los súbditos *el sacrificio extraordinario de una amputación de su capital que permita la obtención de las sumas necesarias al Estado*”⁶⁶ (el destacado no obra en el original). Al igual que Einaudi, observa que “[l]a operación es difícil ya que la transferencia de bienes no es fácilmente realizable”.⁶⁷

En cuanto a las críticas que se efectúan por parte de los autores clásicos a la tributación que recae sobre el capital (patrimonio) porque tendría “por efecto la destrucción de las riquezas que son la fuente de las rentas de los individuos, sobre las que pesan los otros impuestos”,⁶⁸ son interesantes las objeciones que hace Duverger en cuanto señala que “el precedente razonamiento presenta sobre todo el error de confundir totalmente los capitales privados y la riqueza nacional. En efecto, sus autores parecen suponer que el dinero deducido a través del impuesto se diluye misteriosamente en la nada, cuando en realidad el Estado lo redistribuye íntegramente. Por lo

64. Ferreiro Lapatza, José Juan, *op. cit.*, 2010, p. 105.

65. Ferreiro Lapatza, José Juan, *op. cit.*, 2010, p. 652.

66. Duverger, Maurice, *Instituciones Financieras*, Barcelona, Bosch, 1960, p. 104. Traducción: Ros Hombravella, Jacinto.

67. Duverger, Maurice, *op. cit.*, 1960, p. 104.

68. Duverger, Maurice, *Hacienda Pública*, Barcelona, Bosch, 1968, p. 105. Traducción: Ruiz Travesí, José Luis.

tanto, *el impuesto no destruye la riqueza nacional; simplemente modifica su distribución y empleo*. Pero además en la medida en que priva a algunos de una parte de capital improductivo para dedicarlo a obras útiles, el fisco constituye un factor de aumento de la riqueza nacional” (el destacado no obra en el original).⁶⁹

III.1.d.i. Literatura latinoamericana

Observando el problema desde la unidad y, en consecuencia, conectando el fenómeno presupuestario con el tributario, el profesor Plazas Vega entiende que “[e]l impuesto extraordinario solo hace parte del presupuesto público en forma ocasional o temporal, *generalmente por razones de orden público o de tipo social*” (el destacado no obra en el original).⁷⁰

El profesor colombiano da como ejemplo de este tipo de medidas “*el incremento del cinco por ciento sobre el valor del impuesto de timbre nacional, decretado por el artículo 18 de la ley 11 de 1983 para destinar su producido a dotar de recursos a la Corporación de Desarrollo y Reconstrucción del Departamento del Cauca, con ocasión del terremoto del 31 de marzo de 1983, ocurrido en Popayán; el incremento rigió por tres años (del 23 de junio de 1983 al 23 de junio de 1986)*” (el destacado no obra en el original).⁷¹

III.1.d.ii. Literatura argentina

Si bien en la doctrina nacional no ha habido muchos estudios sobre este tipo de tributos, merecen destacarse los aportes de Ahumada, Jarach y Rosembuj.

El profesor Ahumada, en su *Tratado de Finanzas Públicas*, clasifica los impuestos ordinarios y extraordinarios, entendiéndolo que “[a]quellos que se reproducen todos los años con periodicidad regular, serían ordinarios, y serían extraordinarios los que surgen en períodos de crisis, de alteraciones profundas en la economía de un país, como para lograr con ellos

69. Duverger, Maurice, *ibidem*.

70. Plazas Vega, Mauricio A., *Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario*, Temis, Bogotá, 2006, Tomo II, p. 359.

71. Plazas Vega, Mauricio A., *op. cit.*, p. 359.

ajustes en la política del gasto” (el destacado no obra en el original).⁷² Este criterio también es sostenido por Rosatti, quien entiende que los impuestos se clasifican en “ordinarios (destinados a satisfacer necesidades habituales) - *extraordinarios (en caso de emergencias)*” (el destacado no obra en el original).⁷³

Por su parte, Jarach ha estudiado el tema con la agudeza y claridad que lo caracteriza. Respecto a los *impuestos extraordinarios sobre la renta*, retoma su origen teórico en los textos de David Ricardo, Hobson y Grizzioti, pero señala que normativamente “*estos impuestos nacen de la legislación posbélica en muchos países involucrados en el primer conflicto mundial 1914-1918 y en ciertos países ya en ocasión de guerras anteriores –por ejemplo, en los Estados Unidos–*” (el destacado no obra en el original).⁷⁴

Con los impuestos extraordinarios a la renta se busca que los contribuyentes realicen “un aporte al *restablecimiento de las finanzas nacionales*, mediante un gravamen sobre las utilidades excedentes de las normales, obtenidas durante la guerra o en el período inmediato siguiente y *se considera justo que quienes se enriquecieron durante la guerra o a causa de ésta o por ambas circunstancias, soportaran un gravamen medido precisamente según las ganancias realizadas*” (el destacado no obra en el original).⁷⁵

En lo que se refiere a los *impuestos extraordinarios al patrimonio* o leva del capital (*capital levy*) en la doctrina y práctica anglosajona, Jarach sostiene que la estructura de este tributo “posee los mismos caracteres [que el] impuesto anual sobre el patrimonio neto de las personas físicas”.⁷⁶ Como nota diferenciadora ambos impuestos señala principalmente “*la altura de la alícuota del gravamen –o de las alícuotas, si se adopta la progresión– que es mucho más elevada que en el impuesto ordinario*, como que éste, por su carácter permanente en el sistema tributario, ha de tener alícuotas

72. Ahumada, Guillermo, *Tratado de Finanzas Públicas*, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1956, p. 275.

73. Rosatti, Horacio, *Tratado de Derecho Municipal*, Rubinzal-Culzoni, 5ª ed. revisada, Santa Fe, 2020, Tomo II, p. 55.

74. Jarach, Dino, *Finanzas Públicas. Esbozo de una teoría general*, Cangallo, 1ª ed., 1978, Buenos Aires, p. 424.

75. Jarach, Dino, *op. cit.*, p. 424.

76. Jarach, Dino, *op. cit.*, p. 461.

moderadas, tales que puedan ser pagadas con la renta del contribuyente, aunque ésta no provenga totalmente de los bienes que componen el patrimonio, por ser éstos improductivos o mal explotados” (el destacado no obra en el original).⁷⁷

Ahora bien, en este sentido agrega y precisa Jarach que el impuesto extraordinario “tiene *alícuotas más elevadas como que se supone que representan una parte sustancial del patrimonio* que, en general pero no siempre, exceda de la posibilidad de pagarlo con la renta. De ahí la denominación de leva del capital. *Esta característica deriva del propósito de absorber por una sola vez una parte del patrimonio, como un sacrificio impuesto a los ciudadanos para liquidar cargas extraordinarias derivadas, principalmente, de la participación en conflictos bélicos* tanto en países vencidos como en los vencedores” (el destacado no obra en el original).⁷⁸

Dejamos para el final las consideraciones efectuadas por el profesor Rosembuj por la lucidez con que ha abordado el tema en su libro de recomendable lectura *La imposición como política*.

El mencionado autor inicia su exposición señalando que “[e]n la elección de los diversos parámetros de capacidad contributiva, que determinan la calidad y medida de la participación de los sujetos de cada estado al gasto público, intervienen factores de distinta índole, cuyo análisis se relaciona con la composición y evolución del gasto público y las variables que la influyen”.⁷⁹ Dicho de otra manera, la elección del modo y el cuánto tienen que tributar los sujetos al sostenimiento del Estado para que este afronte el gasto público está condicionado por distintos factores.

En este sentido Rosembuj sostiene que “[u]na guerra puede exigir sacrificios al patrimonio de los individuos, que en épocas de paz difícilmente tendrían cabida. *Lo mismo puede suceder en circunstancias imprevisibles*

77. Jarach, Dino, *op. cit.*, p. 461.

78. Jarach, Dino, *op. cit.*, pp. 461-462. Jarach también agrega que “[e]l hecho de que *el impuesto al capital se proponga absorber una porción del patrimonio de los contribuyentes*, no impide que algunos de éstos consigan pagarlo con su renta, especialmente cuando la ley que instituye el gravamen concede modalidades de pago mediante cuotas anuales que se extienden a un buen número de años” (el destacado no obra en el original). Jarach, Dino, *op. cit.*, p. 462.

79. Rosembuj, Tulio, *La imposición como política*, Ediciones Disenso, Buenos Aires, 1973, p. 60.

*de conmoción, contrastes sociales o fluctuaciones cíclicas*⁸⁰ (el destacado no obra en el original). En función de ello entiende que “[a]lguna relación existe, es indudable, *entre el gasto público de emergencia [...] y los ingresos tributarios de emergencia, aquellos que se originan por necesidades insoslayables de supervivencia del sistema*”⁸¹ (el destacado no obra en el original).

En el pensamiento de Rosembuj, la evolución del gasto público está vinculada con las causas históricas que obligan la intervención pública de emergencia para proteger a la sociedad y al Estado. Esta intervención de emergencia se da en una situación de características donde prima el instinto de conservación y por tal razón *“pueden viabilizarse figuras tributarias, tal vez o seguramente urticantes en períodos normales. Así, la participación al gasto público se modula sobre la base de parámetros de imposición, cuyo acogimiento sería resistido en caso de no mediar estado de emergencia y que resultan finalmente acogidos como precio de un sacrificio que pudiera ser mayor si la emergencia no resulta superada”* (el destacado no obra en el original).⁸²

II.2. Otro antecedente doctrinario que merece ser destacado es el efectuado por Podestá Costa, quien abordó el tema de las Contribuciones Extraordinarias desde el Derecho Internacional Público.⁸³

El autor observó que *“hallándose el tesoro en circunstancias extremas, suele imponerse a los habitantes de determinado territorio o población el pago de ciertas sumas de dinero en el carácter de contribuciones*

80. Rosembuj, Tulio, *op. cit.*, pp. 60-61.

81. Rosembuj, Tulio, *op. cit.*, p. 61.

82. Rosembuj, Tulio, *op. cit.*, p. 62.

83. Podestá Costa, Luis A., “El extranjero y la imposición del servicio militar o de prestaciones pecuniarias con carácter extraordinario o forzoso”, publicado en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, vol. VI, 1927, pp. 853-893. La ausencia de estudios de la doctrina financiera sobre el tema que abordamos y que pusimos de manifiesto al principio de esta publicación también fue advertida por Podestá Costa en relación a su específico campo de estudio al señalar que “la materia relativa a contribuciones extraordinarias, empréstitos forzosos y requisiciones de cosas, es quizás la menos estudiada por los autores entre todas las que se refieren a la condición del individuo en las relaciones internacionales”.

*extraordinarias*⁸⁴ y precisó que “la *contribución extraordinaria no difiere del impuesto sino en la oportunidad y el monto de su aplicación: Como su nombre lo indica, trátase de un impuesto establecido fuera de las épocas normales* y además de los impuestos corrientes, lo que quiere decir que es también un recargo de imposición”⁸⁵ (el destacado no obra en el original).

Según Podestá Costa, las contribuciones extraordinarias son recursos que lícitamente puede acudir un Estado “en momentos de grave crisis económica y financiera”, siempre que se respeten los principios de generalidad, equidad y certeza⁸⁶ y que la reunión de estos tres requisitos satisface “el principio comúnmente denominado ‘igualdad del impuesto’” que en el caso implicaría igualdad de tratamiento para nacionales y extranjeros.⁸⁷

III.3. De la recopilación de las observaciones efectuadas por distintos doctrinarios se detectan ciertas notas en común.

La unidad indisoluble que constituye el derecho financiero y la relación causal gastos-ingresos⁸⁸ se exterioriza aún más en épocas de emergencia ya

84. Podestá Costa, Luis A., *op. cit.*, p. 878.

85. Podestá Costa, Luis A., *op. cit.*, p. 887.

86. En cuanto a la legitimidad de la contribución extraordinaria, Podestá Costa sostuvo que “es acto lícito siempre que tenga caracteres de imposición uniforme, para lo cual debe reunir algunos requisitos: 1º que ella se imponga sobre la generalidad de los habitantes del territorio en que ejerce jurisdicción el gobierno constituido o el gobierno de facto que la establece y no sobre individuos sindicados por el azar o por el capricho; 2º que haya certeza en la imposición, esto es, que de acuerdo con la respectiva disposición del poder público, general y previa, sea posible definir el monto de la suma a pagar por el contribuyente”. Podestá Costa, Luis A., *op. cit.*, p. 889.

87. Cabe señalar que en dicho trabajo Podestá Costa efectúa un relevamiento de los casos tratados por algunas comisiones arbitrales mixtas que en diversas épocas se han pronunciado sobre reclamaciones entre los Estados Unidos y México referidas a las contribuciones extraordinarias y empréstitos forzosos y luego de citar los precedentes “*Mc. Manus Brothers v. México*”; “*Rose v. México*”; “*Hickman v. México*”, concluyó estas prestaciones eran lícitas respecto de los extranjeros siempre que ellas se efectuaran sobre la generalidad de los habitantes; Podestá Costa, Luis A., *op. cit.*, pp. 877-890.

88. Sobre la unidad del derecho financiero y la relación causal se puede consultar Asorey, Rubén O., “Introducción. El derecho tributario dentro del derecho financiero”, en García Belsunce, Horacio A. (dir.), *Tratado de Tributación. Derecho Tributario*, Astrea, Buenos Aires, 2009, 1ª reimpresión, t. I V.1.

que la existencia de gastos extraordinarios para poder superar la crisis es el justificativo empírico para establecer los tributos de carácter extraordinario.

Por lo general la doctrina observa que estos tributos son temporales, transitorios y que por principio se circunscribe a un período fiscal, aunque pueden extenderse por el período que dure la situación de emergencia.

Por la época en donde se desarrollaron los primeros estudios sobre los tributos extraordinarios, estos tenían como fundamento afrontar los gastos que producían las guerras (Giannini, Einaudi, Griziotti y Jarach), mientras que los autores más actuales los asocian a razones de orden público o de tipo social, desequilibrio de la hacienda pública por gastos excepcionales muy importantes, por crisis o alteraciones profundas de la economía del país o por circunstancias imprevisibles de conmoción, contrastes sociales o fluctuaciones cíclicas (Plazas Vega, Duverger, Ahumada y Rosembuj).

Las distintas observaciones efectuadas por la doctrina *nos permiten apuntar que los tributos extraordinarios se establecen para afrontar gastos extraordinarios originados por la emergencia la cual se puede generar por distintas causas; causas que no se pudieron prever o que previstas no fueron correctamente dimensionadas cuantitativamente, y además deben tener la fuerza de poner en crisis o en peligro el normal desenvolvimiento de la sociedad o la existencia misma del Estado.*

Por último, cabe señalar que los tributos extraordinarios tienen dos puntos más que los destacan. El primero de ellos son tributos que en tiempo de normalidad no serían aceptados (Rosembuj) y que además son tributos de difícil implementación (Einaudi y Duverger).

III.4. Hasta aquí hemos efectuado una breve síntesis de las características generales de los tributos extraordinarios: *a) exteriorizan unidad financiera y la relación causal gastos-ingresos, b) se producen por gasto extraordinario imprevisible y con fuerza de poner en jaque el funcionamiento del sistema, c) temporalidad de la medida y de difícil implementación, y d) son medidas excepcionales que no serían aceptables en períodos de normalidad.*

Ahora bien, también merecen ser destacadas las observaciones efectuadas en cuanto a que estos tributos tienen fines específicos especiales, los cuales deben tenerse en cuenta a la hora de evaluar el resultado en su implementación.

En este sentido se ha dicho que con estos se busca una disminución en la renta o el patrimonio de los contribuyentes (Griziotti); que procuran un sacrificio patrimonial extraordinario ya que constituye una amputación del capital del contribuyente (Duverger); o que buscan absorber por una sola vez una parte del patrimonio como sacrificio por cargas extraordinarias que debió afrontar el Estado (Jarach).

Por lo expuesto se observa que las consecuencias de estos tributos son más intensas que las de los tributos establecidos para afrontar períodos de normalidad.

Nota IV: Ordenamiento jurídico argentino. Emergencia e Impuesto a las Grandes Fortunas

IV. En la presente nota analizaremos el ordenamiento jurídico argentino, haciendo especial énfasis en los últimos años y puntualmente en dos hechos jurídicos trascendentes.

El primero de ellos es la declaración de “*emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social*” a través de la Ley de “Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el marco de la Emergencia Pública”, N° 27.541.

El segundo, la sanción del Impuesto a las Grandes Fortunas, denominado por el legislador en la Ley N° 27.605 como “Aporte Solidario y Extraordinario para ayudar a *morigerar los efectos de la pandemia*”.

IV.1. Previo a analizar las normas señaladas conviene recordar que, en los años anteriores a la sanción de estas, el ordenamiento tributario argentino había sufrido varias modificaciones, las cuales, si bien no serán tratadas en este artículo, llegaron a ser objeto de análisis del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en sus “Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la Argentina”.⁸⁹

En dicha ocasión el Comité manifestó su preocupación por “*el alto grado de desigualdad social en el Estado parte, que obstaculiza el goce de los derechos del Pacto*”. Preocupa también al Comité *que ciertas medidas*

89. Consejo Económico y Social, E/C.12/ARG/CO/4.

tributarias, como la reducción de la carga impositiva para grupos sociales de alto ingreso o el mantenimiento de exenciones tributarias injustificadas, reduzcan la capacidad redistributiva del sistema fiscal y limiten la obtención de los recursos necesarios para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales”.

Por tal razón el Comité recomendó al Estado Argentino que “tome las *medidas necesarias para no solo preservar la capacidad redistributiva del sistema fiscal sino fortalecerla*, incluyendo la posibilidad de *revisar la reducción de cargas impositivas a sectores de alto ingreso*. El Comité recomienda al Estado parte realizar una evaluación transparente de las distintas exenciones tributarias, que permita conocer sus beneficiarios y sus impactos, y posibilite un escrutinio público para determinar cuáles no son justificadas y deberían ser eliminadas” (el destacado no obra en el original).

IV.2.a. Como se señaló mediante la Ley 27.541 el Congreso Nacional declaró *la emergencia pública en distintas materias* –tales como económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social– hasta el *31 de diciembre de 2020*.

En lo que se refiere a nuestro campo de estudio, la norma contempla varias disposiciones (creación del impuesto PAIS y modificaciones en el impuesto a las ganancias, impuestos internos, impuesto a la importación, etc.), pero la que más se relaciona con estas notas es que mediante ella se estableció una importante modificación en la estructura del *Impuesto sobre los Bienes Personales*.

En este sentido la norma bajo estudio aumentó la alícuota que se aplica para los bienes situados en el país al 1,25 % y se delegó en el Poder Ejecutivo Nacional la facultad de poder incrementarla para los bienes ubicados en el exterior hasta en un 100 % para los períodos fiscales 2019 y 2020. En función de tal delegación el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto Reglamentario N° 99/2019 aumentando la alícuota correspondiente sobre los bienes situados en el exterior hasta el 2,25 %.

IV.2.b. Por otro lado, no puede soslayarse que el 12 marzo 2020 por medio del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260-PEN-2020 el Poder Ejecutivo Nacional amplió la emergencia pública sanitaria, dispuesta por la Ley 27.541, por el término de un año en virtud de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud en relación con el Coronavirus (Covid-19).

IV.3. En este marco de emergencia pública generalizada, de pandemia mundial y aislamiento obligatorio por el Covid-19, es que, en el Congreso de la Nación, se elaboró un proyecto de ley con la finalidad de gravar los grandes patrimonios.

Tal como surge de los fundamentos del proyecto de ley, la finalidad del tributo es “[c]rear un *aporte extraordinario y excepcional para ayudar a morigerar los efectos de la pandemia del Covid-19 y sus impactos laborales, productivos y sociales*, con el producido del mismo, que se orienta exclusivamente a los grandes patrimonios de las personas humanas, como un aporte directo en los términos previstos en esta Ley”.

El 4 de diciembre de 2020, mediante la ley N° 27.605, se creó “*con carácter de emergencia y por única vez*, un aporte extraordinario, obligatorio, que recaerá sobre las personas mencionadas en el artículo 2° según sus bienes existentes a la fecha de entrada en vigencia de esta ley, determinados de acuerdo con las disposiciones de la presente ley” (conf. art. 1, el destacado no obra en el original).

Dicho impuesto extraordinario a los patrimonios se estructura, en síntesis, en dos bandas; por un lado están los bienes situados en el país, los cuales están alcanzados con una alícuota que se inicia en el 2 % y que puede llegar hasta el 3,5 % y, por otro lado, los bienes situados en el exterior, que se gravan por una alícuota que inicia en un 3 % y puede llegar hasta el 5,25 % (conf. art. 4 y 5).

Por su parte, el 28 de febrero de 2021, se dictó el Decreto reglamentario N° 42-PEN-21 a través del cual se reglamentaron ciertos pormenores de la ley y la AFIP dictó la Resolución General N° 4930/2021.

Por último, cabe recordar que lo recaudado por el Impuesto a las Grandes Fortunas tiene un destino específico y debía ser aplicado con una lógica federal, a saber: *a)* La provisión de insumos y medicamentos para combatir la pandemia; *b)* Subsidios a las MiPyMEs; *c)* Programa de Becas Progresar gestionado en el ámbito del Ministerio de Educación; *d)* Fondo de Integración Socio-Urbana para mejorar las condiciones de vida de los habitantes de barrios populares; *e)* Programas de exploración, desarrollo y producción de gas natural a través de Integración Energética Argentina S.A. (ex Enarsa) conjuntamente con YPF S.A (conf. art. 7 y 8 de la Ley 27.602).

V.4. Para finalizar esta nota queremos señalar que, más allá de que el legislador ha utilizado la denominación de aporte obligatorio para la

prestación que establece, creemos que esta constituye un tributo, específicamente un impuesto que recae sobre el patrimonio.

En este sentido cabe recordar que la Corte Suprema ha establecido que “la denominación dada al gravamen no basta para definir el carácter del mismo, pues para establecer su conformidad con la Constitución debe estarse a la realidad de las cosas y a la manera cómo grava el impuesto”⁹⁰ y que “cuando medie ausencia de correlación entre nombre y realidad deberá desestimarse el primero y privilegiarse la segunda”.⁹¹

Asimismo, cabe recordar que “por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, *es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente*” (el destacado no obra en el original).⁹²

Por las razones expuestas, con independencia de la denominación que el legislador le asignó, cabe ponderar que, en términos jurídicos, la Ley N° 27.605 impuso la obligación de ingresar sumas de dinero a la Hacienda Pública para obtener los recursos genuinos que el legislador consideró necesarios para paliar las necesidades sociales y económicas producto de los efectos de la emergencia producida por el Covid-19.

Nota V: La Constitucionalidad de los tributos extraordinarios y del Impuesto a las Grandes Fortunas

V. En esta nota trataremos brevemente si nuestro ordenamiento jurídico es compatible, en general, con los tributos extraordinarios. Asimismo, se hará un análisis de si también nuestro sistema es compatible con el impuesto extraordinario a las grandes fortunas.

Previo a ello es menester señalar que *la exposición se centrará en el debate constitucional de estos tributos*.

Como se sabe, todas las leyes, y en especial la tributarias, permiten distintas aristas o ámbitos de discusiones, los cuales se pueden dar por separado o de modo integral. A modo de ejemplo se puede hacer una valoración política de una ley (respecto de los valores que representa) como también

90. Fallos: 188:18; 151:92; 157:62; 270:488; 280:176; entre otros.

91. Fallos: 318:676; entre otros.

92. Fallos: 318:676 y 303:612, entre otros.

una valoración económica (tanto sobre cómo incide en la macro o microeconomía y cómo los efectos económicos del tributo inciden en la producción y la distribución de bienes y servicios, etc.). A su vez, se puede analizar la técnica legislativa utilizada (construcción del instituto, definiciones que emplea la norma, lagunas, etc.) o discutir acerca de si la norma jurídica establecida está permitida por la Constitución o, dicho de otro modo, si encuentra justificación en la norma fundamental. En este último aspecto vamos a centrarnos en esta nota.

V.1. A nuestro modo de ver, entendemos que nuestro sistema constitucional admite los tributos extraordinarios ya que ellos se encuentran amparados de manera implícita pero inequívocamente en el artículo 4 de la CN, en la potestad normativa tributaria asignada al Congreso de la Nación, artículos 75 incs. 1º y 2º y en la cláusula del art. 75 inc. 32 de la CN.

Asimismo, más allá de la denominación que responde a una cuestión semántica de contenido, los tributos extraordinarios estuvieron presentes en el marco de la convención constituyente de 1853.

En efecto, el artículo 20 de la CN, que contiene una disposición que fue establecida en el texto originario de nuestra norma fundamental, prescribe que los extranjeros no están obligados “a pagar contribuciones forzosas extraordinarias”. De dicha norma “prohíbe hostigar a los extranjeros con contribuciones extraordinarias por su calidad de tales. *Ello no impide que deban tributar impuestos de emergencia o excepcionales que se apliquen por igual a toda la población*, esto es, sin distinguir entre nacionales o extranjeros” (el destacado no obra en el original).⁹³

Asimismo, sobre norma de la Constitución Nacional se ha dicho, a modo de *obiter*, que de ella no se puede “concluir que los nacionales están exentos de ‘contribuciones forzosas extraordinarias’, lo cual –al menos en el sentido estricto de éstas– es inconcebible”.⁹⁴

La mención en el artículo 20 de la CN de las contribuciones extraordinarias da nota de que nuestra cultura constitucional reconoce este tipo de

93. Gelli, María A., *Constitución de la Nación Argentina*, La Ley, 4ª ed., Buenos Aires, 2014, Tomo I, 2013, p. 374. En similar sentido puede consultarse González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 195.

94. Fallos: 318:676.

tributos y lo que buscó el Constituyente es que esta herramienta excepcional de financiamiento no sea utilizada para hostigar a los migrantes y esta potestad viene a reforzar el principio de igualdad tributaria.

Por las razones expuestas es que consideramos que nuestro sistema constitucional no prohíbe establecer tributos extraordinarios.⁹⁵

En este sentido debe señalarse que *así como existe un sistema de financiamiento de la Constitución para períodos de normalidad también existe un sistema de financiación de la Constitución en épocas de emergencia*, el cual se ve reflejado en mayor medida en el derecho del crédito público y deuda pública, pero que también incide en el derecho tributario.

En efecto, *si la emergencia influye en todo el ordenamiento jurídico, no puede pensarse el derecho tributario de manera aislada de tal situación*. Al respecto cabe recordar que la CSJN en la causa “*García, María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad*”, sentencia del 26/III/2019, afirmó que “*el sistema tributario no puede desentenderse del resto del ordenamiento jurídico y operar como un compartimento estanco, destinado a ser autosuficiente ‘a cualquier precio’, pues ello lo dejaría al margen de las mandas constitucionales*”.⁹⁶

V.2. Por otro lado, también es menester señalar que nuestro ordenamiento jurídico reconoce la existencia de las contribuciones extraordinarias al incorporar la “Convención Interamericana sobre condición de los extranjeros” suscripta el 20 de febrero de 1928 en la VI Conferencia Internacional Americana reunida en La Habana, y probada por nuestro país por Decreto Ley 21.588 –publicado en el Boletín Oficial, 4 de diciembre de 1956–, que en su artículo 4 dispone que “Los extranjeros están *obligados a las*

95. Una posición en contra de la aquí sostenida puede verse en Spisso, Rodolfo R., “Declaración de inconstitucionalidad del llamado aporte solidario”, revista *Impuestos* marzo 2023, p. 7, quien, en síntesis, sostiene la inconstitucionalidad del impuesto a las grandes fortunas en la idea de que “Si la preservación del capital constituye una exigencia constitucional que se deriva del derecho de propiedad, admitida por la Corte con referencia al impuesto a los réditos, va de suyo que aquel principio es de validez universal respecto de todos los tributos”.

96. Fallos: 342:411.

contribuciones ordinarias o extraordinarias, así como a los empréstitos forzosos, siempre que tales medidas alcancen a la generalidad de la población".⁹⁷

V.3. Como vimos en el punto que antecede, al estar habilitado el Congreso Nacional para establecer tributos extraordinarios, no encontramos, dadas las razones que ponderó de manera integral el legislador en su momento, óbice constitucional alguno para que el Poder Legislativo, en uso de la potestad normativa tributaria, establezca un Impuesto Extraordinario a los Grandes Patrimonios.

Ello tampoco implica excluir al tributo del debido control de constitucionalidad que debe realizarse *ante la posibilidad de que un contribuyente demuestre que alguna cláusula del impuesto en particular, en su concreta aplicación, lesione alguna garantía consagrada en nuestra Constitución*.⁹⁸

Nota VI: Algunas ideas para pensar el impuesto a las grandes fortunas desde la CN y jurisprudencia de la CSJN

VI.1. En primer lugar, creemos que, a modo general, el impuesto a las grandes fortunas es constitucional, ello por cuanto ha sido dictado por el órgano de gobierno que tiene la potestad legislativa tributaria, en principio su contenido es acorde al sistema de derechos fundamentales y procura un fin constitucional.

En este sentido creemos conveniente recordar que un esquema explicativo que sirve para ver si, abstractamente, un tributo es constitucional es analizarlo en conjunto desde un triple punto de vista o ver si el tributo cumple con la triple legitimidad que se exige para que estos sean compatibles con la Constitución.⁹⁹

97. [Http://www.saij.gob.ar/21588-nacional-aprobacion-convencion-interamericana-sobre-condicion-extranjeros-lnto001764-1956-11-29/123456789-0abc-defg-g46-71000t-canyel?](http://www.saij.gob.ar/21588-nacional-aprobacion-convencion-interamericana-sobre-condicion-extranjeros-lnto001764-1956-11-29/123456789-0abc-defg-g46-71000t-canyel?)

98. Sobre la mecánica del impuesto y sus eventuales puntos inconstitucionales se debe destacar el artículo de Bello, Alberto M., "El aporte solidario y extraordinario a las grandes fortunas y su reglamentación", *La Ley Online*, AR/DOC/355/2021.

99. La idea de la triple legitimación la hemos recogido de un excelente artículo y recomen-

El primer punto es la legitimidad de origen, que en derecho tributario implica si el impuesto fue establecido respetando el *principio de reserva de ley*¹⁰⁰ (art. 1, 4, 17, 53, 75, inc. 2; entre otros, CN). A modo general se observa que el “*Aporte Solidario y Extraordinario para ayudar a morigerar los efectos de la Pandemia*” se estableció respetando dicho principio.

El segundo punto es la legitimidad del contenido de la norma tributaria. En la Ley 27.605 se encuentran varios principios constitucionales plasmados.

El primero de ellos y de mayor trascendencia en nuestra materia es el de *capacidad contributiva*,¹⁰¹ el cual se ve reflejado por el hecho de que el tributo es soportado por aquellos que tengan un patrimonio superior a los 200 millones de pesos (al 18 de diciembre de 2020).

En segundo lugar, las categorías de contribuyentes, en función al monto del patrimonio y al lugar donde se encuentren ubicado los bienes, no afecta el *principio de igualdad*¹⁰² ya que la decisión del legislador de con-

damos su lectura. Corti, Aristides H. M., “De los principios de justicia que gobiernan la tributación (igualdad y equidad)”, en García Belsunce, Horacio (coord.), *Estudios de Derecho Constitucional Tributario. En homenaje al Prof. Dr. Juan Carlos Luqui*, Depalma, Buenos Aires, 1994, pp. 271-300.

100. Tal como lo expresa la máxima de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el principio de reserva de ley en materia tributaria implica, en muy pocas palabras, que “solo el Congreso impone las contribuciones nacionales”, Fallos: 155:290. Vasta y rica es la jurisprudencia de la CSJN sobre el principio de reserva de ley, por lo que solo ampliaremos que “nuestra Constitución Nacional prescribe, de manera reiterada y como regla fundamental, tanto en el art. 4 o como en los arts. 17 y 52, que solo el Congreso impone las contribuciones referidas en el primero de ellos”, Fallos: 343:86.

Además de la obra ya citada del doctor José Osvaldo Casás, para profundizar en el estudio del principio de reserva de ley recomendamos la lectura de Corti, Horacio, *op. cit.*, 2007, pp. 175-187 y 339-369.

101. La capacidad contributiva constituye, en nuestro ordenamiento jurídico, un elemento indispensable que debe reunir todo tributo que se pretenda recaudar si quiere superar un test de validez constitucional. Ver Fallos: 207:270; 312:2467 y causa CSJ 1328/2011 (47-M)/CS1 “*Mera, Miguel Ángel (TF 27.870-I) c/ DGI*”, del 19 de marzo de 2014, entre otros.

102. Mucho ha escrito la doctrina sobre igualdad en materia tributaria y la CSJN se ha expedido en múltiples oportunidades; por ello, para no ser reiterativos compartimos la sistematización efectuada por Corti respecto a que en primer término el principio de igualdad implica “la prohibición de efectuar distinciones arbitrarias, hostiles u odiosas. En

feccionar clases de contribuyentes en función a su capacidad económica y el lugar donde se encuentran los bienes resulta, en principio, *razonable*¹⁰³ ya que si bien todo impuesto tiene que responder a una capacidad contributiva “la determinación de las diversas categorías de contribuyentes puede hacerse por motivos distintos de la sola medida de su capacidad económica”.¹⁰⁴

segundo lugar, la introducción de la capacidad contributiva como rasgo fundamental para distinguir a las personas en su calidad de contribuyentes. En tercer lugar la especificación del eje horizontal de la igualdad en términos de generalidad, entendida como criterio que impone tratar de manera idéntica a las personas con semejante capacidad contributiva. Y, en fin, la especificación del eje vertical de la igualdad en términos de proporcionalidad y progresividad, como criterios debidos a los efectos de tratar de manera igual a las personas con diferente capacidad contributiva”. Corti, Horacio, *Derecho Financiero*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 143.

103. En este aspecto se ha precisado que “la norma tributaria exige y necesita de un *cierto nexo lógico que torne racional los distinguos efectuados por el legislador, que la diferencia de tratamiento prevista en la norma, relativa a determinados grupos o categorías de sujetos resulte legitimada por la existencia de peculiaridades en los mismos que sirvan de fundamento a esa diferenciación*” (el destacado no obra en el original). Rosembuj, Tulio, *El hecho de contribuir*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1975, p. 131.

104. Fallos: 314:1293. En el citado precedente la CSJN manifestó que las categorías de contribuyentes pueden obedecer también al deber de contribuir y que este se puede exteriorizar por “las características de los bienes, por el modo de poseerlos o explotarlos, *por la mayor o menor vinculación del dueño con el país en que la riqueza gravada tiene su asiento o su fuente*, por la clase de actividad que con ella se realiza, etc., *ese deber puede ser mayor habiendo de por medio valores económicos iguales a los de otros contribuyentes a quienes se cobra menos y viceversa*” (el destacado no obra en el original).

En este sentido la doctrina ha señalado que “*los recursos económicos disponibles, semejantes en términos cuantitativos (abstractos), pueden revelar diferente capacidad contributiva en tanto su materialización efectiva (concreta) es diferente*. Una misma cantidad abstracta de recursos puede vincularse de manera diferente con la posibilidad fáctica de ejercer derechos fundamentales, de acuerdo con la forma concreta de materializarse. Así, por ejemplo, puede considerarse, además del valor de mercado de un inmueble, su ubicación, urbana o rural, o la cantidad de personas que en el habitan, para variar el monto del tributo” (el destacado no obra en el original). Corti, Horacio, “El principio de igualdad tributaria. Una aproximación sistemática”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires 2001: Derechos humanos y tributación*, Casás, José O. (coord.), 1ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 157.

También la norma refleja otro principio que es trascendental a todo el derecho financiero que es el principio de *solidaridad fiscal*¹⁰⁵ ya que requiere de los sectores económicamente más favorecidos una prestación coactiva a los fines de morigerar las dificultades financieras y sociales producidas por la emergencia pública.

El último punto de vista es la legitimación del fin perseguido con el tributo, el cual debe estar asociado al fin de financiar la Constitución.¹⁰⁶ Como ya se vio, el impuesto a las grandes fortunas fue establecido para que el Estado obtenga recursos para afrontar los gastos que trajo el contexto de emergencia que vivió el país y de este modo tutelar el sistema de Derechos Fundamentales.

VI.2. La relación causal gastos-ingresos (que es una de las tantas notas unificadoras del derecho financiero), las consideraciones del derecho internacional de los derechos humanos, los principios de capacidad contributiva, solidaridad e igualdad fiscal y el deber de contribuir¹⁰⁷ aportan una perspectiva de orden constitucional que permite concluir que, en general, el impuesto a las grandes fortunas es acorde a la Constitución Argentina.

En efecto, se observa por un lado un aumento del gasto estatal debido a la emergencia pública que requiere de recursos económicos y financieros para poder morigerar sus efectos y superar la situación excepcional. Tal situación se da *en un marco previo* de reducción de tributos, en palabras del Comité DESC, a los “grupos sociales de alto ingreso” y al mismo tiempo recomendaciones de dicho Comité de que “examine las medidas adoptadas

105. Al respecto resulta ilustrativa la concepción de solidaridad como “compromiso de todos los habitantes del país con respecto a los derechos de dicha totalidad de habitantes”; ese compromiso legitima una “fuerte imposición sobre determinadas actividades que revelan un alto grado de capacidad contributiva” o la fijación de alícuotas “fuertemente progresivas, afectando a aquellos sujetos con altas capacidades contributivas”, Corti, Horacio, *op. cit.*, 1997, pp. 193-194.

106. En este sentido debe recordarse que la CSJN ha expresado que “El cumplimiento de las funciones del Estado, que es deber suyo cumplir, origina ‘gastos’, sobre cuya provisión trata el art. 4° de la Constitución Nacional”, Fallos: 314:595.

107. En este sentido se ha dicho que “el deber de contribuir será mayor si la forma concreta de los recursos económicos disponibles los muestra más alejados de aquellos que aseguran el ejercicio mínimo de los derechos fundamentales y revelan, de esta manera, mayor capacidad contributiva”. Corti, Horacio, *op. cit.*, en Casás, José O., 2002, p. 157.

en respuesta a la crisis financiera que sigan vigentes, a fin de garantizar el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales”.

Por ello al implementar un tributo extraordinario en el contexto de emergencia y en este marco previo, cobran mayor ponderación los principios constitucionales de solidaridad e igualdad fiscal.

En este sentido deben recordarse viejas enseñanzas de la Corte. La primera de ellas en cuanto a que la progresividad del sistema tributario argentino ha sido convalidada por la jurisprudencia por el hecho de que “reposa sobre *bases de solidaridad social* en cuanto *exige al que tiene más un impuesto mayor* que al que tiene menos, porque presupone que el rico puede sufragarlo sin mayor sacrificio de su situación personal, a diferencia del pobre. El impuesto es así progresivo en razón directa de la riqueza del contribuyente. *A mayor riqueza, corresponde una cuota más alta de impuesto*”¹⁰⁸ (el destacado no obra en el original).

En segundo lugar corresponde recordar que la Corte tiene dicho que el sistema tributario no solo tiene un “propósito fiscal sino también de *justicia social* perseguido mediante el impuesto”¹⁰⁹ y que ello “no se halla al margen de las normas de la Constitución Nacional”¹¹⁰ ya que “[t]anto el *tesoro público, como el régimen impositivo* con que se lo constituye son instrumentos de gobierno, y para la *obtención del bien común*, que es la finalidad de todo sistema tributario, ha de considerarse no exclusivamente la mayor o menor capacidad contributiva de cada uno, *sino también un mayor o menor deber de contribuir que tiene razón de ser distinta de solo la capacidad económica de quien contribuye*”¹¹¹ (el destacado no obra en el original).

VI.3.a. Una de las críticas más frecuentes que se le ha hecho al impuesto a las grandes fortunas es que este resulta confiscatorio y para llegar a tal afirmación se sustentan en una serie de premisas que no son del todo aplicables al tributo en cuestión o en su caso deberían ser matizadas en función al contexto fáctico y normativo en el que fue sancionado el impuesto extraordinario.

108. Fallos: 150:270.

109. Fallos: 210:284.

110. Fallos: 210:284.

111. Fallos: 210:284.

Esto no implica negar la posibilidad de que en el universo de casos que se pueden generar por aplicar este impuesto puede llegar a darse un supuesto de que se afecte el principio de no confiscatoriedad, sino que *los estándares jurisprudenciales establecidos por la CSJN no son aplicables de manera directa sin ser graduados en función de la naturaleza jurídica del tributo de que se trata y el contexto fáctico y normativo en el que fue sancionado.*

En este sentido compartimos la observación efectuada por Rosatti en cuanto a que en la explicitación del principio de no confiscatoriedad “no es posible formular generalizaciones; *la configuración de la expoliación patrimonial fiscal requiere un análisis pormenorizado de cada tipo de tributo en particular*” (el destacado no obra en el original).¹¹²

VI.3.b. El principio de no confiscatoriedad es una garantía fundamental de nuestro sistema constitucional y ha servido para resolver casos tributarios (impuestos,¹¹³ tasas,¹¹⁴ contribuciones)¹¹⁵ como también otros de naturaleza patrimonial no tributaria.¹¹⁶

En otro trabajo hemos efectuado, junto con el profesor Simón Striga, un exhaustivo estudio de casos de la CSJN donde procedió la tutela del principio de no confiscatoriedad;¹¹⁷ en esta oportunidad se relevaron algunos su-

112. Rosatti, Horacio, *op. cit.*, p. 25.

113. Fallos: 210:172; 211:1033; 218:694, entre muchísimos otros.

114. Fallos: 138:161; 177:375; 179:188; 181:418; 187:234; entre otros.

115. Fallos: 192:94; 281:338 –disidencia de los Dres. Marco Aurelio Rosalía y Margarita Argúas–; 320:619; 324:2577; 327,2293, entre otros.

116. En el caso “Vizzoti, Carlos” la CSJN señaló que la aplicación tope legal al monto indemnizatorio por despido no puede llevarse al extremo de que la indemnización se vea “reducida en más de un 33 %” y eso resulta confiscatorio. Fallos: 327:3677.

Asimismo en el caso “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, la CSJN señaló que un reordenamiento tarifario que proponga una elevación de la tarifa del gas puede ser calificada de “confiscatoria, en tanto detraiga de manera irrazonable una proporción excesiva de los ingresos del grupo familiar a considerar”. Fallos: 339:1077.

117. Gómez Zamacola, Ernesto y Striga, Simón I., “El principio de no confiscatoriedad y el ajuste por inflación en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, publicado en Gómez Zamacola, Ernesto (dir.), Revista digital *Constitución Financiera en*

puestos donde no se hizo lugar al mencionado principio y que se relacionan de alguna manera con el impuesto extraordinario a las grandes fortunas.

En primer lugar, cabe traer a colación un viejo caso, que se trató de un impuesto extraordinario o de emergencia al consumo. En dicha ocasión la Corte señaló que “así planteada la cuestión, no es ésta susceptible de solución satisfactoria *apreciando aisladamente las situaciones en litigio, sino juzgándolas en conjunto, en su lógica correlación*, y en ese sentido no es posible desconocer que si bien no pudiera considerarse aquél un momento propicio respecto del contribuyente para aumentar sus *cargas fiscales*, las que se *arbitraron para salvar la consiguiente crisis económica de la administración del Estado*, no resultan por su naturaleza, sus términos y caracteres cuantitativos, de proporciones tales que puedan tildarse con verdad como una expoliación o exacción *confiscatoria*. Para que esa tacha proceda, *el impuesto ha de absorber el valor o una parte considerable del valor de la propiedad gravada*, e impedir al contribuyente el resarcimiento del gravamen tributario, y *no puede decirse que está en esas condiciones una contribución de emergencia* que representa menos de un vigésimo del precio medio de la materia imponible y que el industrial recupera del consumidor elevando el precio del producto, como ha ocurrido en el caso de autos” (el destacado no obra en el original).¹¹⁸

En segundo término corresponde detenerse en dos causas sobre el tributo empréstito forzoso que se establecieron en nuestro ordenamiento jurídico en los años 1983 y 1985 y en la cual la CSJN señaló, en lo que aquí interesa, que “*la confiscatoriedad es una cuestión de hecho que, conforme a reiterada doctrina del Tribunal, debe ser, caso por caso, objeto de concreta y circunstanciada prueba por parte de quien la alega*”¹¹⁹ y que “a los efectos de demostrar que la obligación tributaria que el Estado impone mediante el régimen del llamado empréstito forzoso es inválida constitucionalmente, *el contribuyente deberá probar su carácter confiscatorio en forma concreta y circunstanciada* conforme a la jurisprudencia de este Tribunal, *esto es que,*

la Jurisprudencia de la Corte Suprema - Precedentes 2016, N° 1, año 1, Observatorio de Derecho Financiero, 2019, pp. 79-97.

118. Fallos: 155:78.

119. Fallos: 318:785

en el caso, se habría producido una absorción por parte del Estado de una porción sustancial de su renta”.¹²⁰

VI.3.c. En cuanto a la supuesta confiscatoriedad del impuesto a las grandes fortunas, en primer lugar creemos que *la CSJN no ha tenido un caso análogo que nos permita, de un modo conjeturar, anticipar mínimamente una probable decisión*; como sí se podría suponer en otro tipo de tributo en el que existen precedentes que marcan ciertos requisitos y estándares para que proceda la tutela.

Sin perjuicio de ello, descartamos, en principio, la aplicación sin matizar de los estándares cuantitativos que estableció la CSJN para casos de impuesto al inmobiliario rural ya que, aparte del contexto de emergencia en que se dictó y sus consecuencias para regular el alcance de los derechos, *el tributo extraordinario en cuestión alcanza a todos los bienes que integran el patrimonio del contribuyente y no solo a los inmuebles rurales*. Asimismo es importante señalar que el Impuesto Extraordinario sobre las Grandes Fortunas se estableció por un único período fiscal.¹²¹

En este sentido son muy atinadas las palabras de la CSJN en un antiguo precedente donde señaló que *“si se aplicara indistintamente a todas las contribuciones fiscales el concepto genérico de que un impuesto degenera*

120. Fallos: 318:676.

121. En un valioso estudio el profesor Batista señaló que según la CSJN los tributos “que se comparan con *un valor de capital* son el impuesto sobre la transmisión gratuita de bienes (valor del activo transmitido), el impuesto de sellos sobre la compraventa de inmuebles (precio de venta del inmueble) y la tasa de inscripción de estatutos (monto del capital social)”; mientras que los que “que se comparan con *un valor de renta* son el impuesto a las ganancias (ganancia real) y el impuesto inmobiliario o contribución territorial (renta presunta proveniente de una explotación razonable)”; en función de ello Batista concluye que la “principal diferencia entre los dos tipos de tributos es que *aquellos que se comparan con el capital recaen sobre un hecho imponible único, mientras que los que se comparan con la renta recaen sobre un hecho imponible recurrente*. Todos los años se obtienen ganancias y se es propietario de inmuebles. En cambio, solo de tanto en tanto se transmiten bienes gratuitamente, se venden inmuebles o se inscriben estatutos; se hace en forma irregular y pueden pasar largos períodos sin que eso ocurra” (el destacado no obra en el original). Batista, Maximiliano A., “Principio de no confiscatoriedad en los impuestos”, publicado en la *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, Tomo 80, N° 1, julio 2020.

en exacción o *confiscación cuando alcanza una parte substancial de la propiedad o a la renta de varios años de capital gravado, se arribaría a la conclusión ineludible de que son inconstitucionales*, en su mayor parte, los impuestos internos, los derechos aduaneros y, naturalmente, los impuestos prohibitivos que, por razones de diversa índole, pueden oponerse a la introducción al país de determinados productos. Así, *la legitimidad o defectibilidad legal de un impuesto no pueden deducirse del examen aislado de uno solo de los factores que concurren a su creación, sino que es necesario contemplarlo en la amplitud de sus constitutivos orgánicos*, como carga pública que gravita sobre la propiedad privada, y, a la vez, como recurso fiscal que responde a las necesidades primordiales del gobierno, a la remuneración de los servicios públicos prestados al contribuyente y, en muchos casos, a las exigencias y previsiones de la política financiera y económica del Estado”.¹²²

Nota VII: Palabras finales

VII. Sabemos que los temas abordados en las notas que anteceden tienen al menos dos aristas. La primera de ellas es *la complejidad que presenta el estudio de la emergencia en nuestro ordenamiento jurídico*. La otra es la controversia y la *polémica que merodea en torno a los tributos extraordinarios y en especial del Impuesto a las Grandes Fortunas*. Sin embargo, estamos convencidos de que *“peor que las soluciones insuficientes es el no preguntarse por las exigencias de justicia del orden jurídico*. Cuando se intenta seriamente, se realizan siempre *pequeños progresos*, si bien se plantean también *nuevos problemas*” (el destacado no obra en el original).¹²³

Por ello, a modo de cierre, con el fin de tratar de darle unidad y coherencia a los temas abordados, es que haremos una breve síntesis de lo que quisimos expresar en las distintas notas:

1. En la *nota I* nos propusimos señalar de manera genérica y sintética cómo la Constitución se comporta en períodos anormales (emergencia, excepcionalidad, crisis) acrecentando las potestades del Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo y que en función de la anormalidad puede dictar reglas

122. Fallos: 210:855.

123. Buhler, Ottmar, *Principio de Derecho Internacional Tributario*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1968, p. 192. Traducción: Cervera Torrejón, Fernando.

jurídicas que si no fuera por ese contexto serían de dudosa legitimidad. En efecto la CSJN ha convalidado, entre otros supuestos, la restricción de los derechos: a) de los propietarios de inmuebles en alquiler; b) de los acreedores hipotecarios; c) de los propietarios con sentencia firme de desalojo; d) de los trabajadores convenidos; y e) de los empleados públicos en relación a su retribución salarial.

2. En la *nota II* el foco estuvo puesto en ver cómo la emergencia opera dentro del derecho financiero. Allí se evidenció que este no es un compartimiento excluido del ordenamiento jurídico y así como la emergencia influye en todas las ramas del sistema jurídico argentino también hace lo suyo en el derecho financiero. Asimismo, observamos que la emergencia no afecta a las distintas ramas que integran el derecho financiero del mismo modo, pero también que ninguna de estas se encuentra indemne de su incidencia.

3. En la *nota III* hicimos una recopilación de las distintas posturas doctrinales que se han desarrollado sobre los Tributos Extraordinarios y tratamos de sintetizar algunas notas en común. Por lo general, se observa que son recursos que se establecen por un aumento intenso del gasto público debido a una situación de anormalidad, excepcionalidad o emergencia y que tiene el carácter de ser transitorios. La emergencia puede implicar una intensidad del gasto público y esa situación anormal puede verse reflejada también en una mayor intensidad de la tributación. Su fin no es simplemente recaudatorio, sino que se procura con ella establecer uno de tantos otros remedios jurídicos para superar el estado de emergencia, pero esta situación no implica desconocer los derechos y garantías del contribuyente sino que, como sucede con el propietario, el acreedor, el trabajador, sus derechos se ven matizados bajo el prisma de la emergencia en pos de restablecer el bienestar general.

4. En la *nota IV* quisimos plasmar un breve testimonio de la situación tributaria en la Argentina previa a la situación de emergencia provocada por la pandemia del Covid-19 y el aislamiento social. El contexto normativo tributario descrito debe contextualizarse en un marco más amplio que incluye aspectos sociales, políticos y económicos, que son conocidos por todos. En este sentido, es importante destacar que el Impuesto Extraordinario a las Grandes Fortunas fue sancionado en este marco y debe entenderse como una medida excepcional para hacer frente a una situación extraordinaria.

5. En la *nota V* tratamos de justificar por qué nuestro sistema constitucional tolera la existencia de tributos extraordinarios. Además, intentamos

demostrar que el impuesto a las grandes fortunas tendría cabida dentro del texto constitucional como un medio de financiación en momentos de emergencia nacional; sin que ello implique excluir del debido control de constitucionalidad que podría articularse si la ley que lo regula afectara alguna garantía o derecho reconocido al contribuyente.

6. En la *nota VI* expusimos de modo concreto por qué el impuesto a las grandes fortunas, tal como está estructurado normativamente, es un tributo que, en principio y en modo general, respeta los estándares jurídicos constitucionales que gobiernan la tributación.

Con las notas expuestas en este trabajo quisimos aportar nuestro grano de arena a la tarea de abordar el estudio del instituto de la “emergencia” en el “derecho financiero” y en especial al derecho tributario desde una perspectiva constitucional, ello por cuanto, como agudamente lo observó el profesor español Lejeune Valcárcel, “*la institución tributaria, al igual que las demás instituciones jurídicas que integran nuestro ordenamiento, no puede ser suficientemente comprendida ni explicada si no es a la luz de la perspectiva constitucional*” ya que la constitución “*ilumina y condiciona de tal manera las concretas instituciones jurídicas, que éstas, para responder a criterios de justicia, no deben estar solo al servicio de sus fines y objetivos específicos, sino también al servicio de los fines y objetivos constitucionales*”.¹²⁴

No sabemos si hemos logrado el fin propuesto, pero tenemos al menos dos certezas. La primera de ellas es que queda mucho por conocer, reflexionar y progresar en nuestra materia y que el diálogo, el debate y “la discusión es el no imposible camino para llegar a una verdad”.¹²⁵ La segunda, que es fundamental seguir reflexionando en el sentido propuesto en estas notas porque “*el futuro es una tarea irrenunciable de la Constitución*”.¹²⁶

Bibliografía

124. Lejeune Valcárcel, Ernesto, “Aproximación al principio constitucional de igualdad tributaria”, publicado en *Seis Estudios sobre Derechos Constitucional e Internacional Tributario*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1980, p. 180.

125. Borges, Jorge Luis, “El Principio”, en *Atlas*, 1984, p. 14.

126. Gomes Canotilho, José Joaquim, *Teoría de la Constitución*, Dykinson, Madrid, p. 101. Traducción: Lema Añón, Carlos.

- Ahumada, Guillermo, *Tratado de Finanzas Públicas*, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1956.
- Alfonso, Santiago (h), *La Corte Suprema y el control político. Función política y posibles modelos institucionales*, Buenos Aires, Ábaco, 1ª edición, 1999.
- Arballo, Gustavo, *Brevísimo curso de derecho para no abogados*, Siglo XXI, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022.
- Asorey, Rubén O., “Introducción. El derecho tributario dentro del derecho financiero”, en García Belsunce, Horacio A. (director), *Tratado de Tributación. Derecho Tributario*, Astrea, Ciudad Buenos Aires, 2009, 1ª reimpresión t. I V.1.
- Batista, Maximiliano A., “Principio de no confiscatoriedad en los impuestos”, publicado en la *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, Tomo 80, N° 1, julio 2020.
- Bello, Alberto M., “El aporte solidario y extraordinario a las grandes fortunas y su reglamentación”, *La Ley Online*, AR/DOC/355/2021.
- Bianchi, Alberto B., *La delegación legislativa. Teoría de los reglamentos delegados en la Administración Pública*, Ábaco, Buenos Aires, 1ª ed., 1990.
- *Dinámica del Estado de Derecho. La seguridad jurídica ante la emergencia*, Ábaco, Buenos Aires, 1ª ed., 1996.
- Bidart Campos, Germán, *El orden socioeconómico en la constitución*, Buenos Aires, Ediar, 1999.
- Buhler, Ottmar, *Principio de Derecho Internacional Tributario*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1968. Traducción: Cervera Torrejón, Fernando.
- Bulit Goñi, Enrique G., *Constitución Nacional y Tributación Local*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1ª ed., 2009, Tomo II,
- Casás, José O., *Derechos y garantías constitucionales del contribuyente. A partir del principio de reserva de ley*, 1ª ed., 1ª reimpr., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.
- Caminos, Pedro, “Los riesgos de una innovación interpretativa. Una evaluación del caso Entre Ríos c/ Estado Nacional”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Volumen 21, N° 1, noviembre 2020, Universidad Torcuato Di Tella Escuela de Derecho. ISSN edición digital 1851-684X.
- Corti, Arístides H. M., “De los principios de justicia que gobiernan la tributación (igualdad y equidad)”, en García Belsunce, Horacio (coord.),

- Estudios de Derecho Constitucional Tributario. En homenaje al Prof. Dr. Juan Carlos Luqui*, Depalma, Buenos Aires, 1994.
- Corti, Horacio, *Derecho Financiero*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.
- “El principio de igualdad tributaria. Una aproximación sistemática”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires - 2001: Derechos humanos y tributación*, Casás, José O. (coord.), 1ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002.
 - *Derecho Constitucional Presupuestario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 1ª ed., 2007.
 - “Metodología para el análisis del tributo: fundamentos de un enfoque constitucionalista”, en García Novoa, César y Hoyos Jiménez, Catalina (coords.), *El tributo y su aplicación: perspectivas para el siglo XXI*, Buenos Aires, Marcial Pons Argentina, 2008, t. 1.
 - “La Constitución Financiera: un nuevo marco teórico para las finanzas”, publicado en Gómez Zamacola, Ernesto (dir.), *Revista digital Constitución Financiera en la Jurisprudencia de la Corte Suprema*, Precedentes 2016, N° 1, año 1, Observatorio de Derecho Financiero, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019.
 - *Financiar la Constitución*, 1ª ed., Eudeba, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2020.
 - *Introducción a la Teoría General de la Constitución Financiera*, publicado en Gómez Zamacola, Ernesto (dir.), *Revista digital Constitución Financiera en la Jurisprudencia de la Corte Suprema*, Precedentes 2017, N° 2, año 2, Observatorio de Derecho Financiero, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2021.
- Dalla Vía, Alberto R., *Derecho Constitucional Económico*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.
- Duverger, Maurice, *Instituciones Financieras*, Bosch, Barcelona, 1960. Traducción: Ros Hombravella, Jacinto.
- *Hacienda Pública*, Bosch, Barcelona, 1968. Traducción: Ruiz Travesí, José Luis.
- Einaudi, Luigi, *Principio de Hacienda Pública*, M. Aguilar, México, 1948. Traducción: Algarra, Jaime y Paredes, Miguel.
- Ferreiro Lapatza, José Juan, *Curso de derecho financiero español*, Marcial Pons, 9ª ed., Madrid, 1987.
- *Instituciones de Derecho Financiero*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- Gelli, María A., *Constitución de la Nación Argentina, La Ley*, 4ª ed., Buenos Aires, 2014, Tomo I, 2013.

- Giannini, Achille D., *Instituciones de derecho tributario*, Olejnik, Argentina, 2022. Traducción: Sainz de Bujanda, Fernando.
- Gomes Canotilho, José Joaquim, *Teoría de la Constitución*, Dykinson, Madrid, Traducción: Lema Añón, Carlos, p. 101.
- Gómez Zamacola, Ernesto, “Breves notas sobre teoría general, metodología y derecho financiero. La unidad del derecho financiero desde la Constitución Financiera y el principio de reserva de ley en materia financiera”, publicado en Gómez Zamacola, Ernesto (dir.), *Revista digital Constitución Financiera en la Jurisprudencia de la Corte Suprema – Precedentes 2019*, N° 4, año 3, Observatorio de Derecho Financiero, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022.
- Gómez Zamacola, Ernesto y Striga, Simón I., “El principio de no confiscatoriedad y el ajuste por inflación en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, publicado en Gómez Zamacola, Ernesto (dir.), *Revista digital Constitución Financiera en la Jurisprudencia de la Corte Suprema*, Precedentes 2016, N° 1, año 1, Observatorio de Derecho Financiero, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019.
- González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, La Ley, Buenos Aires, 2001.
- Griziotti, Benvenuto, *Principios de las Ciencia de las Finanzas*, Depalma, Buenos Aires, 1959, Traducción: Jarach, Dino.
- Jarach, Dino, *Finanzas Públicas. Esbozo de una teoría general*, Cangallo, 1ª ed., 1978, Buenos Aires.
- Lejeune Valcárcel, Ernesto, “Aproximación al principio constitucional de igualdad tributaria”, publicado en *Seis Estudios sobre Derechos Constitucional e Internacional Tributario*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1980.
- Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Editorial Ariel, 2ª ed., 1976. Traducción: Gallego Anabitarte, Alfredo.
- Plazas Vega, Mauricio A., *Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario*, Temis, Bogotá, 2006, Tomo II.
- Podestá Costa, Luis A., “El extranjero y la imposición del servicio militar o de prestaciones pecuniarias con carácter extraordinario o forzoso”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, vol. VI, 1927.
- Rodríguez Bereijo, Álvaro, *La Constitución fiscal de España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.

- Rosatti, Horacio, *Tratado de Derecho Municipal*, Rubinzal-Culzoni, 5ª edición revisada, Santa Fe, 2020, Tomo II.
- Rosembuj, Tulio, *La imposición como política*, Ediciones Disenso, Buenos Aires, 1973.
- *El hecho de contribuir*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1975.
- *Impuesto. Democracia, Coerción y Estado*, Editorial El Fisco, 1ª ed., Barcelona, 2022.
- Rosenkrantz, Carlos, “Emergencias Constitucionales en Argentina: Los Romanos (no los jueces) tienen la solución”, en Riberi, Pablo (coord.), *Fundamentos y desafíos de la teoría constitucional contemporánea*, Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2019.
- Sainz de Bujanda, Fernando, *Lecciones de Derecho Financiero*, Universidad Complutense - Facultad de Derecho, Madrid, 1979.
- Schafrik, Fabiana, “Algunas reflexiones sobre los principios del derecho financiero y de la institución tributaria en particular”, publicado en *Pensar en Derecho*, N° 21, Eudeba, Ciudad de Buenos Aires, 2022.
- Spisso, Rodolfo R., “Declaración de inconstitucionalidad del llamado aporte solidario”, en revista *Impuestos*, marzo 2023.
- Uckmar, Victor, *Principios Comunes del Derecho Constitucional Tributario*, Temis, Bogotá, 2002, Traducción: Zino Colanino, Antonio.

